**CONTRATO ESTATAL - Naturaleza jurídica**

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. […] Asimismo, cabe afirmar que en el marco del ordenamiento jurídico vigente la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, pues, si aquélla es estatal, el contrato también lo será, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar.

**FONADE - Contratos - Naturaleza**

El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- es una entidad de naturaleza pública y, por consiguiente, los contratos que celebre son estatales. En efecto, el Decreto 288 del 2004 establece que el FONADE es una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero y, como tal, esas empresas hacen parte de aquellas entidades estatales sobre las que opera la regulación de la Ley 80 de 1993, por estar incluidas como tal en su artículo 2. Sin embargo, a pesar de su carácter de empresa industrial y comercial, en tanto entidad financiera, FONADE se encuentra comprendida en la excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que excluye del régimen del estatuto de contratación a los contratos que ellas celebren como parte del giro ordinario de sus negocios.

**FONADE - Giro ordinario de los negocios - Asuntos**

En ocasiones anteriores la Sección ha concluido que los asuntos propios del giro ordinario de los negocios de FONADE, como entidad financiera, van más allá de los enlistados en el Decreto Ley 663 de 1993 e incluyen las actividades propias de su razón de existir como entidad pública: «… ha de tenerse muy claro que el objeto social de la entidad financiera y por ende su capacidad jurídica no se limita a las operaciones autorizadas descritas en el artículo 7º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto-ley 663 de 1993, sino que comprende todas aquellas otras actividades que la entidad debe ejecutar para administrar su estructura organizacional y cumplir con los deberes legales que soportan su existencia y funcionamiento, como son por ejemplo los contratos de adquisición de bienes y servicios para el funcionamiento de la entidad; los contratos celebrados para administrar tales bienes y servicios; las contrataciones que se realizan por los deberes legales impuestos a la entidad, como por ejemplo la contratación de la defensa judicial, las asesorías y consultorías requeridas para el cumplimiento de tales deberes legales, todas las cuales corresponden a contrataciones cuyo objeto no constituye un servicio financiero, pero hacen parte del objeto social, en cuanto corresponden a actividades requeridas para el normal funcionamiento de la entidad».

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Ruptura - Alcance**

Ahora bien, resulta preciso recordar que la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Ruptura - Configuración - Fuentes**

La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe” y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y, paralelamente, en la “teoría de la previsibilidad”.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Ruptura - Incumplimiento del contrato - Diferencia - Origen**

Aquel equilibrio puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato. El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, quien asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, ésta no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Ruptura - Incumplimiento del contrato - Diferencia - Consecuencias**

Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no sólo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso. En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.

**CONTRATOS - Derecho privado - Contratación pública - Normas - Exclusión - Equilibrio económico del contrato**

[El contrato sub examine] se dirime por las reglas del derecho privado y, por tal motivo, los principios, los efectos, la interpretación, los modos de extinguirse, anularse o rescindirse, son los previstos en las normas civiles y mercantiles, de acuerdo con las cuales rige, en forma estricta, el axioma de que el contrato es ley para las partes (art. 1602 C.C.), de manera que en cuanto a sus efectos debe estarse a lo pactado en el acuerdo, lo que excluye, la aplicación de las normas de la contratación estatal sobre las cuales se ha desarrollado la teoría del equilibrio económico del contrato. No obstante, una de las excepciones en las que se puede aplicar el principio *rebus sic stantibus* en el derecho privado, como se anotó, es la denominada teoría de la imprevisión consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio.

**CONTRATOS - Derecho privado - Teoría de la imprevisión - Aplicación**

La teoría de la imprevisión se aplica cuando la ejecución de un contrato conmutativo se torna excesivamente onerosa para una de las partes, debido a hechos extraordinarios e imprevisibles y sobrevinientes a su celebración, de forma que se autoriza su revisión por parte del juez, con el objeto de reajustar el contrato. Según la doctrina y la jurisprudencia , los elementos que estructuran esta teoría son: a) Que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida y, por ende, excluye los contratos de ejecución instantánea; b) Que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles posteriores a la celebración del contrato; c) Que esas circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y d) Que el acontecimiento sea ajeno a las partes.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 27001-23-31-000-2009-00024-01(43306)**

**Actor: CONSORCIO SEVERÁ**

**Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE-**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de octubre de 2011, por el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante la cual decidió negar las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

Mediante escrito radicado por intermedio de apoderado judicial el 21 de octubre de 2008 ante el Tribunal Administrativo del Chocó, el consorcio SEVERÁ -integrado por DAP Construcciones EU, EDI Ltda. y Fonsecas Ltda.- presentó demanda en ejercicio de la acción contractual, contra el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –en adelante FONADE–, con el fin de obtener pronunciamiento favorable respecto de las siguientes pretensiones (se transcribe como obra en el expediente):

“1. Se declare que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE incumplió el contrato de obra No. 2053264, cuyo objeto, contenido en la cláusula primera, fue la construcción -por parte del contratista-, de cincuenta (50) soluciones de vivienda (tercera etapa) y treinta (30) soluciones de vivienda (cuarta etapa) del programa de reubicación de la población Bellavista -municipio de Bojayá, Chocó-, el cual celebró como contratante con el Consorcio SEVERÁ como contratista, integrado por las sociedades demandantes, el día 27 de septiembre de 2005, por no entregar oportunamente los lotes de terreno al contratista para la construcción de las viviendas, no entregar oportunamente los planos y diseños para ejecutar la construcción, no entregar ni realizar oportunamente las modificaciones y cambios efectuados en el proyecto, dejar la obra sin interventor por considerable lapso del tiempo, carecer de capacidad para suministrar bloques al proyecto constructivo, no reconocer ni pagar las mayores cantidades de obra, entregar lotes de terreno diferentes a los ofertados y contratados, no prestar la suficiente colaboración ni apoyo al contratista para la ejecución de las obras, desconocer la realidad y problemática del contrato y adoptar conducta dominante y anti contractual, aplicar multa ilegal, dar por terminado el contrato unilateralmente, entre otras causales y hechos del incumplimiento.

“2. Se declare que, por el incumplimiento de FONADE, por hechos y conductas propias de FONADE y, además, por hechos ajenos a la voluntad de las partes, no imputables al contratista -que confluyeron de manera simultánea y sucesiva en el tiempo, la realidad y la ejecución del contrato., en los cuales no tuvo participación, responsabilidad, ni culpa el contratista, el equilibrio económico y financiero del contrato de obra No. 2053264, o la paridad o equidad económica prestacional, se rompió en desmedro y perjuicio del CONSORCIO SEVERÁ, contratista, y en provecho del contratante FONADE.

“3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE-, a pagar en favor de las sociedades demandantes -integrantes del CONSORCIO SEVERÁ-, los mayores valores en los que incurrió el contratista en la ejecución del contrato y los perjuicios recibidos por el incumplimiento de FONADE (ajustados, actualizados y con sus intereses comerciales), suma que para 21 de julio de 2006 era igual o superior -nunca inferior- a los $800’000.0000, de acuerdo con los dineros invertidos en la obra y con la contabilidad del contratista.

“4. Que el monto dinerario de la sentencia se actualice en su valor a la fecha de ésta, mediante la aplicación de los mecanismos y procedimientos señalados por la ley y adoptados por la jurisprudencia colombiana en diferentes oportunidades, teniendo en cuenta para ello las variaciones del IPC, certificado por el DANE.

“5. Que las condenas que se impongan a FONADE, devenguen intereses comerciales, bancarios, corrientes, durante los seis meses siguientes a la fecha de la sentencia y moratorios -comerciales bancarios-, vencido ese término.

“6. Que la suma total que por condenas se imponga a FONADE se pague doble o dos veces, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 997 del Código Civil y a título de daño punitivo por la reincidencia en la falta y por el inmenso y ostensible efecto dañino de esta.

“7. Que se cumpla la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y 334, 335 y 336 del C. de P. C.

“8. Que se condene a FONADE a pagar las costas y agencias en derecho del proceso”.

**2. Hechos**

El 27 de septiembre de 2005, FONADE y el consorcio SEVERÁ suscribieron el contrato de obra 2053264, por valor de $1.994’788.000, cuyo objeto consistió en *“la construcción de 50 soluciones de vivienda (tercera etapa) y treinta (30) soluciones de vivienda (cuarta etapa) del programa de reubicación de la población Bellavista -municipio de Bojayá- Chocó, de acuerdo con la propuesta que forma parte integrante del presente contrato”.*

El plazo de ejecución del contrato se pactó en 4 meses calendario, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, aunque se estableció la posibilidad de prorrogarlo antes de finalizar el plazo, pero sin adicionar el valor.

El 10 de octubre de 2005 se suscribió el acta de inicio de obras; no obstante, el contrato fue suspendido en dos oportunidades, dadas las condiciones climáticas de la zona.

Únicamente se logró ejecutar el 25% del total del objeto contractual, debido, principalmente, al incumplimiento de los compromisos de FONADE y a factores externos no imputables al contratista, como la alteración del orden público en la región, la presencia de fuertes lluvias y el posterior verano que secó el río por donde se transportaban los materiales; asimismo, el colapso de la vía de acceso al puente fluvial hizo escasear los materiales, todo lo cual *“rompió el equilibrio económico y financiero o paridad económica del contrato, haciéndolo inviable”*.

A pesar de la solicitud de prórroga hecha por el contratista, el contrato fue terminado unilateralmente por FONADE el 7 de julio de 2006, con base en un supuesto incumplimiento del contratista, hecho que no correspondía a la realidad, pues el incumplimiento era de la entidad contratante, la cual incumplió, entre otras cosas, lo siguiente:

* No entregó oportunamente los terrenos para la construcción de las viviendas, ni los terminó de entregar, hecho que produjo que *“no se pudiera ejecutar una construcción industrial, masiva y simultánea, tal y como lo exigía el contrato para poder ejecutar las obras en el término previsto, y como se propuso en la oferta por parte del contratista”.*
* No entregó oportunamente los planos, diseños y rediseños de las obras a ejecutar para la construcción de las viviendas, lo cual impidió igualmente, que se pudiera ejecutar una construcción industrial, masiva y simultánea, tal como se exigió en el contrato para poder ejecutar las obras en el término previsto.
* No entregó en cantidad, ni en periodicidad, ni en dimensiones estándar, los “bloques” necesarios para la construcción de las obras.
* Realizó de forma unilateral cambios y modificaciones a planos y diseños de la obra, los cuales en su mayoría no correspondían a la realidad del terreno, hecho que produjo mayores costos para el contratista.
* Entregó algunos lotes para la construcción de las viviendas fuera del sitio establecido para la obra, algunos no tenían estabilidad de terreno y otros no contaban con conducción de aguas lluvias.
* Se negó a suspender el contrato entre el 17 de diciembre de 2005 y el 8 de enero de 2006, cuando la mano de obra de la región no trabajaba por *“razones culturales, ni los proveedores de arena ni material de río trabajaron”,* todo lo cual afectó el equilibrio económico del contrato.
* Dejó el contrato sin interventoría entre el 17 de diciembre de 2005 y el 8 de enero de 2006.
* Tuvo falta de atención, consideración y solución a las solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico presentadas por el contratista, habida cuenta de los mencionados incumplimientos de FONADE.

El 15 de mayo de 2006, la interventoría presentó un informe general sobre la ejecución del contrato, en el cual se pusieron de presente las dificultades presentadas durante el período de ésta y se mostraron de forma cronológica y detallada los imprevistos que afectaron al contratista, con base en los cuales se recomendó prorrogar el contrato por cinco meses más; no obstante, FONADE no prorrogó el contrato, lo terminó de forma unilateral -aduciendo un supuesto incumplimiento del contratista- y lo liquidó.

Agregó, finalmente, que el incumplimiento de FONADE y los imprevistos presentados durante la ejecución del contrato generaron mayores costos a los estimados en la propuesta, hecho que configuró un rompimiento en el equilibrio económico de aquél, en cuantía estimada en $800’000.000, aproximadamente (fls. 13 a 31 C. 1).

**3. La contestación de la demanda**

Por auto del 5 de marzo de 2009 se admitió la demanda, decisión que se notificó al demandado y al Ministerio Público en legal forma (fls. 45 a 48 C. 1).

El FONADE contestó la demanda oportunamente y se opuso a la prosperidad de las pretensiones; para tal efecto, manifestó que, contrario a lo afirmado en aquella, el incumplimiento del contrato devino, de forma exclusiva, del contratista, tal como lo certificó la interventoría en su informe final, en el cual se indicó que el contratista abandonó la obra y que, como consecuencia de ello, FONADE impuso las sanciones contractuales correspondientes.

Por otra parte, manifestó que no se presentó el alegado desequilibrio contractual, toda vez que las condiciones en que se iba a ejecutar el contrato eran de conocimiento del contratista desde el inicio del proceso de selección, fueron ratificadas con la visita al lugar de las obras y aceptadas implícitamente por el contratista con la presentación de la propuesta, la cual se estructuró conforme a las condiciones del lugar. Con fundamento en los anteriores argumentos, propuso la excepción que denominó *“inexistencia del derecho”.*

También propuso la excepción de *“falta de jurisdicción”,* para cuyo efecto manifestó que FONADE era una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero y que su régimen de contratación era el del derecho privado; en consecuencia, *“al aplicarse el régimen del derecho privado, es evidente que el competente es el juez ordinario y no el contencioso administrativo”* (fls. 55 a 81 C. 1)*.*

**4. Los alegatos de primera instancia**

Mediante auto del 1 de junio 2011, se dio traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 268 C. 1).

**4.1.** En sus alegatos, el consorcio SEVERÁ insistió en que los factores climáticos en la zona de ejecución de la obra y el incumplimiento de las obligaciones contractuales del FONADE, produjeron un desequilibrio contractual que afectó la ejecución del contrato, motivo por el cual debía compensarse el perjuicio causado, en la cuantía solicitada en la demanda (fls. 275 a 284 C. 1).

**4.2.** A su turno, FONADE reiteró que no se produjo el alegado desequilibrio contractual, dado que desde la etapa de selección el contratista conoció las condiciones en las cuales iba a ejecutar la obra y, conforme a ese conocimiento, presentó su propuesta; adicionalmente, manifestó que el incumplimiento provino exclusivamente del contratista y no de la entidad demandada (fls. 285 a 291 C. 1).

**4.3.** En esta oportunidad procesal, el Ministerio Público guardó silencio (fl. 313 C. 1).

**5. La sentencia recurrida**

Cumplido el trámite correspondiente, el Tribunal Administrativo del Chocó profirió sentencia el 27 de octubre de 2011, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

Para adoptar la anterior decisión, el tribunal administrativo de primera instancia consideró, básicamente, que de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, específicamente con el informe final de la interventoría, el contratista incurrió en un retraso equivalente al 75.7% de la ejecución del contrato, hecho que evidenciaba su incumplimiento y, con ello, habilitó a la administración para aplicar la cláusula penal pecuniaria.

De otra parte, sostuvo que la parte actora no allegó prueba alguna en relación con el supuesto incumplimiento contractual del FONADE, ni con el supuesto desequilibrio contractual alegado (fls. 314 a 344 C. Ppal.).

**6. El recurso de apelación**

La parte actora sostuvo que, contrario a lo afirmado por el tribunal *a quo,* en el presente caso se probó de forma suficiente que factores ajenos al contratista como lo fueron el invierno, la escasez de combustible y la alteración del orden púbico, entre otros, incidieron de manera negativa en la ejecución del contrato e impidieron acopiar materiales de río, transportarlos al sitio de las obras y, en general, ejecutar éstas de manera normal; incluso, la interventoría coadyuvó la solicitud de prórrogas solicitadas por el contratista, amén de que en su informe final recomendó concederle un plazo de cinco meses adicionales para que culminara la ejecución del contrato.

Adicionalmente, señaló que el incumplimiento de FONADE respecto de la entrega de los lotes donde se construirían las viviendas, la falta de planeación y la falta de apoyo al contratista también influyeron en la imposibilidad de ejecutar el contrato dentro del término previsto.

Así las cosas, concluyó que el incumplimiento de FONADE y las circunstancias externas a la voluntad del contratista *“afectaron la normal ejecución del contrato llevando a la imposibilidad de su ejecución en el tiempo pactado y con el dinero acordado”,* motivo por el cual solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y que se accediera a las pretensiones de la demanda (fls. 348 a 354 C. Ppal.).

**7. Trámite de segunda instancia**

El recurso de apelación fue concedido por el tribunal *a quo* el 19 de diciembre de 2012 y admitido por esta Corporación el 9 de marzo de 2012 (fls. 357 y 363 C. Ppal.).

Mediante auto de 2 de mayo de 2012 se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, termino durante el cual la parte demandada guardó silencio (fls. 365 y 390 C. Ppal.).

**7.1.** En sus alegatos la parte actora reiteró que la ejecución del contrato se vio afectada, tanto por los imprevistos, como por el incumplimiento del FONADE, todo lo cual llevó a que se rompiera el equilibrio económico del contrato, en perjuicio del contratista; sin embargo, FONADE dio por terminado el contrato de forma irregular, sin atender las recomendaciones de la interventoría que coadyuvó la petición de prórroga del plazo contractual (fls. 367 a 381 C. Ppal.).

**7.2.** En su concepto, el agente del Ministerio Público manifestó que debía confirmarse la sentencia apelada, habida cuenta que la parte actora no probó el supuesto incumplimiento contractual de FONADE y tampoco probó que las condiciones externas de ejecución del contrato hubieran afectado el equilibrio del mismo, pues tales condiciones eran conocidas por el contratista previamente a la celebración del contrato (fls. 382 a 389 C. ppal.).

**II. CONSIDERACIONES**

**2.- La competencia de la Sala**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 27 de octubre de 2011, por cuanto la pretensión mayor fue estimada razonadamente en $800’000.000. Para la época de interposición de la demanda[[1]](#footnote-1), eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera la suma de $230’000.000[[2]](#footnote-2), monto que acá se encuentra ampliamente superado.

De igual forma, es de anotar que el Consejo de Estado cuenta con competencia funcional para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

De otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza.

El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- es una entidad de naturaleza pública y, por consiguiente, los contratos que celebre son estatales.

En efecto, el Decreto 288 del 2004 establece que el FONADE es una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero y, como tal, esas empresas hacen parte de aquellas entidades estatales sobre las que opera la regulación de la Ley 80 de 1993, por estar incluidas como tal en su artículo 2.

Sin embargo, a pesar de su carácter de empresa industrial y comercial, en tanto entidad financiera, FONADE se encuentra comprendida en la excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que excluye del régimen del estatuto de contratación a los contratos que ellas celebren como parte del giro ordinario de sus negocios, así:

*“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.*

*“(…)*

*“Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y* ***las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.***

*“En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley”* (se resalta)*.*

Ahora bien, debe señalarse que las corporaciones financieras tienen una regulación especial que define su naturaleza y actividades, la cual está contenida, entre otras normas, en el Decreto Ley 663 de 1993, que señala al respecto:

*“Artículo 2º. Establecimientos de Crédito.*

*“1. Establecimientos de crédito. Los establecimientos de crédito comprenden las siguientes clases de instituciones financieras: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras.*

*“Se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya función principal consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito.*

*“(…).*

*“3. Corporaciones financieras. Son corporaciones financieras aquellas instituciones que tienen por función principal la captación de recursos a término, a través de depósitos o de instrumentos de deuda a plazo, con el fin de realizar operaciones activas de crédito y efectuar inversiones, con el objeto primordial de fomentar o promover la creación, reorganización, fusión, transformación y expansión de empresas en los sectores que establezcan las normas que regulan su actividad”.*

Como puede verse, las corporaciones financieras, de acuerdo con lo definido por el aparte transcrito, tienen varias actividades autorizadas, como la captación de recursos del público, la colocación de tales recursos nuevamente en el público, la realización de operaciones activas de crédito y la de inversiones, todo lo cual no tiene nada que ver con la construcción de viviendas para la reubicación de una comunidad rural, objeto enunciado en la cláusula primera del contrato 2053264 del 2005, lo que haría a pensar, en principio, que este último no corresponde al giro ordinario de los negocios del FONADE y, por esa razón, no podría estar cobijado por la excepción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, esto implicaría obviar que, a pesar de que FONADE está organizada como entidad financiera, su razón de ser no es la de participar de forma activa en el mercado financiero, sino la financiación de proyectos de desarrollo adelantados por otras entidades públicas. No en vano tiene por objeto principal ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 288 de 2004.

También sería soslayar las funciones que la misma norma define en el artículo 3 ibídem[[3]](#footnote-3), dentro de las que se encuentran promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo, de modo que el contrato de obra celebrado con el consorcio demandante, hace parte del giro ordinario de los negocios del FONADE, pues su objeto está destinado a la ejecución de un proyecto de desarrollo, en cuanto hace parte de un programa de reubicación de la población de Bellavista, en el municipio de Bojayá, departamento del Chocó, según se dejó expresado en el mismo contrato (f. 170 c. 2).

En ocasiones anteriores la Sección ha concluido que los asuntos propios del giro ordinario de los negocios de FONADE, como entidad financiera, van más allá de los enlistados en el Decreto Ley 663 de 1993 e incluyen las actividades propias de su razón de existir como entidad pública[[4]](#footnote-4):

*“… ha de tenerse muy claro que el objeto social de la entidad financiera y por ende su capacidad jurídica no se limita a las operaciones autorizadas descritas en el artículo 7º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto-ley 663 de 1993, sino que comprende todas aquellas otras actividades que la entidad debe ejecutar para administrar su estructura organizacional* ***y cumplir con los deberes legales que soportan su existencia y funcionamiento****, como son por ejemplo los contratos de adquisición de bienes y servicios para el funcionamiento de la entidad; los contratos celebrados para administrar tales bienes y servicios; las contrataciones que se realizan por los deberes legales impuestos a la entidad, como por ejemplo la contratación de la defensa judicial, las asesorías y consultorías requeridas para el cumplimiento de tales deberes legales, todas las cuales corresponden a contrataciones cuyo objeto no constituye un servicio financiero, pero hacen parte del objeto social, en cuanto corresponden a actividades requeridas para el normal funcionamiento de la entidad*”.

Así las cosas, no resta sino concluir que el régimen jurídico de un contrato celebrado por FONADE como el que se estudia, para la época de los hechos, no estaba regido por la Ley 80 de 1993[[5]](#footnote-5), sino por las reglas de derecho privado.

Asimismo, cabe afirmar que en el marco del ordenamiento jurídico vigente la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, pues, si aquélla es estatal, el contrato también lo será, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar.

Por último, el artículo 82[[6]](#footnote-6) del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 -vigente para la época de los hechos y de presentación de la demanda-, estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

**2. Procedencia y oportunidad de la acción**

El presente debate versa sobre el supuesto incumplimiento contractual de la entidad contratante y la presunta ruptura del equilibrio económico del contrato No. 2053264, celebrado entre FONADE y el consorcio SEVERÁ, aspecto que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., se debe dilucidar a través del trámite de la acción contractual impetrada.

Ahora bien, en orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad de la acción contractual debe ceñirse a las siguientes reglas:

*“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

*“En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:*

*“(…).*

*“c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta (…)”.*

En consonancia con lo anterior, resulta pertinente destacar que, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 288 del 2004 el régimen jurídico de los contratos celebrados por el FONADE sería el contenido en las normas del derecho privado.

Establecido lo anterior, se debe reiterar la posición jurisprudencial de esta Corporación en torno al tema del cómputo de caducidad en los contratos estatales sometidos al régimen del derecho privado:

*“Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub judice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente.* ***De modo que, si el contrato de agencia comercial sub judice lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-.***

*“Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado”[[7]](#footnote-7)* (se destaca).

El contrato No. 2053264, en cuya ejecución se habría presentado el supuesto incumplimiento y la alegada ruptura de equilibrio económico respecto de la cual se pretende su restablecimiento, fue celebrado el 27 de septiembre de 2005 entre FONADE y el consorcio SEVERÁ y, en su cláusula cuarta, las partes acordaron:

*“****PLAZO Y ENTREGA:*** *Los trabajos deberán realizarse en su totalidad en un plazo de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio por el contratista y el interventor, previa aprobación de las garantías por parte de la Asesoría Jurídica de FONADE. Si dentro del plazo no es posible ejecutar la totalidad de las obligaciones a cargo del contratista, el contrato se prorrogará sin que haya lugar a la adición del valor inicialmente pactado, en el entendido que el valor del contrato remunera el 100% de las actividades aquí establecidas”.*

Así mismo, en la cláusula décima octava se pactó que el contrato se liquidaría de común acuerdo entre las partes dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación, mediante acta firmada de común acuerdo por las partes.

El acta de inicio se suscribió el 21 de octubre de 2005 (fls. 181 C. 2), el 18 de noviembre de 2005 se suscribió el acta de suspensión No. 1 por el período comprendido entre ese día y el 5 de diciembre de 2005 (fl. 191 C. 2) y el 21 de abril de 2006 se suscribió la prórroga No. 2 que amplió el plazo del contrato hasta el **21 de junio de 2006** (fls. 236 a 238 C. 3).

Así, pues, desde cuando venció el plazo contractual -21 de junio de 2006-, las partes tenían cuatro meses para lograr la liquidación bilateral definitiva del vínculo negocial, según lo acordaron. Este plazo vencía el 21 de octubre siguiente, por lo cual los dos (2) años de caducidad de la acción contractual, contados desde entonces, se cumplían el 22 de octubre de 2008.

En consecuencia, al haberse interpuesto la demanda el 21 de octubre de 2008 (fl. 31 C. 1), la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

**3.- Los hechos probados**

A partir de los elementos de convicción allegados válidamente al proceso, se tienen acreditados los siguientes hechos:

**a.** El 19 de agosto de 2005, los representantes legales de las sociedades EDI Ltda., Fonsecas Ltda. y DAP Construcciones EU suscribieron el acta de constitución del consorcio SEVERÁ, con el propósito de presentar propuesta, suscribir, ejecutar, liquidar y suscribir pólizas en virtud de la oferta 1193-192032 de FONADE, cuyo objeto era la construcción de varias viviendas en la población de Bojayá, Chocó; asimismo, en ese documento se designó al señor Manuel Ricardo Moreno como representante del consorcio para todos los efectos legales, incluidos *“representar prejudicial y judicialmente en todo lo referido a la propuesta y del contrato que de ella se derive”* (fls. 96 a 98 C. 2)[[8]](#footnote-8).

**b.** El 27 de septiembre de 2005, FONADE y el consorcio SEVERÁ suscribieron el contrato de obra 2053264, cuyo objeto consistió en: *“la construcción de cincuenta (50) soluciones de vivienda (tercera etapa) y treinta (30) soluciones de vivienda (cuarta etapa), del programa de reubicación de la población de Bellavista – municipio de Bojayá – Chocó, de acuerdo con la propuesta que forma parte integrante del presente contrato”.*

El valor del contrato se estableció en $1.994’268.788, **a través del sistema de precios unitarios fijo sin formula de reajuste**, de la siguiente manera: mediante anticipo de 40% una vez aprobada la póliza de seguros y suscripción del acta de iniciación del contrato y el restante 60% mensualmente, por el sistema de precios unitarios fijos, previa presentación de las respectivas actas de obra aprobadas por la interventoría del proyecto. El plazo de entrega se convino en cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio por el contratista y el interventor, previa aprobación de las garantías por parte de la asesoría jurídica de FONADE.

Asimismo, se convino que *“FONADE no despachará favorablemente reclamos o solicitudes de reajustes efectuadas por el contratista, por concepto de costos, gastos, actividades o suministros adicionales que aquel requiera para ajustar el contrato,* ***y que fueran previsibles a la fecha de presentación de la oferta****”* (fls. 170 a 178 C. 2).

**c.** El 21 de octubre de 2005, las partes del contrato suscribieron el acta de inicio y se fijó como fecha de terminación el 21 de febrero de 2006 (fl. 181 C. 2)

**d.** El 18 de noviembre de 2005 se suscribió el acta de suspensión No. 1, por el período comprendido entre ese día y el 5 de diciembre de 2005 (fl. 191 C. 2), debido principalmente a que *“las condiciones climáticas que actualmente se presentan en las zonas de las obras, con fuertes lluvias, han impedido el normal suministro de materiales de río (arena y gravilla), necesarios para la fundación de los concretos, así como el transporte de los materiales de construcción, vía fluvial, por el río Atrato. La firma 2C Ingenieros quienes realizan la interventoría técnica del contrato han avalado la suspensión del contrato”.*

**e.** El 28 de marzo de 2006, el consorcio Severá presentó al FONADE una solicitud de prórroga del contrato, en atención a que las condiciones climáticas seguían impidiendo su ejecución normal (fls. 227 a 230 C. 3).

**f.** El 21 de abril de 2006 se suscribió la prórroga 2 del contrato 2053264, con base en las mismas razones de la anterior prórroga, motivo por el cual el plazo se amplió hasta el 21 de junio de 2006 (fls. 236 a 238 C. 3). En dicho documento se estipuló lo siguiente: *“PARÁGRAFO: el contratista manifiesta que la presente prórroga no genera costos, ni gasto alguno para FONADE y por lo tanto renuncia a presentar cualquier tipo de acción, reclamación o demanda en contra de FONADE. PARÁGRAFO SEGUNDO: La presente prórroga se celebra sin perjuicio de la aplicación de las cláusulas penal de apremio y penal pecuniaria a que haya lugar”* (fls. 238 a 239 C. 3).

**g.** Mediante oficio cuya fecha es ilegible, la asesora jurídica del FONADE le manifestó al representante del consorcio contratista que ,*“dado que lo anterior nos evidencia un incumplimiento de la ejecución de sus obligaciones,* ***se le aplicará la cláusula penal de apremio pactada en la cláusula novena del contrato por el 10% del valor total del contrato****. No obstante, en el término de tres (3) días contados desde el recibo de la presente comunicación, deberá justificar detalladamente el incumplimiento de cada una de las obligaciones a que se refiere el presente documento y los informes anexos”* (fls. 242 a 244 C. 3)*.*

**h.** A través de oficio del 28 de junio de 2006, el subgerente técnico del FONADE le manifestó al representante legal del consorcio Severá: *“teniendo en cuenta que el contrato de la referencia se terminó sin que las obras se ejecutaran en un 100%, le instruyo para que a partir de la fecha no se autoricen pagos con cargo a la cuenta del anticipo, pues este tampoco ha sido amortizado en su totalidad. Igualmente deberá reintegrar dentro de los dos días siguientes al recibo de la presente comunicación, los saldos que se encuentren en dicha cuenta”* (fl. 254 C. 3).

**i.** En oficio del 7 de julio de 2006 (fls. 255 a 257 C. 3), el representante legal del FONADE le manifestó al consorcio contratista lo siguiente (se transcribe literalmente):

“1.- El plazo contractual se venció el pasado 21 de junio de 2006, sin que la ejecución del objeto contractual haya sido del 100%. **Por el contrario, el contrato tuvo una ejecución mínima del 23.7%, según informe de interventoría del 14 al 20 de junio de 2006.**

“2. Igualmente, la interventoría y la gerencia del convenio han informado la falta de presencia de dos (2) residentes, dos (2) inspectores y del director de obra a que se obligó en el contrato, no contándose con personal suficiente para la ejecución de la obra.

“3. En comunicación BOJ II-15060601, del 21 de junio de 2006, **la interventoría ratifica el incumplimiento del contratista** en cuanto al suministro del personal mínimo requerido para la terminación de la obra en el termino pactado, **presentándose un atraso en el porcentaje de ejecución de la obra superior al 50%, por lo cual no se considera viable la prórroga del contrato solicitada por el contratista.**

“4. La Gerencia técnica del proyecto en comunicación 0189 solicita la terminación del contrato, teniendo en cuenta el incumplimiento del mismo por parte del contratista y su ‘manifiesta incapacidad para la ejecución de la obra’.

“5. Que FONADE entregó al consorcio la suma de $797’707.514 por concepto de anticipo, habiéndose amortizado hasta el momento la suma de $154’420.580,60 faltando por amortizar un saldo de $643’286.933,40, el cual según el memorando de interventoría no se encuentra justificado pues los materiales que se encuentran en obra no representan el valor del saldo pendiente.

“(…).

“Por lo anterior y **teniendo en cuenta que el incumplimiento en la ejecución del contrato No. 2053264 es evidente, y que tanto la interventoría, la supervisión y la gerencia del convenio solicitaron la no prórroga del mismo, se procede a terminar el contrato cuyo plazo venció el 21 de junio de 2006**” (se destaca).

**j.** Mediante oficio del 25 de julio de 2006, la asesora jurídica del FONADE le manifestó al consorcio contratista que, *“teniendo en cuenta que dentro del contrato 2053264 se pactó de mutuo acuerdo la* ***cláusula penal pecuniaria por incumplimiento en la ejecución de sus obligaciones, procedemos a dar aplicación a la misma por una suma equivalente al 10% del valor total del contrato, esto es, la suma de $199’426.879****”* (fls. 271 a 273 C. 3).

**k.** Comunicación del 15 de agosto de 2006 (fls. 262 a 267 C. 3), suscrita por el representante del consorcio Severá, en el cual le manifestó a la Directora Jurídica del FONADE lo siguiente:

*“Situación jurídica del contrato: El contrato por disposición unilateral de FONADE está suspendido en su ejecución, pues la entidad contratante ordenó no girar más dineros del anticipo por ningún concepto y consignar en la cuenta de FONADE los dineros sobrantes de él, procediendo además a ejecutar las pólizas contractuales, notificando a Seguros Cóndor S.A. el acaecimiento del siniestro de incumplimiento por parte del contratista.*

*“Lo anterior implica que ha decidido terminar unilateralmente el contrato y proceder a su liquidación.*

*“Al respecto y en lo puramente jurídico, este contratista ratifica el hecho de que quien incumplió el contrato fue FONADE y no el contratista y en tal virtud, el siniestro de incumplimiento no se ha materializado, no siendo procedente la reclamación a la aseguradora, quien necesariamente tendrá que objetar dicha reclamación, si obra en derecho, pues se han acreditado ante dicha entidad aseguradora los reiterados incumplimientos de FONADE, y el consecuente y obligado incumplimiento del contratista, determinado por FONADE”.*

**l.** En el Informe final de interventoría del 29 de agosto de 2006 (fls. 490 a 511 C. 3) se hicieron las siguientes recomendaciones y conclusiones en relación con el contrato de obra (se transcribe literalmente):

*“Recomendaciones realizadas al contratista:*

* *Cantidad de personal en la obra: En el momento de realización de este informe no se encuentra laborando ningún personal en la obra y solo se encuentra el almacenista del proyecto. Se puede resaltar que no hay personal actual en obra y que adicionalmente no se ha cumplido con los compromisos generados en las reprogramaciones de obra con respecto al cumplimiento de mantener la cantidad de personal necesario para cumplir con el cronograma de obra.*
* *Calidad de personal en obra: De acuerdo con el seguimiento realizado por esta interventoría, se señala con preocupación que muchas de las actividades de obra hasta la fecha no cumplen con los estándares de calidad solicitados, a pesar de que esta interventoría realizó las observaciones y correcciones a efectuar.*
* *Materiales de obra: Se recomienda al contratista la compra y puesta en obra de los materiales necesarios para la realización de los trabajos pendientes para lograr concluir la obra en el menor tiempo posible.*

***“Recomendaciones realizadas a la entidad contratante: En vista de los elementos presentados en este informe, tales como la falta de materiales, abandono administrativo y (sic) la falta en general de personal idóneo para ejecutar las actividades de obra y falta en general de personal idóneo para ejecutar las actividades de obra y la falta de un representante del consorcio, esta interventoría recomienda que la entidad contratante realice los trámites correspondientes para la terminación y ejecución de los trabajos pendientes con un contratista****.*

*“(…).*

*“CONCLUSIONES:*

*- El contratista al abandonar la obra incumplió a cabalidad (sic) con el objeto del contrato*

*- El contratista al abandonar la obra incumplió al no mantener el personal establecido en las reglas de participación durante la ejecución parcial del proyecto.*

*- El contratista al abandonar la obra incumplió al no ejecutar la construcción de las soluciones de vivienda en el plazo establecido, independientemente de cualquier factor que se generó en la etapa de construcción.*

***“Como resultado final del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, FONADE hace efectivas las sanciones contractuales correspondientes****”* (se destaca).

**m.** Finalmente, en el proceso obran los testimonios de los señores Eddie Albert Pérez Navarrete y Nelson Heriberto Puello Centeno (fls. 228 a 237 C. 1), quienes trabajaban para 2C Ingenieros S.A. durante los meses de mayo a julio de 2006 en la ejecución del referido contrato y manifestaron que la falta de planeación del FONADE en la entrega de algunos lotes y de adecuación de las vías de acceso al sitio de la obra incidieron en que el contrato no se ejecutara en el plazo pactado.

Para la Sala tales testimonios no ofrecen credibilidad, toda vez que su dicho no coincide con el informe final de interventoría presentado por 2C Ingenieros S.A., para la cual trabajaban, ni con los demás elementos de prueba obrantes en el proceso, los cuales dan cuenta de una serie de irregularidades por parte del contratista que dieron lugar a que se hiciera exigible el cobro de la cláusula penal pecuniaria por parte del FONADE.

**4.- Análisis del caso concreto**

La parte actora manifestó en su recurso de apelación que se produjo un desequilibrio económico del contrato, pues factores ajenos al contratista, tales como el invierno, la escasez de combustible y la alteración del orden púbico, entre otros, incidieron de manera negativa en la ejecución del contrato, haciéndolo mucho más gravoso, prueba de ello era que la interventoría en su informe final recomendó, supuestamente, conceder al contratista un plazo de cinco meses adicionales para que culminara la ejecución del contrato; asimismo, señaló que el FONADE incumplió el contrato por la falta de entrega de los lotes donde se construirían las viviendas, al igual que por la falta de planeación y de apoyo al contratista.

A su turno, el FONADE reiteró a lo largo del trámite del proceso que no se configuró el alegado desequilibrio contractual, dado que, desde la etapa de selección, el contratista conoció las condiciones en las cuales iba a ejecutar la obra y, conforme a ese conocimiento, presentó su propuesta; adicionalmente, manifestó que el incumplimiento provino exclusivamente del contratista y no de la entidad demandada, tal como lo certificó la interventoría en su informe final.

En la sentencia de primera instancia, el Tribunal *a quo* manifestó que el contratista incurrió en un retraso equivalente al 75.7%, hecho que evidenciaba su incumplimiento y, con ello, habilitó a la administración para aplicar la cláusula penal pecuniaria; sostuvo, además, que la parte actora no allegó prueba alguna en relación con el supuesto incumplimiento contractual por parte de FONADE, motivo por el cual había lugar a negar las pretensiones de la demanda

Ahora bien, resulta preciso recordar que la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe” y “*potestas ius variandi”* (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y, paralelamente, en la “teoría de la previsibilidad”.

Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que aquel equilibrio puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, quien asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, ésta no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no sólo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.

En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.

En el caso concreto, la controversia que se suscita con ocasión al citado contrato de obra 2053264, como se indicó, se dirime por las reglas del derecho privado y, por tal motivo, los principios, los efectos, la interpretación, los modos de extinguirse, anularse o rescindirse, son los previstos en las normas civiles y mercantiles, de acuerdo con las cuales rige, en forma estricta, el axioma de que el contrato es ley para las partes (art. 1602 C.C.), de manera que en cuanto a sus efectos debe estarse a lo pactado en el acuerdo, lo que excluye, la aplicación de las normas de la contratación estatal sobre las cuales se ha desarrollado la teoría del equilibrio económico del contrato.

No obstante, una de las excepciones en las que se puede aplicar el principio *rebus sic stantibus* en el derecho privado*,* como se anotó, es la denominada teoría de la imprevisión consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, que citó la sociedad actora en su demanda y a cuyo tenor:

*“**ARTÍCULO 868. [REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS]. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.*

*“El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.*

*“Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.*

De acuerdo con la norma transcrita, la teoría de la imprevisión se aplica cuando la ejecución de un contrato conmutativo se torna excesivamente onerosa para una de las partes, **debido a hechos extraordinarios e imprevisibles y sobrevinientes a su celebración**, de forma que se autoriza su revisión por parte del juez, con el objeto de reajustar el contrato. Según la doctrina y la jurisprudencia[[9]](#footnote-9), los elementos que estructuran esta teoría son:

a) Que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida y, por ende, excluye los contratos de ejecución instantánea;

b) Que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles posteriores a la celebración del contrato;

c) Que esas circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y

d) Que el acontecimiento sea ajeno a las partes.

En consecuencia, la reclamación del *sub examine* se debe estudiar y analizar a la luz de los presupuestos que fundamentan la teoría de la imprevisión, establecidos en la disposición mercantil recién reproducida.

La demandante insistió en el recurso de apelación en que se presentó un desequilibrio económico del contrato y un incumplimiento del mismo por parte del FONADE; sin embargo, contrario a lo aducido por la parte actora, la Sala advierte que no existen en el expediente pruebas sobre las alegadas causas o circunstancias posteriores a la celebración del contrato ajenas y no imputables ella, ni menos aún extraordinarias e imprevisibles que alteraran el equilibrio económico del contrato en contra de sus intereses patrimoniales y al punto de que pudieran configurarse los presupuestos de la teoría de la imprevisión.

La demandante reiteró durante el proceso que sufrió pérdidas a lo largo de la ejecución del contrato, derivadas principalmente del invierno, la escasez de combustible, la alteración del orden púbico, entre otros factores, así como la falta entrega de predios y de planeación del FONADE, todo lo cual generó que la ejecución del contrato le resultara excesivamente onerosa; pues bien, para obtener un reajuste por la alteración de las bases del contrato, en los términos del artículo 868 del Código de Comercio, no basta con la comprobación de tal hecho, sino que también es necesario que éste no se origine en causas atribuibles a la parte que lo invoca, es decir, que el acontecimiento le sea ajeno e imprevisible al momento de celebrarse el contrato.

Los citados requisitos de la teoría de la imprevisión no se presentan en el *sub lite*, habida consideración de que las condiciones climáticas de la zona eran conocidas por el contratista desde el momento de la presentación de su propuesta y de la suscripción misma del contrato, máxime que es bien sabido dado que es un hecho notorio que el departamento del Chocó es una de las zonas más lluviosas del planeta; circunstancias que llevaron a que se efectuaran dos suspensiones del contrato, el cual se reanudó cuando las circunstancias que hacían imposible su ejecución desaparecieron; sin embargo, a pesar de las suspensiones otorgadas el contratista sólo ejecutó el 23.7% del contrato, hecho que condujo al cobro de la cláusula penal pecuniaria por parte de la entidad contratante.

En este punto cabe señalar que, según el citado informe final de interventoría, el contratista *“incumplió al no ejecutar la construcción de las soluciones de vivienda en el plazo establecido, independiente de cualquier factor que se generó en la etapa de construcción”* (fls. 255 a 257 C. 3), hecho que motivo a que el FONADE hiciera efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Las conclusiones del informe de interventoría merecen credibilidad para la Sala, toda vez que fueron hechas por personal idóneo técnico e independiente, amén de que coinciden con las comunicaciones efectuadas por el FONADE al contratista a través de las cuales le ponía de presente el referido incumplimiento.

Adicionalmente, la parte actora no aportó prueba idónea alguna para desvirtuar las conclusiones del informe de interventoría, ni mucho menos probó el supuesto incumplimiento del FONADE respecto a la entrega de predios para la construcción de las viviendas, ni mucho menos que la supuesta demora tuviera incidencia en la ejecución del contrato dentro del plazo convenido, con lo cual incumplió con la carga probatoria que le incumbía para sacar adelante sus pretensiones (art. 177 del C. de P. Civil).

Al contrario, lo que consta en el plenario es que fue el contratista quien incumplió el contrato al haber ejecutado únicamente el 23.7%, hecho que fue certificado por la interventoría en el informe final y por esa razón se le hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

En tales condiciones, acertó el Tribunal *a quo* cuando concluyó que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar porque, además de que las circunstancias imprevistas y otras presuntamente atribuibles al FONADE no fueron demostradas, el acervo probatorio permite colegir que el incumplimiento al que hace referencia la demanda provino de hechos imputables a la propia culpa del consorcio demandante, de manera que, si tuvo pérdidas en esta labor, ellas no pueden ser imputables a la demandada, ni pueden servir de fundamento a la reparación solicitada.

Finalmente, estima la Sala necesario precisar que si bien la entidad demandada –FONADE– expidió un acto administrativo a través del cual declaró el incumplimiento del contratista e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria en su contra, lo cierto es que ese acto administrativo no fue objeto de cuestionamiento alguno por parte del demandante durante el trámite del proceso de la referencia, así como tampoco se puede inferir, a partir de los hechos probados, que el FONADE hubiera incumplido el contrato, de tal suerte que en este caso concreto, resulta inocuo pronunciarse sobre la legalidad de dicho acto administrativo.

De conformidad con los anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión del *a quo,* en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

**5. Condena en costas**

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**F A L L A**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 27 de octubre de 2011, que negó las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVÚELVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. 21 de octubre de 2008. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 446 de 1998. [↑](#footnote-ref-2)
3. A cuyo tenor: *“Artículo 3°. Funciones. En desarrollo de su objeto el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, podrá realizar las siguientes funciones:*

   *3.1 Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales.*

   *3.2 Realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad financiera del Fondo y la de los proyectos que administra o ejecuta.*

   *3.3 Celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo.*

   *3.4 Realizar operaciones de crédito externo o interno con sujeción a las normas legales vigentes.*

   *3.5 Captar ahorro interno mediante la emisión de bonos, celebrando los contratos garantía y agencia o pago a que hubiere lugar para estos efectos, en las condiciones que autorice el Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Bancaria.*

   *3.6 Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos.*

   *3.7 Realizar operaciones de financiamiento no reembolsable con recursos del presupuesto nacional o con utilidades líquidas asignadas a la entidad sin deteriorar su patrimonio en términos reales.*

   *3.8 Vender o negociar su cartera o efectuar titularización pasiva de la misma.*

   *3.9 Prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo.*

   *3.10 Prestar servicios de asesoría, estructuración y reestructuración financiera y de banca de inversión.*

   *3.11 Impulsar la consultoría nacional en sectores vinculados con el desarrollo.*

   *3.12 Realizar inversiones de portafolio con los recursos que reciba en desarrollo de su objeto social.*

   *3.13 Manejar las cuentas en moneda nacional o extranjera necesarias para su operación o el desarrollo o la ejecución de proyectos que ejecute o administre.*

   *3.14 Las demás funciones que le sean asignadas”.*  [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de octubre de 2013 (exp. 30.763.). Ver también, sentencia del 3 de agosto de 2017 (exp. 52.531), entre otras. [↑](#footnote-ref-4)
5. La Sala no ignora que la Ley 1150 del 2007 señaló que por regla general los contratos de FONADE son regidos por la Ley 80 de 1993, pero esta modificación no había sido introducida para el momento de la celebración de este contrato. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. *“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. // “Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno. // “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. // “Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.* [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de diciembre 6 de 2010, (exp. 38.344), postura reiterada por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de octubre de 2015 (exp. 48.502). [↑](#footnote-ref-7)
8. Sobre el particular, cabe señalar que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamiento de unificación jurisprudencial, reconoció la capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales para comparecer en juicio, ya fuera como integrantes de los extremos activo o pasivo de la *litis* o como litisconsortes. Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 25 de septiembre de 2013, (exp.19.933). [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 68001231500019951182 01 (22.372). En este mismo sentido, sentencia del 6 de abril de 2018, expediente 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005), entre otras. [↑](#footnote-ref-9)