

## CIRCULAR EXTERNA 14 DE 2023

(septiembre 26)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

### AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

**Para:** Entidades públicas del orden nacional y territorial

**De:** MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA

Directora

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

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

Bogotá, D.C, 26 de septiembre del 2023.

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

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

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

El desequilibrio económico es una de las 10 causas con el mayor número de entidades públicas del orden nacional demandadas<sup>(1)</sup>, por ello la necesidad de expedir estas recomendaciones. Si bien el derecho al mantenimiento del equilibrio contractual no es un derecho exclusivo del/la contratista, las recomendaciones que se darán en este documento solo están dirigidas a los eventos en los que la alteración a dicho equilibrio afecte a este/a último/a. Debido a lo anterior, todas las referencias que se realicen a la parte afectada están dirigidas al/la contratista como colaborador/a de la Administración.

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

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

1. El equilibrio contractual es un principio reconocido legalmente<sup>(2)</sup> que se concreta en el derecho no exclusivo del/la contratista<sup>(3)</sup> de exigir el restablecimiento de la ecuación económica del contrato. No es una prerrogativa exclusiva del/la contratista, toda vez que también es un derecho de la entidad contratante<sup>(4)</sup>.

2. Con el principio del equilibrio económico se pretende garantizar la continuidad del servicio público y los intereses generales que están en juego en la contratación estatal, de suerte que si el cumplimiento de las obligaciones del/la contratista se torna más oneroso no se paralice su prestación<sup>(5)</sup>.

3. Los contratos que suscriben las entidades estatales<sup>(6)</sup> se rigen por el principio de conmutatividad<sup>(7)</sup>. Ello implica que la ecuación económica inicial del contrato debe mantenerse durante su ejecución<sup>(8)</sup>. La entidad estatal tiene el deber de

mantener la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar, según el caso<sup>(9)</sup> y, ante su incumplimiento, debe adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la equivalencia que se ha roto<sup>(10) (11)</sup>.

4. Es preciso advertir que el principio mencionado se aplica a todos los contratos bilaterales, regulados por la Ley 80 de 1993<sup>(12)</sup>, que suscriben las entidades estatales con los/las particulares y cuya ejecución es de mediano o largo plazo<sup>(13)</sup>, por ejemplo: los contratos de obra pública, suministro, prestación de servicios.

5. El equilibrio contractual no es un equilibrio matemático<sup>(14)</sup>, sino que hace referencia a una equivalencia razonable que preserva la intangibilidad de las prestaciones.

6. Cuando se rompe la equivalencia inicialmente pactada por causas no imputables al/la contratista se configura un desequilibrio económico del contrato<sup>(15)</sup>, el cual se manifiesta a través de la realización de obras adicionales o mayor permanencia de obra, lo que genera sobrecostos. No cualquier alteración en el equilibrio económico del contrato genera consecuencias para la entidad, es necesario que se pruebe que dicha alteración, de manera significativa, hace más gravosa la ejecución del contrato.

7. Las causas que generan la ruptura de la equivalencia son diferentes a aquellas que podrían generar los riesgos que asumió el/la contratista al suscribir el contrato y a las que son inherentes a su objeto<sup>(16)</sup>.

8. En este punto es importante mencionar que existe una diferencia entre el incumplimiento del contrato y su desequilibrio económico<sup>(17)</sup>. El incumplimiento consiste en la falta de observancia de las estipulaciones consignadas en el contrato y en todos los documentos contractuales, esto es, los pliegos de condiciones, que suelen ser, por regla general, soportes de la formación del vínculo contractual<sup>(18)</sup>. Por su parte, el desequilibrio contractual no imposibilita el cumplimiento del contrato ni varía el contenido intrínseco de las obligaciones, sino que se trata de una situación que hace más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para una de las partes<sup>(19)</sup>.

9. Para que se configure el desequilibrio, la alteración debe ser real, específica, grave y transitoria<sup>(20)</sup>:

- Real cuando existe un déficit o pérdida en relación con el equilibrio inicialmente pactado. No basta con que se presenten alteraciones en el desarrollo del contrato, es necesario que estas afecten los recursos para su ejecución, así como las condiciones económicas inicialmente pactadas del/la contratista.

- Específica cuando es concreta y directa al/la contratista. Debe así haber una clara identificación de los sobrecostos en los que incurrió el/la contratista, su relación con la causa de la alteración y su monto.

- Grave cuando es extraordinaria, es decir, modifica ostensiblemente la economía del contrato.

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

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

- **Teoría de la imprevisión:** el hecho imprevisible es aquel cuya ocurrencia no se podía prever, dentro del marco de lo razonable por ninguna de las partes<sup>(21)</sup> al momento de suscripción del contrato. Se trata de un hecho: (i) sobreviniente porque ocurre en la ejecución del contrato, es decir, con posterioridad a su suscripción; (ii) extraordinario, esto es, de tal gravedad que modifica ostensiblemente la fórmula económica que gobernó el respectivo contrato y (iii) exógeno o externo al contratista<sup>(22)</sup>. Configurado el desequilibrio económico por la teoría de la imprevisión surge para la entidad el deber de compensar al/la contratista y llevarlo a un punto de no pérdida<sup>(23)</sup>.

- **Hecho del príncipe:** corresponde a una actuación legítima de la entidad contratante no como parte del contrato, sino en su calidad de autoridad estatal, esto es, en ejercicio de sus funciones, la cual tiene incidencia directa o indirecta en el contrato<sup>(24)</sup>. En otras palabras, el hecho del príncipe se configura cuando la entidad contratante, en su calidad de autoridad estatal, emite actos generales, abstractos, imprevistos y posteriores a la celebración del contrato que inciden directa o indirectamente en su ejecución y que pueden ocasionar un desequilibrio contractual<sup>(25)</sup>, por ejemplo: *la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución*<sup>(26)</sup>.

Estos actos generales deben ser anormales o extraordinarios, es decir, estar por fuera de las condiciones de la oferta, el pliego de condiciones o el contrato, ello por cuanto los actos normales u ordinarios hacen parte del alea normal del contrato, luego no generan desequilibrio económico<sup>(27)</sup>.

Los presupuestos básicos para la aplicación de la teoría del hecho del príncipe son: (i) la expedición de un acto general

y abstracto; (ii) la incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal; (iii) la alteración extraordinaria o anormal de la ecuación económica del contrato como consecuencia de la vigencia del acto y (iv) la imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato<sup>(28)</sup>.

Configurado el desequilibrio económico por el hecho del príncipe surge para la entidad el deber de reparar al/la contratista, lo que incluye el reconocimiento de perjuicios patrimoniales (lucro cesante y daño emergente) y extrapatrimoniales en la medida en que estén acreditados<sup>(29)</sup>.

- **Potestas variandi**: es una facultad de la Administración derivada de su poder de dirección general, control y vigilancia de la ejecución del contrato y del cumplimiento de los fines de la contratación<sup>(30)</sup>. Se configura cuando la Administración modifica las condiciones existentes a causa del ejercicio de sus potestades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato. Su ejercicio puede significar mayores costos para el/la contratista o disminución de las prestaciones a ejecutar y, por lo tanto, de la utilidad a obtener<sup>(31)</sup>.

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

**(i) La modificación unilateral del contrato** se refiere a la facultad legal que tiene la Administración para introducir, por medio de acto administrativo motivado, variaciones al contrato durante su ejecución, consistentes en la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios, con el fin de evitar la paralización o afectación grave del servicio público que debe satisfacerse con el contrato. Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un 20% o más del valor inicial, el/la contratista puede renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto de este<sup>(32)</sup>.

La modificación unilateral debe respetar, la sustancia, esencia y objeto del contrato, dado que, una alteración extrema significaría un contrato diferente, no querido por el/la cocontratante particular y respecto del cual no ha mediado consentimiento. Asimismo, la modificación debe atender a la necesidad del interés general que se busca satisfacer con el contrato y es limitada, lo que se circunscribe al aumento o disminución de las prestaciones a cargo del/la contratista<sup>(33)</sup>.

**(ii) La terminación unilateral del contrato** hace referencia a la facultad legal que tiene la Administración de terminar el contrato, después de haberlo celebrado y estando este vigente, al constatar circunstancias sobrevinientes que evidencian que continuar con su ejecución afectaría la correcta prestación del servicio público o amenazaría con desestabilizar el orden público<sup>(34)</sup>. Los eventos de terminación anticipada del contrato son los siguientes:

- Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

- Por muerte o incapacidad física permanente del/la contratista<sup>(35)</sup>, si es persona natural o por disolución de la persona jurídica del/la contratista.

- Por interdicción judicial o declaración de quiebra del/la contratista.

- Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del/la contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato<sup>(36)</sup>.

Para declarar la terminación unilateral se requiere que: (i) la manifestación de la voluntad de la Administración se materialice en un acto administrativo debidamente motivado y (ii) la causal que se alega en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley dispuso, los cuales fueron mencionados previamente<sup>(37)</sup>.

Cuando el desequilibrio económico se configura por el uso de la *potestas variandi* surge para la entidad el deber de reparar al/la contratista, lo que incluye el reconocimiento de perjuicios patrimoniales (lucro cesante y daño emergente) y extrapatrimoniales en la medida en que estén acreditados<sup>(38)</sup>.

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

busca satisfacer con el contrato<sup>(39)</sup>. Esta interpretación se debe realizar a través de acto administrativo motivado<sup>(40)</sup>.

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

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

2. Los contratos de obra son los que celebran las entidades estatales para la construcción<sup>(41)</sup>, mantenimiento<sup>(42)</sup>, instalación<sup>(43)</sup>, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago<sup>(44)</sup>. Los contratos de obra pública se perfeccionan con el acuerdo entre las partes frente al objeto y la contraprestación y se eleva por escrito<sup>(45)</sup>.

3. En estos contratos se entienden incorporadas las cláusulas exorbitantes<sup>(46)</sup> de interpretación unilateral<sup>(47)</sup>; modificación unilateral<sup>(48)</sup>; terminación unilateral<sup>(49)</sup>; caducidad<sup>(50)</sup>; cláusula de reversión<sup>(51)</sup> y cláusula de reciprocidad<sup>(52)</sup>. Frente a las tres primeras se hará mención más adelante, toda vez que, su utilización puede dar lugar al desequilibrio económico del contrato.

4. Para la prevención de eventuales litigios en contratos de obra pública<sup>(53)</sup>, es relevante la planeación, principio rector de la contratación pública, que impone a las entidades estatales el deber de diseñar y pensar, con antelación a la celebración y ejecución de un contrato, cuáles son las necesidades y prioridades que se pretenden satisfacer. Con este principio se busca que el contrato sea el resultado de la previsión y no de la improvisación<sup>(54)</sup>.

5. Aunque, por esencia, la alteración en el equilibrio contractual se configura luego de la celebración del contrato, es decir, durante su ejecución<sup>(55)</sup>, puede ocurrir un desequilibrio por actuaciones anteriores al contrato que tienen impacto en su formación y en su ejecución, por ejemplo, cuando la entidad pública no realiza de manera adecuada los estudios previos del contrato<sup>(56)</sup> o el diseño de planos para la construcción de una obra<sup>(57)</sup> o una correcta proyección de las condiciones técnicas o del terreno y esto le genera al/la contratista mayores cantidades de obras u obras adicionales<sup>(58)</sup>.

6. En ejercicio del deber de planeación corresponde a las entidades estatales, entre otros, evaluar el riesgo que el proceso de contratación representa para el cumplimiento de las metas y objetivos de la entidad. El riesgo en el contrato es *“entendido como todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo”*<sup>(59)</sup>. Las entidades públicas tienen el deber de incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación<sup>(60)</sup>.

7. Los riesgos previsibles deben entenderse como aquellas circunstancias que, de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero de este, siempre que sean identificables y cuantificables<sup>(61)</sup>. La inclusión de este tipo de riesgos dentro de la ecuación contractual suprime la posibilidad de que se aleguen alteraciones al equilibrio económico del contrato, «reduciendo las consecuencias económicas y litigiosas frecuentes en los mismos»<sup>(62)</sup>, de ahí su importancia para la prevención del daño antijurídico<sup>(63)</sup>.

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

- Tipificar, es decir, identificar los riesgos previsibles<sup>(64)</sup> que se pueden materializar durante la ejecución del contrato de obra<sup>(65)</sup>, de acuerdo con los lineamientos dados por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente<sup>(66)</sup>, por ejemplo: (i) riesgos económicos<sup>(67)</sup>; (ii) riesgos operacionales<sup>(68)</sup> o (iii) riesgos regulatorios<sup>(69)</sup>.

- Estimar los riesgos tipificados, esto es, valorar la probabilidad<sup>(70)</sup> de que ocurran y el impacto<sup>(71)</sup> que tendrían para la entidad, el contrato y el interés general de llegar a materializarse. Para este proceso se recomienda conformar un equipo interdisciplinar con conocimientos en aspectos técnicos, jurídicos y financieros<sup>(72)</sup>.

- Asignar o distribuir los riesgos, con base en la capacidad de las partes para gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo<sup>(73)</sup>.

A Elaborar la matriz de riesgo con la tipificación, estimación y asignación de los riesgos identificados para el contrato, de acuerdo con los criterios dados por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente<sup>(74)</sup>

- Elaborar de forma precisa<sup>(75)</sup> los estudios de orden técnico, financiero, económicos, y jurídicos requeridos para determinar la viabilidad, la conveniencia, la necesidad del objeto a contratar y los requisitos que se requieren para su

ejecución, en aras de minimizar el riesgo de que, por ejemplo, a futuro se presenten situaciones que pudieron preverse desde el momento de planeación del contrato<sup>(76)</sup>. Estos estudios deben contemplar todas las variables previsibles que puedan afectar la ejecución del contrato<sup>(77)</sup>.

- Contar con los estudios técnicos, diseños, permisos, licencias, entre otros, que se requieran para la ejecución del contrato y que sean responsabilidad de la entidad estatal, con el fin de evitar modificaciones o suspensiones que alteren el equilibrio económico del contrato<sup>(78)</sup>.

- Especificar en los pliegos de condiciones, el anexo técnico y en el contrato el alcance inicial de las obligaciones a cargo del/la contratista, con el fin de evitar que durante la ejecución del contrato sea necesario interpretar o modificar algunas estipulaciones contractuales que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público<sup>(79)</sup>.

- Establecer en el pliego de condiciones que los/las proponentes deben tener en cuenta al momento de formular su oferta y el cronograma de trabajo las características y condiciones de la obra, el lugar y los alrededores de esta, por ejemplo, las particularidades del clima en la zona, para precaver su comportamiento durante el plazo de ejecución<sup>(80)</sup>.

- Evaluar si se incluyen en los pliegos de condiciones y en el contrato, entre otras, cláusulas que contemplen, lo siguiente:

- Necesidad de autorización por parte de las personas que se designe en el contrato para la ejecución de mayores cantidades de obra<sup>(81)</sup>.

- Posibilidad de que, durante la ejecución del contrato se puedan ordenar los cambios necesarios para cumplir con el contrato y, que en el evento en el que se alteren el plazo o el precio, estos sean ajustados por acuerdo de las partes<sup>(82)</sup>.

- Fórmulas de reajuste de precios<sup>(83)</sup> o actualización de precios.

- Modalidad de pago el sistema de precios unitarios<sup>(84)</sup>, que consiste en multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de los ítems<sup>(85)</sup> o conceptos del contrato.

- Porcentaje para Administración, Imprevistos y Utilidades (AIU), con el fin de que, en caso de presentarse imprevistos en la ejecución del contrato, la entidad utilice la partida de imprevistos hasta el monto señalado en la oferta<sup>(86)</sup>.

- Imposibilidad del/de la contratista de reclamar mayor valor del contrato por la existencia de tributos, tasas o contribuciones expedidas antes de presentación de la oferta<sup>(87)</sup>.

- Obligación del/de la contratista de advertir, lo antes posible, al/la interventor/a los eventos que pudieran alterar el precio del contrato o la demora en la ejecución de la obra y presentar una cotización para el pago de ítems nuevos<sup>(88)</sup>.

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

1. En la fase de ejecución del contrato es donde por esencia se materializa el desequilibrio del contrato. En esta fase se pueden tomar medidas para mitigar los efectos de dicho desequilibrio ocasionados por la teoría de la imprevisión, la *potestas variandi* o el hecho del príncipe, esto con el fin de evitar que se llegue a instancias judiciales y, lo que es más importante, garantizar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los/las administrados/as que colaboran con la Administración<sup>(89)</sup>.

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

- Respetar la sustancia del contrato de obra celebrado, su esencia y objeto, cuando se haga uso de la *potestas variandi*, para evitar alteraciones extremas que conlleven a un contrato diferente<sup>(90)</sup>.

- Revisar periódicamente los precios de alzada (globales) y unitarios, en aras de estar alerta a las variaciones en los costos previstos y realizar los ajustes que correspondan de acuerdo con la fórmula de reajuste incorporada en el contrato<sup>(91)</sup>.

- Dejar la salvedad en el documento respectivo (de adición<sup>(92)</sup>, prórroga, suspensión o contrato adicional<sup>(93)</sup>) cuando el/la contratista asuma el riesgo de mayor permanencia en la obra<sup>(94)</sup>.

- Revisar, previo a la expedición de norma general por parte de la entidad, las afectaciones que esta podría ocasionar a los contratos vigentes y evaluar las medidas que se pueden tomar para evitar desequilibrios económicos<sup>(95)</sup>.

- Motivar de manera suficiente el acto administrativo, a través del cual hagan uso de las facultades de terminación o interpretación del contrato, es decir, de la *potestas variandi*<sup>(96)</sup> y reconozcan las indemnizaciones a que tienen derechos los/las contratistas como consecuencia de tales medidas<sup>(97)</sup>.

3. Cuando el/la contratista considera que se ha presentado un desequilibrio económico está en la obligación de solicitar a la Administración el restablecimiento del equilibrio económico del contrato<sup>(98)</sup>. Por su parte y para mitigar los efectos del desequilibrio económico en el contrato de obra pública, en relación con la solicitud presentada por el/la contratista se recomienda a la Administración:

<b>Recomendación</b>	<b>I.V<sup>(99)</sup>.</b>	<b>H del P<sup>(100)</sup></b>	<b>T.I<sup>(101)</sup>.</b>
Analizar las solicitudes y los soportes del desequilibrio del contrato presentadas durante su ejecución contractual <sup>(102)</sup> . Ejemplo: informe o acta del interventor en el que se precise, fundamente y acrediten los sobrecostos por mayor permanencia <sup>(103)</sup> .	X	X	X
Tener en cuenta que el/la contratista tiene la carga de probar el desequilibrio contractual. Para tal efecto, debe:  (i) Identificar la ecuación sobre la cual se estructuró el contrato, es decir, cuáles fueron los términos, ítems, precios de la oferta, del pliego de condiciones y del contrato.  (ii) Evidenciar las causas que se invocan para alegar el desequilibrio <sup>(104)</sup> .  (iii) Demostrar el efecto económico real sobre la ejecución del contrato. No basta probar el incremento de una cuenta, es necesario cuantificar el impacto sobre la ecuación económica del contrato en particular <sup>(105)</sup> , a través de pruebas documentales como facturas o libros de contabilidad que, de la mano de la oferta presentada, permitan evidenciar que se rompió el equilibrio económico <sup>(106)</sup> .	X	X	X
Tener a la mano: (i) la oferta presentada por el/la contratista, porque esta es el punto de partida para determinar si el costo real de la ejecución del contrato excedió la oferta económica elaborada por el/la contratista <sup>(107)</sup> ; (ii) el pliego de condiciones; (iii) el contrato, (iv) anexos del contrato, (v) contratos modificatorios o adicionales, (v) actas de recibo de las obras <sup>(108)</sup> y (vi) soportes de los gastos que se alegan <sup>(109)</sup> , entre otros.	X	X	X
Verificar que en la solicitud se haya: (i) identificado la ecuación sobre la cual se estructuró el contrato; (ii) evidenciado la(s) causa(s) de desequilibrio; (iii) demostrado el efecto económico real sobre la ejecución del contrato <sup>(110)</sup> y (iv) acreditado la autorización de la entidad para la realización de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias <sup>(111)</sup> . No basta probar el incremento de una cuenta, sino que es necesario cuantificar el impacto sobre la ecuación económica <sup>(112)</sup>	X	X	X
Solicitar: (i) aclaraciones al/la contratista ante la presencia de dudas o vacíos respecto de la reclamación de equilibrio económico del contrato o (ii) la presentación de información necesaria para resolver la solicitud como, por ejemplo, el efecto económico real sobre la ejecución del contrato.	X	X	X
Responder las solicitudes o reclamaciones presentadas por el/la contratista con fundamento en la normativa y jurisprudencia vigente. Si se encuentra que no es procedente el restablecimiento solicitado, porque las mayores cantidades de obras <sup>(113)</sup> o las obras adicionales no	X	X	X

fueron imprevisibles ni ajenas al/la contratista así indicarlo con el soporte respectivo <sup>(114)</sup> .			
Plantear y definir remedios directos en el menor tiempo posible <sup>(115)</sup> , mediante acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses <sup>(116)</sup> , en aras de anticiparse a la presentación de reclamaciones posteriores y evitar extender la controversia a un litigio <sup>(117)</sup> .	X	X	X
Reparar los perjuicios <sup>(118)</sup> derivados de la mayor permanencia de la obra <sup>(119)</sup> y obras adicionales, siempre que estén probadas <sup>(120)</sup> y sean ocasionadas por actos unilaterales de la entidad. En otras palabras, reparar es, reconocer los mayores costos, la utilidad que dejó de percibir y todos los perjuicios que sufrió con ocasión de la medida adoptada por la entidad <sup>(121)</sup> , por ejemplo, cuando se modifica unilateralmente el contrato suprimiendo o adicionando obras, trabajos, suministros o servicios, en aras de evitar la paralización del servicio o la afectación grave del servicio público que se debía satisfacer <sup>(122)</sup> .	X	X	
Conformar un equipo interdisciplinar en el que participen las áreas jurídica, financiera, contractual y al/la interventor/a <sup>(123)</sup> y todas/os las/los demás que la entidad considere necesarias/os <sup>(124)</sup> , con el fin de establecer la reparación correspondiente.	X	X	
Reconocer al/la contratista, los mayores gastos en que incurrió para ejecutar el contrato, sin utilidades ni perjuicios, como consecuencia de los imprevistos, por ejemplo, la caída de un puente que es paso obligado para el transporte de materiales para la obra, la pluviosidad excepcional o la alteración del orden público <sup>(125)</sup>			X
Conformar un equipo interdisciplinar en el que participen las áreas jurídica, financiera, contractual y al/la interventor/a <sup>(126)</sup> y todas/os las/los demás que la entidad considere necesarias/os <sup>(127)</sup> , con el fin de establecer el valor que corresponde al/la contratista como compensación en los términos mencionados previamente.			X
Revisar y no rechazar de plano las solicitudes realizadas por el/la contratista cuando se haya incluido un porcentaje de Administración, Imprevistos y Utilidad (AIU) en el contrato, toda vez que el porcentaje destinado para tal puede ser insuficiente <sup>(128)</sup> . En todo caso si el/la contratista no logra demostrar que esta partida resultó Insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante su ejecución, no habrá lugar al restablecimiento del equilibrio del contrato <sup>(129)</sup> .	X	X	X
Tener en cuenta que, aunque el/la contratista no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosés o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos, no significa que haya perdido el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato <sup>(130)</sup> .	X	X	X
Tener en cuenta que, si la modalidad de pago del contrato de obra fue el precio global <sup>(131)</sup> , aún bajo esta modalidad es procedente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de obra pública <sup>(132)</sup> , cuando se ha roto por circunstancias imputables a la Administración.	X	X	X
Organizar una carpeta en donde consten las medidas que tome la entidad para el restablecimiento económico del contrato del/la contratista.	X	X	X

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

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

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

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

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

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

## MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA

Directora General.

### <NOTAS DE PIE DE PÁGINA>

**1. A continuación, se menciona el número de entidades públicas del orden nacional demandadas por 2. causa: (i) 95 por desequilibrio económico del contrato por actos o hechos de la entidad contratante; (ii) cc 29 por desequilibrio económico del contrato teoría de la imprevisión y (iii) 15 por desequilibrio económico del contrato por el hecho del príncipe. Información suministrada por el Sistema Único de Información Litigiosa del Estado eKOGUI con corte 31 de marzo de 2023. m**



