



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

**MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ**

**Magistrada ponente**

**SC1360-2024**

**Radicación n.º 11001-31-03-011-2015-00575-01**

(aprobado en sesión de 30 de mayo de dos mil veinticuatro)

Bogotá, D.C., doce (12) de julio de dos mil veinticuatro (2024).

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la convocante frente a la sentencia de 12 de enero de 2021, dictada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el trámite verbal que promovió Vector Geophysical S.A.S., antes G2 Seismic Ltd. – Sucursal Colombia, contra la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial S.A. – EnTerritorio, antes Fondo Financiero de proyectos de Desarrollo – FONADE.

## **ANTECEDENTES**

### **1. Pretensiones.**

G2 Seismic Ltd. – Sucursal Colombia (en adelante, Seismic) promovió, ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo el medio de control de controversias

contractuales, en procura de que la jurisdicción declarara que, *«por hechos no imputables a Seismic, se presentó la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal n.º 2072122 de fecha 29 de noviembre de 2007, suscrito con FONADE»*.

Consecuencialmente, pidió condenar a FONADE al pago de \$52.499.850.692, a título de *«restablecimiento del equilibrio económico del contrato»*, además de *«los rendimientos de las sumas correspondientes a los mayores costos soportados desde las fechas en que se causaron (...), hasta la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia, con base en el DTF aplicable a este (sic) período»*.

Por último, solicitó anular *«el acto administrativo (...) mediante [el] cual se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, por valor de \$86.676.923»*; disponiendo, *«a título de restablecimiento del derecho»*, la devolución de esa suma de dinero, *«actualizada debidamente, de conformidad con el IPC»*, y junto con los réditos que hubiere podido generar, calculados también *«con base en el DTF aplicable a este (sic) período»*.

## **2. Fundamento fáctico.**

En sustento de sus súplicas, la convocante dijo haber participado en el proceso de selección IPG/2135-196040, *«para contratar la “consultoría para la adquisición, cubrimiento completo, procesamiento e interpretación de 338 Km de líneas sísmicas 2D en el proyecto Chocó-Buenaventura – en la cuenca Atrato San Juan”*», en cuya fase preliminar FONADE estableció *«unas obligaciones en materia socio ambiental a cargo del contratista, indicándose que la empresa que resultara adjudicataria debería certificar la presencia de grupos étnicos, y adelantar a su vez los procedimientos de consulta*

*previa para la ejecución de los proyectos», infringiendo así «el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que radica en cabeza del Estado la obligación de realización previa de las consultas a las comunidades».*

Pese a ello, Seismic presentó una propuesta, en la que indicó que la movilización de personal y equipos solo se haría *«previa adquisición (sic) de los permisos necesarios y de concertación con las comunidades asentadas en el lugar, y que, sin embargo, se construiría paralelamente el campamento base, previa autorización de las comunidades y autoridades locales».* Adicionalmente, *«en el cronograma presentado se estableció un plazo de 90 días para el desarrollo de las etapas de socialización del proyecto y de consulta previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes asentadas en el lugar, tomando como base el último proyecto llevado a cabo por la ANH, el cual había durado dicho lapso».*

FONADE aceptó dicha propuesta y adjudicó el contrato a Seismic, el cual terminó suscribiéndose el 29 de noviembre de 2007. En dicho acto se dejó sentado que la contraprestación de la contratista se fijaría por el sistema de precios unitarios sin fórmula de reajuste, por una suma total de \$40.257.799.689, y que la ejecución se extendería por once meses. A partir de ese momento, la actora inició el proceso de elaboración del Plan de Manejo Social (PMS) y el Plan de Manejo Ambiental (PMA), para lo cual movilizó personal y construyó el correspondiente campamento base.

Además, solicitó al Ministerio del Interior que certificara cuáles grupos étnicos habitaban el sector, obteniendo como respuesta que allí estaban asentadas dieciocho comunidades indígenas y afrodescendientes, *«de las más diversas condiciones,*

*necesidades y características, que hacían necesario adelantar complejos procedimientos de consulta previa ordenados por la ley, situación desconocida por el contratista y que no fue objeto de análisis en la elaboración de los estudios previos por parte de la entidad contratante».* De esa situación se dio noticia a FONADE, según consta en varias actas de seguimiento.

En el proceso de socialización y posterior consulta previa con las distintas comunidades se presentaron múltiples dificultades, que llevaron a las partes a prorrogar el contrato en varias oportunidades, hasta el 28 de junio de 2010. Esto con ocasión de *«las múltiples demoras en que incurrió la empresa Seismic como resultado de situaciones no imputables a esta, a saber: (i) la demora en los procedimientos de consulta previa; (ii) la paralización de las labores por el ingreso no autorizado del personal de Servigecol a predios de la comunidad Acadesan; y (iii) la negativa de los trabajadores de Acadesan a realizar las labores del contrato».*

El retraso descrito generó importantes sobrecostos para el contratista, *«que ascendieron a la suma de \$52.499.850.962 (...)*», y que corresponden, principalmente, al importe del canon de arrendamiento de un equipo especializado –USD \$15.000 por día–; la operación del campamento base, y los salarios del personal asignado al proyecto. Con base en ello, el 21 de noviembre de 2009 se pidió a FONADE restablecer el equilibrio económico del contrato, así como ampliar el tope de los gastos reembolsables por inversión social, en atención a *«las altísimas pretensiones [económicas] de la comunidad Acadesan».*

Aunque la actora culminó con suceso la tarea que se le encomendó, FONADE no accedió a ninguno de esos

pedimentos de reajuste; por el contrario, comunicó su decisión «*de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (...) por razón de un supuesto incumplimiento parcial como resultado de las demoras en la ejecución del objeto contractual, situación que, se repite, obedeció a circunstancias externas y totalmente ajenas al contratista*». En esas condiciones, el 11 de agosto de 2011 se firmó el acta de liquidación del contrato, «*declarándose en el numeral 2 del mencionado documento que la empresa contratista había dado cabal cumplimiento a las obligaciones objeto del contrato*».

### **3. Actuación procesal.**

**3.1.** Enterada del auto admisorio, FONADE se opuso al *petitum*, y esgrimió las excepciones de «*falta de jurisdicción*»; «*falta de juramento estimatorio*», y «*ausencia de causa para pedir*».

**3.2.** El Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, a quien le correspondió la causa inicialmente, declaró probada la alegada falta de jurisdicción durante la audiencia inicial. Esa determinación fue confirmada por la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, mediante auto de 17 de junio de 2015; allí también se dispuso que el expediente fuera remitido a los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá, para que continuaran el trámite.

**3.3.** El asunto fue reasignado al Juzgado Cuarenta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, autoridad que, tras agotar las etapas procesales pendientes, desestimó las pretensiones en sentencia de 19 de abril de 2018, pretextando que no estaban acreditadas las condiciones de procedencia «*de la*

*teoría de la imprevisión*». Inconforme, la sociedad demandante interpuso el recurso de apelación.

### **LA SENTENCIA IMPUGNADA**

El tribunal revocó la decisión del funcionario *a quo*, y declaró *«parcialmente demostrado el rompimiento del equilibrio económico en el contrato (...) del 29 de noviembre de 2007, celebrado entre FONADE y Seismic»*, condenando a la demandada al pago de \$60.000.000, monto que debe actualizarse *«desde junio de 2010»*, y hasta *«el momento del pago efectivo»*.

Para sustentar esa decisión, adujo que el juzgador de primera instancia había interpretado erradamente la demanda, pues la sociedad actora no había ejercido la acción de *«revisión del contrato por circunstancias extraordinarias»*, consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, sino que pidió el restablecimiento del equilibrio económico del contrato –o de la ecuación contractual–, en los términos del canon 27 de la Ley 80 de 1993.

A ello agregó, a modo de precisión formal, que no resultaba pertinente detenerse en el reproche *«fundado en que la consulta previa es una obligación del Estado»* –al que dedicó Seismic buena parte de los argumentos de la sustentación de su apelación–, *«pues (...) la falta de ataque sobre ese punto en los reparos concretos al interponer la alzada veda cualquier escrutinio, so pena que (sic) la Sala incurra en el vicio de incongruencia»*, en los términos del artículo 328 del Código General del Proceso.

En cuanto al debate planteado, indicó que el desequilibrio que se alegó solo podría radicar en las salvedades que se hicieron constar en el documento final de liquidación del contrato ajustado entre las partes, las cuales se fundaron en diez eventos generadores de sobre costos, a saber: «1) demoras (...) en los procedimientos de consulta previa con las diferentes comunidades; 2) Condiciones laborales adicionales a las de ley exigidas por las comunidades (...); 3) Renuncias masivas por falta de compromiso, seriedad y voluntad laboral de los trabajadores de la región (...); 4) Paralización de las actividades por un año debido a que una compañía entró al territorio de la comunidad Acadesan sin permiso; 5) No reconocimiento y respuesta oportuna de FONADE y la ANH sobre los sobre costos en los gastos reembolsables del proyecto (...); 6) Múltiples inconvenientes de seguridad (...); 7) Adversidad climática (...); 8) Falta total de respuesta y acompañamiento del Ministerio del Interior (...); 9) La legalidad de la multa impuesta por la demora; [y] 10) Los intereses generados por el no pago oportuno del saldo retenido en garantía».

Siguiendo el orden propuesto, el Tribunal resaltó que los pliegos de condiciones elaborados por FONADE asignaban al proponente la carga de «visitar e inspeccionar la zona donde se desarrollarán los trabajos e informarse por su cuenta acerca de (...) todas las circunstancias que pueden afectar o influir en el cálculo del valor de su propuesta». De allí coligió que a la actora le correspondía informarse previamente sobre «la cantidad de grupos indígenas y afrodescendientes» que se encontraban en el sector, cuestión que «tenía capital trascendencia para la elaboración del plan de acción y (...) los plazos para su desenvolvimiento».

Por esa vía, resaltó que «el supuesto de hecho invocado como transgresor del equilibrio, esto es, la prolongación del término que se tenía pronosticado para la finalización de la consulta previa, no puede

*catalogarse como un riesgo ajeno a los asumidos, voluntariamente, por el contratista», máxime cuando la propia Seismic «expresó haber realizado las indagaciones para afrontar las obligaciones asumidas, no siendo entonces factible solicitar los costos que se hubieran causado por el desarrollo de estas labores durante un período superior al fijado».*

En cuanto al incidente con la comunidad Acadesan, el *ad quem* observó que habría sido provocado por trabajadores de otra compañía, pero mientras portaban prendas y distintivos de Seismic, lo que evidencia que *«el problema surgido (...) tuvo su génesis en la irreflexiva decisión de la actora, al permitir el uso de sus insignias de identificación, sin reparar si las condiciones de ingreso estaban dadas; de allí que la comunidad vio esa entrada como un intrusión, de manera que (...) la causa y sus consecuencias no pueden catalogarse como ajenas e imprevisibles para el (sic) demandante».*

La adversidad climática alegada, a su turno, constituye una queja genérica, desprovista de cualquier rasgo que permita su caracterización. No existe prueba de que se hubiera comunicado a FONADE alguna preocupación al respecto durante la fase de ejecución del contrato, lo que impide determinar si el reclamo fue oportuno; y, en cualquier caso, en el conjunto de riesgos asumidos por la contratista quedaron expresamente incluidas las dificultades climáticas de la región –que, por demás, eran predecibles–.

De otra parte, sostuvo el Tribunal que no se recaudaron elementos de juicio que permitieran determinar en qué consistieron las exigencias desmedidas de los miembros de las comunidades locales que fueron contratados por Seismic. Tampoco se acreditó que el suceso escapara al conocimiento

de la contratista, ni mucho menos *«cuál fue la variación que se introdujo para entender el surgimiento de nuevas condiciones que afectaron el equilibrio contractual»*.

Con similar orientación, la situación de seguridad de la zona y las renunciaciones masivas del personal *«no reúnen las condiciones exigidas por la jurisprudencia para que formen parte de los supuestos base de esta acción, en tanto que, no empecé (sic) haberse puesto en conocimiento del contratante (...), en el plan de acción presentado no se contempló que, en virtud de los enfrentamientos y renunciaciones, fuera necesario incurrir en valores adicionales para el contratista»*. Lo mismo ocurre con los sobrecostos asociados a la falta de colaboración del Ministerio del Interior, pues no se denunciaron durante la ejecución del contrato, ni aparece explicación sobre la forma en la que tal circunstancia influyó en el desequilibrio de prestaciones alegado.

Tampoco habría prueba de que el saldo retenido en garantía se hubiera pagado a destiempo. Es más, *«en la demanda no se indicó en qué fecha se satisfizo ese débito, pues la única referencia que se hizo sobre el punto fue en la descripción de las anotaciones realizadas en el acta de liquidación, al paso que, en el dictamen pericial, ni en el restante material probatorio, aparece alguna mención, mucho menos prueba directa sobre esta temática»*. A partir de allí, concluyó el *ad quem* que la mayoría de los sobrecostos relacionados en las salvedades del acta de liquidación del contrato no eran atribuibles a la demandada.

Lo que sí se habría probado fue la causación de débitos adicionales por concepto de gastos reembolsables, *«pero su sola presencia no es motivo para estimar que se rompió el equilibrio del*

*negocio, puesto que para que se abra paso esa atestación, la generación de los sobrecostos debe provenir de hechos imprevisibles e irresistibles, de cara al desarrollo del proyecto (...), cuestión que no aparece suficientemente esclarecida, salvo en lo relativo a los \$60.000.000 que se inyectaron a la inversión social en la comunidad de Bahía Málaga», monto que expresamente fue reconocido en un documento firmado por Seismic, la ANH, el interventor y el gerente del proyecto designado por FONADE.*

Por último, en lo que tiene que ver con la legalidad de la multa impuesta a la contratista, el *ad quem* tuvo por probada la existencia de un cumplimiento tardío de las prestaciones a cargo de Seismic, moratoria que no sería en lo absoluto ajena a su conducta, como se ilustró en líneas precedentes. En consecuencia, coligió que «*no ha[bría] ilegalidad que declarar sobre la aplicación de la cláusula penal, expresamente regulada en el numeral 9º del contrato*».

## **DEMANDA DE CASACIÓN**

Seismic presentó tres censuras contra el fallo de segunda instancia; una al amparo de la causal primera, y dos más por la causal segunda. Sin embargo, la Sala inadmitió el cuestionamiento inaugural, por presentar deficiencias de técnica (auto CSJ AC5331-2022).

## **CARGO SEGUNDO**

Se denunció la transgresión indirecta de los artículos 209 de la Constitución Política, 4-8, 5-1, 24-5, 25, 27 y 30

(numerales 1 y 2) de la Ley 80 de 1993, 1498 y 1603 del Código Civil, 863 y 871 del Código de Comercio, «*como consecuencia de errores de hecho evidentes y trascendentes en la apreciación de la demanda reformada*».

En sustento, Seismic indicó que, «*al considerar que la demanda se refería a la reclamación, en sede judicial, de los hechos que se consignaron como salvedades en el acta de liquidación del contrato (...), el ad quem no abordó adecuadamente el estudio de la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal en el caso concreto, ni analizó en debida forma si estaban acreditados los supuestos relacionados con (i) el carácter imprevisible, para el contratista de los hechos invocados como causantes de la ruptura, (ii) su impacto en la economía del contrato y (iii) su reclamación oportuna*».

Por esa vía, señaló que «*las pretensiones de la reforma de la demanda se circunscribieron, en realidad, a algunos de los hechos que fueron alegados por FONADE en el acta de liquidación, pero no coinciden, en su totalidad, con estos últimos. En concreto, únicamente se reclamaron como causantes de la ruptura del equilibrio económico del contrato, los numerales 1, 3, 4, 5, 6 y 8. Así las cosas, las reclamaciones relativas a (i) las condiciones laborales adicionales a las establecidas en la ley, (ii) la adversidad climática y (iii) los intereses generados por la mora en el pago del saldo retenido en garantía, no se reclamaron en la reforma de la demanda*».

Para finalizar, sostuvo que, de no haber cometido el yerro denunciado, el Tribunal «*necesariamente habría concluido que, respecto de los hechos que efectivamente se reclamaron, sí se encuentran acreditados los requisitos para acceder al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por cuanto se trató de aleas anormales que no fueron asumidas por el contratista, de manera que la ruptura del equilibrio económico del contrato no le es imputable*».

*Adicionalmente, habría concluido que las circunstancias causantes de la ruptura fueron oportunamente reclamadas a FONADE».*

### **CARGO TERCERO**

Por la misma senda indirecta, Seismic denunció la infracción de «los artículos 209 de la Constitución Política; 4 (numeral 8º), 5 (numeral 1º), 24 (numeral 5º), 25, 27 y 30 (numerales 1º y 2º) de la Ley 80 de 1993; 1498, 1603, 1616 y 1594 del Código Civil; y 863 y 871 del Código de Comercio, como consecuencia de errores de hecho evidentes y trascendentes en la apreciación de las pruebas (...), toda vez que el ad quem tergiversó el alcance de diversos medios probatorios y dejó de lado elementos de convicción regularmente aportados, cuya debida estimación habría conducido a una decisión contraria a la que se adoptó en la sentencia de segunda instancia».

En desarrollo de esta acusación, indicó que es posible identificar dos yerros de juzgamiento diversos «en lo relacionado con (...) la presencia de múltiples comunidades étnicas de variadas características, (...) que dificultó el adelantamiento de los procesos de consulta previa y generó costos adicionales al contratista», a saber: «(i) el Tribunal tergiversó el contenido de los documentos precontractuales que analizó, puesto que les dio un alcance que en realidad no tienen, al haber concluido de ellos que [Seismic] asumió riesgos imprevisibles y que, además, era carga del contratista subsanar los errores de planeación de la entidad estatal contratante; y (ii) omitió valorar otras pruebas que obran en el expediente y que dan cuenta, por una parte, de que la situación descrita obedeció a una indebida planeación por parte de FONADE, de manera que no le eran imputables al contratista, y, por otra, de que [Seismic] formuló oportunamente la correspondiente reclamación ante la entidad demandada».

En línea con lo anterior, expuso que *«el Tribunal tergiversó el contenido del análisis de riesgos, pues consideró que se le había anunciado al contratista la existencia de un riesgo social, de manera que era conocedor del mismo y, en consecuencia, al presentar su oferta lo habría asumido voluntariamente»*, cuando, en realidad, de dicho documento *«se desprende con claridad que el presunto “riesgo social” fue indebidamente tipificado por FONADE y no coincide con el que en realidad se concretó durante la ejecución del contrato»*.

A ello agregó que el deber de visitar la zona con antelación a la presentación de la propuesta, *«no tien[e] la virtualidad de exonerar a esta última de su deber de planeación, ni tampoco implic[a] una aceptación irrestricta, por parte del contratista, de todas las circunstancias, previsibles o imprevisibles, que pudieran presentarse en el desarrollo del proyecto. Por lo tanto, esas reglas debían contrastarse con la posibilidad real de que los oferentes pudieran verificar lo que ocurría en la zona mediante una visita al respectivo territorio, caracterizado por la presencia de diversos grupos irregulares y por diversidad de dificultades de acceso y comunicación»*.

Adicionalmente, sostuvo que el *ad quem* había pretermitido *«el numeral 4.1. de las Reglas de Participación, relativo al personal mínimo requerido para la ejecución de los trabajos»*, del cual *«se desprende con claridad que, por exigencia impuesta por el propio FONADE, siempre fue necesario tener equipos y personal a disposición del proyecto, sin importar la etapa en la que éste se encontrara, lo que sin duda contribuyó a los sobre costos que condujeron a la ruptura del equilibrio económico del contrato»*.

Para finalizar, alegó que *«(i) el Tribunal tergiversó el contenido de las pruebas documentales valoradas, especialmente el de la comunicación de 23 de septiembre de 2008, puesto que les dio un*

*alcance que en realidad no tienen, al haber concluido que el hecho de haberle facilitado a empleados de Servigecol unos overoles con la insignia de [Seismic] daba cuenta de un comportamiento censurable que tenía la virtualidad suficiente de frustrar las negociaciones con Acadesan, al punto de que tardaron aproximadamente un año en concretarse; y (ii) omitió valorar otras pruebas que obran en el expediente y que dan cuenta de que, en realidad, la tardanza en el proceso de consulta previa con la mencionada comunidad y los sobrecostos que esto generó no le eran imputables a [Seismic]».*

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Precisiones preliminares.**

**1.1.** En este proceso quedó establecido –sin disputa de las partes en sede de casación– que el contrato de consultoría sobre el que gravita la controversia se celebró en desarrollo del giro ordinario de los negocios del cliente o contratante, esto es, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, FONADE –actualmente, EnTerritorio<sup>1</sup>–, Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero, vinculada al Departamento Nacional de Planeación (DNP).

Lo anterior significa que, a pesar de ser de naturaleza estatal, en los términos que establecen los artículos 2, lit. a)<sup>2</sup>, y 32<sup>3</sup> de la Ley 80 de 1993, el aludido negocio jurídico no

---

<sup>1</sup> Cfr. art. 1, Decreto 495 de 2019. «El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE), Empresa Industrial y Comercial del Estado (...) se denominará, en adelante, Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (EnTerritorio)».

<sup>2</sup> «Se denominan entidades estatales: a) (...) Las empresas industriales y comerciales del Estado (...), en todos los órdenes y niveles».

<sup>3</sup> «Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el Derecho

estaba sujeto a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), sino a las pautas propias del Derecho Privado, conforme lo dispone el parágrafo 1.º del citado precepto 32<sup>4</sup>, en concordancia con el artículo 93<sup>5</sup> de la Ley 489 de 1998.

Así fue reconocido, en este litigio en concreto, tanto por el Tribunal Administrativo del Chocó, como por la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado. Por esa razón, dichas autoridades declararon su falta de jurisdicción, y remitieron el asunto a la justicia ordinaria, en su especialidad civil. Y así también lo ha considerado la Corte Constitucional, en casos de contornos fácticos similares:

*«[L]a especial naturaleza jurídica del FONADE, puesto que se trata de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, con carácter financiero, hace que su régimen contractual se encuentre regido, en lo sustancial, por el Derecho Privado. En efecto, en los considerandos del Acuerdo número 002 del 25 de febrero de 2003, a través del cual se adoptó el manual de contratación de esa entidad, se estipuló que: “... la actividad contractual de FONADE se desarrolla mediante la aplicación de dos regímenes jurídicos: la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios para las actividades propias de su funcionamiento y el Derecho Privado para el cumplimiento del giro ordinario de sus negocios.”*

*En este orden de ideas, esa entidad se encuentra dentro de las excepciones contenidas en el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley*

---

*Privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...):*

<sup>4</sup> **«Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades».**

<sup>5</sup> **«Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales».**

80 de 1993, por lo que no se rige en materia contractual, en lo sustancial, por estas disposiciones, sino que en desarrollo del giro ordinario de sus negocios, se **regirá por el Derecho Privado** y en especial por las disposiciones del Estatuto Orgánico Financiero (artículos 286-289). Esta situación no implica que por la aplicación de normas exógenas al Estatuto General de Contratación, la naturaleza contractual de esta entidad haya mutado hacia el Derecho Privado, por el contrario, los contratos que celebre FONADE son estatales, puesto que la aplicación sustantiva de normas de Derecho Privado o financiero, no desvirtúa su naturaleza de contrato estatal» (CC, SU-242/15).

**1.2.** Pese a que el contrato que ajustaron Seismic y FONADE estaba expresamente excluido del EGCAP, la sociedad convocante acudió a una acción judicial que solo tiene cabida en esa normativa especial, y que carece de un correlato exacto en el sistema de Derecho Privado colombiano (es decir, en los ordenamientos civil, mercantil, de familia, agrario, etc.): el restablecimiento del equilibrio económico de un contrato liquidado, a través del medio de control de controversias contractuales<sup>6</sup> (art. 141, CPACA).

Ahora bien, intuyendo la inadecuación del *petitum* –que no fue reformado ni sustituido tras la remisión del expediente a los jueces civiles–, el funcionario *a quo* propuso atribuir a la demanda de Seismic un significado acorde con el artículo 868 del Código de Comercio. Es decir, interpretó que la actora había ejercido la acción judicial de «*revisión del contrato por circunstancias extraordinarias*», que es el único remedio contractual que contempla el Derecho Privado para discutir

---

<sup>6</sup> Cabe precisar que, según se expondrá posteriormente, esta afirmación de la Corte no se basa en la naturaleza formal de la referida acción judicial, sino en el contenido sustantivo concreto de los principios y reglas que gobiernan la contratación privada.

el desequilibrio sobreviniente<sup>7</sup> de prestaciones de un contrato conmutativo válido –y, dicho sea de paso, vigente–.

El Tribunal, por su parte, consideró que el escrito inicial no permitía tal hermenéutica. Y aunque le asiste razón en esa apreciación, lo cierto es que, en lugar de advertir la improcedencia general del *petitum*, se ocupó de evaluar todos los supuestos de desequilibrio económico que denunció la contratista, valiéndose para ello de criterios normativos que extrajo de la Ley 80 de 1993 y de diversos pronunciamientos del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo anterior equivale a decir que acudió a fuentes de derecho que no estaban llamadas a regular el negocio jurídico ajustado entre las partes.

Añádase que, en los dos cargos de casación que fueron admitidos –ambos por vía indirecta–, la actora únicamente reprochó la labor probatoria del *ad quem* de cara a los supuestos de desequilibrio contractual identificados en la demanda, obviando cuestionar las premisas jurídicas sobre las que esa corporación fundó sus argumentos. Al contrario, buena parte de aquellas censuras se fundan en aplicar al caso reglas y principios del EGCAP, perdiendo de vista –de nuevo– que el contrato que ajustaron FONADE y Seismic no

---

<sup>7</sup> Naturalmente, el ordenamiento jurídico contempla otras acciones contractuales orientadas a garantizar la equivalencia entre prestaciones del contrato, como la *actio quanti minoris* o la de lesión enorme. Sin embargo, todas ellas requieren que la causa del desequilibrio preexistiera a la celebración del pacto, no que apareciera de forma sobreviniente. También podría darse el caso de que una desproporción evidente entre derechos y deberes de los contratantes se tradujera en un daño antijurídico, que habilitara vías judiciales de reparación; pero, en ese escenario, las acciones tendrían naturaleza extracontractual –y no fue esa la senda elegida por Seismic para encauzar su reclamación–.

estaba gobernado por aquel estatuto especial, sino por las pautas del Derecho Privado.

**1.3.** Con el propósito de zanjar el complejo debate descrito, en las líneas subsiguientes la Sala expondrá las diferencias conceptuales entre el restablecimiento del equilibrio económico de un contrato sometido al EGCAP, y la teoría del cambio sobreviniente de circunstancias de los contratos civiles y mercantiles, dando cuenta de las razones por las cuales la revisión de lo acordado en un convenio válido y plenamente ejecutado no es viable en el segundo escenario. De este modo, quedará en evidencia que el sentido del fallo desfavorable a Seismic no variaría, aunque se dieran por ciertos los yerros *in iudicando* que ella misma refirió en la sustentación de su impugnación extraordinaria.

Para finalizar, se analizará también el contenido de las censuras propuestas por la actora, prescindiendo de la cuestión relativa a la improcedencia radical de su pretensión de restablecimiento del equilibrio económico de un contrato liquidado, sometido al régimen de Derecho Privado. Lo anterior con el fin de demostrar que, ni siquiera bajo esas condiciones artificiales, los cargos podrían salir avante, pues no dan cuenta de incorrecciones graves en la labor de valoración probatoria del Tribunal.

**2. El desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones de un contrato sinalagmático. Diferencia entre los regímenes de contratación estatal y privada.**

## 2.1. *Pacta sunt servanda.*

Uno de los principios fundamentales del Derecho Privado consiste en que los pactos o contratos deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda*). El orden jurídico reconoce la posibilidad de que los individuos regulen voluntaria y autónomamente sus relaciones con los demás, y diseñen los cauces a través de los cuales desarrollarán sus actividades de cooperación social, con la garantía de que todas las obligaciones que un contratante asuma –válidamente– frente al otro serán cumplidas, «*inclusive cuando una de las partes, o ambas, han dejado de tener una voluntad coincidente*»<sup>8</sup>.

Así lo establece, en nuestro medio, el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor «*[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*». También lo hacen los artículos 1545 del Código Civil chileno<sup>9</sup>; 1361 del Código Civil peruano<sup>10</sup>; 959 del Código Civil y Comercial argentino<sup>11</sup>; 1091 del Código Civil español<sup>12</sup> y 1103 del Código Civil francés<sup>13</sup>, entre otras disposiciones semejantes. Incluso, la

---

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México. 1995, p. 168.

<sup>9</sup> «*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*».

<sup>10</sup> «*Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*».

<sup>11</sup> «*Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé*».

<sup>12</sup> «*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*».

<sup>13</sup> «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*» («*las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de Ley entre aquellos que las han celebrado. Ellas*

regla aparece en instrumentos de armonización contractual, como los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (art. 1.3.<sup>14</sup>), y los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (art. 6<sup>15</sup>).

Como puede verse, la idea de que un contrato válido es ley para las partes –o, lo que es lo mismo, que su cumplimiento no depende de la buena voluntad de los estipulantes– constituye un rasgo esencial del Derecho Privado, así como lo es la posibilidad de crear, modificar o extinguir, a voluntad, relaciones jurídicas correlativas entre el acreedor de un derecho y el deudor de una obligación. Es más, lo que dota de naturaleza jurídica a dicha relación entre acreedores y deudores es, justamente, la posibilidad de que el titular del derecho pueda exigir su cumplimiento al obligado, aun sin su beneplácito –valiéndose para ello de un poder público, precedido de una petición de parte–.

Tal como lo sostuvo la Corte en CSJ SC, 30 ago. 2011, rad. 1999-01957-01,

*«(...) [l]a posibilidad de disponer o no disponer de los intereses, contratar o no contratar, es la máxima expresión de la autonomía privada y no resulta contradicha por sus crecientes restricciones. Tal es la inteligencia genuina de la autonomía privada, o sea, la libertad y poder atribuido por el ordenamiento al sujeto iuris para celebrar el contrato, cuyo efecto cardinal, primario o existencial es **su vinculatoriedad, atadura u obligación legal de***

---

*no pueden ser revocadas sino por mutuo consentimiento, o por las causas que la Ley autorice. Deben ser ejecutadas de buena fe».*

<sup>14</sup> «Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios».

<sup>15</sup> «Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes».

***cumplirlo, sin que, en línea de principio, quienes lo celebran puedan sustraerse unilateralmente.***

*La fuerza normativa de todo contrato (...) genera para las partes el deber legal de cumplimiento, ya espontáneo, ora forzado (artículos 1535, 1551, 1603, Código Civil), y la imposibilidad de aniquilarlo por acto unilateral. En efecto, todo contrato existente y válido, “obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (essentialia negotia), ley, uso, costumbre o equidad (naturalia negotia) o expresamente pactado (accidentalia negotia), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes” (cas. civ. sentencia de 31 de mayo de 2010, exp. 25269-3103-001-2005-05178-01).*

*Elementales directrices lógicas, éticas o legales, la regularidad, normalidad, estabilidad, seguridad, certidumbre del tráfico jurídico, la confianza legítima, autorresponsabilidad, buena fe y libertad contractual, explican la fuerza vinculante del contrato, y el repudio a su ruptura unilateral, en cuanto como acuerdo dispositivo de intereses jurídicamente relevante obra de dos o más partes, las obliga a cumplirlo de buena fe, y en línea general, excluye la terminación por una, so pena de ser compelida a su contrariedad al cumplimiento y a reparar los daños ocasionados».*

## **2.2. El problema del cambio sobreviniente de circunstancias (*rebus sic stantibus*).**

**2.2.1.** La fuerza obligatoria de los contratos impone a cada estipulante el deber de cumplir, de forma cabal y oportuna, las prestaciones a las que se comprometió voluntariamente; de no ser así, el acreedor frustrado quedará facultado para solicitar la intervención del Estado –a través de las autoridades jurisdiccionales, e incluso de la fuerza pública–, bien sea para resolver el contrato, o para forzar su

cumplimiento, pudiendo reclamar, en ambos casos, la compensación de los perjuicios irrogados<sup>16</sup>.

De la anterior pauta, sin embargo, quedan exceptuados aquellos eventos en los cuales el cumplimiento del débito contractual deviene absolutamente irrealizable, pues a la obligatoriedad del pacto se opone el principio general del derecho según el cual *nadie está obligado a lo imposible*<sup>17</sup> (*ad impossibilia nemo tenetur*), que está asentado en la tradición del Derecho Privado desde la Antigua Roma<sup>18</sup>, y que ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional, tanto de esta Corporación<sup>19</sup>, como de otros órganos judiciales de cierre<sup>20</sup>.

Según este principio, la imposibilidad absoluta para cumplir lo acordado, por circunstancias ajenas al deudor e imprevistas al tiempo de contratar, excusaría la infracción, al eliminar el reproche subjetivo del incumplimiento. En esas condiciones, el obligado quedaría liberado de su deuda y se extinguiría el derecho correlativo de su contraparte, lo que se traduce, en la práctica, en el reconocimiento de la potestad de enervar cualquier acción judicial de raigambre contractual promovida por el acreedor frustrado.

---

<sup>16</sup> Art. 1546, Código Civil: «En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de **no cumplirse** por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, **o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios**».

<sup>17</sup> En el sistema del *common law*, este principio suele denominarse “doctrina de la imposibilidad de cumplimiento” (*Doctrine of Impossibility of Performance*). Cfr. GRANVILLE, Roy. *Impossibility of Performance: A Treatise on the Law of Supervening Impossibility of Performance of Contract, Failure of Consideration, and Frustration*. Cambridge, University Press. 1941; CAN, Hüseyin. *Impossibility in Modern Private Law*. Zürich, Springer. 2014.

<sup>18</sup> Cfr. Celso, Digesto 50.17.185 (vid. §3); y Bonifacio VIII, Líber Sextus 5.13.6.

<sup>19</sup> Cfr. CSJ SC428-2023; CSJ SC2962-2022; CSJ SC, 30 nov. 2006, rad. 2401; CSJ SC, 26 jul. 2005, rad. 1998-06569-02, entre otras.

<sup>20</sup> Cfr. CC SU-050/22; CC SU-516/19; CC C-994/04, entre otras.

Expresado de otro modo, si la imposibilidad de cumplir es absoluta y extraña al deudor, este último no estaría llamado a soportar la acción resolutoria, ni mucho menos la de cumplimiento; tampoco tendría que pagar indemnización alguna, a pesar de que, objetivamente, no satisfizo su parte del trato. Ese escollo sobrevenido e insalvable disolvería el vínculo jurídico que previamente ataba a los contratantes, y les impediría hacerse reclamos legítimos ante las autoridades judiciales, con apoyo en lo que hubieran acordado.

**2.2.2.** Como una derivación de esa imposibilidad de cumplimiento, los glosadores medievales –apoyándose en ciertos fragmentos del Digesto, de autoría de Publio Cornelio Escipión Africano y Julio Cornelio Paulo Prudentísimo<sup>21</sup>– plantearon la teoría *rebus sic stantibus*, o *cambio sobreviniente de circunstancias*<sup>22</sup>.

Con ello buscaron dar una solución a aquellos eventos en los cuales la satisfacción de las prestaciones acordadas se tornaba muy gravosa para el deudor, sin llegar a ser totalmente imposible. Y lo hicieron suponiendo incluida en todos los contratos de tracto sucesivo una estipulación implícita –la *cláusula rebus sic stantibus*–, conforme a la cual lo pactado solo se mantendría incólume en tanto no variaran radicalmente las circunstancias bajo las cuales se había materializado la voluntad recíproca de contratar.

---

<sup>21</sup> MARTÍNEZ, María. *Sobre la construcción del principio pacta sunt servanda rebus sic stantibus, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión*. En: *Revue internationale des droits de l'antiquité*, n.º 61. Paris, 2014, pp. 329-362

<sup>22</sup> En el sistema de derecho anglosajón, a esta doctrina se le conoce como *Hardship* Cfr. STONE, Richard, DEVENNEY, James. *The modern law of contracts*, Ed. Routledge, Nueva York. 2015; o el *Restatement Of The Law Second – Contracts*, § 364.

Añádase que, en un comienzo, la justificación doctrinal para la propuesta se basó en la manifestación de potenciales tensiones entre el deber de cumplir el contrato y alguna cuestión de índole moral. Era común que se invocaran los casos del abogado que infringía el acuerdo de representación judicial de su cliente, porque debía centrar su atención en el cuidado de un familiar enfermo; o del depositario de un bien valioso, que se negaba a restituirlo a su dueño, pues este había declarado la guerra a la patria<sup>23</sup>.

Esa orientación subjetiva, tan discordante de la noción básica de autonomía de la voluntad privada, generó que la teoría fuera perdiendo paulatinamente su protagonismo, al punto que, por ejemplo, no se mencionó en el *Code Civil des Français* de 1804, ni en la mayoría de las obras de la etapa de la codificación. No obstante, resurgió durante el Siglo XX, reconvertida en una herramienta de justicia económica, encaminada a mantener una razonable equivalencia entre las prestaciones de un contrato conmutativo<sup>24</sup>.

Así, en la modernidad, el cambio sobreviniente de circunstancias se ocupa de atender una problemática objetiva, consistente en el excesivo aumento de los costos<sup>25</sup> que conlleva para una de las partes el cumplimiento de lo

---

<sup>23</sup> Esos ejemplos fueron tomados por los glosadores de obras clásicas de los filósofos Cicerón *-De Officiis-* y Séneca *-De Beneficiis-* (BADENÈS, Ramón. *Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional. El riesgo imprevisible*. Barcelona, Bosch. 1946).

<sup>24</sup> Recuérdese que, de entre las variadas clasificaciones de los contratos, aparecen las categorías de *gratuitos* y *onerosos*, subdividiéndose los segundos entre *aleatorios* y *conmutativos* (arts. 1497 y 1498, Código Civil).

<sup>25</sup> Por esta razón, en varios ordenamientos el cambio de circunstancias es conocido como *excesiva onerosidad* (Cfr. artículos 1467 a 1469 del Codice Civile italiano, o artículos 6.2.1. a 6.2.3. de los Principios UNIDROIT).

acordado, consecuencial a la variación drástica e inesperada de las condiciones externas de ejecución del contrato; siendo del caso precisar que dicha afectación no puede evaluarse aisladamente, sino con relación a la contraprestación que el afectado esperaría recibir del otro contratante.

Ocurre, sin embargo, que tanto el contenido conceptual de la conmutatividad del contrato, como las variables que pueden afectar su ejecución, difieren mucho entre los ordenamientos jurídicos de la contratación pública y privada. De ahí que el cambio sobreviniente de circunstancias hubiera evolucionado de modo diverso en los dos escenarios; y de ahí también que sea necesario establecer linderos claros, para evitar que esos regímenes terminen imbricándose, en contravía de las prescripciones de la legislación nacional.

### **2.3. El enfoque de la contratación estatal: el desequilibrio económico del contrato.**

**2.3.1.** El cambio sobreviniente de circunstancias fue aplicado por primera vez a una materia de contratación estatal en la sentencia de 30 de marzo de 1916, dictada por el Consejo de Estado francés en el célebre caso de la *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (Compañía General de Alumbrado de Burdeos)<sup>26</sup>. Allí se identificó un

---

<sup>26</sup> Reza este fallo: «Considerando (...) que, como resultado de la ocupación por el enemigo de la mayor parte de las regiones productoras de carbón de Europa Continental, de la dificultad cada vez mayor de los transportes por mar debido tanto al embargo de embarcaciones como a la naturaleza y la duración de la guerra naval, la subida que se ha producido en el transcurso de la guerra actual en el precio del carbón, que es la materia prima para la producción de gas, ha alcanzado tales proporciones que no sólo presenta un carácter excepcional, en el sentido habitual del término, sino

aumento sensible en el costo de las prestaciones a cargo de la contratista, debido a un evento ajeno a ella, inesperado y extraordinario, que, en estricto sentido, no impedía cumplir el contrato, pero sí lo volvía demasiado oneroso: el alza del precio del carbón –combustible del sistema de alumbrado–, con ocasión del inicio de la Primera Guerra Mundial.

Para solucionar el conflicto, se ordenó a la prefectura de la ciudad renegociar la remuneración de la contratista –o, en su defecto, reconocerle una indemnización–, garantizando la continua y eficiente prestación del servicio de alumbrado público. Así, en breves líneas, el Consejo de Estado francés planteó cinco cuestiones que serían centrales para la llamada *teoría del equilibrio económico del contrato estatal*: (i) el interés general involucrado en la ejecución del contrato; (ii) la

---

*que ha ocasionado un aumento en los costes de producción del gas que, al invalidar por su magnitud todos los cálculos, supera sin lugar a dudas los límites extremos de los incrementos que podrían haber previsto las partes en el momento de la firma del contrato de concesión; que, debido al concurso de las circunstancias antes mencionadas, la economía del contrato se ha visto completamente trastocada; que la Compañía está, por tanto, legitimada para afirmar que no se le puede exigir que garantice, en las mismas condiciones que se establecieron en origen, el funcionamiento del servicio mientras dure la situación anómala antes expuesta.*

*(...) [E]s indudable que se estaría cometiendo un abuso si se admitiera que se puede aplicar sin más consideraciones el pliego de condiciones, como si la empresa se hallara ante un riesgo ordinario; que es indispensable, por el contrario, para poner fin a las dificultades temporales, buscar una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que requiere la continuidad del servicio prestado por la Compañía con la ayuda de todos sus medios de producción, y las circunstancias especiales que no permiten una aplicación normal del contrato; que, a tal efecto, conviene resolver, por un lado, que se obligue a la Compañía a garantizar el servicio del que es concesionaria y, por otro, que ésta sólo tenga que asumir, durante este período transitorio, la parte de las consecuencias gravosas de la situación de fuerza mayor antes expuesta que la interpretación razonable del contrato permita exigirle; que procede, por consiguiente, (...) pedir a las partes que se personen nuevamente ante el Consejo de la Prefectura, correspondiéndole a éste, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales en las que la Compañía podría mantener el servicio, determinar la cuantía de la indemnización a la que tiene derecho la Compañía debido a las circunstancias extracontractuales en las que tendrá que seguir prestando servicio durante el período establecido» LONG, Marceu, et. al. Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands arrêts. Imprenta Estatal de la Agencia Estatal BOE, Madrid. 2017, p. 251.*

existencia de una “economía” del contrato; (iii) la distribución de riesgos ordinarios y extraordinarios de la contratación; (iv) el deber primario de renegociar; y (v) el deber subsidiario de compensar al contratista.

**2.3.2.** Con lógicas adaptaciones, esas ideas marcaron el desarrollo de la cuestión en el derecho administrativo colombiano, al punto que, aún hoy, están presentes en el EGCAP. En primer lugar, recuérdese que el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 reconoce como fines de la contratación estatal «*el cumplimiento de los fines estatales [consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política<sup>27</sup>], la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines*».

Esos caros propósitos justifican explorar soluciones distintas a liberar al contratista de sus cargas en caso de alterarse gravemente la equivalencia económica entre sus deberes y derechos. La pronta y eficiente satisfacción de las necesidades sociales impone que todos los contratos estatales se ejecuten cabalmente. Por lo tanto, el contratista seguirá obligado por lo que se acordó en un principio, aunque ello le acarree mayores costos; y, como contraprestación, surge para el Estado el deber de «*restable[cer] el equilibrio de la **ecuación económica del contrato** a un punto de no pérdida por la*

---

<sup>27</sup> «*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

*ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas» (art. 5-1, Ley 80 de 1993).*

La anunciada *ecuación económica del contrato* fue definida como la «**igualdad o equivalencia** entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso» (art. 27, Ley 80 de 1993); es decir, como un equilibrio objetivo entre prestaciones correlativas. Por esa razón el legislador empleó el vocablo *ecuación*, que no es otra cosa que la paridad aritmética entre dos expresiones –en este caso, entre lo que acuerda entregar el contratista al Estado, y lo que éste se obliga a pagar como contraprestación–.

Así lo explica la jurisprudencia del Consejo de Estado:

*«En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.*

*Y es la posición de colaboradores que tienen los cocontratantes del Estado la que ha fundamentado la inmutabilidad de las condiciones económicas iniciales determinadas al momento de ofertar o contratar, según el caso, para preservar el equilibrio económico o la ecuación financiera del contrato estatal, porque éstos al colaborar con las entidades estatales en el logro de sus cometidos cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones que exceden eventualmente los expresos términos del contrato y lo conducen a realizar ingentes esfuerzos para superar las dificultades que sobrevengan en su ejecución, en procura de cumplir con su objeto y el fin último de la contratación, lo que a su vez, con fundamento en el principio de solidaridad, genera que la administración deba ayudarlos y compensarles los mayores gastos o erogaciones a los que se vean sometidos por causa o factores no atribuibles a los mismos.*

*(...) Este principio [el denominado equilibrio económico del contrato] encuentra también sustento en la continuidad del servicio o el cabal cumplimiento del contrato Estatal, por cuanto lo que le interesa a la administración es lograr el objeto del contrato, o sea, la provisión de los bienes, la correcta ejecución de la obra o la buena prestación del servicio y evitar, ante todo, que el interés público se afecte como consecuencia del desabastecimiento de los bienes o la paralización de las obras o los servicios contratados, de manera que, en veces, es necesario adoptar las medidas tendientes a impedir que el contrato por alguna circunstancia sobreviniente y extraordinaria se dificulte o no pueda cumplirse por trastocar o alterar la economía del contrato o el equilibrio o igualdad de las prestaciones.*

*(...) El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio» (CE, S. III, Sub. B, 31 ago. 2011, rad. 18080).*

**2.3.3.** Ocorre, claro, que no resulta nada sencillo que una igualdad objetiva se mantenga absolutamente estable durante la fase de ejecución de un contrato de tracto sucesivo, pues allí pueden presentarse imprevistos, retrasos, variaciones en los precios de bienes o servicios, accidentes, entre otras eventualidades exógenas que tienen por efecto común alterar el costo que debe asumir el contratista para satisfacer las prestaciones a su cargo.

Consciente de esa problemática, y con la intención manifiesta de facilitar que el equilibrio económico del contrato perdurara en el tiempo, el EGCAP impone a las entidades públicas contratantes el deber de «**utilizar mecanismos de ajuste y revisión de precios**» (art. 4-8, Ley 80 de

1993)<sup>28</sup>, y también les ordena incluir en todos los pliegos de condiciones –o documentos análogos– «*la estimación, tipificación y asignación de **los riesgos previsibles** involucrados en la contratación*» (art. 4, Ley 1150 de 2007).

La primera medida promueve el diseño de convenciones resilientes, que incluyan directrices para restaurar la equivalencia inicial entre las prestaciones de las partes, siempre que se altere la estructura de costos del contrato. La segunda, por su parte, busca hacer explícitos los riesgos previsibles asociados al contrato, para distribuirlos entre las partes desde la fase precontractual, de modo que las secuelas patrimoniales de su acaecimiento sean asumidas por aquella parte a la que se le asignó la incidencia<sup>29</sup>.

La referida distribución *ex ante*, como es natural, tiene el efecto útil de descartar la imprevisibilidad de ciertos sucesos –los enlistados como riesgos previsibles–, pero a la vez permite que la posible ocurrencia de cada contingencia anticipable sea considerada al momento de tasar los derechos y deberes recíprocos de los contratantes. En esos términos, la contraprestación pactada en el contrato estatal no solo estaría dirigida a remunerar la labor que se encomienda al contratista, sino también a recompensarlo por asumir las secuelas –inciertas– de eventualidades futuras.

---

<sup>28</sup> Cfr. CE, S. III, Sub. A, 14 mar. 2013, rad. 20.524.

<sup>29</sup> Cfr. Consejo Nacional de Política Económica y Social – Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 3714 de 1 de diciembre de 2011 (*Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*).

Recurriendo de nuevo al precedente del órgano de cierre de la jurisdicción Contencioso-Administrativa,

*«(...) la fractura de la ecuación financiera puede tener cabida en el escenario de un contrato con matriz de riesgos, cuando la concreción de su causa generadora desborde los límites de la asunción de quien lo padece. Resulta que el desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que, al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente. Por contera, si el riesgo que acontece se enmarca [en] los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que este ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada» (CE, S. III, Sub. A, 4 mar. 2022, rad. 66466).*

**2.3.4.** Los mecanismos jurídicos preindicados suelen ser suficientes para que la ecuación contractual se mantenga estable durante la fase de ejecución, reduciendo al máximo el azar y la ventura que suelen ser propios de los negocios. No obstante, sigue siendo posible que ocurran fenómenos absolutamente imprevisibles, y de tal gravedad que alteren esa equivalencia objetiva entre prestaciones que caracteriza al contrato estatal.

De esos fenómenos excepcionales, que deben ser (i) posteriores a la celebración del contrato; (ii) no atribuibles a ninguna de las partes; (iii) imprevistos, en el sentido de no poder ser razonablemente anticipados; y (iv) que alteren *«de manera anormal y grave la ecuación financiera del contrato, haciendo*

*mucho más gravosa su ejecución, sin imposibilitar su continuación» (CE, S. III, Sub. A, 17 oct. 2023, rad. 61441), es de los que se ocupa la teoría del cambio sobreviniente de circunstancias, o teoría de la imprevisión.*

Pero en el campo de aplicación de esa teoría no se agota el problema del equilibrio económico del contrato estatal, pues existe también la posibilidad latente de que las condiciones internas y externas de ejecución del pacto sean legítimamente modificadas por la entidad contratante, en ejercicio del poder público del que está investida. Se trata de contingencias connaturales a ese poder, y que se representan en (i) el ejercicio del *ius variandi* –v. gr., la modificación unilateral del contrato, en los términos del artículo 16 de la Ley 80 de 1993–; y (ii) el denominado *hecho del príncipe* –o alteración anormal de la ecuación financiera, con ocasión de un acto general y abstracto de la propia contratante–.

Sobre el particular, enseña el precedente del órgano de cierre especializado:

*«[D]ado que se afecta la fuerza vinculante del negocio jurídico, no cualquier trastorno o desbalance de la ecuación financiera constituye un rompimiento de la equivalencia económica o financiera del contrato, comoquiera que existen riesgos inherentes a la actividad contractual que, por tanto, deben ser asumidos por las partes<sup>30</sup>. En este sentido, la jurisprudencia se ha ocupado de precisar que la equivalencia prestacional puede verse afectada en tres eventos: (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, en uso de sus potestades*

---

<sup>30</sup> «Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad.: 35826 y Sentencia del 29 de enero de 2018, Rad.: 52666» (referencia propia del texto citado).

*excepcionales, modifiquen las condiciones [del contrato] –ius variandi–; y (iii) por actos de la administración como Estado, en ejercicio legítimo de su posición de autoridad –“teoría del hecho del príncipe”– que afecten indirectamente, o de modo reflejo, la economía del contrato<sup>31</sup>» (CE, S. III, Sub. C, 19 jul. 2022, rad. 53814).*

**2.3.5.** Ante el fenómeno del desequilibrio económico del contrato, el ordenamiento patrio promueve como solución primaria *«el restablecimiento de las condiciones técnicas, económicas y financieras que existían al momento de contratar (...) alteradas por circunstancias ajenas a las partes o que, proviniendo de la entidad contratante, no corresponden a una conducta culposa de su parte»* (CE, S. III, Sub. A, 17 oct. 2023, rad. 52501). Por ende, los contratistas *«tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida»* (art. 5-1, Ley 80 de 1993), lo que, por regla general, se materializa mediante el pago de una suma adicional a la convenida.

Cabe añadir que la buena fe y lealtad en el contrato imponen que el reclamo al que se refiere el texto legal citado sea comunicado a la administración oportunamente, lo cual significa que el contratista *«debe presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes (...) al momento de suscribir acuerdos como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.»* (CE, S. III, Sub. C, 8 feb. 2017, rad. 54614), siendo improcedentes las peticiones de restablecimiento que se radiquen con posterioridad.

---

<sup>31</sup> «Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016, Rad.: 38499» (referencia propia del texto citado).

Una vez presentada la respectiva solicitud, las partes pueden concertar una solución por la vía del arreglo directo, valiéndose de cualquier mecanismo autocompositivo de solución de conflictos. Pero si la renegociación no llega a buen puerto, el contratista está legitimado para acudir a la administración de justicia a través del medio de control de controversias contractuales, con miras a que se verifiquen los supuestos del desequilibrio económico del contrato, se tasen los mayores costos asumidos, y se trasladen a la otra parte, mediante una condena pecuniaria equivalente.

Para finalizar, nótese que el propósito de restablecer o reparar la simetría entre prestaciones que –se presupone– existía al inicio de la relación contractual se logra a través de un pago compensatorio, y no a través de la modificación del contenido del negocio jurídico. De ahí que la acción judicial correspondiente pueda ejercerse incluso después de la liquidación del contrato estatal.

## **2.4. El enfoque de la contratación privada: la revisión del contrato.**

**2.4.1.** A diferencia de lo que ocurre en materia de contratación estatal, la simetría entre prestaciones de un contrato válido<sup>32</sup>, sometido al Derecho Privado, obedece a

---

<sup>32</sup> Es claro que el desequilibrio entre las prestaciones recíprocas de un contrato podría explicarse a partir de algún vicio de la voluntad, como el error de hecho sobre el objeto y sus calidades al que se refieren los artículos 1510 y 1511 del Código Civil, o los supuestos de reticencia que describe el artículo 1058 del Código de Comercio. No obstante, esas alternativas suponen que la equivalencia inicial estaba viciada, al paso que la alteración sobreviniente de circunstancias –cuestión sobre la que versa esta litis– parte de la base opuesta, esto es, que la distribución original fue justa y acorde con la voluntad coincidente de los estipulantes.

criterios esencialmente subjetivos. El artículo 1498 del Código Civil establece que «*el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa **que se mira como equivalente** a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez*», expresión que da cuenta de la preponderancia de la percepción que tenían los contratantes, al tiempo de contratar, sobre la paridad de sus obligaciones recíprocas.

El ordenamiento, pues, supone que los bienes o servicios que se comercian entre particulares no tienen precios ciertos, inherentes a sus características, sino que dependen de la apreciación y preferencias individuales; de la utilidad que cada uno les atribuya al momento de formar su voluntad de intercambio. Así, aunque existan restricciones motivadas por el bienestar de la comunidad –*v. gr.*, el control de precios de medicamentos<sup>33</sup>–, o por razones de justicia y equidad –como la rescisión por lesión enorme de ciertos contratos<sup>34</sup>–, por regla general el Derecho Privado reconoce en las personas la capacidad de establecer libremente los términos de sus intercambios, asignar valor a las ventajas mutuas convenidas y considerarlas equivalentes entre sí

A ello cabe agregar que, como esa correspondencia sigue los lineamientos que autónomamente establece cada contratante al momento de contratar, es muy complicado

---

<sup>33</sup> Cfr. Art. 23, Ley Estatutaria 1751 de 2015.

<sup>34</sup> Sobre el particular, recuérdese el precedente de la Sala: «*El instituto jurídico de la lesión enorme es restringido y no se aplica de manera absoluta y general a toda clase de negociaciones, sino que por el contrario es una figura exceptiva que únicamente es predicable de algunas, tales como la compraventa común de bienes (artículo 1946), permuta de bienes de la misma especie (art. 1958), partición (art. 1405), aceptación de una asignación sucesoral (art. 1291), estipulación de intereses en el mutuo (art. 2231), estipulación de los mismos en la anticresis (art. 2466) y cláusula penal (art. 1601)*» (CSJ SC, 29 nov. 1999, rad 5327).

someter cada valoración individual a un juicio de corrección *ex post*. Es decir, una vez las partes han establecido y actuado según sus propias estimaciones subjetivas de lo que cada una considera justo o apropiado, se torna inviable calificar la proporcionalidad del intercambio, pues *–prima facie–* no habría ningún parámetro objetivo para hacerlo<sup>35</sup>.

**2.4.2.** Es necesario insistir en que la capacidad de establecer relaciones jurídicas voluntarias con otras personas, pilar esencial del Derecho Privado, requiere salvaguardar con ahínco la fuerza obligatoria de lo pactado en un contrato válido. Esta protección no surge del capricho, ni está arraigada en paradigmas del pasado, sino que responde al propósito de garantizar la coherencia del orden social, otorgando valor normativo a ciertas manifestaciones de la voluntad y facilitando los intercambios libres.

En ese contexto, es comprensible la desconfianza que siempre ha generado la posibilidad de alterar el contenido de un acuerdo de voluntades sin la aquiescencia de todos quienes lo celebraron. Más aún, de hacerlo con ocasión de una cierta desproporción de las cargas de uno de los contratantes, cuestión que, así sea de manera indirecta,

---

<sup>35</sup> Juzgar la equivalencia entre deberes y derechos de un contrato requeriría fijar parámetros ciertos de valor para los objetos de intercambio, obviando la asignación de valor por equivalencia que, con base en sus propias razones, habrían hecho los estipulantes al expresar su consentimiento. Sobra decir que ello resulta muy inconveniente, no solo porque desdibuja la fuerza vinculante de los actos de voluntad, sino también porque una intervención de tal magnitud contrariaría «[l]a libertad económica y la libre iniciativa privada, dentro de los límites del bien común», que caracterizan el modelo de economía social de mercado por el que se decantó nuestra Constitución Política (arts. 333 y 334).

remite a la existencia de equilibrios objetivos, extraños al enfoque propio de los negocios jurídicos entre pares<sup>36</sup>.

Para ilustrar tal recelo, son útiles las palabras de esta Corporación, en uno de sus primeros pronunciamientos sobre el tema del que viene hablándose<sup>37</sup>:

*«La teoría de la imprevisión que según Demogue nació en el Derecho Canónico debido a los esfuerzos de los canonistas de la Edad Media que impusieron su aplicación por los tribunales eclesiásticos, impidiendo así el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como algo contrario a la moral cristiana, supone como subentendida en los contratos una cláusula “rebus sic stantibus”, según la cual sus autores explicaban que las partes implícitamente se reputaban haber subordinado la subsistencia de sus respectivas obligaciones, en los términos en que se habían convenido, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes el día del contrato. La fórmula completa es: “Contractus qui habent tractum sucesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur”. Esta teoría, radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo*

---

<sup>36</sup> La doctrina nacional exponía la cuestión en estos términos: «Por deforme concepto del contenido y finalidad de las obligaciones, de su interdependencia en los contratos bilaterales, de la equidad en las mutuas relaciones de las partes, y con vago y mal encauzado propósito de dar protección al débil, la doctrina moderna ha venido bregando por introducir en el campo del derecho civil las teorías sobre la imprevisión, conforme a las cuales si el pago de la obligación llega a hacerse excesivamente difícil, costoso o lesivo para el deudor, esta debe desaparecer o, a lo menos, reducirse en justa proporción (...). Por fortuna estas teorías, fruto de los desastres económicos que siguieron a las dos guerras mundiales, parecen estar pasando de moda y tienden a desaparecer del campo del derecho civil, algunos de cuyos principios fundamentales en materia de obligaciones y contratos destrazan o deforman inmisericordemente» (URIBE, Ricardo. *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*. Ed. Temis, Bogotá. 1979, p. 149).

<sup>37</sup> Cabe anotar que la más antigua mención a la teoría del cambio sobreviniente de circunstancias se encuentra en la sentencia CSJ SC, 29 oct. 1936, G. J. t. XLIV, pág. 455-458. Sin embargo, allí se descartó su aplicación por una razón formal, advirtiéndose, de paso, que la Corte aún no había tomado una decisión definitiva en torno a su procedencia («**Cualquiera que sea o llegue a ser el pensamiento de la Corte sobre esa teoría, y sobre su aplicabilidad ante nuestra legislación, queda visto que en el presente pleito no puede tal teoría desempeñar papel alguno, por la razón decisiva de que cuando Tomás Muñoz entabló su demanda el 17 de octubre de 1932, ya estaba cumplida por parte de los Hoyos su obligación, cumplimiento que tuvo lugar el 14 de julio de ese año**»).

*dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad (...).*

*Aceptada casi unánimemente esta teoría en los últimos años por la doctrina y la jurisprudencia extranjeras en el campo del derecho administrativo, **no ha tenido sin embargo igual acogida en el campo del derecho civil**, objetándose de contraria a la integridad y firmeza de los contratos (...). Precisamente el principio sentado en el código de Napoleón de que todo contrato celebrado es una ley para los contratantes (artículo 1.134, incisos 1º y 2º) principio repetido por el artículo 1602 de nuestro código civil, (...) ha sido el grave escollo que muchos encuentran para aceptar la teoría de la imprevisión en las legislaciones de fuente francesa. Porque se alega que ese y otros preceptos ponen por sobre todo la intangibilidad de los contratos, haciendo de ese principio base esencial del orden económico y social, principio que **le quita al juez todo poder de interpretación tendiente a modificar las estipulaciones libremente convenidas por las partes**. La Corte de casación de Francia condenando esta teoría con motivo de algunas decisiones de tribunales cortes de apelación que la habían acogido dijo lo siguiente: “La regla establecida por el artículo 1134 del código civil, es general y absoluta y rige tanto en los contratos de prestaciones sucesivas, como en los contratos de otra naturaleza; **en ningún caso los tribunales, por justas que parezcan sus decisiones, pueden tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones**” (Corneliu Mihail Popescu - Essai d'une théorie de l'imprevisión en droit français et comparé - París - 1937, página 77)» (CSJ SC, 23 may. 1938, G. J, t. XLVI, pág. 523-546).*

**2.4.3.** A pesar de la renuencia inicial, la teoría se fue consolidando a medida que se precisaban sus elementos conceptuales y su verdadero objetivo práctico. Es claro que, en la generalidad de los casos, el *pacta sunt servanda* debe prevalecer, pero el Derecho Privado no puede dar la espalda a eventos verdaderamente excepcionales, en los que la absoluta intangibilidad del débito negocial podría generar situaciones lesivas, visiblemente inequitativas, que también resultan contrarias a la vigencia de un orden justo.

Por esa razón, durante la segunda mitad del S. XX muchos ordenamientos consagraron reglas especiales sobre el cambio sobreviniente de circunstancias, excesiva onerosidad, imprevisión o “Hardship”. De esa tendencia legislativa son ejemplos los artículos 1467 del Código Civile italiano<sup>38</sup>; 1440 del Código Civil peruano<sup>39</sup>; 1091 del Código Civil y Comercial argentino<sup>40</sup>, y 478 del Código Civil brasileiro<sup>41</sup>. Y también lo hizo el ordenamiento colombiano, a través del precepto 868 del Código de Comercio, que reza:

*«Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir*

---

<sup>38</sup> *«Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti e' divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione puo' domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. La risoluzione non puo' essere domandata se la sopravvenuta onerosita' rientra nell'alea normale del contratto (...)»* («En un contrato de ejecución continua o periódica, o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se ha hecho excesivamente onerosa por la ocurrencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte deudora de dicha prestación podrá solicitar la resolución del contrato con los efectos previstos en el Art. 1458. La resolución no podrá solicitarse si la onerosidad sobrevenida pertenece al alea ordinaria del contrato...»).

<sup>39</sup> *«En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad (...)».*

<sup>40</sup> *«Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia. (...)».*

<sup>41</sup> *«Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação»* («En los contratos de ejecución continuada o diferida, si la prestación de una de las partes se hace excesivamente onerosa, en beneficio extremo de la otra, debido a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el deudor podrá solicitar la resolución del contrato. Los efectos de la resolución se retrotraerán a la fecha del requerimiento»).

*su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea».*

El asunto igualmente fue abordado por los principales instrumentos de *soft law* en materia de contratos, como los ya citados Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (arts. 6.2.1. a 6.2.3.<sup>42</sup>); los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (art. 84<sup>43</sup>), o los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (art. 6:111<sup>44</sup>).

---

<sup>42</sup> «Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja» (art. 6.2.2).

<sup>43</sup> «(1) Si, después de su celebración, la ejecución del contrato deviene excesivamente onerosa o su utilidad disminuye significativamente, por cambio de circunstancias cuyo acaecimiento o magnitud no pudo razonablemente haberse previsto y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada, ésta puede solicitar a la otra la renegociación del contrato. (2) La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada. (3) Si después de un plazo razonable las mismas partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes».

<sup>44</sup> «(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe. (2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias. (3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá: (a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado. (b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura».

Cada una de esas disposiciones normativas enfrenta la cuestión del *cambio sobreviniente de circunstancias* de modo diverso, pero en su mayoría tienen factores comunes, como el hecho de no disputar la validez o eficacia de lo acordado<sup>45</sup>, ni tampoco el equilibrio inicial entre derechos y deberes de los contratantes, sino, únicamente, los límites de la fuerza obligatoria de esa expresión de voluntad inicial, cuando, por causas imprevisibles y extrañas a uno de los contratantes, varían drásticamente las condiciones de hecho sobre las cuales juzgó equivalentes sus obligaciones y las que corren a cargo de su contraparte.

Lógicamente, esa variación requiere que exista una brecha temporal entre la fecha en la que se celebró el contrato y la del cumplimiento de las obligaciones. Téngase en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en materia de contratación estatal, la paridad objetiva entre prestaciones no es el eje de la discusión, sino la enorme discrepancia entre el futuro que las partes anticiparon al momento de obligarse a dar, hacer o no hacer algo, y la realidad que terminó acaeciendo cuando debían ejecutar esa prestación.

Esa novedosa situación debe tener radical incidencia en la economía del contrato, dando lugar al aumento desmedido

---

<sup>45</sup> En un sistema económico en el que participan sujetos con enormes asimetrías de la información, y con capacidades patrimoniales y de influencia muy disímiles, pueden presentarse fallas de mercado. Ello ha motivado a los ordenamientos nacionales y supranacionales a diseñar mecanismos de intervención razonable en los acuerdos privados, a través de medidas legislativas y administrativas muy diversas, que buscan limitar el poder de negociación de alguno de los contratantes, o invalidar cierto tipo de estipulaciones inequitativas. Pero, en cualquiera de esos casos, el problema se ataca justamente por la vía de restar validez o eficacia (total o parcial) al pacto inicial, mientras que la teoría del *cambio sobreviniente de circunstancias* supone la existencia de un contrato válido y eficaz –aunque injusto–.

de los costos de las prestaciones a cargo de alguna de las partes –o excesiva onerosidad–. Asimismo, debe tratarse de un fenómeno extraordinario, de tal calado que modifique la base esencial de cualquier juicio previo de equivalencia subjetiva; ajeno a la conducta de los contratantes, e imprevisible al tiempo de contratar. De lo contrario, tendría que haberse sopesado como un riesgo o ventura propio del negocio, que debe ser asumido por alguno de los contratantes, según la distribución pactada, o la que prevea el respectivo ordenamiento, según el caso.

Así lo tiene dicho el precedente de la Sala:

*«Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia.»*

*Imprevisible, es todo evento que, en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, “que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad (...) Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional” (cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito, incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular (cas. civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, exp. 5475).*

*Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto ex ante, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable. Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida.*

*La ajenidad de los hechos sobrevenidos al deudor es necesaria en la imprevisión, en tanto extraños a su órbita, esfera o círculo de riesgo, conducta, comportamiento, acción u omisión, hecho o acto, que no las haya causado, motivado, agravado, incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo. Los eventos pueden originarse en la otra parte, nunca en la afectada, pues al serle imputable jamás podrá invocar su propio acto. Y lo que se dice de la parte comprende el hecho de las personas por quienes responde legal o contractualmente.*

*Por tanto, la negligencia, desidia, imprudencia, el dolo o culpa, la falta de diligencia, cuidado, previsión y la concurrencia, exposición o contribución de la afectada, así como la ausencia de medidas para evitar, mitigar o disipar la excesiva onerosidad (duty to mitigate damages), y, en fin, la inobservancia de las cargas de la autonomía excluyen imprevisión, imprevisibilidad, inimputabilidad y extraneidad, a más de contrariar claros dictados éticos, sociales y jurídicos prevalerse de la propia conducta para derivar provecho con un desequilibrio que pudo evitarse, mitigarse o conjurarse, en quebranto a la lealtad, probidad, corrección, buena fe y fuerza obligatoria del contrato a que conduce admitir su revisión cuando la conducta del obligado es la causa o concausa de la excesiva onerosidad. Por ende, no opera la imprevisión cuando el suceso está en la esfera o círculo del riesgo de la parte afectada, el alea normal del contrato, o es imputable a la propia conducta, hecho dolo, culpa, exposición, incuria, negligencia, imprudencia o, la falta de medidas idóneas para prevenir, evitar o mitigar el evento o sus efectos.*

*Por ello, la desproporción y sus causas han de ser por completo ajenas a la parte afectada, en tanto no sean imputables a su acción u omisión, conducta o hecho, ni las haya asumido legal o contractualmente. A tal efecto, el contrato de suyo es acto de previsión, sobre los contratantes gravitan cargas de previsión y*

*sagacidad, han de prever eventuales contingencias dentro de los parámetros normales, corrientes u ordinarios, y en ejercicio de su autonomía privada dispositiva, ceñidas a los legales, la buena fe y la paridad prestacional, tienen libertad para acordar el contenido del negocio, disciplinar la relación, los derechos, prestaciones, la estructura económica y los riesgos. Cada parte contratante debe proyectar razonablemente la estructura económica del contrato, el valor de la prestación y la contraprestación, los costos, gastos, pérdidas, beneficios o utilidades y riesgos al instante de contratar, oportunidad en la cual establecen razonablemente la equivalencia prestacional, sin admitírsele alegar torpeza (nemo auditur propiam turpitudinem allegans) o malicia en provecho propio, ni volver sobre su acto propio (venire contra factum proprium) o contrariar la confianza legítima (Vertrauensschutz, legitimate expectations, legittimo affidamento, estoppel) (rev. civ. sentencia 25 de junio de 2009, Exp. 2005-00251 01)» (CSJ SC, 21 feb. 2012, rad. 2006-00537-01).*

Finalmente, la acción judicial que se confiere al afectado no es de naturaleza reparativa, es decir, no busca compensar las pérdidas acaecidas en ejecución del contrato, sino reequilibrar las prestaciones de las partes hacia el futuro, o de no ser ello posible, resolver la convención. El cambio sobreviniente de circunstancias, en el marco del Derecho Privado, no excusa el incumplimiento, ni habilita el cobro de débitos pasados, sino que modifica, de manera prospectiva, un acuerdo de voluntades preexistente.

En ese sentido, no cabe ejercer la acción judicial cuando el contrato ya ha terminado, pues al suceder la extinción de ese vínculo relacional, carecería de objeto realizar cualquier ajuste de las prestaciones a futuro. En estos términos lo explica la jurisprudencia:

*«De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su*

*ejecución y previamente a su extinción (...). La revisión del contrato ex artículo 868 del Código de Comercio, es el medio dispensado por el legislador al desequilibrio económico adquirido o lesión sobrevenida (laesio superveniens) por circunstancias posteriores, distantia temporis después de su celebración, durante su ejecución y antes de su terminación (qui habent tractum successivum). Bien se advierte del factum normativo, que la revisión versa sobre “la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”, esto es, **no cumplida ni extinguida**.*

*La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles. Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado. Distinto es que, para establecer la onerosidad de la prestación de futuro cumplimiento, deba valorarse completo, pleno e íntegro el contrato y en su conjunto prestacional, tanto cuanto más que, lo excesivo o el desequilibrio prestacional no deriva de una prestación aislada, sino del complejo tejido contractual, según la prudente, juiciosa o razonable ponderación por el juzgador del marco fáctico de circunstancias concreto y los elementos de convicción, atendiendo la equidad y justicia. **La revisión por imprevisión es inadmisiblesi la prestación, no obstante la excesiva onerosidad, se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia, por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente ad futurum.***

*Empero, por cuanto la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria, en oportunidades, la revisión para corregir el desequilibrio, o en su caso, terminar el contrato, se frustra ante el cumplimiento o la terminación del contrato, en tanto obligada la parte a cumplir, el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, **no a través de la imprevisión, sino de***

***las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual.***

***Por consiguiente, ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay por revisar para reajustar, restablecer o terminar.*** *Por esta inteligencia, a más de la imposibilidad lógica y práctica de revisar para corregir o terminar lo que no ya existe, los efectos cumplidos producidos o consumados en situación de “excesiva onerosidad”, no admiten reclamación ni reparación por esta vía (cas. civ. sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, p. 437 ss; 23 de mayo de 1938, XLVI, p. 544; 23 de junio de 2000, exp. 5475), tanto cuanto más que ello equivale a volver sobre lo extinguido con quebranto de la certeza y seguridad del tráfico jurídico» (CSJ SC, 21 feb. 2012; reiterada en CSJ SC12743-2017).*

**2.4.4.** En suma, es evidente que el enfoque de la contratación privada difiere enormemente de aquel que gobierna los contratos estatales sometidos al EGCAP. Mientras que el segundo privilegia la paridad absoluta de las prestaciones de las partes, en el marco de una conmutatividad objetiva, el primero busca resguardar, en la medida de lo posible y de lo razonable, la integridad del contrato, y la fuerza vinculante del equilibrio económico subjetivo que diseñaron y aceptaron los propios estipulantes al momento de celebrar el respectivo negocio jurídico.

La manifestación práctica más relevante de esa divergencia se da en el propósito de la acción judicial que puede ejercitar el contratante afectado: en el régimen de contratación estatal, le es lícito pedir una compensación por las prestaciones ejecutadas, lo que, incluso, permitiría que se discuta el desequilibrio económico de un contrato

liquidado. En cambio, el Derecho Privado solo habilita el reajuste del pacto, o su resolución, en ambos casos con efectos *ex nunc* –hacia el futuro–; de ahí que, extinguido el vínculo jurídico entre los contratantes, el cambio sobreviniente de circunstancias pierde su razón de ser.

En términos similares lo ha reconocido el precedente consolidado del Consejo de Estado:

*«[S]i bien el Código de Comercio (artículo 868) hace alusión a la mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de cualquiera de las partes derivada del advenimiento de circunstancias “extraordinarias, imprevistas o imprevisibles”, lo cierto es que esta regulación no puede equipararse a la del rompimiento del equilibrio económico del contrato en tanto no impone a las partes la obligación de mantener inalterada la conmutatividad del contrato durante toda su ejecución, ni tampoco la de restablecerla en caso de que se modifique, sino que da a la afectada la posibilidad de acudir al juez para que –de cara al cumplimiento de prestaciones futuras– revise las condiciones inicialmente pactadas frente a la ocurrencia de las mencionadas circunstancias y determine, con criterios de equidad, la necesidad o no de realizar ajustes que permitan continuar con la ejecución del negocio jurídico o la de declarar su terminación. Es decir, en el marco del derecho privado, los reajustes podrían surgir, para el cumplimiento de obligaciones futuras, a partir de una orden judicial que alterare las condiciones iniciales del contrato, mas no como consecuencia del cumplimiento de una obligación ínsita de esa naturaleza.*

*Así, la revisión del contrato por parte del juez con base en el acaecimiento de circunstancias extraordinarias e imprevisibles y, por esa vía, los reajustes que este imponga con fundamento en la equidad o, en los casos más extremos, la terminación del contrato en razón de esa causa para liberar a las partes de sus obligaciones recíprocas en tanto resultan excesivamente onerosas para una de ellas, es un remedio excepcionalísimo que no se funda, como la teoría del rompimiento del equilibrio económico, en la necesidad de continuidad del servicio público en función del interés general, sino en la equidad; de manera que, ante el*

*advenimiento de tales circunstancias, en los contratos regidos por el derecho privado prima el carácter vinculante de lo pactado entre las partes como expresión de la autonomía de la voluntad y, solo excepcionalmente y a petición de parte, la ley otorga al juez la posibilidad de alterar lo convenido» (CE, S. III, Sub. A, 30 ago. 2022, rad. 58485).*

Más recientemente, la misma Corporación insistió en que

*«(...) la jurisprudencia de las subsecciones de la sección tercera del consejo de estado, al abordar el análisis de las controversias surgidas en contratos regidos por el derecho privado en las que existen pretensiones tendientes a restablecer el equilibrio económico del contrato, han señalado que esta figura es propia de los contratos regulados por la ley 80 de 1993 y, por tanto, no es posible su aplicación en aquellos acuerdos que no se rijan por el estatuto de contratación de la administración pública, dado que en las normas civiles y comerciales no existe una obligación en torno a mantener la ecuación contractual en los términos y con el alcance que sí se prevé en esta ley.*

*“en los contratos entre particulares, por el contrario, las partes obran en condiciones de igualdad jurídica por lo que no podría predicarse que una de ellas tenga la condición de colaboradora de la otra en los términos anteriormente señalados. las partes están obligadas a cumplir sus obligaciones tal y como fueron pactadas: el contratista a prestar el servicio o a ejecutar la obra, en las condiciones en las que se comprometió a hacerlo, y la contratante a pagarle el precio establecido en el contrato. por tal razón, ante el advenimiento de circunstancias imprevisibles que hagan más oneroso el cumplimiento de obligaciones a cargo de cualquiera de las partes, las normas que rigen los contratos de los particulares consagran el derecho de solicitar la revisión judicial las condiciones pactadas, y disponen que tal revisión debe pedirse antes de ejecutar tales obligaciones; de accederse a ella, aplica para las prestaciones que se cumplan en el futuro. la parte demandada en este caso solo está obligada a pagar lo pactado en el contrato y ese pacto solo puede ser modificado por voluntad de las partes y excepcionalmente por disposición el juez. pero la fuente de su obligación sigue siendo lo establecido en el contrato y solo estará obligada a reparar perjuicios cuando incumpla; las normas privadas no establecen una obligación de reparar*

*perjuicios por el incumplimiento de una de ellas de la obligación de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato en la forma prevista en el estatuto de contratación público”<sup>46</sup>* (CE, S. III, Sub. A, 12 dic. 2022, rad. 66729).

## **2.5. Improcedencia de las pretensiones de Seismic (y consecuente irrelevancia de los cargos).**

Dados los motivos consignados *supra*, las pretensiones promovidas por Seismic estaban condenadas al fracaso, pues su propósito consistía en que, por causas sobrevinientes e imprevistas, se declarara el desequilibrio económico de un contrato sometido al régimen del derecho privado, cuyas prestaciones ya se habían ejecutado a cabalidad, conforme se sigue del acta de liquidación respectiva –en la que, reiteradamente, se dejó sentado que el objeto comercial se encontraba plenamente satisfecho–.

Conviene precisar, en este punto, que la acción judicial a la que acudió la demandante no admite una hermenéutica distinta a la anunciada, pues sus términos son claros, y no fueron materia de controversia durante las instancias, ni tampoco en sede extraordinaria. Lo que se pidió declarar fue que *«por hechos no imputables a Seismic, se presentó la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal n.º 2072122 de fecha 29 de noviembre de 2007, suscrito con FONADE»*, y que, a título de *«restablecimiento del equilibrio económico del contrato»*, la demandada asumiera el pago de \$52.499.850.692 de sobrecostos. Ni más, ni menos.

---

<sup>46</sup> «Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de febrero de 2021, rad. 47.068. C.P. Martín Bermúdez Muñoz» (referencia propia del texto citado).

Por consiguiente, no resulta viable afirmar que lo querido en la demanda fuera obtener reparación por un daño extracontractual derivado de ciertas falencias de información durante la fase precontractual, o del abuso del derecho, o invocar la infracción de lo pactado. Lo reclamado fue la revisión de un contrato terminado, no otra cosa. Concluir algo distinto implicaría alterar radicalmente el texto de la demanda, quebrantando el principio de congruencia y, de paso, vulnerando gravemente el derecho de defensa de la entidad convocada, así como la regla dispositiva que gobierna la actividad de la Corte, en sede de casación.

Recuérdese que, según el precedente,

*«el juez tiene el deber de interpretar los hechos y pretensiones esgrimidos por el convocante en su demanda, dotándolos del sentido que interfiera en menor medida con la procedencia de sus verdaderos reclamos, **siempre y cuando esa hermenéutica no sea abiertamente incompatible con las manifestaciones del propio convocante en su escrito inaugural, o sus modificaciones.** Esto se traduce en que el fallador está obligado a desentrañar el auténtico y adecuado sentido de la demanda, especialmente en aquellos eventos en los que la descripción fáctica incluida en esa pieza procesal sea ininteligible, o refleje una contradicción insalvable entre los hechos relatados y las pretensiones; **pero si lo que ocurre es que el convocante eligió de manera diáfana una acción equivocada, esa mediación excepcional del funcionario se tornaría injustificada,** pues el deber de interpretación no puede conducir a que la jurisdicción recomponga la estrategia procesal de los litigantes, o la sustituya por otra más adecuada para la gestión de sus intereses» (CSJ SC1971-2022).*

Ahora bien, siendo que el cambio sobreviniente de circunstancias, o teoría de la imprevisión, no tiene cabida cuando el contrato a revisar ya se hubiera extinguido, y dado

que la demanda en referencia se presentó con posterioridad al acto de liquidación del negocio jurídico sobre el que versa la litis, fuerza colegir que las pretensiones estaban llamadas al fracaso. En ese sentido, los cargos de casación tampoco podrían salir adelante, pues, aunque se hubieran demostrado los yerros denunciados –que no es así, según se verá en el acápite que sigue–, el conflicto no podría resolverse de un modo diverso al dispuesto por el Tribunal.

Y, como lo tiene dicho el precedente, tal cosa basta para que el remedio extraordinario fracase, pues la labor de acreditar la transgresión de la ley sustancial,

*«(...) requiere la demostración de la evidencia o notoriedad del error, en el sentido de que salte a simple vista y que no requiera mayores esfuerzos de razonamiento para establecerse; **como también que se demuestre la trascendencia del mismo en las demás apreciaciones que sustentan al fallo atacado**, comprobándose, consecencialmente, su incidencia en la parte resolutoria de este último, **en el sentido que de no haberse producido el señalado error, la resolución hubiera sido enteramente diferente (...). [La] trascendencia en el fallo [es] requisito ‘sine qua non’ para que se pueda desvirtuar la presunción de acierto que cobija a la sentencia impugnada y, por ende, quebrar la decisión objeto del recurso extraordinario de casación**, como en efecto lo dijo esta Corporación cuando expresó que “el recurrente que acusa por error en la apreciación de la prueba y que, aun demostrándolo, no pasa adelante, se queda, por decirlo así, en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha abierto. El recurso, cuando el punto de partida es el referido error, es una cadena formada por estos eslabones, a) el error y su demostración; b) la consiguiente violación de la ley sustantiva (...); y c) **la incidencia del cargo sobre la parte resolutoria de la sentencia**” (G. J. t. XLVI, pág. 205; LX pág. 705 y LXXVIII págs. 566 y 690)» (CSJ SC, 9 dic 1999, rad. 5378; reiterada en CSJ SC428-2023).*

### **3. Análisis de los cargos admitidos.**

Además de su anunciada futilidad, es pertinente reseñar que las acusaciones de la recurrente se fundamentan en vicios de juzgamiento que no fueron acreditados. Si bien el Tribunal erró al estudiar de la demanda como si se tratara de una controversia alusiva a un contrato regulado por el EGCAP, perdiendo de vista las evidentes implicaciones de la sujeción de ese negocio jurídico a las reglas del Derecho Privado, en su labor de valoración probatoria no incurrió en ninguno de los desafueros denunciados por Seismic en la sustentación de su impugnación extraordinaria.

#### **3.1. Cuestionamientos relativos a la hermenéutica de la demanda.**

En su segunda censura, la recurrente criticó al Tribunal por haber considerado que los supuestos generadores del desequilibrio económico alegado correspondían exactamente con las salvedades que Seismic dejó registradas en el acta de liquidación del contrato que ajustó con la convocada, perdiendo así de vista que *«las pretensiones de la reforma de la demanda se circunscribieron, en realidad, a algunos de los hechos que fueron alegados por FONADE en el acta de liquidación, pero no coinciden, en su totalidad, con estos últimos»*.

Y, en efecto, la colegiatura de segundo grado fue más allá del sustento fáctico de las pretensiones, pues se detuvo en varios aspectos no mencionados en la demanda, como *«(i) las condiciones laborales adicionales a las establecidas en la ley, (ii) la*

*adversidad climática y (iii) los intereses generados por la mora en el pago del saldo retenido en garantía». Sin embargo, para la Sala es evidente que también analizó las circunstancias identificadas en ese escrito inicial como causas o fuentes generadoras del alegado desequilibrio, de modo que su equivocación no pudo generar ningún desmedro cierto a la convocante*

Es decir, el fallo recurrido ciertamente se ocupó de descartar causas del desequilibrio económico a las que no aludió Seismic en su demanda, pero consideró todas y cada una de las que sí fueron mencionadas allí, a saber: *(i)* las dificultades que se presentaron en la fase de consulta previa del proyecto<sup>47</sup>; *(iii)* el incidente con la comunidad Acadesan<sup>48</sup>; *(ii)* la falta de acompañamiento del Ministerio del interior<sup>49</sup>; *(iv)* la masiva deserción laboral<sup>50</sup>; *(v)* la situación de orden público del sector<sup>51</sup>, y *(vi)* la negativa de la contratante a ampliar el monto de los gastos reembolsables<sup>52</sup>. Asimismo, evaluó la procedencia de la sanción impuesta a la contratista por el tardío cumplimiento de sus obligaciones<sup>53</sup>.

Esto se traduce en que el grueso de la motivación del fallo censurado aludió a circunstancias esencialmente idénticas a las que constituyen el fundamento del reclamo jurisdiccional de la actora. Además, esa providencia da cuenta, con prolijidad, de las razones por las cuales tales sobrecostos concretos no podrían considerarse imprevisibles,

---

<sup>47</sup> Numerales 6 y 7 de la sentencia de segunda instancia, fol. 20 a 27.

<sup>48</sup> Numeral 8, fol. 28 a 31.

<sup>49</sup> Numeral 13, fol. 37

<sup>50</sup> Numeral 12, fol. 35 a 37.

<sup>51</sup> Ídem.

<sup>52</sup> Numerales 14 y 15, fol. 38 a 45.

<sup>53</sup> Numeral 18, fol. 47 a 49.

ni ajenos a los riesgos que voluntariamente asumió Seismic, como habría sido de rigor para que procediera el restablecimiento del equilibrio económico de un contrato sometido al EGCAP.

El Tribunal, entonces, solo acudió a las salvedades que se hicieron constar en el acta de liquidación del contrato como herramienta de ordenación, con el propósito de facilitar el estudio sistemático de los hechos de la demanda, sin desentenderse en lo absoluto de ellos, siendo pertinente añadir que, tal como lo admitiera la propia recurrente<sup>54</sup>, existe una marcada coincidencia entre los contenidos de ambos textos, pues solo tres de los puntales debatidos inicialmente por la contratista fueron obviados al estructurar su reclamo jurisdiccional, sin que añadiera ninguno.

### **3.2. Cuestionamientos relativos a la fuente y el carácter previsible de las causas del desequilibrio.**

Para fundar su decisión absolutoria, el Tribunal optó por analizar dos presupuestos del cambio sobreviniente de circunstancias –comunes al derecho público y privado–: la ajenuidad de los fenómenos que alteraron el equilibrio de las prestaciones del contrato, y su naturaleza imprevisible. En

---

<sup>54</sup> En la sustentación del cargo, la recurrente afirmó: «Según se desprende de una simple lectura de la reforma de la demanda, estos corresponden en realidad a los siguientes: (i) la presencia de múltiples comunidades étnicas de características y condiciones diversas, lo que implicó adelantar complejos procedimientos de consulta previa que tardaron más de lo previsto; (ii) inconvenientes con Acadesan; (iii) la falta de acompañamiento del entonces Ministerio del Interior y de Justicia; (iv) la masiva deserción laboral; (v) la situación de orden público; y (vi) la insuficiencia del monto del 8% para gastos reembolsables». Todas esas cuestiones fueron consideradas en la sentencia, tal como se dejó sentado en un párrafo previo –siguiendo la misma secuencia–.

cuanto a lo primero, esa colegiatura adujo que el personal de Seismic había facilitado uniformes y elementos de identificación al personal de otra compañía (Servigecol), conducta desprolija que habría contribuido al retraso de la labor que contrató FONADE.

Sobre el particular, se destaca que desde la demanda se había sostenido que el ingreso no autorizado de funcionarios de Servigecol al territorio ancestral de la comunidad Acadesan fue una de las causas de la tardanza del proceso de consulta previa. Por tanto, como no se discutió ni se refutó el uso de los emblemas de Seismic por parte de los primeros, la conclusión a la que arribó la colegiatura de segunda instancia no parece irrazonable. Antes bien, es plausible atribuir aquel incidente y la consecuente renuencia de la comunidad Acadesan a unirse al proceso de consulta previa durante más de doce meses, a un descuido u obrar imprudente de la convocante –lo que impediría trasladar sus consecuencias a su contraparte–.

En cuanto a lo segundo, el Tribunal indicó que los pliegos de condiciones elaborados por FONADE asignaban a los distintos proponentes el deber de «*visitar e inspeccionar la zona donde se desarrollarán los trabajos e informarse por su cuenta acerca de (...) todas las circunstancias que pueden afectar o influir en el cálculo del valor de su propuesta*». Así las cosas, la convocante pudo informarse con antelación sobre «*la cantidad de grupos indígenas y afrodescendientes*» que habitan el sector, para así ajustar sus planes de ejecución. Inclusive, se le instaba a hacer visitas *in situ*, para verificar esas variables

Y, ciertamente, los pliegos consagraban lo que el *ad quem* afirmó, siendo del caso agregar que, dada la distribución de los riesgos del contrato establecida desde la fase precontractual –cuya validez, cabe anotar, no se disputó en la demanda, ni tampoco en ninguno de los cargos que se admitieron a trámite–, parecía de cargo de la contratista anticipar las dificultades y complejidades de un proceso de consulta previa en la zona del país donde se desarrollaría la consultoría encomendada. En ese contexto, las incidencias y retrasos del proceso de consulta previa que adelantó Seismic –en parte, motivadas por su conducta– emergen como riesgos que podían anticiparse al tiempo de contratar, de modo que no podían constituir motivo de revisión del contrato.

Sobra decir que no parecen haber graves errores en ese raciocinio, debiéndose añadir que la casacionista no probó por qué la referida situación habría sido imposible de anticipar con mediano cuidado en la fase de preparación de la propuesta. Simplemente alegó que esa tarea le era gravosa, o que no era de su resorte, a pesar de haber consentido en asumir el riesgo al tiempo de contratar.

#### **4. Conclusión.**

Las acusaciones propuestas no se abren paso, no solo porque la alegada transgresión indirecta de la ley sustancial no fue acreditada, sino, principalmente, porque la demandante reclamó el restablecimiento del equilibrio prestacional de un contrato ya finiquitado, pedimento que solo tiene cabida en tratándose de contratos estatales

sometidos al EGCAP, y que resulta improcedente cuando el negocio jurídico se disciplina por las reglas y principios del Derecho Privado –como sucede en este caso–.

Los cargos, por tanto, no prosperan.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO. NO CASAR** la sentencia de 12 de enero de 2021, dictada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el trámite verbal de la referencia.

**SEGUNDO. CONDENAR** a la parte actora, como impugnante vencida, al pago de las costas procesales de esta actuación. En la liquidación inclúyanse diez salarios mínimos legales mensuales vigentes (10 SMLMV) por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase

**FERNANDO AUGUSTO JIMÉNEZ VALDERRAMA**

Presidente de Sala

(Aclaración de voto)

**HILDA GONZÁLEZ NEIRA**

**MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ**

**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**

**FRANCISCO TERNERA BARRIOS**

**Firmado electrónicamente por:**

**Fernando Augusto Jiménez Valderrama**  
**Presidente de la Sala**  
Aclaración de voto

**Hilda González Neira**  
**Magistrada**

**Martha Patricia Guzmán Álvarez**  
**Magistrada**

**Octavio Augusto Tejeiro Duque**  
**Magistrado**

**Francisco Ternera Barrios**  
**Magistrado**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 3EF10529F699D1B9F3CDE2AF5DD95EACA6F76EB16C3C0DFB3E6DF58C90CD3604

Documento generado en 2024-07-12