

EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Definición –Ley 80 de 1993 artículo 27 - Equivalencia entre derechos y obligaciones – Constitución del rompimiento del equilibrio económico - Circunstancias

"[...] El equilibrio o la equivalencia entre derechos y obligaciones de los contratos es un instituto que propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y de celebrar el contrato.

[...] como lo ha sostenido de tiempo atrás esta Sección, no toda variación de la ecuación financiera constituye un rompimiento del equilibrio económico o financiero del contrato, comoquiera que existen riesgos propios que se derivan de la actividad contractual, los cuales deben ser asumidos por las partes. En este sentido, se ha entendido que la equivalencia prestacional puede verse afectada: (i) por factores externos a las partes que se enmarquen en la denominada "*teoría de la imprevisión*"; (ii) por actos de la entidad contratante que modifiquen las condiciones "*ius variandi*"; y (iii) por actos de la administración como Estado "*hecho del príncipe*."

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN – Estructuración – Requerimientos – Requisitos - Condiciones

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

Al respecto, la doctrina especializada precisa que "*para que se configure el desequilibrio económico de un contrato público*", específicamente en el evento de la teoría de la imprevisión, deben concurrir las siguientes condiciones:

- "a) que el hecho o acontecimiento que produce la alteración de las condiciones contractuales sea extraño a las partes, esto es, que no pueda serles imputado;*
- b) Que el hecho o acontecimientos que altere las condiciones contractuales sea posterior a la presentación de la propuesta o a la celebración del contrato;*
- c) Que el hecho o acontecimientos que altere las condiciones contractuales constituya un alea extraordinario, es decir, que por su carácter excepcional no pudiese haber sido razonablemente previsto por el afectado, y*
- d) Que la economía del contrato debe afectarse de forma grave y anormal como consecuencia de la alteración en las condiciones contractuales, y el cocontratante perjudicado debe probar tal situación.*

ACTO ADMINISTRATIVO – Falsa motivación – Precio del contrato – Ausencia de imprevisión – Aceptación por parte del contratista de las condiciones del contrato

[...] tanto en los estudios previos realizados por la entidad como en la invitación a presentar oferta remitida al contratista se estableció que la propuesta debía presentarse en pesos colombianos [...]

[...]

A partir del anterior marco probatorio, particularmente de la motivación de la Resolución No.168 del 19 de noviembre de 2015 [...] para la Sala resulta claro que dicho acto adolece de falsa motivación, pues en efecto, contrario a lo manifestado por la parte recurrente, no se advierte que las circunstancias, en la forma en que fueron puestas en conocimiento de la Administración y examinadas por esta, dieran cuenta de que, la fluctuación del dólar constituyera un hecho imprevisible y no atribuible al contratista, que alterara la ecuación económica del contrato y, por esa vía, diera lugar al reconocimiento del restablecimiento económico del contrato de compraventa.

[...]

Según se observa, desde un primer momento, esto es, desde que el Departamento elaboró los estudios previos y formuló la invitación del 20 de abril de 2015 que dio lugar a la celebración del contrato referido, quedó previsto, en cuanto a su valor, que la propuesta debía presentarse en pesos colombianos y se dejó establecido que el precio debía incluir todos los costos en que debiera incurrir el contratista para la ejecución y cumplimiento del contrato, pues este no estaría sujeto a ajuste alguno por parte del Departamento (hecho probado 6.1.5.), costos dentro de los cuales, sin duda, se entendían comprendidos aquellos atinentes a la adquisición e importación de los bienes objeto del contrato.

[...]

Bajo ese contexto, resulta evidente que el contratista conocía desde la etapa precontractual las reglas económicas que regirían el negocio jurídico, particularmente aquellas relacionadas con la asunción de los costos inherentes a la ejecución contractual y la imposibilidad de trasladar posteriormente a la entidad eventuales sobre costos derivados de su actividad.

[...]

[...] si el contratista formuló su propuesta en pesos colombianos, sin advertir la necesidad de que determinados componentes fueran reconocidos en dólares o sujetos a mecanismos de cobertura cambiaria, debe entenderse que este asumió los riesgos asociados a la adquisición de los bienes en esas condiciones.

FALSA MOTIVACIÓN – Fluctuación del dólar – Previsibilidad de fluctuación por parte del contratista – Riesgo – Ausencia de análisis de la TRM en el acto administrativo

[...] si bien es cierto que en el periodo comprendido entre la presentación de la oferta - 22 de abril de 2015- y la fecha en que se realizó la declaración de importación de los bienes -11 de septiembre de 2015- hubo un incremento considerable en la TRM que visto de forma aislada pareciera ser desproporcional, lo cierto es que al analizar el comportamiento de dicho indicador en un periodo de tiempo más amplio, se evidencia que el dólar venía incrementando de tiempo atrás de manera constante, de ahí que dicha tendencia al alza debió ser tenida en cuenta por el contratista quien, por su condición de experto en la importación, con base en esta variación desde 2014, pudo haber previsto dicha situación al momento de estructurar su oferta, a pesar de no estar contemplada en la matriz de riesgos.

[...]

[...] la Sala pone de presente que la motivación del acto administrativo cuestionado partió de un análisis económico y financiero en el que únicamente se aludió a la variación de la TRM en un 29% para la fecha en que se realizó la declaración de importación de los bienes, que teniendo como referencia la fecha del acta de inicio del contrato - 30 de abril de 2015- reflejaba una diferencia en el valor de los bienes; sin embargo, se advierte que en el acto se omitió efectuar un análisis amplio e integral del comportamiento de la tasa de cambio con anterioridad a la celebración y ejecución del contrato, aspecto que resultaba indispensable para determinar si la fluctuación del dólar alegada por el contratista constituía realmente una circunstancia imprevisible o no.

PREVISIBILIDAD DE LOS HECHOS – Fluctuación del dólar - Alea normal del contrato -- Ausencia de aplicación de la teoría de la imprevisión – Falta de acreditación del hecho imprevisible

“[...] en el presente caso la fluctuación del dólar o el incremento de costos derivado de la importación de los bienes requeridos por la Administración no desbordaba, conforme a las condiciones del contrato, su alea normal, especialmente cuando resulta claro que el contratista tendría que importar los bienes, de ahí que fuera razonablemente previsible establecer las contingencias económicas propias de dicha operación.

[...]

se puede colegir que la situación descrita, en los términos solicitados por la parte demandada en el marco del iter contractual, contrario a lo escuetamente manifestado en el acto cuestionado, no configuraba uno de los presupuestos esenciales de la teoría de la imprevisión, esto es, la existencia de una circunstancia imprevisible que altere de manera grave la ecuación económica del contrato; lo alegado corresponde, más bien, a un riesgo propio del contratista, derivado de la planeación y estructuración de su oferta.

En efecto, a juicio de la Sala, si el demandado, como experto en la venta e importación de los bienes objeto del contrato -único distribuidor autorizado-, conocía que para cumplir sus obligaciones debía importar los bienes, le correspondía, desde luego, valorar a partir de la estructuración de su oferta los riesgos asociados a esta operación, entre otros, a la fluctuación de la tasa de cambio, que como quedó visto presentaba una constante al alza desde agosto de 2014. En consecuencia, si el contratista presentó su propuesta sin incorporar mecanismos para prevenir o mitigar dicha situación, no puede afirmarse que su materialización constituya *per se* un hecho imprevisible.

En otras palabras, las condiciones fijadas permiten concluir que el eventual incremento de costos derivado de la importación era un riesgo previsible que asumió el contratista al celebrar el contrato, máxime cuando en el proceso de selección se dispuso expresamente que los precios ofertados debían cubrir *"todos los costos que implique la ejecución del contrato"* y *que estos no serían objeto de reajuste alguno*.

En el presente caso, y derivado de la variación en la TRM antes referida, lejos de configurarse un supuesto de imprevisión, lo que se evidencia es la concreción de un riesgo propio del alea normal del contrato y, por tanto, previsible, aun cuando el mismo no hubiera quedado expresamente consignado dentro de la matriz de riesgos de la entidad.



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

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., primero (1º) de junio dos mil veintiséis (2026)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – LEY 1437 DE 2011
Radicación: 50001-23-33-000-2016-00648-01 (66305)
Demandante: DEPARTAMENTO DEL META
Demandado: SOCIEDAD INCAS S.A.S.

Temas: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Es el idóneo para cuestionar la legalidad de actos administrativos contractuales. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Concepto. FALSA MOTIVACIÓN COMO VICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Concepto. DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Concepto. Eventos que afectan el equilibrio económico del contrato. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN - Requisitos para su configuración.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 10 de septiembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, que accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandada.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El Departamento del Meta -en lo sucesivo el Departamento o el ente territorial-, celebró el contrato de compraventa No. 547 del 30 de abril de 2015 con la sociedad INCAS S.A.S., cuyo objeto consistió en la *“ADQUISICIÓN DE FILTROS PORTÁTILES PURIFICADORES DE AGUA DE USO MILITAR PARA CONSUMO HUMANO CON DESTINO A LA SÉPTIMA BRIGADA DEL EJÉRCITO EN EL DEPARTAMENTO DEL META”*.

Mediante oficio del 25 de agosto de 2015, el contratista solicitó a la Secretaría de Gobierno y Seguridad del Departamento el reajuste de precios por desequilibrio económico del contrato No. 547 de 2015, debido a la devaluación del peso colombiano frente al dólar, lo que incrementó los costos de los bienes requeridos por la entidad contratante los cuales debían ser importados. Dicha solicitud fue reiterada por el contratista mediante peticiones del 4, 21 y 29 de septiembre de 2015.



Por Resolución No. 168 del 19 de noviembre de 2015, el Departamento reconoció el desequilibrio económico del contrato de compraventa No. 547 de 2015 y ordenó el pago de la suma de \$415.612.050 en favor de la sociedad INCAS S.A.S. Dicha resolución fue notificada personalmente al contratista en la misma fecha de su expedición.

El 3 de diciembre de 2015, el Secretario Jurídico del Departamento dio respuesta a un oficio del 20 de noviembre de 2015 mediante el cual el Secretario de Gobierno y Seguridad solicitó la revisión jurídica de la Resolución, en la que advirtió que el acto administrativo se expidió sin el aval de la Secretaría Jurídica, motivo por el cual recomendó iniciar los trámites para su revocatoria al considerar que era contrario al ordenamiento jurídico.

Toda vez que no se obtuvo el consentimiento del contratista para revocar el acto, el Departamento presentó demanda -acción de lesividad- en la que solicita que se declare la nulidad de la Resolución No.168 del 19 de noviembre de 2015, pues estima que en el acto se reconoció *“un presunto desequilibrio económico y financiero cuando realmente no existía”*. Adicionalmente, pretende que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, se disponga que la entidad demandante no tiene el deber de reconocer y pagar la suma de \$415.612.050 en favor de la sociedad INCAS S.A.S.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. El 30 de junio de 2016¹, el Departamento, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentó demanda en contra de la sociedad INCAS S.A.S. con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución No. 168 del 19 de noviembre de 2015 mediante la cual el Departamento reconoció el desequilibrio económico del contrato de compraventa No. 547 del 30 de abril de 2015 y ordenó el pago de la suma de \$415.612.050 en favor de la sociedad INCAS S.A.S.

¹ Fls.4-20, C.1. Expediente digital en índice 2 de la plataforma Samai, archivo denominado: “2_ED_50001233300020160064800_ACT_DEMANDA-Y-ANEXOS-P1.pdf(.PDF) NroActua 2”.



1.2. En la demanda, la parte actora formuló las siguientes pretensiones (se transcriben textualmente, incluso con eventuales errores):

“PRIMERA: Que se declare la Nulidad de la Resolución No. 168 de 2015, por medio de la cual se reconoce el desequilibrio económico del contrato No. 547 de 2015 y ordena el pago de la suma \$415,612,050 CUATROCIENTOS QUINCE MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL CINCUENTA PESOS MCTE.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración se ordene al Departamento del Meta no reconocer y menos aún pagar la suma de \$415,612,050 CUATROCIENTOS QUINCE MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL CINCUENTA PESOS MCTE establecida en la Resolución No. 168 de 2015, del 19 de Noviembre del 2015 proferida por la Secretaría de Gobierno y Seguridad de la Gobernación del Meta.

TERCERO: Que se condene costas del proceso a la demandada, conforme lo disponga en la sentencia”.

1.3. Como **fundamento fáctico** de sus pretensiones, la parte demandante enunció los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.3.1. Afirmó que el 24 de marzo de 2015, el Secretario de Gobierno y Seguridad del Departamento solicitó al Director Administrativo de Planeación Departamental que expidiera el certificado de ejecución de recursos para la adquisición de filtros purificadores de agua con destino a la Séptima Brigada del Ejército, en el marco del proyecto *“Apoyo a los organismos de seguridad de investigación que conforman el FONSET del Departamento del Meta”*.

1.3.2. Adujo que el 6 de abril de 2015, el gerente de presupuesto del Departamento, expidió el certificado de disponibilidad presupuestal por el valor de \$2.047.350.000.

1.3.3. Manifestó que, el 20 de abril de 2015 la Secretaría de Gobierno y Seguridad realizó los estudios previos e invitó al señor Herson Libardo Hernández, representante legal de INCAS S.A.S. para que presentara propuesta del proyecto.

1.3.4. Puso de presente que el 22 de abril de 2015, INCAS S.A.S. allegó la cotización de los filtros purificadores de agua de uso militar marca *“LIFESAVER SYSTEM”*.

1.3.5. Añadió que, el Secretario de Gobierno y Seguridad del Departamento expidió la Resolución No. 028 del 27 de abril de 2015, mediante la cual justificó la celebración del contrato de compraventa para la adquisición de los filtros purificadores de agua por la modalidad de contratación directa.



1.3.6. Indicó que el 30 de abril de 2015, el Departamento y la sociedad INCAS S.A.S. celebraron el contrato de compraventa No. 547, cuyo objeto consistió en la *“ADQUISICIÓN DE FILTROS PORTÁTILES PURIFICADORES DE AGUA DE USO MILITAR PARA CONSUMO HUMANO CON DESTINO A LA SÉPTIMA BRIGADA DEL EJÉRCITO EN EL DEPARTAMENTO DEL META”*, el cual *“se regirá por lo consagrado en: Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y Decreto 1510 de 2013”* y cuyo plazo de ejecución fue de 5 meses contados a partir de la firma del acta de inicio.

1.3.7. Refirió que el 13 de mayo de 2015, las partes suscribieron el acta de inicio del contrato de compraventa.

1.3.8. Manifestó que el 20 de mayo de 2015, la señora Alis Julia Penagos González -supervisora del contrato- y el señor Daniel Ernesto Castiblanco Mendoza -ordenador del gasto- aprobaron el reconocimiento y pago del anticipo del 30% del valor del contrato, el cual fue girado al contratista el 22 de mayo de 2015.

1.3.9. Expuso que el contratista, mediante oficio del 21 de septiembre de 2015 solicitó el ajuste de precios porque consideró que había un desequilibrio contractual.

1.3.10. Señaló que el 24 de septiembre de 2015, el señor Miller Oswaldo Villamizar Rojas, jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales del Departamento, dio respuesta al oficio presentado por el contratista el 21 de septiembre de 2015.

1.3.11. Afirmó que el 25 de septiembre de 2015, la Secretaría de Gobierno y Seguridad expidió constancia de la entrega de los bienes adquiridos y también se expidió acta de certificación del contrato No. 547 de 2015, la cual fue suscrita por la supervisora del contrato y el almacenista de la Séptima Brigada del Ejército.

1.3.12. Adujo que el 29 de septiembre de 2015, el contratista radicó nuevamente un memorial pidiendo el ajuste de precios por desequilibrio económico del contrato, pero solicitó que se hiciera el pago del 70% del valor del contrato restante, mientras la entidad resolvía su solicitud.

1.3.13. Refirió que el 30 de septiembre de 2015, las partes suscribieron el acta de finalización del contrato y la Gobernación reconoció el pago de \$1.433.145.000 por lo adeudado por el contrato No. 547 de 2015.



1.3.14. Indicó que el 19 de octubre de 2015, la Gobernación del Meta dio respuesta a la solicitud de ajuste de precios del contrato 547 de 2015.

1.3.15. Adujo que el 19 de noviembre de 2015, el Secretario de Gobierno y Seguridad del Departamento expidió la Resolución No. 168 mediante la cual reconoció el desequilibrio económico del contrato No. 547 de 2015 y ordenó el pago de \$415.612.050 en favor de la sociedad INCAS S.A.S., por considerar que las causas por las cuales se dio el desequilibrio económico del contrato no eran imputables a las partes.

1.3.16. Manifestó que el contratista demandado allegó facturas proforma expedidas a nombre de una empresa diferente y engañó a la entidad para que reconociera el desequilibrio económico del contrato No.547 de 2015, por cuanto, en los soportes de importación no se establece que el importador de los productos era INCAS S.A.S. y el contratista no realizó plan de inversión del anticipo donde plasmara el plan de gastos y de ejecución del contrato.

1.4. Como **fundamento jurídico** de la demanda, la parte actora manifestó que la Resolución No. 168 del 19 de noviembre de 2015 es nula, porque fue proferida *“infringiéndose las normas anteriormente descritas”* [se refiere a los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 209 y 228 de la Constitución Política y 93 y 97 del CPACA]. Lo anterior, con fundamento en que, a su juicio, en el acto acusado se reconoció *“un presunto desequilibrio económico y financiero **cuando realmente no existía**”*. (énfasis añadido)

1.4.1. Al respecto, puso de presente que el contratista presentó su propuesta económica en pesos colombianos y nunca manifestó que algún ítem debía pagarse en dólares, además en esta también tuvo en cuenta los descuentos legales propios de la ejecución de esta clase de contratos, por lo que no era de recibo que posteriormente alegara que tenía que realizar importaciones en dólares para llevar a cabo el objeto contractual, pues dicha circunstancia era previsible si no contaba con el stock de mercancías objeto del contrato.

1.4.2. Indicó que el contratista suscribió el contrato a partir de los precios allegados con su ofrecimiento, con las características exigidas en el contrato, por lo tanto, no podía exigirle al Departamento el reconocimiento de mayores valores que aquel debió prever *“como un requisito de planeación y de carga contractual”* al momento de su suscripción. Agregó que el contratista no puede desconocer que en la



Resolución 028 de 2015 que determinó la modalidad de contratación directa, “*expresa y claramente*” se estableció que el precio era en pesos colombianos, por ello no podía alegar mayores costos por importación y nacionalización de los bienes objeto del contrato originados en la devaluación del peso frente al dólar, pues la devaluación y otras variables que afectan la depreciación o apreciación del peso colombiano respecto al dólar son un “*fenómeno predecible*”.

1.4.3. Adujo que no existió el desequilibrio económico reconocido por cuanto:

- “1. La entidad dentro de la invitación a presentar propuesta económica a la Empresa INCA S.A.S, desde el inicio le solicitó que la misma se hiciera en pesos colombianos, razón por la cual no es materia de discusión (...)*
- 2. La empresa INCAS S.A.S presentó propuesta en pesos colombianos indicando además que el valor incluía una serie de descuentos legales y entre otros propios de la ejecución durante los 5 meses del mismo, situación que tampoco es objeto de discusión (...) Por lo tanto no es de recibo, lo argumentado por el contratista, toda vez que, la propuesta económica debió estructurarse teniendo en cuenta la cotización real del peso colombiano frente al dólar norteamericano, por tratarse de situaciones previsibles en aquellas transacciones realizadas en el mercado cambiario con el fin de protegerse frente al riesgo que se presenta en una economía como la colombiana, cuyo comportamiento se sujeta a las continuas fluctuaciones de la moneda.*
- 3. El contrato se suscribió bajo los precios presentados por la empresa y las características exigidas.*
- 4. La entidad giró el valor del anticipo en días posteriores a la firma del acta de inicio, esto es el 25 de marzo de 2015, situación que permitía al contratista celebrar la negociación de la compra fuera del país.*
- 5. El contrato se finalizó sin novedad alguna salvo la solicitud de ajuste, es decir no existió ni prorrogas ni adiciones que hicieran variar (sic) condiciones del contrato inicial, salvo el acta de modificación donde autorizaban modificar la forma de pago con la finalidad de cancelar el valor del contrato antes del tiempo previsto en el plazo de ejecución.*
- 6. La entidad recibió los elementos objeto del contrato a satisfacción”.*

2. Admisión de la demanda y su contestación

2.1. Mediante auto del 22 de septiembre de 2017², el Tribunal Administrativo del Meta admitió la demanda y ordenó su notificación a la sociedad INCAS S.A.S y al Ministerio Público.

2.2. El 26 de febrero de 2018, INCAS S.A.S. contestó³ la demanda y se opuso a sus pretensiones, al considerar que están fundadas en supuestos fácticos que no son ciertos y carecen de fundamento legal. En cuanto a los hechos aceptó unos y negó otros.

² Fl.184, C. 1. Expediente digital en índice 2 de la plataforma Samai, archivo denominado: “2_ED_50001233300020160064800_ACT_DEMANDA-Y-ANEXOS-P1.pdf(.PDF) NroActua 2”.

³ Fls. 192 a 204, C. 1. Expediente digital en índice 2 de la plataforma Samai, archivo denominado: “2_ED_50001233300020160064800_ACT_DEMANDA-Y-ANEXOS-P1.pdf(.PDF) NroActua 2”.



2.2.1. A este efecto, puso de presente que, el hecho de que el contratista hubiese presentado facturas proforma a nombre de otra empresa no era excusa para no cumplir con el desequilibrio económico reconocido, pues el contratista le comunicó a la entidad que Secoll S.A.S. sería la empresa importadora y los valores de la importación se ajustaban a la realidad del cambio monetario del dólar para ese momento que, al ser verificado por el Departamento, no vio problema en reconocer el desequilibrio.

2.2.2. Refirió que el desequilibrio económico en este caso se fundamentó en la teoría de la imprevisión. Al respecto, adujo que el Departamento desconoció el principio de planeación al no tener en cuenta las diferentes circunstancias imprevisibles que podían afectar el valor del contrato, lo cual motivó a que mediante la Resolución No. 168 de 2015 la entidad le reconociera el desequilibrio económico del contrato sin que mediara mala fe del contratista, pues este cumplió con la entrega del objeto contratado.

2.2.3. Recalcó que la falta de planeación de la entidad conllevó a que el contrato variara en el precio de los gastos de importación, de manera que si se declarara nula la Resolución No. 168 de 2015 se causaría un grave perjuicio al contratista al no asumir la entidad unos gastos que fueron imprevisibles.

2.2.4. Adujo que era contrario a la buena fe contractual que una parte del contrato recibiera a satisfacción más de lo acordado y pretendiera no reconocer y pagar el excedente.

2.2.5. Adicionalmente, propuso las siguientes excepciones:

- (i) *“FALTA DE PLANEACIÓN DEL DESARROLLO Y VIGILANCIA EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO”*, bajo el entendido que se presentó una situación imprevisible consistente en el alza inmanejable del dólar durante la ejecución del contrato la cual fue reconocida por la Secretaría de Gobierno y Seguridad del Departamento en la Resolución No. 168 de 2015.
- (ii) *“COSA JUZGADA”*, frente a lo cual manifestó que la entidad con esta demanda pretende omitir la sentencia proferida el 23 de agosto de 2017 por el Juzgado Sexto Administrativo de Villavicencio en el proceso



ejecutivo iniciado en su contra por el contratista, en la cual se ordenó seguir adelante con la ejecución y se denegaron las excepciones propuestas por el Departamento para no cumplir con el pago de lo reconocido mediante la Resolución No. 168 de 2015.

- (iii) *“AUSENCIA DE PRESUPUESTOS PARA DEJAR SIN EFECTOS LA RESOLUCIÓN 168 DE 2015”*, respecto de la cual indicó que las actuaciones de las entidades públicas se presumen de buena fe y que la entidad tenía la potestad de negar la solicitud de ajuste económico y por el contrario expidió el acto administrativo demandado con sustento en el concepto jurídico emitido por el jefe de asuntos contractuales de la entidad, en el cual se estableció el rompimiento de la ecuación contractual. Finalmente, agregó que *“la circunstancia de que el dólar tuviera un alza desproporcionada como en efecto sucedió, no se le puede atribuir a la empresa INCAS S.A.S., que deba asumir ese desequilibrio económico, que como bien se reconoció por el demandante en la resolución 168 de 2015”*.

3. Audiencia inicial

3.1. El 28 de mayo de 2019⁴, el Tribunal Administrativo del Meta llevó a cabo la audiencia inicial, en la que no se encontró vicio alguno que debiera ser saneado. Luego, se pronunció sobre la excepción de cosa juzgada frente a la cual indicó que no se configuró en el caso de estudio, por cuanto la sentencia proferida en el proceso ejecutivo iniciado contra el Departamento fue objeto de solicitud de complementación y de recurso de apelación y no estaba acreditado que dicha solicitud ni el recurso se hubieran resuelto, por ende, la sentencia no se encontraba ejecutoriada. Al no cumplirse el primer presupuesto establecido para que se configure la cosa juzgada, resultaba innecesario el estudio de los demás presupuestos para su configuración, por lo que se desestimó el medio exceptivo.

3.2. Posteriormente, se fijó el litigio, en el entendido de determinar si se debe declarar la nulidad de la Resolución No. 168 del 19 de noviembre de 2015 y, en consecuencia, ordenar al Departamento no pagar la suma correspondiente al desequilibrio económico reconocido o si, por el contrario, como lo manifiesta el

⁴ Fls.269 a 273 reverso C.1. Expediente digital en índice 2 de la plataforma Samai, archivo denominado: *“2_ED_50001233300020160064800_ACT_DEMANDA-Y-ANEXOS-P1.pdf(.PDF) NroActua 2”* y grabación obrante en índice 1 de la plataforma Samai del Tribunal.



demandado, el Departamento desconoció el principio de planeación y, por lo tanto, deben negarse las pretensiones.

3.3. Acto seguido, el *a quo* declaró fallida la conciliación judicial por falta de ánimo conciliatorio.

3.4. Finalmente, se decretaron como pruebas las documentales aportadas por las partes y las testimoniales solicitadas por éstas. En cuanto al testimonio del señor Juan Alberto Hernández Rodríguez solicitado por la parte demandada, se decretó como interrogatorio de parte debido a que según el certificado de existencia y representación legal de INCAS S.A.S., el señor Hernández Rodríguez es el representante legal de la sociedad.

4. Audiencia de pruebas

El 30 de julio de 2019⁵, el Tribunal Administrativo del Meta realizó la audiencia de pruebas en la cual recaudó: (i) los testimonios de las señoras Ángela Patricia Zamudio Marín, Sandra Milena Cruz Piraquive y Yuli Marcela Medina Manrique, solicitados por la parte demandante⁶; (ii) los testimonios de los señores Herson Libardo Hernández Rodríguez, Vladimir Sierra Martínez y Miller Osvaldo Villamizar Rojas, solicitados por la parte demandada; y (iii) el testimonio de la señora Laura Herminia López Forero, solicitado por ambas partes. La parte demandante desistió del interrogatorio de parte del señor Juan Alberto Hernández Bautista, desistimiento que fue aceptado por el tribunal en la audiencia de pruebas⁷.

5. Alegatos de conclusión

Una vez finalizada la práctica de pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto por escrito, respectivamente⁸.

5.1. El Departamento presentó alegatos de conclusión⁹. En su escrito, reiteró la posición formulada en la demanda y agregó que el contratista al ser el representante

⁵ Fls. 287 a 290, C.1. índice 3 de la plataforma Samai del Tribunal y grabación obrante en el índice 2 de la plataforma Samai del Tribunal.

⁶ Pese a que en la audiencia inicial se decretó el testimonio de la señora Gina Paola García, dicho testimonio no fue practicado en la audiencia de pruebas celebrada el 30 de julio de 2019, porque la declarante no compareció a la audiencia, tal como se evidencia en el acta de la audiencia y en la grabación de esta.

⁷ Fls.289 y 290, C.1. índice 3 de la plataforma Samai del Tribunal.

⁸ Fl. 289 reverso, C.1. índice 3 de la plataforma Samai del Tribunal.

⁹ Fls. 297 a 311, C 1. índice 3 de la plataforma Samai del Tribunal.



exclusivo para la comercialización y venta de los filtros al momento de la invitación contaba con las siguientes condiciones favorables: (i) la exclusividad, que le aseguraba que no debía competir con otros oferentes para obtener el favor de la Administración; (ii) tenía pleno conocimiento del stock en su bodega y contaba con el tiempo suficiente para conformarlo si requería adquirir los bienes a través de la empresa que los importaba y así cumplir a cabalidad su obligación contractual y (iii) contaba con el dinero del anticipo el cual le fue girado el 22 de mayo de 2015.

Además, recalcó que el contratista tenía la condición de comerciante avanzado y la experiencia en el negocio ofertado, por ende, contaba con pleno conocimiento de la situación fluctuante del peso frente al dólar de manera que le era posible, con base en la devaluación constante, prever el incremento rápido del valor del dólar. Por el contrario, pese a que recibió el anticipo el 22 de mayo de 2015, no formalizó la negociación en el exterior en esa fecha, lo cual seguramente le hubiese garantizado sostener el valor del dólar, sino que esperó hasta el 2 de agosto, esto es 2 meses y 12 días después.

Puso de presente que al interior de la entidad hubo inconsistencias al momento de la expedición del acto, por cuanto la oficina de asuntos contractuales expidió dos conceptos financieros, elaborados por diferentes profesionales en contaduría y que *“arrojaban datos totalmente opuestos, uno del 24 de septiembre de 2015 de la señora Ángela Patricia Zamudio con desequilibrio de \$24.446.526 y otro, del señor Fernando Andrade del 19 de octubre de 2015 con desequilibrio por \$415.612.050”*, los cuales fueron remitidos al Secretario de Gobierno y Seguridad y este último acudió a la Secretaría Jurídica para que le diera el visto bueno sobre la Resolución y procediera a su publicación en el SECOP, luego de haber expedido y notificado personalmente el acto administrativo.

No obstante, insistió en que la Administración fue inducida a error por el contratista, porque a sabiendas de la tendencia al alza del precio del dólar y en su condición de comerciante avanzado, pudo celebrar el negocio con anterioridad, pero *“inmerso en su negligencia”* solo lo realizó hasta el 2 de agosto de 2015 y luego le bastó con comunicar a la Administración del desequilibrio sin allegar los documentos *“ciertos y necesarios que dieran fe de su dicho”*.

Finalmente, adujo que el contratista tampoco demostró que la variación del valor del peso hubiera incidido en los costos del contrato para que procediera el desequilibrio económico y que de acuerdo con su estructura, en cuanto a los derechos y



obligaciones del contratista, estos estaban sujetos a los riesgos y contingencias que debía asumir este por cuanto correspondían al álea normal y, además, el contratista no demostró la existencia de riesgos externos o extraordinarios que configuren la teoría de la imprevisión, pues en este caso se probó que el alza del dólar que en comienzo es externo y extraordinario, dejó de serlo con el paso del tiempo y por lo tanto se tornó previsible.

5.2. INCAS S.A.S. alegó de conclusión¹⁰ reafirmando los razonamientos presentados en su contestación. Señaló que la entidad en su demanda no estableció con claridad los fundamentos de derecho que sustentan sus pretensiones, pues no precisó la causal de nulidad invocada para demandar la legalidad de la Resolución No.168 de 2015, ni definió las normas infringidas con su expedición, por lo cual se configuró la excepción de inepta demanda.

Agregó que el acto administrativo que reconoció el desequilibrio contractual es ajustado a derecho porque la entidad contratante tenía pleno conocimiento que la contratista no era la productora de los bienes requeridos, por lo que, estaba a su cargo el estudio de fluctuación del precio, máxime cuando el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, establece que en los pliegos de condiciones o sus equivalentes debe incluirse la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

Finalmente, indicó que *“no es admisible que por el hecho de haber celebrado el contrato en pesos colombianos, tenga que asumir el contratista las contingencias que se presentaron durante la ejecución del contrato en relación con la escandalosa variación del dólar y la consecuente depreciación del peso colombiano, que aunque se hubiera previsto, ni el economista o profesional más experto en negocios, así lo hubiera podido estimar”*.

5.3. El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

6. Sentencia de primera instancia

6.1. Mediante sentencia del 10 de septiembre de 2020¹¹, el Tribunal Administrativo del Meta accedió a las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad de la

¹⁰ Fls.312 a 325, C.1. índice 3 de la plataforma Samai del Tribunal.

¹¹ Índice 2 de la plataforma Samai, archivo denominado: “4_ED_50001233300020160064800_ACT_SENTENCIA_1-10-2020-4.15.33-p.m..pdf(.PDF) NroActua 2”, páginas 1 a 24.



Resolución No. 168 del 19 de noviembre de 2015 y condenó en costas a la parte demandada¹². En su parte resolutive expresamente dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 168 de 2015, por medio del cual el Departamento del Meta reconoce el desequilibrio económico del contrato No. 547 de 2015 y ordena el pago correspondiente, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, entiéndase que el Departamento del Meta no está obligada a reconocer y pagar la suma de \$415.612.050, establecida en la Resolución No. 168 de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandada, en favor de la demandante en los términos expuestos en la parte motiva. Una vez ejecutoriada esta providencia, ingrésese el expediente al Despacho para la fijación de agencias en derecho.

CUARTO: POR SECRETARÍA, ejecutoriada esta providencia procédase al archivo del expediente, previa devolución del remanente por concepto de gastos procesales si a ello hubiere lugar”.

6.2. Como sustento de su decisión, el Tribunal, tras hacer referencia al equilibrio de la ecuación contractual, encontró acreditado: (i) que debido a *“la exclusividad de distribución de los filtros de agua Lifesaver producidos por la empresa Panameña Greenlife con la sociedad INCAS S.A.S., el Departamento del Meta no tuvo otra opción que celebrar contrato de compraventa directo con dicha empresa el 30 de abril de 2015, para adquirir los filtros portátiles purificadores de agua para consumo humano de uso militar con destino a la Séptima Brigada del Ejército en el Departamento del Meta, por un plazo de ejecución máximo de cinco (5) meses”*; (ii) que el 15 de mayo de 2015 inició la ejecución del contrato y el 22 del mismo mes se giró el anticipo al contratista el cual sería destinado 100% a la adquisición de los filtros de agua, (iii) que quien compró los filtros a Greenlife fue la sociedad SECOLL S.A.S. según consta en la factura proforma del 28 de mayo de 2015, pero solo hasta el 11 de septiembre del mismo año se realizó la declaración de importación y el 16 de septiembre vendió los filtros a INCAS S.A.S., es decir, que el contratista adquirió

¹² El magistrado Héctor Enrique Rey Moreno presentó salvamento de voto a la providencia por cuanto, en su criterio *“sí se daba la condición de imprevisibilidad para el contratista en torno a la repentina y abrupta subida del precio del dólar americano que impactó, también notoriamente, la ecuación o el equilibrio contractual”*, y constituyó un elemento extraño a las partes, pues, el representante legal de INCAS S.A.S. para el momento de celebración del contrato, no era un experto de la economía, sino un comerciante empírico, como quedó demostrado con su testimonio. Por lo tanto, a su juicio, la anulación del acto administrativo que declaró el desequilibrio económico del contrato *“a todas luces resulta injusta y descontextualizada, y termina afianzando la ocasional ira o hecho del príncipe que, por razones de fondo desconocidas, impulsó su infirmación, pues, racionalmente, con las pruebas allegadas al debate, solo dejó entrever que el visto bueno o aval jurídico sobre la resolución que se anula le fue solicitado extemporáneamente”*. Índice 2 de la plataforma Samai, archivo denominado: *“4_ED_50001233300020160064800_ACT_SENTENCIA_1-10-2020-4.15.33-p.m..pdf(.PDF) NroActua 2”*, páginas 25 a 36.



los bienes que entregaría al Departamento 3 meses después de haberle girado el anticipo.

6.3. En este orden de ideas, estimó que en el caso concreto se debía declarar la nulidad de la Resolución No. 168 del 19 de noviembre de 2015 y acceder a las pretensiones de la demanda, por lo siguiente:

6.3.1. Resaltó que, pese a que según declaró el señor Herson Libardo Rodríguez, - representante legal de INCAS S.A.S. para la fecha de celebración del contrato-, SECOLL S.A.S. era la empresa importadora y no tenía relación alguna con la distribución que era exclusiva del contratista, de conformidad con el certificado de exclusividad aportado por la demandada, el distribuidor estaba obligado a adquirir los bienes única y exclusivamente a través de Greenlife, y en el proceso no estaba acreditado que SECOLL S.A.S. fuera una importadora exclusiva de Greenlife a INCAS S.A.S.

6.3.2. Consideró que el alza del dólar no cumplía con *“el elemento sorpresa para que sea considerado imprevisible”* por cuanto ello ocurrió con ocasión de la caída en los precios del petróleo desde el año 2009, de manera que para la fecha de suscripción del contrato de compraventa No. 547 las partes debían conocer *“la crisis del petróleo y sus efectos frente al alza del dólar pues conforme la tasa de cambio representativa del mercado (fl. 90-92, C1) en enero de 2015, el dólar en Colombia estaba a \$2.300 y el 18 de marzo de 2015 llegó a \$2.677 y pese a que en mayo nuevamente descendiera, la crisis del petróleo tenía incidencia directa en la fluctuación de la moneda y por tanto, era de conocimiento para las partes contractuales que el dólar podía seguir variando considerablemente, sin perjuicio de establecerse el valor del incremento por tal efecto”*, conclusión que el a quo fundamentó en un artículo publicado en el periódico El Tiempo. En consecuencia, concluyó que, al no tratarse de un elemento ajeno a las partes, no se configuraba la teoría de la imprevisión.

Adicionalmente, hizo énfasis en que el contratista contaba con el dinero del anticipo desde el mes de mayo y con este pudo negociar la adquisición de los filtros de agua y no lo hizo, por lo tanto, asumió el riesgo del incremento del dólar con respecto al peso colombiano. Lo anterior fue puesto de presente en las declaraciones de los señores Ángela Patricia Zamudio Marín (contadora de la Oficina de Asuntos Contractuales del Departamento), Sandra Milena Cruz Piraquive, July Marcela Medina Manrique y Vladimir Sierra Martínez (Secretario Jurídico del Departamento)



quienes afirmaron que el anticipo se giró en mayo, pero el contratista espero más de dos meses, hasta el alza del dólar, para comprar los bienes objeto del contrato.

6.3.3. Finalmente, precisó que la Resolución No. 168 del 19 de noviembre de 2015 no tenía el aval del Secretario Jurídico de la entidad, según oficio remitido al Secretario de Gobierno el 3 de diciembre de 2015, lo cual fue ratificado con la declaración de Vladimir Sierra Martínez (Secretario Jurídico del Departamento), el concepto rendido por Ángela Patricia Zamudio Marín (contadora de la Oficina de Asuntos Contractuales del Departamento) y su declaración, así como también la declaración de Laura Herminia López (supervisora del contrato).

Al respecto, estableció que *“no era de recibo que el acto administrativo contara con el visto bueno del Secretario Jurídico”*, pues el concepto en el que se advirtió que había razones jurídicas para considerar el desequilibrio económico, era únicamente una asesoría jurídica respecto de esta figura en la que se le indicaron al ordenador del gasto, esto es, al Secretario de Gobierno y Seguridad, los parámetros que debía tener en cuenta en caso de declararlo, más no era un concepto afirmativo o positivo, respecto a que en el contrato se hubiera roto el equilibrio de la carga económica, como lo afirmó el demandado.

Por lo anterior, concluyó que como el acto administrativo no llevaba el visto bueno del Secretario Jurídico, se desconoció el debido proceso con su expedición y no podía inferirse que el concepto ofrecido por el señor Fernando Andrade Rodríguez correspondía al de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento, pues este lo rindió a título personal con base en sus conocimientos técnicos y por solicitud directa del Secretario de Gobierno y Seguridad.

6.4. En este orden de ideas, decidió acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la nulidad de la Resolución No. 168 de 2015, *“por estar incurso en las causales de infracción de las normas en que deberían fundarse, como consecuencia de ello, entiéndase que el Departamento del Meta no está obligado a reconocer y pagar la suma de \$415.612.050, establecida en dicho acto administrativo”*.

6.5. Finalmente, condenó en costas a la parte demandada, para lo cual ordenó que una vez ejecutoriada la providencia, ingresara el proceso al despacho para la fijación de agencias en derecho y posteriormente, se realizara la liquidación de las costas por secretaría.



7. Recurso de apelación

7.1. El 14 de octubre de 2020, INCAS S.A.S. interpuso recurso de apelación¹³, el cual fue concedido el 4 de noviembre de 2020¹⁴ y admitido el 5 de febrero de 2021¹⁵.

7.2. En su recurso, la parte demandada solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes reparos:

7.2.1. Indicó que, si bien en la certificación de exclusividad como distribuidor de los bienes objeto del contrato expedida por la empresa Green Life Solutions S.A. se estableció que una de las obligaciones del contratista era adquirir los bienes única y exclusivamente a través de esta empresa, ello no implicaba que por el hecho de que INCAS S.A.S. los hubiese importado a través de Seccoll S.A.S., hubiera incumplido sus obligaciones contractuales con el Departamento. Además, en la factura No. 119 del 28 de mayo de 2015 expedida por Green Life Solutions S.A., aparece consignado el nombre del representante legal de INCAS S.A.S. y agregó que, en todo caso, este no era un hecho relevante porque el contratista, a pesar del desequilibrio económico sufrido por el hecho imprevisible del incremento exagerado del dólar y la devaluación del peso colombiano durante la ejecución del contrato, cumplió a cabalidad con el objeto de este y entregó todos los bienes a satisfacción.

7.2.2. Adujo que, contrario a lo considerado por el Tribunal, en este caso sí se configuró un desequilibrio económico por un hecho totalmente imprevisible como lo es la fluctuación de la moneda durante la ejecución del contrato. Al respecto, señaló que *“para la fecha de presentación de la propuesta, esto es el 22 de abril de 2015, la TRM (...) era de \$2.469,03, y su variación en los días anteriores, incluso había tendido a bajar; y para el 30 de abril, día en que se suscribió el contrato, se encontraba en \$2.388,06, es decir por debajo del precio de cuando se presentó la propuesta económica; luego (...) era totalmente imprevisible que las partes si quiera consideraran la posibilidad de un incremento desmedido de la moneda americana”*.

Con base en lo anterior, concluyó que en la ejecución del contrato de compraventa No. 547 de 2015 se rompió la equivalencia de las obligaciones del contratista y su

¹³ Índice 2 de la plataforma Samai, archivo denominado: “7_ED_recurso-de-apelacion.pdf(.PDF) NroActua 2”, páginas 1 a 10.

¹⁴ Índice 2 de la plataforma Samai, archivo denominado: “3_ED_50001233300020160064800_ACT_AUTO-CONCEDE_4-11-2020-5.02.23-p.m..pdf(.PDF) NroActua 2”.

¹⁵ Índice 4 de la plataforma Samai.



remuneración por una causa que ni siquiera la Administración podía prever, pues de haber sido así no le hubiese impuesto la carga de presentar la propuesta en pesos colombianos, como se evidenciaba en la invitación a presentar propuesta.

Adicionalmente, afirmó que en los estudios previos solo se incluyeron dos riesgos previsibles *“de tipo operacional”*, esto es, el incumplimiento en la entrega de los productos por dificultades en la importación y la pérdida y/o hurto de los bienes; sin embargo, la entidad no previó un *“riesgo de mercado”* el cual tiene lugar cuando *“en el comportamiento del mercado se presentan variaciones inesperadas”*, como ocurrió en este caso con la fluctuación en la tasa de cambio del dólar. Sobre este punto, advirtió que no era ajustado al ordenamiento jurídico, que, por cuenta del deber de distribución de los bienes, se le trasladara al contratista la carga de asumir cualquier tipo de riesgo, sin importar su magnitud ni limitar sus alcances.

Finalmente, hizo alusión a una sentencia del Consejo de Estado del 29 de mayo de 2003 en la que se establecieron tres presupuestos para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato con ocasión de la ocurrencia de un hecho imprevisible: *“(i) Que exista un hecho exógeno a las partes, que se presente con posterioridad a la celebración del contrato; (ii) Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato y (iii) Que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato”*; también hizo referencia a que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido como hechos imprevisibles, entre otros, la *“devaluación extraordinaria”* y adujo que en virtud del artículo 5.1 de la Ley 80 de 1993, *“cuando ocurre el desequilibrio contractual causado por un hecho imprevisible, como ocurrió en el caso bajo estudio, la entidad pública, previa solicitud del contratista, debe adoptar las medidas necesarias para restablecer las cargas”*.

7.2.3. Puso de presente que en el expediente no obra prueba que demuestre que dicha resolución debía contar con el aval de la Secretaría Jurídica para su expedición, como lo concluyó el Tribunal, sin tener certeza de que ello fuese requisito para su expedición pues ni la entidad ni el a quo refirieron un sustento legal o la normativa interna de la entidad en la que se exigiera dicho requisito. Adujo que, por el contrario, *“pareciera más un capricho personal del Secretario Jurídico, tal como lo expone el honorable magistrado que salvó voto (...) que habiendo avalado anteriormente el desequilibrio financiero sufrido por el contratista, a último momento y por razones desconocidas decidió negarse a continuar con el trámite que terminara con el pago del reconocimiento”*.



Asimismo, hizo alusión al trámite dado al interior de la entidad luego de que presentó su solicitud de reajuste del equilibrio económico del contrato, frente al cual señaló que en ningún momento se indicó el fundamento legal que demostrara que el acto debía contar con el aval de la Secretaría Jurídica.

Finalmente, expuso que el Tribunal no tuvo en cuenta que en la ejecución del contrato, el contratista debía importar los bienes objeto del contrato y que para la entidad no era desconocida tal situación, tampoco tuvo en cuenta que la factura No. 119 fue expedida por Green Life el 28 de mayo de 2015, es decir, que 6 días después de realizarse el desembolso del anticipo los bienes fueron adquiridos, que a pesar de la pérdida de la utilidad el contratista cumplió con el objeto del contrato y que ello quedó demostrado ante la entidad contratante, la cual *“con fundamentos técnicos y jurídicos le reconoció el desequilibrio que ahora pretende desconocer alegando causas inexistentes”*.

8. Actuación en segunda instancia

8.1. Mediante providencia del 12 de marzo de 2021¹⁶, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

8.1.1. El Departamento¹⁷ alegó de conclusión y solicitó confirmar la sentencia de primera instancia. Al respecto, señaló que el contratista no podía excusarse en la supuesta falta de planeación de la entidad al no prever en el contrato como riesgo de mercado la situación del alza del dólar, pues, por su condición de conocedor y experto de su actividad comercial, estaba obligado a prever dicha situación y si consideraba que debía incluirse un riesgo que lo previera debió advertirlo, más no utilizar dicho argumento para obtener el reconocimiento del desequilibrio, actitud que es contraria a la buena fe contractual.

Reiteró el argumento según el cual el alza del dólar no es una circunstancia imprevisible que dé lugar al reconocimiento del desequilibrio económico por cuanto, el contratista guardó silencio frente a la compra en dólares, el posible riesgo del alza de este y presentó su propuesta en pesos colombianos, situación que, por sus condiciones particulares, pudo anticipar y no lo hizo. Agregó que, si la variación en

¹⁶ Índice 9 Sistema de Gestión Judicial SAMAI.

¹⁷ Índice 12 Sistema de Gestión Judicial SAMAI



el precio del dólar llegó a tener incidencia en el valor de los elementos objeto del contrato, ello se produjo por culpa del contratista quien no realizó su negociación tan pronto recibió el anticipo sino 2 meses y 12 días después.

8.1.2. INCAS S.A.S. y el Ministerio Público guardaron silencio.

8.2. Mediante oficio del 13 de junio de 2024¹⁸ el Tribunal Administrativo del Meta remitió copia del auto proferido el 9 de mayo de 2024, en el que dicha Corporación declaró la suspensión del proceso ejecutivo contractual con radicado No. 50001333300620160028501 iniciado por INCAS S.A.S contra el Departamento, *“hasta tanto se profiera la sentencia de segunda instancia en el medio de control controversias contractuales o hasta que finalice el termino de 2 años previsto en el artículo 163 del C.G.P”*, y dispuso que una vez proferida la sentencia en el proceso ordinario se remita copia de la misma al proceso ejecutivo.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia para conocer el presente asunto; (2) medio de control procedente; (3) legitimación en la causa; (4) oportunidad del medio de control; (5) problema jurídico; (6) solución al problema jurídico; y (7) costas.

1. Jurisdicción y competencia

Con fundamento en el artículo 104 del CPACA¹⁹, se advierte la facultad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del asunto, el cual versa sobre la nulidad de la Resolución No. 168 del 19 de noviembre de 2015, por medio de la cual se reconoció el desequilibrio económico del contrato de compraventa No. 547 de 2015 y se ordenó el pago de la suma de \$415.612.050 en favor de la sociedad INCAS S.A.S., y se solicita su consecuente restablecimiento del derecho,

¹⁸ Índice 37 de la plataforma Samai.

¹⁹ “Artículo 104. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. //Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (...) 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.”



acto administrativo proferido por el departamento del Meta, en tanto entidad territorial²⁰.

Por su parte, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 10 de septiembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, dada la vocación de doble instancia del proceso, teniendo en cuenta que la cuantía para el año 2016²¹ -año en el que se presentó la demanda- supera los 500 SMLMV, de conformidad con lo establecido en los artículos 150²² y 152-5²³ del CPACA, vigentes a la fecha de la presentación de la demanda.

2. Medio de control procedente

En virtud de lo previsto en el artículo 141²⁴ del CPACA, cualquiera de las partes de los contratos estatales puede demandar para que se declare su existencia o su nulidad, se ordene su revisión, se declare el incumplimiento, se anulen los actos administrativos contractuales -inclusive cuando la Administración acude a la acción de lesividad para demandar sus propios actos contractuales-, se condene a quien se considere responsable a indemnizar los perjuicios y/o se liquide el contrato, entre otras declaraciones y condenas. El legislador también previó que el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrían solicitar la nulidad absoluta del contrato, la que también puede ser declarada de oficio por el juez.

²⁰ Constitución de 1991. “Artículo 286 Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”.

²¹ Para el año 2016 el valor del salario mínimo legal mensual vigente era de \$689.454. Para este año, el tope correspondiente a los 500 SMLMV equivalía a \$344.727.000. En este caso, la cuantía de la demanda se estimó en un monto de \$415.612.050.

²² “ARTÍCULO 150. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia”.

²³ “ARTÍCULO 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

²⁴ “Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. (...) El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.



Bajo el anterior contexto, en el presente caso el medio de control de controversias contractuales ejercido por la parte demandante es adecuado, por cuanto en el libelo introductorio, acudiendo a la denominada acción de lesividad, se pretende la nulidad de la Resolución No. 168 del 19 de noviembre de 2015 -acto administrativo de naturaleza contractual-, por medio de la cual se reconoció el desequilibrio económico del contrato de compraventa No. 547 de 2015 y se ordenó el pago de \$415.612.050 en favor de la sociedad INCAS S.A.S.

3. Legitimación en la causa

3.1. En el presente caso se concluye que el Departamento está legitimado en la causa por activa para demandar su propio acto, esto es, la Resolución No. 168 del 19 de noviembre de 2015 -acto administrativo de naturaleza contractual-, habida cuenta: (i) que fue parte del contrato que suscitó su expedición; (ii) que dicho acto no pudo ser revocado (hecho probado 6.1.37.)²⁵; y (iii) que, a su juicio, este adolece de vicios que afectan su legalidad.

3.1. Por su parte, se considera que la sociedad INCAS S.A.S está legitimada en la causa por pasiva, porque fue parte del contrato que dio lugar a la expedición del acto y, además, este está directamente dirigido a dicha sociedad.

4. Oportunidad del medio de control

De acuerdo con lo previsto en el inciso primero del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA²⁶, en las controversias relativas a contratos -como ocurren en aquellos eventos en los que la propia entidad demanda sus actos contractuales- la parte interesada cuenta con 2 años para ejercer el derecho de acción, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, sin perjuicio de otros criterios previstos por el legislador.

²⁵ De conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 97 del CPACA, “Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”. A su turno, de conformidad con la jurisprudencia de esta sección, las entidades públicas están legitimadas para demandar sus propios actos (así como están legitimadas para presentar otras pretensiones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como ocurre en el caso de las controversias contractuales) cuando los consideren lesivos de sus propios intereses, del ordenamiento jurídico o de los derechos de los ciudadanos, y cuando ya no puedan revocarlos de manera directa. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Exp. 55426.

²⁶ “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: [...] 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...] j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento [...]”.



Así pues, en el caso de estudio se observa que la parte demandante pretende la declaratoria de nulidad, con su consecuente restablecimiento del derecho, de la Resolución No. 168 del 19 de noviembre de 2015 mediante la cual reconoció el desequilibrio económico del contrato No. 547 de 2015 y ordenó un pago en favor de la sociedad contratista INCAS S.A.S. Dicho acto fue expedido el 19 de noviembre de 2015 (hecho probado 6.1.28), de modo que los dos (2) años para ejercer el derecho de acción corrieron para la entidad demandante entre el 20 de noviembre de 2015 y el 20 de noviembre de 2017 y, considerando que la demanda se allegó el 30 de junio de 2016, no hay duda de que fue radicada en tiempo.

Cabe anotar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 613 del CGP, en el presente caso no era menester agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, comoquiera que la parte demandante es una entidad pública.

5. Problema Jurídico

El marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida, a menos que las partes hayan apelado toda la sentencia, caso en el cual el juez resolverá sin limitaciones. Es así como, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del CGP²⁷, el superior no puede enmendar la providencia del *a quo* en la parte que no fue objeto de apelación, *“salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”*.

Es así como, en virtud del principio de congruencia, el juez contencioso administrativo en sede de apelación se encuentra atado a resolver únicamente lo que la parte recurrente le formule y en consonancia con lo que haya sido ventilado en la demanda y su contestación, sin poder tomar otras determinaciones que vayan más allá de lo anterior, excepto el análisis de los presupuestos procesales, que le corresponde verificar aun cuando aquellos no hayan sido objeto de reproche, todo ello considerando que el proceso contencioso administrativo es, en esencia, rogado²⁸.

²⁷ “Artículo 328. [...]. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de marzo de 2024. Radicado 18001-23-33-000-2015-00105-01 (62848).



Precisado lo anterior, en el presente caso se tiene que la parte demandante, vía acción de lesividad, demanda la nulidad de la Resolución No. 168 de 2015, porque fue proferida con infracción de la ley. A juicio de la parte demandante, el desequilibrio económico del contrato no se configuró puesto: (i) que INCAS S.A.S. presentó la oferta en pesos colombianos indicando que el valor del contrato incluía unos descuentos legales propios de este tipo de contratos, sin tener en cuenta la cotización real del peso colombiano frente al dólar, ni prever el riesgo de fluctuación de la moneda, el cual es previsible en las transacciones realizadas en el mercado cambiario; (ii) que el contratista suscribió el contrato aceptando los precios presentados por este mismo en su cotización de acuerdo con las características técnicas exigidas en el contrato, por ende no podía exigirle a la entidad contratante el reconocimiento de mayores valores, los cuales debió tener en cuenta en virtud del principio de planeación al momento de la suscripción; (iii) que la entidad giró el anticipo el 22 de mayo de 2015, lo cual le permitía al contratista adelantar la negociación de los bienes en el exterior manteniendo los precios cotizados antes del alza del dólar; (iv) que el contrato finalizó con la solicitud de ajuste de precios por desequilibrio económico, y que no existieron prórrogas ni adiciones que hicieran variar las condiciones del contrato inicial, salvo la modificación en la forma de pago para cancelar el valor del mismo antes del tiempo previsto en el plazo de ejecución; y (v) que la entidad contratante recibió los bienes objeto del contrato a satisfacción.

El Tribunal en la sentencia de primera instancia declaró la nulidad de la Resolución No. 168 de 2015 por considerar que esta fue proferida con desconocimiento de las normas en que debía fundarse, por cuanto: (i) pese a que la distribución de los bienes objeto del contrato era exclusiva del contratista y este estaba obligado a adquirirlos única y exclusivamente a través de la sociedad Green Life, INCAS S.A.S adquirió los bienes a través de la empresa importadora SECOLL S.A.S. y en el proceso no se acreditó que esta fuera una importadora exclusiva de Green Life a INCAS S.A.S.; (ii) no existió desequilibrio económico porque no se configuró la teoría de la imprevisión, dado que el alza del dólar no cumple con el elemento sorpresa que constituya una circunstancia imprevisible y ajena a las partes, toda vez que ello ocurrió como consecuencia de la caída en los precios del petróleo, de manera que, para la fecha en la que se suscribió el contrato, era de conocimiento de las partes esta crisis y su incidencia directa en la fluctuación de la moneda; (iii) el contratista contaba con el dinero entregado por concepto de anticipo desde el mes de mayo, con el cual pudo haber negociado los bienes que debía entregar al Departamento pero no gestionó oportunamente esos recursos y con ello asumió el



riesgo del incremento del dólar respecto al peso colombiano y (iv) la Resolución No. 168 de 2015 fue expedida sin contar con el visto bueno del Secretario Jurídico del Departamento desconociendo el debido proceso, pues el concepto financiero en el que se fundamentó no correspondía al de la Oficina Asesora Jurídica.

Por su parte, la sociedad INCAS S.A.S. en su recurso de apelación solicita que se revoque la sentencia de primera instancia con fundamento en los siguientes reparos: (i) era irrelevante el hecho de que los bienes se hubiesen importado a través de SECOLL S.A.S. pues ello no implicó un incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, además, a pesar del desequilibrio económico este cumplió con el objeto del contrato a cabalidad; (ii) sí se configuró el desequilibrio económico del contrato debido al hecho imprevisible consistente en la fluctuación de la moneda durante su ejecución, aspecto que ni la Administración podía prever pues de ser así no le hubiese exigido presentar la propuesta en pesos colombianos; (iii) la entidad no incluyó en los estudios previos un “*riesgo de mercado*” frente a eventos tales como la fluctuación de la tasa de cambio del dólar y no podía trasladarle al contratista la carga de asumir cualquier tipo de riesgo sin limitación alguna; (iv) el Tribunal no tuvo en cuenta que la factura expedida por la empresa Green Life es del 28 de mayo de 2015, es decir que 6 días después del desembolso del anticipo los bienes fueron adquiridos y a pesar de la pérdida en la utilidad el contratista cumplió con el objeto del contrato y; (v) no estaba probado que la resolución debía contar con el visto bueno de la Secretaría Jurídica para su expedición, pues ni la entidad ni el *a quo* refirieron un sustento legal o la normativa interna de la entidad en la que se exigiera dicho requisito.

A partir de lo anterior, se advierte que en el fallo de primera instancia el Tribunal se pronunció sobre aspectos que no fueron alegados en la demanda, particularmente en lo que atañe al hecho de que los bienes se hubiesen importado a través de la sociedad SECOLL S.A.S y al hecho de que la Resolución No. 168 de 2015 fue expedida sin contar con el visto bueno del Secretario Jurídico del Departamento desconociendo el debido proceso, por lo que la Sala se abstendrá de examinar en segunda instancia esos planteamientos -aun cuando fueron objeto de pronunciamiento en el recurso de apelación-, pues de adentrarse en su estudio se estaría desconociendo el principio de congruencia.



Al respecto, es menester anotar que de conformidad con lo establecido en el artículo 281²⁹ del CGP, que consagra el principio de congruencia, debe existir consonancia o coherencia correlativa entre la providencia judicial y las pretensiones y los hechos que se aducen en la demanda, así como las excepciones propuestas³⁰⁻³¹. De este modo, si se resuelven aspectos no pretendidos en la demanda se estaría dictando un fallo *extra petita*; si se condena más allá de lo pedido se trataría de una providencia *ultra petita*; y si no se resuelven todas las pretensiones o las excepciones, la decisión sería *infra* o *citra petita*³².

En diversas oportunidades esta Corporación se ha referido al principio de congruencia de las sentencias como uno de los principios orientadores de las decisiones judiciales, a propósito del cual ha señalado que:

“En efecto, el campo de la controversia jurídica y de la decisión del juez, encuentra su límite en las pretensiones y hechos aducidos en la demanda y en los exceptivos alegados por el demandado; por tanto no le es dable ni al juez ni a las partes modificar la causa petendi a través del señalamiento extemporáneo de nuevos hechos, o a través de una sutil modificación de las pretensiones en una oportunidad diferente a la legalmente prevista para la modificación, adición o corrección de la demanda, respectivamente, so pena de incurrir en la violación al principio de congruencia. El actor sólo cuenta con dos oportunidades para precisar la extensión, contenido y alcance de la controversia que propone, es decir para presentar el relato histórico de los hechos que originan la reclamación y para formular las pretensiones correspondientes: la demanda y la corrección o adición de la misma, de acuerdo con dispuesto en los artículos 137, 143, 170 y 208 del Código Contencioso Administrativo.

Sobre los anteriores lineamientos se asienta el principio procesal de ‘la congruencia de las sentencias’, reglado por el Código de Procedimiento, el cual atañe con la consonancia que debe existir entre la sentencia y los hechos y pretensiones aducidos en la demanda (art. 305), que garantiza el derecho constitucional de defensa del demandado, quien debe conocer el terreno claro de las imputaciones que se le formulan en contra. El juez, salvo los casos de habilitación ex lege, en virtud de los cuales se le faculta para adoptar determinadas decisiones de manera oficiosa, no puede modificar o alterar los hechos ni las pretensiones oportunamente formulados, so pena de generar una decisión incongruente”³³.

²⁹ En la actualidad este principio se encuentra consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, cuyo texto es el siguiente: “Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio(...).”

³⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 18 de diciembre de 2020, Rads.: 62573, 64129 y 64270, del 19 de noviembre de 2020, Rad.: 65854 y del 5 de marzo de 2021, Rad.: 65440.

³¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 31 de octubre de 2016, Rad.: 59949 y del 27 de noviembre de 2017, Rad.: 59913.

³² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de marzo de 2020, Rad.: 64627A.

³³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de marzo de 2006, Rad. 15.898.



De otra parte, cabe precisar que, si bien en la demanda la parte actora invoca la presunta infracción de la ley como vicio de nulidad, lo cierto es que el sustento de su censura se dirige, en estricto sentido, a cuestionar la motivación del acto administrativo. En efecto, la demandante sostiene que los fundamentos fácticos y jurídicos que sirvieron de soporte para declarar el desequilibrio económico del contrato no correspondían con la realidad, en tanto, a su juicio, no se configuraron los supuestos que daban lugar al restablecimiento económico reconocido por la Administración.

Bajo el anterior contexto, la Sala, en ejercicio de la facultad excepcional de interpretar la demanda, procederá a examinar en segunda instancia la legalidad del acto acusado a la luz del vicio de falsa motivación³⁴, en virtud de lo cual resolverá el siguiente problema jurídico:

Corresponde a la Sala establecer si, de conformidad con los hechos probados, la Resolución No.168 del 19 de noviembre de 2015, mediante la cual se reconoció el desequilibrio económico del contrato No. 547 de 2015 y se ordenó el pago de una suma en favor de INCAS S.A.S., adolece de falsa motivación y si, con fundamento en ello, hay lugar a declarar su nulidad y en consecuencia ordenar al Departamento, a título de restablecimiento del derecho, que se abstenga del pago de la suma reconocida en dicho acto administrativo.

En tal sentido, de cara a los reparos de la demanda y del recurso de apelación, en contraste con la motivación del acto administrativo cuestionado, habrá de determinar si en el presente caso estaban dadas las condiciones para reconocer el desequilibrio económico del contrato, por cuanto el contratista: (i) no previó el riesgo de fluctuación de la moneda el cual es previsible en las transacciones realizadas en el mercado cambiario; (ii) suscribió el contrato aceptando los precios presentados por este mismo en su cotización de acuerdo con las características técnicas exigidas en el contrato; y (iii) contaba con los recursos del anticipo para adquirir los bienes objeto del contrato y no lo hizo oportunamente asumiendo el riesgo del alza del dólar, aspectos que fueron objeto de pronunciamiento del Tribunal y respecto de los cuales el recurrente formuló reparos concretos.

³⁴ Excepcionalmente el juez de lo contencioso administrativo puede interpretar la demanda, siempre que el derecho de defensa del demandado no resulte afectado, no exista una variación de la causa petendi, ni de las pretensiones de la demanda y la acción a la que se adecua no haya caducado. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de abril de 2014, Rad: 26870.



6. Solución al problema jurídico

Bajo esta óptica, antes de resolver el problema jurídico planteado, se procederá a establecer cuáles son los hechos probados que resultan jurídicamente relevantes para decidir la controversia sometida a juicio en esta instancia y se relacionarán las pruebas relevantes para resolver el caso *sub judice*. Posteriormente, se hará referencia al régimen del contrato de compraventa No. 547 del 30 de abril de 2015 y se expondrán unas consideraciones generales sobre el equilibrio económico del contrato.

6.1. Hechos probados

En el caso concreto, la Sala analizará los documentos aportados al proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 246³⁵ del CGP y los testimonios recaudados, en virtud de lo prescrito en el artículo 211³⁶ del mismo estatuto.

De la etapa precontractual

6.1.1. Mediante oficio del 24 de marzo de 2015, el señor Daniel Ernesto Castiblanco Mendoza, Secretario de Gobierno y Seguridad del Departamento le solicitó al Departamento Administrativo de Planeación Departamental la expedición del certificado para ejecución de recursos del proyecto para la *“Adquisición de Equipos purificadores de agua para consumo humano con destino a la Séptima Brigada, Departamento Meta, el cual hace parte del Proyecto programa “APOYO A LOS ORGANISMOS DE SEGURIDAD E INVESTIGACION QUE CONFORMAN EL FONSET DEL DEPARTAMENTO DEL META, ORINOQUÍA” radicado en el BPPDM bajo el número 131/2013-POAI 2014”*³⁷.

6.1.2. El 25 de marzo de 2015, la Oficina Técnica de Inversión Pública del Departamento Administrativo de Planeación Departamental certificó que el proyecto para la adquisición de los purificadores de agua se encontraba registrado en el

³⁵ “Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

³⁶ “ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

³⁷ Fls.26 a 28, C.1.



Banco de Programas y Proyectos de Inversión Departamental. En este certificado se precisó que los componentes a ejecutar en este proyecto era la *“adquisición de 2.064 filtros portátiles purificadores de agua para consumo humano, tipo botella de 750 ml y 115 tipo Bidon de 18.5 litros, con destino a la Séptima Brigada del Ejército. Por valor total de \$2.047.350.000”*³⁸.

6.1.3. El 6 de abril de 2015, el gerente de presupuesto de la Gobernación del Meta, expidió el certificado de disponibilidad presupuestal para la adquisición de los filtros purificadores de agua en el marco del proyecto de apoyo a los organismos de seguridad e investigación que conforman el FONSET del Departamento, por el valor de \$2.047.350.000³⁹.

6.1.4. El 13 de abril de 2015, la Oficina de Asuntos Contractuales de la Secretaría Jurídica del Departamento expidió el certificado en el que consta que los elementos a adquirir se encontraban incluidos en el Plan Anual de Adquisiciones de la vigencia 2015, por solicitud del Secretario de Gobierno y Seguridad ⁴⁰.

6.1.5. El 20 de abril de 2015, la Secretaría de Gobierno y Seguridad elaboró los estudios previos⁴¹. En este documento se estableció que el objeto a contratar era la *“ADQUISICIÓN DE FILTROS PURIFICADORES DE AGUA PARA CONSUMO HUMANO DE USO MILITAR CON DESTINO A LA SÉPTIMA BRIGADA DEL EJÉRCITO EN EL DEPARTAMENTO DEL META”*, que el presupuesto estimado para el contrato era de \$2.047.350.000 del cual se desembolsaría, en primer lugar, un anticipo del 30% del valor del contrato y luego, se realizaría un pago final del 70% del valor del contrato sujeto a la acreditación de pagos de seguridad social, el informe de actividades elaborado por el contratista, el informe elaborado por el supervisor del contrato y la certificación del supervisor del cumplimiento de las obligaciones contractuales y de seguridad social por parte del contratista y, en cuanto al tiempo de ejecución del contrato, se estableció que este sería de 5 meses.

Igualmente, se describió la necesidad, oportunidad y conveniencia para la celebración del contrato, se señalaron las especificaciones técnicas de los productos a adquirir y en el estudio económico se concluyó que luego de realizar el estudio del sector y de acuerdo con las especificaciones técnicas de los productos, *“solo existe un distribuidor exclusivo para Colombia y es la compañía INCAS S.A.S.”*

³⁸ Fl.29, C.1.

³⁹ Fl.32, C.1.

⁴⁰ Fl.33, C.1.

⁴¹ Fls. 34 a 50, C.1.



de ahí que ante la inexistencia de pluralidad de oferentes la modalidad de selección sería la contratación directa.

En relación con la propuesta económica, se previó que esta debía *“cotizar todos y cada uno de los ítems establecidos y el valor de la propuesta deberá establecerse en pesos colombianos; no se aceptarán precios en otras monedas. Las sumas cotizadas por el contratista no estarán sujetas a ajustes; igualmente se entenderá que dichas sumas contemplan la totalidad de los costos en que incurrirá el contratista para la ejecución y cumplimiento del contrato, razón por la cual el DEPARTAMENTO no reconocerá costo adicional alguno por este concepto. Los precios unitarios deberán indicarse en pesos colombianos, deberán ajustarse al peso, bien sea por exceso o por defecto y deberán cubrir todos los costos que implique la ejecución del contrato”*.

En punto del análisis de tipificación y distribución de los riesgos, en los estudios previos se indicó que los riesgos previsibles involucrados en la contratación como posibles generadores de desequilibrio económico del contrato eran los siguientes:

- a. Que el contratista incumpla con la entrega de los filtros por dificultades en la importación, cuya consecuencia sería el retraso en la entrega y se calificó como de rara probabilidad, de impacto menor y con prioridad baja.
- b. La pérdida y/o hurto de los elementos, el cual se calificó como de rara probabilidad, de impacto catastrófico y de prioridad alta.

Finalmente, en cuanto a las garantías se estableció que para la suscripción del contrato y teniendo en cuenta la matriz de riesgos establecida, el contratista debía constituir en favor del Departamento una garantía de cumplimiento de las obligaciones contractuales cuya vigencia se mantendría hasta la liquidación y se debía ajustar a *“los límites, exigencias y extensión del riesgo amparado”*. Asimismo, se señaló que consistirían en pólizas expedidas por aseguradoras autorizadas para funcionar en Colombia o en garantía bancaria expedida por un banco local.

6.1.6. Mediante oficio de la misma fecha -20 de abril de 2015- el Secretario de Gobierno y Seguridad del Departamento le remitió invitación a presentar propuesta económica al señor Herson Libardo Hernández, gerente general de INCAS S.A.S.



para desarrollar el objeto del contrato⁴². En la invitación se precisó que la propuesta económica debería presentarse en pesos colombianos, se indicaron las cantidades y características técnicas de los productos requeridos y se remitió al contratista copia de los estudios previos.

6.1.7. El 22 de abril de 2015, INCAS S.A.S presentó la propuesta económica en la que cotizó los filtros purificadores de agua de uso militar marca “LIFESAVER Systems” con precios en pesos colombianos a marzo de 2015 y previendo un tiempo de entrega de 5 meses, así:

Imagen de Muestra	Descripción	Precio por Unidad
	Botella LIFESAVER 6.000 Litros.	\$ 900.000.00
	Bidón LIFESAVER 20.000 Litros	\$ 1.650.000.00

Asimismo, en la oferta se indicó que los precios “incluyen IVA, impuestos municipales, departamentales y/o regionales”.

6.1.8. El 27 de abril de 2015, la Secretaría de Gobierno y Seguridad expidió la Resolución No. 028 de 2015 por medio de la cual declaró justificada la celebración del contrato de compraventa por la modalidad de contratación directa por no existir pluralidad de oferentes, toda vez que, según el estudio del sector, para el objeto a contratar, esto es, la adquisición de filtros purificadores de agua para consumo humano de uso militar con destino a la Séptima Brigada del Ejército en el Departamento del Meta, existía un distribuidor exclusivo para Colombia del producto, esto es, INCAS S.A.S.⁴³.

De la celebración y ejecución del contrato

6.1.9. El 30 de abril de 2015, el Departamento y la sociedad INCAS S.A.S. suscribieron el contrato de compraventa No. 547 de 2015 el cual se regiría por “lo consagrado en: Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y Decreto 1510 de 2013”, según

⁴² Fls. 59 y 60, C.1.
⁴³ Fls. 105 a 108, C.1.



consta en copia simple del negocio jurídico⁴⁴. De acuerdo con las cláusulas primera y segunda de dicho documento, el objeto del contrato era la *"ADQUISICIÓN DE FILTROS PORTATILES PURIFICADORES DE AGUA DE USO MILITAR PARA CONSUMO HUMANO CON DESTINO A LA SÉPTIMA BRIGADA DEL EJÉRCITO EN EL DEPARTAMENTO DEL META"* por el valor de \$2.047.350.000,

En cuanto a la forma de pago, en la cláusula tercera se pactó que el Departamento giraría el 30% del valor del contrato como anticipo, una vez perfeccionado el contrato, elaborado el plan de inversión del anticipo y suscrita el acta de inicio y que el 70% restante se pagaría una vez el contratista presentara informe final al supervisor, este certificara el cumplimiento de la ejecución, se suscribiera acta de finalización y acta de liquidación y se cumpliera con los requisitos para el reconocimiento y pago por parte de la Secretaría de Hacienda.

En la cláusula cuarta se acordó que el término de ejecución del contrato sería de 5 meses contados a partir del acta de inicio, la cual debía firmarse dentro de los 5 días siguientes al nombramiento del supervisor.

En punto de las obligaciones de la entidad contratante, en la cláusula séptima se previeron las siguientes: (i) constituir la reserva presupuestal que garantice el giro de los recursos del contrato; (ii) cancelar el valor pactado en el contrato en las condiciones establecidas siempre y cuando el supervisor certifique el cumplimiento del objeto contractual; (iii) nombrar un funcionario como supervisor del contrato; (iv) las demás estipuladas en el Decreto 1510 de 2013 y las que se desprendan de la naturaleza del contrato de compraventa.

En relación con las obligaciones del contratista, en la cláusula octava se acordaron las siguientes:

"1) Suministrar la cantidad de 2.064 unidades de filtros con capacidad de 750 ml y 115 bidones con capacidad para 5 galones.

2) Los elementos a suministrar deben ser nuevos y deben ser a recibir entregados en perfecto estado físico, técnico y de funcionamiento.

3) Realizar la entrega de los elementos en las instalaciones del almacén departamental previa verificación del personal designado por la séptima brigada que certifiquen que las características técnicas de los elementos corresponden a los del objeto del contrato, el estado y funcionamiento de los mismos, de lo anterior se levantará un acta.

4) Mantener estricta reserva y confidencialidad sobre la información que conozca con causa o con ocasión del contrato.

⁴⁴ Fls. 109 a 118, C.1.



- 5) *Presentar al supervisor un informe con soporte fotográfico y certificación del almacén departamental.*
- 6) *Contar con un personal idóneo para el desarrollo del presente contrato.*
- 7) *Capacitar a 5 funcionarios asignados por la séptima brigada sobre el funcionamiento operación y mantenimiento de los elementos a suministrar en el municipio de Villavicencio.*
- 8) *Acatar las sugerencias de la supervisión encaminadas a mejorar el proceso.*
- 9) *Presentar factura de compraventa para cancelación respectiva de los elementos comprados.*
- 10) *Garantizar la afiliación ante el sistema de seguridad social integral en los términos establecidos en la ley 100 de 1.993, (EPS, Fondo de Pensiones y ARL) y presentar constancia de pago durante la ejecución del contrato por dichos conceptos expedida por la respectiva entidad de seguridad social o en su defecto en fotocopia el recibo de pago legible y vigente junto con la copia de la planilla de pago durante la ejecución del contrato.*
- 11) *El contratista dentro del monto del contrato debe garantizar los gastos de transporte, materiales, insumos de apoyo logístico necesarios para el desarrollo del objeto del contrato”.*

En lo atinente a las garantías, en la cláusula décima se previó que el contratista constituiría una garantía que amparara el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, cuya vigencia debía mantenerse durante la ejecución y liquidación, mediante pólizas expedidas por compañías de seguros autorizadas para funcionar en Colombia, la cual debería amparar los siguientes riesgos: (i) cumplimiento, por el 10% del valor total del contrato por un término igual a su ejecución y 4 meses más; (ii) calidad y correcto funcionamiento de los bienes entregados por un valor equivalente al 10% del valor del contrato con vigencia mínima de 6 meses a partir de la fecha de entrega; (iii) buen manejo y correcta inversión del anticipo, por el 100% del valor del anticipo y un término igual al de ejecución y 4 meses más; (iv) responsabilidad civil extracontractual, vigente durante el término de ejecución del contrato y (v) pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales vigente por el término de ejecución del contrato y 3 años más y cuyo valor no fuera inferior al 5% del valor total del contrato.

6.1.10. Mediante acta modificatoria del 13 de mayo de 2015, se aclaró y modificó cláusula décima del contrato No. 547 de 2015, en lo que respecta a la garantía de calidad y correcto funcionamiento de los bienes entregados, en el sentido de establecer que la vigencia de esta sería igual al término de ejecución del contrato y cuatro meses más⁴⁵.

6.1.11. El 5 de mayo de 2015, la aseguradora Confianza expidió garantía única de cumplimiento mediante la póliza No. 27 GU 016713 en favor del Departamento⁴⁶.

⁴⁵ Fls.119 y 120, C.1.

⁴⁶ Fls. 125 y 126, C.1.



Dicha garantía fue aprobada por el jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales del Departamento, por acta del 13 de mayo de 2015⁴⁷.

6.1.12. El 15 de mayo de 2015, el señor Herson Libardo Hernández Rodríguez, representante legal de INCAS S.A.S., y la señora Alis Julia Penagos González, supervisora del contrato, suscribieron acta de inicio del contrato de compraventa No. 547 de 2015⁴⁸. En el acta se señaló como fecha de finalización del contrato el 14 de octubre de 2015.

6.1.13. En la misma fecha, la supervisora expidió certificado autorizando el pago del anticipo del 30% del valor del contrato, esto es, la suma de \$614.205.000 en favor de INCAS S.A.S., como dan cuenta las copias simples de dicho certificado y del documento denominado *“reconocimiento y pago para contrato y convenios (anticipo)”*⁴⁹.

6.1.14. El 22 de mayo de 2015, el gerente de tesorería del Departamento realizó el giro del anticipo por la suma de \$614.205.000 en favor de INCAS S.A.S., según consta en copia simple del comprobante de egreso No. 5800⁵⁰.

De la solicitud de reajuste por desequilibrio económico del contrato y la terminación del contrato

6.1.15. El 26 de agosto de 2015, INCAS S.A.S. presentó ante la Secretaría de Gobierno y Seguridad del Departamento solicitud de ajuste de precios por desequilibrio económico del contrato, toda vez que, debido al alza extraordinaria del dólar y la consecuente devaluación del peso colombiano, debió incurrir en mayores costos para la importación de los bienes adquiridos en virtud del contrato de compraventa No. 547 de 2015, circunstancia que, a su juicio, constituía un riesgo contractual “previsible” que debía ser objeto de reajuste o corrección de precios, como da cuenta copia simple de dicho documento⁵¹.

En esta petición el contratista puso de presente dicha situación, en los siguientes términos:

⁴⁷ Fl.130, C.1.

⁴⁸ Fl. 131, C.1.

⁴⁹ Fls. 132 a 135, C.1.

⁵⁰ Fl.142, C.1.

⁵¹ Fls.158 a 161, C.1.



“(…) Los anteriores supuestos, entre muchos otros, pueden tener incidencia en los precios de los bienes y servicios y, aunque pueden ser previsibles en cuanto a su ocurrencia, son imprevisibles en cuanto a sus efectos cualitativos, cuantitativos y temporales (frecuencia); por tal razón, su estimación es compleja, como complejo es el darles tratamiento de riesgo previsible; además, son incontenibles, inevitables e irresistibles.

Uno de esos riesgos previsibles en una economía inflacionaria como la nuestra, es el económico, que se produce como consecuencia de la fluctuación, el incremento continuo y generalizado o la disminución del valor de los bienes, servicios y factores productivos, a lo largo del tiempo; por esa razón, con el objeto de prefiar las consecuencias futuras, previsibles y evitar que el riesgo impacte de forma grave la economía del contrato, las partes deben pactar, siempre que resulte viable, cláusulas de estabilización, reajustes o corrección de precios, para que el contratista reciba una contraprestación real y equivalente a la prestación ejecutada (...) los productos objeto de la compraventa contratada son de origen extranjero y por ende adquiridos fuera del país bajo las condiciones financieras que el mercado y la economía reflejan en la moneda nacional! frente al dólar como moneda de adquisición de bienes y servicios dentro del comercio internacional, siendo respecto a la devaluación del peso frente al dólar que en este momento desde la fecha de suscripción del contrato (...) el valor de la moneda nacional ha perdido su poder adquisitivo en un 34,5% desde el mes de abril del presente año hasta la fecha así- abril 30 del 2015 tasa representativa del dólar 2388,06 pesos por dólar, agosto 25 del 2015 tasa representativa del dólar 3208,37 pesos por dólar- determinando que esta depreciación de la moneda se aplique frente a no solo la adquisición y pago en fábrica de los elementos del suministro contratado sino en los gastos de legalización y carga impositiva de la importación, determinando en el contrato global una pérdida en el porcentaje anteriormente mencionado y que determina la revisión y ajuste, bien sea adicionando un mayor valor por elemento a entregar de conformidad al índice de devaluación del peso frente al dólar en las fechas mencionadas o permitir el ajuste de precios en los elementos aceptándose la entrega de un menor número de bienes hasta copar el valor del contrato(...) Lo anterior, es lo que está generando un desequilibrio económico en más de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (...) ya que los bienes objeto de la compraventa tendrían un valor de: JERRYCAN DE 20.000 LITROS (MILITAR)= \$2.219.250,00 BOTELLA DE 6.000 LITROS (MILITAR)= \$1.210.500,00”.

6.1.16. La anterior solicitud fue reiterada mediante oficios del 4⁵², 21⁵³ y 29⁵⁴ de septiembre de 2015.

6.1.17. En el oficio presentado el 21 de septiembre de 2015, el contratista allegó copia de la factura No.1001 expedida el 16 de septiembre por la empresa Soluciones Ecológicas de Colombia y Latinoamérica S.A.S. (SECOLL S.A.S), empresa importadora de los filtros a INCAS S.A.S. por la compra de los bienes por valor de \$2.078.312.040 y solicitó que en vista de que estos ya se encontraban en la ciudad para su entrega, mientras se resolvía la solicitud de reajuste de precios, se realizara el recibo formal de los bienes y se esperara a la liquidación para verificar si el reajuste de precios era aprobado o no, a efectos del pago final del contratista.

⁵² Fls.170 y 171, C.1.

⁵³ Fls.172 y 173, C.1.

⁵⁴ Fls.154 a 157, C.1.



6.1.18. En la solicitud radicada el 29 de septiembre de 2015, el contratista expuso que teniendo en cuenta que los bienes entregados son importados, fueron cotizados con el precio del dólar oficial al momento de presentación de la oferta, y que su valor incrementó con los costos directos e indirectos de las tasas e impuestos, además de la depreciación del peso colombiano frente al dólar de 34,5% respecto de la fecha en que se suscribió el contrato y la fecha en que se nacionalizaron los filtros, esto es, el 4 de septiembre de 2015. Finalmente, puso de presente que su solicitud se hacía *“ante la pública y contundente evidencia del alza inesperada y desproporcionada del dólar en tan corto tiempo (...)”*.

6.1.19. Mediante oficio No.114200-356 del 24 de septiembre de 2015, el señor Miller Oswaldo Villamizar Rojas, jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales de la Secretaría Jurídica del Departamento, dio respuesta al oficio presentado por el contratista el 21 de septiembre, el cual le fue remitido por el Secretario de Gobierno y Seguridad para que conceptuara si era procedente o no el reajuste de precios por desequilibrio económico⁵⁵. En dicho documento, manifestó que *“una vez hecho el análisis contable y financiero, dicho desequilibrio, no sería de acuerdo a la cuantía determinada por el contratista, si no de acuerdo a la cuantía que arrojó el análisis contable, el cual se adjunta al presente documento”* y le remitió copia del concepto financiero elaborado el 23 de septiembre de 2015 por la contadora Ángela Patricia Zamudio Marín, en el cual, luego de analizar el comportamiento de la TRM y la diferencia en el valor de los elementos en la factura del 16 de septiembre de 2015, estableció que se podía restablecer un equilibrio económico del contrato en \$24.443.526⁵⁶.

6.1.20. El 25 de septiembre de 2015, el almacén del despacho del Gobernador y Secretaría expidió el comprobante de entrada de devolutivos No.638 en el cual consta la entrega de 64 *“filtros potabilizadores de agua portátiles”* y 115 *“bidones con filtros con capacidad para 5 galones”* adquiridos en virtud del contrato de compraventa No. 547 de 2015 por el valor de \$2.047.350.000⁵⁷. En la misma fecha se hizo entrega de dichos bienes al sargento Ricardo Benítez Cardona, almacenista de intendencia de la Séptima Brigada del Ejército, según consta en copia del memorando de salida de elementos devolutivos elaborado por la Gerencia Administrativa y de Recursos Físicos de la Secretaría de Gobierno y Seguridad del Departamento⁵⁸.

⁵⁵ FI.143, C.1.

⁵⁶ Fls.293 y 294, C.1.

⁵⁷ Fls.148 y 149, C.1.

⁵⁸ FI.50, C.1.



6.1.21. Está acreditado que INCAS S.A.S. hizo entrega de los bienes objeto del contrato No. 547 de 2015 en su totalidad, cumpliendo con las características técnicas correspondientes y en perfecto estado y funcionamiento⁵⁹.

6.1.22. El 30 de septiembre de 2015, las partes suscribieron acta modificatoria del contrato de compraventa No. 547 de 2015, en la cual se acordó modificar la cláusula tercera del contrato relativa a la forma de pago, en el sentido de disponer el pago del 70% restante del valor del contrato una vez se suscriba el acta de finalización⁶⁰.

En las consideraciones del acta referida se indica que ante la solicitud presentada por INCAS S.A.S. en la que pidió que se realizara el pago del 70% restante del valor del contrato mientras se resolvía la solicitud de ajuste de precios por desequilibrio económico y teniendo en cuenta que el 25 de septiembre de 2015 el contratista entregó el 100% de los filtros cumpliendo todas las obligaciones del contrato y que únicamente estaba pendiente el acta de liquidación final, para evitarle perjuicios al contratista era necesario modificar la cláusula tercera del contrato, mientras se resolvía la petición de reajuste de precio.

Finalmente, en el numeral segundo del acta modificatoria se previó que *“La liquidación del contrato de COMPRAVENTA No.547 de 2015, se hará una vez se resuelva la petición presentada por el contratista, relacionada al ajuste de precios por desequilibrio económico”*.

6.1.23. En la misma fecha, las partes suscribieron el acta de finalización del contrato de compraventa No. 547 de 2015⁶¹.

6.1.24. Está probado que el mismo día la supervisora del contrato expidió certificado autorizando el pago de \$1.433.145.000 en favor de INCAS S.A.S. correspondientes al 70% restante del valor del contrato⁶²⁻⁶³.

6.1.25. El 19 de octubre de 2015, el contador Fernando Andrade, profesional especializado de la Oficina de Asuntos Contractuales, realizó **concepto financiero** sobre la solicitud de reajuste de precios presentada por el contratista, en el que

⁵⁹ Fl.152, C.1.

⁶⁰ Fls. 175 a 182, C.1.

⁶¹ Fls.203 y 204, C.1.

⁶² Fls.187 a 190, C.1.

⁶³ Fls.201 y 202, C.1.



estableció con base en consideraciones económicas y financieras que se debía ajustar el valor del contrato en \$415.612.050 debido a que entre la fecha en que se firmó el acta de inicio y la fecha en la que se efectuó la declaración de importación de los bienes objeto del mismo, el dólar tuvo una variación del 29%, lo cual determinó una diferencia en el valor de estos⁶⁴.

En este documento, antes de cuantificar el monto en el que, a juicio del contador, se debía ajustar el valor del contrato, se realizó un análisis general sobre “los cambios ocurridos en la economía nacional e internacional, y como estos cambios han afectado la tasa representativa del mercado”. Al respecto, en primer lugar, se hizo referencia a la TRM que operó en el 2015 según los índices del Banco de la República; posteriormente, se hicieron consideraciones en cuanto a qué es la TRM, su fluctuación, que Colombia era considerado un mercado emergente; luego se señaló que “con base en la devaluación del peso colombiano sufrida en los últimos meses la cual ha afectado profundamente a quienes importan productos y servicios” el contratista presentó su solicitud de reajuste de precios en virtud del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y se transcribió la norma en cuestión y, finalmente, realizó sus conclusiones desde el punto de vista financiero, en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta la información del contrato en mención, la cotización inicial fue la siguiente:

CANT	DESCRIPCION	VALOR UNITARIO COTIZACION INICIAL	VALOR TOTAL COTIZACION INICIAL	VALOR UNITARIO EN DOLARES	VALOR TOTAL EN DOLARES
115	JERRY CAN O BIDON DE 20.000 UF (MILITAR)	1.650.000	189.750.000	690,94	79.457,80
2064	BOTELLAS DE 6.000 UF (MILITAR)	900.000	1.857.600.000	376,87	777.869,90
VALOR TOTAL INICIAL DE LA COMPRA			2.047.350.000		857.327,70

El acta de inicio del contrato 547 de 2015 se firmó el 30 de abril de 2015, para el 22 de mayo de 2015 se efectuó el anticipo correspondiente al 30% del contrato, equivalente a \$614,205,000.00 SEISCIENTOS CATORCE MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL PESOS M/CTE, y para el 11 de septiembre fecha en la que efectúa la declaración de importación, el dólar tuvo una variación e incremento del 29%, lo que determina una diferencia del valor de los productos a suministrar de la cotización inicial teniendo como referencia el 30 de abril fecha de la firma del acta inicio del contrato 547 de 2015 y el 11 de septiembre de 2015, así:

⁶⁴ Fls. 217 a 227, C.1.



DATOS DE LA COMPRA CON EL VALOR DEL DÓLAR AL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2015, es decir con un 29% de incremento.					
CANT.	DESCRIPCION	VALOR UNITARIO DE LOS PRODUCTOS EN PESOS	VALOR TOTAL DE LA COMPRA EN PESOS	VALOR UNITARIO DE LOS PRODUCTOS EN DOLARES	VALOR TOTAL DE LA COMPRA EN DOLARES
115	JERRY CAN O BIDON DE 20.000 UF (MILITAR)	2.128.500	244.777.500	690,94	79.459
2064	BOTELLAS DE 6.000 UF (MILITAR)	1.161.000	2.396.304.000	376,88	777.877
VALOR TOTAL DE LA COMPRA AJUSTADA			2.641.081.500		857.335

La diferencia total en pesos colombianos entre los valores de la cotización inicial y los valores para el 02 (sic) de septiembre de 2015, fecha del acta de reconocimiento de mercancías, asciende a \$593,731,500,00, QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE. Sin embargo, la gobernación del Meta, ya ha cancelado el 30% del valor del contrato, por lo que el ajuste que se considera pertinente realizar es al 70% del valor del contrato restante, es decir del 100% de la diferencia que corresponde a \$593.731.500,00, se debería ajustar en un 70% así:

DIFERENCIA TOTAL	\$593.731.500,00
70% DE LA DIFERENCIA	\$415.612.050,00

Se concluye entonces que el valor en el que se debería ajustar es \$415,612,050,00 CUATROCIENTOS QUINCE MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL TRECIENTOS CINCUENTA PESOS, debido a que la Gobernación del Meta contrato con el señor HERSON LIBARDO HERNANDEZ RODRIGUEZ, representante legal de INCAS S.A.S, la “ADQUISICION DE FILTROS PORTATILES PURIFICADORES DE AGUA DE USO MILITAR PARA EL CONSUMO HUMANO CON DESTINO A LA SEPTIMA BRIGADA DEL EJERCITO EN EL DEPARTAMENTO DEL META”, en el contrato 547 de 2015, aceptando una propuesta económica inicial, que para el 30 de abril de 2015, fue firmada en una acta de inicio del contrato 547 de 2015, y esta cotización fue afectada en un 29% de incremento por el aumento en el precio del dólar, ya que los productos objeto del suministro contratado deben ser importados, lo que genero un desequilibrio económico para EL CONSTRATISTA”.

6.1.26. En el mismo mes -sin día determinado-, el señor Miller Oswaldo Villamizar Rojas, jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales suscribió y remitió al Secretario de Gobierno y Seguridad del Departamento un oficio en el que se pronunció sobre la solicitud de INCAS S.A.S. de restablecimiento del equilibrio económico del contrato No. 547 de 2015 -oficio que sirvió de sustento para la motivación del acto acusado-⁶⁵.

En este documento se hizo referencia de manera general al artículo 27 de la Ley 80 de 1993, posteriormente se citó doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a la aplicación de dicha norma y luego indicó que, en atención a dicha

⁶⁵ Fls. 211 a 216, C.1.



solicitud, se le pidió al contador Fernando Andrade, profesional especializado de la Oficina de Asuntos Contractuales, que elaborara un *“análisis económico financiero de los soportes allegados por el contratista, junto con el expediente contractual, en aras de determinar si efectivamente nos encontramos frente a la figura de desequilibrio económico del contrato estatal No. 547 de 2015 de un lado, y si fuere el caso, estando en presencia de esto, por otro lado, determinar con la mayor exactitud su cuantía y alcance”*.

Luego se hizo alusión al artículo 5 de la Ley 80 de 1993 y se concluyó que, de conformidad con los soportes allegados por el contratista, el alza del dólar fue un hecho *“totalmente imprevisible e inimputable al contratista, así como también ajeno a la entidad contratante”*, pues se presentó una variación de la moneda que estaba fuera del alcance del contrato suscrito entre las partes, toda vez que el aumento del dólar *“llegó a ser de los más altos en los últimos años, tal y como lo refleja la (...) TRM”*.

Igualmente, se refirió en términos generales a jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a los eventos en los que se presenta el rompimiento del equilibrio económico del contrato y sobre la teoría de la imprevisión. Adicionalmente, indicó que en el concepto financiero realizado por el contador Fernando Andrade se estableció la cuantía de la ruptura de la ecuación contractual y con base en ello, adujo que la pérdida del valor del peso colombiano frente al dólar durante el término de ejecución del contrato incidió en el valor de los bienes importados, por lo que debía adoptarse *“el restablecimiento de la relación económica en aras de evitar la lesividad del contratista”*.

Finalmente, señaló que era claro que *“las causas por las cuales el contratista solicita reconocimiento del rompimiento del equilibrio, no resultan (...) imputable a las partes inmersas en la relación jurídica, así mismo, se evidencia un factor preponderante, el cual recae en el hecho de que el contratista, aun sufriendo dicha carga, ejecuto el contrato No. 547 de 2015, tal y como se evidencia con la Factura de Venta No. 1001, así como con el comprobante de entrada al almacén Departamental No. 638 de fecha 25 de septiembre, donde se puede corroborar y verificar la entrega de los elementos contratados. Por otro lado, dentro del presente escrito se expone y deja de manifiesto las conclusiones a las cuales, los mismos documentos soporte, las normas que regulan la materia, la jurisprudencia y doctrina que se ha ocupado del asunto en mención (rompimiento del equilibrio económico), nos ha llevado, en aras de evitar futuros litigios por parte del contratista, en caso de que este considere*



llevar a dicha instancia la presente solicitud incoada, conclusiones que servirán de motivación al acto administrativo, con el cual, se procederá al respectivo pronunciamiento frente al contratista, respecto a la protección de la premisa jurídica consagrada en el Artículo 5 de la Ley 80 de 1993”.

6.1.27. El 19 de noviembre de 2015, el señor Daniel Ernesto Castiblanco Mendoza, Secretario de Gobierno y Seguridad del Departamento, expidió la Resolución No. 168 de 2015, por medio de la cual reconoció el desequilibrio económico del contrato No. 547 de 2015 y ordenó el pago de \$415.612.050 en favor de INCAS S.A.S. por este concepto⁶⁶. La Resolución da cuenta que el funcionario estaba facultado para contratar en virtud del Decreto 0233 del 29 de julio de 2014 y que actuaba en nombre y representación del Departamento.

Como motivación del acto, en primer lugar, se efectuó un recuento de las actuaciones surtidas durante las etapas precontractual y contractual, y posteriormente se hizo referencia a la solicitud presentada por el contratista en torno al reajuste de precios con fundamento en el desequilibrio económico del contrato derivado de la **devaluación del peso colombiano frente al dólar**, circunstancia que, según se afirmó en el acto, le ocasionó un detrimento patrimonial y un desbalance económico al contratista en la adquisición de los bienes objeto del contrato, estimado en la suma de \$706.335.750.

A partir de lo anterior, se realizó un recuento de las actuaciones realizadas por la entidad para resolver la solicitud del contratista indicando lo siguiente: (i) que el 1 de septiembre de 2015 el Secretario de Gobierno y Seguridad le solicitó al jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales, Miller Oswaldo Villamizar, que realizara un estudio jurídico para determinar si era procedente o no el reajuste de precios por desequilibrio económico del contrato No. 547 de 2015; (ii) que el 25 de septiembre se recibieron los bienes objeto del contrato a satisfacción; (iii) que el 30 de septiembre se suscribió el acta de finalización del contrato; (iv) que mediante oficio del 19 de octubre de 2015 el señor Fernando Andrade Rodríguez, profesional universitario de la Oficina de Asuntos contractuales realizó un **análisis financiero** de la solicitud en el que concluyó que, *“para el 11 de septiembre fecha en la que se efectúa la declaración de importación el dólar tuvo una variación e incremento del 29% lo que determina una diferencia del valor de los productos a suministrar de la cotización inicial teniendo en cuenta como referencia el 30 de abril fecha de la firma*

⁶⁶ Fls. 242 a 248, C.1.



del acta de inicio del contrato y el 11 de septiembre de 2015” y estableció en términos económicos que la diferencia entre los valores de la cotización inicial y los del acta de reconocimiento de mercancías ascendía a \$593.731.500; no obstante, teniendo en cuenta que la entidad ya había cancelado el 30% del valor del contrato, el ajuste debía realizarse sobre el 70% restante, por lo cual el valor que debía ajustarse correspondía a la suma de \$415.612.050. En tal sentido, se precisó que el contrato No. 547 fue suscrito, *“aceptando una propuesta económica inicial, que para el 30 de abril de 2015 fue firmada en un acta de inicio (...) y esta cotización fue aceptada (sic) en un 29% de incremento por el aumento en el precio del dólar, ya que los productos objeto del suministro contratado deben ser importados lo que generó un desequilibrio económico para el contratista”*.

Ahora, en lo que respecta a los fundamentos jurídicos, en el acto administrativo se expuso que, mediante oficio de octubre de 2015, el Jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales dio respuesta al Secretario de Gobierno y Seguridad respecto de la solicitud de reajuste presentada y, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, así como en la jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a la teoría de la imprevisión, señaló que:

“la imprevisibilidad (...) es un hecho matemáticamente verificable, que, en el caso concreto, se analizó desde la perspectiva financiera, la cuantía de la reclamación, para lo cual se corrió traslado de la petición del contratista al contador FERNANDO ANDRADE, quien rindió informe financiero estableciendo la cuantía de la ruptura de la ecuación contractual.

En este sentido, efectivamente encontramos una relación directa entre la pérdida del valor nominal de la moneda colombiana frente al dólar americano durante el término de ejecución contractual, hecho notorio que incidió en el valor de los elementos importados con la factura no.1001, para el caso que nos atañe, los bidones y botellas de uso militar con filtro, debiéndose adoptar en extrema justicia el rápido restablecimiento de la relación económica en aras de evitar la lesividad del contratista.

Es claro que las causales por las cuales el contratista solicita el reconocimiento del rompimiento del equilibrio no resultan, en el presente caso (...) imputable a las partes inmersas en la relación jurídica, así mismo, se evidencia un factor preponderante, el cual recae en el hecho de que el contratista, aun sufriendo dicha carga, ejecutó el contrato no. 547 de 2015, tal y como se evidencia con la factura de venta No.1001, así como con el comprobante de entrada al almacén Departamental No. 638 de fecha 25 de septiembre, donde se puede corroborar y verificar la entrega de los elementos contratados”.

Finalmente, en la Resolución se puso de presente que mediante acta No.5 de 2015 del comité de orden público se aprobó el ajuste por desequilibrio económico del contrato, que se hizo una actualización en el proyecto teniendo en cuenta el incremento del dólar en los precios de importación, que el 9 de noviembre de 2015 se expidió un certificado de disponibilidad presupuestal por el valor a ajustar, que en la misma fecha la Oficina de Asuntos Contractuales de la Secretaría Jurídica



certificó que el producto o servicio descrito se encuentra incluido en el Plan Anual de Adquisiciones con vigencia año 2015 y que en consecuencia *“se hace necesario reconocer el desequilibrio económico del contrato No. 547 de 2015 a favor del señor HERSON LIBARDO HERNANDEZ RODRIGUEZ representante Legal de INCAS S.A.S. y ordenar su correspondiente pago”*.

6.1.28. En la misma fecha, se notificó personalmente al representante legal de INCAS S.A.S. el acto administrativo antes relacionado, según consta en copia simple del acta de notificación personal⁶⁷.

6.1.29. Mediante oficio del 27 de noviembre de 2015, el Secretario de Gobierno y Seguridad del Departamento le solicitó al señor Vladimir Sierra, Secretario Jurídico de la Gobernación, que realizara una revisión jurídica de la Resolución No.168 de 2015 y procediera a darle el visto bueno a la misma para su publicación, *“una vez se surta la correspondiente notificación personal al interesado y esta resolución quede en firme”*⁶⁸.

6.1.30. El 3 de diciembre de 2015, el Secretario Jurídico de la Gobernación dio respuesta a la solicitud del Secretario de Gobierno y Seguridad relativa a la revisión jurídica de la Resolución No. 168 de 2015 y le señaló que, *“el reconocimiento de sumas económicas y máxime cuando se trata de dineros públicos deben contemplar un estudio jurídico previo que garantice la confiabilidad jurídica de la decisión que soporta (...)”*. Además, señaló que dicho acto administrativo *“no cuenta con el aval o respaldo jurídico de esta dependencia, por tanto al solicitarse de manera extemporánea un pronunciamiento de este despacho sobre la legalidad del mismo, forzosamente me veo en la obligación de negarlo por extemporáneo”*. Por lo anterior, le sugirió que contemplara la posibilidad de revocarlo por ser contrario al ordenamiento jurídico⁶⁹.

6.1.31. El 14 de diciembre de 2015, la supervisora del contrato remitió un oficio al representante legal de INCAS S.A.S, por solicitud de la Secretaría Jurídica, requiriéndolo para que allegara copia de la factura que demostrara la compra en dólares de los filtros objeto del contrato, con el fin de verificar si esta cumplía con los requisitos legales y un informe detallando los sucesos que originaron el desequilibrio económico del contrato y donde justificara cómo ofertó los filtros y

⁶⁷ Fl.249, C.1.

⁶⁸ Fl.252, C.1.

⁶⁹ Fls.253 y 254, C.1.



como los pagó, el desequilibrio y el uso que le dio al anticipo, para que la Secretaría Jurídica del Departamento aprobara el reconocimiento del desequilibrio económico solicitado⁷⁰.

6.1.32. El 16 de diciembre de 2014, el representante legal de INCAS S.A.S. dio respuesta al requerimiento anterior, según consta en copia simple de dicho oficio y sus anexos respectivos⁷¹.

6.1.33. El 28 de diciembre de 2015,⁷² la contadora Ángela Patricia Zamudio Marín de la Oficina de Asuntos Contractuales, rindió un nuevo concepto financiero, en el cual puso de presente las siguientes inconsistencias de fondo:

“1. No existe Plan de Inversión del anticipo frente al cual puede confrontarse el gasto realizado por el contratista con el recurso girado por este concepto.

2. En relación con la factura 119 expedida por la firma Greenlife hace evidencia que se trata de una proforma, lo cual contablemente implica “Una factura proforma no es una factura real – es simplemente un documento que declara el compromiso del vendedor de proporcionar los bienes o servicios especificados al comprador a un precio determinado. Las facturas proforma no se registran como cuentas por cobrar por el vendedor ni están registrados como cuentas por pagar por el comprador. Es decir, que las facturas proformas no forman parte de la contabilidad”.

b. El nombre de la firma a quien se expide la factura es SECOLL S.A.S. y no INCAS S.A.S como correspondería.

c. La cantidad de artículos a adquirir en el marco del Contrato 547 de 2015 es diferente en varios ítems, se solicitan los siguientes artículos:

• 2100 filtros cuando la cantidad requerida eran 2064.

130 Bidones cuando lo requerido era 115.

Adicional solicitan 5 LifeSaver Cube, 4 C2 Unit-750 litre filtration system (tan), 2 C2 Unit Activated Carbon (2pk), 5 JerryCan Shower Kit, 10 JerryCan Carbon Filter 500 litres (5pk)

Lo anterior implica que se adquirieron por parte del contratista elementos diferentes en cantidad a los requeridos por el departamento y en consecuencia el soporte no respalda de manera concreta la inversión realizada en el marco del contrato. En relación con los soportes relacionados con la logística de importación debo informar que tampoco se encuentra a nombre de la firma de quien suscribió el contrato”.

6.1.34. Mediante oficio No.114000-427 del 29 de diciembre de 2015⁷³, el Secretario Jurídico de la Gobernación le remitió al Secretario de Gobierno y Seguridad, el concepto financiero realizado por la contadora Ángela Patricia Zamudio Marín y le reiteró la necesidad de revocar el acto administrativo que reconoció el desequilibrio económico del contrato a INCAS S.A.S., en aras de salvaguardar los recursos públicos.

⁷⁰ Fls. 256 a 258, C.1.

⁷¹ Fls.260 a 269, C.1.

⁷² Fls.303 y 304, C.1.

⁷³ Fl.302, C.1.



6.1.35. En oficio No.107000 GSCC6 del 6 de enero de 2016, la señora Laura Herminia López Forero, supervisora del contrato, le remitió al señor Gerardo León Mancera Parada, nuevo Secretario de Gobierno y Seguridad del Departamento, el informe de supervisión del contrato No. 547 realizado el 30 de diciembre de 2015 y le solicitó que convocara un comité técnico jurídico para revisar el proceso adelantado y la posible revocatoria de la Resolución No.168 de 2015⁷⁴.

6.1.36. El 5 de febrero de 2016, se llevó a cabo el comité técnico jurídico en el despacho de la Secretaría Jurídica para definir las *“acciones a tomar frente al caso de desequilibrio económico del contrato 547 de 2015”*⁷⁵.

6.1.37. Mediante oficio del 8 de marzo de 2016, la señora Paola Tatiana Vargas, jefe de la Oficina de Defensa Judicial del Departamento, le comunicó al Secretario de Gobierno y Seguridad que mediante el oficio No. 107000.GSCC48 del 8 de febrero de 2016 le solicitaron al contratista consentimiento para revocar el mencionado acto administrativo para lo cual le otorgaron un término de tres días para su respuesta y que teniendo en cuenta que no se recibió consentimiento alguno para revocar dicho acto, le solicitaba iniciar la acción de lesividad contemplada en el artículo 97 del CPACA a fin de salvaguardar el patrimonio del Departamento.

6.2. Pruebas testimoniales

6.2.1. Obra el testimonio de la contadora Ángela Patricia Zamudio Marín, quien se desempeñaba como profesional universitaria de la Oficina de Asuntos Contractuales de la Secretaría Jurídica del Departamento para la fecha de los hechos, el cual fue decretado por solicitud de la parte demandante en el marco de la audiencia inicial llevada a cabo el 28 de mayo de 2019⁷⁶ y practicado en la audiencia de pruebas celebrada el 30 de julio de 2019, según consta en el acta de la audiencia⁷⁷ y en la respectiva grabación⁷⁸.

En su declaración expuso que tuvo conocimiento del contrato de compraventa No. 547 de 2015 a raíz de la solicitud de reajuste de precios por desequilibrio económico presentada por INCAS S.A.S., dado que en atención a la misma el 23 de septiembre

⁷⁴ Fl.285, C.1.

⁷⁵ Fls. 287 a 290, C.1.

⁷⁶ Fls. 269 a 273 reverso, C.1

⁷⁷ Fls. 287 a 290, C.1. índice 3 de la plataforma Samai del Tribunal

⁷⁸ Índice 2 de la plataforma Samai del Tribunal.



de 2015 el jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales, Miller Oswaldo Villamizar Rojas, le solicitó que revisara la factura No.1001 y los demás documentos que obraban en el proceso, para que determinara si había o no desequilibrio económico, frente a lo cual revisó todo el proceso de contratación, el contrato y emitió un concepto financiero en el que concluyó que con base en esa factura sí existía un desequilibrio de \$24.443.546.

Manifestó que llegó a esa conclusión al analizar que al contratista se le había girado el anticipo del 30% del valor del contrato el 22 de mayo de 2015 por \$614. 205.000, que en ese momento el dólar estaba a \$2.489, que no encontró un plan de inversión sino un oficio del representante legal de INCAS S.A.S en el que indicaba que utilizaría el 100% del anticipo para adquirir los bienes del contrato; luego hizo un cuadro de análisis en el que concluyó que con el dinero del anticipo y teniendo en cuenta los precios de la cotización de marzo de 2015, *“podía adquirir los 115 jerrycan (...) y 471 botellas de 6000 litros”* y que cuando revisó la factura con fecha del 16 de septiembre de 2015 *“donde se incrementa el valor del dólar, tenía un saldo para restablecer de \$24.443.526”*. A su vez señaló que en la reclamación de INCAS S.A.S se atribuía el desequilibrio económico a la fluctuación del dólar y que *“teniendo en cuenta que el anticipo se había girado el 22 de mayo y que había hecho la compra el 16 de septiembre de 2015, rendí el concepto el 23 de septiembre de 2015, después de eso el 28 de diciembre de 2015 el secretario jurídico del departamento, me advierte que recibió un acto administrativo donde reconocen un desequilibrio por 415 millones con fundamento en otro concepto de otro funcionario, por ello el secretario jurídico me pide que revise nuevamente el proceso y luego reviso unos documentos que aparecen en la carpeta del contrato después del 23 de septiembre”*.

Manifestó que luego rindió otro concepto del 28 de diciembre de 2015 en el que evidenció que *“no existía plan de inversión frente al cual pueda confrontarse el gasto realizado por el contratista con el recurso girado por este concepto, que en relación con una factura que ya aparece luego No. 119 expedida por la firma Green life, que es una factura proforma, no es una factura real sino simplemente declara el compromiso del vendedor de proporcionar los bienes o servicios al comprador por un precio determinado, las facturas proforma no se registran como cuentas por cobrar por el vendedor (...) es decir que no forman parte de la contabilidad, el nombre de la firma se expide a SECOLL y no a INCAS S.A.S. como correspondería ya que el contrato se celebró con INCAS, la cantidad de artículos a adquirir en virtud del contrato es diferente en varios ítems y se solicitan más artículos (...) adicional*



se solicitan otros productos, los soportes no respaldan la inversión concreta realizada en el marco del contrato, en los soportes relacionados con la logística de importación tampoco se encuentran a nombre del contratista, en todo caso los costos del mismo debieron considerar todos los gastos en que incurrió la firma contratista para el cumplimiento de la obligación contractual, los soportes requeridos para realizar el pago, no tienen ninguna validez". Adicionalmente, indicó que *"esos documentos no se encontraban en la carpeta del contrato en el momento en que hice el primer concepto solo relacionaban un oficio solicitando el reconocimiento y la factura 1001".*

Declaró que tuvo conocimiento de la Resolución No. 168 de 2015, porque el Secretario Jurídico *"cuando la recibió para un visto bueno me llamó y me pidió que revisara nuevamente todo el proceso y que verificara si había lugar o no al desequilibrio para él poder firmar esa resolución"* y que supo que el jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales *"solicitó otro concepto financiero a otro contador (...) el doctor Fernando pero no tengo entendido por qué, creo que fue que allegaron otro documento con más pruebas con la solicitud de desequilibrio. Y después en el año 2016, solicitaron otro concepto a la doctora Sandra Milena Cruz Piraquive en donde ella solicita todos los documentos y su conclusión es que no existía desequilibrio.*

Finalmente, manifestó que el Secretario Jurídico nunca dio el visto bueno a la Resolución No. 168 y precisó que *"a él le solicitaron que diera el visto bueno de un acto administrativo que estaba reconociendo el desequilibrio, al llegar ese documento a la firma del Secretario Jurídico él solicita que revisen nuevamente los documentos del proceso para verificar si existía o no desequilibrio económico, él nunca dio el visto bueno (...) conozco de todo el proceso porque solicitaron los conceptos, se hizo a través de contratación directa, presentan oferta en marzo de 2015 con unos precios que tenían vigencia de 5 meses y cumplieron con el objeto del contrato. En el momento que emití el concepto de diciembre tuve en cuenta todos los documentos del contrato, en 2015 en marzo la firma contratista allega cotización en pesos, pero después cuando verificamos que hay fluctuación aquí es donde la Administración dice si en mayo le giramos el anticipo por qué no compraron los productos y esperaron hasta septiembre que hubo alza del dólar, por eso consideramos que no hay desequilibrio económico (...) la factura 1001 la presentan el 15 de septiembre con base en eso hicimos un primer estudio donde dijimos que hay desequilibrio por 24 millones, posteriormente, allegan unos documentos que no son factura y los documentos de importación que no hacían parte del proceso porque no estaban a nombre de la empresa contratista".*



6.2.2. Igualmente, obra el testimonio del señor Vladimir Sierra Martínez⁷⁹, Secretario Jurídico del Departamento, el cual fue decretado por solicitud de la parte demandada, quien en relación con la celebración del contrato y la solicitud de desequilibrio económico manifestó que la modalidad de contratación fue la contratación directa porque la unidad del Ejército a dónde iban dirigidos los productos solicitó unos bienes con características especiales cuya distribución exclusiva la tenía la firma contratista. Indicó que el representante legal de INCAS S.A.S. presentó una oferta que fue aceptada por el Departamento bajo unas condiciones, en pesos colombianos, precio por unidad, unas cantidades a adquirir, por un término de ejecución de cinco meses, que se pactó un anticipo del 30% y que durante la ejecución *“el contratista, antes de vencerse el término solicita el restablecimiento del equilibrio económico teniendo en cuenta la devaluación del peso colombiano frente al dólar lo que no fue considerado en su momento durante la ejecución sino se dejó para la liquidación del contrato, eso fue lo que determinó por parte del Secretario de Gobierno de ese entonces, sin que tuviera el aval de la Secretaría Jurídica expediera una resolución reconociendo un valor por desequilibrio económico, posteriormente a la notificación de ese acto administrativo consulta a la Secretaría Jurídica para el aval y la viabilidad jurídica de ese acto, lo que me sorprendió porque no se me consultó antes y desde luego no tuvo el aval, se hicieron las indagaciones a través de los profesionales del área como la doctora Angela Zamudio, Sandra Cruz y Juan Pablo Reyes quienes conceptuaron efectivamente que no estaban dadas las condiciones y los presupuestos de legalidad para expedir ese acto administrativo. En ese entendido se sugirió a través de un comité y quedó plasmado en un acta que se le solicitara entonces al representante legal de la firma INCAS S.A.S. el consentimiento para la revocatoria de esa resolución (...) lo que no se obtuvo por lo que en consecuencia partiendo de los argumentos y de los conceptos que fueron emitidos en su momento nosotros solicitamos entonces iniciar la acción de lesividad contra ese acto administrativo”*.

Al interrogarle sobre el concepto del 5 de octubre de 2015 suscrito por el jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales y que tenía su visto bueno, el cual fue allegado al proceso por la parte demandada, luego de revisar y reconocer el documento precisó que en dicho oficio el jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales le dio respuesta a una solicitud del Secretario de Gobierno y Seguridad, sin que en ella se determinen cifras concretas a reconocer por desequilibrio económico, sino que el estudio y las

⁷⁹ Índice 2 de la plataforma Samai del Tribunal.



consideraciones allí planteadas correspondían a *“estudiar la figura y el contexto normativo del restablecimiento económico, mas no se otorga un aval de la Secretaría Jurídica frente al acto administrativo, o sea la resolución (...) que determina el reconocimiento del desequilibrio económico en favor del contratista (...)”*. De otra parte, señaló que *“El documento del profesional especializado no tiene ni mi firma ni mi visto bueno, de manera que no es aval de Secretaría Jurídica”*.

Frente a la incidencia del precio del dólar en el precio pactado en el contrato afirmó que *“la oferta se presentó en pesos colombianos, es decir, no se tuvo en cuenta la fluctuación del dólar como determinante del precio (...) y de otro lado una vez se entregó el anticipo el contratista tuvo alrededor de dos meses o dos meses y medio esos recursos y no los utilizó en lo que debía utilizarlos que era básicamente la adquisición de los elementos a suministrar, en ese periodo de tiempo, por condiciones del mercado y fluctuaciones de la moneda efectivamente se incrementó el precio del dólar y es lo que tengo entendido que argumenta él como un desequilibrio, pero a mi modo de ver no utilizó los recursos del anticipo que ya los tenía, aunado al hecho que en su capacidad financiera el contratista demostraba tener el capital de trabajo suficiente para adquirir esos elementos y no esperar el tiempo que tomó para adquirirlos y ver esa fluctuación en el tiempo lo que presuntamente le perjudica según su decir (...) considero que era una situación previsible máxime cuando estamos frente a un contratista que usualmente en el mercado conoce las condiciones de importación y del comportamiento de la moneda colombiana frente al dólar, sabemos que constantemente viene fluctuando o sea no es una situación de sorpresa para el contratista era una situación previsible su oferta fue en pesos y tuvo el tiempo suficiente los recursos del anticipo.”*

6.2.3. Obra el testimonio de la contadora Sandra Milena Cruz Piraquive, quien se desempeña como asesora financiera y contable de la Oficina de Asuntos Contractuales, el cual fue solicitado por la parte demandante. Indicó que la Secretaría de Gobierno y Seguridad solicitó la elaboración de un concepto financiero respecto de la solicitud de desequilibrio económico del contrato No. 547 de 2015 presentada por INCAS S.A.S., el cual fue elaborado por ella el 3 de mayo de 2016 y dirigido a Juan Pablo Reyes quien era el jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales para ese momento y que en ese concepto concluyó que: (i) la factura 1001 expedida por Green Life estaba a nombre de SECOLL como proveedora de INCAS S.A.S., pese a que INCAS tenía la distribución exclusiva de los bienes, (ii) dentro del proceso no había un plan de inversión del anticipo, (iii) el anticipo se desembolsó el 22 de mayo de 2015 y que INCAS S.A.S *“debió formalizar la*



negociación en el momento que recibió el giro y no esperar hasta el 2 de agosto de 2015, esto es 2 meses y 15 días, como se observa en la declaración de importación, con lo cual hubiera evitado el desequilibrio económico” porque ya había recibido el dinero del anticipo que estaba pactado en el contrato y (iv) el Departamento cuando suscribió el contrato con INCAS S.A.S. en la modalidad de contratación directa, la entidad solicitó que el contratista tuviera buena capacidad financiera y tenga liquidez para que en caso de que no haya anticipo, el contratista tenga como hacer una negociación y en este caso sí hubo anticipo por lo cual pudo adelantar la negociación.

Finalmente, señaló que tuvo conocimiento de todos los conceptos rendidos en el proceso porque tuvo acceso a la carpeta del contrato, pero pese a ello hizo un estudio minucioso y llegó a sus propias conclusiones con base en los documentos que encontró en la carpeta.

6.2.4. Obra el testimonio de la señora Yuly Marcela Medina Manrique, abogada en la Gobernación del Meta, que fue solicitado por la parte demandante. En relación con el contrato No. 547 de 2015 manifestó que le solicitaron la elaboración de un concepto jurídico para el mes de mayo de 2016, que hizo la revisión del proceso y se expidió un concepto respecto de la solicitud de desequilibrio económico que el contratista presentó. Declaró que en el concepto se evidencia que *“desde que el Departamento hizo la invitación al contratista a presentar oferta, le señala que esta debe ser presentada en pesos colombianos, que debe incluir los gastos de transporte, de descuentos departamentales, municipales, etcétera y la cotización que la empresa allega antes de la celebración del contrato efectivamente contiene esos costos de descuentos municipales, departamentales, IVA, transporte y el valor de la cotización es en pesos colombianos (...) en ese orden de ideas (...) como el oferente tenía conocimiento desde antes de la suscripción del contrato de que esta oferta era en pesos colombianos cuando hago la revisión del expediente no observo que haya un tipo de desequilibrio económico, menos cuando él tuvo un desembolso de unos recursos a título de anticipo para hacerlos efectivos en la ejecución del contrato, por la naturaleza jurídica que tiene el anticipo el cual fue desembolsado días después de la firma del contrato y del acta de inicio y ya pues cuando él viene a solicitar el desequilibrio son 5, 6 meses posteriores tanto al tiempo de ejecución como de haber recibido los recursos para haber invertido en los elementos objeto del contrato, también se mencionó el principio de buena fe contractual teniendo en cuenta que era conocedor de las condiciones previas a la suscripción del contrato”*.



En cuanto a la existencia del desequilibrio económico precisó que el hecho de que el contratista hubiese recibido unos recursos a título de anticipo teniendo en cuenta que era un distribuidor exclusivo del fabricante, ese anticipo del 30% era lo que le podía garantizar la compra de la mayoría de los bienes y haberla asegurado, que el contratista tenía el recurso desde días después del acta de inicio y había facturas posteriores de 5 o 6 meses, por lo tanto, jurídicamente si se tienen los recursos públicos, se sabe que son anticipo y que son para la inversión de un proyecto de dos ítems y más siendo proveedor exclusivo pues debió hacer la orden del pedido y que le desembolsaran los bienes que correspondían a ese 30%, que distinto hubiera sido si ese 30% fuera un pago anticipado que el contratista hubiese podido destinar a cualquier cosa. En cuanto a la variación del dólar, indicó que *“se podía prever que iba a subir y el contratista desde su propuesta dio un plazo de 5 meses donde garantizó la cobertura de ese valor de esa oferta que presenta”*. Adicionalmente, indicó que la línea de la entidad ante este tipo de contrataciones es que el oferente debe tener en cuenta las condiciones del mercado al momento de presentar su propuesta.

6.2.5. También obra el testimonio de Laura Herminia López Forero, quien fue nombrada supervisora del contrato No. 547 de 2015 a partir del 1º de octubre de 2015, el cual fue decretado por solicitud común de las partes. Manifestó que cuando la nombraron supervisora del contrato este ya había terminado, ya se había suscrito el acta de finalización, se habían entregado todos los bienes, ya solo quedaba pendiente la liquidación, pero en un acta modificatoria del contrato se estipuló que no se haría la liquidación sino hasta que se resolviera sobre el desequilibrio económico y que su antecesora le indicó que solo faltaba que rindieran los conceptos jurídico y económico para saber si procedía o no el reconocimiento. Señaló que los conceptos habían sido solicitados a la Oficina de Asuntos Contractuales de la Secretaría Jurídica y que cuando ella recibió los conceptos los trasladó al Secretario de Gobierno y Seguridad y con base en ellos ordenó que se hiciera todo el procedimiento para expedir la resolución, que luego cuando se expide la resolución el Secretario de Gobierno y Seguridad le pidió que *“bajara a jurídica para publicar la resolución y para mi sorpresa el Secretario Jurídico me menciona que él no da aval jurídico a esa resolución (...) es de sorpresa porque los conceptos que llegan a mí, para mí eran totalmente transparentes esos conceptos, no tengo la experticia ni de economía ni de contadora para refutarlos, además vienen de la competente para rendirlos, para mí fue sorpresa cuando el Secretario Jurídico no da el aval cuando la oficina de asuntos contractuales prácticamente proviene de la Secretaría Jurídica, sin embargo ante esta situación yo empiezo a actuar de manera*



rápida y diligente (...) en la carpeta del contrato se puede evidenciar que hice (...) todos los trámites pertinentes para que se de pronta solución (...) el doctor Vladimir me dice que nuevamente solicite unas facturas al representante de INCAS (...) y nuevamente me da la orden de que lo remita a Fernando Andrade que fue quien rindió el consentimiento con base en el cual la resolución se expidió(...) que es el contador que pertenecía a la oficina de asuntos contractuales quien fue el que remitió el concepto en donde se hace el reconocimiento económico de 400 y pico de millones no recuerdo con exactitud la cifra (...) el doctor Vladimir me dice que le pase nuevamente las facturas a él, pero para ese momento la resolución ya estaba notificada. Siempre se veló para que las cosas se hicieran de manera correcta, como quiera que la secretaría jurídica me dice que no dio el aval pues yo no podía saltarme esa orden de la Secretaría Jurídica (...) en la carpeta pueden ver que hago mis diferentes informes (...) en atención a la sugerencia que nos dio la Secretaría Jurídica, elaboro el oficio para que la Secretaría de Hacienda no pague la resolución (...) también elaboro el oficio (...) para que empiecen todas las actuaciones en la Oficina de Defensa Judicial a fin de salvaguardar los recursos públicos y también para darle una debida terminación al proceso”.

Finalmente, en relación con la diferencia de criterios del jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales y el Secretario Jurídico sobre la procedencia o no del desequilibrio económico manifestó que no sabía a qué se debía que podía ser a que no tenían buena comunicación y que ello afectó a la Secretaría de Gobierno y Seguridad porque no tenía seguridad jurídica al momento de expedir la resolución. Además, precisó que no tuvo conocimiento que el Secretario de Gobierno y Seguridad le solicitó al jefe de asuntos contractuales la realización de otro concepto financiero diferente al de la contadora Ángela Zamudio pues eso nunca “*pasó por sus manos*” pese a que era la supervisora del contrato.

6.2.6. Obra el testimonio del señor Herson Libardo Hernández Rodríguez, representante legal de INCAS S.A.S para la fecha de los hechos, el cual fue solicitado por la parte demandada. Señaló que constituyó la sociedad INCAS S.A.S. en el 2003 y que entre la fecha de constitución y la celebración del contrato No. 547 la sociedad se dedicó principalmente a la distribución de medicamentos y elementos quirúrgicos, participó en muchas licitaciones y posteriormente obtuvo la licencia de distribución de los filtros de agua producidos en Inglaterra y se dedicaba a ello en los últimos años. En relación con el contrato objeto de estudio indicó que debido a la petición del Ejército para la adquisición de esos filtros que son únicos, la Gobernación le solicitó la cotización y que por eso ellos llegaron a celebrar el



contrato. Señaló que de entrada se tenía conocimiento de que los filtros se debían pagar en dólares porque son ingleses, pero que lo que no se sospechaba era que el dólar iba a tener un alza tan alto en solo 70 días, subió casi mil pesos por dólar y agregarle a eso el pago del IVA de nacionalización y el arancel de importación. Indicó que la solicitud de desequilibrio que presentó era por 500 millones de pesos, que por lo menos el Departamento les reconoció parte de ese desequilibrio y que para ese momento era totalmente imprevisible el alza del dólar de tanto valor en tan corto tiempo y ello afectó no solo a su empresa sino a muchas en el país.

En cuanto a la ejecución del contrato señaló que se llevó adelante sin ningún tipo de contratiempo y que pese al inconveniente económico se obtuvieron los filtros, los cuales se entregaron dentro del plazo de ejecución y a satisfacción con la respectiva capacitación y se hizo la solicitud del ajuste económico por la subida del dólar. Frente a la falta de plan de manejo del anticipo y la demora del contratista en negociar los filtros con el anticipo para asegurar un precio, señaló que los filtros no variaron de precio en dólar sino que el problema fue interno en Colombia porque le vendieron los filtros en una cantidad de dólar y a esa cantidad de dólar se pagaron, el problema no fue la negociación con la empresa internacional sino en Colombia con el alza del dólar, ellos me mantuvieron el precio, lo que subió fue el dólar en Colombia.

En relación con la Resolución No.168 de 2015 manifestó que la Gobernación ni siquiera tuvo en cuenta el primer concepto financiero rendido, sino que se remitieron al concepto jurídico y del jefe de asuntos contractuales que se rindieron en octubre, no en septiembre, pero aparece un estudio en el que el desequilibrio da por 24 millones frente al cual manifestó su inconformidad con la cifra que les había dado porque de hecho en el proceso está el otro estudio del doctor Andrade y que fue con base en este que expidieron la Resolución y con base en los documentos aportados por la Gobernación y los que la entidad le solicitó en su momento y que en los primeros días de octubre el jefe de la oficina de asuntos contractuales y el Secretario Jurídico le dieron viabilidad al desequilibrio económico.

En cuanto al desequilibrio económico reclamado precisó que se dio por el alza del dólar porque debido a ello, al pagar impuestos estos fueron mucho más altos, que el resto de los costos por transporte a nivel interno no tuvo ninguna variación y que eso lo expresaron en la solicitud, el precio del dólar *“la disparada del dólar”* fue lo que realmente afectó al contratista. Frente a la presentación de la factura proforma sostuvo que todas las importaciones se hacen con facturas proformas que no



contienen el IVA, que luego SECOLL le expide la factura a INCAS S.A.S. con el IVA y que aportó la factura proforma porque en la Gobernación le pidieron que aportara la factura en dólares. Sobre la diferencia en las cantidades de los bienes objeto del contrato de las relacionadas en la factura, explicó que él compró más porque debía tener más en caso de que algún filtro saliera defectuoso o tuviera que cambiarlo, en virtud de la garantía.

6.2.7. De otra parte, obra el testimonio del señor Miller Oswaldo Villamizar Rojas, quien se desempeñó como jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales de la Secretaría Jurídica del Departamento para la fecha en que ocurrieron los hechos. Al respecto manifestó que tuvo conocimiento de este contrato a partir del 7 u 8 de mayo de 2015 cuando el contratista ya había presentado la solicitud de reajuste de precios por un posible desequilibrio económico, que en el concepto que rindió el 5 de octubre de 2015 en respuesta al Secretario de Gobierno y Seguridad lo que se afirmó era que había argumentos jurídicos para que se analizara por la Secretaría de Gobierno y Seguridad si había lugar o no al reconocimiento del desequilibrio, pero que en la oficina jurídica nunca establecieron valores porque no era de su competencia, su competencia era netamente jurídica en lo que tenía que ver con el posible rompimiento de la ecuación contractual, que en ese concepto se manifestó que había razones jurídicas para considerar el desequilibrio y ello fue lo que posteriormente sirvió de base para que el ordenador del gasto, esto es, el Secretario de Gobierno y Seguridad, expidiera el acto administrativo.

Frente al concepto financiero rendido el 19 de octubre por el contador Fernando Andrade refirió que este *“avala la postura jurídica de la oficina jurídica (...) una vez clara la postura jurídica procedimos a cuantificar el desequilibrio económico”* porque no había *“vacíos jurídicos frente al desequilibrio”*. Indicó que no pidió el aval del Secretario Jurídico para suscribir el concepto y que no tenía conocimiento de la existencia de otros conceptos ni del cambio de postura de la Secretaría Jurídica frente al reconocimiento del desequilibrio económico porque para el momento en que se expidió el acto administrativo ya no fungía como jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales.

Comoquiera que los testimonios de los señores Ángela Patricia Zamudio Marín, Vladimir Sierra Martínez, Sandra Milena Cruz Piraquive, Yuly Marcela Medina Manrique, Laura Herminia López Forero, provienen de personas con un vínculo laboral con la demandante, sus declaraciones resultan sospechosas, por lo cual



serán valoradas con la especial severidad que se requiere⁸⁰. Así las cosas, conforme lo ha manifestado esta Corporación, los testimonios que resulten sospechosos no pueden desecharse de plano, sino que deben ser examinados y valorados con mayor rigurosidad, de cara a las demás pruebas que reposen en el expediente y de acuerdo con las circunstancias propias de cada asunto litigioso⁸¹.

Precisado lo anterior, la Sala considera que resulta procedente otorgar valor probatorio a los testimonios de los señores Ángela Patricia Zamudio Marín, Vladimir Sierra Martínez, Sandra Milena Cruz Piraquive, Yuly Marcela Medina Manrique y Laura Herminia López Forero quienes fungían como funcionarios de la Secretaría Jurídica y la Secretaría de Gobierno y Seguridad del Departamento para la época en la que se suscribió el contrato de compraventa No. 547 de 2015, pues conocieron de primera mano las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon su celebración y ejecución, así como del trámite realizado al interior de la entidad ante la solicitud de desequilibrio económico presentada por el contratista y la expedición de la Resolución No.168 del 19 de noviembre de 2015. Además, se aprecia que sus declaraciones contienen un hilo conductor coherente y preciso frente a las circunstancias que se presentaron ante la expedición del acto administrativo cuya legalidad se cuestiona, aunado a que, son claras, coinciden entre sí y encuentran respaldo en las pruebas documentales obrantes en el expediente.

En cuanto al testimonio del señor Miller Oswaldo Villamizar Rojas la Sala no le otorgará mérito probatorio por cuanto, si bien tuvo conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la solicitud de desequilibrio económico presentada por el contratista y su trámite al interior de la entidad, puesto que se desempeñó como jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales del Departamento para la fecha en que se presentó dicha solicitud, lo cierto es que su declaración no es consistente con la de los demás funcionarios de la entidad que rindieron conceptos o tuvieron conocimiento del procedimiento adelantado ante la solicitud y que terminó con la expedición de la Resolución No. 168 del 19 de noviembre de 2015. En efecto, en su declaración sostuvo que en el concepto rendido por él había fundamentos jurídicos para considerar el reconocimiento del desequilibrio económico, que por ello solicitó concepto financiero para cuantificarlo y que fue con base en esos conceptos que el Secretario de Gobierno y Seguridad

⁸⁰ “Artículo 217. Testigos Sospechosos. Son sospechosos para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.

⁸¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 28 de febrero de 2011, Rad. 20.262



expidió el acto administrativo; sin embargo, posteriormente afirmó que para el momento en que se expidió la resolución ya no ocupaba el cargo que desempeñaba cuando rindió su concepto y al interrogársele sobre la existencia de otros conceptos y si el concepto que remitió al Secretario de Gobierno y Seguridad tenía el visto bueno del Secretario Jurídico, sus respuestas fueron evasivas y luego afirmó que solo tuvo conocimiento de un concepto. A juicio de la Sala, de su dicho no se desprende un conocimiento certero de todas las actuaciones de la entidad relativas a la solicitud de desequilibrio económico. En efecto, más allá de dar cuenta del concepto por él rendido -circunstancia que, en todo caso, se encuentra suficientemente acreditada mediante prueba documental-, sus manifestaciones no aportan elementos relevantes para el esclarecimiento de los aspectos sustanciales que interesan al proceso, razón suficiente que conduce a restar eficacia probatoria a este testimonio.

Finalmente, en relación con el testimonio del señor Herson Libardo Hernández Rodríguez, la Sala considera que es procedente otorgarle mérito probatorio toda vez que da cuenta de su experiencia como comerciante, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la adquisición de los elementos objeto del contrato y de las razones que a su juicio motivaron la presentación de la solicitud de reajuste de precios por un presunto desequilibrio económico, circunstancias que resultan relevantes para el análisis de los cargos objeto de estudio.

6.3. Pruebas adicionales relevantes

6.3.1. Dentro del proceso obra la “*certificación de exclusividad*” expedida por el representante legal de la sociedad Green Life Solutions S.A., en la que certifica que ha otorgado los derechos de distribución, comercialización y promoción de los productos LIFE SAVER y certifica como distribuidor autorizado en todo el territorio nacional de Colombia, con principal enfoque en Gobernaciones, alcaldías y fuerzas militares y de policía, a INCAS S.A.S.⁸². En este documento se precisa que el distribuidor está obligado, entre otras a: “e) *adquirir los productos única y exclusivamente a través de Green Life*”.

6.3.2. Igualmente, en el expediente obra la declaración de importación de los bienes adquiridos en virtud del contrato de compraventa No. 547 de 2015⁸³. En este documento figura como importadora la sociedad Soluciones Ecológicas de

⁸² Fls.71 a 73 C.1.

⁸³ Fl.184, C.1.



Colombia y Latinoamérica S.A.S y como declarante autorizado la Agencia de Aduanas Pasar Ltda. y consta que el 2 de agosto de 2015 se hizo la legalización de los bienes importados y que esta declaración se canceló y suscribió el 11 de septiembre de 2015.

6.3.3. También obra la factura de venta proforma No. 119⁸⁴ que expidió la sociedad Green Life Solutions el 28 de mayo de 2015 a Secoll S.A.S. En ella aparece consignado el nombre del representante legal de INCAS S.A.S., el señor Herson Libardo Hernández y se relacionan unos bienes adquiridos por valor de US 463.000 -factura que fue allegada a la entidad con posterioridad a la expedición del acto acusado-.

6.3.4. Obra la factura de fecha 24 de septiembre 2015 expedida por INCAS S.A.S. y dirigida a la Gobernación del Meta en la que se relacionan los bienes entregados, esto es, 2064 botellas life saver de 6.000 UF y 115 jerrycan o bidón life saver de 20.000 UF, por el valor de \$2.047.350.000⁸⁵.

6.3.5. Reposa el informe de supervisión del contrato de compraventa No. 547 de 2015, elaborado el 30 de diciembre de 2015 por la señora Laura Herminia López Forero, supervisora del contrato, en donde constan todas las actuaciones surtidas en el marco de la celebración y ejecución del contrato y las respectivas al trámite de la solicitud de reajuste de precios por desequilibrio económico presentada por el contratista al interior de la entidad, como da cuenta la copia simple de dicho informe⁸⁶.

6.3.6. Obra un oficio fechado el 5 de octubre de 2015, suscrito por el señor Miller Oswaldo Villamizar Rojas, jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales y por el Secretario Jurídico del Departamento, remitido al Secretario de Gobierno y Seguridad del Departamento, dando respuesta a una solicitud para que se pronunciaran sobre la petición de INCAS S.A.S. de restablecimiento del equilibrio económico del contrato⁸⁷, el cual fue aportado por la demandada.

En este documento, se hizo referencia al artículo 27 de la Ley 80 de 1993, se citó doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a la aplicación de dicha norma, se explicó en términos generales cuándo se rompe el equilibrio económico

⁸⁴ Fl.263, C.1.

⁸⁵ Fl.192, C.1.

⁸⁶ Fls. 277 a 287 y 290 a 300, C.1.

⁸⁷ Fls. 392 a 396, C.1.



del contrato, se citó más jurisprudencia relativa a los eventos en los que se presenta el rompimiento del equilibrio económico del contrato y sobre la teoría de la imprevisión y luego indicó que “(...) *teniendo en cuenta el caso que nos atañe, el contador asesor de la oficina de asuntos contractuales, realizó el análisis económico y financiero de los soportes allegados por el contratista junto al expediente contractual. Por otro lado, se resalta que esta oficina jurídica, coloca dentro del contexto jurídico el presente caso, así como también resalta el marco normativo imperante en esta materia, en respuesta al oficio radicado por la Secretaría de Gobierno, pues le corresponde al ordenador del gasto en el presente caso, pronunciarse sobre el reconocimiento o no del equilibrio económico y en caso positivo determinar su cuantía, de acuerdo a los documentos soporte allegados con el presente oficio*”.

6.4. Régimen jurídico del contrato de compraventa No.547 del 30 de abril de 2015

Teniendo en cuenta que el contrato No. 547 del 30 de abril de 2015, en marco del cual se expidió el acto administrativo contractual que se cuestionan en la presente demanda, fue suscrito por el Departamento para la “*ADQUISICIÓN DE FILTROS PORTATILES PURIFICADORES DE AGUA DE USO MILITAR PARA CONSUMO HUMANO CON DESTINO A LA SÉPTIMA BRIGADA DEL EJÉRCITO EN EL DEPARTAMENTO DEL META*”, se colige que el régimen aplicable al negocio jurídico⁸⁸ es el establecido en la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de la remisión al derecho privado prevista en el artículo 13 del mismo estatuto⁸⁹.

6.5. Del equilibrio económico del contrato

El equilibrio o la equivalencia entre derechos y obligaciones de los contratos es un instituto que propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y de celebrar el contrato⁹⁰. Al efecto, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece lo siguiente:

⁸⁸ En el contrato de compraventa se estableció que el contrato “se registrará por lo consagrado en: Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y Decreto 1510 de 2013”.

⁸⁹ “ARTÍCULO 13 Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.”

⁹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. Rad.: 38449.



“ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

Ahora bien, tal y como lo ha sostenido de tiempo atrás esta Sección, no toda variación de la ecuación financiera constituye un rompimiento del equilibrio económico o financiero del contrato⁹¹, comoquiera que existen riesgos propios que se derivan de la actividad contractual, los cuales deben ser asumidos por las partes. En este sentido, se ha entendido que la equivalencia prestacional puede verse afectada: (i) por factores externos a las partes que se enmarquen en la denominada “teoría de la imprevisión”; (ii) por actos de la entidad contratante que modifiquen las condiciones “*ius variandi*”; y (iii) por actos de la administración como Estado “*hecho del príncipe*”⁹².

Ahora bien, para que se estructure la teoría de la imprevisión se requiere: (i) que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida; (ii) que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato; (iii) que esas circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y (iv) que el acontecimiento sea ajeno a las partes y no corresponda a un riesgo asumido en el contrato⁹³.

Al respecto, la doctrina especializada precisa que “*para que se configure el desequilibrio económico de un contrato público*”, específicamente en el evento de la teoría de la imprevisión, deben concurrir las siguientes condiciones:

“a) que el hecho o acontecimiento que produce la alteración de las condiciones contractuales sea extraño a las partes, esto es, que no pueda serles imputado;

⁹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Rad.: 52666.

⁹² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. Rad.: 38449.

⁹³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 2011. Rad.: 15476; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012. Rad.: 11001-3103-040-2006-00537-01.



- b) Que el hecho o acontecimientos que altere las condiciones contractuales sea posterior a la presentación de la propuesta o a la celebración del contrato;
- c) Que el hecho o acontecimientos que altere las condiciones contractuales constituya un alea extraordinario, es decir, que por su carácter excepcional no pudiere haber sido **razonablemente previsto** por el afectado, y
- d) Que la economía del contrato debe afectarse de forma grave y anormal como consecuencia de la alteración en las condiciones contractuales, y el cocontratante perjudicado debe probar tal situación⁹⁴. (énfasis añadido)

6.6. Del examen de validez del acto acusado

De acuerdo con lo anterior, de conformidad con las pretensiones y hechos de la demanda, se advierte que la parte actora, vía acción de lesividad, solicita la nulidad de la Resolución No. 168 del 19 de noviembre de 2015, mediante la cual la Secretaría de Gobierno y Seguridad del Departamento reconoció el desequilibrio económico del contrato de compraventa No. 547 de 2015 y ordenó el pago de la suma de \$415.612.050 en favor del contratista INCAS S.A.S., por cuanto, a su juicio, el acto administrativo fue falsamente motivado, pues no estaban dadas las condiciones para dicho reconocimiento. En tal sentido, precisó que el contratista: (i) no previó el riesgo de fluctuación de la moneda el cual es previsible en las transacciones realizadas en el mercado cambiario; (ii) suscribió el contrato aceptando los precios presentados por este mismo en su cotización de acuerdo con las características técnicas exigidas en el contrato; y (iii) además contaba con el dinero desembolsado por concepto del anticipo para negociar los bienes a adquirir y no lo hizo oportunamente asumiendo el riesgo del alza del dólar.

El Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad del acto administrativo y ordenó que la entidad se abstuviera del pago de la suma allí reconocida, al considerar que el alza del dólar no constituía una circunstancia imprevisible sino que ello ocurrió debido a la crisis del petróleo, la cual tuvo incidencia en la fluctuación del precio del dólar frente al peso colombiano, situación que para el momento de la suscripción del contrato era de conocimiento de las partes, por lo cual no se configuró la teoría de la imprevisión, y porque el contratista contaba con el dinero del anticipo desde el mes de mayo y con este pudo negociar la adquisición de los filtros de agua y no lo hizo asumiendo el riesgo del incremento del dólar.

Inconforme con la anterior decisión, INCAS S.A.S. solicita su revocatoria con fundamento en que sí había lugar al reconocimiento del desequilibrio económico del

⁹⁴ Rodríguez, Libardo: “El equilibrio económico en los contratos públicos”, cuarta edición, Temis, Bogotá, 2021, pág. 150 y ss.



contrato, porque: (i) la fluctuación extraordinaria de la tasa de cambio del dólar respecto del peso colombiano durante la ejecución del contrato era un hecho imprevisible para el contratista, pues de haber sido previsible la entidad no le hubiese impuesto la carga de presentar la propuesta en pesos colombianos; (ii) la entidad no contempló en los estudios previos un riesgo de mercado que comprendiera las variaciones inesperadas del mercado y no podía imponerle al contratista la carga de asumirlo; (iii) el tribunal no tuvo en cuenta que para ejecutar el contrato debía importar los filtros, aspecto que no era desconocido para la entidad; y (iv) los filtros se adquirieron el 28 de mayo de 2015 de conformidad con la factura expedida por Green Life y se cumplió con el objeto del contrato a pesar de la pérdida de su utilidad.

En este punto, la Sala considera necesario precisar que el análisis que aquí se adelantará no se circunscribirá a determinar, en abstracto, si existió o no un desequilibrio económico del contrato, sino a examinar la legalidad del acto administrativo mediante el cual la entidad demandada ordenó su reconocimiento. Por tanto, se entrará a determinar si la Resolución No. 168 de 2015 adolece de nulidad, porque, según la demanda, se expidió con falsa motivación.

Al efecto, conviene recordar que la motivación es un elemento del acto administrativo que, por regla general, le impone a la Administración la carga de exponer los fundamentos de hecho y de derecho que soportan su decisión. Por tanto, si estos no corresponden con la realidad, bien sea porque no existen o por un error en los mismos, se configura el vicio de falsa motivación⁹⁵. Así, tratándose de actos administrativos mediante los cuales se reconoce la ruptura del equilibrio económico del contrato, si no se encuentra verificado que en efecto concurren los presupuestos que estructuran alguna de las hipótesis que permiten predicar dicha alteración económica, el acto demandado estará viciado y habrá lugar a declarar su nulidad.

En este orden, conviene recordar que el Departamento motivó la decisión de reconocer el desequilibrio económico del contrato en el argumento según el cual en este caso se configuró la teoría de la imprevisión debido a que la pérdida de valor nominal del peso frente al dólar durante el término de ejecución del contrato constituyó un hecho imprevisible que incidió en el valor de los bienes importados, el

⁹⁵ Cfr. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 5 de julio de 2018. Rad.: 0685-2010.



cual no era imputable a ninguna de las partes y que por ende era procedente reconocer el reajuste en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

Para fundamentar la decisión el Departamento se refirió al concepto jurídico remitido por el jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales en el mes de octubre -sin día determinado-, documento en el cual, por una parte, se hizo alusión general a doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a los eventos en los cuales se presenta el rompimiento del equilibrio contractual y a la teoría de la imprevisión y, de otra, se remitió al concepto rendido el 19 de octubre de 2015 por el contador Fernando Andrade, en el cual se hizo un análisis financiero en virtud del cual se concluyó que *“para el 11 de septiembre fecha en la que se efectúa la declaración de importación el dólar tuvo una variación e incremento del 29% lo que determina una diferencia del valor de los productos a suministrar de la cotización inicial teniendo en cuenta como referencia el 30 de abril fecha de la firma del acta de inicio del contrato y el 11 de septiembre de 2015”* y estableció que el valor que debía ajustarse era de \$415.612.050 toda vez que se suscribió el contrato No. 547 *“aceptando una propuesta económica inicial, que para el 30 de abril de 2015 fue firmada en un acta de inicio (...) y esta cotización fue afectada en un 29% de incremento por el aumento en el precio del dólar, ya que los productos objeto del suministro contratado deben ser importados lo que generó un desequilibrio económico para el contratista”*.

Al respecto, examinadas en conjunto las pruebas que obran en el expediente, en punto de la celebración del contrato, la Sala encuentra acreditado: **i)** que tanto en los estudios previos realizados por la entidad como en la invitación a presentar oferta remitida al contratista se estableció que la propuesta debía presentarse en pesos colombianos (hechos probados 6.1.5. y 6.1.6.); **ii)** que en los estudios previos también se señaló que en la propuesta se debían *“cotizar todos y cada uno de los ítems establecidos”* y que las sumas cotizadas por el contratista no estarían sujetas a ajustes y debían contemplar todos los costos que este debía asumir para la ejecución y cumplimiento del contrato, por lo cual el Departamento no reconocería costo adicional alguno (hecho probado 6.1.5.); **iii)** que en la oferta presentada por INCAS S.A.S. se cotizaron los bienes por un valor total de \$2.047.350.000 y se indicó que los precios correspondían a marzo de 2015 e incluían IVA, impuestos municipales, departamentales y/o regionales (hecho probado 6.1.7.); **iv)** que el 30 de abril de 2015 las partes suscribieron el contrato de compraventa No. 547 para la adquisición de los filtros con base en la oferta presentada por el contratista (hecho probado 6.1.9.); **v)** que el 15 de mayo de 2015 se suscribió el acta de inicio del



contrato (hecho probado 6.1.12.); **vi**) que el 22 de mayo de 2015 el Departamento le giró al contratista la suma de \$614.205.000 correspondiente al anticipo del 30% del valor del contrato (hecho probado 6.1.14.); **vii**) que el 30 de septiembre las partes suscribieron acta modificatoria del contrato, en la cual se acordó modificar la cláusula tercera y disponer el pago del 70% restante de su valor mientras se resolvía la solicitud de desequilibrio económico, teniendo en cuenta que ya se había cumplido con el objeto (hecho probados 6.1.22.); **viii**) que el 25 de septiembre de 2015 el contratista hizo entrega a satisfacción de los bienes objeto del contrato a la entidad y a la Séptima Brigada del Ejército (hechos probados 6.1.20. y 6.1.21.); **ix**) que el 25 de septiembre de 2015 las partes suscribieron el acta de finalización del contrato (hecho probado 6.1.23.).

De otra parte, en lo que atañe al reconocimiento del equilibrio económico del contrato efectuado por la Administración y las circunstancias acaecidas con posterioridad a dicho reconocimiento, se probó: **i**) que el 26 de agosto de 2015 INCAS S.A.S. presentó ante la Secretaría de Gobierno y Seguridad una solicitud de ajuste de precios por desequilibrio económico del contrato, toda vez que, debido al alza extraordinaria del dólar y la consecuente devaluación del peso colombiano, debió incurrir en mayores costos para la importación de los bienes adquiridos en virtud del contrato de compraventa No. 547 de 2015, circunstancia que, a su juicio, constituía un riesgo contractual que debía ser objeto de reajuste, solicitud que fue reiterada mediante oficios del 4, 21 y 29 de septiembre siguientes (hechos probados 6.1.15., 6.1.16., 6.1.17. y 6.1.18.); **ii**) que ante la solicitud del contratista la Oficina de Asuntos Contractuales del Departamento rindió concepto sobre el desequilibrio económico, en el que, desde un ámbito financiero, se indicó que era procedente el ajuste de precios por desequilibrio económico (hecho probado 6.1.25.); **iii**) que en octubre de 2015 el jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales se pronunció sobre la solicitud de INCAS S.A.S. de restablecimiento del equilibrio económico del contrato No. 547 de 2015, escrito en el cual, en general, aludió al desequilibrio económico del contrato y puso de presente que en los términos indicados en el concepto financiero del 19 de octubre de 2015 había lugar a su reconocimiento por la suma de \$415.612.050 -oficio que sirvió de sustento para la motivación del acto acusado- (hecho probado 6.1.26.); **iv**) que el 19 de noviembre de 2015 el Secretario de Gobierno y Seguridad del Departamento, con fundamento en el concepto financiero del 19 de octubre de 2015 y de la respuesta ofrecida por el jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales en octubre de 2015, expidió la Resolución No.168 por medio de la cual reconoció el desequilibrio económico del contrato No. 547 de 2015 y ordenó el pago de \$415.612.050 en favor de INCAS S.A.S, fecha en la cual,



por demás, le notificó personalmente el acto administrativo al representante legal de la sociedad (hechos probados 6.1.27. y 6.1.28.); **v)** que el 3 de diciembre de 2015 el Secretario Jurídico del Departamento negó por extemporánea la solicitud del Secretario de Gobierno y Seguridad para que realizara la revisión jurídica de la Resolución No. 168 de 2015 y le señaló que la misma *“no cuenta con el aval o respaldo jurídico de esta dependencia”*, por lo cual le sugirió que contemplara la posibilidad de revocarla (hecho probado 6.1.30.); **vi)** que por solicitud del Secretario Jurídico del Departamento, la Oficina de Asuntos Contractuales rindió un nuevo concepto financiero en el que se concluyó que no había lugar a reconocimiento alguno por desequilibrio económico, dado que los documentos allegados por el contratista para soportar la solicitud tenían varias inconsistencias de fondo (hecho probado 6.1.33) y **vii)** que el 5 de febrero de 2016 se llevó a cabo un comité técnico jurídico en el que se definió que el procedimiento a seguir ante la solicitud del contratista era solicitarle consentimiento para revocar el acto o en su defecto iniciar la acción de lesividad para salvaguardar los recursos públicos (hechos probados 6.1.36 y 6.1.37).

A partir del anterior marco probatorio, particularmente de la motivación de la Resolución No.168 del 19 de noviembre de 2015, en armonía con los documentos que la integran -informe financiero del 19 de octubre de 2015 e informe del jefe de la Oficina de Asuntos Contractuales de octubre de 2015-, para la Sala resulta claro que dicho acto adolece de falsa motivación, pues en efecto, contrario a lo manifestado por la parte recurrente, no se advierte que las circunstancias, en la forma en que fueron puestas en conocimiento de la Administración y examinadas por esta, dieran cuenta de que, la fluctuación del dólar constituyera un hecho imprevisible y no atribuible al contratista, que alterara la ecuación económica del contrato y, por esa vía, diera lugar al reconocimiento del restablecimiento económico del contrato de compraventa No. 547 del 30 de abril de 2015, conforme pasa a exponerse.

Según se observa, desde un primer momento, esto es, desde que el Departamento elaboró los estudios previos y formuló la invitación del 20 de abril de 2015 que dio lugar a la celebración del contrato referido, quedó previsto, en cuanto a su valor, que la propuesta debía presentarse en pesos colombianos y se dejó establecido que el precio debía incluir todos los costos en que debiera incurrir el contratista para la ejecución y cumplimiento del contrato, pues este no estaría sujeto a ajuste alguno por parte del Departamento (hecho probado 6.1.5.), costos dentro de los cuales, sin



duda, se entendían comprendidos aquellos atinentes a la adquisición e importación de los bienes objeto del contrato.

De lo anterior también dan cuenta los testimonios de Vladimir Sierra Martínez (Secretario Jurídico del Departamento) y Yuly Marcela Medina Manrique (abogada de la Gobernación del Meta). En esa dirección, el primero de los declarantes manifestó en su testimonio que el representante legal de INCAS S.A.S. presentó una oferta que fue aceptada por el Departamento bajo unas condiciones, en pesos colombianos, precio por unidad, unas cantidades a adquirir, por un término de ejecución de cinco meses, que se pactó un anticipo del 30%, que *“el contratista, antes de vencerse el término solicita el restablecimiento del equilibrio económico teniendo en cuenta la devaluación del peso colombiano frente al dólar lo que no fue considerado en su momento durante la ejecución sino se dejó para la liquidación del contrato (...)”* y que *“(...) la oferta se presentó en pesos colombianos, es decir, no se tuvo en cuenta la fluctuación del dólar como determinante del precio (...)”*. Por su parte, la señora Medina Manrique declaró que *“(...) desde que el Departamento hizo la invitación al contratista a presentar oferta, le señala que esta debe ser presentada en pesos colombianos, que debe incluir los gastos de transporte, de descuentos departamentales, municipales, etcétera y la cotización que la empresa allega antes de la celebración del contrato efectivamente contiene esos costos de descuentos municipales, departamentales, IVA, transporte y el valor de la cotización es en pesos colombianos”*.

Bajo ese contexto, resulta evidente que el contratista conocía desde la etapa precontractual las reglas económicas que regirían el negocio jurídico, particularmente aquellas relacionadas con la asunción de los costos inherentes a la ejecución contractual y la imposibilidad de trasladar posteriormente a la entidad eventuales sobrecostos derivados de su actividad.

En este sentido, ciertamente se advierte que la sociedad INCAS S.A.S., al presentar su oferta, realizó una cotización de los bienes requeridos en pesos colombianos con precios a marzo de 2015, señalando que las botellas de 6.000 litros tenían un precio por unidad de \$900.000 y los bidones de 20.000 litros un precio por unidad de \$1.650.000, los cuales incluían el IVA, impuestos municipales, departamentales y/o regionales, y expuso las características técnicas de los mismos y acreditó que era el distribuidor exclusivo de los filtros en el territorio nacional.



Este aspecto denota que el oferente conocía y entendía a cabalidad las condiciones en las que debía adquirir y entregar los bienes, particularmente lo atinente a los costos que debía asumir para su ejecución, incluyendo aquellos relativos a la importación de los bienes y lo que ello implicaba en términos económicos, asumiendo cualquier consecuencia dentro de su esfera o círculo de riesgo. El entendimiento y plena aceptación por parte de INCAS S.A.S en torno a las condiciones de la invitación, también se ve reflejado en el hecho de que el contratista no expresó inconformidad alguna en cuanto a la forma en que debía cotizar los precios de los bienes, pese a que conocía que debían ser pagados en dólares e importados.

En efecto, a juicio de la Sala, si el contratista formuló su propuesta en pesos colombianos, sin advertir la necesidad de que determinados componentes fueran reconocidos en dólares o sujetos a mecanismos de cobertura cambiaria, debe entenderse que este asumió los riesgos asociados a la adquisición de los bienes en esas condiciones.

Ello también se puede advertir del hecho de que en las solicitudes presentadas por el contratista con el fin de obtener el reconocimiento del desequilibrio contractual, él mismo refiere que la fluctuación de la moneda nacional frente al aumento del precio del dólar es una circunstancia que constituía un riesgo contractual previsible y que *“por esa razón, con el objeto de prefijar las consecuencias futuras, previsibles y evitar que el riesgo impacte de forma grave la economía del contrato, las partes deben pactar, siempre que resulte viable, cláusulas de estabilización, reajustes o corrección de precios, para que el contratista reciba una contraprestación real y equivalente a la prestación ejecutada (...)”*, situación que debió poner de presente el contratista para que fuera prevista en la matriz de riesgos y pactada en el contrato, así como al estructurar su oferta.

A lo anterior, se suma que la variación del dólar era una circunstancia que venía presentándose de tiempo atrás y que, de conformidad con la TRM, desde el año anterior a la presentación de la propuesta por parte del contratista, esto es, desde el 2014 presentaba una tendencia al alza constante y prolongada, como se puede



evidenciar con base en la serie histórica de la TRM del Banco de la República⁹⁶⁻⁹⁷, que tomada desde agosto de 2014 a diciembre de 2015 reflejaba la siguiente variación:

Fecha	TRM
01/08/2014	1878,75
15/08/2014	1877.77
01/09/2014	1918,62
15/09/2014	1994.97
01/10/2014	2022,00
15/10/2014	2049.66
01/11/2014	2061,92
15/11/2014	2160.47
01/12/2014	2206,19
15/12/2014	2405.31
01/01/2015	2392,46
15/01/2015	2438.79
01/02/2015	2441,10
15/02/2015	2376.23
01/03/2015	2496,99
15/03/2015	2661.52
01/04/2015	2598,36
15/04/2015	2550.83
01/05/2015	2393,58
15/05/2015	2389.49
01/06/2015	2533,79
15/06/2015	2535.91
01/07/2015	2598,68
15/07/2015	2688.20
01/08/2015	2862,51
15/08/2015	2983.12
01/09/2015	3079,97
15/09/2015	3032.59
01/10/2015	3086,75
15/10/2015	2928.69
01/11/2015	2897,83
15/11/2015	3073.23
01/12/2015	3142,11

⁹⁶ Dicha información es tomada del catálogo de datos de estadísticas económicas publicado en la página del Banco de la República que se encuentra disponible en el siguiente enlace: https://suameca.banrep.gov.co/estadisticas-economicas/informacionSerie/1/tasa_cambio_peso_colombiano_trm_dolar_usd

⁹⁷ La Sala precisa que consulta dicho índice de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 de CGP que prevé: “ARTÍCULO 180. NOTORIEDAD DE LOS INDICADORES ECONÓMICOS. Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios”.



15/12/2015	3356.00
------------	---------

Por lo tanto, si bien es cierto que en el periodo comprendido entre la presentación de la oferta -22 de abril de 2015- y la fecha en que se realizó la declaración de importación de los bienes -11 de septiembre de 2015- hubo un incremento considerable en la TRM que visto de forma aislada pareciera ser desproporcional, lo cierto es que al analizar el comportamiento de dicho indicador en un periodo de tiempo más amplio, se evidencia que el dólar venía incrementando de tiempo atrás de manera constante, de ahí que dicha tendencia al alza debió ser tomada en cuenta por el contratista quien, por su condición de experto en la importación, con base en esta variación desde 2014, pudo haber previsto dicha situación al momento de estructurar su oferta, a pesar de no estar contemplada en la matriz de riesgos.

Ahora bien, aunque para la fecha de presentación de la oferta, esto es, el 22 de abril de 2015, hubo una baja en el precio del dólar pues la TRM estaba en 2.469,03, el contratista no podía ignorar la tendencia al alza que se venía presentando de tiempo atrás, pues pese a que la fluctuación del dólar tenía oscilaciones a la baja en ciertos días, su tendencia constante era al alza, lo que implicaba que el experto en la importación debía prever este aspecto no solo al presentar la oferta sino durante la ejecución del contrato, máxime teniendo en cuenta que su plazo de ejecución era solo de 5 meses.

En tal sentido, la Sala pone de presente que la motivación del acto administrativo cuestionado partió de un análisis económico y financiero en el que únicamente se aludió a la variación de la TRM en un 29% para la fecha en que se realizó la declaración de importación de los bienes, que teniendo como referencia la fecha del acta de inicio del contrato - 30 de abril de 2015- reflejaba una diferencia en el valor de los bienes; sin embargo, se advierte que en el acto se omitió efectuar un análisis amplio e integral del comportamiento de la tasa de cambio con anterioridad a la celebración y ejecución del contrato, aspecto que resultaba indispensable para determinar si la fluctuación del dólar alegada por el contratista constituía realmente una circunstancia imprevisible o no.

En efecto, la sola constatación de una diferencia porcentual entre dos momentos específicos no resulta suficiente, por sí misma, para estructurar un evento de imprevisión, pues precisamente era necesario establecer si el incremento de la TRM obedecía a una alteración abrupta, excepcional e inesperada o si, por el contrario,



era progresiva y conocida por los agentes del mercado, particularmente por quienes, como el contratista, desarrollaban actividades de importación de bienes.

En pocas palabras, no bastaba con constatar que la TRM tuvo una variación del 29% en esa fecha determinada, pues debía analizarse el comportamiento de dicho índice para verificar la tendencia de esa fluctuación en el tiempo, circunstancia que, al ser constante desde agosto de 2014, desvirtúa el argumento según el cual dicha situación constituye un hecho imprevisible.

A propósito de la previsibilidad de los hechos que pueden alterar las condiciones contractuales, la doctrina especializada ha establecido que:

“La determinación de la imprevisibilidad del hecho alterador de las condiciones contractuales no puede hacerse en abstracto sino que deben ser siempre tenidas en cuenta las circunstancias específicas de cada caso concreto, incluyendo el conocimiento que la parte afectada hubiera podido tener sobre la situación que causa el desequilibrio contractual. Así, por ejemplo, se han negado pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico por situaciones imprevistas sobre la base de que la parte afectada era un profesional experto en el mercado específico en que se produjo la alteración de las condiciones de ejecución, lo cual le exigía tener un conocimiento especializado de ese mercado y generaba como efecto que, respecto de ese mercado en particular, la cantidad de situaciones imprevisibles se disminuyeran⁵² (...)”

Obviamente, quedan excluidos del aleas extraordinario todos aquellos hechos perturbadores que resulten como consecuencia directa de la impericia o del comportamiento negligente o culposo de la parte perjudicada por ellos⁵⁴.

Igualmente, según la jurisprudencia, quedan excluidas las variaciones de los índices macroeconómicos, como la tasa de cambio o la inflación, cuando no se acredita que tal variación es anormal respecto de los antecedentes de comportamiento del respectivo índice⁵⁵(...)⁹⁸.

Para la Sala, en el presente caso la fluctuación del dólar o el incremento de costos derivado de la importación de los bienes requeridos por la Administración no desbordaba, conforme a las condiciones del contrato, su alea normal, especialmente cuando resulta claro que el contratista tendría que importar los bienes, de ahí que fuera razonablemente previsible establecer las contingencias económicas propias de dicha operación.

⁹⁸ Rodríguez, Libardo: “El equilibrio económico en los contratos públicos”, cuarta edición, Temis, Bogotá, 2021, págs.154 a 156.



Sobre el particular, en un caso en el que se analizó una reclamación por el desequilibrio económico de un contrato de compraventa con ejecución diferida derivado de la variación de la TRM, esta Sección consideró que:

“41. Como condición eventual pero previsible para el contratista, inherente y derivada de sus propias operaciones comerciales, el riesgo cambiario era una condición de potencial ocurrencia que, al derivarse del modelo de negocio que contempló (ofertar en pesos y luego adquirir los bienes en dólares), debía ser mitigado por él bajo la modalidad jurídica o financiera que estimara oportuna v.gr., comprando anticipadamente o acudiendo a contratos a plazos (forwards²², delivery²³ o non delivery²⁴) u otras herramientas disponibles. Así mismo, considerando que la tipología del contrato celebrado fue el de una compraventa con ejecución diferida, los riesgos relacionados con los bienes a entregar estaban a cargo del demandante en su calidad de vendedor, al estar en mejores condiciones de controlarlos, tal como es dispuesto por los artículos 928 y 929 del Código de Comercio”⁹⁹.

A partir de lo anterior, se puede colegir que la situación descrita, en los términos solicitados por la parte demandada en el marco del iter contractual, contrario a lo escuetamente manifestado en el acto cuestionado, no configuraba uno de los presupuestos esenciales de la teoría de la imprevisión, esto es, la existencia de una circunstancia imprevisible que altere de manera grave la ecuación económica del contrato; lo alegado corresponde, más bien, a un riesgo propio del contratista, derivado de la planeación y estructuración de su oferta.

En efecto, a juicio de la Sala, si el demandado, como experto en la venta e importación de los bienes objeto del contrato -único distribuidor autorizado-, conocía que para cumplir sus obligaciones debía importar los bienes, le correspondía, desde luego, valorar a partir de la estructuración de su oferta los riesgos asociados a esta operación, entre otros, a la fluctuación de la tasa de cambio, que como quedó visto presentaba una constante al alza desde agosto de 2014. En consecuencia, si el contratista presentó su propuesta sin incorporar mecanismos para prevenir o mitigar dicha situación, no puede afirmarse que su materialización constituya *per se* un hecho imprevisible.

En otras palabras, las condiciones fijadas permiten concluir que el eventual incremento de costos derivado de la importación era un riesgo previsible que asumió el contratista al celebrar el contrato, máxime cuando en el proceso de selección se dispuso expresamente que los precios ofertados debían cubrir *“todos los costos que*

⁹⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 17 de octubre de 2023. Rad.: 61.441 F.J. 41.



implique la ejecución del contrato” y que estos no serían objeto de reajuste alguno. En el presente caso, y derivado de la variación en la TRM antes referida, lejos de configurarse un supuesto de imprevisión, lo que se evidencia es la concreción de un riesgo propio del alea normal del contrato y, por tanto, previsible, aun cuando el mismo no hubiera quedado expresamente consignado dentro de la matriz de riesgos de la entidad.

Así las cosas, si la demandada obtuvo pérdidas en la ejecución del contrato y si, como se afirma en el acto cuestionado, incurrió en mayores costos para la importación de los bienes objeto del contrato por cuenta del alza del dólar, las mismas obedecieron, entonces, a falta de análisis y previsión al momento de estructurar y presentar la oferta, aspecto que solamente le resulta imputable al contratista, pues como es bien sabido nadie puede alegar la propia culpa en su beneficio *-nemo auditur propiam turpitudinem-*, máxime, se itera, teniendo en cuenta la experiencia y la experticia propia del giro normal de las actividades que desarrollaba, como quedó demostrado en el proceso según lo manifestado por el representante legal de INCAS S.A.S. en su declaración y de acuerdo con lo afirmado por el Secretario Jurídico del Departamento en su testimonio; de manera que cualquier disyuntiva frente a la variación en el valor del contrato de cara a la fluctuación de la moneda debió preverse en el contrato.

En efecto, según quedó visto en precedencia, se observa, no solamente que los costos asociados a la importación de los bienes objeto del contrato quedaron comprendidos en los valores establecidos: (i) en la oferta presentada; y (ii) en el clausulado correspondiente al valor del contrato, sino también que el valor del dólar venía incrementando de forma constante desde agosto de 2014, todo lo cual permite concluir que la fluctuación de la tasa de cambio del dólar no se trató de una circunstancia imprevista y que no hubiere sido razonablemente posible de anticipar, sino que, antes bien, la misma hizo parte del alea normal del contrato o del riesgo asumido por INCAS S.A.S. al presentar su oferta y acordar las condiciones del negocio jurídico.

De otra parte, y en atención a la motivación contenida en el acto administrativo acusado, particularmente en lo relativo al informe financiero que sirvió de sustento para reconocer el supuesto rompimiento del equilibrio económico del contrato, la Sala tampoco advierte acreditada la existencia de una circunstancia ajena a las partes que estructure la teoría de la imprevisión.



En efecto, de los documentos allegados al proceso, particularmente de los que atañen a la fase precontractual y contractual, se observa que en ninguno de ellos se estableció un plazo específico para la adquisición de los bienes objeto del contrato. Lo único previsto fue la obligación del contratista de efectuar su entrega dentro del término de ejecución pactado.

Bajo ese contexto, quedó acreditado, y así fue reconocido en el acto administrativo acusado, que el acta de inicio del contrato se suscribió el 30 de abril de 2015 (hecho probado 6.1.12.), que el anticipo fue desembolsado el 22 de mayo del mismo año (hecho probado 6.1.14.), que la solicitud de reconocimiento del desequilibrio económico fue presentada por el contratista apenas el 25 de agosto de 2015 (hecho probado 6.1.15.) y que hasta el 11 de septiembre de 2015 se suscribió la declaración de importación de los bienes (hecho probado 6.3.2.).

A juicio de la Sala, dichas circunstancias fácticas, analizadas en conjunto con los informes que soportaron la expedición del acto acusado, no permiten concluir que el reconocimiento de la ruptura del equilibrio económico del contrato proviniera de un hecho no atribuible al contratista. Por el contrario, aunque en la motivación del acto administrativo demandado se toma como referente para el reconocimiento la fecha de la declaración de importación y la variación de la tasa de cambio para ese momento se omite explicar y sustentar las actuaciones desplegadas por el contratista entre el desembolso del anticipo y el inicio efectivo de las gestiones de adquisición de los bienes.

En otras palabras, ni el acto administrativo ni los documentos que le sirven de soporte explican por qué, pese a que el anticipo fue desembolsado el 22 de mayo de 2015, la declaración de importación solo vino a suscribirse hasta septiembre del mismo año. Tampoco existe argumento alguno que dé cuenta del momento en que el contratista inició las negociaciones o adelantó las actuaciones tendientes a la compra de los bienes requeridos para ejecutar el contrato.

La anterior circunstancia cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que, conforme con la motivación del acto, el propio contratista únicamente puso en conocimiento de la entidad la afectación derivada de la variación cambiaria hasta el 25 de agosto de 2015, esto es, varios meses después del desembolso del anticipo y cuando ya había transcurrido más de la mitad del plazo de ejecución del contrato, el cual se había previsto por 5 meses contados a partir del acta de inicio, esto es,



del 30 de abril de 2015. Lo anterior da cuenta de que la solicitud de restablecimiento económico del contrato estuvo precedida de un lapso considerable durante el cual el contratista conservó la posibilidad de adelantar las gestiones de importación, adoptar medidas de mitigación o poner de presente de manera temprana las dificultades que advertía en la ejecución contractual.

Inclusive, aunque en el expediente obra la factura de venta proforma No. 119 (hecho probado 6.3.3.), dicho documento tampoco desvirtúa las anteriores consideraciones ni permite tener por acreditada una circunstancia ajena a las partes. En efecto, se advierte que la referida factura fue expedida el 28 de mayo de 2015 por la sociedad Green Life Solutions a favor de Secoll S.A.S., sociedad que no hizo parte de la relación contractual objeto de controversia.

A lo anterior también se suma que dicha factura fue allegada con posterioridad a la expedición del acto administrativo acusado, razón por la cual tampoco resulta idónea para sustentar la motivación que sirvió de fundamento a la decisión administrativa demandada, particularmente si se tiene en cuenta que la legalidad del acto debe examinarse a partir de los motivos y elementos de juicio existentes al momento de su expedición.

En consecuencia, conforme quedó visto en precedencia, la circunstancia que dio lugar a reconocer el desequilibrio económico del contrato por parte del Departamento en el acto acusado no era imprevisible ni ajena a las partes, por lo que no se configuraban los presupuestos necesarios para su reconocimiento con fundamento en la teoría de la imprevisión, de ahí que se configure el vicio de falsa motivación, pues los fundamentos jurídicos -aunque escuetos- que dieron lugar a la expedición del acto administrativo acusado, no existían, aspecto que conlleva a considerar que la Resolución No.168 del 19 de noviembre de 2015 adolece de nulidad.

A partir de lo anterior, la Sala confirmará la sentencia del 10 de septiembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, que accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandada, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, esto es, al constatar que el acto administrativo acusado adolece del vicio alegado -falsa motivación-.



7. Condena en costas en segunda instancia

El numeral 1º del artículo 365 del CGP¹⁰⁰ dispuso que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso “o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”, siempre que se demuestre en el expediente su causación y en la medida de su comprobación¹⁰¹.

Bajo este entendido, se condenará en costas en segunda instancia a INCAS S.A.S. quien interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, ya que aquel no prosperó, y su liquidación la hará de manera concentrada el a quo, en los términos de los artículos 365.8 y 366 del Código General del Proceso.

Al efecto, de conformidad con lo establecido en los numerales 3¹⁰² y 4¹⁰³ del artículo 366 *ibídem*, en concordancia con el artículo 6 numeral 3.1.3.¹⁰⁴ del Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, “por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”, vigente para el momento de la presentación de la demanda, según el cual tratándose de procesos ordinarios que se surten en segunda instancia la tarifa de agencias en derecho será de hasta el cinco por ciento (5%) de las pretensiones, la Sala fija las agencias en derecho en esta instancia en un uno por ciento (1%) del valor total de las pretensiones, que corresponden a la suma de \$4.156.120, en razón de la naturaleza, calidad y cuantía del proceso, así como también de la actuación desplegada por la parte vencedora¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Aplicable en virtud de lo previsto en el artículo 188 del CPACA, a cuyo tenor se expone: “[...] la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]”.

¹⁰¹ “Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. [...] 8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

¹⁰² “3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado [...] Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará”.

¹⁰³ “4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.

¹⁰⁴ “ARTICULO SEXTO. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: III. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 3.1. ASUNTOS 3.1.3. Segunda instancia (...) Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”.

¹⁰⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2021. Rad.: 51034



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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de septiembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandada, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 365-8 y 366 del C.G.P. Se incluirán por concepto de agencias en derecho en segunda instancia a favor del Departamento del Meta la suma correspondiente a \$4.156.120.

TERCERO: Por Secretaría **REMITIR** copia de esta providencia con destino al proceso ejecutivo adelantado al interior del Tribunal Administrativo del Meta, con radicado número 50001333300620160028501, en el que funge como ejecutante: INCAS S.A.S. y como ejecutado: el departamento del Meta.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **REMITIR** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Consejera de Estado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Consejero de Estado
ACLARACIÓN DE VOTO

VF
