

RÉGIMEN APLICABLE A LOS CONTRATOS EXCLUIDOS DEL EGCAP – Contratación regida por el derecho privado – Revisión contractual en el derecho privado – Artículo 96 de la Ley 489 de 1998 – Intervención judicial en contratos privados – Inaplicabilidad del equilibrio económico financiero del contrato - Código de Comercio - Artículo 868 - Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias

[...] la Sala destaca que el contrato No. 058 de 2013 fue suscrito por la Fundación del Alto Magdalena, entidad sin ánimo de lucro conformada con aportes de entidades públicas y privadas, cuyo accionista mayoritario es Ecopetrol S.A., de forma que este negocio, según lo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se somete a las normas del derecho privado. Dicho de otra forma, se encuentra exceptuado de la aplicación del estatuto general de contratación de la administración pública.

En este contexto, la figura del desequilibrio económico y financiero del contrato prevista en el EGCAP no es aplicable al presente asunto, y tampoco se encuentra contemplada, con los atributos de aquel régimen, en los estatutos civil y comercial que gobiernan la contratación de los particulares. Por el contrario, en el derecho privado, se encuentra prevista la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias ante situaciones imprevisibles e imprevistas posteriores a la celebración del negocio y que permiten la intervención del juez ante prestaciones futuras que resulten excesivamente onerosas. Lo anterior, según se anunció, tiene su origen en el artículo 868 del Código de Comercio, que consagra la posibilidad de revisar el acuerdo de voluntades ante circunstancias *“extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, [que] alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa”*.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Obligaciones contractuales – Artículo 1613 del Código Civil – Responsabilidad civil contractual

El incumplimiento negocial corresponde a la falta del comportamiento necesario para satisfacer las obligaciones asumidas, lo cual se concreta, en los términos del artículo 1613 del Código Civil, en la ausencia de realización, o ejecución defectuosa o tardía de la prestación debida, y da lugar a la indemnización de perjuicios en favor de la parte cumplida.

DEBER DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Contratación estatal bajo régimen de derecho privado – Incumplimiento negocial por falla en la planeación – Finalidad del contrato estatal

[...] la Sección Tercera de esta Corporación se ha referido al deber de planeación, incluso en los negocios sometidos a un régimen de derecho privado, para aclarar que su materialización se logra a partir de un compromiso compartido entre las entidades y los interesados en suscribir el negocio jurídico. También se ha indicado que dicha exigencia en el comportamiento inicia desde la etapa de selección y se ha equiparado con actuar conforme a la buena fe. Asimismo, incorpora un contenido obligacional encaminado al logro de los objetivos previstos con la ejecución del contrato estatal en cuestión, y su desconocimiento tiene por consecuencia la configuración de un evento de incumplimiento negocial.

EFFECTOS DE LOS ACUERDOS MODIFICATORIOS EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL – Sentencia de unificación – Intención de las partes en la modificación contractual – Pactos contractuales y alcance jurídico – Salvedades en los acuerdos modificatorios

[...] en sentencia del 27 de julio de 2023, unificó su criterio con el fin de precisar que la ausencia de salvedades en los acuerdos modificatorios suscritos durante la relación negocial no impide analizar de fondo las reclamaciones de la parte demandante. A su vez, se indicó que la labor del juez será estudiar las pretensiones de la demanda, en cada caso, según la verdadera intención de las partes al suscribir los acuerdos y el alcance de los pactados en cada uno de ellos.

INTERPRETACIÓN DE LOS PACTOS CONTRACTUALES – Artículo 1622 del Código Civil – interpretación integral del contrato – Pactos modificatorios en la contratación – Obligación contractual en los términos acordados

[...] según lo dispuesto en el artículo 1622 del Código Civil, lo pactado en el negocio jurídico debe interpretarse en su conjunto y del modo que mejor convenga a la ejecución de la totalidad de las prestaciones. En ese contexto normativo, se encuentra que los pactos modificatorios versaron sobre los ítems no contemplados en los diseños iniciales (los cuales fueron debidamente incorporados) y además se adicionaron recursos para tal fin, junto con la ampliación del plazo para superar inconvenientes como los trámites de permisos ambientales y la escasez de suministro de material pétreo.

En ese sentido, es claro que la intención de las partes al perfeccionar las variaciones del negocio consistió en adicionar aquellos ítems que eran requeridos, así como ajustarse a la realidad contractual en relación con los inconvenientes de suministro de material pétreo en la zona, sin que el contratista hubiese manifestado que lo acordado en dichos eventos fuera insuficiente para completar la obra contratada. Por el contrario, dio su consentimiento al respecto de manera libre y, en los términos del artículo 1602 del Código Civil, se obligó con su contraparte en los términos allí fijados.

[...] . Así las cosas, las pretensiones que formuló la Unión Temporal Vías de Putumayo deben ser desestimadas [...] porque los compromisos asumidos por los cocontratantes, en relación con el valor del negocio y los nuevos ítems de obra requeridos, son vinculantes y obligan a las partes en los términos convenidos.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Once (11) de julio de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena y otro
Referencia: Controversias contractuales

Temas: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Corresponde a la falta del comportamiento necesario para satisfacer las obligaciones asumidas, lo cual se concreta, en los términos del artículo 1613 del Código Civil, en la ausencia de realización, ejecución defectuosa o tardía de la prestación debida, y da lugar a la indemnización de perjuicios en favor de la parte cumplida. / EFECTO OBLIGATORIO DE LOS CONTRATOS - Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. / CARGA DE LA PRUEBA – Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

1. La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 20 de septiembre de 2024, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Nariño negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

2. La Unión Temporal Vías Putumayo y la Fundación del Alto Magdalena¹ (contratista y contratante, respectivamente) celebraron el contrato de obra No. 058 de 2013, cuyo objeto fue el mantenimiento de 5 kilómetros de la vía pública entre el “Río Churuyaco – El Empalme en el tramo K4+500 a K9+500, corregimiento Cofania Jardines de Sucumbíos”. La parte actora² reclamó por los supuestos gastos adicionales en que incurrió durante la ejecución del señalado acuerdo, los cuales atribuyó a las falencias de la contratante en la etapa de planeación (estudios previos y diseños), en la obtención de permisos ambientales y por haber adquirido compromisos con la comunidad de la zona de influencia de la obra que no le fueron informados. Por esos motivos, pidió que se declare el incumplimiento del negocio y se ordene a las entidades demandadas indemnizar los perjuicios causados por esa situación.

¹ Según el certificado de existencia y representación legal, los aportes sociales de la fundación corresponden a: (i) Ecopetrol S.A. \$260'000.000; (ii) Departamento del Huila \$130'000.000; (iii) Hocol S.A. \$60'000.000; (iv) Esso Colombiana Ltda. \$40'000.000 y (v) Petróleos Colombianos Ltda. \$40'000.000. Se evidencia que más del 50% de los aportes provinieron de empresas o entidades públicas (folios 85 a 89 del cuaderno número 1).

² La Unión Temporal Vías Putumayo se conformó por Richard Javier Mosquera Benavides y Orlando Edmundo Revelo Villota, según consta en el documento de constitución (folios 14-16). En dicho instrumento, Richard Javier Mosquera Benavides fue nombrado representante legal de la estructura plural. La demanda se presentó a nombre de La Unión Temporal Vías Putumayo, Richard Javier Mosquera Benavides y Orlando Edmundo Revelo Villota (folios 1-13 del cuaderno principal). Inicialmente, solo se aportó el poder de Richard Javier Mosquera Benavides (folios 672-673). El Tribunal Administrativo de Nariño inadmitió la demanda y exigió corregir el otorgamiento del poder de Orlando Edmundo Revelo Villota (folios 676-677). La parte demandante subsanó la demanda y aportó un nuevo poder otorgado por ambos integrantes de la unión temporal, en el que consta que Richard Javier Mosquera Benavides actúa también en representación de la Unión Temporal Vías Putumayo (folios 701-702).



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

ANTECEDENTES

La demanda subsanada³

3. El señor Richard Javier Mosquera Benavides, a través de apoderado judicial, actuando en nombre propio y en representación de la Unión Temporal Vías Putumayo, y Orlando Edmundo Revelo Villota presentaron demanda de controversias contractuales en contra de Ecopetrol S.A. y la Fundación del Alto Magdalena, en la que formularon las siguientes pretensiones (se transcriben de forma literal, incluso con los posibles errores):

“III. Declaraciones y condenas.

3.1. Declárese que la Fundación del Alto Magdalena incumplió el contrato No. 0058 de fecha 18/12/2013 celebrado con la Unión Temporal Vías Putumayo, en los términos expuestos en los fundamentos de hecho.

3.2. Como consecuencia de la declaración que antecede, declárese administrativa, patrimonial y solidariamente responsables a la Fundación del Alto Magdalena – Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol S.A., de los daños y perjuicios causados a mi representado, en las circunstancias que se transcriben en el ítem de fundamentos de hecho de éste escrito, liquidados en la forma y proporción que se indican a continuación, o las sumas que se logre demostrar en el proceso, así; que para los efectos del artículo 206 del C.G.P, las futuras sumas se las rinde a título de juramentos estimatorio:

3.2.1. Perjuicios patrimoniales

3.2.1.1. Daño emergente consolidado (...)

Para un total, por concepto de daño emergente consolidado de la suma de ochocientos treinta y siete millones cuatrocientos setenta y dos mil trescientos noventa y cinco pesos (\$837'472.395.00)^[4].

3.2.1.2. Lucro cesante consolidado

Habida cuenta que dentro del contrato las partes pactaron a título de remuneración el pago equivalente al cinco por ciento (5%) a través del sistema de precios unitarios ejecutados (...) persiste un saldo a favor de mi representado de la suma de treinta y nueve millones cuatrocientos cuarenta mil quinientos dieciséis pesos (\$39'440.516).

3.3. Que sobre las sumas adeudadas por mayores cantidades de obra, se paguen intereses de mora a la máxima tasa comercial e indexación con el IPC certificado por la Superintendencia Financiera.

3.4. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de la indemnización de los perjuicios causados a la Unión Temporal, derivadas del incumplimiento en que incurrió, en cuantía equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del contrato (...)

³ El Tribunal *a quo*, por medio de auto del 5 de septiembre de 2017, inadmitió la demanda y ordenó a la actora aclarar lo siguiente: (i) precisar el poder conferido y el objeto del mandato otorgado al apoderado; (ii) expresar con claridad y precisión las pretensiones de la demanda, así como el valor correspondiente al lucro cesante consolidado y (iii) incluir la estimación razonada de la cuantía. La parte demandante subsanó el escrito inicial de manera oportuna (folios 682-700 del cuaderno no. 2).

⁴ El monto relativo al daño emergente se distribuyó de la siguiente manera: 1. A causa de la mayor permanencia en obra: (i) \$94'933.000 por los costos que representó el pago de la nómina y honorarios de personal técnico experto, (ii) \$142'330.906 por el pago de la maquinaria; (iii) \$53'400.000 por el alquiler de vehículos para transporte de personal hasta la zona donde se iba a llevar a cabo la obra; y (iv) \$27'028.410 por el pago de alimentación y alojamiento de personal; (2) \$5'000.0000 por los costos que representó el ejercicio del presente trámite judicial y (3) \$514'780.079,21 el valor de los “unitarios” ejecutados por parte de la unión temporal y que no fueron reconocidos como ejecutados por la parte demandada.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

3.5. Que se advierta a la entidad que resulte condenada que las cantidades liquidas de dinero por las que aquí se les ordenen pagar, devengarán intereses moratorios desde el mismo día de la ejecutoria de la sentencia que las imponga (...)

3.6. Que la misma providencia se ordene a la entidad que resulte condenada, dictar dentro del término de 30 días contados dese que se comunique la decisión (...) la resolución que disponga el pago de las sumas liquidas de dinero y se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento (...)

3.7. Se ordene la actualización de las condenas de conformidad con la variación del índice de precios al consumidor.

3.8. Condénese a la (s) Entidad (es) aquí demandadas en costas procesales y agencias en derecho”⁵.

4. Como fundamentos, la parte demandante mencionó, en síntesis, los siguientes:
5. El 5 de julio de 2013, Ecopetrol S.A. y la Fundación del Alto Magdalena suscribieron el acuerdo de cooperación AC No. 15, cuyo objeto fue realizar el mantenimiento y mejoramiento de las vías de uso compartido entre varios municipios de los departamentos del Putumayo y Nariño.
6. La actora narró que, por medio de un acuerdo verbal, las señaladas entidades se comprometieron con la comunidad del lugar (no se especificó su ubicación) a permitir que los miembros de esta última produjeran el material triturado que se iba a utilizar para la obra, y a comprarlo a los precios que ella estableciera. Asimismo, se obligaron a contratar la mano de obra no calificada de habitantes de la zona, cuyo valor sería establecido, igualmente, por la comunidad.
7. En desarrollo del convenio celebrado con Ecopetrol S.A., la Fundación del Alto Magdalena abrió la convocatoria para seleccionar a un contratista para el mantenimiento de 5 kilómetros de la vía Río Churuyaco – El Empalme en el tramo K4+500 a K9+500, corregimiento Cofania Jardines de Sucumbíos del municipio de Ipiales, departamento de Nariño. En los términos de referencia, no se mencionó el acuerdo verbal celebrado con la comunidad.
8. La Unión Temporal Vías Putumayo se presentó a la convocatoria, en cuya propuesta señaló que el material pétreo de la obra sería producido por la misma figura plural. Adujo que, para estructurar el precio de su ofrecimiento, tuvo en cuenta las especificaciones técnicas formuladas por la Fundación, incluyendo el levantamiento topográfico, los planos de obras civiles y estructuras del proyecto, instrumentos que debían ser tenidos en cuenta por los participantes. Dicha oferta fue aceptada por la entidad y conllevó a que se le adjudicara el negocio.
9. El 18 de diciembre de 2013, la Fundación del Alto Magdalena y la Unión Temporal suscribieron el contrato de obra civil No. 058, en virtud del cual la señalada estructura plural se obligó a ejecutar el proyecto previamente mencionado.
10. Según lo acordado por las partes, se fijó un precio de \$2.054’347.120, de los cuales se reconoció un anticipo del 40%, que ascendió a \$821’738.848, previo a la entrega y legalización de la póliza que debió constituirse. Además, el plazo del contrato se

⁵ Folios 696 a 692 del cuaderno no. 2.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

pactó, primariamente, por 6 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual se firmó el 13 de enero de 2014.

11. El 10 de marzo de 2014 se realizó el comité técnico No. 1, en el cual se abordaron los siguientes puntos: (i) la interventoría y el contratista solicitaron a la Fundación precisar las normas técnicas aplicables al proyecto; (ii) las partes convinieron realizar un ajuste al contrato, para incluir el diseño de estructura de pavimento e implementarlo en el mantenimiento de la vía, obligación que se asignó al contratista; (iii) se recomendó reducir el término de duración de la garantía de estabilidad de la obra; (iv) la contratante exigió un reporte sobre los trámites pertinentes ante la Corporación Ambiental para la intervención de la zona y ejecución de la obra, sin tener en cuenta que dichos permisos debían ser solicitados por la Fundación; y (v) la unión temporal informó que la comunidad impidió el ingreso de material pétreo a la obra, al señalar que los precios que ésta le impuso son superiores a los pactados en el contrato.
12. En cumplimiento de los requerimientos de la interventoría, la contratista adelantó una serie de estudios técnicos (topográfico, geotécnico, ingeniería de tránsito, estructural de pavimento flexible, memorias de cálculo y planos de diseño y construcción) que fueron entregados y aprobados.
13. La demandante reiteró que ni en las especificaciones técnicas, ni en los términos de referencia se estableció que el material pétreo debía ser adquirido a personas de la zona de influencia del proyecto, por lo que en su propuesta indicó que contaba con las máquinas para la extracción de este y ello le permitió reducir el valor ofertado. Sin embargo, al iniciar la ejecución de la obra, se enteró de las negociaciones entre Ecopetrol y la Fundación del Alto Magdalena con la comunidad de la zona, lo que le obligó a celebrar una reunión con los miembros de esta última, producto de la cual debió aumentar el costo previsto de dichos insumos y de la mano de obra. Señaló que dicha circunstancia ocasionó un “desequilibrio económico” en perjuicio de la empresa.
14. El 1 de junio de 2014, la Unión Temporal solicitó a la entidad contratante: (i) realizar una revisión general del presupuesto del contrato para actualizar los valores unitarios; (ii) reconocer los gastos en que incurrió el contratista por la elaboración de los estudios técnicos; (iii) adicionar el plazo en cuatro meses debido la realización de dichos documentos; y (iv) reconocer la afectación padecida por “la mala planificación”.
15. A lo largo del desarrollo, se suscribieron sucesivas actas de modificación de precio, cantidades y plazo, a raíz de la ejecución de los nuevos estudios y de la falta de presupuesto y de suministro de los materiales. El 17 de octubre de 2014, se adicionó el valor del negocio en \$663'523.509. En la misma fecha se suspendió el plazo por un mes y 14 días, lapso en el cual no fue posible continuar la obra debido a los defectos advertidos.
16. Durante la ejecución del negocio, se levantaron las actas de obra 1 a la 5, en las que se aprobaron pagos parciales y los respectivos descuentos por amortización del anticipo, de la siguiente manera: (i) No. 1 por \$1.328'216.644,24, del cual la fundación realizó un descuento por \$532'286.657,70; (ii) No. 2, en la que se autorizó



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

por ejecución de obra \$145'095.330,20, sobre el cual la Fundación descontó \$58'038.132,08; (iii) No. 3, en la que se consignó por ejecución de obra \$175'355.995.41, y un descuento por \$70'142.398,16; (iv) No. 4, en la que se aprobó la ejecución por \$83.190.000, con una deducción de \$33'276.000; y (v) No. 5, en la que se aprobó la ejecución de \$245'618.578,84, con un descuento de \$98'247.431,54. La contratista no suscribió el acta no. 5, al sostener que ejecutó cantidades mayores a las que se indicaron en ese instrumento.

17. El contrato finalizó el 12 de abril de 2015 por vencimiento del plazo, el cual se extendió hasta esa fecha debido a la suscripción de múltiples actas de ampliación del término inicialmente previsto⁶.
18. El 25 de junio de 2015, la Fundación del Alto Magdalena profirió “*acta de liquidación unilateral*”, en la cual señaló que el porcentaje de ejecución del contrato ascendió al 72.76%, y que el valor ejecutado correspondió a \$1.977'476.548. La contratista manifestó no estar de acuerdo con ese ejercicio, al sostener que la entidad no estaba facultada para realizarlo, que no tuvo la oportunidad de contradecirlo y que no se tuvieron en cuenta las circunstancias de modificación del contrato y mayores tiempos de ejecución debidos a la falta de planeación reprochada. Señaló que, contrario a lo concluido por la entidad, el objeto contractual se desarrolló en un 91.69%, equivalente a \$2.492.237.037,90.
19. Por último, manifestó que “*debido al incumplimiento de la Fundación y el no pago de las obras ejecutadas, así como también los mayores tiempos establecidos por la falta de planeación de la Fundación*”⁷ el contratista “*tuvo un desequilibrio económico en la ecuación contractual*”⁸, y quedó adeudando diversas sumas a múltiples proveedores de insumos y servicios.

Contestaciones de la demanda

20. La Fundación del Alto Magdalena se opuso a las pretensiones del libelo inicial. Como sustento, alegó que no obra ninguna prueba del acuerdo verbal con la comunidad que se adujo, y que la entidad no obligó a que el material pétreo se adquiriera a un determinado proveedor, sino que dicha decisión se derivó de una negociación que tuvo la unión temporal con una empresa de la zona con el fin de garantizar el suministro de materiales para no paralizar la ejecución de la obra. Adujo que la unión temporal era la responsable de realizar las cotizaciones de la mano de obra según los precios del sector, aspecto sobre el cual asumió el respectivo riesgo, y que, según lo establecido en el contrato, por tratarse de un plan de inversión social, el contratista se comprometió a emplear personas de la zona de influencia del proyecto.
21. En relación con los estudios y diseños, adujo que el proyecto previamente contaba con dichos documentos, y señaló que el contratista siempre estuvo de acuerdo con

⁶ Se suscribieron las siguientes actas de ampliación del plazo: (i) el 26 de junio de 2014 por 42 días calendario; (ii) el 21 de agosto de 2014 se añadieron en 60 días; (iii) el 17 de octubre de 2014 se acordó la ampliación en tiempo por 45 días y (iv) el 11 de marzo de 2015 en 31 días calendario. Adicionalmente, el plazo contractual se suspendió en dos ocasiones: (i) el 17 de octubre de 2014 y se reanudó el 1 de diciembre de 2014 y (ii) 11 de diciembre de 2014 hasta el 9 de febrero de 2015.

⁷ Folio 694 del cuaderno número 4 (escrito de demanda).

⁸ Ídem.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

los ajustes y complementos necesarios que fueron plasmados en diferentes actos modificatorios, frente a los cuales no hubo reproches de las partes, e indicó que, conforme a lo pactado en el contrato, dichas labores le fueron canceladas al contratista. Añadió que, según lo acordado por las partes, la unión temporal era la responsable del trámite de los permisos ambientales.

22. Frente a la liquidación unilateral, señaló que el ejercicio que realizó la entidad no tiene los efectos que le otorga la Ley 80 de 1993, sino que corresponde a un documento privado encaminado a tasar los perjuicios que fueron reclamados ante la aseguradora, empresa que aceptó pagar una indemnización por \$131'966.476.
23. La entidad demandada planteó las siguientes excepciones: (i) *“ausencia de responsabilidad por ser una persona de derecho privado”*; (ii) *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* (aspecto que no fue desarrollado para el caso concreto); y (iii) la *“genérica e innominada”*.
24. Por su parte, Ecopetrol S.A. manifestó su oposición a lo pretendido por la parte demandante por considerar que no tiene sustento jurídico, ni probatorio. Sobre el daño emergente, expresó que no se aportaron pruebas del pago de maquinaria, alquiler de vehículos, alimentación, alojamiento, modificación de precios unitarios, pago de nómina, ni los costos reclamados por el proceso judicial. Sobre el lucro cesante, agregó que no se aportaron los soportes de los ingresos supuestamente dejados de percibir, ni la manera en que se calculó dicho monto.
25. La entidad formuló las siguientes excepciones: (i) caducidad de la acción, (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva y (iii) prescripción extintiva. También propuso (iv) la ineptitud de la demanda, en la que alegó que no se reunieron los requisitos previstos en el artículo 162 del CPACA, la indebida representación de las partes (demandante y demandada), la falta de legitimación en la causa por activa y la indebida subsanación del libelo inicial.
26. Asimismo, presentó las excepciones de mérito que denominó: (i) inexistencia de una relación contractual entre el demandante y Ecopetrol S.A.; (ii) inexistencia de solidaridad de Ecopetrol frente a la Fundación Alto del Magdalena y sus actos contractuales; (iii) inexistencia de la obligación y del derecho reclamado; (iv) cobro de lo no debido; (v) legitimidad de la actividad petrolera; (vi) inexistencia del daño; (vii) inexistencia del nexo de causalidad entre la actividad de Ecopetrol S.A. y el objeto del contrato presuntamente incumplido; y (viii) buena fe. En este escrito, reiteró los medios de defensa que planteó como excepciones previas.

Trámite relevante en primera instancia⁹

27. El Tribunal Administrativo de Nariño, a través de auto del 8 de julio de 2020¹⁰, resolvió sobre las excepciones planteadas en las contestaciones de la demanda. En la providencia declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de

⁹ La Fundación del Alto Magdalena presentó demanda de reconvención en contra de la Unión Temporal Vías Putumayo, Richard Javier Mosquera Benavides y Orlando Edmundo Revelo (folios 802 a 826 del cuaderno número 5). El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante providencia del 4 de abril de 2018, la rechazó porque operó la caducidad de la acción contractual (folios 1353 a 1354 del cuaderno número 7). Esta decisión no fue recurrida por las partes.

¹⁰ Folios 1364 a 1367 del cuaderno número 7.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

Ecopetrol S.A., con fundamento en que lo pretendido en el *sub lite* es la declaratoria de incumplimiento del contrato 058 de 2013, negocio jurídico frente al que la sociedad petrolera no hizo parte, ni asumió compromisos. En contra de esta decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación¹¹.

28. Con providencia del 11 de mayo de 2022¹², esta Subsección confirmó la decisión que declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de Ecopetrol S.A., debido a que la controversia judicial se centra en un supuesto incumplimiento del contrato No. 058 de 2013 suscrito entre la Fundación Alto del Magdalena y la Unión Temporal Vías Putumayo. En ese escenario, debido a que la empresa no hizo parte del negocio objeto de estudio, concluyó que no debía conformar la parte demandada.
29. El 31 de enero de 2024, se adelantó la audiencia inicial, en la que se decretaron las pruebas documentales aportadas con la demanda y los escritos de contestación. A su vez, se negaron los testimonios solicitados por las partes por no cumplir con los requisitos del artículo 212 del CGP. Esta decisión fue apelada por la parte demandante y la Fundación del Alto Magdalena.
30. A través de auto del 20 de junio de 2024¹³ proferido por esta Sala, se confirmó la decisión que negó el decreto de los testimonios solicitados, porque: (i) la parte actora no indicó el objeto, ni los aspectos que pretendía demostrar con las declaraciones pedidas y (ii) la Fundación del Alto Magdalena únicamente refirió el nombre de los declarantes, pero no justificó su petición.

Sentencia de primera instancia

31. El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia del 20 de septiembre de 2024¹⁴, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante.
32. En primer lugar, el *a quo* consideró que la controversia planteada por la parte actora se centró en la determinación del presunto desequilibrio económico y financiero del contrato por hechos acontecidos durante la ejecución de la obra y que supuestamente conllevaron a que el contratista incurriera en mayores costos para el cumplimiento de sus obligaciones.
33. Situado en este contexto, el Tribunal indicó que la unión temporal Vías Putumayo no formuló sus reclamaciones ante la entidad de forma oportuna. A su juicio, los hechos que el demandante alegó como causantes del desequilibrio no fueron comunicados a la Fundación del Alto Magdalena, a pesar de que durante la ejecución del negocio se suscribieron múltiples acuerdos modificatorios del negocio inicial sobre su plazo y la cantidad de ítems contratados, ocasiones en las que no expresó ningún reparo sobre los supuestos costos superiores en que había incurrido por la mayor permanencia, adecuación de los diseños y el costo de personal. Aunado a ello, señaló que la contratista aceptó el contenido de las primeras cuatro actas de obra, aun cuando podía exigir que se plasmaran sus reclamaciones

¹¹ Se precisa que en auto del 15 de julio de 2021, rechazó por extemporáneo el recurso de apelación (folios 1380 a 1383 del cuaderno número 7); sin embargo, la decisión fue revocada en providencia del 7 de diciembre del mismo año al resolver la súplica presentada por el recurrente (1387 a 1391 del cuaderno número 7).

¹² Folios 1401 a 1411 del cuaderno de pruebas número 7.

¹³ Índice 4, historial de actuaciones de Samai del proceso identificado con radicado 52001233300020170045102, expediente: 70.900.

¹⁴ Índice 40, historial de actuaciones de Samai del Tribunal.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

relacionadas con los pretendidos sobrecostos y las mayores cantidades de obra desde que se presentó la primera de ellas. En ese sentido, bajo la protección del principio de buena fe contractual, indicó que no era viable estudiar el resto de los elementos del desequilibrio alegado.

34. Señaló que, aun si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de que exista el desequilibrio, la demandante no acreditó los sobrecostos que, según se afirmó, determinaron la ruptura de la ecuación contractual, pues al expediente no se allegaron elementos de juicio que permitiesen obtener certeza de su ocurrencia, ni de su monto. Recalcó que el demandante, en su calidad de comerciante, está en la obligación de llevar la contabilidad necesaria para tener a su alcance la prueba de los costos reales en los que incurrió durante la actividad contractual y, por ende, ostenta la carga de la prueba en torno a dicho asunto y, en ese sentido, concluyó que no se cumplió con la carga probatoria mínima para acceder a las pretensiones de la demanda, conforme al artículo 167 del CGP.
35. De manera subsidiaria, explicó que, en un “*contexto meramente académico*”, el régimen jurídico del contrato analizado es de derecho privado, por lo que no era posible analizar el desequilibrio económico del contrato desde las normas del EGCAP. Por el contrario, indicó que lo discutido debe estudiarse a partir de la teoría de la imprevisión contemplada en el artículo 868 del Código de Comercio, cuya aplicación exige la vigencia del negocio y, como el contrato No. 058 de 2013 había finalizado (por vencimiento del plazo) previo a la presentación de la demanda, no restaba ninguna obligación convencional que pudiera ser objeto de análisis, de forma que no era procedente aplicar la referida norma del estatuto comercial.

El recurso de apelación

36. La parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia¹⁵, en el que disintió de las consideraciones esbozadas en dicha providencia, por las siguientes razones:
37. De entrada, consideró que el Tribunal *a quo* incurrió en un defecto fáctico, porque valoró de manera aislada las actas suscritas durante la ejecución del contrato 058 de 2013, sin percatarse de los reiterados requerimientos del contratista que propendían por un reajuste de los precios inicialmente pactados, que no tuvo una solución por parte de la Fundación. A juicio del apelante, dicha actitud de la entidad asfixió económicamente a la contratista, al punto en que no pudo ejecutar la obra.
38. Concretamente, manifestó que desde el comité técnico No. 1 realizado el 10 de marzo de 2014 puso en conocimiento de la Fundación las deficiencias en el diseño de la obra y los inconvenientes con la adquisición del material pétreo, por lo que indicó que “*En esa misma acta, las partes (contratante y contratista) acuerdan realizar un ajuste al contrato*”. También indicó que en un oficio posterior remitido por el contratista a la entidad contratante se dio a conocer una tabla para representar los mayores costos¹⁶ que asumió la Unión Temporal Vías Putumayo. Adicionalmente, en comunicación del 1 de junio del mismo año pidió el

¹⁵ Índice 42, historial de actuaciones de Samai del Tribunal.

¹⁶ Según el recurrente por esta situación los valores aumentaron, así: “i) el material triturado en \$239’145.000, el material mixto en \$199’877.000 y la base por \$182’250.000, que fue prácticamente lo que se adicionó al contrato, mediante el acta de adición de fecha 13/12/2014”.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

reconocimiento del valor del contrato por la variación de precios, debido a la necesidad de ajustar los diseños de la obra y los mayores costos por el trámite de los permisos ambientales que afectó el inicio de las actividades contratadas. De lo anterior, concluyó que, contrario a lo señalado por el *a quo*, no es cierto que no hubiese hecho las observaciones durante la ejecución del contrato.

39. Añadió que el 13 de junio de 2014 solicitó al interventor el reajuste de los precios de insumos y de mano de obra, y que también dio cuenta de la oposición de la comunidad a que la contratista suministrase el material pétreo. El 01 de julio siguiente, nuevamente manifestó inconformidades en torno a ello, y aseguró que, con los estudios requeridos por la interventoría y la fundación, se pasó de exigir un mantenimiento a la construcción de la vía propiamente dicha. Asimismo, en el acta No. 2 suscrita por las partes el 17 de octubre de 2014, se aumentó la cantidad de obra contratada y se prolongó el plazo del negocio.
40. Bajo ese contexto, adujo que la conducta asumida por la contratante evidencia un *“incumplimiento del contrato”* por las anomalías en los estudios previos, así como su actitud caprichosa que -en sus palabras- *torpedeó* la ejecución del negocio y conllevó a que el contratista asumiera mayores costos de manera injustificada. Así, alegó que se debe otorgar una *“reparación integral”* al demandante, dado que *“no estamos frente a un presunto desequilibrio económico”*, comoquiera que los hechos alegados son enteramente atribuibles a la Fundación. A renglón seguido, sostuvo que *“la conducta asumida por la demandada se asemeja a lo descrito por la jurisprudencia y la doctrina como la teoría del hecho del príncipe”*, lo cual, a su juicio, se demostró en el expediente a partir del desarrollo contractual, el anormal ejercicio de supervisión de la obra y las reclamaciones del contratista.
41. Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia y despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

Trámite relevante en segunda instancia

42. El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 7 de mayo de 2025. Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

43. Como no se advierte la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado y evidenciado el cumplimiento de los presupuestos procesales: jurisdicción¹⁷, competencia, oportunidad de la demanda, legitimación por activa y por pasiva y verificados los requisitos de la demanda en forma, la Subsección procede a decidir la segunda instancia de la presente *litis*¹⁸.

¹⁷ Como se anunció, la Fundación del Alto Magdalena corresponde a una persona jurídica sin ánimo de lucro que cuenta con capital mayoritariamente público, lo que otorga al contencioso-administrativo jurisdicción para pronunciarse sobre el asunto.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2018, expediente 46.005, C.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta providencia, se indicó: *“si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general (...) desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada”*.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

44. Con ese propósito, se abordarán los asuntos en discusión, bajo el siguiente orden metodológico: (i) el objeto del recurso de apelación y los problemas jurídicos para resolver la controversia; (ii) el régimen jurídico bajo el cual se debe abordar el conflicto; (iii) la determinación del incumplimiento que se reprocha según la valoración de los documentos contractuales y, en caso de determinarse la responsabilidad de la demandada, el análisis de la acreditación de los perjuicios reclamados; (v) las conclusiones; y (vi) las costas procesales.

El objeto del recurso de apelación y los problemas jurídicos

45. Para resolver el recurso de apelación, se itera, a la Sala le corresponde pronunciarse sobre los reparos específicos presentados en contra de la sentencia de primer grado, los cuales, por regla general, establecen la competencia del *ad quem* para ventilar la controversia¹⁹.

46. Según lo reseñado, del recurso de apelación se constata que se elevaron los siguientes cargos en contra de la providencia impugnada: (i) la indebida valoración de las observaciones expuestas por la demandante durante la ejecución del contrato y de las actas suscritas en ese *iter*²⁰; (ii) la acreditación de los mayores costos por adquisición del material pétreo, ajustes de diseños y permisos ambientales; y (iii) las conductas enunciadas corresponden a un incumplimiento contractual y no a un desequilibrio económico y financiero²¹.

47. De ese modo, el debate en esta instancia se centra en el supuesto incumplimiento por parte de la entidad demandada del contrato No. 058 de 2013, así como en la valoración de las actas y documentos suscritos durante la ejecución del negocio con las que se pretendió reclamar ante la Fundación los mayores costos en que habría incurrido el contratista debido al *incumplimiento* de la parte demandada. Si bien se adujo que la conducta de la contratante “se asemeja a lo descrito por la jurisprudencia y la doctrina como la teoría del hecho del príncipe”, sin embargo este argumento no fue sustentado en el recurso, ni estuvo dirigido en contra de las afirmaciones esbozadas en la providencia apelada, por lo que no cumple con la carga argumentativa para ser abordado²²; además en el escrito inicial no fue puesto

¹⁹ Salvo situaciones que se deban auscultar y definir de manera oficiosa, en virtud de lo establecido en el artículo 328 del CGP.

²⁰ En palabras del apelante, “no es cierta la conclusión a la que llegó el ad-quo en afirmar que el contratista, ahora demandante no hizo las observaciones en la ejecución del contrato, pues contrario sensu, las expuso apenas estas acaecían”, y “El ad-quo (sic) si bien mencionó los documentos que obran como prueba documental en el proceso, pero se evidencia que no los examinó y solamente se limitó a observar las actas aisladamente lo que le permitió incurrir en el defecto fáctico por omitir la valoración probatoria de los documentos aportados con la demanda”.

²¹ Se adujo que “no estamos frente a un presunto desequilibrio económico, sino a un verdadero incumplimiento del contrato”, a su juicio, “por mediar actos de carácter caprichoso orientados a torpedear la ejecución misma del contrato sin justificación alguna, por lo tanto esta llamados reparar integralmente al contratista”.

²² Al respecto, se encuentra que la alegación del recurrente en relación con “el hecho del príncipe” no se sustentó un disenso frente a los argumentos expuestos en la decisión apelada, en la que no se abordó dicha figura jurídica. Esta Sala de decisión ha precisado que la carga argumentativa “[n]o se satisface con la mera manifestación de inconformidad con el proveído impugnado pues lo que la ley exige es que se ataquen los fundamentos de hecho y/o de derecho que sirvieron de sustento a la providencia en el punto que se considere desfavorable a sus intereses, no solo porque la decisión sea contraria a la parte que interpone el recurso, sino porque en realidad existen razones o motivos -y así se indiquen en el respectivo escrito- que conduzcan a considerar que lo decidido en primera instancia no fue acertado” (sentencia del 13 de septiembre de 2024, exp. 71.205. C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez).



de presente, ni debatido por las partes durante el litigio²³, motivo por el cual no es factible analizarlo.

48. Así, con base en el escrito de impugnación y los parámetros normativos, los problemas jurídicos que se deben abordar en esta instancia son: (i) ¿Debe resolverse el caso desde la perspectiva del desequilibrio económico y financiero del contrato, en lugar de la óptica del incumplimiento contractual, según la causa *petendi*, los argumentos esbozados por el recurrente y el respectivo régimen contractual? y (ii) ¿En la sentencia recurrida se valoraron de manera inadecuada los documentos contractuales aportados al proceso, los cuales, según el recurrente, acreditaron el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Fundación del Alto Magdalena que impidieron la ejecución del negocio según lo pactado?

El régimen jurídico bajo el cual se debe resolver la controversia

49. Como primer aspecto, corresponde estudiar el reproche en torno al enfoque bajo el cual el Tribunal resolvió la controversia, por tratarse del motivo de inconformidad del recurso que abarca la totalidad de la discusión. Este análisis se torna imperativo, igualmente, a fin de verificar la concordancia entre la *causa petendi* vertida en la demanda, las pretensiones formuladas en ésta y lo decidido por el *a quo*, a fin de determinar si, como lo discute la recurrente, el juzgador de primer grado erró al analizar el litigio a la luz del instituto del desequilibrio económico del contrato y no como una discusión en torno a un incumplimiento contractual. Aun cuando la apelación, principalmente, se dirigió a poner de presente que la unión temporal sí informó oportunamente a la Fundación de los motivos causantes del “desequilibrio”, se debe determinar si esta figura es la llamada a gobernar el caso.
50. Sobre el particular, lo primero que se pone de presente es que el Tribunal, durante el desarrollo de la providencia, consideró que las pretensiones elevadas por el contratista (derivadas de la alegada mayor permanencia en obra) se fundaron en imputaciones propias del desequilibrio económico y financiero del contrato, e hizo alusión a las normas del EGCAP y la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la procedencia de dicha figura jurídica. Sin embargo, en la parte final del texto, en lo que introdujo a modo de “*contexto meramente académico*”, indicó que el contrato No. 058 de 2013 se encontraba sometido al derecho privado y, por ende, era necesario acudir al instituto de la imprevisión, previsto en el artículo 868 del Código de Comercio, comoquiera que en los contratos que no se rigen por el EGCAP “*no es posible deprecar que se restablezca la ecuación económica del contrato*”. Arguyó que, aun cuando el derecho privado únicamente contempla la posibilidad de solicitar la revisión del contrato por “*circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, que alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa*” (según la citada norma del estatuto comercial), estimó que esta herramienta

²³ También se advierte que el argumento relativo al acaecimiento de la figura del hecho del príncipe, entendido como aquella actuación por parte de la entidad contratante en ejercicio de sus potestades públicas y por fuera de la relación negocial, no fue invocado por la parte demandante, ni discutido en el litigio, lo que constituye una razón adicional para no resolver dicho cargo de la apelación, so pena de vulnerar el debido proceso de su contraparte (sentencia del 2 de febrero de 2025, exp. 71.453. C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez).



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

tampoco es aplicable al caso concreto, porque la controversia se planteó con posterioridad a la finalización del negocio jurídico.

51. En la apelación, la parte actora reprochó la óptica bajo la cual se decidió la primera instancia y reiteró su argumento sobre el incumplimiento de la Fundación, derivado de las alegadas anomalías en los estudios previos y por las conductas “*de carácter caprichoso orientados a torpedear la ejecución misma del contrato*”. Según adujo, lo anterior conllevó a que el contratista tuviera que asumir sobrecostos en la ejecución del objeto contratado y, por ende, consideró que tiene derecho a una reparación integral de los perjuicios padecidos.
52. En el presente asunto, la Sala, al realizar una lectura de los argumentos esbozados por la parte demandante, encuentra que planteó el alcance jurídico del debate (según los hechos y las pretensiones) en torno a los costos adicionales que tuvo que asumir por la mayor permanencia en obra debido a la prolongación del plazo contractual. Atribuyó lo anterior, entre otros asuntos, a las falencias en la etapa de planeación, los inconvenientes en la aprobación de los permisos necesarios para iniciar las actividades, a la compra del material pétreo a las comunidades de la zona de influencia de la vía y los nuevos estudios entregados a la entidad contratante. A juicio del recurrente, estas causas correspondieron a omisiones y falencias atribuibles a la Fundación, que no cumplió con: (i) elaborar un diseño correcto de la estructura del pavimento; (ii) la obtención de las licencias ambientales; y (iii) advertir de los acuerdos previos realizados con la comunidad, que no fueron puestos en conocimiento desde los términos de referencia. En el recuento fáctico, indicó que dichas conductas imputables a la entidad demandada (puntualmente, la exigencia de precios superiores por la comunidad y la falta de planeación) provocaron un “desequilibrio económico” en perjuicio de la empresa contratista²⁴.
53. En el *sub lite*, según lo manifestado por el actor, acaeció la prolongación del plazo contractual por causas imputables a su cocontratante, que alteraron gravemente la estructura de costos y prestaciones prevista originalmente, supuesto que bien puede deberse al incumplimiento del contrato o de los deberes legales en cabeza de la entidad contratante²⁵ (entre ellos, el de planeación), lo cual no fue analizado por el Tribunal de primera instancia, debido a que enfocó su decisión desde la figura del desequilibrio económico y financiero del contrato y la ausencia de salvedades en los diferentes acuerdos modificatorios del negocio.
54. Para analizar lo anterior, la Sala destaca que el contrato No. 058 de 2013 fue suscrito por la Fundación del Alto Magdalena, entidad sin ánimo de lucro conformada con aportes de entidades públicas y privadas, cuyo accionista mayoritario es Ecopetrol S.A., de forma que este negocio, según lo previsto en el

²⁴ Referencia expresada en los hechos 2.27 y 2.60 de la demanda subsanada, folios 689 y 694 del cuaderno número 2.

²⁵ Esta Corporación ha señalado que “La mayor permanencia de obra se refiere a la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, por hechos no imputables al contratista, y debido al incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante, que aun cuando no implican mayores cantidades de obra u obras adicionales, traumatizan la economía del contrato en tanto afectan su precio, por la ampliación o extensión del plazo, que termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento”. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17031.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

artículo 96 de la Ley 489 de 1998²⁶, se somete a las normas del derecho privado. Dicho de otra forma, se encuentra exceptuado de la aplicación del estatuto general de contratación de la administración pública.

55. En este contexto, la figura del desequilibrio económico y financiero del contrato prevista en el EGCAP²⁷ no es aplicable al presente asunto, y tampoco se encuentra contemplada, con los atributos de aquel régimen, en los estatutos civil y comercial que gobiernan la contratación de los particulares²⁸. Por el contrario, en el derecho privado, se encuentra prevista la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias ante situaciones imprevisibles e imprevistas posteriores a la celebración del negocio y que permiten la intervención del juez ante prestaciones futuras que resulten excesivamente onerosas. Lo anterior, según se anunció, tiene su origen en el artículo 868 del Código de Comercio, que consagra la posibilidad de revisar el acuerdo de voluntades ante circunstancias “*extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, [que] alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa*”. Esta Corporación ha sintetizado este tópico de la siguiente forma:

“La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que las entidades deben restablecer el equilibrio económico únicamente en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993, y que en contratos de derecho privado debe aplicarse la teoría de la imprevisión. No obstante, también ha indicado que, en estos casos, el juez debe analizar si lo alegado constituye un incumplimiento del contrato.

(...)

En consecuencia, la teoría de la imprevisión no persigue restablecer el equilibrio de la ecuación financiera cuando se vea alterado por circunstancias sobrevinientes. Esa obligación solo está prevista para los contratos estatales, en los que el cumplimiento de su objeto es de interés general razón (sic) y por ello se le impone al Estado esta

²⁶ Ley 489 de 1998. “Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.
(...)”

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común (...)” (se destaca).

²⁷ Entre otros, en los artículos 5 (numeral 1°) y 27 de la Ley 80 de 1993.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de febrero de 2021, exp. 47.068 C.P. Martín Bermúdez Muñoz. Criterio reiterado por esta Subsección en: (i) providencia del 30 de agosto de 2024, exp. 58.485. C.P. José Roberto SÁCHICA y (ii) 12 de diciembre de 2022, exp. 66.729. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. En efecto, el derecho privado difiere en la concepción del desequilibrio económico y financiero del contrato contemplada para los negocios de derecho público en el EGCAP. Este criterio es concordante con lo considerado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 12 de julio de 2024, exp. SC-1360-2024. C.P. Martha Patricia Guzmán Álvarez, en la que se consideró: “*En suma, es evidente que el enfoque de la contratación privada difiere enormemente de aquel que gobierna los contratos estatales sometidos al EGCAP. Mientras que el segundo privilegia la paridad absoluta de las prestaciones de las partes, en el marco de una conmutatividad objetiva, el primero busca resguardar, en la medida de lo posible y de lo razonable, la integridad del contrato, y la fuerza vinculante del equilibrio económico subjetivo que diseñaron y aceptaron los propios estipulantes al momento de celebrar el respectivo negocio jurídico. La manifestación práctica más relevante de esa divergencia se da en el propósito de la acción judicial que puede ejercitar el contratante afectado: en el régimen de contratación estatal, le es lícito pedir una compensación por las prestaciones ejecutadas, lo que, incluso, permitiría que se discuta el desequilibrio económico de un contrato liquidado. En cambio, el Derecho Privado solo habilita el reajuste del pacto, o su resolución, en ambos casos con efectos ex nunc –hacia el futuro–; de ahí que, extinguido el vínculo jurídico entre los contratantes, el cambio sobreviniente de circunstancias pierde su razón de ser.*”



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

*obligación. En los contratos regidos por el derecho privado el contratista no puede pretender apartarse del acuerdo inicial y buscar su modificación por esta vía*²⁹.

56. Esta lógica no fue aducida en el escrito de demanda, en tanto se hizo referencia a la ocurrencia de un presunto “desequilibrio económico” derivado de los mayores valores de los insumos pétreos exigidos por la comunidad (hecho 27 de la demanda) y del *incumplimiento* de la Fundación (hecho 60). Aunado a ello, se pretendió expresamente declarar, en efecto, el *incumplimiento* de la entidad demandada (pedimento 3.1), lo cual se insistió en el recurso de apelación previamente reseñado. Esto conlleva a una razón adicional para considerar que la *causa petendi* del actor se fundó en la supuesta falta de acatamiento de los compromisos negociales de la entidad contratante, por los motivos referenciados en los párrafos precedentes. Dicho de otra forma, aun cuando el accionante empleó la expresión “desequilibrio económico” en el recuento fáctico, no por ello el litigio debe resolverse en función de este instituto, comoquiera que el mismo es propio del régimen general de contratación pública y no está previsto en las normas del derecho civil y comercial y, en todo caso, los argumentos alegados por el recurrente se refirieron a conductas antijurídicas imputadas a la entidad contratante, por lo que se reitera que el sustento de la apelación se fundó en motivos de incumplimiento.
57. En ese sentido, es viable responder el primer problema jurídico planteado, para señalar que el caso debe resolverse desde el instituto del incumplimiento contractual y no bajo la figura del desequilibrio económico del contrato consagrada en la Ley 80 de 1993.
58. Esta primera conclusión acarrea una consecuencia medular en el estudio del recurso de apelación. Dado que la demandante dirigió su reproche a insistir en que, contrario a lo afirmado por el Tribunal, la unión temporal sí informó oportunamente de las circunstancias causantes del supuesto “desequilibrio”, dichos argumentos deben ser analizados en función del incumplimiento que se le atribuyó a la entidad desde el libelo introductorio, con el fin de dilucidar si esa circunstancia fue determinante para el sentido del fallo y, por ende, si amerita su revocatoria (o si, en todo caso, las pretensiones debieron ser desestimadas).
59. Así las cosas, desde la óptica del incumplimiento contractual (tal como lo reiteró la parte demandante en su recurso de apelación), a esta Sala de decisión le corresponde determinar si la extensión del plazo del contrato fue imputable a la entidad demandada y, también, si se encuentran acreditados los supuestos de ese desacato negocial, como presupuesto de la responsabilidad que se enrostra a la Fundación.
60. Igualmente, en caso de que se concluya el alejamiento entre la conducta de la Fundación y sus compromisos contractuales, se debe determinar si se probó el daño alegado por la actora y, puntualmente, los rubros reclamados por la mayor permanencia en obra, siendo carga del demandante demostrar concretamente los ítems en que se produjeron los sobrecostos³⁰, dado que estos no pueden basarse

²⁹ Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 17 de junio de 2024 (exp. 69.484).

³⁰ “La extensión en el plazo de ejecución del contrato de obra por fuera de los plazos inicialmente previstos es un daño contractual cuyo entendimiento se justifica por la importancia del factor tiempo en la estructuración de los elementos de contrato, particularmente en el precio, y que ha sido desarrollado por la jurisprudencia en tanto se demuestren, además de la prolongación, que esta sea atribuible a la administración, que no se deba al



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

en suposiciones³¹. En el caso *sub examine*, se deberá establecer si la demandante probó los mayores costos que supuestamente tuvo que sufragar y que, según su apelación, tuvieron como causa las conductas constitutivas de incumplimiento atribuibles a la Fundación del Alto Magdalena.

61. De acuerdo con el panorama descrito en precedencia, el presente asunto debe resolverse desde la óptica del incumplimiento contractual y, en ese sentido, a la Sala le corresponde determinar si, con lo probado en el proceso, se evidencia que: (i) la entidad contratante incumplió las obligaciones adquiridas en virtud del acuerdo; y, solo en caso afirmativo, (ii) si el contratista demostró los mayores costos alegados por causas atribuibles a la entidad contratante que conllevaron a la mayor permanencia en obra y prolongación del plazo contractual.

El supuesto incumplimiento contractual endilgado a la Fundación del Alto Magdalena

62. El incumplimiento negocial corresponde a la falta del comportamiento necesario para satisfacer las obligaciones asumidas, lo cual se concreta, en los términos del artículo 1613 del Código Civil, en la ausencia de realización, o ejecución defectuosa o tardía de la prestación debida, y da lugar a la indemnización de perjuicios en favor de la parte cumplida.
63. El recurrente reprochó la valoración probatoria del *a quo* porque desconoció los documentos contractuales (reunión del comité técnico No. 1, oficio del 7 de abril de 2014, acta de modificación No. 2), que evidenciaban, a su juicio, la deficiencia en los estudios previos y diseños, además de las fallas en el trámite de las licencias ambientales porque la entidad no garantizó su aprobación de manera oportuna, lo cual conllevó a la ejecución de una mayor cantidad de obra y aumentó el plazo del negocio, sin que se realizara un reconocimiento económico en favor del demandante por dichas actividades adicionales, a pesar de los requerimientos del contratista.

incumplimiento de las obligaciones del contratista, y que se demuestren los mayores costos generados por el exceso temporal. // Sobre la prueba de los sobrecostos ocasionados, la Sala ha sido particularmente precisa en señalar que la sola premisa del exceso en el tiempo previsto para la ejecución del contrato no concede automática ni presuntivamente el reconocimiento de perjuicios por la mayor permanencia en obra, por lo que resulta insuficiente probar este daño a partir de meras operaciones aritméticas que simplemente multipliquen los valores propuestos en la oferta por el tiempo extra en el que efectivamente se ejecutó la construcción". Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Rad. 25000-23-26-000-1993-08717-01(29368).

³¹ "Ahora bien, cuando la mayor permanencia en la obra se produce por otras causas no imputables al contratista, procede, en principio, el reajuste de los precios, con el objeto de reparar los perjuicios derivados del transcurso del tiempo, en consideración a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda o a la desuetud de los mismos. (...) Lo anterior no obsta para que el contratista demuestre la existencia de perjuicios adicionales, no cubiertos con el pago de mayores cantidades de obra u obras adicionales, ni con el reajuste de precios. // Para acreditar esos perjuicios resulta indispensable probar los sobrecostos reales en los que incurrió, toda vez que no es dable suponerlos como lo hicieron los peritos, mediante el cálculo del costo día de ejecución del contrato, con fundamento en el valor del mismo, deducido del porcentaje correspondiente al A, del A.I.U. de la propuesta, toda vez que frente a contratos celebrados y ejecutados, estos factores pierden utilidad porque ya existe una realidad contractual que se impone y debe analizarse". Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10779, que reitera la sentencia de la misma Sección del 28 de octubre de 1994, exp. 8094.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

64. Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación se ha referido al deber de planeación, incluso en los negocios sometidos a un régimen de derecho privado³², para aclarar que su materialización se logra a partir de un compromiso compartido entre las entidades y los interesados en suscribir el negocio jurídico³³. También se ha indicado que dicha exigencia en el comportamiento inicia desde la etapa de selección y se ha equiparado con actuar conforme a la buena fe³⁴. Asimismo, incorpora un contenido obligacional encaminado al logro de los objetivos previstos con la ejecución del contrato estatal en cuestión, y su desconocimiento tiene por consecuencia la configuración de un evento de incumplimiento negocial³⁵.
65. Para efectos de decidir este punto, es necesario analizar los documentos precontractuales (debido al cuestionamiento sobre las falencias de los estudios previos y diseños), así como a los compromisos asumidos por las partes con la suscripción del contrato No. 058 de 2013, con el fin de determinar el alcance de dichas obligaciones y a cuál de las partes fue asignada la prestación en cada caso.
66. Se recapitula que la Fundación del Alto Magdalena abrió una invitación pública para seleccionar al contratista que estaría encargado de realizar el mantenimiento de un intervalo de 5 Km de la vía Río Churuyaco – El Empalme en el tramo K4+500 a K9+500, corregimiento Cofania Jardines de Sucumbíos. Entre los documentos previos publicados, se encuentran las especificaciones técnicas³⁶ y los términos de referencia³⁷, documentos en los que se estableció que el contratista asumiría, entre otros, los riesgos por error u omisión en la estimación de los precios unitarios y en el cálculo del valor del contrato, así como por la incorrecta determinación y/o cuantificación de los factores integrantes de los precios unitarios³⁸, a lo que se

³² Frente a este aspecto, se pueden consultar las siguientes providencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A: (i) exp. 61.943 del 12 de diciembre de 2019 y (ii) exp. 66.729 del 12 de diciembre de 2022. Subsección C, exp. 65.351 del 23 de septiembre de 2024.

³³ *Id.* Exp. 66.729. “[E]s innegable que a la entidad contratante le asisten unos deberes derivados del principio de planeación, sin perjuicio de lo cual, el contratista tiene, asimismo, unos deberes en la etapa de formación del contrato, que se justifican en el conocimiento especializado relacionado con el bien o servicio a contratar y en su experiencia sobre esos asuntos, dada su posición como oferente”. No se debe soslayar que, conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las entidades exceptuadas del EGCAP siguen estando llamadas a aplicar “los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política”, entre los cuales se encuentra el principio de economía, base que ha sido adoptada por la doctrina y la jurisprudencia para la estructuración del principio de planeación. Vid. sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 24809, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 24.897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Criterio reiterado por esta Sala de decisión en sentencia del 4 de junio de 2024. Exp. 69.775. C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 17 de junio de 2024. Exp. 58.641. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. A cuyo tenor: “De acuerdo con el principio de planeación, la Administración debe adelantar, con la debida antelación, las gestiones necesarias para conseguir que el objetivo de la contratación se cumpla sin dilaciones, escollos ni situaciones indefinidas o inciertas que hubieran podido prevenirse, con el estudio diligente de las necesidades del servicio, de las opciones para satisfacerlas, de las especificaciones de los bienes o de los trabajos que tiene por objeto, de la disponibilidad de recursos para su ejecución, y de los permisos, autorizaciones o licencias requeridos. Si bien, este principio tiene incidencias en la etapa de formación del contrato, se refleja con mayor importancia en su ejecución, pues es este el momento en el que las omisiones de la Administración generan graves consecuencias; razón por la cual su desconocimiento ha sido considerado como un supuesto de incumplimiento contractual, de acuerdo con el postulado de la buena fe”.

³⁶ Folios 90 a 135 del cuaderno número 1.

³⁷ Folios 136 a 147 del cuaderno número 1.

³⁸ Acápite 1.22 de las especificaciones técnicas: “Todo error u omisión en la estimación de los precios unitarios y en el cálculo del valor del contrato, indebida interpretación del alcance de los trabajos, productos o bienes a entregar, o la incorrecta determinación y/o cuantificación de los factores integrantes de los precios unitarios, será por cuenta y riesgo del Proponente”.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

añadió la vinculación de mano de obra no calificada de la región que se debería realizar³⁹.

67. Asimismo, se estableció que los planos suministrados por la entidad contratante servirían, únicamente, como una guía para los proponentes, pero que no comprometerían la exactitud dimensional del sitio de obra, el cual debía ser verificado por el ejecutor y, en caso de ser necesario, realizar las correcciones pertinentes para someterlas a las aprobaciones de la interventoría⁴⁰. También se fijaron los deberes del futuro contratista quien debía cumplir con las disposiciones establecidas en el Plan de Manejo Ambiental (PMA)⁴¹ y que debía asumir las gestiones de los trámites requeridos ante la Corporación Autónoma Regional de Nariño - Corponariño para poder realizar las intervenciones en campo⁴² y se reiteró que la mano de obra no calificada sería de la región donde se realizaron los trabajos⁴³. Aunado a ello, se previó que: *“El transporte, manejo y vigilancia de las maquinarias, equipos y herramientas estarán a cargo del contratista, quien deberá asumir todos los riesgos por pérdida, deterioro, etc., de los mismos”*⁴⁴.
68. A su vez, en las condiciones pactadas en el negocio jurídico (contrato 058 de 2013⁴⁵), la unión temporal se comprometió a vincular trabajadores provenientes de la zona de influencia de la obra⁴⁶ y a obtener los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones ambientales requeridos para la ejecución de actividades⁴⁷. Sobre la

³⁹ Id.: *“El Proponente deberá tener en cuenta que el CONTRATISTA es el único responsable por la vinculación de personal y la celebración de subcontratos, todo lo cual debe realizar en su propio nombre y por su cuenta y riesgo y utilizar mano de obra no calificada de la región, sin que LA FUNDACION DEL ALTO MAGDALENA adquiera responsabilidad alguna por dichos actos”*

⁴⁰ Especificaciones técnicas. “1.16. Planos de detalle. Se entiende que los planos suministrados por la Fundación del Alto Magdalena son una guía de la obra y por lo tanto, no la comprometen en cuanto a su exactitud dimensional. El contratista deberá verificar en el terreno todas las dimensiones antes de proceder a la construcción de las obras menores. En caso de haber diferencias entre las dimensiones en el terreno y las estipuladas en los planos, se deberá corregir de acuerdo al caso y con el visto bueno de la interventoría y/o solicitante. La inobservancia de las recomendaciones no será causa de posteriores reclamos por parte del contratista”.

⁴¹ Id. “1.19 Deberes del contratista. (...). Cumplir con las disposiciones establecidas en el P.M.A. Plan de Manejo Ambiental Integral y sus programas de manejo ambiental, PGA (gestión ambiental), PMC (manejo de actividades constructivas), PMR (manejo de residuos) y PGS (gestión social)”.

⁴² Id. “2.1.14 Medidas de compensación ambiental. Para la ejecución del proyecto, el contratista gestionará y asumirá los trámites necesarios ante la Corporación Autónoma Regional CAR CORPONARIÑO para realizar la intervención en campo donde se genere cualquier tipo de afectación ambiental y que requiera la intervención de cauces, corte de árboles y de taludes”. Se añadió que *“No será condicionante para la firma del acta de inicio del contrato la presentación de la Resolución [de aprobación de la medida de compensación ambiental]. Para la ejecución de actividades en sitio donde se requiera, estos no podrán iniciarse sin dicha resolución”*, pero que *“Inicialmente el contratista intervendrá únicamente los tramos donde no se generen afectaciones ambientales permitiendo así adelantar las actividades hasta la emisión de la Resolución Ambiental”*.

⁴³ Id. “1.20. Personal requerido para la ejecución de las obras (...) El contratista deberá tener como mínimo un frente de trabajo requerido de acuerdo con la programación de obra (...) La mano de obra no calificada será de la región donde se adelantan los trabajos”.

⁴⁴ Acápite 1.21 de las especificaciones técnicas.

⁴⁵ Folios 148 a 150 del cuaderno número 1.

⁴⁶ Contrato 058 de 2013. “Cláusula décima. Nombramiento del personal. El contratista se obliga a mantener al frente de la obra al ingeniero residente, ingenieros y demás personal de especialistas aprobados por la Fundación durante el desarrollo del contrato (...) el contratista se compromete a contratar la mano de obra no calificada con personal de la zona de influencia del objeto del contrato”.

⁴⁷ Id. “Cláusula décima segunda. Impacto ambiental. El contratista organizará los trabajos de tal forma que los procedimientos aplicados sean compatibles no solo con los requerimientos técnicos necesarios, sino con las disposiciones contenidas en la Ley 99 de 1993 y su Decreto reglamentario 1220 de 2005 (...). Los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones sobre recursos naturales de carácter regional, serán tramitados y obtenidos por cuenta y riesgo del contratista previamente a la iniciación de actividades”.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

el valor⁴⁸ y la forma de pago del negocio⁴⁹, la entidad contratante se comprometió a realizar el desembolso del 40% del valor estimado a modo de anticipo “una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento”, mientras que el saldo restante se pagaría a partir de la presentación de actas parciales de obra, en las cuales se debía amortizar el porcentaje relativo al monto desembolsado inicialmente.

69. Ahora bien, de cara al suministro de los materiales, las especificaciones técnicas previeron lo siguiente:

“Todos los materiales y suministros deberán ser de alta calidad, libres de defectos e imperfecciones, de fabricación reciente, nuevos, adecuados para el uso a las condiciones de operación a que estarán sometidos. Deben soportar las variaciones de temperatura, las condiciones atmosféricas y los esfuerzos originados por las condiciones de trabajo, sin que se presente distorsión o deterioro indebido en cualquier componente.

Todos los suministros deben ser producidos por fabricantes de reconocido prestigio. El CONTRATISTA debe entregar para aprobación los nombres de los fabricantes involucrados, junto con la información técnica relacionada con los productos que propone incorporar en el suministro.

(...)

La ejecución de los trabajos, al igual que el suministro de materiales se hará de conformidad con las especificaciones, indicaciones, recomendaciones, planos y otros documentos indicados por la INTERVENTORIA y/o la persona que asigne LA FUNDACION DEL ALTO MAGDALENA para supervisar los trabajos”⁵⁰.

70. De ese modo, la Sala constata que la parte demandante, desde los términos establecidos en la invitación pública para ejecutar el negocio, conoció las condiciones sobre la gestión de las licencias ambientales, la fuente de los materiales y la vinculación de mano de obra no calificada de la zona de influencia para el desarrollo de las actividades. Este aspecto se materializó posteriormente en las cláusulas contractuales, de modo que la Unión Temporal Vías de Putumayo asumió la obligación de adelantar todas las actividades encaminadas conseguir los permisos requeridos según el PMA y contratar el personal de la región, según el presupuesto inicial y el plazo fijado en el negocio.

71. Durante la ejecución de actividades, se encuentra que se suscribió una primera adición de tiempo mediante acta del 26 de junio de 2014⁵¹, con el fin de aumentar el plazo en 42 días calendario, esto es, hasta el 23 de agosto de ese año. Posteriormente, las partes suscribieron el “acta de precios no previstos” del 21 de agosto de 2014, en la que se incorporaron nuevos ítems por las necesidades del

⁴⁸ Id. “Cláusula segunda. Valor del contrato. El precio de este contrato será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas, por los precios unitarios estipulados en la propuesta del contratista, en el documento lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta. Las cantidades de obra son aproximadas y por lo tanto se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra y tales variaciones no viciarán, ni invalidarán el contrato; bajo esta condición se estima el precio del presente contrato en la suma de dos mil cincuenta y cuatro millones trescientos cuarenta y siete mil ciento veinte pesos MCTE (\$2.054’347.120) incluido (IVA) moneda corriente”.

⁴⁹ Id. “Cláusula séptima. Una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento del contrato, la Fundación concederá un anticipo del cuarenta por ciento (40%) del valor básico del contrato, previa solicitud del contratista y aceptación de las condiciones de la Fundación para su entrega y solo podrán ser utilizados para los gastos propios del respectivo contrato, una vez legalizado el contrato, aprobadas las garantías, presentación de cuenta de cobro y acta de inicio. Parágrafo primero. La Fundación pagará al contratista el valor de este contrato, mediante la presentación de actas parciales de obra ejecutada, refrendada por el contratista y el interventor en la obra (...) Parágrafo segundo. Amortización del anticipo, El valor del anticipo se deberá ir amortizando con el pago de cada una de las actas presentadas, en la misma proporción o porcentaje de este frente al valor total del contrato”.

⁵⁰ Acápite 1.11, folio 97.

⁵¹ Folio 193 del cuaderno número 1.



proyecto relacionadas con las obras civiles y con el ajuste, complementación y rediseño de los estudios técnicos iniciales⁵², tal como se describe a continuación:

A. Componente obras civiles – Descripción de las obras civiles	Unidad de pago	Valor aprobado
Suministro e instalación de material granular de relleno (insumo relleno adquirido a la empresa Cootranscofanía)	M3	\$44.108
Suministro e instalación de material granular de Subbase (insumo relleno adquirido a la empresa Cootranscofanía)	M3	\$96.289
Suministro e instalación de material granular de base (insumo relleno adquirido a la empresa Cootranscofanía)	M3	\$151.629
Manifestación de vías con emulsión asfáltica, según diseño estructural de pavimento flexible	KM	\$147.666.546
Suministro e instalación de material granular de relleno para la construcción de alcantarillas (insumo relleno adquirido a la empresa Cootranscofanía)	M3	\$44.108
B. Componente de consultoría y diseños – Descripción	Unidad de pago	Valor aprobado
Actualización, verificación y comprobación de estudios y diseños estructurales de pavimento flexible	Global	\$15.187.590
Actualización, verificación y comprobación de estudios y diseños geométricos de vías	Global	\$13.920.000

72. Más adelante, se amplió la ejecución del contrato hasta el 23 de octubre de 2014⁵³, por solicitud del contratista, con el objetivo de cumplir con las actividades de obra programadas.
73. Posteriormente, se levantó el acta de modificación número 2 del 17 de octubre de 2014⁵⁴. En esa oportunidad, debido a la necesidad de modificar las cantidades de obra inicialmente contratadas (con anuencia de la interventoría), las partes acordaron adicionar las cantidades totales para la ejecución de la obra, como se sintetiza de la siguiente manera:

PRESUPUESTO GENERAL DE OBRAS – AJUSTADO AL PRESUPUESTO OFICIAL		
Ítem No.	Descripción de la obra	Valor
1	Preliminares	\$238'700.576
2	Base y mantenimiento con emulsión	\$534'400.000
3	Construcción de 20 alcantarillas y disipadores	\$227'970.832
4	Ítems no previstos o no contemplados	\$1.691.706.471
5	Componente consultoría y diseños	\$25'092.750

⁵² Folios 194 a 195 del cuaderno número 1.

⁵³ Según lo consignado en acta del 17 de octubre de 2014 (fl. 201) y en el resumen contractual del informe final de interventoría (fl. 837).

⁵⁴ Folios 218 a 219 del cuaderno no. 1.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

74. Con fundamento en los anteriores valores, en el acta referida se determinó aumentar el valor del negocio en \$663'523.509,72 para un total de \$2.717'870.626,72.
75. Ese mismo día, la Fundación, la contratista y el interventor suscribieron el *acta parcial 2*⁵⁵ en la que se reconoció un valor de la Unión Temporal Vías Putumayo por un monto de \$145'095.330,20, de los cuales fueron amortizados al monto de anticipo \$58'038.132⁵⁶.
76. Por acta separada del 17 de octubre de 2014, las partes acordaron prolongar el plazo de ejecución por 45 días calendario adicionales. Sin embargo, mediante acta de la misma fecha, el negocio jurídico se suspendió desde ese día hasta el 1 de diciembre de 2014⁵⁷, fecha en la que se reanudó. El término volvió a suspenderse a partir del 11 de diciembre de 2014 por falta de suministro de los elementos requeridos para la culminación de la obra⁵⁸ y se reanudó el 9 de febrero de 2015⁵⁹. Por último, en virtud de un acuerdo suscrito el 11 de marzo de 2015, el plazo de ejecución se prolongó hasta el 12 de abril siguiente (fecha en la que finalizó el plazo del negocio)⁶⁰.
77. De ese modo, ante la continuidad del negocio y la ejecución de actividades contratadas, el 16 de marzo de 2015 se suscribió el *acta parcial 3* en la que se reconoció al contratista un valor ejecutado de \$175'355.995,41⁶¹ monto del cual se amortizó por el anticipo \$70'142.398⁶² y, posteriormente, el 10 de abril de 2015 las partes firmaron el *acta parcial 4* en la que se reconoció la ejecución de actividades por \$83'190.000⁶³ y se amortizó del anticipo el monto de \$33'276.000.
78. El 12 de abril de 2015 (fecha en que finalizó el plazo contractual), la entidad contratante y el interventor del negocio firmaron el *acta parcial 5* en la que reconocieron el desarrollo de labores por \$245'618.578,84⁶⁴, suma de dinero a la cual se amortizó de anticipo un monto de \$240'545.476.
79. Una vez finalizado el plazo de ejecución del negocio, la interventoría rindió el informe final sobre el contrato, en el que realizó un resumen de la descripción del objeto contractual y la ejecución de actividades. Frente a ello, indicó que los recursos de inversión correspondientes a \$2.717'870.629,72 "*no se ejecutaron en su totalidad debido al incumplimiento del contratista*", por lo que solo alcanzó una inversión de \$1.977'476.548,69, lo cual referenció en la tabla denominada "*5.4.2 Relación de metas físicas proyectadas y ejecutadas*"⁶⁵:

⁵⁵ En el expediente no se encuentra el acta parcial de obra número 1. Sin embargo, el valor reconocido y las actividades ejecutadas se relacionaron en los documentos que fueron suscritos posteriormente durante la vigencia contractual.

⁵⁶ Folios 208 a 209 del cuaderno número 2.

⁵⁷ Folios 201 a 202 del cuaderno número 2.

⁵⁸ Folio 227 del cuaderno número 2. En algunos documentos de recuento de fechas se señala que ello ocurrió el 19 de diciembre de 2014.

⁵⁹ Folio 226 del cuaderno número 2.

⁶⁰ Folio 225 del cuaderno número 2.

⁶¹ Para su cálculo se tuvieron en cuenta los valores actualizados según el acta de modificación No. 2 del 17 de octubre de 2014 y el otrosí modificatorio del 11 de marzo de 2015.

⁶² Folios 210 a 211 del cuaderno número 2.

⁶³ Folio 213 del cuaderno número 2.

⁶⁴ Folios 214 y 215 del cuaderno número 2.

⁶⁵ Folios 845 vto. a 846.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

Condiciones generales del proyecto	
Proyecto	Mantenimiento de 5 km de la vía Rio Churuyaco – el empalme en el tramo K4+500 al K9+500 corregimiento Cofanía Jardines de Sucumbíos, municipio de Ipiales, departamento de Nariño.
Longitud estimada	5 Kilómetros
Inversión estimada (IES)	\$2.717'870.629,72
Condiciones particulares del contrato	
Contrato de obra No.	0058-2013
Objeto	Mantenimiento de 5 km de la vía Rio Churuyaco – el empalme en el tramo K4+500 al K9+500 corregimiento Cofanía Jardines de Sucumbíos, municipio de Ipiales, departamento de Nariño
Longitud real de intervención (LRI)	4.754 metros lineales sin espesor final estimado
Inversión ejecutada (IEJ)	\$1.977'476.548.69
Costo unitario de intervención	\$415.960,57 / ml
Indicadores de evaluación	
Intervención (IEJ/IES)	72,76%
Porcentaje de inversión (IEJ/IES)	72,76%
Longitud pendiente de intervención (LEI)	246 metros lineales (sin ningún tipo de intervención). 2.200 metros lineales requieren complementar la segunda capa de BEE-2. 4.754 metros lineales requieren la intervención con tratamiento superficial

80. En el documento referido, el interventor del negocio consideró lo siguiente:

“La dirección de interventoría, una vez revisado el alcance de las obras proyectadas y el avance en la ejecución de las mismas, manifiesta a la Fundación del Alto Magdalena – FAM que el porcentaje de ejecución con corte al día 15 de abril de 2015 asciende al 72,76% vs el 100,00% programado, cifra que representa una inversión total del orden de \$1.977'476.548,69 (...).

El saldo pendiente por ejecutar de los recursos asignados al contrato asciende a un valor de setecientos cuarenta millones trescientos noventa y cuatro mil ochenta y un pesos con tres centavos (\$740'394.081,03) y corresponden a las siguientes actividades de obra proyectadas (teóricas): mantenimiento de vías con emulsión asfáltica mediante adición de base estabilizada tipo BEE-2 (1.335,49 m3), transporte de emulsión asfáltica (100.533 galones), tratamiento superficial simple (30.000 m2), la construcción de cunetas revestidas en concreto simple (183,37 m3), la instalación de señales verticales (50 unidades) y la construcción total de dos (2) alcantarillas en tubería de concreto. (...).

No se incluyeron en el acta de obra no. 05 las cantidades correspondientes al transporte de emulsión del carro tanque de placas SXS-293 (...) con un volumen de 9.316 galones, por cuanto su descargue se desarrolló sobre un material de base granular que aún se encuentra acordonado sobre la vía principal, sin que se lleve a cabo las labores de conformación y compactación. (...).

Las obras de base estabilizada con emulsión asfáltica no cumplen aún con las condiciones de diseños estructural de pavimento flexible que en cuanto a espesor, lisura, pendientes, bombeo y acabado se exigen (...), de igual manera no se cumple con los requerimientos del diseño geométrico de vías (...).

Tal y como se ha informado, el proyecto se ejecutó escasamente en un 72,76%, dejando actividades de gran importancia sin construir, algunas de ellas de forma parcial y otras de forma toyal (sic), como el caso de la instalación parcial de base estabilizada con emulsión asfáltica, cuya disposición se proyectó por el contratista para construirse en dos capas, sin embargo, quedó pendiente la aplicación de la segunda capa en el sector comprendido entre el PR 4+500 y el PR 6+700 (...) existiendo el riesgo inminente que se produzcan fallas por fatiga de los materiales (...)⁶⁶.

⁶⁶ Folios 849 vto. y 850 vto.



81. El 25 de junio de 2015, la Fundación del Alto Magdalena, con concurrencia del interventor de la obra, emitió el documento nombrado como “acta de liquidación unilateral” del contrato No. 058 de 2013⁶⁷. En el balance final de cuentas describió que el valor acordado en el negocio ascendió a \$2.717’870.629⁶⁸, y que el monto ejecutado por el contratista y efectivamente reconocido correspondió a \$1.977’476.548⁶⁹, según las actas parciales de obra. Además, indicó que hizo falta por amortizar un saldo correspondiente a \$296’157.632,41. El resumen de lo acontecido lo detalló de la siguiente manera⁷⁰:

Descripción	Valor
Valor contrato inicial	\$2.054’347.120,00
Valor adicional No. 1	\$663.523.509,72
Valor total contratado.	\$2.717’870.629,72
Valor ejecutado acumulado	\$1.977’476.548,69
Saldo pendiente por ejecutar a favor de FAM	\$740’349.081,03
Porcentaje de ejecución	72,76%

82. De los documentos citados en precedencia, se advierte que las partes, junto con el acompañamiento de la interventoría, buscaron superar las dificultades acaecidas durante la ejecución del negocio, mediante decisiones como la ampliación del plazo, el aumento de la cantidad de obra contratada y la adición de recursos al negocio.

83. Lo anterior se constata con acuerdos como el acta de modificación No. 1 en la que los cocontratantes, ante la necesidad de complementar de los estudios técnicos iniciales, acordaron la inclusión de ítems no previstos en el negocio, referidos a los siguientes componentes: (i) obras civiles y (ii) consultoría y diseño⁷¹.

84. Asimismo, se encuentra que en el acta de modificación No. 2 hubo consenso para ajustar las cantidades totales para la ejecución de la obra, especialmente en relación con: (i) aspectos preliminares, (ii) base y mantenimiento con emulsión asfáltica, (iii) ítems no contemplados⁷² y (iv) consultoría y diseños. Como consecuencia de lo pactado, se aumentó el valor del negocio en \$663’523.509,72, para un total de \$2.717’870.626,72.

85. Sobre dichos acuerdos suscritos durante la ejecución del contrato (en los que se incluyeron los ítems y se reconocieron mayores valores en favor del contratista), la Sala constata que la Unión Temporal Vías Putumayo manifestó estar de acuerdo con las cantidades de obra y los montos fijados en los otrosíes modificatorios,

⁶⁷ Folios 205 a 207 del cuaderno número 2.
⁶⁸ *Id.* Comprendidos en: (i) valor del contrato inicial \$2.054’347.120 más (ii) Adición No. 1 por \$663’523.509.
⁶⁹ *Id.* Correspondientes a lo establecido en las actas parciales de obra, así: (i) \$1.328.216.644,54, (ii) \$145.095.330,20, (iii) \$175.355.995,41; (iv) \$83.190.000,00; (v) \$245.618.578,84.
⁷⁰ Se precisa que en el cuadro de resumen no se incluyó el monto no amortizado por concepto de anticipo; dicha manifestación se realizó en el subtítulo denominado “Relación recursos de anticipo y amortización con cargo a actas parciales” del acta de liquidación.
⁷¹ El detalle de cada uno de los ítems agregados y el valor acordado para cada uno de ellos se encuentra en el acta de modificación número 1 visible en los folios 196 a 197 del cuaderno número 1.
⁷² Los ítems no previstos reconocidos fueron: (i) suministro e instalación de material granular de relleno para nivelación de subrasante; (ii) suministro e instalación de material granular de subbase; (iii) mantenimiento de vías con emulsión asfáltica; (iv) suministro e instalación de material granular de relleno para construcción de alcantarillas.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

mediante la firma de su representante Richard Javier Mosquera⁷³, sin manifestar ningún reparo al respecto.

86. Con ocasión de este último punto, se pone de presente que la Sala Plena de la Sección Tercera⁷⁴, en sentencia del 27 de julio de 2023, unificó su criterio con el fin de precisar que la ausencia de salvedades en los acuerdos modificatorios suscritos durante la relación negocial no impide analizar de fondo las reclamaciones de la parte demandante⁷⁵. A su vez, se indicó que la labor del juez será estudiar las pretensiones de la demanda, en cada caso, según la verdadera intención de las partes al suscribir los acuerdos y el alcance de los pactado en cada uno de ellos. Textualmente, en dicha providencia se indicó lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*"Cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución de un contrato, el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos. El deber del juez será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, las normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato. Conforme a dichas reglas, establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado"*⁷⁶.

87. A la luz de estas pautas, se destaca que la Unión Temporal Vías Putumayo consintió las modificaciones del negocio y asumió los compromisos adicionales, entre los que se acordó la consultoría para el ajuste de los diseños, sin ninguna oposición respecto a los valores pactados como contraprestación por cada uno de los ítems unitarios no previstos inicialmente.

⁷³ Documentos previstos en folios 194 a 195 y 196 a 197, respectivamente del cuaderno número 1.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 27 de julio de 2023, exp. 39.121, C.P. Guillermo Sánchez Luque.

⁷⁵ La Subsección considera que la providencia referida puede ser objeto de análisis en este asunto, a pesar de que se trate de un contrato sometido a un régimen de derecho privado, por las siguientes razones: (i) el alcance del criterio unificado no se limitó a un análisis de los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), aunque en el caso resuelto en esa ocasión se examinó un acuerdo sometido a la Ley 80 de 1993. En efecto, se justificó la necesidad de unificación en relación con *"los efectos que produce la ausencia de salvedades, cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes"*, sin otra consideración adicional; (ii) aunque en ese asunto se refiere a la interpretación del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, dicho precepto no fue el único analizado para adoptar el criterio de unificación. En realidad, se basó principalmente en el entendimiento del principio de buena fe, que es transversal a todos los negocios jurídicos, independientemente de su régimen jurídico. Además, se remitió a múltiples disposiciones normativas de la legislación privada, como los artículos 73, 633, 1602 y 1603 del Código Civil y el artículo 871 del Código de Comercio, entre otros; y (iii) el fundamento de la regla de unificación no fijó un límite a los contratos sometidos al EGCAP. En efecto, se estableció que: *"Cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución de un contrato, el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos. El deber del juez será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, las normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato. Conforme a dichas reglas, establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según resulte probado"*.

⁷⁶ Ibidem.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

88. Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 1622 del Código Civil⁷⁷, lo pactado en el negocio jurídico debe interpretarse en su conjunto y del modo que mejor convenga a la ejecución de la totalidad de las prestaciones. En ese contexto normativo, se encuentra que los pactos modificatorios versaron sobre los ítems no contemplados en los diseños iniciales (los cuales fueron debidamente incorporados) y además se adicionaron recursos para tal fin, junto con la ampliación del plazo para superar inconvenientes como los trámites de permisos ambientales y la escasez de suministro de material pétreo.
89. En ese sentido, es claro que la intención de las partes al perfeccionar las variaciones del negocio consistió en adicionar aquellos ítems que eran requeridos, así como ajustarse a la realidad contractual en relación con los inconvenientes de suministro de material pétreo en la zona, sin que el contratista hubiese manifestado que lo acordado en dichos eventos fuera insuficiente para completar la obra contratada. Por el contrario, dio su consentimiento al respecto de manera libre y, en los términos del artículo 1602 del Código Civil⁷⁸, se obligó con su contraparte en los términos allí fijados.
90. Aunado a lo anterior, a partir de los pactos modificatorios se deriva que la parte demandada actuó de conformidad con la buena fe contractual⁷⁹ exigida durante la ejecución de los negocios, debido a que su conducta se ajustó a la realidad negocial y, junto con la unión temporal, lograron acordar la inclusión de nuevos ítems no previstos con la finalidad de no paralizar las labores sobre la vía.
91. Así las cosas, las pretensiones que formuló la Unión Temporal Vías de Putumayo deben ser desestimadas, no por las razones que adujo el Tribunal *a quo* (ausencia de salvedades de manera oportuna, propia del instituto del desequilibrio económico, inaplicable al caso), sino porque los compromisos asumidos por los cocontratantes, en relación con el valor del negocio y los nuevos ítems de obra requeridos, son vinculantes y obligan a las partes en los términos convenidos.
92. Si bien la demandante alegó que, en oficio del 1 de junio de 2014⁸⁰, solicitó a la entidad contratante el reajuste de los precios unitarios del contrato⁸¹, el documento aportado como prueba no tiene constancia de radicado o de recibido por ninguno de los destinatarios, ni tampoco obra otro medio probatorio del cual pueda deducirse

⁷⁷ Artículo 1622. “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

⁷⁸ Código Civil. Artículo 1602. “Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección C. Sentencia del 22 de junio de 2011. Exp. 18836. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. A cuyo tenor: “el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia”. Criterio reiterado por esta Subsección en sentencia del 30 de agosto de 2024, exp. 70786. C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.

⁸⁰ Folios 182 a 192 del cuaderno número 1.

⁸¹ Sobre el particular indicó el reajuste de los siguientes ítems: (i) mano de obra no calificada “debido a los compromisos realizados por Ecopetrol y la Fundación”. (ii) Compactación. “Sub-rasante CBR-95 urbana en la parte de equipo e incluir vibro compactador. (iii) mantenimiento de vías con emulsión asfáltica por la expansión del material a utilizar, los costos de los equipos según el precio del mercado y la transformación a base granular; (iv) el tratamiento superficial.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

con exactitud si dicha solicitud se remitió a los destinatarios. Además, la demandada en su escrito de contestación señaló no reconocer el documento, e indicó que la Fundación nunca se enteró de su contenido⁸².

93. A su vez, se destaca que la Unión Temporal Vías Putumayo no allegó pruebas tendientes a corroborar sus afirmaciones en relación con los sobre costos derivados de la mayor cantidad de obra y la prolongación del plazo contractual, cuya causa imputó al supuesto incumplimiento de la entidad contratante. En este sentido, la Subsección destaca que, a la luz del principio de carga de la prueba, consagrado en el artículo 167 del CGP: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Pese a ello, la parte actora no logró acreditar el incumplimiento de la entidad demandada, supuesto imprescindible para analizar la indemnización pecuniaria reclamada como consecuencia de la responsabilidad contractual de su cocontratante.
94. En particular, no se observa prueba alguna que acredite la existencia del acuerdo verbal supuestamente celebrado entre la Fundación y la comunidad del lugar tantas veces referido por la demandante, que habría girado -según se adujo- en torno al compromiso de comprar a dicha colectividad los materiales que serían utilizados para la obra. La demandada manifestó en su contestación desconocer dicha circunstancia, y no se aportó ningún medio documental que diese cuenta de ella, como tampoco de la reunión que la accionante dijo haber celebrado con la comunidad como consecuencia de la aparente oposición que se ejerció para impedir el desarrollo del contrato. En esa medida, con el acervo probatorio no se demostró un incumplimiento de la contratante sobre este tópico.
95. Aun cuando en el recurso se trajo a colación el oficio del 7 de abril de 2014 remitido por la contratista, en el que señaló que *“existe un compromiso entre la Fundación del Alto Magdalena de comprar el material triturado y mixto que se utilice para los trabajos de la obra a la Asociación El Progreso de Sucumbíos quien es dueña del material de río que existe en la zona ya extraído de la Cantera UkumriKanki (...)”*⁸³, el interventor respondió que, conforme a los términos de referencia, el proceso de extracción, transporte y suministro de los materiales es responsabilidad exclusiva de la contratista, y que, aun cuando *“aparentemente existe algún tipo de compromiso entre las entidades ejecutoras del proyecto y la comunidad beneficiaria en el sentido que los materiales y agregados pétreos requeridos para la ejecución de las obras sean suministrados por la comunidad y adquiridos por la firma contratista (...) no ha sido posible constatar y verificar dicha información”*⁸⁴ (se subraya), circunstancia que contribuye a la falta de certeza sobre lo alegado.
96. En punto del suministro de material, el informe final de interventoría solo señaló, en el recuento del transcurso contractual, que *“fue necesario generar un reajuste de precios y modificación por cambio de ítems y cantidades, en atención a los ajustes de diseños técnicos a que las condiciones socio económicas de la región, que implicaron el suministro de material por parte de la COOPERATIVA*

⁸² Sobre el hecho 2.29, la Fundación del Alto Magdalena contestó. *“No me consta, pues en el material probatorio allegado y el aludido documento carece de firma y no hay soporte de envío o recibido, razón por la cual la Fundación del Alto Magdalena no tuvo conocimiento del oficio en mención”*.

⁸³ Folios 283 y 284.

⁸⁴ Folios 285 a 287.



COOTRANSCOFANIA”, y que *“El día 09 de abril de 2014 se envía al contratista oficio (...) referente a la solicitud de emisión de lineamientos a una posible negociación de materiales con La Asociación progreso de Sucumbíos”*, anotaciones de las que, nuevamente, no se deduce ningún tipo de imposición o de acuerdo previo que se hubiese celebrado con esas asociaciones.

97. Mucho menos se dio cuenta de la forma en la que la comunidad habría ejercido dicha oposición al ingreso del material, pues en la apelación solo se indicó que hubo *“amenazas al ingreso del material pétreo a la zona por parte del contratista”* y que *“la comunidad no permitía ejecutar la obra”*, sin mencionar si ello implicó la utilización de vías de hecho que hubiesen imposibilitado el desarrollo del objeto contractual. Aun cuando esa hipótesis pudiese ser tomada como un hecho de fuerza mayor o como el hecho de un tercero, se insiste, de ello no se aportó medio probatorio alguno al expediente, y el informe de interventoría nada indicó respecto de ello.
98. En todo caso, se precisa que la petición a la que se refiere el contratista (según su propio dicho) fue anterior a las modificaciones del negocio acordadas en actas no. 1 del 21 de agosto de 2014 y no. 2 del 17 de octubre de 2014. Por este motivo, sí existieron acuerdos posteriores en los que se ajustaron los ítems de precios unitarios contratados, y aun si el demandante tenía inquietudes respecto al alcance de su contenido obligacional y la contraprestación pactada, tuvo la oportunidad de expresar su inconformismo en las actas de modificación, pese a lo cual dio su consentimiento ante los nuevos acuerdos, sin manifestar ningún reparo adicional.
99. En ese sentido, la Sala no comparte las reclamaciones esbozadas por la Unión Temporal Vías Putumayo en su apelación sobre el no reconocimiento de los costos adicionales derivados de supuestas falencias en la etapa de planeación (estudios previos y diseños) y las demoras en la obtención de las licencias, debido a que las mismas se fundan aspectos que fueron conocidos por el contratista desde la invitación pública y, además, se previeron en la propuesta presentada y se materializaron como acuerdos contractuales. En cuanto a los costos por los compromisos asumidos por la entidad contratante con la comunidad de la zona de influencia, no se demostró que dichos arreglos hubiesen existido, ni que acaecieran alteraciones de orden público, o de otro tipo, que imposibilitasen el ingreso de material o el desarrollo de la obra.
100. En conclusión, con las pruebas aportadas al proceso no se demostró el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Fundación del Alto Magdalena, entidad que actuó de conformidad con lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil, al avalar el pago de las contraprestaciones pactadas en cada acta parcial de recibo, según los avances de la obra y las validaciones de la interventoría del contrato. Tampoco se acreditó que se hubiese dejado de informar sobre algún acuerdo previo con la comunidad en torno a los insumos, ni que dicha población hubiese impedido la ejecución del contrato en los términos pactados.
101. Aunque el valor desembolsado al contratista fue inferior al precio pactado en el negocio jurídico (contrato 058 de 2013 y sus acuerdos modificatorios), ello tuvo sustento en que las actividades de obra contratadas no fueron ejecutadas en su



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

totalidad. Por ende, no es exigible que la entidad contratante hubiera realizado el pago del 100% del valor pactado (\$2.717'870.626) cuando la ejecución real por parte de la Unión Temporal Vías Putumayo únicamente logró el 72.76% de avance correspondiente a \$1.977'476.548,69 según el informe de interventoría.

102. De ese modo, aunque la apelante reiteró que sus reclamaciones pecuniarias se fundaron en la responsabilidad contractual de la Fundación del Alto Magdalena por negarse a cumplir sus obligaciones contractuales, no acreditó el incumplimiento reprochado a la entidad contratante por las supuestas falencias en la etapa de planeación (estudios previos y diseños), los supuestos compromisos asumidos con la comunidad de la zona de influencia de la obra y demoras en la obtención de las permisos ambientales.
103. Asimismo, en relación con la prolongación del plazo contractual, se determinó que esta se debió a la necesidad de ejecutar ítems no previstos, fueron contemplados en los otrosíes modificatorios 1 y 2, por los cuales se pactó una contraprestación económica en favor del contratista. Además, se identificaron circunstancias externas a la Fundación del Alto Magdalena, como los inconvenientes en la aprobación de licencias ambientales y el suministro de material pétreo, actividades que estaban asignadas al demandante. En esta medida, la Subsección concluye que no se demostraron las razones suficientes para considerar que la ampliación del negocio obedeció a causas imputables a la entidad contratante, lo que descarta la posibilidad de predicar la ocurrencia de una situación de incumplimiento.
104. Lo anterior releva a la Sala de estudiar los perjuicios reclamados por la parte actora, comoquiera que no se probó la conducta antijurídica reprochada a su contradictora.
105. Así las cosas, el segundo problema jurídico debe ser respondido de forma negativa, al concluir que, aunque el Tribunal desacertó al examinar el caso bajo la óptica del desequilibrio económico del contrato (figura propia de los negocios regidos por el EGCAP, a diferencia del presente asunto), dicha circunstancia no impactó en el sentido de la decisión -por la cual se denegaron las pretensiones-, en tanto no se acreditó el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Fundación del Alto Magdalena. En efecto, esta circunstancia es suficiente para concluir que no hay lugar a acoger los cargos de la apelación de la Unión Temporal, lo que impone confirmar la providencia de primer grado.

Conclusiones

106. En las condiciones previamente analizadas, la Subsección, en efecto, resolverá desfavorablemente el recurso presentado por la Unión Temporal Vías Putumayo y confirmará la sentencia de primera instancia, recapitulando que:
107. El contrato examinado en esta ocasión se encuentra exceptuado de la aplicación del EGCAP, al haber sido celebrado por una persona jurídica sin ánimo de lucro conformada por la asociación de entidades públicas, motivo por el cual se rige por las normas de derecho civil y comercial. En ese sentido, al presente asunto no le es aplicable el instituto del desequilibrio económico del contrato bajo las previsiones de la Ley 80 de 1993.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

108. La demandante reprochó a la Fundación del Alto Magdalena la falencia de sus deberes precontractuales (estudios previos y diseños), además de la falta de pago de los ítems no previstos en el negocio que conllevaron a aparentes gastos adicionales asumidos por el contratista. Por ende, el presente asunto se abordó desde la óptica de la responsabilidad contractual por incumplimiento, en consonancia con la *causa petendi* y el cargo de la apelación en el que se reprochó el análisis de desequilibrio económico y financiero del contrato realizado por el Tribunal de primera instancia.
109. El contratista se comprometió a revisar y corregir los documentos entregados por la Fundación, contratar mano de obra no calificada proveniente de la zona de influencia de la obra, obtener los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones ambientales, por lo que no es posible que pretenda reprochar un incumplimiento de su cocontratante por dichos asuntos que fueron previstos por las partes.
110. En el plenario no se demostró que hubiese existido un acuerdo verbal previo entre la contratante y la comunidad del lugar de ejecución del contrato, en virtud del cual los insumos de la obra debiesen ser comprados a dicha colectividad, ni se probó que ésta hubiese ejercido una oposición al desarrollo del objeto pactado y que hubiese impedido llevarlo a cabo en los términos pactados por las partes.
111. Según los documentos contractuales aportados al proceso, se constató que la Fundación del Alto Magdalena ejecutó el negocio según los postulados de buena fe, por lo que estuvo dispuesta a renegociar los términos contractuales e incluir los ítems no previstos en el texto contractual, con el fin de lograr la correcta ejecución de su objeto. Asimismo, realizó el pago del porcentaje de obra realmente ejecutado y avalado por la interventoría del negocio.
112. En el presente asunto, en atención al criterio unificado por la Sala Plena de la Sección Tercera en sentencia del 27 de julio de 2023, se analizó el contenido de los acuerdos modificatorios No. 1 y 2 en los que se contemplaron nuevos ítems para la obra, por lo que correlativamente se adicionó el valor y se amplió el plazo del contrato, lo cual también previó superar dificultades temporales relacionadas con la obtención de permisos ambientales y la falta de suministro de material pétreo en la zona.
113. Así las cosas, la accionante no cumplió con la carga de la prueba asignada en cabeza suya, debido a que no aportó elementos probatorios que permitieran acreditar los hechos alegados, supuestamente configurativos de un incumplimiento de la entidad demandada, por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones elevadas.

La condena en costas y la fijación de agencias en derecho

114. De conformidad con el artículo 188 del CPACA y según lo establecido en el numeral primero del artículo 365 del CGP, para el caso particular procede la condena en costas, en esta instancia, a la demandante⁸⁵, porque el recurso de apelación será

⁸⁵ En asuntos como el presente, el magistrado ponente estima que, para condenar en costas a la demandante (no así a la demandada vencida), podría acudir a un criterio subjetivo, en aplicación del mandato incorporado -con la Ley 2080 de 2021- en el artículo 188 del CPACA, conforme al cual en todos los casos (salvo en litigios



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

resuelto desfavorablemente. A su vez, la liquidación de las costas la hará de manera concentrada el Tribunal *a quo*, en los términos del artículo 366 *eiusdem*.

115. Dentro de los conceptos comprendidos por las costas procesales se acreditan las agencias en derecho (artículo 361 del CGP). En la medida en que se encuentra acreditada la gestión de la parte demandada, en segunda instancia, a través de la designación de apoderado judicial que debió vigilar el proceso en sede de apelación, la Sala estima suficiente para que se disponga dicho concepto en favor de la Fundación del Alto Magdalena.
116. El Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda, establece que para la fijación de agencias en derecho debe tenerse en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración útil de la gestión realizada por el apoderado, así como la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes. También señala que, en los “*procesos declarativos en general*”, en segunda instancia deben establecerse entre 1 y 6 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
117. En ese sentido, es procedente fijar este rubro a cargo del extremo derrotado en su recurso de apelación, es decir, a los integrantes de la Unión Temporal Vías Putumayo (Richard Javier Mosquera Benavides y Orlando Edmundo Revelo Villota), de manera solidaria. Dicha suma se tasa en el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la ejecutoria de la presente providencia, en favor de la Fundación del Alto Magdalena.
118. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de septiembre de 2024, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de la segunda instancia a la apelante, las cuales serán liquidadas por el Tribunal *a quo*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso. Como agencias en derecho, se fija la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, en favor de la Fundación del Alto Magdalena y a cargo de Richard Javier Mosquera Benavides y Orlando Edmundo Revelo Villota, de manera solidaria.

TERCERO: DEVOLVER, por Secretaría, el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta sentencia.

relacionados con grave violación de derechos humanos, donde no procede, o en las actuaciones gobernadas con reglas especiales, como en recursos extraordinarios) corresponde comprobarse si la demanda careció manifiestamente de fundamento legal. Sin embargo, también reconoce que no es una interpretación pacífica, por lo que -hasta tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no unifique la subregla- acogerá la actual posición mayoritaria de la Sección Tercera, que se inclina por mantener la aplicación del elemento objetivo.



Radicación: 52001-23-33-000-2017-00451-03 (72.160)
Demandante: Richard Javier Mosquera Benavides y otros
Demandada: Fundación del Alto Magdalena
Referencia: Controversias contractuales

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Con aclaración de voto

Nota: Esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF