



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

**Consejero Ponente: WILLIAM BARRERA MUÑOZ**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

**Radicación:** 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
**Actor:** Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
**Demandado:** Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE  
**Proceso:** Acción contractual

APELANTE ÚNICO-Límites de la apelación. COPIAS SIMPLES-Valor probatorio. PRUEBAS DE OFICIO-Proceden para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda hasta antes de dictar sentencia. ENTIDADES FINANCIERAS ESTATALES-Régimen exceptuado de contratación. CONTRATOS DEL GIRO ORDINARIO DE ENTIDADES FINANCIERAS ESTATALES-No hay lugar a aplicar las disposiciones de la Ley 80 de 1993 frente a los efectos del acta bilateral de liquidación. LIQUIDACIÓN BILATERAL EN DERECHO PRIVADO-Concepto. ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL EN DERECHO PRIVADO-Su estudio se debe limitar a las reglas del derecho privado. SALVEDADES AL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO DE RÉGIMEN EXCEPTUADO-No son regla de interpretación absoluta. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-Cuando las estipulaciones sean claras, no puede desconocerse lo acordado. TESTIMONIO-Crítica testimonial. TESTIGO TÉCNICO-Debe tener conocimiento directo o indirecto de los hechos, art. 227 del CPC. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN-Requisitos. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN-Diferencia con fuerza mayor y caso fortuito. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN-Permite el reajuste o la terminación del contrato por la vía judicial. PRUEBA PERICIAL-Tiene como fin verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. COSTAS EN CCA-Improcedencia cuando no se actúa con temeridad o mala fe.

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 17 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La decisión fue la siguiente:

***“PRIMERO. Deniéganse las pretensiones de la demanda, por lo dicho en la parte motiva.***

***SEGUNDO. Ejecutoriada la sentencia archívese el expediente.***

***TERCERO. Una vez ejecutoriada la presente providencia, comuníquesele al Juzgado Tercero Civil Municipal de Barranquilla lo decidido.***

## **I. SÍNTESIS DEL CASO**

El 8 de marzo de 2005, Fonade y el Consorcio J.A. Asociados Ltda.–CYV celebraron el contrato n°. 2050390 para la rehabilitación de la red de drenaje del

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

caño La Caimanera y sus cuerpos de agua asociados a la Subcuenca de La Caimanera en el Departamento de Córdoba. El contratista adujo que durante la ejecución del contrato las condiciones del terreno variaron y eso generó obras adicionales –por trabajo con maquinaria en agua y actividad de «repaleo»– que impidieron obtener la utilidad proyectada. Solicitó que se liquidara el contrato con fundamento en esos sobrecostos.

## II. ANTECEDENTES

### Pretensiones

El 10 de marzo de 2008<sup>1</sup>, Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro, a través de apoderado judicial, formularon acción contractual contra el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-Fonade. La demandante formuló las siguientes pretensiones declarativas y de condena:

*2.1. Que se realice judicialmente la liquidación prevista en la cláusula décima sexta del Contrato No 2050390 del 2 de febrero de 2005, a precios unitarios, cuyo objeto es ejecutar la primera fase de la Rehabilitación de la red de drenaje del caño La Caimanera y sus cuerpos de agua asociados en la Subcuenca de la Caimanera en el Departamento de Córdoba, Grupo 03, celebrado entre el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE, de una parte y J.A. ASOCIADOS S.A. (antes J.A Asociados Ltda) y CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A (antes Constructora Yacamán Vivero Ltda.) vinculadas en consorcio en las siguientes participaciones: 50% la primera y 50% la segunda, por la otra parte.*

*2.2. Que en la liquidación de que trata la pretensión 2.1., se declare que J.A. ASOCIADOS S.A. (antes J.A Asociados Ltda) y CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A (antes Constructora Yacamán Vivero Ltda.) vinculadas en consorcio, a prorrata de la participación de cada una de ellas en éste último, tienen derecho a que FONADE les pague la suma de TRESCIENTOS CUARENTA MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SIETE PESOS CON 69/100 (\$340.672.807,69) moneda legal colombiana, por concepto de las obras adicionales realizadas y que eran imprevisibles al momento de celebrarse el contrato.*

### **Subsidiaria de las pretensiones 2.1. y 2.2.**

*Que se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE está obligado a pagar a J.A. ASOCIADOS S.A. (antes J.A Asociados Ltda) y CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A (antes Constructora Yacamán Vivero Ltda.) vinculadas en consorcio, a prorrata de la participación de cada sociedad en este último, la suma de TRESCIENTOS CUARENTA MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SIETE PESOS CON 69/100 (\$340.672.807,69) moneda legal colombiana actualizados con la variación del índice de precios al consumidor suministrado por*

<sup>1</sup> Según da cuenta el sello de radicación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, f. 10 c. 1.

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

*el DANE desde el 25 de marzo de 2006 hasta la fecha de la sentencia, e intereses a partir de dicha fecha en la forma prevenida por los Arts, 178 y 177 del Código Contencioso Administrativo, respectivamente.*

*2.3. Que, en consecuencia, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE a pagar a J.A. ASOCIADOS S.A. (antes J.A Asociados Ltda) y CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A (antes Constructora Yacamán Vivero Ltda.) vinculadas en consorcio, a prorrata de la participación de cada una de ellas en éste último, la suma de TRESCIENTOS CUARENTA MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SIETE PESOS CON 69/100 (\$340.672.807,69) moneda legal colombiana, actualizados con la variación del índice de precios al consumidor suministrado por el DANE desde el 25 de marzo de 2006 hasta la fecha de la sentencia, e intereses a partir de dicha fecha en la forma prevenida por los Arts, 178 y 177 del Código Contencioso Administrativo, respectivamente.*

*2.4. Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE en costas del proceso. (fls. 2-3 c. 1).*

## **Hechos**

En apoyo de las pretensiones, la parte actora indicó que suscribió el contrato n°. 2050390 con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-Fonade. El contrato tenía por objeto realizar la primera fase de la rehabilitación de la red de drenaje del Caño La Caimanera y sus cuerpos de agua asociados en la Subcuenca de La Caimanera en el Departamento de Córdoba. Su vigencia se pactó por un término de siete meses, pero entre prórrogas, adiciones y suspensiones, el contrato se extendió por tres meses y 14 días más, y finalmente terminó el 25 de febrero de 2006.

Expuso que su propuesta se ajustó a las especificaciones técnicas del contrato y a la visita de obra que realizó al sitio en el que se adelantaría el proyecto. Afirmó que una vez iniciado el contrato las características del terreno distaban sustancialmente de las condiciones inicialmente previstas, porque luego de que el consorcio realizó el corte de la zona de la obra, el canal quedó con una necesidad de 35 a 40 metros de ancho –muy por encima de los 25 metros previstos en los diseños iniciales– y todo el sector de canalización presentó altos niveles de agua, lo que impidió realizar los trabajos desde la orilla, tal como se consignó en la propuesta. Agregó que el aumento en el nivel del cauce se debió a la utilización de cuatro turbinas para la generación de energía en la represa de Urrá, situación que no era conocida al momento de la suscripción del contrato.

Explicó que estos cambios en las condiciones iniciales generaron dos prórrogas, una suspensión y la adición del valor inicial del contrato. Sostuvo que por las

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

dificultades en la ejecución del contrato solicitó su ampliación y el restablecimiento económico del contrato frente al alcance de los trabajos. Indicó que lo cotizado y contratado era un canal de 25 metros de ancho dentro de un caño con un cauce húmedo o seco. No obstante, a la fecha de las reclamaciones, el canal debía tener 35 a 40 metros de ancho y el consorcio debía trabajar con la maquinaria en el agua debido al alto nivel del cauce.

Puso de presente que el 14 de octubre de 2005 las partes llegaron a un acuerdo parcial en relación con las actividades adicionales realizadas en ejecución del contrato y, por ello, Fonade reconoció un ítem no previsto por concepto de mayor excavación en cauce (bajo el agua). Así las cosas, pactaron una ampliación del plazo de 30 días más y una adición del valor inicial del contrato de \$272.734.308.

Reiteró que los cambios en las condiciones iniciales del contrato, generados por el aumento del nivel del agua y las «nuevas condiciones geométricas» del caño, provocaron que la maquinaria se ubicara dentro del agua y tuviera que «repalear», lo cual, al tratarse de actividades adicionales que no estaban previstas en el contrato, conllevó a un incremento de los costos, porque el tiempo de permanencia del personal y de la maquinaria destinado a su cumplimiento se amplió. Ello fue objeto de solicitud de restablecimiento económico del contrato en reiteradas oportunidades, sin que la entidad reconociera un valor adicional. Agregó que la obra contratada y los trabajos adicionales fueron recibidos a satisfacción el 25 de marzo de 2006.

### **Contestación de la demanda**

El 27 de mayo de 2009 (fls. 102-120 c. 1), Fonade, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones. Esgrimió que el objeto de la contratación, así como las características del terreno, fueron ampliamente descritas en los términos de referencia y condiciones técnicas del contrato y conocidas por la demandante al realizar la visita de obra, por lo que no podía alegarse situaciones imprevistas y no conocidas al momento de celebrar el contrato, en especial, frente a las características físicas del terreno.

Expuso que el contratista realizó solicitudes y reclamaciones en las que adujo el desequilibrio económico del contrato, que fueron revisadas y contestadas por los funcionarios competentes y que generaron la adición en tiempo y valor a través del

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

contrato adicional n°. 01 suscrito por las partes el 14 de octubre de 2005, en el cual se adicionó el término del contrato por 30 días más y en valor por la suma de \$272.734.308. Ese acuerdo reconoció la solicitud del contratista y, por ello, se incluyó un ítem adicional no previsto consistente en la excavación dentro del agua a profundidades mayores o iguales a 60 cm de lámina de agua. Como la demanda se soporta en los mismos hechos y reclamaciones no hay lugar al reconocimiento de obras adicionales.

Agregó que tampoco se pueden reclamar mayores costos por la actividad de «repalear», toda vez que dicha actividad estuvo prevista desde el inicio y las partes suscribieron el acta de liquidación bilateral del contrato n°. 2050390 en la que expresamente se consignó que quedaban a paz y salvo por todo concepto. Explicó que con posterioridad a la presentación de la demanda, pero antes de la notificación del auto admisorio, las partes decidieron liquidar de mutuo acuerdo el contrato n°. 2050390 y los acuerdos a los que llegaron quedaron consignados en el acta del 1 de septiembre de 2008.

### **Fundamentos de la providencia recurrida**

El 17 de abril de 2012, el Tribunal Administrativo de Córdoba en la sentencia negó las pretensiones, al estimar que las partes –con posterioridad a la presentación de la demanda– llegaron a un acuerdo para zanjar las discusiones que tuvieron origen en el contrato, tal como se aprecia en el acta de liquidación bilateral del 1 de septiembre de 2008. Si bien el contratista dejó una observación, ésta se limitaba simplemente a señalar que se reservaba el derecho a realizar ante Fonade las reclamaciones del caso, producto del desarrollo y ejecución del contrato, sin que con ello se identifique la razón de ser de la inconformidad.

Sostuvo que la postura reiterada de esta Corporación ha sido no dictar sentencia favorable a los intereses del demandante cuando se suscriben actas de liquidación por mutuo acuerdo y en ellas el contratista no deja de manera expresa, clara, concreta y específica los motivos de su inconformidad. Consideró, entonces, que tratándose de una salvedad genérica no se cumplió con los requisitos establecidos para estudiar las pretensiones.

### **Recurso de apelación**

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

El demandante interpuso recurso de apelación, que fue concedido el 22 de mayo de 2012 (f. 562 c. p.pal.). Esgrimió, frente al acta de liquidación bilateral del contrato, que no podía ser tenida en cuenta para resolver las pretensiones de la demanda, toda vez que: *i)* no fue incorporada al expediente dentro del término legal, por lo cual el Tribunal no podía decretarla como prueba de oficio antes de dictar sentencia y *ii)* para la fecha de suscripción del acta de liquidación por mutuo acuerdo –1 de septiembre de 2008– las partes habían perdido la competencia para liquidar el contrato, porque habían transcurrido más de dos años desde su terminación –25 de febrero de 2006– y seis meses desde la presentación de la demanda –10 de marzo de 2008–, es decir, que para el momento de su suscripción ya había vencido el término de caducidad de la acción contractual, plazo máximo que ha establecido esta Corporación –en consonancia con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007– para que las partes liquiden el contrato.

Sostuvo que de considerarse que el acuerdo de liquidación surte efectos, no puede perderse de vista que exigir salvedades claras, concretas y específicas es una carga excesiva y que cumplió con la obligación impuesta en la ley de dejar salvedades en el acta de liquidación del contrato, respecto de sus reclamaciones. Además, aseguró que las pretensiones de la demanda no quedaron cobijadas por ese acuerdo y, por ello, no podía ser valorado como un acuerdo transaccional para efectos de la terminación anticipada del proceso.

Frente al reconocimiento de las obras adicionales reiteró que las condiciones del terreno cambiaron diametralmente de forma imprevista, lo que generó que la maquinaria se ubicara dentro del agua y tuviera que «repalear». Agregó, además, que los testimonios que se practicaron en el proceso dan cuenta del aumento en el nivel del agua y que el dictamen pericial acreditó, con base en la contabilidad del proyecto, los sobrecostos en los que incurrió para cumplir con el objeto del contrato.

### **Trámite de segunda instancia**

El 6 de septiembre de 2012, el Despacho admitió el recurso de apelación (f. 567 c. p.pal.) y, el 8 de octubre siguiente (f. 569 c. p.pal.), se corrió traslado para alegar de conclusión en segunda instancia. Las partes reiteraron lo expuesto. El Ministerio Público guardó silencio.

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **I. Presupuestos procesales**

1. Como la demanda se presentó el 10 de marzo de 2008 (f. 10 c. 1), el régimen aplicable es el Código Contencioso Administrativo –en adelante CCA–. Conforme al artículo 266 del CCA, en los procesos iniciados antes de la vigencia de ese código, los recursos interpuestos, los términos que comenzaron a correr y las notificaciones en curso, se regían por la ley vigente al momento de esas actuaciones. Por su parte, el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que empezó a regir desde el 2 de julio de 2012– prevé que las actuaciones administrativas, las demandas y procesos en curso a la vigencia de dicho código seguirían rigiéndose y culminarían conforme al régimen jurídico anterior, esto es, el CCA. Adicionalmente, conforme al artículo 267 del CCA, en los aspectos no regulados se seguiría el Código de Procedimiento Civil –en adelante CPC– en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

#### **Jurisdicción y competencia**

2. La jurisdicción administrativa conoce de las controversias derivadas de la actividad contractual de las entidades públicas, según el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006. El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 129 del CCA, según el cual resuelve los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía pues, de conformidad con el artículo 20.2 del CPC, el valor de la pretensión mayor – \$340.672.807,69 (f. 3 c. 1)– supera los 500 SMLMV exigidos por el artículo 132.5 del CCA, esto es, \$230.750.000<sup>2</sup>.

#### **Acción procedente**

---

<sup>2</sup> Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2008, \$461.500, por 500.

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

3. La acción de controversias contractuales es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando se alegan perjuicios originados de una relación contractual (arts. 1546 y 1602 del CC y 87 del CCA).

### **Demanda en tiempo**

4. El artículo 136.10 del CCA dispone que la demanda se puede intentar a más tardar dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, por lo cual, en este caso, se debe realizar el cómputo a partir del día siguiente a aquél en el que feneció el plazo para liquidar bilateralmente el contrato según lo pactado, en la medida en que la entidad no estaba habilitada legal ni contractualmente para liquidarlo unilateralmente, dado el régimen del contrato que se expondrá adelante [núm. 11].

Las partes pactaron en la cláusula decimosexta del contrato n.º 2050390 de 2005 que este se liquidaría de mutuo acuerdo dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación (fls. 18-24 c. 1). El plazo de ejecución del contrato –el cual se pactó en un total de 9 meses y 15 días contados a partir de la suscripción del acta de inicio, de conformidad con las prórrogas y suspensiones suscritas por las partes– transcurrió entre el 11 de abril de 2005, fecha de suscripción del acta de inicio (f. 30 c. 1), y el 25 de febrero de 2006, según da cuenta el acta n.º 1 del recibo final de las obras (f. 31 c. 1). Entre el 26 de febrero de 2006 y el 26 de junio siguiente corrió el plazo convenido para liquidar bilateralmente el contrato, esto es, los cuatro meses acordados en la cláusula decimosexta del contrato n.º 2050390 de 2006.

En consecuencia, de conformidad con lo expresado previamente, el término de caducidad comenzó a correr a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo pactado por las partes para concertar la liquidación, es decir, a partir del 27 de junio de 2006, por lo cual feneció el 27 de junio de 2008; como la demanda se presentó el 10 de marzo de ese año (f. 10 c. 1), se concluye que la demanda se interpuso en tiempo.

### **Legitimación en la causa**

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

5. Constructora Yacaman Vivero S.A. y J.A. Asociados S.A., como integrantes del consorcio J.A. Asociados Ltda-CYV<sup>3</sup>, están legitimados en la causa por activa y Fonade por pasiva, porque fueron las partes del contrato n.º 2050390, cuyo objeto fue la ejecución de la primera fase de la rehabilitación de la red de drenaje del Caño La Caimanera y sus cuerpos de agua asociados en la Subcuenca de La Caimanera en el Departamento de Córdoba.

## **II. Problema jurídico**

Corresponde a la Sala determinar si procede reconocer los perjuicios alegados por obras adicionales en un contrato, cuando las partes, durante el trámite del proceso, llegaron a un acuerdo de paz y salvo.

### **Análisis de la Sala**

6. Como la sentencia fue recurrida por la parte demandante, la Sala estudiará el asunto de conformidad con el artículo 357 del CPC.

7. Las copias simples serán valoradas, porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación, consideró que tenían mérito probatorio<sup>4</sup>.

8. El Tribunal decretó de oficio la copia auténtica del acta de liquidación bilateral del contrato n.º. 2050390 de 2006 para resolver el fondo de la controversia, porque en la demanda se pidió la liquidación judicial del contrato (fls. 518-519 c. 1). El recurrente esgrimió que no podía ser valorada dentro del proceso, porque fue incorporada al expediente a través de un auto de mejor proveer por fuera de la etapa probatoria. Como estando el proceso para fallo el juez puede disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos, de conformidad con el último inciso del artículo 169 del CCA, el acta de liquidación bilateral del contrato n.º. 2050390 será valorada, porque tiene mérito probatorio, con lo cual se descarta el primer argumento de la apelación.

### **El régimen jurídico del contrato**

---

<sup>3</sup> Según da cuenta el acto de constitución del consorcio, fls. 226-227 c. 1.

<sup>4</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022 [fundamento jurídico 1].

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

9. El régimen de contratación de Fonade –vigente al momento en que se suscribió el contrato n.º. 2050390 de 2006– era el previsto en el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, antes de la reforma del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007. Este parágrafo establecía que, sin perjuicio de lo dispuesto en esa ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebraran las entidades financieras de carácter estatal, que correspondieran al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no se sujetarían a las disposiciones de la Ley 80 y se regirían por las normas aplicables a dichas actividades.

Para definir si los contratos cumplían con el segundo presupuesto, correspondía determinar si eran del giro ordinario de las actividades propias del objeto social de la entidad financiera. El «giro ordinario» hace referencia a las actividades realizadas en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales establecidas en la ley. También a aquellas que, aunque no están relacionadas directamente con el objeto, son conexas o necesarias para su desarrollo<sup>5</sup>.

Las funciones del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-Fonade –que demarcan el «giro ordinario» de sus actividades– fueron previstas inicialmente en el artículo 2 del Decreto 2168 de 1992, según el cual, la entidad tendría «por objeto principal ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo». Esta disposición fue reglamentada por el artículo 1 del Decreto 2606 de 1998 que estableció que el ciclo de proyectos comprendía las etapas de preparación, ejecución y evaluación.

Posteriormente, a través del Decreto 288 de 2004 –vigente a la fecha de celebración del contrato n.º 2050390– se amplió el objeto de Fonade. Los artículos 1 y 2 del Decreto 288 de 2004, en concordancia con el artículo 286 del EOSF, establecían que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-Fonade era una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia. En desarrollo de su objeto, Fonade podía promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales y celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos (arts. 3.1 y 3.6 Decreto 288 de 2004).

---

<sup>5</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, Rad. 11575 [fundamento jurídico 3.1 y 3.3].

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

**10.** El convenio n°. 194050, suscrito entre Fonade y la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú-CVS, tenía por objeto realizar la gerencia integral de los proyectos de la primera fase del proyecto de rehabilitación del margen izquierdo del Río Sinú. Una de las obligaciones que asumió Fonade en el marco del referido convenio fue «celebrar los convenios y/o contratos que resulten necesarios para la ejecución del objeto del convenio» (f. 18 c. 1). Con ese fin, la entidad adelantó el proceso de selección IPG-783-194050 para contratar una empresa que se encargara de ejecutar la primera fase de rehabilitación de la red de drenaje del Caño la Caimanera.

Fonade –en virtud del convenio n°. 194050 suscrito con la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú-CVS– celebró el contrato n.º 2050390 para realizar la primera fase de la rehabilitación de la red de drenaje del Caño La Caimanera y sus cuerpos de agua asociados en la Subcuenca de La Caimanera en el Departamento de Córdoba. Ese contrato se enmarcó en la etapa de ejecución del proyecto de rehabilitación del margen izquierdo del Río Sinú, en el que la entidad actuó como gerente integral del proyecto, tal como se pactó en el convenio y, como según lo previsto en el Decreto 288 de 2004, podía hacerlo en desarrollo de su objeto social, ya que celebró el contrato n.º 2050390 en ejercicio de sus funciones de «promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales» –en este caso, los recursos del convenio n°. 194050 suscrito con la CVS– y «administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos» (art. 3 del Decreto 288 de 2004).

En conclusión, ese contrato –sobre el que recaen las pretensiones de la demanda– estuvo ligado a su actividad de celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos, lo cual se encuentra dentro del giro ordinario de los negocios del demandado. Como el parágrafo del artículo 32 –antes de la modificación de la Ley 1150 de 2007– estaba vigente cuando Fonade suscribió el contrato –2 de febrero de 2005– y este se inició para desarrollar su objeto social, el régimen jurídico del contrato era el derecho privado<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Valga precisar que esta Corporación ha sostenido que los contratos celebrados por Fonade en la misma época, es decir, en vigencia del parágrafo 32 de la Ley 80 de 1993 -antes de la modificación de la Ley 1150 de 2007-, para desarrollar su objeto social, se rigen por el derecho privado. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de febrero de 2021, rad. n°. 56.178 [fundamento jurídico 1];

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

## **La Liquidación en los contratos que se rigen exclusivamente por el derecho privado**

**11.** La demandante, en el recurso de apelación, esgrimió que las partes habían perdido la «competencia» para liquidar el contrato de mutuo acuerdo, debido a que operó la caducidad de la acción contractual y se vencieron los términos previstos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

**12.** El estatuto general de contratación regula particularmente cinco materias propias del régimen de la contratación: *i)* capacidad: dentro de la cual están las inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, los consorcios y uniones temporales –que pueden celebrar contratos sin ser personas jurídicas– y el registro único de proponentes; *ii)* la selección objetiva, que abarca los procedimientos de selección de contratistas; *iii)* el perfeccionamiento y la forma del contrato, la urgencia manifiesta y algunos tipos de contratos; *iv)* algunos aspectos relativos a su ejecución como el manejo de riesgo, la ecuación contractual y las denominadas potestades excepcionales y *v)* la liquidación del contrato y la solución de controversias. En lo demás, la Ley 80 de 1993 prescribe que, por regla general, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de ese estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes (arts. 13, 23, 28, 32, 40, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 y art. 2 del CC).

En cuanto a la oportunidad para liquidar el contrato, en vigencia del Decreto 222 de 1983, esta Corporación sostuvo, ante la falta de regulación legal, que un término plausible para la liquidación del contrato era seis meses; cuatro para la liquidación de mutuo acuerdo y dos para la liquidación unilateral por parte de la entidad estatal<sup>7</sup>. Con la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993 y frente a la liquidación bilateral, el artículo 60 definió el plazo de 4 meses para que las partes suscribieran el acuerdo, en defecto de regulación en el contrato. Esta Sección señaló que, ante la ausencia de plazo para liquidación unilateral en esa norma,

---

Subsección C, sentencia de 8 de octubre de 2021, rad. n°. 36.320 [fundamento jurídico 4] y Subsección A, sentencia del 23 de octubre de 2020, rad. n°. 41.277 [fundamento jurídico 3.3.1.2].

<sup>7</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 1988, rad. n°. 3615 [fundamento jurídico 2] y sentencia del 11 de diciembre de 1989, rad. n°. 5334 [fundamento jurídico 1].

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

procedería dentro de los dos meses siguientes<sup>8</sup>. Posteriormente, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 –que modificó el artículo 136.10.d del CCA– acogió la tesis jurisprudencial de la Sala y estableció de manera expresa que la Administración contaba con el término de dos meses para liquidar unilateralmente el contrato.

La problemática surgió ante la no liquidación del contrato en esos plazos, frente a lo cual se plantearon varias soluciones. En un primer momento se acogió el criterio según el cual, era posible la liquidación aun cuando se hubiesen cumplido los plazos contractuales y legales correspondientes, siempre y cuando no se hubiera notificado el auto admisorio de la demanda<sup>9</sup>. Con posterioridad, la Sala de Consulta y Servicio Civil se apartó del anterior criterio y sostuvo que los plazos establecidos en la legislación para la liquidación unilateral eran de carácter perentorio y preclusivo, lineamiento que fue acogido luego por la Sección Tercera<sup>10</sup>. Ante la discusión de los términos aplicables a la liquidación del contrato, en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 –que modificó la Ley 80 de 1993– se dispuso que la misma se podría realizar, bilateral o unilateralmente, hasta antes de que caduque el medio de control de controversias contractuales. Así, de acuerdo con esta norma, si vencido el plazo de los dos meses para la liquidación unilateral esta no se ha producido, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes, que es el término previsto para que opere la caducidad de ese medio de control.

**13.** Las consecuencias jurídicas de la aplicación exclusiva del derecho privado a los contratos que celebran determinadas entidades públicas no se circunscriben al ámbito de la celebración y ejecución del contrato, sino que, también, conciernen a los actos de las partes, encaminados a su liquidación. De ahí que cuando la ley remite a otros regímenes, dicha regulación no puede limitarse a la fase de ejecución contractual.

La remisión al derecho privado excluye la aplicación del derecho público, salvo en aquellos casos puntuales previstos en la ley en los que se entiende pueden

---

<sup>8</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 1995, rad. n.º. 8126 [fundamento jurídico 1].

<sup>9</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de junio de 2000, rad. n.º. 12.723 [fundamento jurídico 1] y sentencia de 16 de agosto de 2011, rad. n.º. 14.384 [fundamento jurídico 3].

<sup>10</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, rad. n.º. 15.239 [fundamento jurídico 1].

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

preferirse actos administrativos<sup>11</sup>. Por ejemplo, una de esas prerrogativas que –por regla general– no pueden ser adoptadas en el marco de las relaciones contractuales sometidas al derecho privado es la liquidación unilateral del contrato (artículo 61 de la Ley 80 de 1993), toda vez que ella refleja el poder de imperio del Estado, la cual se inspira en la necesidad de proteger de manera efectiva el patrimonio público y, por lo mismo, el interés general<sup>12</sup>. Se trata de una competencia sometida al principio de legalidad, mediante la cual se faculta a la entidad contratante a liquidar unilateralmente el contrato, con efectos de dejar a paz y salvo a las partes en todo aquello que se deriva de su relación. Por ello, no puede ser ejercida en los términos en los que la regula el Estatuto de Contratación Pública, por entidades que no han sido facultadas, al ser excluidas de sus disposiciones. Tampoco podrán hacerse exigibles a los contratos que se rigen exclusivamente por el derecho privado, las reglas sobre los tiempos en los cuales deben preferirse la liquidación unilateral o bilateral, contenidas en el Estatuto de Contratación Pública, porque expresamente se trata de una regulación concebida para los negocios jurídicos sometidos a ese régimen particular.

**14.** En la liquidación bilateral de los contratos regidos por el derecho privado, las partes suelen establecer si hay obligaciones pendientes, los saldos en favor y en contra y declarar que están a paz y salvo. La liquidación es un ajuste de cuentas para que las partes del negocio jurídico puedan finiquitar –definir quién debe a quién y cuánto–. Como negocio jurídico sujeto al derecho privado, las partes podrán suscribir este tipo de acuerdos incluso por fuera del término de caducidad de la acción respectiva, toda vez que nada se opone a que obligaciones

---

<sup>11</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 23 de septiembre de 1997, rad. S-701 [fundamento jurídico a, b y f]; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 20 de febrero de 2017, rad 56.562 [fundamento jurídico 1]; sentencia de 8 de junio de 2018, rad. 38.120 [fundamento jurídico 3.6]; sentencia de 30 de septiembre de 2019, Rad. 43.036 [fundamento jurídico 3.4.1] y Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 3 de septiembre de 2020, Rad. 42.003 [fundamento jurídico 61].

<sup>12</sup> O por lo menos no frecuentes en el derecho privado, aunque cada vez más: “Finalmente, están las famosas prerrogativas de poder público, las cláusulas exorbitantes estrictamente tales, las que, según pretende la doctrina francesa, harían normalmente ilícito un contrato civil si se llegasen a insertar en él. Hay que decir, por de pronto, que estas cláusulas en ‘este sentido estricto de imposibles en el contrato civil, son mucho menos habituales de lo que ha pretendido la doctrina substantivadora del contrato administrativo. En el estudio analítico de VEDEL (45) se afirma que la gran mayoría de las llamadas cláusulas exorbitantes ‘está constituida por estipulaciones que no resultarían afectadas por ninguna imposibilidad, por ninguna ilicitud en el contrato privado, sino que son sólo en éste desacomodadas y por ello poco verosímiles’, tesis que ha confirmado DE LAUBADÉRE (46) y últimamente ya la generalidad de la doctrina (47). Con esto se están refiriendo a que lo normal son las cláusulas que hemos identificado en los tres párrafos anteriores. ¿Cuáles son, sin embargo, estas cláusulas exorbitantes extremas que sólo podrían darse en el Derecho administrativo contractual? Hay sobre esto también un gran equívoco, y conviene por eso acercarse al tema con una cuidadosa atención”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO”, págs. 121 y 122.

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

naturales<sup>13</sup>, es decir, que carecen de la posibilidad de reclamación en sede judicial, sean reconocidas por las partes del contrato. Este tipo de acuerdos serán ley para las partes (art. 1602 del CC) y, cuando terminen extrajudicialmente un litigio pendiente o precavan un litigio eventual, tendrán una naturaleza de transacción (art. 2469 del CC), es decir, producirá efectos de cosa juzgada en última instancia (art. 2483 del CC).

**15.** En la cláusula decimosexta (f. 23-24 c. 1) las partes estipularon que:

**LIQUIDACIÓN:** *El presente contrato se liquidará por parte de FONADE dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación, mediante acta firmada de común acuerdo por las partes contratantes, que contendrá un balance sobre la ejecución del contrato y los pagos realizados al CONTRATISTA y los acuerdos a que lleguen las partes sobre la ejecución del contrato.*

En línea con lo expuesto, como el contrato n°. 2050390 no se rige por la Ley 80 de 1993 y las posteriores que la han modificado, no hay lugar a aplicar las disposiciones de ese estatuto frente a los plazos de liquidación del contrato ni respecto de las limitaciones en el tiempo dentro del cual dicha liquidación debe tener lugar. Tampoco, del sentido literal de la cláusula es posible determinar que las partes, para los efectos de la liquidación del contrato, se sujetaron a lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, o estipularon una prohibición frente a la liquidación por fuera del término de los cuatro meses, ni tampoco establecieron que el contrato no podría liquidarse si había operado el término de caducidad de la acción contractual, reglas que, se reitera, solo son aplicables a los contratos a los que se aplica esa normativa.

En estas condiciones, los reparos formulados por la recurrente frente a la fecha de suscripción del acta de liquidación y la pérdida de la «competencia» para liquidar bilateralmente el contrato no tienen vocación de prosperidad. Su estudio, se reitera, se debe limitar a las reglas del derecho privado que rigen el contrato. La liquidación bilateral es un negocio jurídico válido y, por lo mismo, con fuerza vinculante (art. 1602 CC), que refleja la voluntad de los contratantes, al definir quién, qué y cuánto deben. Por ello, si la voluntad se emitió libre y exenta de

---

<sup>13</sup> En consonancia con las definiciones del artículo 1527 del CC, *la diferencia específica entre las obligaciones meramente naturales y las civiles radica en que el acreedor de la primera no tiene derecho de exigir el pago, en tanto que el acreedor de la segunda si tiene derecho. Pero los dos tipos de obligaciones no se distinguen desde el punto de vista del deudor: en ambas, este debe jurídicamente el objeto pactado; no queda libre sino mediante el pago u otro medio de extinción equivalente, y cuando paga, paga lo que debe, sin poder recuperar lo que pagó.* Ricardo Uribe Holguín, De las obligaciones y de los contratos en general, 1982, pág. 19.

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

vicios, conforme a la ley, tiene plenos efectos.

### **Salvedades a la liquidación bilateral del contrato en régimen de derecho privado**

16. En la sentencia de primera instancia el Tribunal consideró que la parte demandante no identificó la razón de su inconformidad frente al acta de liquidación bilateral, porque dejó consignada una «salvedad genérica». Por ese motivo no había lugar a la procedencia de las pretensiones de la demanda. En el recurso de apelación, la demandante estimó que la especificidad de las salvedades era una carga excesiva que no estaba prevista en la ley y que, en todo caso, cumplió con el deber de dejar «salvedades» en el acta de liquidación del contrato.

17. Sobre la exigencia de salvedades concretas y específicas, esta Corporación ha sostenido que, en los contratos a los que son aplicables las reglas de la Ley 80 de 1993, para que puedan ser acogidas las pretensiones contractuales elevadas por alguna de las partes luego de la liquidación bilateral del contrato, el interesado debe haber formulado salvedades –concretas y específicas– en el acta de liquidación, con el fin de determinar las razones de su inconformidad<sup>14</sup>. Ello es así, porque es la misma Ley 80 de 1993, en el artículo 60, la que establece el efecto de la decisión de las partes de declarar terminada su relación contractual a paz y salvo.

No obstante, tratándose del acta de liquidación bilateral de un contrato que se rige por el derecho privado, más allá de la naturaleza de las «salvedades» –específicas o genéricas–, el juez deberá determinar en cada caso si las partes pretendieron, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, regular los asuntos cuya reclamación se le formula y declararse a paz y salvo por todas aquellas situaciones que pudieran derivarse de la relación contractual.

Corresponde al juez dilucidar, en cada situación, cuál fue el entendimiento entre las partes y su alcance, conforme a las pautas de interpretación de los contratos, las normas supletorias asociadas a los tipos contractuales en las leyes civiles y comerciales, así como el cumplimiento de buena fe del contrato. De acuerdo con estas directrices, determinará si las partes pretendían regular, mediante dicho

---

<sup>14</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de octubre de 1980, Rad. 1960 [fundamento jurídico f] y sentencia de 16 de febrero de 2011, rad. n°. 11689, [fundamento jurídico 20].

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

acuerdo, los asuntos objeto de la reclamación y los términos de dicha regulación. En consecuencia, la acción contractual se limitará a aquellos aspectos sobre los cuales no se llegó a un acuerdo al momento de suscribir la liquidación del contrato.

En definitiva, el hecho de que no se incluyan salvedades concretas en el acta de liquidación bilateral de un contrato que se rige por el derecho privado no releva al juez de establecer si lo que se reclama con la demanda quedó sometido al acuerdo de voluntades en el que las partes se declararon a paz y salvo frente a la ejecución del contrato. Para ello, podrá analizar cuál fue el motivo que indujo la suscripción de dicho acuerdo y el contenido de los arreglos que las partes alcanzaron durante la ejecución del contrato –como prorrogas, adiciones o suspensiones–, contrastándolo con los hechos que sirven de causa a las pretensiones y con el objeto de estas. Con base en estos elementos y de cara a las estipulaciones de los contratantes, habrá de definirse si las pretensiones resultan improcedentes, ya porque desconocen el contenido de un negocio jurídico obligatorio en el que se regularon los asuntos objeto de la reclamación, o porque quien demanda debe soportar los efectos de la ocurrencia de los hechos que motivaron la suscripción de las prórrogas y suspensiones.

**18.** Preciado lo anterior, se aprecia que el 1 de septiembre de 2008, Fonade y el consorcio J.A. Asociados Ltda.-CYV suscribieron el acta de liquidación bilateral del contrato n°. 2050390 (fls. 145-147 c.1), según la cual, el valor a cancelar por Fonade al contratista era de \$0.00. En el documento, estipularon que aceptaban dicha liquidación y se liberaban mutuamente de cualquier obligación derivada del contrato. Fundamentaron el acuerdo en el acta de recibo final de las obras y el balance financiero del contrato. El contratista, no obstante, consignó una «salvedad» en los siguientes términos:

*La firma contratista CONSORCIO JA ASOCIADOS LTDA-CYV, deja constancia de que se reserva el derecho de presentar ante FONADE las reclamaciones que considere pertinentes, producto de la ejecución y desarrollo del contrato que mediante el presente documento (sic) se liquida. (f. 147 c. 1).*

**19.** Para la interpretación del contrato, el juez debe seguir ante todo el criterio sentado por el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

palabras. Esta regla tiene plena aplicación cuando conste de manera inequívoca que la intención de las partes es distinta de lo que expresaron los términos del contrato y supone que, aun siendo claro en el sentido lingüístico y literal, ante una divergencia el juez debe precisar e indagar la recíproca intención de las partes, según las circunstancias del negocio jurídico<sup>15</sup>. La labor del juez no se orienta, por supuesto, a enervar, reemplazar o suplantar a las partes<sup>16</sup>, ni a adulterar sus estipulaciones, sino más bien a la consecución reflexiva del sentido de una estipulación<sup>17</sup>. En tal sentido, no solo al interpretar el contrato, sino sus acuerdos modificatorios, debe precisar la finalidad común de las partes, con el fin de determinar el resultado específico perseguido por ellas, de acuerdo con su contenido, alcance, utilidad y función<sup>18</sup>.

**20.** Del sentido literal del acta, dada la brevedad del documento, no es posible determinar de manera clara e inequívoca si lo que reclama la demandante por obras adicionales –trabajo con maquinaria en agua y actividad de «repaleo»– quedó cobijado por el acuerdo. Por el contrario, los términos del acta son confusos, en la medida en que, si bien se indica que las partes se declaran a paz y salvo frente a las obligaciones derivadas del contrato, a renglón seguido refiere al derecho en cabeza del contratista de realizar las reclamaciones que considere ante Fonade.

Dadas las características de un acta de liquidación bilateral así concebida, no es posible establecer, a partir de ese único documento, que las partes hayan llegado a un acuerdo respecto de las pretensiones de la demanda, debido a que no se tiene certeza del alcance que pretendieron otorgarle, toda vez que se desconocen los antecedentes de cómo llegaron las partes al acuerdo de liquidación y en el mismo se aprecian declaraciones de voluntad contradictorias. En efecto, a pesar de la declaración a «paz y salvo», la misma resulta contra decida por la voluntad del contratista de dejar abierta las reclamaciones producto de la ejecución del contrato.

Por lo demás, de los antecedentes que tuvieron en cuenta las partes, esto es, el

---

<sup>15</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de noviembre de 2020, Rad. 11001-31-03-019-2011-00361-01 [fundamento jurídico C.1].

<sup>16</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de febrero de 2008, Rad. 2001-06915-01 [fundamento jurídico 2].

<sup>17</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de febrero de 2000, Rad. 5577 [fundamento jurídico 1].

<sup>18</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1 de agosto de 2002, Rad. 6907 [fundamento jurídico 1].

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

acta de recibo final de las obras y el balance financiero del contrato, no puede concluirse que las partes hubieran zanjado expresamente la reclamación por la ejecución de obras bajo el agua ni, mucho menos, que allí cuantificaran la reclamación por la actividad de «repaleo», sobre la cual se discute si estuvo cobijada o no por el objeto del contrato.

En esa medida, es forzoso concluir que los asuntos frente a los cuales el acuerdo bilateral de liquidación no produjo efectos de paz y salvo se centraron en: *i)* el trabajo con maquinaria en agua y *ii)* la actividad de «repaleo», por lo que su reconocimiento deberá ser analizado a partir de la conducta contractual de las partes (1621 del CC), en particular, a partir del objeto del contrato, las circunstancias que influyeron en su celebración y los acuerdos a los que llegaron durante su ejecución.

**21.** En estos términos, en primer lugar, la Sala analizará el alcance de lo acordado por las partes, durante la ejecución del contrato, frente a los perjuicios relativos al aumento en el nivel del agua, en la medida en que la apelación insistió en esos costos. En segundo lugar, la Sala estudiará la pretensión relativa a la actividad de «repaleo» y deberá determinar si, como lo sostuvo Fonade, se trata de una actividad que estaba prevista en el contrato.

### **Las reclamaciones por el aumento del nivel del cauce y los acuerdos de las partes durante la ejecución del contrato**

**22.** Las partes celebraron el contrato n°. 2050390 el 8 de marzo de 2005 en el cual acordaron lo siguiente:

***CLAUSULA PRIMERA-OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete a realizar la primera fase de la Rehabilitación de la red de drenaje del caño La Caimanera y sus cuerpos de agua asociados en la Subcuenca de La Caimanera en el Departamento de Córdoba, Grupo 03, de conformidad con lo señalado en las Reglas de Participación y la oferta, documentos que hacen parte integrante del presente contrato. (f. 19 c. 1).***

En la cláusula segunda del contrato pactaron la suma de \$1.089.789.577 y en la cláusula cuarta se acordó que el plazo de duración sería de siete meses contados desde la firma del acta de inicio (f. 20 c. 1).

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

**23.** El 9 de agosto de 2005, las partes prorrogaron el plazo de ejecución del contrato, el cual estaba previsto para siete meses, por 45 días más. El fundamento de la prórroga fue el poco avance del contratista en la actividad de excavación (f. 198 c. 1).

Frente a esta ampliación en el plazo de entrega de la obra se aprecia que la intención de las partes, conforme a lo consignado expresamente en el otrosí, no fue regular específicamente el asunto derivado del aumento en el nivel del cauce. El acuerdo se limitó a ampliar el plazo para el cumplimiento de la obligación en 45 días más, por lo cual no tuvo efectos en las pretensiones de la demanda.

**24.** El 14 de octubre de 2005, mediante lo que denominaron «adición 01 y prórroga 02», las partes, en la cláusula primera, ampliaron el plazo del contrato en 30 días más, es decir, para un total de 9 meses y 15 días. En la cláusula segunda adicionaron el valor inicial del contrato en \$272.734.308 y agregaron un ítem adicional no previsto, por concepto de 75.000 m<sup>3</sup>, que denominaron «excavación dentro del agua a profundidades mayores o iguales a 60 cm de lámina de agua y apile en los hombros del canal, incluye verificación topográfica de las secciones y pendientes de taludes y de fondo a lo largo del cauce». Las razones de la adición en precio y del reconocimiento del ítem adicional fueron las siguientes:

*Que en Acta No. 08 del Comité Operativo del convenio, celebrado el 08 de septiembre del 2005, se estableció que a la fecha el avance físico del contratista del Grupo 03 en la actividad de excavación es de 112.000,00 m<sup>3</sup> lo que representa aproximadamente al 38% de las cantidades contratadas. El rendimiento obtenido obedece a las condiciones desfavorables que se han presentado en la ejecución del contrato como consecuencia del elevado nivel de la lámina de agua dentro del caño (aproximadamente 1.5 mts de altura de agua); dichas condiciones se han mantenido desde el inicio del contrato y a lo largo del tramo donde se están realizando los trabajos (...) la imposibilidad de colocar la maquinaria sobre las márgenes del caño así como la altura de la lámina de agua, han conducido a desarrollar el trabajo ubicando las retroexcavadoras dentro del agua para adelantar el proceso de excavación (...) g.) De igual manera, los altos niveles del cauce se suman a la imposibilidad de excavar con pala-dragas o buldózers, equipos de la tipología utilizados para movimientos de tierra e igualmente, solicitados en los términos referencia, en razón a no tener el piso apropiado para la ubicación y soporte de los mismos por ende siendo imposible el desarrollo de los trabajos por esta clase de equipos. En estas condiciones se ha hecho necesario el trabajo de excavación mediante retroexcavadoras dentro del agua, operando a altos niveles de la lámina de agua cómo única posibilidad para adelantar las labores en las condiciones actuales (...). (f. 28 c. 1).*

Por lo demás, las partes acordaron que el resto cláusulas del contrato principal continuarían vigentes (tercera) y regularon los aspectos relativos a las garantías

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

(cuarta) y al perfeccionamiento del contrato (quinta).

**25.** Como antecedentes de este acuerdo, se tienen las solicitudes que elevó el contratista el 5 de julio, 3 y 26 de agosto de 2005, en las que pidió que se reconociera el aumento de costos que generaba realizar las excavaciones con la maquinaria dentro del agua (fls. 48-55 c.1). Frente a esas solicitudes, el 15 de septiembre de 2005 (fls. 284-286 c. 4), el director de interventoría respondió que consideraba procedente la reclamación del contratista en los términos de reconsiderar el precio correspondiente a la excavación bajo el agua, con la maquinaria dentro del agua, conforme al análisis de precios unitarios presentado por el contratista. La pertinencia de la reclamación fue explicada de la siguiente manera:

*Los hechos sucedidos corresponden a la sumatoria de varias causas producidas por eventos sobrevivientes como son los altos niveles de agua en el caño a rehabilitar, que se originan fundamentalmente por la operación de la represa de Urrá, lo cual ha mantenido una generación de energía con cuatro (4) turbinas que aportan quinientos metros cúbicos (500 m<sup>3</sup>) diarios al caudal y a los niveles del río Sinú y por ende se presenta un represamiento en los niveles de Caño Viejo en las zonas de operación de excavación del grupo No. 3. Este hecho sobreviviente a las condiciones de excavación expresadas en los términos de referencia corresponde a un evento imprevisto y ajeno a la voluntad de las partes contratantes que dificulta grandemente las labores de excavación, pues deben realizarse bajo el agua; sin embargo, por si solo e individualmente no es la causa de la gran dificultad y bajos rendimientos en la excavación planteada (...). En estas condiciones, dada la morfología de Caño Viejo en el sector de trabajo del grupo No. 3, se ha hecho necesario el trabajo de excavación mediante retroexcavadoras que han operado dentro del agua, situación que es la que realmente agrava aún más el proceso de excavación. Esta condición de operación de la maquinaria se ha dado exclusivamente en el Grupo No. 3, como quiera que la excavación en los otros grupos haya sido igualmente bajo agua (condición establecida en los Términos de Referencia- excavación seca o húmeda). La diferencia estriba en el sitio donde se opera la maquinaria, como se observa en los registros fotográficos de los tres grupos. En los grupos uno y dos las retroexcavadoras y las palas excavan el material bajo el agua estando el cuerpo de la maquinaria por fuera del agua. En el grupo No. 3 las retroexcavadoras excavan el material bajo el agua estando el cuerpo de la maquinaria dentro del agua. 2. En cuanto a la onerosidad, el contratista demuestra conforme al análisis unitario presentado con los rendimientos obtenidos, los costos de alquiler de maquinaria y los costos de operación, que esta condición de excavación bajo el agua y con la maquinaria dentro del agua es deficitaria referida a los análisis unitarios inicialmente planteados (...).*

El 25 de octubre de 2006, en comunicación dirigida a Fonade el consorcio explicó que el contrato adicional n°. 1 se debió a las características del lugar durante la ejecución de las obras, toda vez que las excavaciones se tuvieron que realizar sobre una lámina de agua igual o superior a 60 cm., factor que cambió notablemente los rendimientos y, por ello, fue reconocido un ítem adicional no

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

previsto.

En las consideraciones del acuerdo, las partes expusieron las razones que tuvieron en cuenta para la firma del contrato adicional del 14 de octubre de 2005. Indicaron, expresamente, que el motivo por el cual resultaba necesario una adición al valor inicial del contrato, correspondió a que para ese momento resultaba claro que las obligaciones del contratista se habían hecho más onerosas por el aumento del nivel del cauce –debido al uso de turbinas para la generación de energía en la represa de Urrá–, porque fue necesario ubicar la maquinaria dentro del agua para realizar las excavaciones y, por ello, la prevista en las especificaciones técnicas del contrato no servía.

No solo en los antecedentes de este acuerdo se señaló que el mismo tenía origen en el aumento del nivel del cauce y la necesidad de hacer los trabajos con la maquinaria dentro del agua, sino que las partes en el clausulado regularon expresamente las dos circunstancias que se derivan del mismo. Por una parte, el plazo que fue ampliado en 30 días (cláusula primera) y, por otra, los efectos económicos, debido a que se adicionó el valor inicial del contrato por concepto de un ítem no previsto «excavación dentro de agua a profundidades mayores o iguales a 60 cm de lámina de agua y apile en los hombros del canal» (cláusula segunda).

**26.** Conforme a los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, los tratos preliminares no son intrascendentes, dado que, formado el contrato, lo integran y orientan su interpretación. Los tratos y conversaciones preliminares encaminados a la producción del consentimiento son parte integral de este y su importancia se traduce en servir de medios para desentrañar la intención de las partes<sup>19</sup>. En los tratos previos al contrato «adición 01 y prórroga 02», las partes discutieron los sobrecostos por el aumento del nivel del cauce, porque la demandante expresamente puso de presente la situación en tres comunicaciones diferentes –5 de julio, 3 y 26 de agosto de 2005– y la entidad admitió esas reclamaciones, en efecto, en oficio del 15 de septiembre de 2005, según lo relatado en los antecedentes del acuerdo, analizó las reclamaciones del consorcio. Esas discusiones fueron determinantes en la suscripción de la modificación al contrato.

---

<sup>19</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de junio de 1989, Rad. S-233 [fundamento jurídico 1].

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

**27.** Además, adquiere mayor relevancia la declaración libre del consorcio en la comunicación del 25 de octubre de 2006 (fls. 65-68 c. 1), en la cual expresó que «esta actividad –excavación dentro del agua– fue reconocida a su debido tiempo o también se estaría haciendo su respectiva reclamación» (fls. 66-67 c. 1). Por otra parte, valga precisar que los sobrecostos por el aumento del caudal no se produjeron con posterioridad a este acuerdo. Por el contrario, los costos por el aumento del caudal y el «desequilibrio económico» fueron advertidos con anterioridad, toda vez que desde el 5 de julio de 2005 –fecha del primer oficio en el que reclamó el desequilibrio por el aumento del caudal– expresamente se refirió a esta circunstancia. De manera que su ocurrencia y efectos fueron anteriores al acuerdo del 14 de octubre de 2005.

**28.** Así las cosas, analizadas las pretensiones de la demanda y al contrastarlas con toda la génesis del contrato «adición 01 y prórroga 02», se concluye que las partes, incluso antes de la suscripción del acta bilateral de liquidación, regularon expresamente una parte de las reclamaciones por los sobrecostos ocasionados por situaciones imprevistas: la relativa al aumento del nivel del cauce y que provocó las excavaciones con la maquinaria dentro del agua. El mencionado contrato adicional tuvo su origen en las reclamaciones que hasta esa fecha había formulado el contratista. Además, no se limitó a una prórroga del plazo, sino que resolvió en su integridad este aspecto, en la medida en que reconocieron un ítem no previsto y adicionaron el valor inicial del contrato en \$272.734.308.

**29.** El artículo 1494 del Código Civil dispone que el concurso real de las voluntades de dos o más personas es fuente de obligaciones. A su vez, de conformidad con el artículo 1602, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. En esta misma línea, el artículo 864 del Código de Comercio establece que el contrato también puede tener como efecto regularlas o extinguirlas. Por ello, los acuerdos posteriores de las partes, mediante los cuales se regulan aspectos relativos a la ejecución del contrato son expresión genuina de la autonomía de la voluntad y son verdaderos negocios jurídicos. Los acuerdos posteriores son también expresión de la libertad contractual, de esa autonomía comercial para regular aspectos de la ejecución del contrato, para facilitar su cumplimiento, precisar el objeto, ampliar el plazo, desistir de ciertas reclamaciones o adoptar decisiones transaccionales.

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

**30.** Como los efectos del denominado por las partes «adición 01 y prorroga 02» al contrato n°. 2050390 de 2005 se extendieron a regular parte de los aspectos que fueron demandados, porque en este se expresó de forma explícita la intención de resolver el conflicto que ahora se estudia, las pretensiones relativas a los perjuicios por el aumento del nivel del cauce durante la ejecución del contrato deben negarse.

### **Las reclamaciones por la actividad de «repaleo» y el contrato n°. 2050390 de 2005**

**31.** Los días 2 de junio y 25 de octubre de 2006 (fls. 61-68 c. 1), el consorcio insistió en el «desequilibrio económico» del contrato por una actividad adicional que denominó «repaleo». En la demanda se indicó que, dadas las «nuevas condiciones geométricas» del caño, fue necesario ejecutar una actividad no prevista que consistió en el «repaleo» para ubicar la tierra excavada en los hombros del canal. Fonade sostuvo que dicha actividad estaba prevista inicialmente en el contrato.

**32.** Cuando el demandante pretende el restablecimiento del equilibrio económico del contrato frente al cual no le son aplicables las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dicho fenómeno no se rige, como es natural, por las disposiciones establecidas en dicho estatuto. En tal sentido, la Sala entra a precisar las reglas con base en las cuales se debe analizar el desajuste al equilibrio económico del contrato y, en particular, el alcance que, en materia de contratos públicos, tiene el artículo 868 del C.Co.

Durante el proceso de formación y al momento de celebrar un contrato, incluidos los contratos públicos, las partes evalúan los beneficios y asumen riesgos financieros específicos que configuran la ecuación contractual. Aunque se reconoce la importancia del postulado de que los contratos son ley para las partes y, por ello, deben ser cumplidos [*pacta sunt servanda*], se han atenuado los efectos de la aplicación estricta del contrato debido a la posibilidad de que las condiciones originales del acuerdo se vean alteradas.

Esta atenuación se basa en consideraciones de equidad en las relaciones contractuales, en la suposición de que las partes se comprometen en función de las circunstancias existentes en el momento del acuerdo [*rebus sic stantibus*], y en

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

el entendimiento de que situaciones extraordinarias, imprevistas e irresistibles pueden dificultar en exceso el cumplimiento estricto del contrato. Como respuesta a esto, se ha desarrollado la teoría de la imprevisión, que busca restaurar el equilibrio contractual perturbado por tales circunstancias.

Esta teoría fue objeto de estudio en algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia antes de la expedición del Código de Comercio. En efecto, esa Corte precisó que los principios generales del derecho adquirieron un valor integrador y con ello se introdujeron postulados como la buena fe, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, enriquecimiento injusto –entre otros–.<sup>20</sup>

Así, antes de la regulación del actual artículo 868 del Código de Comercio sobre la revisión de los contratos mercantiles, la propia Corte Suprema de Justicia adoptó la imprevisión como principio general del derecho<sup>21</sup>. Desde esta perspectiva, sostuvo que los principios generales del derecho no sólo irradian, sino que también integran el ordenamiento jurídico, por lo cual, la jurisprudencia aceptó la imprevisión en las relaciones jurídicas obligatorias y contractuales civiles.

La Corte explicó que el fundamento del reconocimiento de la imprevisión como principio, tenía fuerte influencia del pensamiento de los canonistas de la edad media y su fin era evitar el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro. De manera que se entendía que los contratos incluían una cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual las partes implícitamente reputan haber subordinado la existencia de sus respectivas obligaciones a la persistencia de las condiciones de hecho existentes al día del contrato<sup>22</sup>.

Así, aún sin regla legal, y con fundamento en principios como la imprevisión y la justicia contractual, las partes debían evitar razonablemente y corregir la alteración sobrevenida del equilibrio contractual, por cuanto el negocio obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición *esentialia negotia*; ley, uso, costumbre o equidad [*naturalia negotia*]; o expresamente

<sup>20</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencias de 29 de septiembre de 1935, XLIII, 129; 20 de mayo de 1936, XLIII, 47; 19 de noviembre de 1936, G.J.X., 474; 11 de julio de 1939, G.J. No. 1949; 6 de septiembre de 1940, G.J. L, 39; 12 de mayo de 1955. G.J.L., 322; 23 de junio de 1958. G.J.L., 232; 27 de octubre de 1961, G.J. XCVII, 143

<sup>21</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 29 de octubre de 1936 [fundamento jurídico párr. 15] XLIV, n.1918-1919, p. 455; de 23 de mayo de 1938 [fundamento jurídico 3]; de 9 de diciembre de 1936, XLIV, n.1918-1919, p. 789; 23 de mayo de 1938, XLVI, n.1936, p. 523; marzo 24 de 1983, G.J. n. 2400, p. 61; S.P. de 25 de febrero de 1937, XLIV, n.1920-1921, p. 613).

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de noviembre de 2011, rad. n°. 2006-00537-01 [fundamento jurídico 2].

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

pactado [*accidentalía negotia*], en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, lo que constituye un precepto contractual o norma obligatoria *pacta sunt servanda, lex privatta y lex contractus* [artículos 1501, 1602, 1603 y 1623 del CC].

Con posterioridad a las decisiones atrás referidas, el artículo 868 del C.Co reguló específicamente la figura de la revisión del contrato mercantil. En tal sentido dispuso que si circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, surgidas después de la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteran o agravan de manera significativa la prestación futura a cargo de una de las partes hasta hacerla excesivamente onerosa, dicha parte puede solicitar su revisión. En tal caso, el juez examinará las circunstancias que hayan modificado las bases del contrato y, si es posible, ordenará los ajustes que la equidad requiera. De lo contrario, podrá dar por terminado el contrato, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 868 del Código de Comercio.

Para que proceda la revisión del contrato, se deben cumplir ciertos requisitos: *i)* que el contrato sea existente y válido, elemento distintivo de la revisión del contrato regulada en el artículo 868 del C.Co<sup>23</sup>; *ii)* que sea de ejecución sucesiva, periódica o diferida y no aleatorio o de ejecución instantánea; *iii)* que las circunstancias que lo alteren sean imprevistas o imprevisibles; *iv)* que dichas circunstancias generen una excesiva onerosidad, es decir, una desproporción significativa y evidente con respecto a la finalidad económica del contrato; *v)* que los eventos que alteren la simetría contractual ocurran después de la celebración del contrato, durante su ejecución y antes de su finalización; *vi)* que tales eventos estén fuera del control de las partes; y *vii)* que la pretensión verse sobre la obligación de *futuro* cumplimiento por la parte del contrato afectada.

A partir de lo anterior, resulta claro que el estudio de las pretensiones dirigidas a obtener la declaratoria de responsabilidad por la prestación ejecutada con excesiva onerosidad por hechos posteriores al contrato terminado y que resultaban imprevisibles e irresistibles, le exigen al juez analizar el caso desde principios como la justicia contractual y la buena fe. Ello va más allá de la regulación del artículo 868 del C.Co, porque esta norma tiene un campo de acción definido por el legislador, que corresponde al ajuste de una prestación de futuro

---

<sup>23</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de junio de 1989, Rad. 5295 [fundamento jurídico h].

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

cumplimiento. Sobre el particular la Corte Suprema sostuvo:

*«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**»<sup>24</sup>.*

La vigencia de este principio de justicia contractual, sin duda, se mantiene, pues debe reconocerse el efecto que tiene ante la necesidad de garantizar el mantenimiento del equilibrio contractual, frente a contratos ejecutados en condiciones más onerosas a las inicialmente pactadas o por el cumplimiento de prestaciones desequilibradas excesivamente.

Particularmente, en contratos que celebran las entidades públicas regidas por el régimen privado, además, limitar el equilibrio económico del contrato a las exigencias del artículo 868 del C.Co resulta problemático por las siguientes razones adicionales a negar la existencia de un principio general en esta materia de justicia contractual, a saber:

(i) En la totalidad de los eventos, las demandas que se presentan contra las entidades públicas se basan en hechos que alteraron el equilibrio de contratos que fueron cumplidos pero que para la fecha de la demanda o de la decisión judicial ya se extinguieron. Así, no habrá lugar a la aplicación de la revisión del contrato ni a que el juez orden ajustes en las prestaciones, puesto que es fundamental que el contrato esté vigente y que recaiga sobre una prestación de futuro cumplimiento. Por ello, limitar la procedencia de las pretensiones de restablecimiento económico del contrato al artículo 868 del C.Co es en esencia negar cualquier posibilidad de estudiar de fondo tal pretensión.

(ii) La mayoría de las demandas que se presentan no pretenden la revisión del contrato en los términos del artículo 868 del C.Co, porque se trata de acuerdos de voluntades ya extinguidos. Lo que se persigue es el pago derivado de la ejecución de un contrato que, por circunstancias extraordinarias irresistibles e imprevisibles, se desajustó en la equivalencia prestacional originalmente pactada.

---

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de noviembre de 2011, rad. n°. 2006-00537-01 [fundamento jurídico 2].

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

Por estos motivos, en los contratos a los que no se les aplica la Ley 80 de 1993, el estudio del equilibrio económico del contrato debe fundarse en los principios de justicia contractual y buena fe, que, como se explicó, son esenciales para garantizar la equivalencia de prestaciones y se fundan en «*la imposibilidad de enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro*»<sup>25</sup>. Ese estudio no puede limitarse, única y exclusivamente, a las reglas específicas reguladas en el Código de Comercio para la revisión de los contratos mercantiles -art 868 del C.Co-, que resulta aplicable solo a los eventos en que se demande la revisión de un contrato vigente entre las partes, respecto de las prestaciones de futuro cumplimiento.

**33.** Precisado lo anterior, la Sala considera que en este caso la demanda no pidió la revisión de las condiciones iniciales del contrato de cara al cumplimiento de obligaciones futuras –que es la hipótesis prevista en el artículo 868 del C.Co.–. Tampoco es posible analizar las pretensiones con fundamento en el rompimiento del equilibrio económico del contrato regido por la Ley 80 de 1993, debido a que el régimen jurídico era el derecho privado [núm. 9]. En efecto, el contrato se celebró antes de la Ley 1150 de 2007, con la cual el régimen de los contratos de Fonade volvió a ser la Ley 80 de 1993 [art. 26], hasta la Ley 1450 de 2011 que derogó el referido artículo 26 [art. 276].

Como la demandante reclama el reconocimiento de una actividad adicional que, a su juicio, no estaba prevista en el contrato y que fue necesaria ejecutar dadas las nuevas características del terreno, la Sala procederá a estudiar si la actividad de «repaleo» hacía parte de las obligaciones contractuales y si se pagaron los costos unitarios por la ejecución de esta actividad.

**34.** El objeto del contrato n°. 2050390, suscrito entre el consorcio J.A. Asociados Ltda.-CYV y Fonade, tenía por objeto realizar la primera fase de rehabilitación de la red de drenaje del Caño La Caimanera y sus cuerpos de agua asociados en la Subcuenca de La Caimanera (f. 19 c. 1). En relación con este objeto, el numeral cinco de las reglas de participación y las especificaciones técnicas del contrato, explicaron su amplitud y complejidad (fls. 20, 201-203 y 211 c. 1).

---

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de noviembre de 2011, rad. n°. 2006-00537-01 [fundamento jurídico 2].

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

En línea con este objeto y los fines de la contratación, en los documentos contractuales (numeral 5.1 de las reglas de participación, f. 211 c 1) se definieron las obligaciones del contratista. A este le correspondía efectuar el movimiento de tierras necesario para alcanzar la conformación de las secciones hidráulicas indicadas por la interventoría para cada tramo. Para ello, debía perfilar el cauce conformando y compactando el material extraído en los hombros del canal, de manera que se lograra una sección uniforme con la capacidad hidráulica suficiente para transportar los caudales estimados en las diferentes épocas del año. Al grupo n°. 03 le correspondía el movimiento de tierras en el caño La Caimanera aguas arribas en dirección a Chorrillos, desde el avance del Grupo n°. 02 hasta una distancia no menor a 6 kilómetros (adenda n°. 1, fls. 151-160 c. 1).

Frente a las cantidades de obra y las obras adicionales se estableció que estas podrían aumentar o disminuir, previa aprobación del funcionario facultado para suscribir el contrato y con el visto bueno de la interventoría. Su reconocimiento se sujetaría a los precios de los insumos previstos en la propuesta, conforme a los análisis de los precios unitarios-APU (numeral 5.5 de las reglas de participación, f. 211, c 1).

En cuanto al movimiento de tierras, se definió que el contratista debía realizar la excavación en el cauce disponiendo el material excavado en los hombros del canal hasta una altura máxima de 2.50 centímetros y en un radio de hasta 500 metros, dentro del cual no habría pago por el «acarreo» de material. Dicha actividad sería contratada y pagada bajo el ítem de excavación en cauce (húmedo o seco) y apile en los hombros del canal (numeral 1.02 de las especificaciones técnicas del contrato, f. 148 c. 1).

Los volúmenes de tierra excavados serían dispuestos sobre los hombros del cauce sin efectuar ningún tipo de descapote, salvo en los casos en los que la interventoría los considerara necesarios. La unidad de medida y pago de este ítem sería en metro cúbico (m<sup>3</sup>) medido y aprobado por la interventoría. La medición de los volúmenes se calcularía como la diferencia entre la sección transversal existente y la requerida por la longitud entre secciones. El volumen a medir sería únicamente el correspondiente a la excavación y el valor de la actividad incluiría la mano de obra, equipo, herramientas, así como las demás acciones y costos necesarios para la correcta ejecución de la actividad.

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

De manera que la intención de las partes fue contratar un ítem denominado «excavación en cauce (húmedo o seco) y apile en los hombros del canal» el cual incluía, de conformidad con el numeral 1.02 de las especificaciones técnicas del contrato, que el material excavado debía ser trasladado hasta los hombros del canal, sin que se reconociera un pago adicional por el «acarreo» de materiales en un radio de hasta 500 metros.

**35.** Aunque el demandante señaló que el «repaleo» era una actividad distinta al «acarreo», no obran pruebas de que, en efecto, se trate de una actividad adicional que deba ser reconocida, circunstancia que le correspondía demostrar de conformidad con el artículo 177 del CPC y 1757 del CC. En cambio, está acreditado que el «repaleo» se trata de una modalidad que eligió el contratista para el cumplimiento del objeto contratado, esto es el «acarreo», a partir de las siguientes pruebas.

**35.1.** En primer lugar, de conformidad con el concepto EU-FON-640-2005-241 emitido por el interventor el 15 de mayo de 2009 (fls. 230-232 c. 4), la reclamación del contratista en relación con la actividad adicional del «repaleo» no era procedente, porque, de conformidad con el numeral 1.02 de las especificaciones técnicas del contrato, el ítem inicialmente previsto de «excavación en cauce (húmedo o seco) y apile en los hombros del canal» implicaba necesariamente ejecutar un procedimiento (acarreo, repaleo, traslado, empuje etc.) que el contratista seleccionó con total libertad para llevar y ubicar el material excavado en los sitios requeridos para la conformación de los respectivos jarillones. Según la comunicación, el «repaleo» corresponde a una de las múltiples formas de movimiento de material excavado, lo cual, reiteró, se contempló desde un inicio en el ítem 1.02 de las especificaciones técnicas del contrato.

Conforme al artículo 277 del CPC, los documentos privados emanados de terceros sólo se estimarán por el juez *i)* cuando sean auténticos de conformidad con el artículo 252, si se trata de documentos de naturaleza dispositiva o simplemente representativa y *ii)* cuando sean documentos de contenido declarativo, se apreciarán sin necesidad de ratificación, salvo que la parte contraria la solicite. El documento referido es de naturaleza privada, porque proviene de una persona de carácter privado y cuyo contenido es declarativo.

Este documento privado, de contenido declarativo, se presume auténtico, debido a

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

que no se tachó de falso ni fue desconocido, y la Sala puede apreciarlo porque no se solicitó su ratificación. En cuanto a su contenido, este proviene de la misma persona que fungió como interventor del contrato. Así, la persona que suscribió el documento precisó cuáles fueron las condiciones técnicas del contrato y qué tipo de actividades se contemplaron desde un principio. Además, detalló las características, implicaciones y alcance del ítem 1.02 de las especificaciones técnicas del contrato. En relación con la obligación de «excavación en cauce (húmedo o seco) y apile en los hombros del canal», según este documento, la actividad de «acarreo» cubre el procedimiento de «repaleo», de manera que, según el concepto del interventor, la actividad que el contratista considera fue adicional se encontraba prevista desde el inicio dentro de sus obligaciones.

**35.2.** En segundo lugar, Édgar José Uribe Schroeder –ingeniero civil e interventor del contrato n°. 2050390– declaró, sobre la reclamación del contratista, que uno de los ítems contratados desde el inicio fue la «excavación en cauce (húmedo o seco) y apile de materiales en los hombros del canal» y, dentro de este, quedó cobijada la actividad de «repaleo». Explicó que el objeto contractual suponía que el material se debía excavar en el cauce y posteriormente apilar en el hombro del canal y que dicho movimiento de material se podía realizar mediante acarreo, «repaleo» o empuje. Explicó que la actividad de «repaleo» corresponde a mover sucesivamente un material excavado con el balde de una retroexcavadora o una paladraga y, como quiera que la excavación y apile en los hombros del canal contemplaba el acarreo o movimiento del material hasta en un radio de 500 metros, dicha actividad se encontraba incluida en el ítem contratado (fls. 367-369 c. 1).

El testimonio, como medio de prueba, consiste en la narración oral de hechos sobre los cuales el declarante tenga conocimiento directo o indirecto. Por ello, el artículo 227 del CPC dispone que el juez le exigirá al testigo juramento de decir lo que le conste sobre los hechos que se le preguntan y que conozca. Aunque esta norma le permite al testigo realizar valoraciones o emitir conceptos cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia, ello no significa que el testigo pueda conceptualizar y realizar valoraciones técnicas más allá de los hechos que le consten. La Sala reitera que aquellas declaraciones que recaen sobre puntos científicos, sin conocimiento directo o indirecto sobre los hechos no tienen mérito probatorio, porque esas exposiciones son propias de un dictamen pericial, prueba sobre la

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

que la ley exige el cumplimiento de requisitos diferentes<sup>26</sup>.

El testimonio de Édgar José Uribe Schroeder tiene valor probatorio, porque el declarante, en su calidad de ingeniero civil e interventor del contrato en cuestión, dio cuenta de los hechos que percibió directamente. En efecto, indicó que recordaba y conocía los hechos por los que fue llamado a declarar (fls. 183-185 c. 4). Así las cosas, se aprecia que su dicho es puntual, responsivo, completo y coincidente con los documentos contractuales y las comunicaciones entre las partes durante la ejecución del contrato.

**36.** En línea con lo expuesto, no es cierta la afirmación del recurrente, según la cual el «repaleo» fue una actividad adicional no prevista, porque, como se observa, por la naturaleza de las actividades a ejecutar, encaminadas al traslado del material excavado hasta los hombros del canal, no se reconocería un valor adicional por el acarreo del material excavado. Esa circunstancia, como se indicó, quedó definida expresamente en el numeral 1.02 de las especificaciones técnicas del contrato, en donde se precisó que el contratista debía «realizar la excavación en el cauce disponiendo el material excavado en los hombros del canal hasta una altura máxima de 2.50m y en un radio de hasta 500m, dentro del cual no habrá pago por acarreo de material».

**37.** De acuerdo con las pruebas, para la Sala resulta claro que las reglas de participación ni las especificaciones técnicas del contrato definieron una modalidad para el traslado del material excavado hasta los hombros del canal, sino que se estableció que el acarreo de este material no generaría un costo adicional en un radio de 500 metros, independientemente del ancho del caño y la modalidad elegida por el contratista para el movimiento del material excavado. Por tal motivo, la actividad de «repaleo» que ejecutó el contratista correspondió al objeto contratado, el cual fue plenamente conocido y aceptado por el consorcio al momento de presentar su oferta. Todo lo cual, además, quedó expresamente definido en la cláusula 1.02 de las condiciones técnicas del contrato que no generaría un pago adicional [núm. 32].

**38.** Procede la Sala a determinar entonces si se probó que la actividad reclamada por el demandante fue pagada. Para ello, se reitera, que como el contratista estaba obligado a trasladar el material excavado hasta los hombros del canal,

---

<sup>26</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2006, Rad. 15.655, [fundamento jurídico 4.2].

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

según lo estipulado en el contrato y sus especificaciones técnicas, no se acreditó que el «repaleo» se tratara de una actividad adicional que debía ser reconocida, toda vez que, de conformidad con lo expuesto, estaba incluida en el ítem 1.02 de las especificaciones técnicas del contrato y, por ello, lo que procede es establecer si quedó algún pago pendiente por este ítem.

**39.** Conforme al recibo final de las obras (f.238-241 c. 1), que fundamentó el acuerdo de liquidación bilateral, se pagó por concepto del ítem 1.02 «excavación en cauce (húmedo o seco) y apile de materiales en los hombros del canal» la suma de \$262.963.480.

**40.** La parte demandante, en el recurso de apelación, adujo que con la experticia se acreditaron los sobrecostos que asumió para cumplir con el objeto del contrato. En el proceso se practicó un dictamen pericial para que un perito emitiera un dictamen contable sobre los ingresos y egresos del contratista durante la ejecución del contrato (fls. 187-209 c. 6).

El perito Luis Fernando Molina Acero calculó los costos de obra, financieros, tributarios, honorarios y gastos operacionales. Como soportes de su experticia aportó los asientos contables del consorcio (facturas, comprobantes de egresos etc.). El perito calculó los ingresos del contrato en \$1.458.320.212,76; los egresos en \$1.816.428.967,42 y, por ello, concluyó que el sobrecosto era de \$358.108.754,66, pero no explicó su origen. En efecto, su dictamen no dio cuenta las causas del daño alegado por la demandante, porque no se refirió a la actividad del «repaleo», ni tampoco constató de forma técnica o científica que dicha actividad fuera la causa de los sobrecostos. Tampoco reseñó las circunstancias de tiempo, modo y lugar que confluyeron para que se generaran los sobrecostos y, por ello, no es prueba de que las obligaciones del demandante se hayan hecho más onerosas por alguna obra adicional. Por lo tanto, no obra prueba de que el monto pagado por concepto del ítem 1.02 «excavación en cauce (húmedo o seco) y apile de materiales en los hombros del canal» no correspondiera a los costos unitarios por la ejecución de esa actividad.

**41.** En la demanda se pidió que se decretara la liquidación judicial del contrato. Como en el expediente obra prueba de que el contrato n°. 2050390 fue liquidado por las partes y que dicho acuerdo rige válidamente y de forma general la relación contractual [núm. 18] y, según lo expuesto, no está llamado a prosperar alguno de los reparos del recurrente que puedan alterar el balance económico del contrato,

Radicación: 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807)  
Demandante: Constructora Yacaman Vivero S.A. y otro  
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-  
FONADE  
Asunto: Acción contractual

debe negarse esta pretensión.

**42.** En este orden de ideas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, porque negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en que, a partir de las pruebas del proceso, no es posible concluir que el demandante haya demostrado algún perjuicio que deba ser reconocido, como le correspondía conforme a los artículos 1757 del Código Civil y 177 del CPC, aplicable por remisión expresa de los artículos 168 y 267 del CCA.

### **Costas**

**43.** De conformidad con el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas, porque no se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe.

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

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 17 de abril de 2012 por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**WILLIAM BARRERA MUÑOZ**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE<sup>27</sup>  
**NICOLÁS YEPES CORRALES**

VF

---

<sup>27</sup> Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.  
DAR/PT