

CIRCULAR EXTERNA No. 14

Para: Entidades públicas del orden nacional y territorial

De: **MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA**
Directora
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Asunto: Lineamientos y recomendaciones para prevenir o mitigar el desequilibrio económico del contrato en el contrato de obra pública

Bogotá, D.C, 26 de septiembre del 2023

En desarrollo de lo dispuesto en la Ley 1444 de 2011, el Decreto Ley 4085 de 2011 otorgó competencias en materia de defensa judicial y prevención de las conductas y del daño antijurídico a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE). De conformidad con este marco normativo, a la entidad le corresponde recomendar, en aquellos casos que considere pertinente, las acciones y gestiones que deban adelantar las entidades públicas para una adecuada prevención y defensa de los intereses de la Nación.

Por su parte, el artículo 206 de la Ley 2294 de 2023 "Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia potencia mundial de la vida" creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado como un conjunto de actores, políticas, estrategias, principios, normas, rutas de articulación e instrumentos jurídicos, técnicos, financieros y gerenciales orientados a garantizar de manera coordinada la eficacia de la política pública del ciclo de defensa jurídica del Estado, en las entidades públicas del orden nacional y territorial, independientemente de su naturaleza y régimen jurídico. Además, designó como coordinador del Sistema a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE).

En cumplimiento de lo mencionado, a través de este documento la Agencia emite una serie de recomendaciones para prevenir el desequilibrio económico del contrato de obra pública o mitigar sus efectos, en caso de que este sea inminente, cuando se ocasione por actos o hechos de la entidad contratante (*potestas variandi*), por la teoría de la imprevisión o por el hecho del príncipe.

El desequilibrio económico es una de las 10 causas con el mayor número de entidades públicas del orden nacional demandadas¹, por ello la necesidad de expedir estas recomendaciones. Si bien el derecho al mantenimiento del equilibrio contractual no es un derecho exclusivo del/la contratista, las recomendaciones que se darán en este documento solo están dirigidas a los eventos en los que la alteración a dicho equilibrio afecte a este/a último/a. Debido a lo anterior, todas las referencias que se realicen a la parte afectada están dirigidas al/la contratista como colaborador/a de la Administración.

Este documento consta de tres partes: I. generalidades del equilibrio y desequilibrio económico del contrato; II. recomendaciones para prevenir eventuales litigios por parte de la Administración en contratos de obra pública y III. recomendaciones para mitigar el desequilibrio económico en la fase de ejecución del contrato de obra pública.

I. Consideraciones generales del equilibrio y del desequilibrio económico del contrato

1. El equilibrio contractual es un principio reconocido legalmente² que se concreta en el derecho no exclusivo del/la contratista³ de exigir el restablecimiento de la ecuación económica del contrato. No es una prerrogativa exclusiva del/la contratista, toda vez que también es un derecho de la entidad contratante⁴.

2. Con el principio del equilibrio económico se pretende garantizar la continuidad del servicio público y los intereses generales que están en juego en

¹ A continuación, se menciona el número de entidades públicas del orden nacional demandadas por causa: (i) 95 por desequilibrio económico del contrato por actos o hechos de la entidad contratante; (ii) 29 por desequilibrio económico del contrato teoría de la imprevisión y (iii) 15 por desequilibrio económico del contrato por el hecho del príncipe. Información suministrada por el Sistema Único de Información Litigiosa del Estado eKOGUI con corte 31 de marzo de 2023.

² Sobre la particular señala el artículo 27 de la Ley 80 de 1993: "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 cuantías, 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".

³ Con respecto a esta afirmación el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de noviembre de 2021, número interno: 56023 señaló: «Igualmente, el legislador ha establecido que dicha equivalencia debe garantizarse a ambas partes, en tanto no constituye un privilegio exclusivo del contratista particular».

⁴ Señala el artículo 4° de la Ley 80 de 1993 que la entidad contratante podrá solicitar la actualización o revisión de los precios, cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

la contratación estatal, de suerte que si el cumplimiento de las obligaciones del/la contratista se torna más oneroso no se paralice su prestación⁵.

3. Los contratos que suscriben las entidades estatales⁶ se rigen por el principio de conmutatividad⁷. Ello implica que la ecuación económica inicial del contrato debe mantenerse durante su ejecución⁸. La entidad estatal tiene el deber de mantener la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar, según el caso⁹ y, ante su incumplimiento, debe adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la equivalencia que se ha roto^{10 11}.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 4 de noviembre de 2022, número interno 57185 y del 23 de septiembre de 2022, número interno 68443.

⁶ El ordinal 1º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993 señala que, para los efectos de dicha Ley, son entidades estatales: La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles, el Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

⁷ En relación con la conmutatividad, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 señala que: *En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.*

⁸ El principio de la conmutatividad de los contratos estatales se sustenta en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. Sobre el fenómeno de la conmutatividad ha señalado la jurisprudencia que: "se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse". Al respecto, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 22 de junio de 2011, número interno 18836 y del 16 de diciembre de 2022, número interno 63327.

⁹ En palabras del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, número interno 66106: "esta Subsección ha enfatizado en que la conservación del equilibrio prestacional 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 la oferta y que le sirvieron de cimiento". Por su parte, la Corte Constitucional ha indicado que las prestaciones correlativas de las partes «tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado». Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001.

¹⁰ Ordinal 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993.

¹¹ Frente al punto del restablecimiento, es preciso señalar que este no aplica en los contratos estatales regidos por el derecho privado, caso en el cual la/el contratista debe sujetarse a lo previsto en el artículo 868 del Código de Comercio relativo a la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias. Así lo señaló la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 13 de julio de 2022, número interno 66529., en la que resolvió el caso en el que se demandó a una Empresa Social del Estado, la cual se encuentra exceptuada de la Ley 80 de 1993 y, por tanto, está sometida al derecho privado. En concreto sostuvo el máximo tribunal de lo contencioso administrativo:

4. Es preciso advertir que el principio mencionado se aplica a todos los contratos bilaterales, regulados por la Ley 80 de 1993¹², que suscriben las entidades estatales con los/las particulares y cuya ejecución es de mediano o largo plazo¹³, por ejemplo: los contratos de obra pública, suministro, prestación de servicios.

5. El equilibrio contractual no es un equilibrio matemático¹⁴, sino que hace referencia a una equivalencia razonable que preserva la intangibilidad de las prestaciones.

6. Cuando se rompe la equivalencia inicialmente pactada por causas no imputables al/la contratista se configura un desequilibrio económico del contrato¹⁵, el cual se manifiesta a través de la realización de obras adicionales o mayor permanencia de obra, lo que genera sobrecostos. No cualquier alteración en el equilibrio económico del contrato genera consecuencias para la entidad, es necesario que se pruebe que dicha alteración, de manera significativa, hace más gravosa la ejecución del contrato.

7. Las causas que generan la ruptura de la equivalencia son diferentes a aquellas que podrían generar los riesgos que asumió el/la contratista al suscribir el contrato y a las que son inherentes a su objeto¹⁶.

En esta providencia se confirmará la sentencia de primera instancia porque la pretensión de desequilibrio económico en los contratos regidos por el derecho privado no es procedente. En adición a lo anterior, si la parte de un contrato de arrendamiento pretende un ajuste del canon, la pretensión procedente no es la de desequilibrio sino la solicitud de ajuste de canon prevista en el artículo 519 del Código de Comercio, la cual puede ser presentada mediante la acción de controversias contractuales. Tal como lo determinó la sentencia de primera instancia, el régimen contractual de las empresas sociales del Estado se encuentra exceptuado de la Ley 80 de 1993 y, por tanto, se somete al derecho privado. Por tal razón, el Contratista no tenía derecho legal a reclamar el restablecimiento de la ecuación financiera previsto para los contratos estatales en los artículos 27 y los numerales 3° y 8° del artículo 4°, en el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993. En los contratos estatales sometidos al derecho privado, el contratista debe sujetarse a lo previsto en el artículo 868 del código de comercio. Al respecto también se pueden consultar las siguientes decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado: (i) Sentencia del 12 de diciembre de 2022, número interno 66729; (ii) Sentencia del 23 de noviembre de 2022, número interno 66661, (iii) Sentencia del 19 de octubre de 2022, número interno 67683 y (iv) Sentencia del 8 de septiembre de 2021, número interno: 61617.

¹² Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de diciembre de 2022, número interno: 66729. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de noviembre de 2022, número interno: 66661 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2022, número interno 67683.

¹³ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, número interno: 21429.

¹⁴ Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de julio de 2022, número interno 53814

¹⁵ Consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del: (i) 18 de septiembre de 2003, número interno 15119; (ii) 11 de septiembre de 2003, número interno 14.781; (iii) del 28 de junio de 2012, número interno 21990; (iv) 11 de diciembre de 2015, número interno 24636 y (v) 16 de diciembre de 2022, número interno 63327.

¹⁶ La distribución de los riesgos previsibles debe incluirse en los pliegos de condiciones o sus equivalentes (Ley 1150 de 2007, artículo 4° y Decreto 1510 de 2013, artículo 22 (el Decreto 1510 de 2013 fue compilado en el Decreto 1082 de 2015 "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional"). Así mismo, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del: (i) 23 de marzo de 2017, número interno 51.526 y (ii) 16 de diciembre de 2022, número interno 63327.

8. En este punto es importante mencionar que existe una diferencia entre el incumplimiento del contrato y su desequilibrio económico¹⁷. El incumplimiento consiste en la falta de observancia de las estipulaciones consignadas en el contrato y en todos los documentos contractuales, esto es, los pliegos de condiciones, que suelen ser, por regla general, soportes de la formación del vínculo contractual¹⁸. Por su parte, el desequilibrio contractual no imposibilita el cumplimiento del contrato ni varía el contenido intrínseco de las obligaciones, sino que se trata de una situación que hace más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para una de las partes¹⁹.

9. Para que se configure el desequilibrio, la alteración debe ser real, específica, grave y transitoria²⁰:

- Real cuando existe un déficit o pérdida en relación con el equilibrio inicialmente pactado. No basta con que se presenten alteraciones en el desarrollo del contrato, es necesario que estas afecten los recursos para su ejecución, así como las condiciones económicas inicialmente pactadas del/la contratista.
- Específica cuando es concreta y directa al/la contratista. Debe así haber una clara identificación de los sobrecostos en los que incurrió el/la contratista, su relación con la causa de la alteración y su monto.
- Grave cuando es extraordinaria, es decir, modifica ostensiblemente la economía del contrato.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de noviembre de 2021, número interno: 56023

¹⁸ Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, número interno 66106 en la que puso en evidencia la confusión entre incumplimiento y desequilibrio económico del contrato, en los siguientes términos: (...) lo cierto es que lo que se discute en el fondo es que, a pesar de haberse acordado el mecanismo restablecedor para afrontarla, a través de la suscripción del contrato adicional No. 3, los términos en que quedó trabado ese compromiso fueron posteriormente desconocidos por la entidad demandada.

En ese orden, cabe precisar que lo que se encuentra en discrepancia en últimas es la inobservancia de lo convenido en el contrato adicional No. 3, el cual hace parte integral del contrato No. 430 de 2006, cuestión que desplaza la controversia del ámbito del desequilibrio que se pretendió superar con la suscripción de aquél y la ubica en el terreno del incumplimiento contractual.

En efecto, subyace a la discusión que al haber sido celebrado el contrato adicional No. 3, en el que quedó inmerso el reconocimiento que realizó la entidad para superar el desequilibrio económico que habría ocasionado el costo del transporte del material de pavimento, las obligaciones incorporadas en esa adición adquirieron la naturaleza de obligaciones contractuales, por lo que al desconocerlas se habría incumplido el negocio jurídico.

¹⁹ Lineamiento sobre desequilibrio contractual por Covid-19. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Septiembre de 2020: <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/lineamientos-desequilibrio-contractual/>

²⁰ Lineamiento sobre desequilibrio contractual por Covid-19. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Septiembre de 2020: <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/lineamientos-desequilibrio-contractual/>

- Transitoria cuando es temporal, pues sólo así se justifica la ayuda de la entidad estatal para continuar con la ejecución del contrato.

10. Las siguientes son las situaciones que generan desequilibrio económico del contrato:

- **Teoría de la imprevisión:** el hecho imprevisible es aquel cuya ocurrencia no se podía prever, dentro del marco de lo razonable por ninguna de las partes²¹ al momento de suscripción del contrato. Se trata de un hecho: (i) sobreviniente porque ocurre en la ejecución del contrato, es decir, con posterioridad a su suscripción; (ii) extraordinario, esto es, de tal gravedad que modifica ostensiblemente la fórmula económica que gobernó el respectivo contrato y (iii) exógeno o externo al contratista²². Configurado el desequilibrio económico por la teoría de la imprevisión surge para la entidad el deber de compensar al/la contratista y llevarlo a un punto de no pérdida²³.

- **Hecho del príncipe:** corresponde a una actuación legítima de la entidad contratante no como parte del contrato, sino en su calidad de autoridad estatal, esto es, en ejercicio de sus funciones, la cual tiene incidencia directa o indirecta en el contrato²⁴. En otras palabras, el hecho del príncipe se configura cuando la entidad contratante, en su calidad de autoridad estatal, emite actos generales, abstractos, imprevistos y posteriores a la celebración del contrato que inciden directa o indirectamente en su ejecución y que pueden ocasionar un

²¹ Sólo se configura como un hecho imprevisible cuando en la gestión contractual no fue posible preverlo como un riesgo. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado señaló: «En el caso concreto, si bien la ley 418 de 1994 no había entrado en vigencia antes de la celebración del contrato, dicha contribución venía cobrándose desde tiempo atrás como antes se indicó al reseñar la evolución legislativa de la misma, es decir, que no es posible alegar que esta norma introdujo una situación imprevisible para el contratista, al punto que en la cláusula octava, parágrafo segundo del contrato, arriba transcrito, el contratista autorizó a la entidad para que “de los saldos de las órdenes de obra, descuenten las sumas correspondientes, que por impuestos, tasas, contribuciones, estampillas etc., se llegasen a descontar con relación a la ejecución del objeto contratado en relación a cada orden de obra asignada». Sección Tercera, sentencia del 6 de mayo de 2015, número interno 28681.

²² Algunos ejemplos en los que el Consejo de Estado ha encontrado probada la teoría de la imprevisión en los contratos de obra pública son: (i) incremento en los precios del asfalto sólido, al ser un hecho ajeno a las partes y extraño a su control, manejo y conocimiento (Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, número interno: 36359); (ii) paros cívicos, protestas y destrucción de casetas, perturbación del orden público generadas por la comunidad (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de marzo de 2004, número interno: 25021); (iii) expedición de norma general (ley o acto administrativo) por parte de una entidad externa a las partes (Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, número interno: 1457); (iv) aumento desorbitado del porcentaje de inflación, cuando en la fórmula pactada en el contrato por las partes para el reajuste de los precios, no se incluyan factores para la recuperación de la inflación (Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2001, número interno: 12.803).

²³ Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de abril de 2020, número interno 48676.

²⁴ Así lo indicó el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2019, número interno 41934. En otra oportunidad, el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, número interno: 14577 había considerado que no se configuró el hecho del príncipe, porque el gravamen no fue expedido por la entidad contratante, sino por el Congreso de la República. De ahí la importancia de que la norma de carácter general la expida la entidad contratante, aunque no en su calidad de tal, sino de autoridad estatal.

desequilibrio contractual²⁵, por ejemplo: *la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución*²⁶.

Estos actos generales deben ser anormales o extraordinarios, es decir, estar por fuera de las condiciones de la oferta, el pliego de condiciones o el contrato, ello por cuanto los actos normales u ordinarios hacen parte del alea normal del contrato, luego no generan desequilibrio económico²⁷.

Los presupuestos básicos para la aplicación de la teoría del hecho del príncipe son: (i) la expedición de un acto general y abstracto; (ii) la incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal; (iii) la alteración extraordinaria o anormal de la ecuación económica del contrato como consecuencia de la vigencia del acto y (iv) la imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato²⁸.

Configurado el desequilibrio económico por el hecho del príncipe surge para la entidad el deber de reparar al/la contratista, lo que incluye el reconocimiento de perjuicios patrimoniales (lucro cesante y daño emergente) y extrapatrimoniales en la medida en que estén acreditados²⁹.

- **Potestas variandi:** es una facultad de la Administración derivada de su poder de dirección general, control y vigilancia de la ejecución del contrato y del cumplimiento de los fines de la contratación³⁰. Se configura cuando la Administración modifica las condiciones existentes a causa del ejercicio de sus

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de junio de 2012, número interno 21.990.

²⁶ Así fue señalado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de diciembre del 2003, número interno: 16433.

²⁷ Con relación al carácter anormal y extraordinario que se exige para que se configure el hecho del príncipe el Consejo de Estado ha señalado: La doctrina coincide en que para la aplicación de la teoría, la medida de carácter general debe incidir en la economía del contrato y alterar la ecuación económica financiera del mismo, considerada al momento de su celebración, por un alea anormal o extraordinaria, esto es, "cuando ellas causen una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el cocontratante", ya que "el álea "normal", determinante de perjuicios "comunes" u "ordinarios", aun tratándose de resoluciones o disposiciones generales, queda a cargo exclusivo del cocontratante, quien debe absorber sus consecuencias- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de diciembre del 2003, número interno: 16433.

²⁸ Ejemplo de hecho del príncipe es la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general proferidos por la entidad contratante en calidad de Estado y no como contratante, tal es el caso de la creación de un nuevo tributo, la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, número interno: 14577). Así, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de marzo de 2020, número interno: 41804 consideró probado el hecho del príncipe con la expedición de una Ordenanza expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia que decretó un descuento correspondiente al cuatro por mil de toda cuenta u orden de pago a cargo del departamento. El Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sostuvo que: *al momento de presentar la oferta, el consorcio no conocía la carga impuesta mediante la ordenanza, ni tenía la forma de prever tal erogación*. Es importante mencionar que para la fecha de celebración del contrato el contratista ya conocía de este tributo, pero en la decisión mencionada el Consejo de Estado señaló que lo relevante para efectos del rompimiento del equilibrio económico del contrato es que para la fecha de presentación de la oferta aquel no existía.

²⁹ Así fue señalado por el Consejo de Estado, Sección Tercera: Subsección A, en la sentencia del 14 de marzo de 2013, número interno 20.524 y Subsección B, sentencia del 2 de marzo de 2020, número interno: 41804.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2019, número interno 41934.

potestades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato. Su ejercicio puede significar mayores costos para el/la contratista o disminución de las prestaciones a ejecutar y, por lo tanto, de la utilidad a obtener³¹.

Las condiciones para que se presente el desequilibrio por la aplicación de la *potestas variandi*, son: (i) que el acto que genere la alteración de las condiciones contractuales se presente en el ejercicio legal de una potestad contractual por parte de la entidad contratante; (ii) que el acto que altere las condiciones contractuales sea posterior a la presentación de la propuesta (cuando se haya adelantado la modalidad de selección de licitación) o celebración del contrato (cuando se trate de contratación directa); (iii) que el acto que altere las condiciones contractuales tenga carácter excepcional, en el sentido de no poder ser razonablemente previsto por el/la contratista, y (iv) que el acto haga más gravosa la ejecución del contrato.

(i) **La modificación unilateral del contrato** se refiere a la facultad legal que tiene la Administración para introducir, por medio de acto administrativo motivado, variaciones al contrato durante su ejecución, consistentes en la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios, con el fin de evitar la paralización o afectación grave del servicio público que debe satisfacerse con el contrato. Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un 20% o más del valor inicial, el/la contratista puede renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto de este³².

La modificación unilateral debe respetar, la sustancia, esencia y objeto del contrato, dado que, una alteración extrema significaría un contrato diferente, no querido por el/la cocontratante particular y respecto del cual no ha mediado consentimiento. Asimismo, la modificación debe atender a la necesidad del interés general que se busca satisfacer con el contrato y es limitada, lo que se circunscribe al aumento o disminución de las prestaciones a cargo del/la contratista³³.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del: (i) 31 de agosto de 2011, número interno 18080; (ii) 31 de enero de 2019, número interno: 37910, (iii) 20 de noviembre de 2019, número interno: 41934 y (iv) 13 de agosto de 2020, número interno: 46057. La Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 23 de noviembre de 2016, número interno: 52161 ejemplifica un caso. En esa oportunidad, la administración suscribió un contrato cuyo objeto por parte del contratista fue suministrar, instalar, mantener, operar y prestar el servicio de pantalla gigante del estadio Nemesio Camacho El Campín. Posterior a la suscripción del contrato, y debido a unas obras de remodelación, la Administración evidenció la necesidad de reubicar la pantalla objeto del contrato. Por esta razón, expidió un acto administrativo modificando unilateralmente el contrato. La modificación incorporó así una cláusula relacionada con el "desmonte y montaje de la pantalla exterior ubicada sobre el muro lateral que compone la estructura de la torre de los ascensores".

³² Contemplada en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

³³ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de julio de 2021, número interno: 50879.

(ii) **La terminación unilateral del contrato** hace referencia a la facultad legal que tiene la Administración de terminar el contrato, después de haberlo celebrado y estando este vigente, al constatar circunstancias sobrevinientes que evidencian que continuar con su ejecución afectaría la correcta prestación del servicio público o amenazaría con desestabilizar el orden público³⁴. Los eventos de terminación anticipada del contrato son los siguientes:

- Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- Por muerte o incapacidad física permanente del/la contratista³⁵, si es persona natural o por disolución de la persona jurídica del/la contratista.
- Por interdicción judicial o declaración de quiebra del/la contratista.
- Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del/la contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato³⁶.

Para declarar la terminación unilateral se requiere que: (i) la manifestación de la voluntad de la Administración se materialice en un acto administrativo debidamente motivado y (ii) la causal que se alega en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley dispuso, los cuales fueron mencionados previamente³⁷.

Cuando el desequilibrio económico se configura por el uso de la *potestas variandi* surge para la entidad el deber de reparar al/la contratista, lo que incluye el reconocimiento de perjuicios patrimoniales (lucro cesante y daño emergente) y extrapatrimoniales en la medida en que estén acreditados³⁸.

(iii) **La interpretación unilateral del contrato** es la potestad legal de la Administración que le permite durante la ejecución del contrato interpretar algunas estipulaciones contractuales, a falta de acuerdo con el/la contratista, cuando las discrepancias frente a las estipulaciones amenacen con paralizar o

³⁴ Contemplada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

³⁵ Este texto fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-454 de 1994, en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista.

³⁶ En los casos de: (i) muerte o incapacidad física permanente del/la contratista si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del/la contratista y (ii) interdicción judicial o declaración de quiebra del/la contratista podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

³⁷ Se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de septiembre de 2013, número interno: 25681.

³⁸ Así fue señalado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, en las sentencias del 14 de marzo de 2013, número interno 20.524 y del 13 de agosto de 2020, número interno: 46057.

afectar gravemente el servicio público que se busca satisfacer con el contrato³⁹. Esta interpretación se debe realizar a través de acto administrativo motivado⁴⁰.

II. Recomendaciones para prevenir eventuales litigios por parte de la Administración en contratos de obra pública o mitigar sus efectos

1. A continuación, se presentan algunas recomendaciones para prevenir el desequilibrio económico en el contrato de obra pública antes de su ejecución.

2. Los contratos de obra son los que celebran las entidades estatales para la construcción⁴¹, mantenimiento⁴², instalación⁴³ y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago⁴⁴. Los contratos de obra pública se perfeccionan con el acuerdo entre las partes frente al objeto y la contraprestación y se eleva por escrito⁴⁵.

3. En estos contratos se entienden incorporadas las cláusulas exorbitantes⁴⁶ de interpretación unilateral⁴⁷; modificación unilateral⁴⁸; terminación unilateral⁴⁹; caducidad⁵⁰; cláusula de reversión⁵¹ y cláusula de reciprocidad⁵². Frente a las tres primeras se hará mención más adelante, toda vez que, su utilización puede dar lugar al desequilibrio económico del contrato.

4. Para la prevención de eventuales litigios en contratos de obra pública⁵³, es relevante la planeación, principio rector de la contratación pública, que impone a las entidades estatales el deber de diseñar y pensar, con antelación a la celebración y ejecución de un contrato, cuáles son las necesidades y prioridades

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1514 de 2000.

⁴⁰ Consagrada en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993.

⁴¹ De acuerdo con la Real Academia Española (RAE) construir es hacer "una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública", por ejemplo, construir un puente, una carretera o una edificación.

⁴² Para la RAE mantener es «conservar algo en su ser, darle vigor y permanencia», por ejemplo, lo que ocurre con el mantenimiento de vías públicas, la poda, corte y retiro de árboles (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de junio de 2021, n 45174).

⁴³ La RAE define instalar como «poner o colocar en el lugar debido a alguien o algo», por ejemplo, cuando se instalan tuberías o redes de acueducto, ventanerías, señalización de tránsito, entre otros.

⁴⁴ Las modalidades de pago son: (i) precio global; (ii) llave en mano; (iii) precios unitarios; (iv) administración delegada y (v) reembolso de gastos. Al respecto, se puede consultar la Guía de Procesos de Contratación de Obra Pública, elaborado por la Agencia de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_obra_publica.pdf

⁴⁵ Artículos 32, 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

⁴⁶ Ordinal 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

⁴⁷ Ley 80 de 1993, artículo 15.

⁴⁸ Ley 80 de 1993, artículo 16.

⁴⁹ Ley 80 de 1993, artículo 17.

⁵⁰ Ley 80 de 1993, artículo 18.

⁵¹ Ley 80 de 1993, artículo 19.

⁵² Ley 80 de 1993, artículo 20.

⁵³ Es importante hacer la precisión de que, algunas recomendaciones podrían aplicar a otras tipologías contractuales, pero en este caso se circunscriben al contrato de obra pública, por su naturaleza más solicitudes de desequilibrio económico del contrato genera.

que se pretenden satisfacer. Con este principio se busca que el contrato sea el resultado de la previsión y no de la improvisación⁵⁴.

5. Aunque, por esencia, la alteración en el equilibrio contractual se configura luego de la celebración del contrato, es decir, durante su ejecución⁵⁵, puede ocurrir un desequilibrio por actuaciones anteriores al contrato que tienen impacto en su formación y en su ejecución, por ejemplo, cuando la entidad pública no realiza de manera adecuada los estudios previos del contrato⁵⁶ o el diseño de planos para la construcción de una obra⁵⁷ o una correcta proyección de las condiciones técnicas o del terreno y esto le genera al/la contratista mayores cantidades de obras u obras adicionales⁵⁸.

6. En ejercicio del deber de planeación corresponde a las entidades estatales, entre otros, evaluar el riesgo que el proceso de contratación representa para el cumplimiento de las metas y objetivos de la entidad. El riesgo en el contrato es *“entendido como todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo”*⁵⁹. Las entidades públicas tienen el deber de incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación⁶⁰.

7. Los riesgos previsibles deben entenderse como aquellas circunstancias que, de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato tienen la

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de mayo de 2021, número interno 43055. Este principio está consagrado en el ordinal 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011.

⁵⁵ De acuerdo con lo señalado por Colombia Compra Eficiente en el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación: *la etapa de ejecución inicia una vez cumplidos los requisitos previstos para iniciar la ejecución del contrato respectivo y termina con el vencimiento del plazo del contrato o la fecha de liquidación si hay lugar a ella. Esta etapa puede extenderse cuando hay lugar a garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o a condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes. En esta etapa se cumplen con las obligaciones previstas en el contrato, permitiendo el logro del objeto del Proceso de Contratación.* El Manual mencionado se puede consultar en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riesgo.pdf

⁵⁶ Al respecto, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-300 de 2012 sostuvo, al referirse a la importancia de los estudios previos, que estos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios.

⁵⁷ Así lo sostuvo el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, número interno: 18080.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de diciembre de 2022, número interno 59382. En otra oportunidad, frente al impacto del principio de planeación en la ejecución del contrato y su relación con las modificaciones que se pueden presentar, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sostuvo: «Ahora, como lo ha descrito la jurisprudencia, las fallas en el deber de planeación contractual inciden gravemente en la etapa de ejecución, traduciendo esas anomalías en modificaciones al contrato, suspensiones del plazo, mayores cantidades de obra, mayor permanencia en obra, cambios en las condiciones técnicas proyectadas y, en últimas, pone en riesgo la continuidad de los trabajos y la posibilidad de concluirlos con éxito».

⁵⁹ Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Documento Conpes 3714 del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública. Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

⁶⁰ Artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

potencialidad de alterar el equilibrio financiero de este, siempre que sean identificables y cuantificables⁶¹. La inclusión de este tipo de riesgos dentro de la ecuación contractual suprime la posibilidad de que se aleguen alteraciones al equilibrio económico del contrato, «reduciendo las consecuencias económicas y litigiosas frecuentes en los mismos»⁶², de ahí su importancia para la prevención del daño antijurídico⁶³.

8. Dada la relevancia del principio de planeación en el proceso contractual y su relación con la alteración del equilibrio económico del contrato, se harán algunas recomendaciones encaminadas a prevenir eventuales litigios desde esta fase previa del contrato por parte de la Administración. Por lo anterior, se recomienda a las entidades:

- ✓ Tipificar, es decir, identificar los riesgos previsible⁶⁴ que se pueden materializar durante la ejecución del contrato de obra⁶⁵, de acuerdo con los lineamientos dados por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente⁶⁶, por ejemplo: (i) riesgos económicos⁶⁷; (ii) riesgos operacionales⁶⁸ o (iii) riesgos regulatorios⁶⁹.

⁶¹ Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Documento Conpes 3714 del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública. Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

⁶² Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Documento Conpes 3714 del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública. Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

⁶³ Con relación a los riesgos, es preciso recordar que: (i) en la ejecución de todo contrato se pueden presentar circunstancias que afecten su cumplimiento, en cuanto a la forma y términos convenidos en la época de su celebración, haciéndolo más oneroso; (ii) tales circunstancias pueden ser previsible cuando corresponden al alea normal e inherente de su ejecución e imprevisible cuando exceden la órbita de lo normal, trascendiendo el terreno de lo extraordinario y de lo imprevisible. Véase: Consejo de Estado, Subsección A, Sección Tercera, sentencia del 23 de marzo de 2017, número interno: 51526. Las entidades públicas pueden consultar el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación, elaborado por la Agencia Colombia Compra Eficiente, el cual está dirigido a los partícipes del sistema de compras y contratación pública. Este Manual desarrolla lo correspondiente a la estimación, tipificación y asignación de riesgos.

⁶⁴ Con relación a los riesgos, es preciso recordar que: (i) en la ejecución de todo contrato se pueden presentar circunstancias que afecten su cumplimiento, en cuanto a la forma y términos convenidos en la época de su celebración, haciéndolo más oneroso; (ii) tales circunstancias pueden ser previsible cuando corresponden al alea normal e inherente de su ejecución e imprevisible cuando exceden la órbita de lo normal, trascendiendo el terreno de lo extraordinario y de lo imprevisible. Véase: Consejo de Estado, Subsección A, Sección Tercera, sentencia del 23 de marzo de 2017, número interno: 51526.

⁶⁵ Esta identificación se construye con base en el objeto y actividades a ejecutar del contrato.

⁶⁶ Para el efecto se puede consultar el Manual para la Identificación del Riesgo en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riesgo.pdf

⁶⁷ Son los derivados del comportamiento del mercado, tal es el caso del cambio en el precio de los insumos. Al respecto, se puede consultar: del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública (enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>)

⁶⁸ Son los asociados a la operación del contrato, tal es el caso, de las prórrogas en los plazos de ejecución del contrato que deben realizarse, porque por circunstancias no imputables a las partes no se pudo cumplir el contrato en el plazo inicialmente previsto. De acuerdo con lo señalado en el documento Conpes 3714 mencionado en este documento, para reducir el riesgo operacional al estructurar el contrato se deben tener los estudios previos y la información de los objetos contractuales que se requiera. El Conpes mencionado se consultar en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

- ✓ Estimar los riesgos tipificados, esto es, valorar la probabilidad⁷⁰ de que ocurran y el impacto⁷¹ que tendrían para la entidad, el contrato y el interés general de llegar a materializarse. Para este proceso se recomienda conformar un equipo interdisciplinar con conocimientos en aspectos técnicos, jurídicos y financieros⁷².
- ✓ Asignar o distribuir los riesgos, con base en la capacidad de las partes para gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo⁷³.
- ✓ Elaborar la matriz de riesgo con la tipificación, estimación y asignación de los riesgos identificados para el contrato, de acuerdo con los criterios dados por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente⁷⁴.
- ✓ Elaborar de forma precisa⁷⁵ los estudios de orden técnico, financiero, económicos, y jurídicos requeridos para determinar la viabilidad, la conveniencia, la necesidad del objeto a contratar y los requisitos que se requieren para su ejecución, en aras de minimizar el riesgo de que, por ejemplo, a futuro se presenten situaciones que pudieron preverse desde el momento de planeación del contrato⁷⁶. Estos estudios deben

⁶⁹ Son los posibles cambios regulatorios o reglamentarios, por ejemplo, cambios en tarifas. Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Documento Conpes 3714 del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública. Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

⁷⁰ Para analizar la probabilidad es importante revisar los contratos que se ejecutaron y que tenían objetos similares. Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Documento Conpes 3714 del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública. Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>.

⁷¹ El impacto corresponde al porcentaje de ejecución del contrato que se afectaría de llegar a materializarse el riesgo. Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Documento Conpes 3714 del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública. Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>.

⁷² Para la estimación de la probabilidad y el impacto es útil consultar, por ejemplo: «Series históricas, políticas y experiencias del sector, opiniones y juicios de especialistas y expertos, estudios técnicos, contratos con objetos similares» Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Documento Conpes 3714 del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública. Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>.

⁷³ Las entidades estatales en el proyecto de pliego de condiciones deben proponer la asignación de riesgos. Véase: artículo 22 del Decreto 1510 de 2013 (Compilado en el Decreto 1082 de 2015).

⁷⁴ El Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación se puede consultar en el siguiente enlace:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riesgo.pdf

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-300 de 2012 que al referirse a los estudios previos, en el caso puntual del contrato de concesión, señaló: (...) los estudios previos deben ser lo más precisos posibles para que (i) los interesados puedan establecer el riesgo y calcular si los flujos del proyecto serán suficientes para cubrir los costos, pagar las deudas y generar una remuneración equitativa durante el plazo pactado; y (ii) las partes puedan establecer el esquema de distribución de riesgos que más se acomode a las características del negocio y las circunstancias en las que se ejecutará. Aunque el tipo de contrato estatal al que se refirió la Corte es distinto al objeto de este lineamiento, también es aplicable al contrato de obra, en razón a que se deben elaborar estudios previos e identificar y tipificar los riesgos (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de diciembre de 2022, número interno: 63327).

contemplar todas las variables previsibles que puedan afectar la ejecución del contrato⁷⁷.

- ✓ Contar con los estudios técnicos, diseños, permisos, licencias, entre otros, que se requieran para la ejecución del contrato y que sean responsabilidad de la entidad estatal, con el fin de evitar modificaciones o suspensiones que alteren el equilibrio económico del contrato⁷⁸.
- ✓ Especificar en los pliegos de condiciones, el anexo técnico y en el contrato el alcance inicial de las obligaciones a cargo del/la contratista, con el fin de evitar que durante la ejecución del contrato sea necesario interpretar o modificar algunas estipulaciones contractuales que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público⁷⁹.
- ✓ Establecer en el pliego de condiciones que los/las proponentes deben tener en cuenta al momento de formular su oferta y el cronograma de trabajo las características y condiciones de la obra, el lugar y los alrededores de esta, por ejemplo, las particularidades del clima en la zona, para precaver su comportamiento durante el plazo de ejecución⁸⁰.
- ✓ Evaluar si se incluyen en los pliegos de condiciones y en el contrato, entre otras, cláusulas que contemplen, lo siguiente:

⁷⁶ Es preciso traer a colación la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, número interno: 20912 en la que, con respecto a la elaboración de los estudios y documentos que dan sustento al contrato, indicó: *se evidenció la falta de estudios previos sobre la calidad de los terrenos en los que se adelantarían las obras de construcción de los 6 polideportivos en distintas localidades de la ciudad de Bogotá, puesto que se tuvo que acudir a un ingeniero de suelos cuando se emprendieron los trabajos y se advirtió la inestabilidad de la tierra en los respectivos lotes, para que hiciera las recomendaciones del caso, las cuales se tradujeron en mayores cantidades de obra y obras extras de estabilización.*

⁷⁷ En relación con el análisis del sector, Colombia Compra Eficiente señaló en la Guía de Elaboración de Estudios de Sector que este análisis: *debe ser proporcional al valor y la complejidad del Proceso de Contratación, la naturaleza del objeto a contratar, el tipo de contrato y los riesgos identificados en el Proceso de Contratación.* La Guía mencionada se puede consultar en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/cce-eicp-gi-18_gees_v.2_2.pdf

⁷⁸ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, número interno: 20912

⁷⁹ Siguiendo con lo previsto en los artículos 15 y 16 de la Ley 80 de 1993 que desarrollan la interpretación y modificación unilateral del contrato.

⁸⁰ El Consejo de Estado estudió el caso de una solicitud de desequilibrio económico en un contrato de obra pública en el que se alegó que las lluvias durante los meses abril, mayo, junio y julio de 2002 dieron lugar a suspensiones y prórrogas del contrato, lo que, a su vez, generó desequilibrio del contrato por sobrecostos por la mayor permanencia en obra. Para decidir sobre esta pretensión tuvo en cuenta que en el pliego de condiciones se estableció el deber para los/las proponentes de inspeccionar el sitio y los alrededores de la obra, con el fin de establecer, entre otros aspectos, sus características y condiciones, lo cual, por supuesto comprendía determinar las particularidades del clima en la zona, el deber de efectuar el estudio del clima y el volumen de las lluvias para efectos de precaver su comportamiento durante el plazo de ejecución del contrato y de esta manera ajustar el cronograma de trabajo. Con base en ese deber, determinó que el demandante *debía tener una comprensión clara acerca de las condiciones climáticas de la zona en la que ejecutaría las labores contratadas, pues así lo disponían las reglas del proceso licitatorio.* Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de diciembre de 2022, número interno: 63327.

- Necesidad de autorización por parte de las personas que se designe en el contrato para la ejecución de mayores cantidades de obra⁸¹.
- Posibilidad de que, durante la ejecución del contrato se puedan ordenar los cambios necesarios para cumplir con el contrato y, que en el evento en el que se alteren el plazo o el precio, estos sean ajustados por acuerdo de las partes⁸².
- Fórmulas de reajuste de precios⁸³ o actualización de precios.
- Modalidad de pago el sistema de precios unitarios⁸⁴, que consiste en multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de los ítems⁸⁵ o conceptos del contrato.
- Porcentaje para Administración, Imprevistos y Utilidades (AIU), con el fin de que, en caso de presentarse imprevistos en la ejecución del

⁸¹ Al respecto se puede consultar: Corte Constitucional, sentencia SU214 del 16 de junio de 2022.

⁸² Esta situación fue estudiada por la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 15 de julio de 2020, número interno: 28794. Mencionó dicha providencia: *Las partes pactaron, en la cláusula quinta del contrato que durante la ejecución del contrato EPM podría ordenar cambios, que se considerara necesarios, en los planos y en las especificaciones y que si se alteraban el plazo o el precio debían ajustarse por acuerdo de las partes. De esta cláusula se desprende que era inherente a la naturaleza de la construcción que, durante su ejecución, se podían hacer modificaciones de acuerdo con las condiciones del campo y que, por esa razón, se aceptaba un margen normal esperado de reformas, sin que por ello se modificaran plazo y precio, según da cuenta copia de ese contrato.*

⁸³ Esta figura ha sido definida por el Consejo de Estado como “una medida preventiva frente a una situación previsible, que puede afectar el resultado económico final del contrato en contra de cualquiera de las partes y que se soluciona mediante la inclusión en el mismo de la respectiva cláusula de reajuste, normalmente mediante una fórmula matemática”, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2014, número interno: 31463. Al reajuste de precios también se ha referido el Consejo de Estado en los siguientes pronunciamientos: (i) Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de noviembre de 2021, número interno: 56023; (ii) Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de febrero de 2020, número interno: 63123; (iii) Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2015, número interno: 34698; (iv) Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, número interno: 20912.

⁸⁴ En Concepto C-030 de 2021 Colombia Compra Eficiente (el cual se puede consultar en el siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-030%20de%202021>) señaló que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como las excluidas de este tienen autonomía para “configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento”. En otras palabras, las entidades gozan de discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o su documento equivalente y en el contrato el sistema de precios unitarios y la figura del AIU (Administración, Utilidades e Imprevistos). El análisis del desequilibrio contractual es más claro cuando en el contrato se pacta el sistema de precios unitarios. Esta forma de pactar el precio es usada en los contratos de obra. En este sistema el precio total del contrato es el que resulta de multiplicar las cantidades de obra por el precio de los ítems correspondientes. Así, partiendo de las condiciones inicialmente pactadas y comparándolas con las efectivamente ejecutadas, es posible determinar cuándo se presentaron mayores cantidades de obra, los ítems que se afectaron y la variación de los precios (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de febrero de 2020, número interno: 63123).

⁸⁵ Tratándose de un contrato de obra pública para el mantenimiento de una carretera intermunicipal algunos ítems pueden ser: (i) limpieza de canales; (ii) bacheo con material de afirmado; (iii) relleno con material de afirmado; (iv) excavación para reparación del pavimento existente, entre otros. Tomados de: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1º de agosto de 2016, número interno: 36359.

contrato, la entidad utilice la partida de imprevistos hasta el monto señalado en la oferta⁸⁶.

- Imposibilidad del/de la contratista de reclamar mayor valor del contrato por la existencia de tributos, tasas o contribuciones expedidas antes de presentación de la oferta⁸⁷.
- ✓ Obligación del/de la contratista de advertir, lo antes posible, al/la interventor/a los eventos que pudieran alterar el precio del contrato o la demora en la ejecución de la obra y presentar una cotización para el pago de ítems nuevos⁸⁸.

III. Recomendaciones para mitigar el desequilibrio económico en la fase de ejecución del contrato estatal de obra pública

1. En la fase de ejecución del contrato es donde por esencia se materializa el desequilibrio del contrato. En esta fase se pueden tomar medidas para mitigar los efectos de dicho desequilibrio ocasionados por la teoría de la imprevisión, la *potestas variandi* o el hecho del príncipe, esto con el fin de evitar que se llegue a instancias judiciales y, lo que es más importante, garantizar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los/las administrados/as que colaboran con la Administración⁸⁹.

2. Por lo anterior, en esta fase contractual las entidades deben:

- ✓ Respetar la sustancia del contrato de obra celebrado, su esencia y objeto, cuando se haga uso de la *potestas variandi*, para evitar alteraciones extremas que conlleven a un contrato diferente⁹⁰.
- ✓ Revisar periódicamente los precios de alzada (globales) y unitarios, en aras de estar alerta a las variaciones en los costos previstos y realizar los ajustes

⁸⁶ Respecto del AUI (Administración -Imprevistos-Utilidades) el Consejo de Estado ha señalado: "que se introduce en el valor total de la oferta y de frecuente utilización en los contratos de tracto sucesivo y ejecución periódica, como, por ejemplo, en los de obra (...). Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de octubre de 2011, número interno: 20811. Adicionalmente, en relación con la modalidad de contrato en la que se puede pactar esta figura se tiene que: "Cada contrato comporta un negocio jurídico en particular, por ende, connota unas características especiales, en tal virtud la administración de acuerdo a las condiciones de cada contrato y a la conveniencia para las partes, puede determinar la viabilidad para pactar esta figura, sin que ello se torne ilegal".

⁸⁷ Así, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de marzo de 2020, número interno: 41804 con relación a la expedición de tributos, tasas o contribuciones consideró que lo importante para hablar de desequilibrio económico del contrato por hecho del príncipe es que para la fecha de presentación de la oferta aquellos no existan.

⁸⁸ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de noviembre de 2021, número interno 52430.

⁸⁹ Artículo 3° de la Ley 80 de 1993.

⁹⁰ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 1991, número interno: 4739.

que correspondan de acuerdo con la fórmula de reajuste incorporada en el contrato⁹¹.

- ✓ Dejar la salvedad en el documento respectivo (de adición⁹², prórroga, suspensión o contrato adicional⁹³) cuando el/la contratista asuma el riesgo de mayor permanencia en la obra⁹⁴.
- ✓ Revisar, previo a la expedición de norma general por parte de la entidad, las afectaciones que esta podría ocasionar a los contratos vigentes y

⁹¹ Con respecto a esta recomendación, es preciso señalar que la Ley 4ª de 1964 consagra esta obligación en los contratos para construcción, mejoras, adiciones o conservación de obras por un precio alzado o a precios unitarios. Asimismo, el Decreto 1518 de 1965, en el artículo 17 en relación con las fórmulas matemáticas que servirían para efectuar el reajuste o revisión periódica de precios de los contratos, señaló que se elaborarían listas de los principales elementos o factores determinantes de los precios, y se establecería la cuota o porcentaje que cada uno de tales factores representaría en el conjunto de trabajos; y en cuanto fuera posible, se determinarían las estadísticas o los números índices con base en los cuales se establecería o comprobaría la variación de cada uno de los factores que debían tomarse en cuenta y su monto. Y en el evento de que las entidades no adopten el sistema de fórmulas matemáticas de reajuste de precios, deberían reglamentar el sistema que aplicarían para las revisiones periódicas del precio alzado o de los precios unitarios, estableciendo las reglas que deberían tener en cuenta para ello. Frente al punto esbozado puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, número interno: 20912.

⁹² Con respecto a la adición del contrato, el Consejo de Estado ha hecho unas precisiones dependiendo si el contrato de obra se pactó a precios unitarios o precios globales. Al respecto, la Sección Tercera, Subsección C, en sentencia del 19 de septiembre de 2022, número interno: 54714 sostuvo que las adiciones del contrato suponen una modificación de este, dado que, se incluyen en el objeto elementos o metas que no fueron previstas inicialmente por las partes, sin que ello suponga la mutación del contrato. En concreto, frente al precio señaló que *las actas o acuerdos sobre mayores cantidades de obra en contratos celebrados a precios unitarios, en los que el valor indicado en el contrato supone apenas un estimativo de lo que será el precio final de la obra cuando esta concluya, no serían propiamente una adición sino una inyección de recursos presupuestales prevista para sortear las imprecisiones que haya podido tener la formulación inicial del precio. A diferencia de lo que ocurre en contratos pactados bajo la modalidad de precio global o alzado, el incremento del precio del contrato siempre supondrá la modificación del objeto contractual y, por lo tanto, adición, toda vez que en este escenario la estimación inicial del costo de la obra en su totalidad es vinculante a lo largo del acuerdo de voluntades como el precio determinado que el contratista percibirá como contraprestación por su labor.*

⁹³ El contrato adicional es un nuevo contrato que modifica el objeto del contrato inicial por ejemplo cuando en un contrato de obras públicas se pacta la construcción de un determinado tramo de una carretera y una vez en ejecución se determina que el tramo debe ampliarse; ese cambio obviamente redundaría en la modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato principal, lo que conlleva necesariamente la celebración de un contrato adicional. Corte Constitucional, sentencia SU214 del 16 de junio de 2022.

⁹⁴ Con respecto a la renuncia de reclamaciones por mayores cantidades de obra, el Consejo de Estado indicó que son válidas y están llamadas a producir efectos aquellas que se produzcan durante la ejecución del contrato y en las cuales se condensan las causas que dan lugar a esa situación, se advierten las consecuencias requeridas para su mitigación y se asume libremente su contención. Lo anterior, a diferencia de las que se incorporan en el pliego de condiciones o en el contrato inicialmente celebrado, las cuales ha considerado que no están llamadas a producir efectos jurídicos por cuenta de su ineficacia. Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de septiembre de 2022, número interno: 68443. En similares términos, se refirió recientemente el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación del 27 de julio de 2023, número interno: 39121 al indicar que: (...) *De la prohibición contenida en esta norma están excluidas las renunciaciones durante la ejecución del contrato o al finalizar el plazo contractual y que se produzcan por la libre decisión del contratista. En otras palabras, la norma referida no impide a los particulares titulares de derechos renunciar a ellos, pues esa decisión corresponde a la autonomía de la voluntad y a la libertad de contratar. Lo que proscribe es que las entidades públicas impongan como condición esa renuncia.*

evaluar las medidas que se pueden tomar para evitar desequilibrios económicos⁹⁵.

- ✓ Motivar de manera suficiente el acto administrativo, a través del cual hagan uso de las facultades de terminación o interpretación del contrato, es decir, de la *potestas variandi*⁹⁶ y reconozcan las indemnizaciones a que tienen derechos los/las contratistas como consecuencia de tales medidas⁹⁷.

3. Cuando el/la contratista considera que se ha presentado un desequilibrio económico está en la obligación de solicitar a la Administración el restablecimiento del equilibrio económico del contrato⁹⁸. Por su parte y para mitigar los efectos del desequilibrio económico en el contrato de obra pública, en relación con la solicitud presentada por el/la contratista se recomienda a la Administración:

Recomendación	I.V ⁹⁹	H del p ¹⁰⁰	T. p ¹⁰¹
Analizar las solicitudes y los soportes del desequilibrio del contrato presentadas durante su ejecución contractual ¹⁰² . Ejemplo: informe o acta del interventor en	X	X	X

⁹⁵ Así, por ejemplo, el Consejo de Estado señaló: «En el caso concreto, si bien la ley 418 de 1994 no había entrado en vigencia antes de la celebración del contrato, dicha contribución venía cobrándose desde tiempo atrás como antes se indicó al reseñar la evolución legislativa de la misma, es decir, que no es posible alegar que esta norma introdujo una situación imprevisible para el contratista, al punto que en la cláusula octava, parágrafo segundo del contrato, arriba transcrito, el contratista autorizó a la entidad para que “de los saldos de las órdenes de obra, descuenten las sumas correspondientes, que por impuestos, tasas, contribuciones, estampillas etc., se llegasen a descontar con relación a la ejecución del objeto contratado en relación a cada orden de obra asignada». Sección Tercera, sentencia del 6 de mayo de 2015, número interno 28681.

⁹⁶ Estas potestades son las señaladas en el artículo 15 y 17 de la Ley 80 de 1993.

⁹⁷ De conformidad con lo previsto por el ordinal 1º, inciso 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. También puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, en la sentencia del 2 de marzo de 2020, número interno: 41804.

⁹⁸ De conformidad con el inciso 2º, ordinal 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993 los/las contratistas tienen derecho a que, *previa solicitud a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.*

⁹⁹ Significa potestas variandi.

¹⁰⁰ Entiéndase hecho del príncipe.

¹⁰¹ Léase: teoría de la imprevisión.

¹⁰² Al respecto, lo que ha indicado el Consejo de Estado es que: “El desequilibrio financiero del contrato es un asunto técnico y por ende su prueba debe ser rigurosa, objetiva y debidamente soportada; no bastan simples planteamientos doctrinales o jurisprudenciales; se hace necesario prueba idónea, adecuada y pertinente que evidencie en concreto, la magnitud del desajuste económico del negocio y su impacto en la conmutatividad del mismo. Prueba, por lo tanto, de ser el caso, altamente técnica, razonablemente fundada en especiales consideraciones contables, económicas, financieras, que permitan deducir de manera objetiva, cómo las situaciones fácticas alegadas como afectantes del equilibrio contractual, inciden de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económicas y financieras del negocio en los términos propuestos y pactados”. Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de octubre de 2106, número interno 51018.

el que se precise, fundamente y acrediten los sobrecostos por mayor permanencia ¹⁰³ .			
Tener en cuenta que el/la contratista tiene la carga de probar el desequilibrio contractual. Para tal efecto, debe: (i) Identificar la ecuación sobre la cual se estructuró el contrato, es decir, cuáles fueron los términos, ítems, precios de la oferta, del pliego de condiciones y del contrato. (ii) Evidenciar las causas que se invocan para alegar el desequilibrio ¹⁰⁴ . (iii) Demostrar el efecto económico real sobre la ejecución del contrato. No basta probar el incremento de una cuenta, es necesario cuantificar el impacto sobre la ecuación económica del contrato en particular ¹⁰⁵ , a través de pruebas documentales como facturas o libros de contabilidad que, de la mano de la oferta presentada, permitan evidenciar que se rompió el equilibrio económico ¹⁰⁶ .	X	X	X
Tener a la mano: (i) la oferta presentada por el/la contratista, porque esta es el punto de partida para determinar si el costo real de la ejecución del contrato excedió la oferta económica elaborada por el/la contratista ¹⁰⁷ ; (ii) el pliego de condiciones; (iii) el contrato, (iv) anexos del contrato, (v) contratos modificatorios o	X	X	X

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de diciembre de 2022, número interno 63327.

¹⁰⁴ En el Lineamiento sobre desequilibrio contractual por Covid-19, la Agencia señaló que entre las causas que podrían generar un desequilibrio contractual están la hiperinflación, el alza imprevista del valor de la materia prima determinante para el cumplimiento del contrato, la realización de obras adicionales, la ampliación del plazo contractual, el establecimiento de nuevos tributos, la demora en la entrega del anticipo, el retraso en la entrega de los terrenos en los cuales debe ser construida la obra o el no suministro oportuno de los planos y materiales para su ejecución, entre muchas otras que deben ser analizadas en cada caso concreto. La prueba debe ser técnica, fundada en especiales consideraciones contables, económicas, financieras <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/lineamientos-desequilibrio-contractual/>.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 2019, número interno 59309.

¹⁰⁶ Es importante mencionar el caso resuelto a través de la sentencia 25 de febrero de 2009, número interno 16103, en la que el Consejo de Estado (Sección Tercera) negó las pretensiones de una acción de controversias contractuales al encontrar que se alegaban sobrecostos de personal por la mayor permanencia en la obra, pero no se aportaron documentos que permitieran establecer *los valores de la nómina de los trabajadores que fueron contratados entre el 24 de mayo de 1990 y el 23 de julio de 1991, o los montos que efectivamente fueron girados para hacer los pagos de salarios y prestaciones en su favor, o las consignaciones efectuadas en bancos a favor de dichos trabajadores, o los documentos de afiliación al sistema de seguridad social.*

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de noviembre de 2021, número interno: 56023.

adicionales, (v) actas de recibo de las obras ¹⁰⁸ y (vi) soportes de los gastos que se alegan ¹⁰⁹ , entre otros.			
Verificar que en la solicitud se haya: (i) identificado la ecuación sobre la cual se estructuró el contrato; (ii) evidenciado la(s) causa(s) de desequilibrio; (iii) demostrado el efecto económico real sobre la ejecución del contrato ¹¹⁰ y (iv) acreditado la autorización de la entidad para la realización de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias ¹¹¹ . No basta probar el incremento de una cuenta, sino que es necesario cuantificar el impacto sobre la ecuación económica ¹¹² .	X	X	X
Solicitar: (i) aclaraciones al/la contratista ante la presencia de dudas o vacíos respecto de la reclamación de equilibrio económico del contrato o (ii) la presentación de información necesaria para resolver la solicitud como, por ejemplo, el efecto económico real sobre la ejecución del contrato.	X	X	X
Responder las solicitudes o reclamaciones presentadas por el/la contratista con fundamento en la normativa y jurisprudencia vigente. Si se encuentra que no es procedente el restablecimiento solicitado, porque las mayores cantidades de obras ¹¹³ o las obras adicionales no fueron imprevisibles ni ajenas al/la contratista así indicarlo con el soporte respectivo ¹¹⁴ .	X	X	X

¹⁰⁸ En especial, el acta final de obra frente a las actividades, ítems y cantidades de obra contratadas.

¹⁰⁹ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B sentencia del 29 de octubre de 2012, número interno: 21429.

¹¹⁰ En un contrato de obra pública para efectos de demostrar si se había incrementado el precio de un material del contrato, se consideró necesario que se determinara, entre otros aspectos: aspectos i) el precio del asfalto para la fecha de presentación de la oferta; ii) el porcentaje de incrementos que sufrió el insumo en el año 1999 y entre mayo de 2000 y enero de 2001; iii) si el precio ofertado se ajustaba a los precios del mercado; iv) el aumento previsible del material; v) la cantidad de kilogramos de asfalto sólido utilizados conforme el acta de recibo final de obra y vi) la diferencia entre el precio efectivamente pagado por el contratista a Ecopetrol y el que reconoció el Inviás. Al respecto, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1º de agosto de 2016, número interno: 36359.

¹¹¹ Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias del: (i) 31 de agosto del 2011, número interno: 18080 y (ii) 30 de marzo de 2017, número interno: 27378.

¹¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 2019, número interno 59309.

¹¹³ Ha señalado el Consejo de Estado que "la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en que ella fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual" y, a su turno, "las obras adicionales o complementarias hacen referencia a ítems o actividades no contempladas o previstas dentro del contrato que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual y, por tal motivo, para su reconocimiento se requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial". Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, número interno: 18080.

¹¹⁴ En sentencia del 5 de marzo de 2021, de la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, número interno: 39249 se concluyó que no era aceptable la reclamación presentada por el contratista con la que se buscaba el reconocimiento de mayores cantidades de obra al encontrar que: la situación que originó las

Plantear y definir remedios directos en el menor tiempo posible ¹¹⁵ , mediante acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses ¹¹⁶ , en aras de anticiparse a la presentación de reclamaciones posteriores y evitar extender la controversia a un litigio ¹¹⁷ .	X	X	X
Reparar los perjuicios ¹¹⁸ derivados de la mayor permanencia de la obra ¹¹⁹ y obras adicionales, siempre que estén probadas ¹²⁰ y sean ocasionadas por actos unilaterales de la entidad. En otras palabras, reparar es, reconocer los mayores costos, la utilidad que dejó de percibir y todos los perjuicios que sufrió con ocasión de la medida adoptada por la entidad ¹²¹ , por ejemplo, cuando se modifica unilateralmente el contrato suprimiendo o adicionando obras, trabajos, suministros o servicios, en aras de evitar la paralización del servicio o	X	X	

mayores cantidades de pavimentos en concreto –que el IDU pagó con el valor unitario cotizado– no fue imprevisible ni ajena a la Unión Temporal. Lo anterior, por cuanto, la utilización de pavimentos rígidos fue el resultado de una decisión que adoptó el contratista en la etapa de diseños para confeccionar la obra por la que se obligó, no una decisión de la entidad contratista. Otro caso es el de la suscripción de un contrato modificatorio (cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización) que cambia el plazo original quedando las demás cláusulas del contrato indemnes (entre ellas la correspondiente al precio), no pueden salir adelante pretensiones del/la contratista encaminadas a obtener mayores costos, situación que debe ser explicada al/la solicitante (sentencia del 15 de julio de 2020, la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, número interno: 28794).

¹¹⁵ El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, número interno: 20912, señaló que se demora en la celebración de los contratos adicionales las mayores cantidades de obra y las obras adicionales, por causas ajenas al/la contratista, es procedente el reconocimiento de los perjuicios sufridos por este/a.

¹¹⁶ De conformidad con lo previsto en el inciso 2º, artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de diciembre de 2022, número interno 59382. «Estos acuerdos tienen pleno entendimiento a la luz de los artículos de sus artículos 4º numerales 3 y 9, 5º numeral 1, 25º numeral 5 y 28º de la Ley 80 de 1993, a partir de los cuales se insta a las partes del contrato estatal a adoptar las medidas necesarias, mediante la firma de pactos sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, para garantizar su corrección ante los múltiples escenarios y vicisitudes que se pueden presentar durante la ejecución del negocio jurídico»

¹¹⁸ Con respecto a la reparación integral esta incluye perjuicios patrimoniales (lucro cesante y daño emergente) y extrapatrimoniales en la medida en que estén acreditados. Así fue señalado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, en la sentencia del 14 de marzo de 2013, número interno 20.524.

¹¹⁹ El Consejo de Estado ha indicado que la mayor permanencia en obras *corresponde a los costos que se ocasionan por la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato -aun cuando no implique, necesariamente, mayores cantidades de obras y obras adicionales- que deben ser reconocidos por la entidad, porque tienen su origen en circunstancias no imputables al contratista. Y también (...) por la necesidad de ejecutar ítems de obra adicional o mayores cantidades de obra ejecutada.* Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 27 de julio de 2023, número interno: 391212.

¹²⁰ Ello siempre que se evidencie, por ejemplo: «que el contratista pagó más dinero por la mano de obra y en qué cantidad; que utilizó los equipos más tiempo o que estuvieron inutilizados o que rindieron menos en su labor y cuánto -lo propio aplica a la maquinaria-; que se pagaron más viáticos al personal y cuánto; que las oficinas y los campamentos tuvieron unos costos adicionales reales por su mayor permanencia; que se debieron emplear más elementos de consumo, cuáles y cuánto valen». Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de septiembre de 2022, número interno 61.634.

¹²¹ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2019, número interno: 41934.

la afectación grave del servicio público que se debía satisfacer ¹²² .			
Conformar un equipo interdisciplinar en el que participen las áreas jurídica, financiera, contractual y al/la interventor/a ¹²³ y todas/os las/los demás que la entidad considere necesarias/os ¹²⁴ , con el fin de establecer la reparación correspondiente.	X	X	
Reconocer al/la contratista, los mayores gastos en que incurrió para ejecutar el contrato, sin utilidades ni perjuicios, como consecuencia de los imprevistos, por ejemplo, la caída de un puente que es paso obligado para el transporte de materiales para la obra, la pluviosidad excepcional o la alteración del orden público ¹²⁵			X
Conformar un equipo interdisciplinar en el que participen las áreas jurídica, financiera, contractual y al/la interventor/a ¹²⁶ y todas/os las/los demás que la entidad considere necesarias/os ¹²⁷ , con el fin de establecer el valor que corresponde al/la contratista como compensación en los términos mencionados previamente.			X
Revisar y no rechazar de plano las solicitudes realizadas por el/la contratista cuando se haya incluido un porcentaje de Administración, Imprevistos y Utilidad (AIU) en el contrato, toda vez que el porcentaje destinado para tal puede ser insuficiente ¹²⁸ . En todo caso si el/la	X	X	X

¹²² De acuerdo con lo señalado en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 y confirmado por el Consejo de Estado, la modificación unilateral será procedente siempre que no afecte la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, porque una alteración extrema significa un contrato diferente. Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, número interno: 18080.

¹²³ Ello en atención a sus funciones en materia financiera y contable, en concreto la de: *Documentar los pagos y ajustes que se hagan al contrato y controlar el balance presupuestal del contrato para efecto de pagos y de liquidación del mismo*. Las funciones del/la interventor/a se pueden consultar en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_el_ejercicio_de_las_funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf

¹²⁴ Lineamiento sobre desequilibrio contractual por Covid-19. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Septiembre de 2020: <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/lineamientos-desequilibrio-contractual/>

¹²⁵ Esto es lo que se conoce como llevar al/la contratista a un punto de no pérdida, el cual consiste en la compensación que se reconoce al/la contratista por los mayores gastos en que incurrió para ejecutar el contrato sin utilidades. Al respecto se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de junio de 2012, número interno 21990.

¹²⁶ Ello en atención a sus funciones en materia financiera y contable, en concreto la de: *Documentar los pagos y ajustes que se hagan al contrato y controlar el balance presupuestal del contrato para efecto de pagos y de liquidación del mismo*. Las funciones del/la interventor/a se pueden consultar en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_el_ejercicio_de_las_funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf

¹²⁷ Lineamiento sobre desequilibrio contractual por Covid-19. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Septiembre de 2020: <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/lineamientos-desequilibrio-contractual/>

¹²⁸ El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1º de agosto de 2016, número interno: 36359 negó una solicitud de INVIAS en la que negó la petición de revisión de precios al considerar que el AIU establecido por el contratista debió compensar el sobrecosto de los materiales.

contratista no logra demostrar que esta partida resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante su ejecución, no habrá lugar al restablecimiento del equilibrio del contrato ¹²⁹ .			
Tener en cuenta que, aunque el/la contratista no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos, no significa que haya perdido el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato ¹³⁰ .	X	X	X
Tener en cuenta que, si la modalidad de pago del contrato de obra fue el precio global ¹³¹ , aún bajo esta modalidad es procedente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de obra pública ¹³² , cuando se ha roto por circunstancias imputables a la Administración.	X	X	X
Organizar una carpeta en donde consten las medidas que tome la entidad para el restablecimiento económico del contrato del/la contratista.	X	X	X

4. Finalmente, a manera de conclusión, es preciso mencionar que:

(i) La causa de desequilibrio económico del contrato requiere de medidas para prevenir y mitigar sus efectos. Las primeras se toman en la fase de planeación y preparación del contrato y, las segundas, en la fase de ejecución de este.

(ii) Con el fin de evitar la litigiosidad en el contrato de obra por desequilibrio económico, en la fase de planeación, las entidades deben robustecer esta etapa, principalmente, aquella en la identificación, estimación y asignación de los riesgos del contrato, ello por cuanto, las causas que generan la ruptura de la equivalencia contractual son ajenas a los riesgos que asumió el/la contratista al suscribir el contrato.

¹²⁹ Consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, número interno: 18080

¹³⁰ Al respecto se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 27 de julio de 2023, número interno: 39121.

¹³¹ De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado el precio global es aquel: *cuya remuneración consistía en una suma global fija y mediante la cual el contratista asumía la responsabilidad por aquellas actividades propias de la ejecución de la obras, como lo son la vinculación del personal, la celebración de subcontratos, la obtención de materiales y que para el cumplimiento de estas actividades actuaba bajo su propia cuenta y riesgo, dejando a salvo la responsabilidad de la Administración por los actos de su contratista* (Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007. Número interno: 14854.

¹³² Ibidem.

(iii) Asimismo, en la fase de planeación, es importante que en el pliego de condiciones y en el contrato se incluyan cláusulas que amparen a la entidad ante posibles reclamaciones por desequilibrio económico del contrato.

(iv) En aras de prevenir la litigiosidad en la fase de ejecución del contrato de obra, las entidades deben ser cuidadosas al momento de tomar determinadas medidas o hacer uso de las facultades previstas en la ley. Por ejemplo, tener en cuenta: (i) si se va a modificar el contrato que tal modificación no genere un contrato diferente y (ii) si se van a emitir actos generales, abstractos e impersonales que se prevean las afectaciones que estos podría ocasionar en los contratos vigentes y evaluar las medidas que se pueden tomar para evitar desequilibrios económicos.

(v) Finalmente, es necesario atender de manera oportuna las solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico del contrato que realice el/la contratista, ello para garantizar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, la efectividad de los derechos e intereses de los/las administrados/as que colaboran con la Administración y litigios con ocasión de los retrasos por parte de las entidades. Toda decisión, restableciendo o no el equilibrio económico del contrato, debe tener su respectivo fundamento.


MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA
Directora General

Aprobó: Nohora Patricia Rodríguez Barrera *NPB*
Revisó: Paula Robledo Silva *PR*
Jhon Jairo Camargo Motta *JJC*
María Fernanda Suárez Celis *MFS*
Proyectó: Yosira Daza Gullo *YDG*