

## **EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO – Ruptura - Prueba**

La ruptura del equilibrio económico del contrato debe probarse por la parte que la alega, demostrando: i) las causas y ii) el efecto económico correspondiente. Por ello, el análisis de la prueba del desequilibrio pasa por identificar la ecuación económica que gobernó el contrato, el factor de desfase en su ejecución y la causalidad entre los hechos que originan las alteraciones y el efectivo desbalance de las prestaciones a cargo de las partes, representadas en la ecuación económica. Se agrega que para salir avante con las pretensiones por concepto de desequilibrio económico del contrato es preciso probar: iii) la imputación del desbalance financiero a las conductas o cargas de la parte contra la que se pretende la condena correspondiente”.

Esto es así, por cuanto demostrar que un gasto extraordinario afecta objetivamente la ecuación económica en un contrato de concesión, implica una combinación de análisis financieros detallados, documentación precisa, y propuestas de ajuste razonables que permitan evaluar si el impacto alegado justifica ajustar los términos del contrato para restablecer el equilibrio que se acusa perturbado. Es esencial entonces proporcionar una evidencia sólida para tales efectos.

Bajo esta cuerda, la complejidad de la prueba en el análisis de la ejecución financiera del contrato de concesión portuaria, a efecto de acreditar el desequilibrio económico pretendido, necesariamente requiere de conocimientos profesionales, técnicos y especializados que están más allá del alcance normal del conocimiento general que sobre la materia pueda tener un juez, o los sujetos procesales involucrados. Situación que, como es natural, imponía a la parte demandante, a quien corresponde la carga de acreditar el pretendido desequilibrio, aportar la prueba técnica idónea para ello, contentiva de evidencia científica especializada y proporcionada por un experto en finanzas, contabilidad, auditoría u otra área que suponga avezados y específicos conocimientos en las áreas del saber a qué se contrae el thema probandum.

En casos como este, aunque no exista tarifa legal, se estila, entre otras opciones, aportar o solicitar la práctica de un dictamen pericial claro, objetivo y fundamentado en datos y métodos financieros reconocidos y comúnmente aceptados conforme a las normas financieras, nacionales e internacionales, aplicables al estado del arte objeto de estudio, acompañado de la explicación técnica de los métodos, análisis, documentación, fuentes, memorias, auditorías, revisiones de transacciones, etc., que permitan revelar y explicar de manera comprensible cómo y con qué metodología utilizada, el perito llegó a los hallazgos y conclusiones en él contenidas, a efecto de resolver las específicas cuestiones en disputa sometidas a su experticia técnica o profesional. Sin dejar de lado que esta clase de pruebas se someten a contradicción conforme la rituación de la norma procesal aplicable.



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)**

**Radicado número:** 88001-23-33-000-2018-00011-00 (64011)  
**Demandante:** Sociedad Portuaria de San Andrés S.A.  
**Demandado:** Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.  
**Referencia:** Medio de control de controversias contractuales

**Tema:** Desequilibrio de la ecuación financiera de un contrato estatal. **Subtema 1.** Requisitos o condiciones para la procedencia de la “teoría de la imprevisión”. **Subtema 2.** Carga de la prueba – definición– presupuestos–obligaciones de las partes dentro del proceso- facultad oficiosa del juez.

## **SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

La Subsección resuelve el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019), que negó las pretensiones de la demanda.

### **I. SÍNTESIS DEL CASO**

La Sociedad Portuaria de San Andrés S.A. [en adelante el Concesionario] celebró el cinco (5) de noviembre de dos mil cuatro (2004) con el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina [en adelante el Departamento], el contrato de Concesión Portuaria No. 189<sup>1</sup>, cuyo objeto consistía en la concesión para la explotación por el término de veinte (20) años del muelle departamental y la zona accesoria de uso público a cambio de una contraprestación consistente en el pago de un millón ciento ochenta y un mil veinticuatro dólares con veintinueve centavos (\$1.181.024,29) y la realización de inversiones en el recinto portuario por valor de un millón ciento cincuenta y un mil novecientos sesenta y cinco dólares (\$1.151.965) destinados al mejoramiento, rehabilitación, mantenimiento y conservación de los bienes entregados en concesión.

Durante la ejecución del contrato, el Gobierno nacional expidió el Decreto 2155 del 25 de octubre de 2014<sup>2</sup> con el que reglamentó el parágrafo 2 del artículo 88 de la Ley 1450 de 2011 a efecto de definir los estándares unificados de tecnología de los equipos de inspección no intrusiva que debían implementarse a nivel nacional para su operación en todos los nodos de transferencia de comercio exterior, para la detección del contrabando, el tráfico de divisas, estupefacientes y el comercio ilegal de armas. En este marco, la Comisión Intersectorial para la implementación y seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva expidió la Resolución No. 01692 del 9 de marzo de 2015 “*Por la cual se establecen los requisitos mínimos en cuanto a tipo y cantidad de equipos de inspección no intrusiva para San Andrés Port Society S.A. Sociedad Portuaria de San Andrés S.A.*”<sup>3</sup> acto administrativo que impuso al concesionario el deber de implementar en sus instalaciones “*Escanerés de Pallets y Paquetes*”;

<sup>1</sup> Folios 18 a 33 del cuaderno 1.

<sup>2</sup> Folios 34 a 54 del cuaderno 1.

<sup>3</sup> Folios 55 a 57 del cuaderno 1.



*“Dispositivos Portátiles para la detección de sustancias químicas, explosivos y narcóticos” y “Equipos de cómputo para todas las soluciones”.*

A efecto de cumplir con la normatividad aplicable, el Concesionario solicitó al Departamento la modificación del contrato para contar con los recursos necesarios para la adquisición de los citados equipos. Con oficios 4286 del 11 de mayo<sup>4</sup> y 10069 del 23 de junio de 2016<sup>5</sup>, respectivamente, el departamento respondió que conforme a las cláusulas del contrato corresponde a la Sociedad asumir la inversión por su cuenta y riesgo.

El 31 de julio de 2017, el Concesionario solicitó sin éxito al Departamento el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en razón a que a pesar de haber excedido el plan de inversiones del contrato de concesión, asumió los costos para la adquisición de los equipos que fueron puestos en funcionamiento a partir de abril de 2017 y la reparación de la loza de concreto del patio de contenedores cuyo valor ascendió a “5.379.845.403”.

El Concesionario instauró el medio de control de controversias contractuales con la pretensión de que se declarara que el Departamento está obligado a restablecer el equilibrio económico del contrato 189 de 2004 mediante la ampliación del plazo de la concesión por quince (15) años adicionales, con fundamento en lo establecido en el artículo 9 del Decreto 2155 de 2014, y, en subsidio, con la devolución del valor de las inversiones realizadas por valor de “5.379.845.403” debidamente indexada y con los intereses.

El Tribunal Administrativo de San Andrés negó las pretensiones de la demanda, en razón a que no encontró fundamento probatorio que diera cuenta que el tiempo restante para la ejecución del contrato resultaba insuficiente para el retorno de la inversión realizada por el concesionario, pues las pretensiones se sustentaron en simples afirmaciones subjetivas que impidieron una proyección futura, comoquiera que no se basaron en documentos contables que pudieran acreditar un análisis de la ejecución financiera del contrato. Inconforme con el fallo, la parte actora apeló la sentencia.

## II. ANTECEDENTES

**2.1.** El veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018)<sup>6</sup> la Sociedad Portuaria de San Andrés S.A., con NIT 827.000.189.3, presentó **medio de control de controversias contractuales** contra el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con las siguientes pretensiones:

*“1. Que EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA está obligado a restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión portuaria 189 de 2004, celebrado con la Sociedad Portuaria de San Andrés S.A., mediante la ampliación del plazo, por quince (15) años adicionales, con fundamento en lo establecido por el artículo 9 del Decreto 2155 de 2014.*

*2. Subsidiariamente, que EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA restablezca el equilibrio económico del contrato de concesión portuaria 189 de 2004, devolviendo a la Sociedad Portuaria de San Andrés S.A., el valor de las inversiones extraordinarias en cuantía de \$5.379.845.403.00., indexada y con los intereses corrientes pertinentes.*

<sup>4</sup> Folios 167 a 168 del cuaderno 1.

<sup>5</sup> Folios 165 a 166 del cuaderno 1.

<sup>6</sup> Folios 1 a 16 del cuaderno 1.

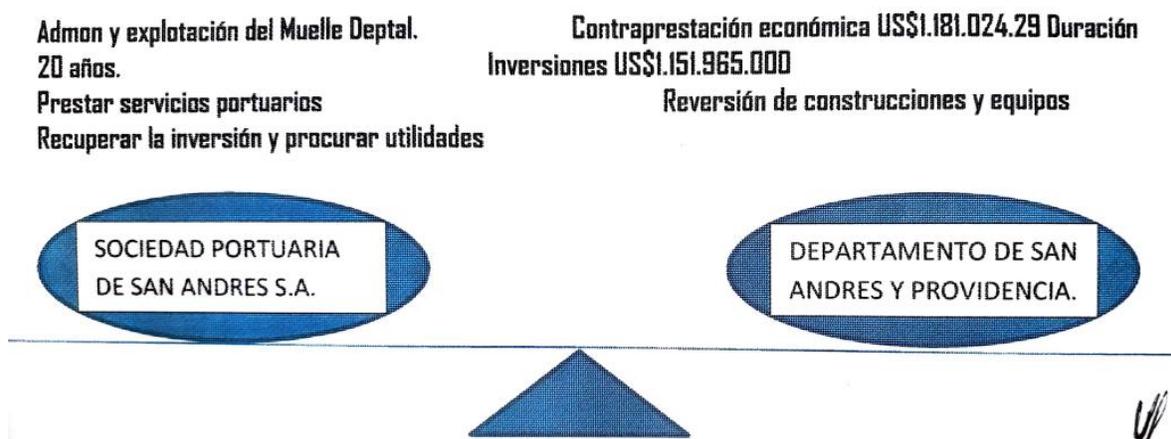


3. Se condene a la demandada al pago de las Costas y Agencias en Derecho.”

2.1.1. En el acápite de Fundamentos de derecho, la parte actora desarrolló lo atinente al equilibrio económico del Contrato, al efecto citó apartes de las sentencias C-892 de 2001, y 32796 de 2014, 15119 de 2003 y 14043 de 2004 de esta Corporación a efecto de remarcar que esta figura tiene por objeto garantizar la equivalencia de condiciones durante la ejecución del contrato y como en caso de su alteración debe restablecerse la ecuación económica. Al punto señaló que el contrato 189 de 2009 es conmutativo, de suerte que su ecuación económico – financiera puede verse afectada i) por actos o hechos del contratante -ius variandi-; ii) Por actos generales de la administración -hecho del príncipe o, por iii) factores exógenos a las partes del negocio – teoría de la imprevisión” o “sujeciones materiales imprevistas”.

Con base en ello señala que en este caso existió: **a) imprevisibilidad**, pues las partes no previeron en el contrato ni la adquisición de equipos para la inspección no intrusiva, ni la construcción de 2.170 metros cuadrados de pavimento en el patio del muelle departamental. **b) Alteración extraordinaria**, por cuanto el concesionario “*ha invertido más del doble de la suma a la cual se obligó (...) ocasionando una alteración económica en cuantía de (...) (\$5.379.845.403) demostrados con los contratos, SAPS 001-2016, SAPS 003-2017*” y otros documentos aportados con la demanda, entre ellos “*el estudio económico-financiero, que no indica que para la recuperación de esa inversión, se requieren 15 años adicionales al plazo*”. Señala que el Decreto 2155 del 25 de octubre de 2014 y las resoluciones 1692 de 2015 y 5165 de 2015 son manifestaciones del *imperium* del Estado y por ende de traducen en la “*teoría del hecho del príncipe*”, en tanto impusieron una carga que el concesionario no está obligado a soportar, al punto que el propio Decreto autorizó a modificar los contratos vigentes para restablecer el equilibrio económico que se vio afectado con esta obligación extraordinaria. De otra parte, considera que la autorización que dio el departamento para “*la construcción de 2.170 metros de pavimento, adicional al plan de inversiones pactado, no es otra cosa que una circunstancia atribuible o imputable a la administración contratante a partir de potestades derivadas del propio contrato*”, que al impactar la ecuación financiera del contrato obliga a su reequilibrio.

Para mejor explicación de los términos en que quedó establecida la ecuación económico-financiera inicial del contrato, incluyó el gráfico que la sala encuentra pertinente traer textualmente:

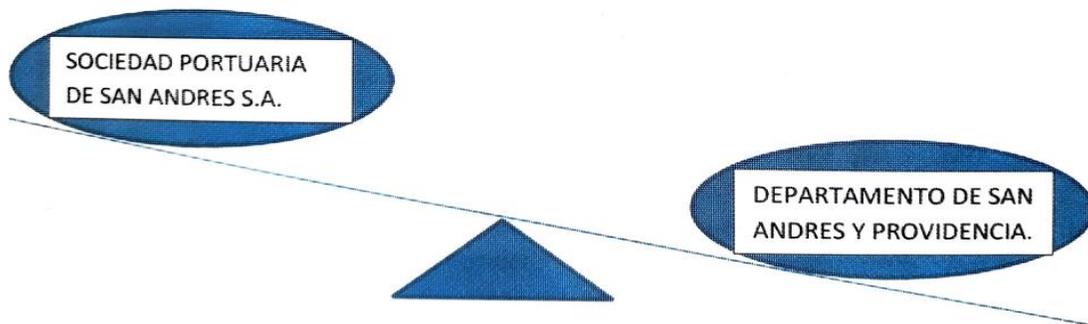


Y que después de realizar las inversiones varió a favor del Departamento así:



Admon y explotación del Muelle Deptal.  
Duración 20 años.  
Prestar servicios portuarios  
Recuperar la inversión y procurar utilidades

Contraprestación económica US\$1.181.024.29  
Inversiones US\$1.151.965.000  
Reversión de construcciones y equipos  
Inversión extraordinaria \$5.379.845.403.00



2.2. El veintisiete (27) de abril de dos mil dieciocho (2018)<sup>7</sup>, el Tribunal **admitió** la demanda y, luego, **notificó** el auto admisorio en debida forma<sup>8</sup>.

2.3. El veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018)<sup>9</sup>, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público **contestó la demanda**, y como argumentos defensivos propuso y sustentó las excepciones de: **falta de legitimación en la causa por pasiva**, en tanto no intervino en la celebración del contrato de concesión 189 de 2004 y, por ende, no está llamado a responder por las pretensiones de la demanda; **cobro de lo no debido** y **enriquecimiento sin causa**.

2.4. veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018)<sup>10</sup>, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina **contestó la demanda**, y como argumentos defensivos planteó las excepciones de mérito la de **FALTA DE PRUEBA**, arguyó que para demostrar el desequilibrio “*anexa los contratos y comprobantes de pago de las obras adicionales y los equipos de escáner comprados (...) Sin embargo, NO SE DEMUESTRA UN DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO*”, pues, para ello, es menester “*conocer las bases sobre las cuales se estableció o se determinó que la contraprestación que habría de pagar el concesionario correspondía en exacta medida al valor del bien entregado en concesión, para luego establecer si la compra de los equipos afectó negativamente el excedente que la SAPS había previsto inicialmente.*” Al punto, transcribió apartes de los términos de referencia y de la Resolución 2656 de 2004 con la que se otorgó una concesión portuaria en el departamento de San Andrés. De los primeros, remarcó, que en ellos se determinó que la contraprestación a cargo del concesionario “por concepto de infraestructura y por el uso y goce de la zona de uso público y por la zona accesoria. La contraprestación se fijará con base a la metodología que consagre el plan de expansión portuaria que expida el Gobierno nacional y se encuentre vigente en la fecha de celebración del contrato.” De la segunda, transcribió el considerando que señala que: “*(...) se calculó el valor de la contraprestación que dicha sociedad debe pagar (...) de acuerdo con la metodología establecida en el documento CONPES-*

<sup>7</sup> Folio 215 y 216 del cuaderno 1.

<sup>8</sup> Folios 217 a 222 del cuaderno 1.

<sup>9</sup> Folios 236 a 242 del cuaderno 1.

<sup>10</sup> Folios 246 a 267 del cuaderno 1.



DNP-2680 DEL 2680-MINTRANSPORTE UNIF DEL 11 DE NOVIEMBRE E 1993(...)", que transcribió en lo pertinente, junto con el anexo C, referido a la formula general contentiva de la metodología de la contraprestación  $[C=(aR)-(b)]$ <sup>11</sup>

Con sustento en lo anterior, advirtió que la contraprestación consta de tres componentes: **i)** Por utilización y ocupación en forma temporal y exclusiva del terreno donde se ubica el muelle departamental y su zona accesoria y por toda la infraestructura allí construida; **ii)** Por infraestructura portuaria y **iii)** Inversión en obras.

Frente al primero, señaló que era imposible hablar de desequilibrio contractual a consecuencia de la compra de equipos sin demostrar, con arreglo a datos y cifras reales, cuál fue la variable de la fórmula de contraprestación que se vio afectada a efecto de acreditar la utilidad dejada de percibir por los diferentes conceptos (ingresos por tarifa granel; capacidad y tarifa contenedores y carga general, capacidad de atraque, entre otros), pues solo bajo la comparación de los ingresos calculados al momento de suscribir el contrato con los recibidos con posterioridad a la compra de los equipos, se podía determinar si se afectaron o no las utilidades esperadas, que en la demanda, se dice, bajó del 25% al 18% sin prueba ni explicación técnica de cómo se calcularon tales porcentajes.

Frente al segundo componente, afirma que no se probó ningún desequilibrio, en tanto conforme a la Resolución 2656 el valor por uso de infraestructura portuaria se calculó con los avalúos comerciales, monto que no confiere utilidad alguna en tanto se trata de un valor fijo.

Por último, en lo que atañe al componente de inversión en obras, destacó que si bien se pactó un monto por inversiones necesarias para la operación del muelle, ello, en modo alguno, las limitó sólo a ellas, comoquiera que al tratarse de una concesión de 20 años, durante ese lapso es apenas natural que se presenten deterioros en la infraestructura portuaria, ora por el mero paso del tiempo o por razones que conforme a lo pactado en el contrato de concesión 189 de 2004, corresponde asumir directamente al concesionario; en sustento, trajo a colación las cláusulas: primera, destacó que el objeto de la concesión implica también ejecutar todas las actividades accesorias, conexas, complementarias, o necesarias para su cabal desarrollo, conforme los términos de referencia, la propuesta presentada y la Resolución 2656; de la cuarta, indicó que sus numerales 11 y 12 prevén las obras de construcción, rehabilitación y mantenimiento que se entienden incluidas en la concesión y, que el numeral 2 ibidem, establece que corresponde al operador portuario garantizar la calidad, eficiencia, productividad, regularidad y continuidad en la operación del muelle departamental. De la novena, destaca que las obras adicionales que se autoricen y ejecuten dentro de las zonas entregadas en concesión, deberán revertirse gratuitamente al departamento conforme lo previsto en el artículo 8 de la Ley 1 de 1991 y que las obras e inversiones adicionales serán asumidas por el concesionario, como lo prevé el numeral 10, de la cláusula décima del contrato, al decir que es obligación del concesionario conservar en buen estado de operación y mantenimiento las construcciones e inmuebles por destinación que habitualmente se encuentren instalados en la zona otorgada en concesión y comprometerse a entregar al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina las construcciones e inmuebles correspondientes, de conformidad con el artículo 8 de la ley 1 de 1991 y con el presente contrato.

<sup>11</sup> Explicada en el Folio 254 del cuaderno 1.



De esta recensión colige que no puede la parte actora limitar sus obligaciones contractuales, únicamente al valor pactado anticipadamente en el contrato, desconociendo los riesgos previsibles de la concesión por espacio de 20 años.

Como segunda excepción propuso la de **“INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO”** pues, afirma que no es cierto que el Departamento *“hubiese autorizado la construcción de 2.170 mts cuadrados de loza y pavimento”*, pues solo pidió autorización y esta le fue conferida *“para la reconstrucción de 1.800 mts cuadrados de loza o piso del patio de contenedores”*, *“lo cual no ocurrió frente a 370 mts cuadrados”*, de modo que al no contar con la autorización previa y escrita no está obligado el departamento a reconocer valor alguno por este concepto.

La última excepción planteada fue la de **“Falta de certeza del valor invertido por el concesionario”**, que estructuró a partir de la confusión que advierte frente a los cambios en el valor de las inversiones adicionales cuyo reconocimiento pretende la parte actora, pues no indicó la tasa de cambio con la que calculó las inversiones, en unos casos habla de dólares y en otros de pesos, lo que torna *“imposible hacer un reconocimiento”*.

**2.5.** De las excepciones se corrió traslado<sup>12</sup> a la parte actora, que lo describió<sup>13</sup> señalando que el Ministerio de Hacienda sí está legitimado en la causa, en tanto fue quien expidió *“el decreto 2155 de 2014 y las resoluciones 01692 del 09 de marzo de 2015 y 5165 del 03 de junio de 2015”* que dieron lugar a las inversiones extraordinarias, de forma que le asistió la razón al Tribunal al haberlo vinculado de oficio. En cuanto a las excepciones propuestas por el departamento se opuso a todas ellas, pues consideró que sí aportó la prueba de la autorización para la construcción de los 2.170 mts cuadrados de pavimento rígido en el patio de contenedores y, que si bien inicialmente la autorización se pidió solo por 1.800 se advirtió que se trataba de una cantidad superior de 2.170 y sobre ese total se obtuvo el concepto de viabilidad. En cuanto a la falta de certeza del valor invertido señaló que con la prueba allegada da cuenta del costo de las inversiones extraordinarias que derivaron en el rompimiento del equilibrio económico del contrato, cuyo restablecimiento reclama.

**2.6.** Previa citación<sup>14</sup>, el veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)<sup>15</sup>, el órgano judicial de primer grado **celebró audiencia inicial**, en la que, entre otras decisiones: **(i)** declaró saneada la actuación procesal; **(ii) resolvió la excepción previa** de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que declaró probada y por ende excluyó a la entidad del proceso; **(iii)** fijó el litigio, para lo cual analizó los hechos de la litis y, con base en ellos, estableció como problema jurídico a resolver, el siguiente:

*“el núcleo esencial o materia del conflicto suscitado entre las partes radica en el determinar si dentro del término de ejecución del Contrato de Concesión No. 189 de 2004, se ha presentado un desequilibrio en la ecuación económica debido a ciertas cargas de orden monetario destinadas a un conjunto de equipos y obras de infraestructura para la prestación del servicio, derivada de la exigencia por parte del ente territorial cuya justificación se dio al amparo de las provisiones del D. 2155/2014 y Resoluciones No. 01692 del 9 de marzo de 2015 y No. 5165 del 3 de junio de 2015. Evento que ha puesto al concesionario en desventaja económica frente a las cargas contractuales inicialmente establecidas en el acuerdo de voluntades, ello determina la necesidad de considerar el incumplimiento de lo pactado, por lo que ha de verificarse un hecho sobreviniente diferente al contrato denominado por la doctrina*

<sup>12</sup> Fijación en lista de traslado del 01 de agosto de 2018, que obra a folio 273 del cuaderno 1.

<sup>13</sup> Escrito del 06 de agosto de 2018, que obra a folios 274 a 276 del cuaderno 1.

<sup>14</sup> Folios 283 a 289 del cuaderno 1.

<sup>15</sup> Folios 296 a 303 del cuaderno 2 y CD anexo a folio 305 del mismo cuaderno.



*el hecho del príncipe y si dicha situación incide de manera inevitable en la ecuación económica de la relación contractual.”*

(iv) declaró agotada la etapa de conciliación judicial, por ausencia de ánimo conciliatorio de los extremos procesales; (iv) dispuso tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y con la contestación, y, al no haber más pruebas que practicar, declaró cerrada esta etapa procesal y, tras prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, **corrió traslado** a las partes y al Ministerio Público, para que aquellas alegaran de conclusión y este rindiera concepto de mérito.

2.7. Dentro del término de traslado, la Sociedad Portuaria de San Andrés S.A.<sup>16</sup> y el departamento<sup>17</sup> **alegaron de conclusión**, con reiteración de lo argumentado como fundamento de la causa y la contradicción. Por su parte, el Ministerio Público **guardó silencio**<sup>18</sup>.

2.8. El catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019)<sup>19</sup>, el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina dictó **sentencia de primera instancia**, en la que resolvió denegar las pretensiones de la demanda, sin condena en costas. El fallador de primera instancia arribó a esta conclusión a partir del análisis de los siguientes asuntos:

### 2.8.1 La pretensión del desequilibrio económico del contrato

Señaló que los artículos 5, 27 y 28 de la ley 80 de 1993, son las normas sobre las que descansa esta figura en materia de contratación estatal, y que a partir de su interpretación la jurisprudencia del Consejo de Estado ha identificado sus causas y requisitos, entre estos: i) el hecho del príncipe (acto o hecho del Estado); ii) el *ius variandi* (modificación unilateral de las condiciones contractuales); iii) la teoría de la imprevisión (ocurrencia de circunstancias imprevisibles) y iv) el defecto en la formación del precio contractual imputable a la entidad contratante (afectación del valor intrínseco de la remuneración).

### 2.8.2 Cuestión de método para esclarecer el desequilibrio contractual

Advirtió que en cada caso concreto el Estado está obligado a restablecer el equilibrio económico en el marco de la distribución de riesgos y cargas del respectivo contrato y que para acceder a la condena es menester *“probar el impacto nocivo en la afectación de la ecuación económica (...), dado que no siempre que se presenta una de las causas referidas en la jurisprudencia, se configura el desequilibrio real y materialmente”*. De modo que, en estos casos, el juez del contrato no debe limitarse al estudio de los conceptos de equilibrio, conmutatividad prestacional y sinalagma funcional, ni revisar de manera aislada la evidencia de una causa típica de desbalance, sino que debe analizar la asignación de riesgos y la ejecución del contrato en el caso concreto; pues *“no todo sobrecosto ni toda pérdida implica necesariamente la ruptura del balance financiero del contrato, toda vez que ello depende de la ecuación contractual y en esta suele incorporarse un alea o riesgo propio de la ejecución del contrato.”*

Señaló que, pese a que la causa alegada en este caso fue el hecho del príncipe, se analizará el asunto bajo el marco de la teoría de la imprevisión, atendiendo a que la inversión ordenada por el Decreto 2155 de 2014, y definida en las Resoluciones 1692

<sup>16</sup> Folios 307 a 315 del cuaderno 2.

<sup>17</sup> Folios 316 a 322 del cuaderno 2.

<sup>18</sup> Folio 323 del cuaderno 2.

<sup>19</sup> Folios 329 a 338 del cuaderno principal.



y 5165, no obedeció a la voluntad de la entidad contratante, sino al cumplimiento de los mentados actos administrativos de carácter general; señaló que aun cuando su acatamiento “*desdibujó la carga prestacional y condiciones contractuales originales, del esfuerzo probatorio desplegado por el accionante no se evidencia el comportamiento financiero o demostración de los efectos adversos del alegado desequilibrio económico*”. Bajo esta cuerda, realizó la siguiente ponderación:

<b>Esclarecimiento de la ecuación económica del contrato 189 de 2004</b>	
<b>Objeto</b>	Cláusula 1. Concesión portuaria, otorga “ <i>el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva el área del predio donde se encuentra el muelle departamental y su zona accesoria, así como la infraestructura que allí se encuentra, (...)</i> ”
<b>Plazo de Ejecución</b>	20 años conforme lo dispuesto en el Art. 8 Ley 01 de 1991
<b>Contraprestación</b>	Cláusula 5. A favor del departamento la suma de “ <i>UN MILLÓN CIENTO OCHENTA Y UN MIL VEINTICUATRO DÓLARES CON VEINTINUEVE CENTAVOS (\$1.181.024,29)</i> .” <sup>20</sup>
<b>Inversiones</b>	Cláusula 12. A cargo del contratista por en el recinto portuario por valor de un millón ciento cincuenta y un mil novecientos sesenta y cinco dólares (\$1.151.965).
<b>Conclusión</b>	
La ecuación contractual estaba fundada en la conmutatividad entre el uso del espacio e infraestructura portuaria y el valor a pagar por la concesión y las inversiones para el mejoramiento, rehabilitación, mantenimiento y conservación de los bienes entregados en concesión.	

### 2.8.3 Análisis de las causas del desequilibrio económico alegado

Advierte el fallo que la parte actora fincó el pretendido desequilibrio del contrato en dos causas: **i)** la Imposición de adquisición de equipos de inspección no intrusiva – Decreto 2155 de 2014 y **ii)** la reparación y/o construcción de 2170 m2 de placas de concreto reforzado del patio de operaciones del puerto.

La segunda fue descartada como causa válida, en tanto el *a quo* consideró que la cláusula cuarta del contrato incluyó dentro de las inversiones a realizar la recuperación 2715 m2 de lozas, sin que exista prueba que excluya la construcción de los 2170m2 alegados de esta obligación, al punto señala que el formato del contrato de obra [f.91] incluye en el objeto “*obras civiles de construcción de 2170 m2 de placas en concreto reforzado de 30 cms de espesor y 4.000 PSI, del patio de operaciones en la sociedad portuaria de San Andrés SA.*”, obras necesarias para el soporte de la maquinaria pesada y mercancías que para el Tribunal “*conforman el sostenimiento de los bienes necesarios para el desarrollo normal de la concesión*” pues “*están situadas en el patio de operaciones del muelle departamental (...) mantenimiento lógico de la cosa entregada en concesión.*”

De esta forma, contrajo el análisis a la primera causa, derivada de la fuerte inversión, “(US\$ 1.197.000) pagables durante el lapso de 5 años contados a partir del perfeccionamiento del contrato”, que hubo que realizar para la adquisición y puesta en funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva, respecto de la que concluyó que “*de cara al precio estático del valor de la contraprestación pactada, resulta lógico suponer que el retorno o utilidad esperada por el contratista tuvo en cuenta las tarifas portuarias de la época de la suscripción, su proyección en el tiempo de la contratación*”

<sup>20</sup>Agregó que del clausulado del contrato 189 y del oficio SAPS 166 de 2016 [Folios 165 a 166 del cuaderno 1] se colige que “*el valor de la contraprestación establecida es de carácter estático, de manera que bajo dicha fórmula de equilibrio prestacional, el concesionario no estaba obligado a soportar un incremento de las prestaciones inicialmente pactadas, como específicamente ocurrió con ocasión de la adquisición e implementación de equipos de inspección no intrusiva.*”



y el costo tanto de la contraprestación y las respectivas inversiones obligatorias pactadas”. De esta forma, tras citar los presupuestos requeridos para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato, consideró que, en este caso, se debe determinar si se acreditó o no su configuración durante la ejecución del contrato.

## 2.8.4 De la ejecución del contrato

Destacó el fallo que la parte actora señaló que las inversiones adicionales por más de cinco mil millones de pesos que sufragó la Sociedad Portuaria le causaron un desequilibrio económico que debe ser restablecido y que el estudio económico-financiero<sup>21</sup> realizado indica que el retorno de esa inversión amerita 15 años adicionales de plazo.

En lo atinente a la prueba, destacó el fallador de primera instancia que no todo desequilibrio económico debe ser restablecido, pues si bien la perturbación de la ecuación es una condición necesaria no es exclusiva en aras del pretendido restablecimiento. Respecto al estudio aportado, puntualizó que los valores descritos *“padecen un reproche insalvable que desdice de la validez probatoria de las proyecciones arimadas, así, no se vislumbra en ningún aparte soporte probatorio válido que de fe sobre los valores base eventualmente llevados al futuro”*. Pues, *“pese a que jurídicamente no existe duda del desfase prestacional entre las partes del contrato de concesión portuaria 189 de 2004 con ocasión del valor de las inversiones extraordinarias en equipos de inspección no intrusiva, no existe al plenario verificación financiera que dé cuenta de una anomalía en cuanto a su ejecución hasta tal punto se entienda que el tiempo restante de ejecución del mismo no sea suficiente para el retorno de los dineros invertidos, esto es así por cuanto los valores base no tienen soporte en documentos de contabilidad de la empresa demandante”*, de modo que se trata de *“afirmaciones subjetivas sin fuerza probatoria”* que hacen imposible una proyección futura convincente, razón por la que denegó las pretensiones de la demanda *“en atención al deficiente material probatorio con relación del análisis de la ejecución financiera del contrato”*.

2.9. El veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)<sup>22</sup>, **la parte demandante interpuso recurso de apelación** contra la sentencia referida en precedencia, solicitando su revocación, para que, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Como argumentos de alzada adujo:

2.9.1. **Respecto a la construcción adicional de 2.170 m2 de pavimento rígido**, cuestionó la decisión del Tribunal, en tanto consideró que *“a la Sociedad Portuaria no le correspondía otra cosa que probar la ejecución de dichas obras y su calidad de extraordinarias, situación ampliamente demostrada en el expediente”*. Remarcó que no es válido confundirlos con los 2.715 m2 de que habla la cláusula 4 del contrato, pues para la fecha en que se solicitó la autorización ya habían transcurrido doce (12) años del término de la concesión, de suerte que los compromisos de inversión de que tratan las cláusulas 4 y 12 del contrato ya se habían realizado en su totalidad, pues el tiempo de ejecución era de cuatro (4) años; señala que tan enterado estaba el Departamento de ello, que en el escrito en que autorizó realizarlas indicó que posteriormente se buscaría mecanismos para restablecer el equilibrio del contrato.

2.9.2 **En cuanto a los equipos de inspección no intrusiva**, señaló que el *a quo* se equivocó, puesto que: i) su adquisición no fue contemplada en el plan inicial de

<sup>21</sup> CD obrante a folio 199A del cuaderno 1.

<sup>22</sup> Folios 342 a 355 del cuaderno principal.



inversiones; ii) el propio Decreto 2155 de 2014 facultó para la modificación de los contratos consciente de las consecuencias económicas adversas que su implementación causaría a los concesionarios, pues prohibió cobrar tarifa alguna por su uso; iii) La Sociedad Portuaria no asumió por su cuenta y riesgo la compra de estos equipos, pues manifestó no contar con los recursos para ello y por tratarse de una inversión extraordinaria solicitó autorización al departamento para realizarla. Por lo anotado considera palmario que en este caso *“se rompió por completo el esquema económico del y financiero inicial, pues la concesionaria ha invertido más del doble del compromiso de inversiones y eso no requiere del aporte de más pruebas que las arrojadas al expediente en su oportunidad procesal”*.

Finalmente, frente al estudio financiero presentado como prueba y las consideraciones que realizó el Tribunal sobre el particular, argumentó lo que sigue:

1. La reclamación de la Sociedad Portuaria de San Andrés S.A. no se dirigía a pedir el resarcimiento por gastos de mantenimiento y rehabilitación, sino por la inversión en obra civil adicional al compromiso inicial que no pudo ser prevista y que de ninguna manera correspondía a gastos derivados del desgaste natural de la instalación.
2. Los equipos de inspección no intrusiva no constituyen inversiones destinadas a mejorar la rentabilidad del negocio de la actividad portuaria, que es el objeto del contrato de concesión 189 de 2004, pues se adquirieron para que el Estado ejecute funciones de inspección, vigilancia, control de aduanas, y otras asignadas a la policía antinarcóticos, por lo que en nada benefician al concesionario.
3. La prueba aportada es suficiente para acreditar el desequilibrio del contrato, y considera que debe valorarse con apego a lo dispuesto por el CONPES 3744 de 2013. Acusa al Departamento de desconocer las normas que gobiernan los contratos de concesión portuaria, pues cita un Conpes que no es no es el que corresponde implementar para efectos de determinar la alteración de la balanza de cargos a favor y en contra del concedente. Apuntala que este error hizo que la Gobernación desconociera que *“la sociedad portuaria había probado con soportes, la ejecución de inversiones adicionales exorbitantes y ajenas al acuerdo inicial, acudiendo al modelo del CONPES 2680 de 1993, para reflejar la imposibilidad de obtener un retorno cuando menos positivo en el plazo que vence en el año 2024”*.
4. Acusa al Tribunal de incurrir en el mismo yerro conceptual de la Gobernación, al dar por no probada la magnitud del daño y la alteración de la rentabilidad pactada con los inversionistas, lo que atribuye a que no comprendió que el modelo financiero era el vehículo a través del cual se cumplían dos finalidades: i) acreditar la rentabilidad negativa que se generaba sin la extensión del plazo y ii) El plazo de 15 años como forma alternativa que permitía una tasa interna de retorno. Resalta que la rentabilidad mínima en las concesiones portuarias es del 12%, misma que se soslayó con el fallo ***“a pesar de tener plena facultad de acudir a un peritaje financiero, para identificar si asistía razón para alegar un desequilibrio financiero”***. Señala que si el Tribunal ***“no contaba con la formación académica requerida para analizar el soporte de uno de los medios de resarcimiento propuestos”***, debió decretar de oficio un peritaje o cualquier prueba técnica que ***“hubiera aportado el análisis del ejercicio financiero para obtener un fallo en estricto apego a la norma”***, pero al no haber realizado la ***“revisión con pleno conocimiento de lo estipulado en la Ley 1ª de 1991, del documento CONPES 2680 de 1993, de la Resolución 596 de 1994 y 873 de 1994, el Tribunal ignoró algo que juzgó como ausente única y exclusivamente por falta de***



**conocimiento y falta de diligencia para contar con el apoyo que el caso requería.”**

5. Insiste en que el flujo de caja aportado se ajusta a la norma y al esquema tarifario aplicable, que no se realizó ninguna observación objetiva sobre esa herramienta, pero sí se dijo que no probaba el desequilibrio, por lo que itera que **“el hecho de ignorar lo que procedía analizar, no era excusa para decir que no se había presentado prueba respecto de la gravedad del desequilibrio.”**
6. Echa en falta un análisis sobre la asignación de riesgos y la ejecución del contrato de concesión, y considera que los requisitos para la procedencia del desequilibrio del contrato, que citó el a quo, sí se cumplieron así:
  - i. Que la ruptura sea grave: El modelo Excel formulado evidencia que en el horizonte restante hasta 2024 de la concesión arroja una tasa interna de retorno negativa del -26.19%.
  - ii. Que se encuentre acreditada la relación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio con un medio probatorio idóneo: Afirma que el flujo de caja refleja que el tiempo restante es insuficiente para el retorno de las inversiones realizadas en equipos de inspección no intrusiva y refleja la alteración (reducción) gravísima de la rentabilidad en caso no ampliar el plazo de la concesión.
  - iii. Que el hecho desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que debe ser asumido por uno de los contratantes: La adquisición de equipos diferentes a los destinados para la prestación del servicio de la concesión portuaria no era un riesgo propio del contrato.
  - iv. Que una vez ocurrido el hecho se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades conforme a la buena fe objetiva o contractual. Afirma que se realizaron diligentemente las solicitudes de ampliación de plazo como medio para subsanar el daño y que se realizaron reuniones con representantes del departamento sin que se hubiera aceptado el trámite, por lo que se acudió a esta demanda para el restablecimiento del equilibrio del contrato.
  - v. Que las reclamaciones se realicen de manera específica y concreta en términos de tiempo y valor, que no sean generales ni abstractas. Considera que el modelo financiero, basado en proyecciones, cumple con indicar las variables de proyección y si las estimaciones **“datos históricos de la sociedad portuaria son insuficientes y sin validez, era pertinente haber llevado a cabo los ajustes al modelo, por unas variables que a juicio del perito o del juez, describieran de mejor modo el desempeño esperado de las variables que la norma define como necesarias para el flujo de caja proyectado.”**

Culmina la argumentación del recurso recalcando que **“en la hoja denominada “premisas” y en el escrito de modificación, se citan las fuentes oficiales utilizadas para llevar a cabo las proyecciones según la naturaleza de las variables que componían la proyección, igualmente la carga estimada proyectada partió de los datos históricos que incluso se identifica en una de las hojas del modelo financiero incluía desde el año 2011 y hasta 2016 susceptibles de ser verificadas en las estadísticas del terminal portuario; de otro lado los egresos proyectados partieron de estados financieros cerrados al año 2016, de tal manera que si la información contable y fuentes oficiales no fueron aceptadas como soporte válido, no fue con base en argumentos objetivos que se cuestionaron, pues se limitó el juez a descalificar con base en afirmaciones no sustentadas en errores identificados o consideraciones sobre los datos históricos y contables que sirvieron como datos de origen para el ejercicio regulado por la norma aplicable.**



Por las razones expuestas a lo largo de este documento, **se ha dejado claro que es evidente la falta de la rigurosidad en el análisis que de manera soportada llevara a conclusiones que descalificaran el ejercicio financiero presentado**, por lo cual la conclusión que descalifica el medio probatorio, a todas luces denota que se basa en un juicio subjetivo sin carácter técnico y por lo mismo insuficiente, dejando como resultado un pronunciamiento final a favor del demandado pese a su desacertada contestación.”

2.9. El tres (3) de mayo de dos mil diecinueve (2019)<sup>23</sup>, el Tribunal **concedió** el recurso de apelación.

2.10. El ocho (8) de julio de dos mil diecinueve (2019)<sup>24</sup>, esta Corporación **admitió** el recurso formulado y, luego, **corrió traslado** a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran y este conceptuara en esta instancia<sup>25</sup>.

2.11. Dentro del término de traslado tanto las partes como el Ministerio Público guardaron silencio<sup>26</sup>.

### III. PROBLEMA JURÍDICO Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO BAJO CONTROVERSA

3.1. De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso (CGP) —aplicable en esta instancia conforme al artículo 40 de la Ley 153 de 1887<sup>27-28</sup>— el “*recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión*”. En razón a ello, la **competencia funcional de la Sala**, como juzgador de segunda instancia, se limita a “*pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley*”, como lo establece el artículo 328 del CGP. Sin embargo, como lo prevé la misma norma, “*cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones*”.

3.2. En el *sub examine*, el recurso de alzada fue interpuesto únicamente por la parte actora, quien insistió en la procedencia de las pretensiones formuladas en la demanda<sup>29</sup>. Ahora bien, comoquiera que la carga argumentativa del recurso gravita en esencia sobre la suficiencia probatoria de la demanda a efecto de acreditar, con arreglo a la ejecución financiera del contrato, el impacto que las inversiones realizadas generó en la ecuación económica del contrato, **corresponde a esta Subsección dar respuesta al siguiente interrogante:**

<sup>23</sup> Folio 357 del cuaderno principal.

<sup>24</sup> Folio 365 del cuaderno principal.

<sup>25</sup> Folio 368 del cuaderno principal.

<sup>26</sup> Folio 370 del cuaderno principal.

<sup>27</sup> LEY 153 de 1887. “Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. || Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones. [...]” (subrayado fuera del texto original).

<sup>28</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 25 de junio de 2014, exp. 25000-23-36-000-2012-00395-01(IJ).

<sup>29</sup> Apartado 2.1.



## ¿La Sociedad Portuaria de San Andrés S.A. acreditó el impacto negativo en la ejecución financiera del contrato de concesión portuaria 189 del 2004, a efecto de acceder al restablecimiento económico que reclama?

3.3. El cuestionamiento anterior será analizado conforme al régimen sustantivo del contrato 189 de 2004, es decir, el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, vigente para la fecha de la celebración del negocio jurídico (Ley 80 de 1993)<sup>30</sup>, toda vez que el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es una entidad estatal<sup>31</sup> y, por ese motivo, le son aplicables las disposiciones contenidas en dicha normativa, conforme lo estableció el propio contrato.<sup>32</sup>

### IV. CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el problema atinente al fondo de la *litis*, habida consideración de la **competencia** que le asiste para ello, en atención a lo establecido en los artículos 150<sup>33</sup> y 152.5<sup>34-35</sup> del CPACA, y al **ejercicio oportuno que del medio de control de controversias contractuales** realizó la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el literal j del artículo 164.2 *ejusdem*<sup>36-37</sup>. Aparte, se constató que tanto el Concesionario<sup>38</sup> como el Departamento están **legitimados en la causa por activa y por pasiva**, respectivamente, comoquiera que se constituyeron como partes en el contrato 189 de 2004<sup>39</sup>, cuyo reajuste del equilibrio de la ecuación prestacional se pretende.

No pasa por alto la Sala que la impugnante, echa en falta el ejercicio de la facultad oficiosa del juez frente a la prueba científica o técnica del impacto financiero del desequilibrio económico del contrato, asunto que será de cardinal relevancia para resolver el problema jurídico, para lo cual resulta necesario realizar las siguientes precisiones conceptuales.

#### Consideraciones relativas al problema jurídico planteado

##### 4.1. La carga de la prueba y la facultad oficiosa del juez

El artículo 167 del Código General del Proceso prevé sobre la carga de la prueba que:

<sup>30</sup> Cfr. LEY 153 DE 1887 – Artículo 38.

<sup>31</sup> **ARTÍCULO 2.- De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos.** Para los solos efectos de esta Ley: 1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, **los departamentos**, (...)"

<sup>32</sup> Cláusula décima séptima contrato 189 de 2009. Folio 30 C.1.

<sup>33</sup> CPACA. "Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos".

<sup>34</sup> CPACA. "Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado [...], cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

<sup>35</sup> En el presente asunto, el accionante presentó la demanda en el 2018, época para la cual el salario mínimo legal mensual ascendía a \$ 781,242, por lo tanto, los 500 salarios mínimos equivalían a \$390.621.000, lo que supone que el *quantum* pretendido en el libelo introductorio, calculado en \$5.379.845.403, excede el monto legalmente exigido.

<sup>36</sup> CPACA. "Artículo 164, La demanda deberá ser presentada: [...]. 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...] j) En las relativas a contratos el término para demandar 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 sirva de fundamento [...] // En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así: [...] iii) en los que requieran liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa".

<sup>37</sup> En el *sub lite*, se encuentra acreditado que para la fecha en que se presentó la demanda, 22 de marzo de 2018, el contrato 189 de 2004 se encontraba vigente, con lo que resulta forzoso concluir que la acción fue incoada oportunamente.

<sup>38</sup> Folios 196 a 198 del cuaderno 1. Certificado de Existencia y Representación Legal de "SAN ANDRES PORT SOCIETY S.A. (SOCIEDAD PORTUARIA DE SAN ANDRES S.A.)"

<sup>39</sup> Folios 18 a 33 del cuaderno 1.



***“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)”***

Al punto, esta corporación ha manifestado de manera reiterada y pacífica que:

***“La carga de la prueba es una regla procesal que impone a las partes y al juzgador un papel en el proceso judicial. Con la dialéctica se busca la comprensión de un problema a partir de la tesis y su antítesis, cuyo éxito depende, en parte, de una construcción adecuada de cada uno de esos extremos. Si bien no es este el único método cognitivo, ha sido adoptado en el proceso judicial adversarial desde tiempos remotos, por ajustarse a la naturaleza del conflicto en el que una parte deprecia algo a otra que se opone. Este sistema depende, en buena medida, de la labor activa que en la defensa de los intereses en litigio asuman las partes procesales, lo que, en el plano fáctico, implica desplegar el poder de probar derivado del debido proceso. **Deben las partes, por virtud del principio de la carga de la prueba que rige en materia contencioso-administrativa, solicitar y facilitar la práctica de la prueba de los hechos que esgrimen como fundamento de su posición.** Como regla procesal, la carga de la prueba impone también un rol al juzgador que, como tal, es una regla de juicio que determina el sentido de una decisión ante la incertidumbre sobre los hechos en contienda y, de esa forma, permite zanjar un conflicto jurídico evitando el non liquet. **Así, en razón al principio de la carga de la prueba, le corresponde al juzgador adoptar una decisión desfavorable a aquel que no haya conseguido acreditar con certeza los hechos que esgrimió.**”<sup>40</sup>*** (Resaltado fuera de texto).

Es del caso mencionar que el artículo 90 de la Constitución Política, que también gobierna la responsabilidad contractual del Estado<sup>41</sup>, en tanto cláusula general de responsabilidad estatal, tiene unos supuestos fácticos a los que se le imputa un consecuente jurídico, por lo que de conformidad con lo previsto en el art. 174 del C.G.P., toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Es pues, por la estructura misma de la norma jurídica y por virtud del principio de necesidad de la prueba, que se impone una sentencia desestimatoria para el demandante que no haya acreditado los hechos previstos en las normas jurídicas sobre las que erige sus pretensiones.

Sobre este particular, en sentencia C-099 de 2022, la Corte Constitucional precisó:

***“Las normas acusadas se inscriben dentro de las llamadas cargas procesales que aluden a la organización de un proceso judicial con carácter dispositivo, de tal manera que garantice la igualdad de las partes, la lealtad procesal, sin afectar la imparcialidad e independencia del juez. De este modo como desarrollo del principio de igualdad material del Artículo 13 superior, los jueces tienen la obligación de garantizar el equilibrio de armas entre las partes enfrentadas ante un proceso y el uso de las facultades oficiosas de la prueba no puede implicar corregir la inactividad probatoria de apoderados negligentes, ni agudizar la asimetría entre las partes. Los principios de independencia, autonomía e imparcialidad frente a las partes, se sostienen en su función primordial de resolver la disputa, y por ello el legislador ha optado por prescribir que la parte debe aportar los medios de prueba que permitan llevar al juez el conocimiento sobre su pretensión. No obstante, con base en este propósito primordial el juez puede exigir también que alguna de las partes allegue el medio de prueba en los casos en que***

<sup>40</sup>Consejo de Estado. Sección tercera, Subsección C, fallo del 7 de octubre de 2020 Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00425-01(50160). NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, cita Corte Constitucional, sentencias C-640 de 2002; C-331 de 2012; C-146 de 2015 y T-733 de 2013. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de febrero de 2019, exp. 17720 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de mayo de 2010, rad. núm. 23001-31-10-002-1998-00467-01.

<sup>41</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-333 de 1996.



*busque determinar la verdad de los hechos, y realizar la igualdad material entre las partes.” (Resaltado fuera de texto).*

Por otro lado, merced a los principios de congruencia y dispositivo, aplicables en materia contencioso administrativa, corresponde al juez resolver la litis con arreglo a las pruebas legal y oportunamente aportadas al proceso, sin intervenir proactivamente más allá de lo que es menester para garantía del debido proceso.

#### 4.2. Sobre el equilibrio financiero o económico del contrato

Esta corporación ha manifestado al respecto:

*“El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio. (...) ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas. Ahora bien, **no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.***

*De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la ecuación económico financiera del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, por: a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean éstas abusivas o no. b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato. c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.*

*En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador mediante una compensación llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura. (...) **con independencia de la causa que se invoque como factor de desequilibrio económico y financiero del contrato estatal, dentro de los requisitos necesarios para su reconocimiento y el consecuente restablecimiento de la ecuación contractual, existen unos elementos comunes que deben acreditarse en forma concurrente tales como la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria y fundamentalmente la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato, pues no es viable inferir a priori que acontecido el hecho del príncipe o el hecho de imprevisión haya necesariamente rompimiento del equilibrio contractual y surja el deber de reparar.**<sup>42</sup> (Resaltado fuera de texto).*

<sup>42</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, fallo del 28 de junio de 2012. Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990)



#### 4.3 Respuesta al problema jurídico consistente en determinar si la Sociedad Portuaria de San Andrés S.A. acreditó el presupuesto de impacto negativo en la ejecución financiera del contrato de concesión portuaria 189 del 2004, a efecto de acceder al restablecimiento económico que reclama.

Como quedó dicho en precedencia, al margen de la causa invocada, para que se configure el desequilibrio económico del contrato es necesario demostrar, además de la alteración extraordinaria e imprevisible, ajena a las partes y acaecida durante la ejecución del contrato, la pérdida real, grave y anormal de la economía del contrato, en tanto no cualquier sobre costo que a consecuencia de esta clase de hechos se presente, supone necesariamente la ruptura de la ecuación contractual y su condigna reparación.

La Sala compendia a continuación, de manera sucinta y separada, las razones de inconformidad del recurrente frente a lo que tuvo por establecido el Tribunal en relación con las dos causas del pretendido restablecimiento económico del contrato:

<b>i) Reparación y/o construcción de 2170 m2 de placas de concreto reforzado del patio de operaciones del puerto.</b>	
Decisión	Consideró el Tribunal que la cláusula cuarta del contrato incluyó dentro de las inversiones a realizar la recuperación 2715 m2 de lozas, sin que exista prueba que excluya la construcción de los 2170m2 alegados de esta obligación. Sumado a que <i>“conforman el sostenimiento de los bienes necesarios para el desarrollo normal de la concesión”</i> pues <i>“están situadas en el patio de operaciones del muelle departamental (...) mantenimiento lógico de la cosa entregada en concesión.”</i>
Tesis recurso	Cuestionó la decisión del Tribunal, en tanto consideró que <i>“a la Sociedad Portuaria no le correspondía otra cosa que probar la ejecución de dichas obras y su calidad de extraordinarias, situación ampliamente demostrada en el expediente”</i> . Remarcó que no es válido confundirlos con los 2.715 m2 de que habla la cláusula 4 del contrato, pues para la fecha en que se solicitó la autorización ya habían transcurrido doce (12) años del término de la concesión, de suerte que los compromisos de inversión de que tratan las cláusulas 4 y 12 del contrato ya se habían realizado en su totalidad, pues el tiempo de ejecución era de cuatro (4) años.
<b>ii) Adquisición de equipos de inspección no intrusiva en cumplimiento del Decreto 2155 de 2014 y la resolución 1692 de 2015</b>	
Decisión 1ra	<i>“pese a que jurídicamente no existe duda del desfase prestacional entre las partes del contrato de concesión portuaria 189 de 2004 con ocasión del valor de las inversiones extraordinarias en equipos de inspección no intrusiva, no existe al plenario verificación financiera que dé cuenta de una anomalía en cuanto a su ejecución hasta tal punto se entienda que el tiempo restante de ejecución del mismo no sea suficiente para el retorno de los dineros invertidos, esto es así por cuanto los valores base no tienen soporte en documentos de contabilidad de la empresa demandante”,</i> de modo que se trata de <i>“afirmaciones subjetivas sin fuerza probatoria”</i> que hacen imposible una proyección futura convincente, razón por la que denegó las pretensiones de la demanda <i>“en atención al deficiente material probatorio con relación del análisis de la ejecución financiera del contrato”</i> .
Tesis recurso	Acusa al Tribunal de cometer un error conceptual similar al de la Gobernación al considerar que no se probó la magnitud del daño y la alteración de la ejecución financiera del contrato con el modelo financiero aportado en Excel, que, afirma, cumplía con las



	<p>proyecciones necesarias para demostrar el desequilibrio, pues se ajustó a la normatividad aplicable. Advierte que la falta de rigurosidad en el análisis de esta prueba llevó a conclusiones desacertadas y critica la falta de sustento técnico en la descalificación del medio probatorio presentado. Afirma que el Tribunal “<i>ignoró algo que juzgó como ausente única y exclusivamente por falta de conocimiento y falta de diligencia para contar con el apoyo que el caso requería.</i>” “<i>a pesar de tener plena facultad de acudir a un peritaje financiero, para identificar si asistía razón para alegar un desequilibrio financiero.</i>”</p> <p>En resumen, sostiene que el Tribunal no consideró adecuadamente la evidencia presentada y basó su decisión en juicios subjetivos sin fundamentos técnicos sólidos, lo que resultó en un fallo a favor del demandado a pesar de los argumentos presentados en contra.</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Precisado lo anterior, se tiene que en uno y otro caso, la conclusión tiene raigambre puramente probatoria, pues en el primero, consideró la parte actora que su carga demostrativa se limitaba a “*probar la ejecución de dichas obras y su calidad de extraordinarias*”, misma que consideró cumplida con los documentos aportados con la demanda<sup>43</sup>. En el segundo, dio por sentado que el documento que aportó en formato digital en un disco compacto, que obra a folio 199 A del expediente, denominado “MODELO FINANCIERO SOCIEDAD PORTUARIA”, cumplía las condiciones de idoneidad a efecto de acreditar el impacto económico que la inversión realizada tuvo en la ejecución financiera del contrato 189 de 2004.

Pues bien, de acuerdo con el derrotero fáctico expuesto y bajo el cauce de la “*teoría de la imprevisión*” o de la “*excesiva onerosidad sobrevenida*”<sup>44</sup>, esta Subsección ha precisado lo siguiente:

*“para que se estructure la teoría de la imprevisión, se requiere: (i) que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida; (ii) que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas posteriores a la celebración del contrato; **(iii) que estas circunstancias alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa;** y (iv) que el acontecimiento sea ajeno a las partes y no corresponda a un riesgo asumido en el contrato.*

***Para la prosperidad de las pretensiones fundadas en la teoría de la imprevisión los anteriores presupuestos, que son concurrentes, deben encontrarse plenamente acreditados, carga probatoria que recae en el demandante, a quien le corresponde demostrar el rompimiento de la equivalencia contractual a causa de un hecho imprevisto e imprevisible, ajeno a las partes y que se produjo con posterioridad a la celebración del contrato, así como probar los sobrecostos extraordinarios derivados del mismo.***<sup>45</sup> (Resaltado fuera de texto).

Repárese que se trata de requisitos concurrentes, lo que supone que todos ellos deben estar debidamente probados. En el caso *sub examine*, no prosperó la

<sup>43</sup> Documentales aportadas en copia y que se enlistan en 30 numerales del capítulo V del texto de la demanda, obrante a folios 12 al 14 del cuaderno 1.

<sup>44</sup> JEZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 288. “*La imprevisión supone circunstancias imprevistas y completamente imprevisibles, pero que no hacen totalmente imposible la ejecución de la obligación: dichas circunstancias entrañan únicamente una alteración en la economía del contrato. La imprevisión, así entendida, puede invocarse para reclamar un reajuste de los precios, de las condiciones financieras del contrato, pero no para justificar una modificación de los plazos de ejecución. Tiene por finalidad asegurar al contratante el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, a fin de mantener la continuidad del funcionamiento del servicio público; la teoría de la imprevisión se ha dado para evitar las interrupciones en el funcionamiento del servicio público.*”

<sup>45</sup> Consejo de Estado, sección tercera, sentencia 53814 del 19 de julio de 2022.



pretensión de restablecimiento de la ecuación económica a consecuencia de las deficiencias que el Tribunal de primera instancia advirtió en punto del presupuesto de afectación o perturbación de la ejecución financiera del contrato, por las razones señaladas en precedencia.

Sobre este particular, esta subsección ha puntualizado:

*“En efecto, no es correcto estimar que la simple mención de la situación perturbadora de la economía contractual en el texto de una comunicación, negociación o acuerdo sobrevenidos durante ejecución del contrato den, por sí solos, al traste con la posible implementación de medidas de restablecimiento de la ecuación prestacional, pues tales acercamientos lo que muestran es la necesidad de que sean primordialmente las partes quienes observen y corrijan las posibles alteraciones a las cargas y ventajas proyectadas al momento de asumir el compromiso contractual, como expresión de un derecho jurídicamente tutelado al deudor: el respeto material de las condiciones tenidas en cuenta al contraer obligaciones como expresión de la buena fe y de la equidad que deben guiar la ejecución contractual, y del deber de restaurar las bases económicas sobre las cuales se construyó el negocio cuando estas hayan sido gravemente trastornadas (...). Como la identificación y calificación de la ocurrencia alegada como evento extraordinario, imprevisto o imprevisible depende del análisis del caso concreto, la jurisprudencia de esta Corporación no ha negado que la imposición de un nuevo tributo o la modificación de los existentes puedan incidir gravemente en la economía contractual ocasionando su quebranto, aunque sí ha advertido que los tributos no significan per se el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones del contratista”<sup>46</sup> (Resaltado fuera de texto).*

Al extrapolar los requisitos o condiciones referidas en precedencia al caso *sub examine*, debe concluirse que no es procedente el reajuste del equilibrio de la ecuación prestacional pretendido por la sociedad accionante, conforme a la teoría de la imprevisión, toda vez que, tanto en lo referido a la construcción de 2170 m<sup>2</sup> de placas de concreto reforzado del patio de operaciones del puerto, como en lo concerniente a la adquisición de equipos de inspección no intrusiva, en cumplimiento del Decreto 2155 de 2014 y la Resolución 1692 de 2015, lo cierto es que con la prueba documental aportada<sup>47</sup> se acreditaron las causas e inversiones realizadas para tales efectos, pero no se cumplió la carga de probar el presupuesto consistente la incidencia que tales erogaciones causaron a la economía del contrato de concesión portuaria 189 de 2004. Lo que enerva por completo la pretensión reclamada, en tanto:

***“La ruptura del equilibrio económico del contrato debe probarse por la parte que la alega, demostrando: i) las causas y ii) el efecto económico correspondiente.***

***Por ello, el análisis de la prueba del desequilibrio pasa por identificar la ecuación económica que gobernó el contrato, el factor de desfase en su ejecución y la causalidad entre los hechos que originan las alteraciones y el efectivo desbalance de las prestaciones a cargo de las partes, representadas en la ecuación económica.***

***Se agrega que para salir adelante con las pretensiones por concepto de desequilibrio económico del contrato es preciso probar: iii) la imputación del***

<sup>46</sup> Consejo de Estado, sección tercera, sentencia 49840 del 18 de Diciembre de 2020.

<sup>47</sup> Contrato de concesión 189 de 2004, el certificado de cumplimiento de inversiones firmado por el contador y revisor fiscal del Concesionario, el texto del Decreto 2155 de 2014 y de las resoluciones 001692 y 5165 de 2015, contratos de adquisición de equipos, de construcción de pavimento y de interventoría, así como con los comprobantes de egreso de los dineros correspondientes.



**desbalance financiero a las conductas o cargas de la parte contra la que se pretende la condena correspondiente**".<sup>48</sup> (Resaltado fuera de texto).

La prueba que se aportó para acreditar el efecto económico como presupuesto concurrente y necesario para la prosperidad de la pretensión al amparo de la teoría de la imprevisión, fue la hoja de cálculo en formato digital denominada "MODELO FINANCIERO SOCIEDAD PORTUARIA", que si bien contiene varias pestañas con información detallada sobre carga movilizada, escenarios macroeconómicos, datos de crecimiento, inversión-depreciación, carga de tráfico internacional, egresos, flujo de caja entre otros; no revela información que cumpla con las condiciones de idoneidad y eficacia necesarias a efecto de acreditar plena y válidamente el impacto económico que la inversión realizada tuvo en la ejecución financiera del contrato 189 de 2004.

Esto es así, por cuanto demostrar que un gasto extraordinario afecta objetivamente la ecuación económica en un contrato de concesión, implica una combinación de análisis financieros detallados, documentación precisa, y propuestas de ajuste razonables que permitan evaluar si el impacto alegado justifica ajustar los términos del contrato para restablecer el equilibrio que se acusa perturbado. Es esencial entonces proporcionar una evidencia sólida para tales efectos.

Bajo esta cuerda, la complejidad de la prueba en el análisis de la ejecución financiera del contrato de concesión portuaria, a efecto de acreditar el desequilibrio económico pretendido, necesariamente requiere de conocimientos profesionales, técnicos y especializados que están más allá del alcance normal del conocimiento general que sobre la materia pueda tener un juez, o los sujetos procesales involucrados. Situación que, como es natural, imponía a la parte demandante, a quien corresponde la carga de acreditar el pretendido desequilibrio, aportar la **prueba técnica idónea para ello**, contentiva de evidencia científica especializada y proporcionada por un experto en finanzas, contabilidad, auditoría u otra área que suponga avezados y específicos conocimientos en las áreas del saber a qué se contrae el *thema probandum*.

En casos como este, aunque no exista tarifa legal, se estila, entre otras opciones, aportar o solicitar la práctica de un dictamen pericial claro, objetivo y fundamentado en datos y métodos financieros reconocidos y comúnmente aceptados conforme a las normas financieras, nacionales e internacionales, aplicables al estado del arte objeto de estudio, acompañado de la explicación técnica de los métodos, análisis, documentación, fuentes, memorias, auditorías, revisiones de transacciones, etc., que permitan revelar y explicar de manera comprensible cómo y con qué metodología utilizada, el perito llegó a los hallazgos y conclusiones en él contenidas, a efecto de resolver las específicas cuestiones en disputa sometidas a su experticia técnica o profesional. Sin dejar de lado que esta clase de pruebas se someten a contradicción conforme la rituación de la norma procesal aplicable.

Condiciones de idoneidad técnica que claramente no pueden predicarse de una hoja de cálculo contenida en un soporte digital, pues no es posible conocer con claridad quién fue su autor<sup>49</sup>, qué validez tiene la información en ella contenida, qué metodología y cómo se realizaron los cálculos, cómo se interpretan las fórmulas en ella utilizadas, qué objetividad y solvencia tienen las fuentes de información y los datos en ella introducidos y cómo y de qué fuente éstos se obtuvieron; lo que aunado le resta cualquier grado de eficacia suasoria.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2018, exp. 54590.

<sup>49</sup> Artículo 244 CGP. "Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento."



En cuanto al reproche del recurrente en punto de que en ausencia del conocimiento adecuado para interpretar el modelo financiero aportado como prueba, ha debido el Tribunal echar mano de su facultad oficiosa para decretar una prueba pericial, baste con señalar que, amén de lo dicho con antelación respecto a que la hoja de cálculo no es una prueba idónea para los efectos pretendidos, lo cierto es que la lealtad e imparcialidad del juez impone al administrador de justicia el irrestricto respeto por las cargas procesales, asegurando así el equilibrio de armas entre los extremos del proceso. Una cosa es aclarar puntos aún oscuros en la controversia pese a la honra de las cargas que soportaban las partes, y otra, auxiliar el déficit de su cumplimiento.

En definitiva, **esta Colegiatura confirmará el fallo proferido por el Tribunal de primera instancia**, que negó las pretensiones de la demanda, puesto que en las condiciones en las que la sociedad actora enmarcó su pedimento no es posible arribar a un pronunciamiento positivo al respecto.

## V. COSTAS

5.1. El artículo 361 del CGP prevé que *“las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”*. A su turno, los artículos 365.1<sup>50</sup> y 366<sup>51</sup> *ejusdem*, aplicables a los procesos contenciosos administrativos por remisión expresa del artículo 188 del CPACA<sup>52</sup>, establecen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. Su liquidación se realizará de manera concentrada por la secretaría del *a quo*, correspondiéndole a este juzgador la fijación de las agencias en derecho de segunda instancia, de acuerdo con las tarifas fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

5.2. Bajo tales previsiones, la Sala condenará en costas a la parte accionante, dado que interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y este no prosperó. Para tal efecto, el Tribunal de origen efectuará la correspondiente liquidación y tasación, considerando que en esta instancia se fijan agencias en derecho por el 0,1% de las pretensiones de la demanda. Lo anterior, con fundamento en las tarifas fijadas en el acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> CGP. “Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]”.

<sup>51</sup> CGP. “Artículo 366. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. [...] 6. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda excederse el máximo de dichas tarifas” (subrayado añadido).

<sup>52</sup> CPACA. “Artículo 188. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CPC”.

<sup>53</sup> ACUERDO 1887 de 2003. El artículo 6 numeral 3.1.3 establece que, para los medios de control promovidos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la tarifa en segunda instancia será *“hasta del (5) por ciento del valor de las pretensiones reconocidas o negadas”*.



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

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019), que negó las súplicas de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la sociedad actora, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, debiendo considerar que en esta instancia se fijaron agencias en derecho por el 0,1% del monto de las pretensiones de la demanda, conforme lo precisado en la parte motiva.

**TERCERO:** En firme este fallo, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Presidente  
Firmado electrónicamente

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
Magistrado  
Firmado electrónicamente

**WILLIAM BARRERA MUÑOZ**  
Magistrado  
Firmado electrónicamente

**VF**

FSR