**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Definición – Fundamento normativo**

El equilibrio financiero del contrato, constituye una regla contenida en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, bajo cuyo tenor, en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, que resulta de la aplicación del principio de conmutatividad, contenido en el contrato y que vincula a las partes; cuando dicha igualdad se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento. Se predica el desequilibrio económico del contrato en los eventos en que durante la ejecución se presentan circunstancias que afectan gravemente su economía y conducen a que la entidad adopte las medidas pertinentes para tratar de restablecer al contratista a la condición inicialmente pactada, para lo cual deberá verificarse dicha ecuación en cada caso frente a las obligaciones contenidas en el contrato, ya que sólo puede predicarse el desequilibrio en contratos conmutativos y de tracto sucesivo, y ello, cuando de manera posterior a la celebración del contrato se alteran las condiciones pactadas en su celebración.

**ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO – Alteración – Eventos**

De tiempo atrás se ha reconocido que la ecuación financiera del contrato puede alterarse durante su ejecución por las siguientes causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, por incumplimiento de las obligaciones contractuales; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ**

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01252-01(31096)**

**Actor: CONSORCIO INGEFER**

**Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 2 de marzo de 2005, que dispuso:

*“****PRIMERO:*** *Declárese que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado – ESP, incumplió el contrato de consultoría No. 1-02-6300-0165-96, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO:*** *Condénese en consecuencia a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado – ESP, a reconocer y pagar a favor del Consorcio INGEFER la suma de once millones cuatrocientos treinta y un mil setecientos cuarenta y tres pesos con ochenta y cuatro centavos ($11.431.743,84).*

***TERCERO:*** *Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.*

***CUARTO:*** *Sin condena en costas.”*

**l. ANTECEDENTES**

* 1. **La demanda**

El día 2 de junio del año 2000, el Consorcio Ingefer, mediante apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., contra la Nación – Alcaldía Mayor de Bogotá – Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., para lo cual elevó las siguientes,

* 1. **Pretensiones**

*“****PRIMERA:-*** *Que mediante sentencia definitiva que haga transito (sic) a cosa juzgada, se declare la existencia y validez del Contrato de Consultoría No. 1-02-6300-0165-96, suscrito entre el Señor Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Santafé de Bogotá y el Señor FERNANDO PRIETO GONZALEZ (sic) en representación del CONSORCIO INGEFER, el día treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996), así como de sus tres (3) modificaciones, suscritas el día dieciocho (18) de abril de 1997, el día treinta y uno (31) de diciembre de 1997, y el día tres (3) de abril de 1998, y cuyo objeto fue el estudio predial y actualización de títulos y catastral de los inmuebles de propiedad de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – E.S.P., correspondientes a los grupos tres y cuatro de acuerdo con los términos de referencia del Concurso de Méritos No. CM-GA-14-96.*

***SEGUNDA:-*** *Se declare igualmente, que LA NACION (sic) COLOMBIANA – ALCALDIA (sic) MAYOR DE SANTAFE (sic) DE BOGOTA (sic) – EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA (sic) E.S.P. incumplió el Contrato de Consultoría No. 1-02-6300-0165-96 suscrito el día 31 de diciembre de 1996 con el CONSORCIO INGEFER, cuyo objeto fue el estudio predial y actualización de títulos y catastral de los inmuebles de propiedad de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – E.S.P., correspondientes a los grupos tres y cuatro de acuerdo con los términos de referencia del Concurso de Méritos No. CM-GA-14-96, y que por lo tanto es responsable de todos los perjuicios materiales en su doble aspecto, daño emergente y lucro cesante, y morales ocasionados a los contratistas.*

***TERCERA:-*** *Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se obligue LA NACION (sic) COLOMBIANA – ALCALDIA (sic) MAYOR DE SANTAFE (sic) DE BOGOTA (sic) – EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA (sic) E.S.P. a cumplir el Contrato de Consultoría No. 1-02-6300-0165-96 suscrito en día 31 de diciembre de 1996 con el CONSORCIO INGEFER, cuyo objeto fue el estudio predial y actualización de títulos y catastral de los inmuebles de propiedad de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., correspondientes a los grupos tres y cuatro de acuerdo con los términos de referencia del Concurso de Méritos No. MA-GA-14-96, y se condene a la Entidad Contratante a pagar al CONSORCIO INGEFER, los valores que siguen, actualizados para la fecha de la sentencia o al momento en que se vaya a liquidar mediante incidente si ello fuere posterior:*

***A.-)*** *La suma de TRESCIENTOS VEINTISIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON NOVENTA CENTAVOS ($327.937.783.90), saldo del valor total del contrato debido por la Entidad Contratante al Consorcio Contratista, y no pagado a la fecha.*

***B.-)*** *Sumas relacionadas en el literal A.-) de la presente pretensión, que deben reajustarse a un porcentaje igual al incremento de I.P.C. empleados para la Ciudad de Santafé de Bogotá, fijado por el DANE a partir del dos (2) de Enero (sic) de cada año y por cada año que transcurra con posterioridad a la presentación de esta demanda y hasta la verificación efectiva del pago, de conformidad con lo establecido de los términos de referencia del Concurso de Méritos CM-GA-14-96 en sus numerales I.04.01 literal b.), y cláusula primera de la modificación del contrato suscrita el día 18 de abril de 1997, relativos a la forma de pago del precio pactado.*

***C.-)*** *Por los intereses moratorios a tasa del dos por ciento (2%) nominal mensual, sobre la suma referenciada en el literal A.-) liquidados a partir del día 31 de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), fecha hasta cuando se verificaron los pagos parciales de la labor ejecutada, y hasta cuando efectivamente se produzca el pago, de conformidad a lo pactado en la cláusula quinta del contrato de Consultoría No. 1-02-6300-0165-96, y lo establecido de los términos de referencia del Concurso de Méritos CM-GA-14-96 en sus numerales I.04.02.*

***CUARTA:-*** *A título de daños o prejuicios (sic) morales ocasionados a los CONTRATISTAS por el injusto incumplimiento del contrato referido, se condene a LA NACION (sic) COLOMBIANA – ALCALDÍA MAYOR DE SANTAFE (sic) DE BOGOTA (sic) – EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P. a pagar a los integrantes del CONSORCIO INGEFER, la cantidad CINCO (sic) MIL GRAMOS DE ORO PURO Y FINO, cuyo precio se determinará de acuerdo con certificación que expida el BANCO DE LA REPUBLICA (sic) al momento de proferirse la sentencia.*

***QUINTA:-*** *Si no fuere posible cuantificar todos los perjuicios durante el plenario, la condena deberá hacerse en abstracto y/o en génere (sic), para lo cual deberá disponerse el trámite del incidente respectivo, fijando las pautas o bases a que hubiere lugar, todo de conformidad con los artículos 172 y 178 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.*

***SEXTA:-*** *La condena que se imponga con sentencia o similar a LA NACION (sic) COLOMBIANA – ALCALDÍA MAYOR DE SANTAFE (sic) DE BOGOTA (sic) – EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA (sic) E.S.P., deberá cumplirse en las condiciones y términos dispuestos por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, so pena de que vencidos los términos de Ley, se tengan que pagar intereses comerciales moratorios tasados conforme a la certificación que expida la Superintendencia Bancaria para el efecto.”*

**1.3. Hechos**

Las pretensiones tienen fundamento en los hechos que la Sala sintetiza de la siguiente forma:

A través de un concurso de méritos, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, celebró un contrato de consultoría con el Consorcio Ingefer, cuyo objeto era el estudio predial y actualización de títulos y catastral de los inmuebles de su propiedad, correspondientes a los grupos 3 y 4 de acuerdo con los términos de referencia establecidos en el concurso en mención. El plazo establecido para el contrato fue de 10 meses contados a partir del acta de iniciación.

De acuerdo con lo pactado, el diciembre de 1997, el consorcio realizó entregas parciales, las cuales fueron recibidas por el interventor, doctor Víctor Polo, y de las que emanaron las actas de recibo parcial correspondientes.

Pese a que en el contrato se estipuló que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ejercería vigilancia sobre la ejecución del contrato, esta nunca lo hizo, y solamente dentro del término de la segunda prórroga formuló algunas objeciones respecto de la solicitud hecha por los demandantes acerca de los sobrecostos en los predios rurales de menos de 2 hectáreas, cuyos estudios debían ajustarse a los requisitos y especificaciones dispuestas para los predios urbanos, entre otras, puesto que se presentó un incremento de costos, dado que se encontraba previsto que las zonas rurales tendrían un costo de $22.000 pesos por hectárea, mientras que los predios rurales costarían $225.000 pesos.

Como consecuencia de los 108 predios hallados, el consorcio debió asumir los costos adicionales por el levantamiento topográfico de varias hectáreas, por un valor que superaba los $48’000.000.

Una vez el consorcio tuvo conocimiento del incremento de los costos, informó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado en reunión celebrada el día 10 de noviembre de 1997, quien se comprometió a evaluar los hechos que se le habían puesto de presente , pero finalmente no desplegó ninguna actuación.

Transcurrido un mes desde la reunión, y ante la falta de respuesta por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, el 9 de diciembre de 1997, los aquí demandantes formularon solicitud por escrito, del ajuste del precio del contrato, por un valor de $48’263.625, pero tal requerimiento no fue atendido, por lo que a juicio del actor, operó el silencio administrativo positivo a su favor.

Finalmente, manifiestan los demandantes que a pesar de haber cumplido con la totalidad de las labores asignadas desde el 4 de junio de 1998, el contrato no pudo ser liquidado, porque los personas encargadas para tal fin, no cumplieron con su labor, incumpliendo así los términos del concurso de méritos, las cláusulas del contrato y los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993.

**1.4. Trámite en primera instancia y contestación de la demanda**

La demanda fue presentada el 2 de junio del año 2000, y admitida mediante auto del 30 de junio del mismo año respecto de la Alcaldía Mayor de Bogotá, quien fue notificada en debida forma, pero guardó silencio y no hizo uso de su derecho de contestación de la demanda.

Por auto del 9 de febrero de 2001, se inició el período probatorio.

Mediante memorial allegado el 16 de julio de 2002, el apoderado de la parte actora solicitó adicionar el auto admisorio de la demanda, en el sentido de vincular al proceso como parte demandada a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, como se indicó en la demanda.

La anterior solicitud fue acogida en proveído fechado el 21 de agosto de 2002.

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, a través de su apoderado judicial, contestó la demanda en escrito en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, y adujo que los predios rurales inferiores a 2 hectáreas encontrados por el contratista, no se encontraban estipulados dentro del objeto del contrato, razón por la cual no era factible la adición del contrato solicitada.

Propuso como excepción, la ausencia del derecho pretendido, por cuanto la solicitud del demandante no tenía sustento jurídico ni contractual.

Por auto del 13 de febrero de 2003, se decretaron las pruebas solicitadas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Vencido el término probatorio, el 1 de abril de 2004, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales.

Las partes reiteraron los argumentos expuestos con la presentación de la demanda y su contestación.

El Ministerio Público guardó silencio.

**1.5. Sentencia de primera instancia**

El día 2 de marzo de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia en la que declaró el incumplimiento contractual por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, y la condenó al pago de $11’431.743,84.

Las conclusiones adoptadas por el Tribunal no se conocen, toda vez que la página contentiva de las mismas, se echa de menos en el expediente.

**1.6. El recurso de apelación y trámite en segunda instancia**

El día 9 de marzo de 2005, el apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual fue concedido mediante auto de 4 de mayo de 2005, y admitido por esta Corporación en proveído del 6 de febrero de 2006.

La parte demandada solicitó revocar el fallo de primera instancia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, argumentando que analizando el objeto contractual, se infería que se trataba de un tema especializado, y el demandante entregó a medias su trabajo.

De otra parte, adujo que era responsabilidad del contratista ofertar el servicio en el que se incluyeran todos los costos que incluyeran el análisis técnico de los predios, con todos los elementos necesarios para tal fin, incluidos los mayores costos que pudieran presentarse, pues eran estos los que tenían conocimiento de ello, por su condición especializada.

Sostuvo que acudir a la tesis del desequilibrio financiero del contrato para justificar los sobre costos en los que incurrió, o en las labores que no tenía previstas, no era la vía adecuada, pues este debió haberlas contemplado desde el momento en que presentó la oferta, y al no haberlo hecho, no podía alegar su propia culpa por la vía judicial.

Finalmente, concluye que en el *sub examine* no se discutía la cantidad de trabajo entregado, sino la calidad del mismo, y en ese caso se determinó que el actor había incumplido con las normas de calidad ISO.

El 28 de abril de 2006, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales.

La Alcaldía de Bogotá, a través de su apoderado judicial, consideró que debían negarse las pretensiones de la demanda, toda vez que la solicitud carecía de sustento probatorio, y adicionalmente, solicitó declarar la falta legitimación en la causa por pasiva de la Alcaldía, en atención a que esta no había tenido ningún tipo de injerencia en los hechos de la demanda.

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá se ratificó en lo expuesto con el recurso de apelación.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

**1.7. La conciliación en segunda instancia**

Mediante auto del 17 de abril de 2013, se dispuso de conformidad con el artículo 43 de la Ley 640 de 2001, fijar como fecha para realizar audiencia de conciliación el día 18 de julio de 2013, contando con concepto desfavorable del Ministerio Público.

En escrito allegado el 18 de julio de 2013, el apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, manifestó que no le asistía ánimo conciliatorio, haciéndose necesario continuar con el trámite del proceso.

**II. CONSIDERACIONES**

**2.1. Competencia**

La Sala es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de controversias contractuales, competencia que tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

Así mismo precisa la Sala que, le corresponde resolver el recurso de apelación en consideración a que la providencia apelada fue proferida en proceso de doble instancia, toda vez que la mayor cuantía para la fecha de presentación de la demanda -2 de junio de 2000- era de $ 26’390.000, lo cual conllevó a que el proceso se tramitara en primera instancia ante los Tribunales Administrativos y en segunda instancia ante el Consejo de Estado.

**2.2. El equilibrio financiero del contrato**

El equilibrio financiero del contrato, constituye una regla contenida en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, bajo cuyo tenor, en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, que resulta de la aplicación del principio de conmutatividad, contenido en el contrato y que vincula a las partes; cuando dicha igualdad se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento.

Se predica el desequilibrio económico del contrato en los eventos en que durante la ejecución se presentan circunstancias que afectan gravemente su economía y conducen a que la entidad adopte las medidas pertinentes para tratar de restablecer al contratista a la condición inicialmente pactada, para lo cual deberá verificarse dicha ecuación en cada caso frente a las obligaciones contenidas en el contrato, ya que sólo puede predicarse el desequilibrio en contratos conmutativos y de tracto sucesivo, y ello, cuando de manera posterior a la celebración del contrato se alteran las condiciones pactadas en su celebración.

De tiempo atrás se ha reconocido que la ecuación financiera del contrato puede alterarse durante su ejecución por las siguientes causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, por incumplimiento de las obligaciones contractuales; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

**2.3. El caso concreto**

Una vez analizado el material probatorio obrante en el proceso, la Sala colige que en primer lugar, lo acontecido en el *sub lite* no se ajusta a las causales antes mencionadas para la procedencia de la declaratoria del desequilibrio financiero del contrato, y adicionalmente, se encuentra que lo planteado por la parte actora en su demanda no tiene sustento probatorio, y por el contrario se encuentra acreditado que esta tuvo conocimiento de los trabajos que realizaría desde el momento de la oferta, tal como pasa a exponerse a continuación.

En primer lugar, al comparar el acta de entrega final con la oferta inicial hecha por el consorcio, se encuentra plena concordancia entre lo ofertado y lo entregado, especialmente en los numerales 1.2. y 1.3., en los que se centra la atención de la reclamación.

Continuando con el estudio de la oferta inicial, se encuentra que el total de hectáreas ofertadas en el ítem 1.2.: *“Levantamiento aerofogramético y restitución digital zona rural e identificación predial con amojonamiento”* para los grupos 3 y 4 en las zonas 2, 3, 5, y 10, suman un total de 6.450 hectáreas, y este mismo número es el plasmado en el acta de recibo final.

Igual suerte corren las hectáreas incluidas en el ítem 1.3.: *“Levantamiento topográfico con amarre a coordenadas, zona urbana y amojonamiento”* para el grupo 3, en las zonas 6, 12, 13, 14, 16, 17, 18 y 19; y para el grupo 4 en las zonas 7, 8, 9, 11, 15 y 20. Estas suman un total de 682 hectáreas, tal como se encuentra anotado en el acta de recibo final.

De lo anterior se desprende, que la demandante conocía perfectamente los trabajos que llevaría a cabo, y estos no fueron superiores a los previstos en un primer momento.

Ahora bien, revisando las actas de entrega parcial, y el acta de entrega final, no se encuentra en ellas anotación alguna acerca de una entrega de levantamientos topográficos de zonas rurales inferiores a 2 hectáreas, tal como lo establece el demandante en su libelo petitorio.

Es pertinente destacar, que pese a que la prueba no fue aportada al proceso en la oportunidad probatoria pertinente, el Tribunal de instancia decretó dicha prueba sin que la parte actora la allegara al proceso, incumpliendo así con lo estipulado por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que impone al actor la carga de probar los supuestos de hecho que alega en el proceso.

Como consecuencia de todo lo anterior, resulta que no puede declararse un desequilibrio financiero del contrato, porque en primer lugar, no se logró acreditar que se hubiera presentado el supuesto sobre costo en los levantamientos topográficos, y en segundo lugar, porque este no se enmarca en ninguna de las causales previstas para la procedencia de tal declaratoria.

La sentencia de primera instancia será revocada, y en su lugar se denegarán las pretensiones de la demanda.

**2.3. La condena en costas**

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., y como no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Sub-Sección se abstendrá de condenar en costas.

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

**FALLA**

**PRIMERO: Revocar** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 2 de marzo de 2005, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: Negar** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** En firme esta providencia envíese el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**Presidenta de la Sala**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**