

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO, PERSONA Y SOCIEDAD

CON ÉNFASIS EN CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA

Rector:

Dr. Juan Carlos Henao

Secretaria General:

Dra. Martha Hinestrosa Rey

Decana Facultad de Derecho:

Dra. Adriana Zapata Giraldo

Director de Departamento de Derecho Civil:

Dr. Felipe Navia Arroyo

Director de tesis:

Dr. José Félix Chamie Gandur

**PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA MAYOR
PERMANENCIA EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA
Aspectos doctrinales y jurisprudenciales**

Alumno:

HANS LEONARDO NEIRA GAITÁN

Trabajo de grado para optar al siguiente título:

**Magíster en Derecho Privado, Persona y Sociedad
con énfasis en Contratación Contemporánea**

(Promoción: 2019-2020)

Tutor: Dr. José Félix Chamie Gandur

Universidad Externado de Colombia

Facultad de Derecho

Bogotá, D.C., marzo de 2021

PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA MAYOR PERMANENCIA EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Aspectos doctrinales y jurisprudenciales

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO.

I. EL CONTRATO DE OBRA, ASPECTOS GENERALES Y VICISITUDES DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.

A. ASPECTOS DEL CONTRATO DE OBRA EN GENERAL COMO INSTRUMENTO NEGOCIAL PARA LA REALIZACIÓN DE UNA OBRA MATERIAL. CARÁCTER SINALAGMÁTICO Y RECIPROCIDAD DE PRESTACIONES.

1. Aspectos del contrato de obra en general. Características principales: sinalagmático, conmutatividad, y reciprocidad de prestaciones para mantener el equilibrio contractual.
 - a. Tipo de prestación: de hacer (facere).
 - b. Definición jurídica.
 - c. Elementos principales.
 - d. Características especiales.

2. Tipos de contratos de obra.

B. ASPECTOS PARTICULARES DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA: CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO QUE CONSTITUYEN CAUSAS DE LA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA PÚBLICA.

1. Circunstancias sobrevenidas que afectan la ejecución del contrato de obra pública, generando imposibilidad sobrevenida de la prestación y mayor duración de la obra.
 - a. La imposibilidad sobrevenida de la prestación.
 - b. Modificaciones contractuales ante la imposibilidad sobrevenida.
2. Prórroga o suspensión de la obra por circunstancias sobrevenidas. Incidencia en el plazo de ejecución de la mayor duración de la obra pública.
 - a. Prórroga o suspensión del contrato de obra pública.
 - b. Plazo de ejecución. Elemento esencial en el contrato de obra pública.
 - c. El transcurso del tiempo en sí mismo no genera la mayor permanencia en obra.

CAPÍTULO SEGUNDO.

II. ANALISIS DE LOS PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA, A FAVOR DEL ARTÍFICE O CONSTRUCTOR. DAÑO, IMPUTACIÓN, DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS Y MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL. FACTOR DE OPORTUNIDAD.

A. LAS CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS NO DEBEN SER IMPUTABLES AL ARTÍFICE DE LA OBRA PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA MAYOR DURACIÓN EN OBRA.

1. Concepto y presupuestos de la mayor permanencia en obra. El artífice no debe ser el causante de las circunstancias sobrevenidas que dieron lugar a las modificaciones

contractuales: prórroga o suspensión. Circunstancias ajenas a su esfera de control o causa extraña.

- a. Concepto de mayor permanencia de obra: Stand by.
- b. Presupuestos de orden jurisprudencial.
 - a. Daños o sobrecostos en la mayor permanencia en obra.
 - b. No atribución de imputabilidad al artífice o constructor de la obra.
 - c. Causa extraña de las circunstancias sobrevenidas.
 - d. Pandemia, como causa de fuerza mayor. Características generales.
 - e. Fuerza mayor en contratos internacionales. FIDIC - Libro Rojo.
2. Imputación del daño al dueño de la obra. Nexo causal entre el incumplimiento, la modificación contractual *ius variandi*, el hecho del príncipe y la mayor permanencia en obra.
 - a. Imputación al dueño de la obra por incumplimiento.
 - b. Imputación al dueño de la obra por modificación unilateral contractual o *ius variandi*.
 - c. Imputación al dueño de la obra por teoría del hecho del príncipe. Pandemia.
3. Concepto de riesgo y su distribución en el contrato de obra. Riesgo previsible por mayor permanencia en obra.
 - a. Concepto de riesgo en el contrato de obra en general.
 - b. Distribución de riesgos. Tipificación, estimación y asignación del riesgo por mayor permanencia obra.

B. EQUILIBRIO CONTRACTUAL, FRENTE A LA MATERIALIZACION DE LA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA. ALEA QUE EXCEDE EL IMPREVISTO “I” DE LA PARTIDA AIU. FACTOR DE OPORTUNIDAD.

1. Equilibrio contractual - Teoría de la imprevisión. Alea que exceden el componente imprevisto “I” de la partida AIU. Mantenimiento del equilibrio económico en la mayor permanencia en obra.
 - a. El equilibrio contractual. Teoría de la imprevisión como causa de ruptura del equilibrio contractual. Aplicación en tiempos de pandemia en el ámbito del contrato de obra.
 - b. Partida AIU. Finalidad del componente “imprevistos” (I).
2. El artífice o constructor de la obra tiene la obligación de informar y solicitar en su debida oportunidad al dueño de la obra, el reconocimiento de sobrecostos por mayor permanencia en obra.
 - a. Factor de oportunidad. Deber de informar los sobrecostos por mayor permanencia en obra.
 - b. Efectos de guardar silencio. No Renuncia tácita.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA

**PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA MAYOR
PERMANENCIA EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA**
Aspectos doctrinales y jurisprudenciales

Hans L. Neira Gaitán

RESUMEN. Este estudio pretende identificar los presupuestos para que proceda el reconocimiento de la mayor permanencia en el contrato de obra pública, desde el análisis de su tipología contractual, daño o sobrecostos, imputación y distribución de riesgos; hasta el mantenimiento del equilibrio contractual, con fundamento en la teoría de la imprevisión.

ABSTRACT. This studio aims to identify the budgets for the recognition of the longest permanence in the public construction contract, from the analysis of its contractual typology, damage or cost overruns, allocation and distribution of risks; until the maintenance of contractual equilibrium, based on the theory of unforeseen.

PALABRAS CLAVE. Mayor permanencia en el contrato de obra pública, sobrecostos, imputación, riesgos y equilibrio contractual.

KEYWORDS: Longer permanence in the public construction contract, cost overruns, allocation, risks and contractual equilibrium.

SUMARIO. I. El contrato de obra, aspectos generales y vicisitudes durante la ejecución contractual. II. Análisis de los presupuestos para el reconocimiento de la mayor permanencia en obra, a favor del artífice o constructor. Daño, imputación, distribución de riesgos y mantenimiento del equilibrio contractual. Factor de oportunidad.

INTRODUCCIÓN

El contrato de obra es una de las figuras típicas contractuales más utilizadas en el derecho contemporáneo y en todos los tiempos -desde el derecho romano y el derecho común-, en cuya fase de ejecución pueden presentarse múltiples riesgos que pueden afectar el equilibrio económico del contrato dado su carácter bilateral, sinalagmático, y la reciprocidad de sus prestaciones. Uno de aquellos riesgos que suele materializarse en la *praxis* consiste en la mayor permanencia en obra por causas no imputables al contratista de obra, el cual ha sido objeto de análisis y desarrollo principalmente desde el ámbito jurisprudencial y arbitral, pero en muy poca medida en el doctrinal.

En ese sentido, la principal justificación de este estudio consiste en que, si bien es cierto la jurisprudencia del Consejo de Estado y los tribunales de arbitramento han señalado algunos criterios sobre los presupuestos para que proceda el reconocimiento de la mayor permanencia en obra, lo cierto es que otros requisitos se escapan o se encuentran dispersos en sus lineamientos, en virtud de que se trata de un tema muy específico en la fase de ejecución del contrato de obra que dependerá de la causa de su origen, según cada caso en concreto y particular.

De otro lado, el objeto no es tan pacífico a la hora de enfrentarse a los hallazgos que suelen formularse y evidenciarse por parte de los entes de control; especialmente cuando se efectúan reconocimientos y pagos de valores por concepto de mayor permanencia en obra sin cumplir o agotar los presupuestos generales sostenidos por la línea jurisprudencial del Consejo de Estado. Además, hoy en día, en virtud de la Ley 2020 de 2020, se pondrá mucho ojo en la lupa sobre aquellas *obras inconclusas*; cuyo registro deberá incorporar -entre otras informaciones-, las modificaciones contractuales¹.

Por lo anterior, abordaremos en el primer capítulo el objeto de estudio de la mayor permanencia en obra desde los aspectos generales del tipo contractual, relacionado con su origen, tipo de prestación, y definición jurídica, con un breve panorama de derecho comparado.

Para dar contexto a la relación económica que subyace al contrato, se recordarán los elementos principales del contrato de obra, como son: las partes o sujetos intervinientes, finalidad, actividad u objeto principal, y sus obligaciones generales. Enseguida, se explicarán sus características principales o especiales del tipo contractual, las cuales sirven de fundamento preliminar para el contexto en que se presenta la mayor permanencia en obra: carácter bilateral o sinalagmático, oneroso, conmutativo, de carácter principal, consensual, de tracto sucesivo, de resultado.

También examinaremos de forma breve los tipos de contratos de obra, desde la perspectiva de las partes contractuales: obra privada o pública según el sujeto, enfocándonos

¹ L. 2020 de 2020: “Por medio de la cual se crea el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones”. Art. 4. “Contenido. (...) Lit. m) Contratos celebrados para la construcción o continuación de la obra civil, adiciones, modificaciones, prórrogas y demás actos contractuales, (...)”.

principalmente en esta última, en tanto que allí se materializa el objeto de estudio. Se plantea allí un paralelo específico con la Ley 9 de Contratos del Sector Público de 2017 de España (LCSP)², pues incorpora una clasificación más específica y novedosa sobre los contratos de obra pública; así como una especial referencia al nuevo concepto de infraestructura asociado al concepto de red.

A su vez trataremos las causas que dan lugar a la denominada mayor permanencia en obra, o bien, la mayor duración del contrato de obra pública. Veremos las circunstancias sobrevenidas o vicisitudes que pueden incidir en el sinalagma funcional quebrando el equilibrio de la relación, por ejemplo, afectando el elemento del plazo en la ejecución del contrato de obra pública, precisamente por las modificaciones contractuales de prórroga o suspensión. Aquí se conceptualizará estas últimas figuras jurídicas desde varias aristas, primordialmente desde la teoría de la causa, para fijar con una premisa fundamental: “El transcurso del tiempo, *per se*, no genera la mayor permanencia en obra”.

En el segundo capítulo comenzaremos con el concepto de mayor permanencia en obra o *stand by*, y los presupuestos generales para que proceda su reconocimiento según la línea jurisprudencial del Consejo de Estado. A renglón seguido, como quiera que los presupuestos señalados por la alta corporación se encuentran dispersos o por desarrollar, nos daremos en la tarea de profundizar cada presupuesto, partiendo del daño o sobrecosto en la mayor permanencia en obra -con el límite del AIU que retomaremos nuevamente en el apartado del equilibrio contractual-, pasando por el análisis de la no imputación al dueño de la obra, y la eximente de responsabilidad por causa extraña o fuerza mayor.

Es de anotar que, frente a la fuerza mayor dadas las circunstancias actuales en que vivimos, la óptica que utilizaremos será bajo el lente de una visión especial en tiempos de pandemia, ahondando en sus características, cuyo tema se planteará desde varios escenarios: i) fuerza mayor; ii) imputación al dueño de la obra por aplicación de la teoría del hecho del príncipe; y iii) teoría de la imprevisión por excesiva onerosidad; acorde con la exigencia de mantener del equilibrio contractual. En este mismo *ítem* de la fuerza mayor en relación con la pandemia, se tendrá en cuenta el ámbito de los contratos internacionales de construcción (FIDIC - Libro Rojo), así como una comparación puntual frente a la Ley 9 de Contratos del Sector Público de 2017 de España (LCSP), en tanto contempla un derecho a la indemnización a favor del cocontratante en los eventos de fuerza mayor, aplicable en tiempos de pandemia.

Una vez analizado el daño y la no imputación al artífice o constructor, haremos un viraje al otro extremo contractual, como es el dueño de la obra o entidad contratante, a quien se le puede atribuir las siguientes causas: i) incumplimiento; ii) modificación unilateral contractual o *ius variandi*; y iii) teoría del hecho del príncipe, con la lectura en tiempos de pandemia (caso práctico).

² L. 9 de Contratos del Sector Público de 2017 de España (LCSP) “*Por la que se transponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*”.

Por orden esquemático, continuaremos con la distribución de riesgos y, para ello, primero nos detendremos en la tipificación, estimación y asignación del riesgo por mayor permanencia obra; para luego entrar en el tema central del mantenimiento del Equilibrio contractual, en caso que se exceda el componente imprevisto “I” de la partida AIU. Lo anterior, acompañado de las causas y justificaciones para que opere el principio del mantenimiento del equilibrio económico, con algunas consideraciones particulares en torno a la teoría de la función social del contrato, acorde con la teoría de la imprevisión en los contratos de obra pública.

Así mismo, pretendemos señalar nuestra posición, según la cual el incumplimiento en sí mismo no puede considerarse causal de ruptura del equilibrio económico del contrato, habida cuenta de la posibilidad de excusarse el mismo en caso de vicisitudes en el sinalagma causadas por eventos sobrevenidos no imputables a las partes y fuera de la esfera de control del contratante afectado. Sin lugar a dudas, tampoco se podrá dejar de abordar la excesiva onerosidad con sus diferentes causas y regulaciones en el derecho nacional y comparado, acorde con el límite de sobrecostos que exceden los riesgos normales previsibles en el componente “I” del AIU. Ahora bien, de acuerdo con la exigencia del principio del equilibrio contractual en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se indicará -tal como advertimos arriba en el apartado de la fuerza mayor- el escenario de la pandemia, en tanto tiene puntos de conexión con la excesiva onerosidad de la prestación.

De otro lado,, se estudiará el último de los presupuestos en relación con la oportunidad de informar los daños o sobrecostos ocasionados por la suspensión o prórroga. Esta postura se ve atemperada con los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, que implican un giro de interpretación jurídica que consideramos oportuno y menos restrictivo para resolver asunto, sin perjuicio de cada caso en particular.

Finalmente, consolidaremos los presupuestos jurídicos identificados a lo largo del escrito, para efectos de que proceda eventualmente el reconocimiento de la mayor permanencia en obra a favor del artífice o contratista de obra, con nuestra respectiva posición jurídica. Así mismo, trataremos de dar nuestras recomendaciones finales, en aras de poner en consideración algunos aspectos que pueden resultar útiles en esta materia objeto de estudio. En este sentido, en el *exitus* del trabajo se presentarán algunas breves reflexiones para hacer frente a la mayor permanencia en obra en tiempos de pandemia. Sin duda este es un hecho notorio que afecta de manera directa o indirecta cualquier tema que se analice en el ámbito de la contratación contemporánea y que, con toda seguridad, la cuestión deberá comprender de manera sustancial la existencia de una verdadera “cooperación entre las partes, que está basada en la buena fe y la equidad”³, articulada con un deber de solidaridad y la justicia contractual.

³ CHAMIE, José. “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato”. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia, 2008, ene-jun, 2008, 14, p. 115. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/552> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

CAPÍTULO PRIMERO.

I. EL CONTRATO DE OBRA, ASPECTOS GENERALES Y VICISITUDES DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.

A. ASPECTOS DEL CONTRATO DE OBRA EN GENERAL COMO INSTRUMENTO NEGOCIAL PARA LA REALIZACIÓN DE UNA OBRA MATERIAL. CARÁCTER SINALAGMÁTICO Y RECIPROCIDAD DE PRESTACIONES.

Antes de analizar los aspectos del contrato de obra en general, resulta indispensable previamente hacer una breve consideración sobre el concepto de “obra” en un sentido amplio, para efectos de referirnos a un sentido restringido a la confección de la obra material.

En ese sentido, obra “viene del latín *opera* (trabajo)”⁴ y, se entiende como el “[t]rabajo que cuesta, o tiempo que requiere la ejecución de una cosa”⁵, o también “[...] recibe el nombre de obra cualquier producto o trabajo humanos ⁶ o de una “[c]osa hecha o producida por un agente”⁷. No obstante, para algunos autores se trata de una palabra muy general o vaga, que no distingue si se trata de una obra material o inmaterial; aunque para otros, esta distinción resulta innecesaria⁸. Pese a ello, nos centraremos en la confección de una obra material como objeto principal del contrato de obra.

1. Aspectos del contrato de obra en general. Características principales: sinalagmático, conmutatividad, y reciprocidad de prestaciones para mantener el equilibrio contractual.

Sea lo primero señalar que detrás de cada figura jurídica se encuentra la autonomía privada o dispositiva como garantía constitucional del principio de libertad inherente a cada individuo, en el sentido que las partes tengan plena autonomía para escoger el tipo contractual o negocio jurídico específico con su respectivo contenido, con los límites que impone el orden público y las buenas costumbres. Dicho en otros términos, las partes

⁴ *Diccionario etimológico español en línea* (2019). Disponible en: <http://etimologias.dechile.net/?obra> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

⁵ *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano de Literatura, Ciencias, Artes, etc.* Tomo XV. Montaner y Simón (Barcelona) y W. M. Jackson, Inc, (Nueva York) (eds.), publicado entre 1887 y 1910.

⁶ *Diccionario Jurídico Colombiano*. Tomo II. 14ed. Bohórquez B, Luis F y Bohórquez B, Jorge I. (eds.), Editora Jurídica Nacional, 2016.

⁷ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. [en línea] edición del tricentenario, 2019. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=QnrhaT6> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

⁸ Cfr. PODETTI, Humberto. *Contrato de construcción*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 44; TAPIA, Antonio. *El contrato de obra por empresa*. Madrid: Reus, 2016, p. 35, cita Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, Exposición de Motivos, VI. Libro Quinto: De los contratos mercantiles en particular, apartado 11, VI-59, VI-60 y VI-61, quien afirma que “[...] lo relevante no es la materialidad o inmaterialidad de la obra o resultado, sino la naturaleza de los derechos que puedan derivarse de la obra y la efectiva atribución de estos derechos al comitente de ella”.

pueden disponer de sus propios intereses o autorregularlos, conforme a las figuras que dispone la ley o creando nuevos instrumentos negociales para alcanzar sus finalidades⁹.

Lo anterior para sostener que, aunque la figura del contrato de obra en el derecho privado es lacónica en su regulación¹⁰, las partes pueden acudir a otras especies que se derivan del contrato de obra como categoría general, verbigracia, los contratos EPC¹¹ o “llave en mano”, entre otros. Dichas figuras atípicas se desprenden del contrato de obra o construcción, con fuerte presencia a nivel internacional en los modelos FIDIC¹². Con todo, el contrato de obra sigue siendo un gran instrumento negocial de utilización de impacto económico que no puede dejar de perderse de vista en la contratación contemporánea¹³, máxime cuando las grandes obras de concesión e infraestructura tienen su base prístina en aquella tipología, pero con mayor avance en la distribución de riesgos dada sus complejidades y sujetos que intervienen.

Parece entonces necesario puntualizar que en la autonomía privada y la libertad contractual de escoger el tipo negocial, notamos que también viene aparejada a su vez la libertad de determinar el contenido, lo cual se verá reflejado inexorablemente en la inclusión de cláusulas¹⁴ para alcanzar el fin de la obra material. Siendo ello así, las partes tienen la facultad de incluir dentro del contenido del contrato de obra la cláusula de distribución de riesgos, así como acordar el contenido de las modificaciones contractuales que inciden en el plazo de ejecución, ante eventos sobrevenidos que afectan directamente la fase de ejecución contractual o sinalagma funcional -estrictamente hablando-, generando como efecto inmediato la mayor duración del contrato, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos para el reconocimiento de la denominada jurisprudencialmente mayor permanencia en obra. Estos presupuestos se tratarán en el segundo capítulo como se dijo.

Sin embargo, hay que aclarar que, si bien “[l]a *autonomía negocial* de las entidades administrativas, estén regidas por normas de derecho privado o por el Estatuto General de

⁹ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: El negocio Jurídico*. v. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 121, 235, 280; ALARCÓN, Fernando. *La incidencia del silencio en los contratos. Génesis y aplicación de la regla "Quit tacet, consentire videtur"*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 157-159; BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. A. Martín Pérez (trad.) 2ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 72-73.

¹⁰ A diferencia de la legislación argentina y peruana, las cuales contienen una definición propia del contrato de obra (art. 1251 Ccc. Arg. y art. 1771 C.C. Per.).

¹¹ EPC: *Engineering, Procurement and Construction* (ingeniería, adquisiciones y construcción, por sus siglas en inglés).

¹² FIDIC: *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (Federación Internacional de Ingenieros Consultores, por sus siglas en francés).

¹³ PODETTI, Humberto. *Contrato de construcción*. ob. cit., p. 17; PRADO, Arturo. “El contrato general de construcción, y en especial la modalidad EPC y sus principales características”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2, 2014, p. 771-772, 769, Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/137053> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020], señala que “[e]l contrato “llave en mano” (*Design and Build or Turnkey*) toma el nombre de la modalidad EPC, cuando el contratista asume las obligaciones propias del constructor (*construction*), adquiere los suministros (*procurement*) y desarrolla la ingeniería del proyecto (*engineering*)”.

¹⁴ Cfr. HINESTROSA, Fernando. *El negocio Jurídico*. v.1. ob. cit., p. 318; BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. ob. cit., p. 119.

Contratación Pública, constituye un pilar fundamental de la actividad contractual del Estado”¹⁵, también es cierto que si una de las partes del contrato de obra es una entidad estatal: i) la *libertad contractual* se encuentra limitada por los diferentes principios que rigen la contratación estatal, con plena observancia de los procedimientos establecidos por la ley y los fines que persigue; ii) la *libertad de escoger la tipología del contrato*, es amplia en su reconocimiento según las necesidades a satisfacer; y iii) la *libertad para determinar el contenido*, tiene pleno fundamento jurídico en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ¹⁶, con las restricciones generales y particulares que puedan aplicar¹⁷; por ejemplo, en cuanto lo reglado en la Ley 1882 de 2018¹⁸, el Decreto 342 de 2019¹⁹ y la Ley 2022 de 2020²⁰, sobre la implementación y uso obligatorio de los *documentos tipo* para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Hechas estas breves consideraciones preliminares sobre la libertad contractual, abordemos entonces los aspectos generales y las características del contrato de obra que nos ocupa; tipología donde se enmarca el objeto de estudio referente a la mayor permanencia en obra.

a. Tipo de prestación: de hacer (*facere*).

Si bien es cierto la naturaleza jurídica del contrato de obra corresponde a una prestación de dar o hacer, dependiendo de quién aporte los materiales según lo dispuesto en el art. 2053 del C. C. Colombiano, sostenemos que, en estricto sentido, la prestación del contrato de obra obedece a la categoría de arrendamiento de obra conforme al art. 1973²¹ del mismo código. Es decir, realmente consiste en una prestación positiva de hacer o *facere* con la finalidad de ejecutar o confeccionar una obra material; esto es, en presencia de una obligación de resultado²².

¹⁵ CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de mayo de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, 50117.

¹⁶ Art. 40 L. 80 de 1993 “*Del contenido del contrato estatal*. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. (...)”.

¹⁷ Cfr. EXÓSITO, Juan. “Autonomía de la voluntad, competencias regladas y discrecionales en el contrato estatal”. En: SANTAELLA, Héctor (ed.). *Las transformaciones de la Administración Pública y del Derecho Administrativo. La reinención de los instrumentos jurídicos y materiales utilizados por la Administración. Homenaje al profesor Luciano Vandelli. Tomo II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, sec. 12, [Versión digital].

¹⁸ Íd. L. 1882 de 2018 “*Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones*”.

¹⁹ Íd. Dec. 1042 de 2019, por medio del cual se reglamenta los “*Documentos Tipo*” para procesos de selección de contratos de obra pública de infraestructura de transporte.

²⁰ L. 2022 de 2020 “*Por la cual modifica el artículo 4 de la ley 1882 de 2018 y se dictan otras disposiciones*”.

²¹ Art. 1973 C.C. Col.: “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a *ejecutar una obra* o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

²² HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. 3ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 212; GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *Derecho Romano. Obligaciones y Contratos II. Fuentes – Recopilación*. ob. cit., p. 213, quien fundamenta el concepto de la *locatio conductio operis*, afirmando que “[s]iempre que se da algo a *hacer* hay locación (Paulo 34 ed)” consistente en una obligación de “[r]esultado de

En cierto modo, si realizamos un simple ejercicio de comparación con algunas regulaciones del derecho uniforme, tales como los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PICC)²³, y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL)²⁴, observamos que la tradicional tripartición de dar, hacer y no hacer, se transforma en una novedosa clasificación de dos tipos: i) obligaciones dinerarias o pecuniarias; y ii) obligaciones no dinerarias o no pecuniarias. Esto para significar que las obligaciones de hacer, se encuentran contenidas en este último grupo, por cuanto las primeras únicamente se cumplen o satisfacen con la prestación de dar una suma dineraria o pecuniaria.

b. Definición jurídica.

A nuestro entender, podemos definir el contrato de obra de manera amplia, como aquel contrato mediante el cual una persona natural o jurídica denominada dueño o *dóminus*²⁵ de la obra, propietario o comitente, encarga la ejecución de una prestación de hacer una obra, trabajo material o resultado sobre un bien inmueble a otra persona llamada artífice o *Artífex-ficis*²⁶, constructor, empresario o contratista de la obra, a cambio de un precio o una remuneración, bajo su propia autonomía e independencia, lo que descarta de plano la subordinación²⁷.

Para un mayor panorama sobre las definiciones en otros códigos civiles y comerciales sobre arrendamiento o contrato de obra, se pueden consultar las disposiciones de los códigos civiles

un trabajo. D. 2, 22, 2. (...) (Ulpiano 32 ed.)”; GROSSO, Giuseppe. *Las obligaciones: contenido y requisitos de la prestación*. Fernando Hinestrosa (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 42-43; OSPINA, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. 8ed. Bogotá: Temis, 2019, p. 25; ORTÍZ, Álvaro. *Manual de obligaciones*. 7ed. Bogotá: Temis, 2019, p. 8.

²³ Arts. 7.2.1 y 7.2.2 (Cumplimiento de obligaciones dinerarias y no dinerarias) PICC.

²⁴ Arts. 9:101 y 9:102 (Obligaciones pecuniarias y no pecuniarias) PECL.

²⁵ *Diccionario Enciclopédico Quillet*. Tomo Tercero. Editorial Argentina Aristides Quillet S.A., Buenos Aires, W. M. Jacson, Inc. México, New York, Panamá, 1972, “(del latín *dóminus*: señor domus: casa)”, esto es, “[e]l que tiene dominio o señorío sobre una persona o cosa”.

²⁶ MARÍN, Óscar. *Responsabilidad por defectos en la construcción. Causales de exoneración de responsabilidad*. Bogotá: Ibáñez, 2017, p. 80, señala en nota al pie de página: “Etimológicamente el término Artífice proviene del latín *Artífex-ficis* que significa: Persona que ejecuta científicamente una obra mecánica o aplica a ella alguna de las bellas artes”.

²⁷ ARCE, David. “El contrato de obra, razones de los órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas”. *Revista Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, vol. 52, núm. 105, abril, 2003, p. 282, Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14849> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020]; BONIVENTO, José. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. 16 ed. Bogotá: Librería ediciones del Profesional Ltda., 2004, p. 577; TAPIA, Antonio. *El contrato de obra por empresa*. ob. cit., 2016, p. 26; TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I. 2ed. Bogotá: Legis, 2015, p. 1377; GÓMEZ, César. *De los principales contratos civiles*. 4ed. Bogotá: Temis, 2008, pp. 364-365; Arts. 1973, 2053 y ss. C.C. Col.

de España de 1889²⁸, de Chile de 1855²⁹, del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina de 2014³⁰ y del Perú de 1984³¹.

Con todo, al margen del concepto de obra clásico, conviene señalar que en la actualidad se utiliza una noción más moderna relacionada con la *infraestructura*, la cual se encuentra íntimamente ligada al elemento principal de *redes*³². Éste nuevo enfoque de infraestructura, “denota algo más que la construcción tangible y por ello es especialmente idónea para los sectores de actividades muy tecnificados”³³; verbigracia, los proyectos de cuarta y quinta generación de obras de infraestructura (4G y 5G) que se integran a la red vial nacional.

c. Elementos principales.

Del concepto se evidencian los elementos del contrato de obra (género), o de construcción o infraestructura (especie) como son: i) *Artífice*³⁴ o constructor de la obra, quien es el “profesional –ingeniero civil- encargado por el dueño de adelantar la construcción del edificio o levantamiento de la estructura”³⁵; ii) *Dueño de la obra*³⁶, propietario o gestor del proyecto, es “la persona que encarga a otra, llamada constructor, la construcción de un

²⁸ Art. 1544 C.C. Esp. “En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”.

²⁹ Art. 1915 C.C. Chl. “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

³⁰ Art. 1251 Ccc. Arg. “Definición. Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución.

El contrato es gratuito si las partes así lo pactan o cuando por las circunstancias del caso puede presumirse la intención de beneficiar”.

³¹ Art. 1771 C.C. Per. “Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución”.

³² Cfr. ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, [Versión digital], pp. 651-654, sostiene que “[I]o que diferencia el viejo concepto de obra pública del más moderno de infraestructura es la posibilidad de que en éste último se integren elementos no tangibles (servicios) y, sobre todo, su contenido finalista en el sentido de que engloba todo lo indispensable para que funcione una organización. (...) Todas las infraestructuras son *redes* o se encuentran conectadas a una *red*, (...)” y, por tanto, concluye el autor español que “toda obra pública no susceptible de ser concebida como una *red* o parte de la misma no debe ser considerada como infraestructura”.

³³ Íd.

³⁴ “El que es causa de alguna cosa; autor”: *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano de Literatura, Ciencias, Artes, etc.* Tomo VI. Montaner y Simón (Barcelona) y W. M. Jackson, Inc, (Nueva York) (eds.), publicado entre 1887 y 1910; “Persona que ejecuta una obra con habilidad o destreza”: Real Academia Española (2018). *Diccionario de la lengua española*, edición del tricentenario. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=3rLvGGi>

³⁵ VALLEJO, Felipe. “Responsabilidad profesional en la construcción de obras”. *Revista digital de Derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia, jul-dic, 2007, 20, p. 104. Disponible en: <https://revistas.uxernado.edu.co/index.php/derest/article/view/706> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

³⁶ *Diccionario Enciclopédico Quillet*. Tomo Tercero. Editorial Argentina Aristides Quillet S.A., Buenos Aires, W. M. Jacson, Inc. México, New York, Panamá, 1972; *Diccionario Hispanoamericano de Derecho*. Tomo I. Grupo Latino Editores, 2008, “Persona que tiene derecho de propiedad de un bien y puede ejercerlo, limitado solo por la ley y los contratos que hubiere realizado”.

edificio o de una estructura cualquiera”³⁷; iii) *Finalidad*: actividad u objeto principal, consistente en la confección de una obra material que recae sobre un “bien inmueble”³⁸; iii) *Tipo de prestación*: de hacer (*facere*); y iv) *Obligaciones generales*: comprenden *grosso modo*, la realización de la obra de una parte -sin subordinación-, y el pago del precio por su contraparte.

Además, pueden existir otros sujetos intervinientes que no son parte del contrato de obra, pero que pueden ser responsables en cuanto al desempeño de sus funciones según la complejidad de cada obra o proyecto de construcción, tales como: diseñadores, arquitectos, ingenieros, calculistas, interventores, supervisores, directores de obra, auxiliares de la construcción y el consumidor³⁹.

d. Características especiales.

Conviene determinar las características principales del contrato de obra en general, para luego enfocarnos en las específicas que permitan fundamentar el mantenimiento del equilibrio contractual durante su fase de ejecución contractual. Valga entonces señalar, que el contrato de obra se caracteriza por ser bilateral o sinalagmático, oneroso, conmutativo, principal, consensual –y solemne en tratándose de la celebración del contrato estatal-, de duración o tracto sucesivo, de resultado y, de contenido económico o patrimonial⁴⁰.

Veamos en concreto cada uno de los caracteres especiales:

- i. Es de carácter *bilateral* o *sinalagmático*, con fundamento jurídico en el art. 1496 del C. C.⁴¹; por cuanto “se perfecciona con el consentimiento de dos o más partes”⁴² y en la ejecución de sus prestaciones existe *reciprocidad* de las obligaciones; es decir, cada uno de los extremos contractuales se encuentran en posición de acreedor y deudor⁴³.

³⁷ VALLEJO, Felipe. “Responsabilidad profesional en la construcción de obras”. *Revista de Derecho del Estado*. ob. cit., p. 97.

³⁸ Cfr. PODETTI, Humberto. *Contrato de construcción*, ob. cit., 2004, p. 50, quien afirma que “[e]l contrato de construcción tiene como resultado una obra inmueble, a diferencia de todos los demás contratos de obra, cuyo resultado son obras muebles o inmateriales”.

³⁹ Cfr. MARÍN, Óscar. *Responsabilidad por defectos en la construcción. Causales de exoneración de responsabilidad*. ob. cit., pp. 67-91.

⁴⁰ BONIVENTO, José. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. ob. cit., p. 579; ARCE, David. “El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas”. ob. cit., p. 283; Pérez de la Cruz, A., y Peinado García, I., *Lección 34. Los contratos de obra, el depósito mercantil y el contrato de edificación, en Lecciones de Derecho Mercantil*, v. II, CIVITAS TOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 126, citado por TAPIA, Antonio. ob. cit., p. 26; FORTICH, Silvana. *Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 65-67; CE, Sección Tercera, Subsección C, 6 de julio de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 39.122.

⁴¹ Art. 1496 C.C. Col. “El contrato es (...) *bilateral*, cuando las partes contratantes *se obligan recíprocamente*”.

⁴² BIANCA, Cesare. *Derecho civil n.º 3: el contrato*. HINESTROSA, Fernando y CORTÉS, Edgar (trads.). 2ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 24.

⁴³ Cfr. OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo. *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*. 7ed. Bogotá: Temis, 2018, p. 53, el autor sostiene que la denominación de sinalagmático es solo “tautológica porque

Resaltamos el carácter sinalagmático, en el sentido que cada prestación sea la de hacer la obra por parte del artífice o la de dar el precio a cargo del dueño de la obra, involucran una reciprocidad e interdependencia de prestaciones con fundamento en el principio de la buena fe, pues esta permite valorar en cada caso concreto su proporcionalidad y el equilibrio de ellas⁴⁴.

- ii. Es de carácter *oneroso*, con fundamento jurídico en el art. 1497 del C. C.⁴⁵, si las partes obtienen utilidad o ánimo de lucro⁴⁶, en concordancia con uno de los elementos esenciales, como es el precio o “*merced* por el trabajo”⁴⁷ u obra material. Es decir, “[l]os negocios jurídicos, como su nombre lo indica, cuestan”⁴⁸.
- iii. Es de carácter *conmutativo*, con fundamento jurídico en el art. 1498 del C. C.⁴⁹; cuando sus prestaciones “*se miren como equivalentes*’ entre sí, o sea, que determinen un cierto equilibrio en la economía del contrato”⁵⁰. Sin duda, es de gran importancia esta nota característica, pues desde la génesis o celebración del contrato sus prestaciones deben mantenerse iguales o equivalentes durante todo el *iter* contractual, independientemente que surjan circunstancias imprevisibles que afecten el sinalagma funcional conforme al artículo 868 del C. Co.⁵¹.

No obstante, en materia de contratación estatal, la doctrina sostiene que se trata de una *conmutatividad especial*, con fundamento en la “igualdad, o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas”⁵² es decir, “la

proviene del griego *synallagma*, que precisamente significa contrato”; ALESSANDRI, Arturo. *De los contratos*. Bogotá: Temis, 2011, p. 18.

⁴⁴ Cfr. NEME, Martha. *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 207-212.

⁴⁵ Art. 1497 C.C. Col. “El contrato es (...) *oneroso*, cuando tiene por objeto la *utilidad de ambos contratantes*, gravándose cada uno a beneficio del otro”.

⁴⁶ Cfr. OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo. *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*. ob. cit., p. 53; ALESSANDRI, Arturo. *De los contratos*. ob. cit., pp. 22-23.

⁴⁷ GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *Derecho Romano. Obligaciones y Contratos II. Fuentes – Recopilación*. ob. cit., p. 213.

⁴⁸ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones, El negocio jurídico*, vol. 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 371.

⁴⁹ Art. 1498 C.C. Col. “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

⁵⁰ OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo. *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*. ob. cit. p. 63.

⁵¹ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: El negocio Jurídico*. v.2. ob. cit., p. 371; ARCE, David. ob. cit., pp. 283-285, Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14849> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

⁵² SANTOFIMIO, Jaime. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 1. Universidad Externado de Colombia, ene-jun, 2009, p. 46. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

conmutatividad es la regla de oro en los contratos del Estado”⁵³. Naturalmente, no podemos desconocer que la doctrina de la equivalencia es lo más privatístico que existe⁵⁴.

- iv. Es de carácter *principal*, con fundamento jurídico en el art. 1499 del C. C.⁵⁵ cuando subsiste por sí mismo. Sin embargo, la doctrina afirma que no hay diferencia entre contratos principales y accesorios, pues solo se debe observar frente a la producción de obligaciones principales o accesorias⁵⁶.
- v. Es de carácter *consensual*, con fundamento jurídico en el art. 1500 del C. C.⁵⁷, que constituye la regla general de perfeccionamiento mediante el consentimiento⁵⁸. Y es de carácter *solemne*, en materia de celebración de un contrato estatal, con fundamento jurídico en el art. 41 de la Ley 80 de 1993⁵⁹, en armonía con el art. 225 del Código General del Proceso para efectos probatorios⁶⁰ toda vez que el documento debe elevarse a escrito, convirtiéndose en un requisito de forma y de perfeccionamiento, para efectos de materializar y reforzar el alcance del contenido de las obligaciones, así como proteger la voluntad de quienes se atan a lo pactado en el contrato⁶¹. Con todo, si el contrato de obra pública no cumple con el requisito de la solemnidad mediante la forma de documento escrito, aquél será inexistente⁶².

⁵³ SAFAR, Mónica. “Una relectura del concepto de equilibrio económico del contrato estatal en la normatividad vigente”. En: Lozano Germán y Covilla Juan (eds.). *Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 456.

⁵⁴ Art. 1498 C.C. Col. “El contrato oneroso es *conmutativo*, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como *equivalente* a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; (...)”; Ver CSJ, cas. civ., 8 de mayo 1979, M.P. Alberto Ospina Botero, G.J. t. CLIX Parte 1, p. 128.

⁵⁵ Art. 1499 C.C. Col. “El contrato es *principal* cuando *subsiste por sí mismo* sin necesidad de otra convención, (...)”.

⁵⁶ Cfr. OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo. *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*. ob. cit., p. 65.

⁵⁷ Art. 1500 C. C. Col. “El contrato es (...) *solemne* cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es *consensual* cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

⁵⁸ Cfr. ALESSANDRI, Arturo. *De los contratos*. ob. cit., p. 31; FORTICH, Silvana. *Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 52-53.

⁵⁹ Art. 41 L. 80 de 1993 “Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

⁶⁰ Art. 225 CGP. “limitación de la eficacia del testimonio. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato. (...)”.

⁶¹ Cfr. FORTICH, Silvana. *Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual*. ob. cit., pp. 65-67.

⁶² Cfr. EXPÓSITO, Juan. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 28-29, afirma que “el contrato estatal es de carácter (...) *solemne*, ya que la manifestación de voluntad, si no se expresa bajo la forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* exigida por la ley, es *inexistente*, es decir, se entiende que el contrato jamás ha sido creado para el mundo jurídico”.

- vi. Es de carácter de *duración, de ejecución o tracto sucesivo* o de “de ejecución diferida en el tiempo’ o ‘que pueden diferirse en el tiempo’”⁶³; puesto que es previsible que solo en este tipo de contratos que comparten esta particularidad, es allí donde se presentan las circunstancias que pueden afectar el *sinalema funcional*. De ahí que, como quiera que se encuentra de por medio la prolongación del factor tiempo, se ubica dentro de un contexto propio de cambios y posibles modificaciones contractuales. En otras palabras, la regla general de los contratos de ejecución sucesiva es el permanente y continuo cambio⁶⁴, lo que conlleva una adecuada distribución de los riesgos.
- vii. Es *de resultado*, “cuando la obtención de este queda incluida en el objeto de aquella”⁶⁵, o “para mostrar la obligación del contratista de asumir el *“alea normal”* en su ejecución, en contraposición con el *“alea anormal”* del contrato previsto para la institución del equilibrio financiero del mismo [es decir,] *lo único que importa es el resultado final*”⁶⁶ o el “resultado útil del propio obrar”⁶⁷. Otros autores sostienen que la obligación de resultado implica que no lo libera, salvo por factores externos o una causa extraña⁶⁸. Lo relevante, entonces, se concreta en el aspecto probatorio, conforme el resultado pactado⁶⁹.
- viii. Es de carácter *patrimonial o de contenido económico*, “en cuanto tiene por objeto relaciones susceptibles de valoración económica”⁷⁰; es decir, “[s]iendo la actividad de construcción o ejecución de obras, por definición del numeral 15 del artículo 20 del C. Co., una actividad comercial, se destaca entonces el carácter patrimonial de los contratos de obra”⁷¹, en concordancia con el art. 864 del C. Co. y el art. 1495 del C. C. como fuente de obligaciones⁷².

⁶³ CE, Sección Tercera, Subsección C, 6 de julio de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 39.122, quien sostiene una posición diferente a la tradicional de tracto sucesivo, por la de “de ejecución diferida en el tiempo” o “que pueden diferirse en el tiempo”.

⁶⁴ Cfr. HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, v. 2., ob. cit., p. 377.

⁶⁵ OSPINA, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. 8ed. Bogotá: Temis, 2019, p. 25.

⁶⁶ CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 5 de septiembre de 2018, C.P. Édgar González López, 2386; parafrasea a: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. T.1., 10ed. Madrid: Civitas, pp. 714 y s.s., explica que “[p]or ello, el contratista asume el mayor riesgo o menor ventura u onerosidad que pueda significar la obtención del resultado: *lo único que importa es el resultado final* - la entrega en plazo de la obra terminada- abstracción hecha de la actividad desplegada por el empresario para llegar a él, y el costo que le haya supuesto llegar al mismo”⁶⁶.

⁶⁷ BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. José Luis de los Mozos (trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 39.

⁶⁸ Cfr. LEAL, Abelardo, y SÁNCHEZ, José. *Responsabilidad civil del contratista en el contrato de obra pública*. Bogotá: Ibáñez, 2020, p. 66.

⁶⁹ Cfr. ORTIZ, Álvaro. *Manual de obligaciones*. 7ed. Bogotá: Temis, 2019, p. 6.

⁷⁰ BIANCA, Cesare. *Derecho civil n.º 3: el contrato*. ob. cit., p. 24.

⁷¹ ESCOBAR, Álvaro. *El contrato estatal de obra*. Bogotá: Ibáñez, 2000, p. 67; citado por MATALLANA, Ernesto. *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. 4ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 950.

⁷² SANTOFIMIO, Jaime. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. ob. cit., p. 15. Disponible en: <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

Recapitulando en lo que más nos interesa, tenemos que, el carácter sinalagmático implica reciprocidad e interdependencia de prestaciones que se miran como equivalentes desde la fase inicial y durante la fase de ejecución contractual⁷³, las cuales deben mantenerse de manera equilibradas, dado su carácter conmutativo, con fundamento en el principio de la buena fe y la equidad.

2. Tipos de contratos de obra.

Respecto a las clases de contratos de obra, existen dos tipos, ora sea privada o pública, dependiendo de la participación de una persona jurídica o entidad pública en alguno de los extremos contractuales. *Ergo*, si el dueño de la obra o parte contratante es una entidad estatal, estamos en presencia de un contrato de obra pública⁷⁴, independientemente del régimen especial de derecho privado que le aplique⁷⁵ acorde con el *criterio subjetivo u orgánico* contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública⁷⁶. Pese a ello; en esencia los aspectos generales y principios que aplican a la figura del tipo contractual no cambian, excepto por las facultades extraordinarias o poderes exorbitantes que se confieren a las entidades estatales o de derecho público, dado los fines perseguidos por el Estado⁷⁷.

En todo caso, es de anotar que el contrato de obra pública, a diferencia del contrato de obra privado, ha tenido un mayor avance en su regulación, en el sentido de una figura autónoma de contrato de obra y no remitiéndose a categorías clásicas de venta o arrendamiento del Código Civil⁷⁸. La mayor crítica se refiere a que, si bien es cierto el contrato de obra es una figura típica, según las normas del código civil, en el marco del contrato de arrendamiento o de compraventa, lo cierto es que “desde la perspectiva estatal, la jurisprudencia y la justicia arbitral se han limitado a estudiar sus características desde la descripción del objeto que se consagra en el Estatuto General de Contratación, *sin poner*

⁷³ Cfr. ESCOBAR, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis, 1999, ob. cit., p. 447, sostiene que “[I]a *reciprocidad de las prestaciones* es un principio fundamental en los contratos bilaterales, pues informa una serie de vicisitudes contractuales no sólo en el nacimiento del vínculo, sino durante todo el período de ejecución de la relación jurídica”.

⁷⁴ Art. 32 L. 80 de 1993 “Art. 32 L. 80 de 1993 “Artículo 32. *De los Contratos Estatales*. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: 1o. Contrato de Obra. (...)”.

⁷⁵ Cfr. CE, Sección Tercera, 8 de junio de 2006, M.P. Ruth Estella Correa Palacio, 29476.

⁷⁶ CE, Sección Tercera, Subsección C, 19 de junio de 2018, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 61132: “*La naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico*, por tanto, al adoptar un *criterio orgánico*, se ha expuesto que serán considerados contratos estatales aquellos que celebren las entidades de igual naturaleza”, caso Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol S. A.), con fundamento en el art. 6 de la Ley 1118 de 2006, “estableciéndose que a *todos sus actos jurídicos, contratos y demás actuaciones* encaminadas al desarrollo de su objeto social se les aplicaría de forma exclusiva las *normas de derecho privado*, con independencia del porcentaje de participación del estado en su capital social”.

⁷⁷ Cfr. ARCE, David. “El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas”, ob. cit., pp. 294-295.

⁷⁸ Cfr. PODETTI, Humberto. *Contrato de construcción*. ob. cit., p. 49, quien sostiene que “(...) no podrá sino concluirse en que el contrato de construcción y el contrato de ingeniería *merecen un tratamiento autónomo* no sólo respecto de la *locación de cosas*, sino también en relación con otros tipos o especies de contrato de obra”.

mayor énfasis en la importancia de la existencia de una regulación detallada de la figura para resolver las controversias que se presenten en el marco de este y considerando, de manera equivocada, que la tipicidad de esta figura deviene del hecho de contar con una mención de su denominación y características generales del objeto”⁷⁹ (Cursiva nuestra).

Del mismo modo, se advierte, las bases del derecho privado se siguen aplicando de manera principal toda vez que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 remite a las disposiciones civiles o comerciales como regla general de interpretación, salvo en aquellas materias particularmente propiamente reguladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración pública.

Acorde con lo anterior, consideramos que hay una prevalencia del tipo contractual de obra pública, en el sentido que “se debe respetar la peculiaridad del contrato estatal respecto del civil, además de las finalidades que conducen a su celebración, para privilegiar una calificación autónoma y especial, de naturaleza pública, respecto de la tradicional civil, en condición de derecho común”⁸⁰.

Adicionalmente, se puede observar que la figura del contrato de obra contenida en el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁸¹, presenta una definición más general frente al derecho comparado, en cuanto al alcance de actividades que comprende el contrato de obra o construcción. Esta definición se ha venido adaptando por influencia del derecho español, particularmente con referencia a la conocida sentencia C-300 de 2012, en el marco de un contrato de concesión de obra pública. Allí se fijaron criterios y alcance para las obras accesorias, adicionales o complementarias en cuanto a ‘(...) la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario”⁸², las cuales deben armonizarse con la novedosa Ley 9 de Contratos del Sector Público de 2017 de España (LCSP)⁸³.

⁷⁹ SAFAR, Mónica. “La tipología de los contratos estatales: integración entre el derecho público y el derecho privado para el diseño de contratos óptimos”. En: Santaella Héctor (ed.). *Las transformaciones de la Administración Pública y del Derecho Administrativo. La reinención de los instrumentos jurídicos y materiales utilizados por la Administración. Homenaje al profesor Luciano Vandelli. Tomo II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, sec. 14, [Versión digital].

⁸⁰ FRANCO, Diego. *Interpretación de los contratos civiles y estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 310-311.

⁸¹ Art. 32 L. 80 de 1993 “Artículo 32. *De los Contratos Estatales*. (...)

1o. *Contrato de Obra*. Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la *construcción, mantenimiento, instalación* y, en general, *para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles*, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. (...).”

⁸² Cfr. CCons. C-300/12, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, sentencia citada y analizada *in extenso* por BARRETO, Sebastián, y SANTOS, Jorge. “Los límites a la modificación de los contratos estatales en Colombia”. En: Benavides, José (ed.). *Fallos referentes en contratación estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, sec. 14, [Versión digital].

⁸³ L. 9 de Contratos del Sector Público de 2017 de España (LCSP) “*Por la que se transponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*”.

En dicha legislación española el contrato de obra tiene por objeto el “conjunto de actividades que incidan sobre un bien inmueble”⁸⁴, con una figura contractual más específica y amplia según lo previsto en el artículo 232 mediante el cual “clasifica las obras según su objeto y naturaleza en cuatro grupos: (i) obras de primer establecimiento, reforma, restauración, rehabilitación o gran reparación; (ii) obras de reparación simple; (iii) obras de conservación y mantenimiento; y (iv) obras de demolición”⁸⁵.

Por otro lado, quizás una clasificación en este sentido en Colombia sobre los tipos de contratos de obra la podemos apreciar en la implementación de los “Documentos Tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte”⁸⁶; acorde con el concepto de Colombia Compra Eficiente (CCE), quien señala para la matriz de experiencia “ocho (8) tipos de obras de infraestructura de transporte, identificadas con un número y su descripción, los cuales son: 1) obras en vías primarias o secundarias; 2) obras en vías terciarias; 3) obras marítimas y fluviales; 4) obras en vías primarias o secundarias o terciarias para atención de emergencias diferentes a contratación directa; 5) obras férreas; 6) obras de infraestructura vial urbana; 7) obras en puentes; y 8) obras aeroportuarias”⁸⁷.

B. ASPECTOS PARTICULARES DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA: CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO QUE CONSTITUYEN CAUSAS DE LA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA PÚBLICA.

El punto de partida aquí consiste en observar de manera general cuáles son aquellas circunstancias sobrevenidas o vicisitudes que afectan el sinalagma funcional en la fase de ejecución del contrato de obra. Eventos o circunstancias que inciden de manera directa en el programa contractual acordado por las partes, dando lugar al efecto de la mayor permanencia en obra, y, por lo mismo, a la inevitable mayor duración del contrato.

Este tema nos servirá de antecedente para el segundo capítulo, cuando analicemos la no imputación al artífice o constructor de la obra por causa extraña, y la aplicación de la teoría de la imprevisión como causa de ruptura del equilibrio contractual en la mayor permanencia en obra; sin perder de vista que se identificarán otras causas imputables al dueño de la obra (incumplimiento, *ius variandi* y teoría del hecho del príncipe).

⁸⁴ HERNÁNDEZ, Juan. “El régimen español de contratos públicos: un nuevo sistema para viejos y nuevos fines”. En: Jinesta, Ernesto (Coord.) y Rodríguez, Libardo (Dir.). *El régimen de los contratos públicos*. Vol. III. Bogotá: Temis, 2019, p. 213.

⁸⁵ CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 5 de septiembre de 2018, C.P. Édgar González López, 2386.

⁸⁶ CCE. “*Documentos Tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte - Versión 3*”. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/01-documentos-tipo-para-licitacion-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte> [Fecha última de consulta: 29 de diciembre de 2020].

⁸⁷ CCE. Concepto C-649 de 2020. Disponible en: <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-649%20de%202020> [Fecha última de consulta: 29 de diciembre de 2020], concluye que “para la contratación de la construcción de un *box culvert* a través de un proceso de licitación pública, siempre que implique la intervención de uno de los tipos de infraestructura señalados en la Matriz 1, deberán aplicarse de manera obligatoria los Documentos Tipo adoptados por la Resolución No. 045 de 2020”.

1. Circunstancias sobrevenidas que afectan la ejecución del contrato de obra pública, generando imposibilidad sobrevenida de la prestación y mayor duración de la obra.
 - a. La imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Conviene examinar la “vicisitud”⁸⁸ o aquellas circunstancias a que pueden dar origen a la mayor permanencia en obra.

Es precisamente en “los contratos de construcción en los que es más notoria la posibilidad de que los cambios afecten negativamente al contratista, por la inmensidad de circunstancias que rodean la ejecución de éstos y por su extremada variabilidad en el tiempo, lo cual puede producir un balance negativo para el contratista mucho mayor al precio pactado y las adiciones presupuestales realizadas”⁸⁹. De allí que se apliquen con mayor amplitud el “principio de mutabilidad”⁹⁰ y de “previsión contractual”⁹¹ en el contrato de obra o construcción.

Con todo, “la posibilidad de modificar los contratos estatales se encuentra sometida a que se trate de una circunstancia de interés público y que se fundamente en un hecho sobreveniente e imprevisto”⁹². De esta manera, las circunstancias sobrevenidas⁹³ o riesgos⁹⁴ que pueden afectar la ejecución del contrato de obra, generando imposibilidad de la prestación y

⁸⁸ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de las Obligaciones. De la modificación y extinción de las obligaciones*. Vol. III. 2ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 7, aseguran que “[e]n un sentido más estricto la idea de vicisitud trata de captar el fenómeno del cambio o de la alteración que en su devenir histórico puede sufrir una relación jurídica y las consecuencias y efectos jurídicos que este cambio o esta alteración está llamado a producir”.

⁸⁹ SAFAR, Mónica. *Impacto acumulativo y equilibrio económico en el contrato estatal*. n.º 43. Tesis de grado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 110, [Versión digital].

⁹⁰ *Ibid.* p. 79; en el mismo sentido véase a: RICO, Luis. *Teoría general y práctica de la Contratación Estatal*. 11ed. Bogotá: Leyer, 2019, p. 115, asegura que “[s]i bien el contrato estatal se pacta para ser cumplido, circunstancias posteriores pueden exigir su modificación”. Igualmente, hace la diferencia entre las facultades de *ius variandi* de la administración pública, frente al derecho privado que “se inspira en el *pacta sunt servanda* y que no goza del poder de mutabilidad unilateral”.

⁹¹ VALLEJO, Felipe. “Responsabilidad profesional en la construcción de obras”. *Revista de Derecho del Estado*. ob. cit., p. 105, afirma que “[l]a *previsión contractual* es una exigencia que cobra mucha importancia en materia de obras públicas, porque la estructura de cada obra responde a un diseño diferente y su construcción demanda una tecnología propia, (...)”.

⁹² BARRETO, Sebastián, y SANTOS, Jorge. “Los límites a la modificación de los contratos estatales en Colombia”. ob. cit., sec. 14, [Versión digital].

⁹³ Circunstancias sobrevenidas -sin ánimo exhaustivo o enunciativas-, relacionadas con: “Diseños que resultan inadecuados cuando se inician los trabajos; cambios introducidos a los diseños después de iniciada la construcción; aumento en las cantidades de obra durante la construcción; condiciones topográficas que no corresponden a lo previsto en los estudios y diseños; parálisis y demoras en la construcción por accidentes naturales, siniestros de responsabilidad civil o intervención de terceros; aumento del precio de los materiales por causas imprevistas; parálisis y demoras en el suministro de los materiales especificados para la obra; problemas relacionados con los equipos requeridos en función de los trabajos; (...) desconocimiento de las propiedades, usos y limitaciones de materiales de construcción, y falla de los mismos; fenómenos climatológicos de intensidad y duración inesperada; huelgas, paros y vandalismo; trámites administrativos de licencias y permisos de todo tipo con las autoridades; cambios en la legislación cambiaria o tributaria que afectan los flujos de recursos”: VALLEJO, Felipe. “Responsabilidad profesional en la construcción de obras”. *Revista de Derecho del Estado*. ob. cit., p. 105.

⁹⁴ Véase *infra*, Cap. II, A, 3.

mayor permanencia en obra, pueden ser múltiples y de índole muy variadas; desde la imputación al dueño de la obra, hasta causas extrañas o ajenas a las partes. En ese sentido, todo dependerá de la imputación o la causa que dé lugar a la mayor permanencia en obra, así como la prueba del daño o sobrecostos, con los demás requisitos que se identificarán en líneas posteriores, en aras de mantener el equilibrio económico del contrato.

b. Modificaciones contractuales ante la imposibilidad sobrevenida.

Ahora bien, frente a la materialización de circunstancias sobrevenidas no imputables al artífice y que imposibilitan el cumplimiento de las prestaciones del contrato de obra durante su fase de ejecución contractual, algunas de las acciones de que pueden hacer uso las partes para efectos de acomodarse a las nuevas circunstancias del contrato de obra, tiene relación con la suscripción de modificaciones contractuales con el propósito de “reconducir la relación contractual”⁹⁵, toda vez que recordemos que una de las características principales del contrato de obra consiste en su ejecución prolongada en el tiempo, y, en sana lógica, los cambios son previsibles por su misma naturaleza de duración.

En este contexto, debemos señalar que, además de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que pueden hacer uso las partes, también se permite -mediante un arreglo directo- la inclusión de modificaciones contractuales conforme a sus intereses. Pero para llegar a dichos acuerdos modificatorios, verbigracia, la adición y el contrato adicional, otrosíes, entre otros, debe tenerse en cuenta que estos pueden estar precedidos de revisiones de precios, renegociaciones, actas de mayores y menores cantidades de obra, etc.; todo con el fin de utilizar el mecanismo o modificación que mejor se adecue o adapte a las nuevas circunstancias sobrevenidas que hicieron imposible subjetivamente la ejecución de las prestaciones del contrato de obra o que pueden ser causa de desequilibrio económico⁹⁶.

Sobre los instrumentos modificatorios para enfrentar las vicisitudes durante la fase de ejecución contractual, la jurisprudencia ha sostenido lo siguiente:

“Se reitera que *durante la relación negocial las partes pueden afrontar dificultades* relativas a la definición de los alcances y el contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico, de cara al *advenimiento de circunstancias endógenas o exógenas al vínculo obligacional*, con la virtualidad de impactar las condiciones técnicas y económicas originalmente estipuladas, inconvenientes que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos cocontrantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su

⁹⁵ CE, Sección Tercera, Subsección B, 4 de junio de 2019, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 39974; sostiene la alta corporación que “las modificaciones que las partes le incorporan al contrato tienen como finalidad la de *reconducir la relación contractual*, razón por la cual desconoce la buena fe contractual el hecho de que una de las partes después de ese momento haga reproches a su contraparte por situaciones que la modificación pretendía superar” (Bastardilla nuestra).

⁹⁶ Cfr. RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. 2ed. Jorge Enrique Santos R. (col.). Bogotá: Temis, 2012, pp. 205-2013, 220-221, 224.

ejecución e *instrumentados a través de contratos adicionales, modificatorios, suspensiones o prórrogas*⁹⁷ (Itálica nuestra).

Cabe entonces resaltar los principales tipos de acuerdos modificatorios que pueden suscribir las partes: “suspensión, prórroga y adición”⁹⁸. Sin embargo, limitaremos nuestro alcance de estudio de la mayor permanencia en obra, en el ejercicio o uso de la prórroga y la suspensión de actividades de la obra por un período determinado, en razón a que comparten un mismo efecto: incidencia o afectación en el plazo de ejecución contractual.

El motivo por el cual se excluye la figura de la adición o el contrato adicional en el marco de una solicitud de mayor permanencia en obra, se refiere a que justamente el artífice o constructor “debió calcular con precisión de negocio dos aspectos que lo afectaban: i) el costo que representaba desplazar en el tiempo las actividades originales del contrato, y ii) el costo de ejecutar obras adicionales y/o extras”⁹⁹; independientemente de “que el contratista demuestre la existencia de perjuicios adicionales, no cubiertos con el pago de mayores cantidades de obra u obras adicionales, ni con el reajuste de precios”¹⁰⁰.

Por otra parte y de manera paralela, la doctrina sostiene que, frente al caso específico de la excesiva onerosidad, además de la resolución y revisión¹⁰¹, “el transcurso del tiempo muchas veces basta para normalizar la situación, y de ahí la adopción en ocasiones del remedio de la suspensión o prórroga”¹⁰².

⁹⁷ CE, Sección Tercera, Subsección A, 6 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 63.123, agrega que “[e]s por eso que *estos instrumentos* deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al precio o mecanismo de ajuste dispuesto para cubrir esas alteraciones, dado que resultaría alejado del principio de buena fe contractual que se transara la renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas”.

⁹⁸ SAFAR, Mónica. *Impacto acumulativo y equilibrio económico en el contrato estatal*. n.º 43. Tesis de grado. ob. cit., pp. 103-105, [Versión digital].

⁹⁹ CE, Sección Tercera, Subsección C, 10 de septiembre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero, 27.648; véase en el mismo sentido: CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de octubre de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, 46687, señala que la prosperidad de la reclamación por mayor permanencia “(...) estaba condicionada a demostrar de manera razonable, y conforme con lo pactado en el contrato, el perjuicio sufrido por esta circunstancia; y adicionalmente, estaba sujeta a acreditar que tales perjuicios no se cubrieron con los pagos adicionales pactados en las modificaciones introducidas al contrato”.

¹⁰⁰ CE, Sección Tercera, 29 de enero de 2004, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, 10779, sostiene la alta corporación que “[c]uando la mayor permanencia de la obra se produce por la necesidad de ejecutar ítems de obra adicional o mayores cantidades de la obra contratada, es procedente incrementar el valor del contrato para pagarlos. Para ello es necesario cuantificar el valor de la obra adicional, incorporando en el precio el porcentaje correspondiente a los costos, imprevistos y utilidad. En tratándose de la mayor cantidad de obra, se toma el valor unitario ofrecido originalmente, que debe comprender esos mismos componentes (AIU) y se multiplica por el número de unidades de obra ejecutadas en exceso”. En el mismo sentido: CE, Sección Tercera, Subsección A, 13 de abril de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 46297.

¹⁰¹ Cfr. BADENES, Ramón. “La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación”, Tomo I. En: DE CANCINO, Emilssen; PARRA, Hernando y NAVIA, Felipe (coords.). *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 81.

¹⁰² Íd. p. 81.

2. Prórroga o suspensión de la obra por circunstancias sobrevenidas. Incidencia en el plazo de ejecución de la mayor duración de la obra pública.
 - a. Prórroga o suspensión del contrato de obra pública.

Examinemos ahora, desde el punto de vista etimológico y jurídico, qué se entiende por *prórroga* y, luego, por orden lógico, tomaremos la expresión *suspensión* para fijar nuestra posición jurídica al respecto, en el contexto de la tipología del contrato de obra.

De un lado, se entiende por *prórroga* la “[p]rolongación del vencimiento de un plazo”¹⁰³, el “aplazamiento de un acto”¹⁰⁴ o “el plazo por el cual se continúa o prorroga algo”¹⁰⁵; con su verbo rector: *prorrogar*, definido en el sentido de “[c]ontinuar, dilatar, extender una cosa por tiempo determinado”¹⁰⁶ o “[a]plazar, prolongar”¹⁰⁷.

Por otro lado, *suspensión* se define como la “[a]cción y efecto de suspender o suspenderse”¹⁰⁸, “[i]nterrupción, cesación temporal o detención de una conducta, actividad, proceso o asunto, etc.”¹⁰⁹ o el “[a]plazamiento de una actuación o diligencia; interrupción”¹¹⁰ junto a su verbo rector: *suspender*, bajo el significado de “[d]etener o diferir por algún tiempo una acción u obra”¹¹¹.

Ahora veamos la prórroga y suspensión en el marco de la mayor permanencia en obra:

- i. Sobre la primera forma de modificación contractual, la doctrina ha sostenido que “[p]or medio de la prórroga el plazo del cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato se desplaza en el tiempo. *Per se* no implica aumento de valor ya que el objeto contratado no se altera. Cosa diferente es que el aumento del plazo por razones no imputables al contratista en muchas ocasiones genera un mayor costo que debe ser reconocido, siendo, entonces, el mayor plazo la causa del mayor valor”¹¹² por concepto de mayor permanencia en obra. En pocas palabras, la prórroga es sinónimo de ampliación del plazo de ejecución¹¹³, éste “tiene fuerza vinculante en virtud del

¹⁰³ *Diccionario Enciclopédico Quillet*. Tomo Séptimo. Editorial Argentina Aristides Quillet S.A., Buenos Aires, W. M. Jacson, Inc. México, New York, Panamá, 1972.

¹⁰⁴ *Diccionario Hispanoamericano de Derecho*. Tomo II. Grupo Latino Editores, 2008.

¹⁰⁵ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. [en línea] edición del tricentenario, 2019. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=UPLFvOY> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

¹⁰⁶ *Diccionario Enciclopédico Quillet*. Tomo Séptimo. Editorial Argentina Aristides Quillet S.A., Buenos Aires, W. M. Jacson, Inc. México, New York, Panamá, 1972.

¹⁰⁷ *Diccionario Hispanoamericano de Derecho*, Tomo II, Grupo Latino Editores, 2008.

¹⁰⁸ *Diccionario Enciclopédico Quillet*. Tomo Séptimo. Editorial Argentina Aristides Quillet S.A., Buenos Aires, W. M. Jacson, Inc. México, New York, Panamá, 1972.

¹⁰⁹ *Diccionario Hispanoamericano de Derecho*. Tomo II. Grupo Latino Editores, 2008.

¹¹⁰ *Diccionario Jurídico Colombiano*. Tomo III. 14ed. Bohórquez B, Luis F y Bohórquez B, Jorge I. (eds.), Editora Jurídica Nacional, 2016.

¹¹¹ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. [en línea] edición del tricentenario, 2019. Disponible en: <https://dle.rae.es/?w=suspensi%C3%B3n>. [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

¹¹² DÁVILA, Luis. *Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. ob. cit., p. 384.

¹¹³ Cfr. RICO, Luis. *Teoría general y práctica de la Contratación Estatal*. ob. cit., 2019, p. 905, define que la prórroga, “se trata de una ampliación”.

artículo 1602 del Código Civil y puede ser interpretado con base en la intención de las partes, su contenido y sus antecedentes, (...)”¹¹⁴.

- ii. De otra parte, en cuanto a la segunda forma de modificación contractual, la suspensión “se erige en la medida salvadora para detener el *taxímetro* creciente que en ciertos contratos [como el de obra,] implica la permanencia de personal o uso de maquinaria”¹¹⁵, esto es, los sobrecostos por la mayor permanencia en obra. Aquí los “términos no corren, y en consecuencia, ninguna responsabilidad directa por este concepto puede deducírsele al contratista”¹¹⁶. Esta figura jurídica de suspensión se erige como una de las principales medidas frente a una imposibilidad sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor, tema que se abordará más adelante cuando analicemos la cusa extraña en tiempos de pandemia.

En este orden de ideas, en sentido estricto y tomando el contexto del contrato de obra, podemos colegir, a nuestro juicio, que el uso de la modificación contractual de i) la *prórroga*, se refiere a la acción encaminada a producir el efecto de ampliar, alargar o prolongar el plazo de ejecución pactado en el contrato de obra; y ii) la *suspensión*, contiene el efecto dilatorio de la interrupción o detención de actividades de ejecución del contrato de obra.

b. Plazo de ejecución. Elemento esencial en el contrato de obra pública.

En principio “[t]odo plazo, por su esencia, es un hecho cierto que necesariamente ha de llegar”¹¹⁷. Pues bien, como se puede observar, tanto la prórroga como la suspensión –se reitera-, tienen un punto en común que afectan de manera directa un aspecto o elemento jurídico accidental¹¹⁸ del negocio jurídico; esto es, el *plazo de ejecución contractual* (art. 1551¹¹⁹ C. C.), cuya incidencia dependerá, en menor o mayor medida según la causa que la origine y el impacto en el acuerdo o “programa contractual”¹²⁰.

¹¹⁴ CE, Sección Tercera, Subsección A, 8 de mayo de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 63216.

¹¹⁵ DÁVILA, Luis. *Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. ob. cit., p. 380.

¹¹⁶ RICO, Luis. *Teoría general y práctica de la Contratación Estatal*. ob. cit., p. 905, añade que “[l]a suspensión ha de sustentarse en el hecho de que durante el término de ejecución del contrato pueden sobrevenir circunstancias ajenas a ambos extremos contractuales, (...) lo cual amerita la elaboración de un documento que será integrante del contrato primigenio, suscrito por el representante legal de la entidad estatal y el contratista, en el que se deje constancia de todas y cada una de las razones que sirvieron de fundamento a la decisión, haciendo especial énfasis en las *reglas del equilibrio contractual durante ese lapso*, e indicando además, *el tiempo estimado de la suspensión, el cual deberá ser determinado o cuando menos determinable*”.

¹¹⁷ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de las Obligaciones. De las obligaciones en general y sus diversas clases*, Vol. I. 2ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 323.

¹¹⁸ Art. 1501 C.C. Col.: “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las *puramente accidentales*. (...) [S]on *accidentales* a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

¹¹⁹ Art. 1551 C.C. Col.: “*El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación*; puede ser expreso o tácito. (...)”.

¹²⁰ BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil n.º 3: el contrato*. HINESTROSA, Fernando y CORTÉS, Édgar (trads.). 2ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. pp. 51-53, se afirma que “[e]l acuerdo puede definirse como el consenso recíproco de las partes en orden al *programa contractual*, es decir en orden a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica patrimonial”.

Sobre la importancia o relevancia del plazo de ejecución en materia de contratación estatal, el Consejo de Estado ha sostenido que:

*“[L]a estipulación del término dentro del cual se debe construir la obra, prestar los servicios o entregar los suministros, resulta de singular importancia y relevancia jurídica, debido a la necesidad e interés público que se pretende satisfacer con él, (...). Por lo regular, en los contratos de tracto sucesivo (por ejemplo en el de obra pública) se establece un plazo general de ejecución del objeto del contrato y algunos plazos parciales para el cumplimiento de las obligaciones, que luego quedan reflejados en un programa de trabajo y un cronograma de actividades, (...)”*¹²¹ (Cursiva y subraya fuera de texto).

Hechas las anteriores precisiones, como quiera que las circunstancias sobrevenidas suelen producir las modificaciones contractuales de prórroga y suspensión, así como la mayor permanencia en obra; es de advertir que éstas inciden en el plazo de ejecución contractual del contrato de obra que, por su naturaleza y característica de tracto sucesivo, “el plazo que aplica no es de efecto extintivo, sino suspensivo”¹²² -sin confundirlo con la modificación contractual de suspensión contractual de actividades-, con el fin de hacer exigible la obligación, cuyo objeto contiene una prestación de hacer o realizar un resultado, consistente en la confección de la obra material sobre bien inmueble.

Con todo, resulta previsible que aquel período de ampliación, prolongación o suspensión causado por las circunstancias sobrevenidas, pueda generar como consecuencia el efecto de la mayor permanencia en obra por parte del artífice o constructor, toda vez que la parte obligada podría incurrir en gastos y sobrecostos adicionales (maquinaria, equipos, personal, etc.) que no tiene el deber de soportar, con la finalidad de cumplir con la obligación de resultado de la obra. Así mismo, se debe advertir que no es viable el reconocimiento de la mayor permanencia en obra, una vez terminado el plazo de ejecución del contrato¹²³.

En suma, por un lado, la *causa mediata* de la mayor permanencia en obra puede obedecer a aquellas circunstancias sobrevenidas ajenas a las partes, o, también pueden ser imputables al dueño de la obra. Por otro lado, la *causa inmediata* o “*adecuada*”¹²⁴, podría tener relación directa con la modificación contractual de la prórroga o suspensión de actividades, generando el efecto de la mayor permanencia en obra.

¹²¹ CE, Sección Tercera, 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 17.031; añade que “(...), puesto que *el plazo del contrato se pacta en beneficio recíproco de las partes, les incumbe a ellas el deber de impedir las dilaciones y los retardos en su ejecución* (art. 25.4 Ley 80 de 1993). En estas circunstancias, *los plazos para la ejecución de las prestaciones en el contrato de la Administración tienen una indiscutible importancia durante la vida del contrato* y juegan en ambas direcciones o extremos de la relación negocial, (...)”.

¹²² *Íd.*

¹²³ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección A, 6 de abril de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 61500, sostiene la alta corporación que “*ante la ausencia de acuerdo solemne que contuviera el alcance del objeto, precio y plazo para la realización de las actividades que en adelante se ejecutarían, no podía el contratista alegar la ocurrencia de sobrecostos administrativos derivados de una ampliación temporal (...)*”.

¹²⁴ TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I. ob. cit., p. 378.

A nuestro juicio, si bien es cierto el plazo de ejecución es un elemento accidental del contrato de obra, para nuestro objeto de estudio y en materia de contratación estatal -por los fines que persigue- resulta ser un elemento esencial¹²⁵, toda vez que si no se afectara no podríamos de ninguna manera examinar la mayor permanencia en obra. De hecho, “*el factor tiempo es uno de los determinantes en el precio del contrato*”¹²⁶ que, en contratos tan complejos como el contrato de concesión de obra pública bajo el esquema de APP, “la adición de tiempo implica necesariamente adición en dinero, pues a más tiempo habrá más plazo de explotación y, por lo mismo, mayores flujos de ingresos”¹²⁷. Incluso en los contratos FIDIC, podemos observar que “[e]l concepto de tiempo, especialmente en términos de plazo para la finalización de la obra, es uno de los aspectos legales, y de gestión, más importantes en un proyecto de construcción”¹²⁸ y sus “retrasos pueden derivar en una ampliación del plazo de terminación (EOT) o *Extension of Time*”¹²⁹.

c. El transcurso del tiempo en sí mismo no genera la mayor permanencia en obra.

Como quiera que existe una relación entre causa y efecto entre circunstancias sobrevenidas y la mayor permanencia en obra; no por ello, dicho efecto o resultado *per se*, conlleva su reconocimiento de pago. Ello es así, porque “el solo transcurso del tiempo por sí mismo no genera ruptura del equilibrio económico del contrato, por cuanto se requiere acreditar los mayores costos en los cuales el contratista incurrió, producto de la mayor permanencia (...)”¹³⁰. Dicho de otra manera, “[e]s imperioso tener en cuenta que la mera ampliación del término de duración del contrato no implica, *per se*, la causación de perjuicios

¹²⁵ EXPÓSITO, Juan. *Forma y contenido del contrato estatal*. ob. cit., p. 139, sostiene que “*el plazo en el contrato estatal se constituye en una cláusula esencial*, en la medida en que en el cumplimiento de las obligaciones necesarias para la consecución del objeto contratado debe tener un margen temporal para su ejecución, sin perjuicio de que el mismo pueda ser prorrogado o disminuido, de conformidad con las circunstancias propias de cada contrato en particular, (...)”; CE, Sección Tercera, 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 17.031: “En el contrato estatal, la estipulación del *término dentro del cual se debe construir la obra*, (...) resulta de singular importancia y relevancia jurídica, debido a la necesidad e interés público que se pretende satisfacer con él, (...)”.

¹²⁶ DÁVILA, Luis. *Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. 2ed. Bogotá: Legis, 2003, p. 502.

¹²⁷ BARRETO, Sebastián, y SANTOS, Jorge. “Los límites a la modificación de los contratos estatales en Colombia”. ob. cit., sec. 14, [Versión digital], identifican el siguiente “Límite temporal: la prohibición de celebrar una adición o una prórroga al comienzo o al final de la ejecución contractual”, con fundamento en el art. 7 de la ley 1508 de 2012 (APP).

¹²⁸ ALMAGRO Ignacio y KLEE Lukas. *Los contratos internacionales de construcción. FIDIC*. España: Wolters Kluwer, 2017, pos. 1910-1912, Kindle [Versión digital].

¹²⁹ *Ibíd.* pos. 1927-1928, Kindle [Versión digital].

¹³⁰ CE, Sección Tercera, Subsección A, 13 de abril de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 46297, reitera jurisprudencia CE, Sección Tercera, 20 de octubre de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 24.809; véase también CE, Sección Tercera, 4 de septiembre de 2003, M.P. Alier E. Hernández Enríquez, 10883, citada por la jurisprudencia CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de mayo de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, 42962, señala que “*La prórroga o suspensión del contrato fundada en hechos no imputables al contratista, genera la obligación, a cargo de la entidad, de cubrir los sobrecostos ocasionados con la prolongación del plazo, siempre que tales también aparezcan probados*”.

que deban ser reparados, pues en todo caso tendrá que demostrarse el sufrimiento real de los mismos”¹³¹.

Así mismo, no se puede de vista que existen otras modificaciones contractuales, verbigracia, los contratos adicionales que incluyen a su vez la extensión o prórroga del plazo de ejecución; los cuales en las más de las veces, no procede el reconocimiento por concepto de mayor permanencia en obra. La razón fundamental consiste en que cuando las partes celebran un contrato adicional que implica mayor valor en la cuantía del contrato, es deber del constructor o contratista de obra, planear y hacer un estimativo de los costos en que va a incurrir en virtud de la adición del precio con prolongación del plazo de ejecución; pues el valor a adicionar debe incorporar costos de maquinaria, equipos y mano de obra personal, entre otros, para efectos de cumplir con el objeto del contrato de obra¹³².

Otro aspecto, no menos importante, consiste en que se debe verificar como presupuesto para el reconocimiento de una mayor permanencia en obra, que el plazo de ejecución no esté sometido a una condición, habida cuenta que podría resultar incompatible o contrario al principio de la buena fe. Por ejemplo, en el evento que el plazo de inicio estuviera condicionado a la entrega de la licencia y, del mismo modo, el artífice se encuentre en situación de incumplimiento¹³³.

De mejor manera lo explica y concluye el Consejo de Estado, cuando sostiene que “[e]n síntesis, la causación de perjuicios o el impacto negativo económico del Contrato derivados de *la mayor permanencia en obra no pueden constituir un asunto que deja a la suerte de la simple inferencia lógica apoyada en la extensión del tiempo*. Por el contrario, indefectiblemente su causación y cuantía deben ser objeto de comprobación”¹³⁴ (Cursiva nuestra).

¹³¹ Laudo arbitral, 31 de enero de 2020, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Autopistas de la Sabana S.A.S. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), árbitros: Hernando Yepes Arcila, Rodrigo Noguera Calderón y Germán Gómez Burgos.

¹³² Cfr. Ibíd. CE, Sección Tercera, Subsección A, 13 de abril de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 46297, “Si bien la parte actora considera que esta mayor permanencia en obra generó costos directos superiores por razón del pago del personal asociado al proyecto, *lo cierto es que estos costos directos se encontraban incorporados en el precio unitario ofrecido por el contratista en su propuesta inicial, de manera que al adicionar el precio del contrato en los mismos términos del contrato primigenio*, en cuanto a la conformación y agregación del mismo, *se impone destacar que en la adición debía estar contenido el costo de la mano de obra, maquinaria y equipo (...)*” (Cursiva nuestra).

¹³³ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección A, 6 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 63.123, “[C]onsidera *alejado al principio de la buena fe* que el contratista hubiera aceptado la circunstancia relativa a que la *entrega de la licencia* se hubiere supeditado a la finalización de ese trámite y *al tiempo pretenda el reconocimiento de los sobrecostos supuestamente generados por la mayor permanencia en obra* que le generó el transcurso del tiempo comprendido entre la celebración del contrato y el inicio de actividades, máxime si se tiene en consideración que el contratista, según se evidenció en precedencia, tampoco había satisfecho las obligaciones a su cargo, previas a la suscripción del acta de inicio de actividades” (Cursiva nuestra).

¹³⁴ CE, Sección Tercera, Subsección A, 8 de marzo de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 50890.

Así, la prórroga o suspensión de la obra constituyen las principales modificaciones contractuales utilizadas por las partes ante circunstancias sobrevenidas que, de manera inmediata afectan el tiempo de ejecución, produciendo el efecto de la mayor permanencia en obra. El artífice o constructor deberá acreditar los sobrecostos. Por ende, reafirmamos que el transcurso del tiempo es solo un aspecto fáctico que no implica su procedibilidad, en tanto debe cumplirse o armonizarse con otros presupuestos que serán analizados en el segundo capítulo del presente estudio.

CAPÍTULO SEGUNDO.

II. ANALISIS DE LOS PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA, A FAVOR DEL ARTÍFICE O CONSTRUCTOR. DAÑO, IMPUTACIÓN, DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS Y MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL. FACTOR DE OPORTUNIDAD.

A. LAS CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS NO DEBEN SER IMPUTABLES AL ARTÍFICE DE LA OBRA PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA MAYOR DURACIÓN EN OBRA.

El presupuesto jurídico a analizar se centrará en aquel aspecto subjetivo de las circunstancias sobrevenidas que constituyen la causa de la mayor permanencia en obra, previa suscripción de las modificaciones contractuales de prórroga o suspensión; toda vez que aquellas no deben ser, de ninguna manera, imputables a la conducta del artífice o constructor de la obra. Luego, se examinará los elementos de la responsabilidad para identificar otros presupuestos para que proceda el reconocimiento de la mayor permanencia en obra.

1. Concepto y presupuestos de la mayor permanencia en obra. El artífice no debe ser el causante de las circunstancias sobrevenidas que dieron lugar a las modificaciones contractuales: prórroga o suspensión. Circunstancias ajenas a su esfera de control o causa extraña.
 - a. Concepto de mayor permanencia de obra. Conocida en inglés como *Stand by*.

Reiterando que las circunstancias sobrevenidas pueden dar origen a la mayor permanencia en obra, previa suscripción de modificaciones contractuales de prórroga o suspensión que afectan el plazo de ejecución, resulta indispensable ahora verificar su significado e interpretación literal.

De esta forma, el concepto *mayor* se refiere a que “excede a algo en cantidad o calidad”¹³⁵. Por su parte, el complemento de la expresión *permanencia*, se encuentra definida como “[d]uración firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad”¹³⁶, “[e]stadía en un lugar por un periodo de tiempo determinado”¹³⁷, “[c]alidad de permanente [...], inmutabilidad”¹³⁸ o, en síntesis “[e]stancia en un lugar o sitio”¹³⁹.

¹³⁵ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. [en línea] edición del tricentenario, 2019, Disponible en: <https://dle.rae.es/mayor> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

¹³⁶ *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano de Literatura, Ciencias, Artes, etc.* Tomo XVI. Montaner y Simón (Barcelona) y W. M. Jackson, Inc. (Nueva York) (eds.), publicado entre 1887 y 1910.

¹³⁷ *Diccionario Hispanoamericano de Derecho*. Tomo II. Grupo Latino Editores, 2008.

¹³⁸ *Diccionario Enciclopédico Quillet*. Tomo Séptimo. Editorial Argentina Aristides Quillet S.A., Buenos Aires, W. M. Jacson, Inc. México, New York, Panamá, 1972.

¹³⁹ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. [en línea] edición del tricentenario, 2019. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=SfMr9H6> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

A su turno, *stand by* –anglicismo al que suele también denominarse a la mayor permanencia en obra-, significa “mantener, quedarse”¹⁴⁰ o en “estado de espera”¹⁴¹. Sobre el particular, “[p]or tratarse de una locución en idioma inglés, (...) [t]ampoco puede decirse que tenga un significado jurídico porque la expresión “*stand by*” está ausente de los textos legales y de los diccionarios jurídicos de uso común”¹⁴².

Ahora bien, aplicando las reglas de interpretación del artículo 823¹⁴³ del C. Co., como quiera que ya se realizó el primer tamiz de desentrañar el significado en el idioma castellano; nos dirigimos -en orden de prelación- al lenguaje jurídico que, en la actualidad, todavía no prevé una regulación o régimen en el ordenamiento jurídico colombiano. En consecuencia, continuando con las reglas de interpretación jurídica de la legislación mercantil, nos trasladamos ahora finalmente, al lenguaje técnico en el contexto de la actividad¹⁴⁴.

En relación con el concepto de orden técnico de *stand by*, se ha sostenido por la justicia arbitral que: “buscando el sentido técnico que le dé la ciencia o arte a que pertenezca, (...) define *stand-by* como: ‘El pago hecho de conformidad con las cláusulas de un Contrato (...) durante un periodo de tiempo cuando [la actividad contractual] está temporalmente suspendida a la espera de un acuerdo entre las partes interesadas en el asunto en cuanto a continuar o no [realizando la actividad], etc.’ A la luz de esta definición, el pago de un “*stand-by*” por la *suspensión temporal* [de una actividad] debe obedecer a lo pactado en un contrato, (...)”¹⁴⁵.

Acorde con la anterior definición observamos que la figura de la mayor permanencia en obra o *stand by* contiene un significado técnico relacionado con la suspensión temporal de una actividad o de que, para nuestro análisis estudio, será el sector de la construcción bajo la figura del contrato de obra, que se extiende a otros tipos de contratos que comparten el carácter de tracto sucesivo y la finalidad de confeccionar una obra material.

¹⁴⁰ *Diccionario inglés-español Linguae*. [en línea]. Disponible en: <https://www.linguee.es/espanol-ingles/search?source=auto&query=stand+by> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

¹⁴¹ *Cambridge dictionary*. [en línea]. Disponible en: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/stand-by> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

¹⁴² Laudo arbitral, 14 de septiembre de 2015, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Occipetrol S.A. vs. Petrominerales Colombia LTD. Sucursal Colombia, árbitros: Marlene Beatriz Durán Camacho, Marcela Castro De Cifuentes y Mauricio Ricardo Chaves Arias.

¹⁴³ Art. 823 C. Co. Col. “Los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano.

Cuando se hayan utilizado *simultáneamente varios idiomas*, se entenderán dichos términos en el sentido que *tengan en castellano*, si este idioma fue usado; en su defecto, se estará a la versión española que más se acerque al significado del texto original.

El sentido o significado de que trata este artículo es el *jurídico* que tenga el término o locución en el respectivo idioma, o el *técnico que le dé la ciencia o arte a que pertenezca* o finalmente el sentido natural y obvio del idioma a que corresponda”.

¹⁴⁴ Cfr. Laudo arbitral, 14 de septiembre de 2015, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Occipetrol S.A. vs. Petrominerales Colombia LTD. Sucursal Colombia, árbitros: Marlene Beatriz Durán Camacho, Marcela Castro De Cifuentes y Mauricio Ricardo Chaves Arias

¹⁴⁵ *Ibid.*, La definición se emite de conformidad con el ‘*Manual of Oil and Gas Terms*’, en el marco de un contrato de perforación, señalando que “*ello no obsta para que la misma figura sea utilizada en otros contratos, como los de construcción* o de servicios como es el caso que nos ocupa”.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el concepto de mayor permanencia de obra, ha precisado que “*se refiere a la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, por hechos no imputables al contratista, y debido al incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante, que aun cuando no implican mayores cantidades de obra u obras adicionales, traumatizan la economía del contrato en tanto afectan su precio, por la ampliación o extensión del plazo, que termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento*”¹⁴⁶ (Bastardilla nuestra).

A su turno, la doctrina ha precisado que “[e]l concepto de *mayor permanencia en obra* responde al cambio de factor tiempo en la ejecución del contrato. Por hechos no imputables al contratista y en la inmensa mayoría por el desconocimiento oficial de obligaciones y deberes, especialmente surgidos durante la fase preparatoria y de planeación, el objeto del contrato no se realiza en el tiempo estipulado sino en uno mayor”¹⁴⁷.

Con todo, a pesar de que la mayor permanencia en obra es equivalente a *Stand by*, suele diferenciarse por el objeto en que recaen los daños o sobrecostos por la suspensión o prolongación del plazo de ejecución. Así, “[m]ientras en la mayor permanencia en obra se reclama la compensación económica por el aumento improductivo de los costos indirectos de la obra (personal, arriendos, campamento etc.) causado por la prolongación en el tiempo de los trabajos sin culpa del contratista, en el stand By de los equipos, se reclama el sobrecosto que sufre el contratista por haber tenido sin utilizar o sub utilizados sus equipos destinados a la obra, por culpa o por acciones u omisiones de la entidad contratante”¹⁴⁸.

En este orden de ideas, en sentido estricto y tomando el contexto del contrato de obra, podemos colegir que el concepto de mayor permanencia en obra consiste en el derecho que tiene el artífice o constructor para reclamar directamente al dueño de la obra, por el efecto económico de mayores costos o sobrecostos de la obra (personal, equipos y gastos administrativos) que no está en la obligación de soportar, debido a la circunstancia de permanecer de manera prolongada en el tiempo en su lugar de ejecución, por causas no imputables a su conducta. No hay duda, que nuestra deducción para llegar a este concepto deviene como expresión de la ecuación financiera contenida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹⁴⁹.

¹⁴⁶ CE, Sección Tercera, Subsección B, 29 de enero de 2016, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 28.055; cita línea jurisprudencial: “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido, entre otras: sentencias del 29 de abril de 1999, exp. 14.855, M.P. Daniel Suárez Hernández; 31 de marzo de 2003, exp. 12431, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 11 de septiembre de 2003, exp. 14.781, M.P. Ricardo Hoyos Duque; 29 de enero de 2004, exp. 10.779, M.P. Alier Hernández Enríquez; 29 de agosto de 2007, exp. 14.854, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; 31 de agosto de 2011, exp. 18080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y 28 de septiembre de 2012, exp. 25.388, M.P. Stella Contó Díaz del Castillo”.

¹⁴⁷ DÁVILA, Luis. *Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. ob. cit., p. 502.

¹⁴⁸ Laudo arbitral, 6 de noviembre de 2014, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: R & M Lezaca y CIA. Ltda. y otros, Vs. Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), árbitros: Pedro Nel Escorcía Castillo, David Luna Bisbal y Jorge Arango Mejía.

¹⁴⁹ Art. 27 L. 80 de 1993 “*De la ecuación contractual*”; Véase *infra*, Cap. II, B, 1.

Sin embargo, -como señalamos líneas atrás y acorde con la jurisprudencia citada- hay que advertir que el simple transcurso o prolongación del tiempo *per se* no significa la materialización a favor del artífice o constructor de la obra, toda vez que le corresponde acreditar o probar los mayores sobrecostos en que incurrió¹⁵⁰. Por ende, resulta necesario examinar cada uno de los presupuestos jurídicos para que proceda el eventual reconocimiento de los sobrecostos por concepto de mayor permanencia en obra.

b. Presupuestos de orden jurisprudencial.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha fijado algunos presupuestos jurídicos que podrían ser considerados de orden taxativos o cerrado, para el reconocimiento de la mayor permanencia en obra. Empero, consideramos que se trata de presupuestos de carácter enunciativo y generales que deben ser complementados o armonizados con otros que identificamos a lo largo del presente estudio y se consolidan en el acápite de las conclusiones.

Sobre el particular, ha sostenido la alta corporación que “para el reconocimiento de las pretensiones por mayor permanencia en la obra se deberá acreditar (i) la prolongación en el tiempo de la ejecución inicialmente pactada; (ii) que esa extensión obedezca a hechos no imputables al contratista, e imputables a su contraparte; (iii) que el contratista cumpla con su débito contractual, y (iv) que se acrediten los mayores extra costos generados por la mayor permanencia en la obra”¹⁵¹.

Frente al primer presupuesto, consistente en la prolongación en el tiempo de la ejecución inicialmente pactada, ciertamente se encuentra vinculado a la característica principal de tracto sucesivo o “de ejecución diferida en el tiempo’ o ‘que pueden diferirse en el tiempo”¹⁵² por su propia naturaleza jurídica. Así mismo, se debe tener en cuenta las circunstancias sobrevenidas que generaron mayor permanencia en obra, previo efecto paralelo de la suscripción de modificaciones contractuales de prórroga o suspensión; pues aquellas tienen incidencia directa en el plazo de ejecución en el lugar de ejecución de la obra.

En cuanto a los demás presupuestos jurídicos planteados por la alta corporación, proponemos estudiar para mayor profundización, los siguientes supuestos de hecho: i) Daños o sobrecostos en la mayor permanencia en obra; ii) la no atribución de imputabilidad al artífice o constructor de la obra; iii) causa extraña de las circunstancias sobrevenidas; y iv) imputación al dueño de la obra por incumplimiento o por el uso de poderes excepcionales: *ius variandi* y teoría del hecho del príncipe. Luego, se examinará la categoría del riesgo, como preámbulo del nudo principal sobre el mantenimiento del equilibrio económico cuando se excede el alea normal de los imprevistos “I” del componente AIU en los contratos de obra.

¹⁵⁰ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de abril de 2016, Rad. 46297. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico, reitera jurisprudencia de la Subsección C, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 20 de octubre de 2014, Exp. 24.809, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; véase también CE, Sección Tercera, Subsección B, 28 de septiembre de 2012, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, 25388.

¹⁵¹ CE, Sección Tercera, Subsección B, 29 de enero de 2016, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 28.055.

¹⁵² CE, Sección Tercera, Subsección C, 6 de julio de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 39.122.

a. Daños o sobrecostos en la mayor permanencia en obra.

Recordemos que el “daño es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, y que su plena demostración es una carga de quien demanda, so pena de que no proceda su indemnización”¹⁵³. En el mismo sentido, “toda disminución o supresión de un bien patrimonial o extrapatrimonial de la víctima equivale necesariamente, a la ocurrencia de un daño con relevancia jurídica que afecta al titular del bien lesionado”¹⁵⁴. En nuestro caso, al artífice o constructor de la obra debe probar el carácter personal y cierto del daño¹⁵⁵, o la “infracción de la obligación”¹⁵⁶ para que proceda el eventual reconocimiento; toda vez que tiene el derecho de crédito a recibir el pago por los sobrecostos generados por la mayor permanencia en obra, en virtud de la suspensión o prórroga del plazo de ejecución del contrato de obra de carácter conmutativo y con reciprocidad de prestaciones.

El fundamento para la reparación la encontramos en el art. 50¹⁵⁷ de Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en armonía con los arts. 1613 del C.C., 2, 58 y 90 de la C.N.¹⁵⁸. En consecuencia, “el contratista tiene derecho a que la Administración Pública le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como un daño indirecto o disminución patrimonial, como por ejemplo, los mayores costos que debe soportar por concepto de gastos de administración, disponibilidad de maquinaria y equipo, (...)”¹⁵⁹.

Pues bien, partiendo de las anteriores premisas, el daño o sobrecostos se ven reflejados en la “la llamada disponibilidad de equipo, los costos administrativos y de personal”¹⁶⁰ que exceden el límite de la imprevisión, pues “desde la celebración del contrato, al incluirse en

¹⁵³ CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de marzo de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, 43132, señala que “[c]orrespondía a la parte afectada *probar que la mayor permanencia en la obra le había irrogado un daño cierto*, en el sentido de que se pudiera apreciar desde el punto de vista material y jurídico y que no se limitara a una mera conjetura o eventualidad”.

¹⁵⁴ TAMAYO, Javier, *et. al. Nuevas Reflexiones Sobre El Daño*. Bogotá: Legis, 2017, p. 1.

¹⁵⁵ Cfr. HENAO, Juan. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 39, 93 y 129.

¹⁵⁶ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de las Obligaciones. Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, De la protección de los derechos del acreedor, De la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes*. Vol. II. ob. cit., p. 264, sostiene la doctrina chilena que “[t]al infracción puede consistir en el incumplimiento total o parcial o en el cumplimiento tardío de la obligación”.

¹⁵⁷ Art. 50 L. 80 de 1993. “*De la responsabilidad de las Entidades Estatales*. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, *la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista*”.

¹⁵⁸ Cfr. ESCOBAR, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. ob. cit., p. 522.

¹⁵⁹ Íd. p. 522.

¹⁶⁰ DÁVILA, Luis. *Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. ob. cit., p. 502, explica sobre la *disponibilidad de equipos*, en el sentido que esta “tiene que ver con la maquinaria dispuesta en la obra o lista para ser utilizada que el contratista ha ofrecido y la cual *queda paralizada por la imposibilidad de ejecutar un contrato o su uso es mayor al dispuesto*. Recuérdese que muchos equipos suelen ser alquilados por el contratista o los propios suelen comprometerse en arrendamientos a otras personas después de su empleo en la obra, todo lo cual se frustrará si se generan *desplazamientos en el tiempo*”.

el precio una partida que se dirigirá a cubrir los posibles gastos imprevistos que puede enfrentar el contratista, sabe que hay unos riesgos que pueden afectar su utilidad. (...) [E]n los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje para imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida, ésta resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato. Debe pues el contratista soportar un alea normal y si éste es anormal habrá de demostrarlo; (...)"¹⁶¹.

Lo anterior se da especialmente dentro del marco de un contrato de obra pactado bajo la modalidad por precios unitarios, como “*resultado de unas operaciones aritméticas*, que surgen como consecuencia de unos estudios y diseños previos de las obras a ejecutar, en donde se determinan unos ítems o unidades de obra que han de ejecutarse al igual que las cantidades de obras de cada ítem que se requiere para culminar el trabajo”¹⁶². Allí, en concreto, “la estimación del precio resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio unitario de cada una de ellas, comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato”¹⁶³.

Mediante esta modalidad de pago por precios unitarios, el dueño de la obra o entidad contratante corre con el riesgo de cantidades mediante partidas de obras adicionales, extras y reajustes. Por su parte, el artífice o contratista de la obra asume el riesgo de precios, mediante una partida de porcentaje para imprevistos o “*contingency cost*”¹⁶⁴.

¹⁶¹ CE, Sección Tercera, 29 de mayo de 2003, C.P. Ricardo Hoyos duque, 14577, sentencia citada por HERNÁNDEZ, Aida. “La responsabilidad contractual del estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?”. *Revista digital de Derecho Privado*. 14. Universidad Externado de Colombia, ene-jun, 2008, pp. 175-176. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/554> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

¹⁶² MATALLANA, Ernesto. *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. ob. cit., p. 954, parafrasea a: ESCOBAR, Álvaro. *El contrato estatal de obra*. Bogotá: Ibáñez, 2000, pp. 94-101.

¹⁶³ CE, Sección tercera, Subsección B, 7 de octubre de 2019, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, 38520; CE, Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 18080, señala que “que existen *diferentes modalidades de pago* del valor del contrato de obra: a precio global, a *precios unitarios*, por administración delegada reembolso de gastos y pago de honorarios y el otorgamiento de concesiones, sistemas de pago que señalaba el artículo 82 del Decreto 222 de 1983. *Si bien estas modalidades no fueron previstas de manera expresa por la Ley 80 de 1993, no es óbice para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados por la administración*, en tanto en las condiciones generales de la contratación debe esta precisar las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5, literal c)”; CSJ Civil. 18 de diciembre de 2019, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, 5568, añade que “la característica más notable de esta modalidad, la constituye el hecho de que *el constructor se compromete*, salvo expreso acuerdo en contrario, a *sostener los precios unitarios originales* estipulados para cada uno de los *ítems* de la obra realizada, (...)”.

¹⁶⁴ Cfr. BETANCUR, Gustavo. “Porcentaje de Imprevistos del AIU - Administración, Imprevistos y Utilidad, en los Contratos de Obra”. ob. cit., p. 9. Disponible en: <https://www.infraestructura.org.co/vea.php?IDe=1010>; la modalidad de precios unitarios se precisa, especialmente, para diferenciarlo con los contratos de obra a precio global, en donde “*el costo de los riesgos de precio y cantidades para la construcción de la obra son del contratista*, siempre y cuando, la entidad contratante no modifique el objeto, el alcance o las especificaciones del contrato” y de la administración delegada, “en la cual la *entidad contratante asume el costo de todos los riesgos*”.

Así pues, respecto al daño que se produce con la ruptura del equilibrio económico, es “fundamental determinar el *límite de la imprevisión*, esto es, el momento a partir del cual se puede considerar que el álea del contrato se ha visto desbordado. (...) *El hecho imprevisto no solo debe afectar o encarecer la ejecución del contrato sino que debe verdaderamente trastornar su economía general, toda su ingeniería financiera*”¹⁶⁵. En rigor jurídico, es “apenas de elemental equidad considerar que, para aquellos eventos que *rebasen las cargas contractuales normales* aceptadas por el contratista, el contrato se salvaguarde en el Principio del Equilibrio Económico”¹⁶⁶.

Conviene, entonces, tener en cuenta que, sobre el daño por impacto acumulativo, la doctrina ha sostenido que en “los casos de *suspensión o prórroga* del plazo contractual, el *impacto acumulativo* puede verse reflejado en tanto se produzcan los daños objeto del mismo como consecuencia directa de aquéllos, lo cual en nuestro medio por lo general se ve plasmado en la llamada *mayor permanencia en obra*, que acarrea el pago de la mano de obra y maquinaria en el sitio de la obra por un lapso de tiempo diferente al inicialmente acordado por las partes, sea por extensión o por aceleración del mismo”¹⁶⁷.

De esta manera, se identifica uno de los principales presupuestos para que proceda el reconocimiento de la mayor permanencia en obra, que se refiere al daño ocasionado cuando se excede el límite de la imprevisión; toda vez que el artífice o constructor de la obra, tiene el deber de probar o acreditar que el componente de imprevistos “I” que forman parte integral de la partida AIU en los contratos de obra, fue superada o excedida por sobrecostos de los riesgos normales propios de su actividad¹⁶⁸, utilizando un estándar de razonabilidad. Es decir, que se causó un daño que supera el nivel de tolerancia, por cuanto “el *alea normal* del contrato, tiene también sus límites”¹⁶⁹. Este punto lo retomaremos en líneas posteriores, en el acápite de mantenimiento del equilibrio contractual¹⁷⁰.

Con todo, los cálculos de riesgos realizados por el contratista de obra en los imprevistos “I” resultaron insuficientes y, para ello, tiene que acreditar la gravedad de la afectación del

¹⁶⁵ BENAVIDES, José. *Entre el derecho público y el derecho privado*. 2da. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 440-442.

¹⁶⁶ VERANO, Sandra. “La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero”. En: Montaña, Alberto y Rincón, Jorge (eds.). *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas internacionales de Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 579.

¹⁶⁷ SAFAR, Mónica. *Impacto acumulativo y equilibrio económico en el contrato estatal*. n.º 43. Tesis de grado. ob. cit. p. 77, 103-105. [Versión digital], agrega que “los fenómenos de *suspensión o prórroga* pueden generar un *detrimento patrimonial para el contratista*, el cual será resarcido en la medida en que las causas de los mismos no provengan de alguna actividad culpable del contratista que perjudique la planeación del contrato”.

¹⁶⁸ Cfr. CE, Sección Tercera, 11 de diciembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 16.433, sentencia citada por el CE, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de octubre de 2016, C.P. Hernán Andrade Rincón, 36712, la sala sostiene que “en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se *incluya un porcentaje de imprevistos*, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, *demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato*”.

¹⁶⁹ BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. ob. cit, p. 213.

¹⁷⁰ Véase *infra*, Cap. II, B, 1.

equilibrio económico; no por la manifestación de cualquier causa o circunstancia¹⁷¹, ni tampoco por la simple prolongación del plazo de ejecución se genera la mayor permanencia en obra. Dicho de otra manera, “todo contrato está sometido al requisito negativo de interdicción de *la excesividad porque si se ultrapasa el limite del esfuerzo exigible, se atropella la función social* de la regla privada, poniendo en peligro la obtención del fin negocial por el no cumplimiento del plan proyectado”¹⁷².

Pero profundizando un poco más, el concepto del daño como lesión de crédito por la disponibilidad de equipos, los costos administrativos y de personal no es suficiente, ni tampoco lo es, como otrora, una simple regla de tres u operación matemática del valor diario o mensual de actividades según la propuesta económica¹⁷³. Por tanto, se requiere probar por parte del artífice o constructor de la obra, los perjuicios representados en los sobrecostos o extracostos, cuya configuración se acredita con “los pagos efectuados por concepto de la maquinaria y los equipos que se requerían para la ejecución de la obra y, además, que estos estuvieron en la zona a intervenir de forma permanente, esto es, durante el tiempo convenido en el contrato y, adicionalmente, durante el término de extensión o mayor permanencia”¹⁷⁴ en obra. En fin, se requiere un verdadero *stand by* de maquinaria o equipos, o de pago de

¹⁷¹ CE, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de octubre de 2016, C.P: Hernán Andrade Rincón, 36712, explica que “cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que *el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal*, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato, (...)”.

¹⁷² BENÍTEZ, Juan. *La revisión del contrato*. 2ed. Bogotá: Temis, 2010, p. 446; señala que “*el límite de exigibilidad está indicado por el sacrificio patrimonial que una parte no podrá superar sin que se perturbe la entera economía del negocio*. Ciertamente hay un control sobre la exigibilidad de cumplimiento, (...) porque el *sobrepaso del límite* de sacrificio abre una vía a los daños a una parte y ventajas a la otra, que la economía del contrato no puede justificar”.

¹⁷³ Es de agregar que, antes del deber de acreditar los perjuicios por parte del constructor por concepto de mayor permanencia en obra, se utilizaba para su cálculo una *simple regla de tres* para determinar los costos de administración “A” de la partida AIU, en virtud de la extensión del plazo de ejecución. Ver entre otras jurisprudencias: CE, Sección Tercera, 31 de marzo de 2003, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, 12431; CE, Sección Tercera, 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 14854; cuestión criticada en: Laudo arbitral, 31 de enero de 2020, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Autopistas de la Sabana S.A.S. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), árbitros: Hernando Yepes Arcila, Rodrigo Noguera Calderón y Germán Gómez Burgos, señala que “esta simple proyección de costos [operación matemática] no evidencia la realidad en que fue ejecutada la obra, pues se reduce a una simple ‘suposición’ de los gastos y costos en que incurrió el contratista para ejecutar el contrato durante el término ampliado, con lo cual no se cumple el condicionamiento que precisamente ha establecido la jurisprudencia como requisito *sine qua non* para tener por comprobados dichos perjuicios y que corresponde precisamente a la *demonstración real y efectiva de los sobrecostos causados con la ejecución de la obra en un mayor tiempo*”.

¹⁷⁴ Laudo arbitral, 31 de enero de 2020, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Autopistas de la Sabana S.A.S. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), árbitros: Hernando Yepes Arcila, Rodrigo Noguera Calderón y Germán Gómez Burgos.

mano de obra por mayor permanencia en obra¹⁷⁵, pues simplemente “no basta afirmar la existencia de sobrecostos para que se los indemnice como perjuicios”¹⁷⁶.

Una vez se produce el daño o sobrecostos por mayor permanencia en obra, el cual puede ocasionar la ruptura del equilibrio económico, hay que establecer si aquél menoscabo no es imputable al artífice o al dueño de la obra, para que surja el deber de mantener el equilibrio económico, aspecto que enseguida examinaremos.

b. No atribución de imputabilidad al artífice o constructor de la obra.

Acá se trata de que el artífice no sea el causante, por su culpa o dolo, de las circunstancias sobrevenidas que dieron origen a las modificaciones contractuales, o porque las causó o porque se expuso deliberadamente al riesgo de aquellas que no causó: prórroga o suspensión; hay que señalar que el concepto imputar, en sentido jurídico, “significa, atribuir, achacar algo o alguien, hacerlo responsable de ello”¹⁷⁷.

Luego, en principio la no imputación o atribución de la conducta al artífice, debe entenderse en nuestro modelo subjetivo del C. C., en el sentido de que la causa generadora de los efectos que se pretendan reclamar por concepto de mayor permanencia en obra, no debieron ser ocasionados por el despliegue de su conducta, sea a título de dolo o culpa, conforme a las reglas del contenido del art. 1604 del C. C. (fundamento del contrato como fuente de responsabilidad), en armonía con el art. 63 del C. C. que define el dolo y expresa las diversas modalidades de culpa.

Ahora, respecto a la imputación por incumplimiento al artífice o constructor de la obra, hay varias reglas que deben tenerse en cuenta para su consolidación en el campo de la responsabilidad contractual: i) lo dispuesto por las partes dentro su autonomía privada y los límites del ordenamiento jurídico; ii) la causa que dio origen a la modificación de prórroga o suspensión se encuentra en su esfera de control; iii) la no diligencia y previsión de la causa que originó la prórroga o suspensión de actividades, generando la mayor permanencia en obra; y iv) la imprevisión de la causa fuere evitable utilizando su debida diligencia. Esto en

¹⁷⁵ Cfr. Íd., sostiene que respecto a la mayor permanencia en obra, se requiere que “la maquinaria contratada (...), estuvo paralizada en el sitio de las obras o de alguna manera no pudo utilizarse por el contratista y permaneció ociosa o en *stand by*”, reitera sentencia CE, Sección Tercera, 5 de marzo de 2008, C.P. Enrique Gil Botero, 15600, la cual determina con mayor profundidad la forma de acreditar los perjuicios: ““En efecto [tratándose de una mayor permanencia en obra], *era necesario probar* en el proceso que el contratista pagó más dinero por la mano de obra y en qué cantidad; que utilizó los equipos más tiempo o que estuvieron inutilizados o que rindieron menos en su labor y cuánto -lo propio aplica a la maquinaria-; que se pagaron más viáticos al personal y cuánto; que las oficinas y los campamentos tuvieron unos costos adicionales reales por su mayor permanencia; que se pagaron más pasajes al personal extranjero; que se debieron emplear más elementos de consumo, cuáles y cuánto valen, entre otros conceptos. (...)”.

¹⁷⁶ CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de octubre de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, 46687.

¹⁷⁷ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de las Obligaciones. Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, De la protección de los derechos del acreedor, De la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes*. Vol. II. 2ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 265.

cuanto a la imputación por incumplimiento y el fundamento de la responsabilidad por el cual se encontraría obligado a responder el artífice”¹⁷⁸.

En sentido contrario de lo anteriormente señalado, podemos realizar otra lectura de interpretación, que nos arrojaría el fundamento del presupuesto bajo examen en el supuesto que el artífice o constructor de la obra no le sería imputable o atribuible el incumplimiento cuando: i) cumple con las obligaciones pactadas en el contrato; ii) la causa que dio origen a la prórroga o suspensión, es ajena o se encuentra fuera de su esfera de control; iii) empleó su debida diligencia y previsión respecto a la causa de la prolongación en el tiempo; y iv) realizó los esfuerzos necesarios para evitar el suceso imprevisible que causó el incumplimiento.

También debemos entender que se configuraría la no imputación al artífice o constructor de la obra, cuando la inejecución del contrato no fue atribuible bajo alguna de las tres modalidades de incumplimiento regladas en el art. 1613¹⁷⁹ del C. C.: i) no haberse cumplido la obligación; ii) haberse cumplido imperfectamente; y iii) haberse retardado el cumplimiento. Esto es así porque si su conducta no se ajusta al cumplimiento de las obligaciones recíprocas y sinalagmáticas que emanan del vínculo contractual o título obligacional, mal podría reclamar el artífice al dueño de la obra los costes o sobrecostos generados por la mayor permanencia en obra; verbigracia, si se presentó una suspensión unilateral o el reinicio es imputable al artífice, pues no sería viable su procedencia¹⁸⁰, así como en el caso de una deficiente planeación de un contrato adicional que involucre una extensión del plazo, habida cuenta que el incremento del valor del contrato principal deberá contener dichos costos de prolongación en el lugar de la obra¹⁸¹.

Así las cosas, podríamos sostener que el segundo presupuesto jurídico, que se refiere a hechos no imputables al contratista, se concretaría en que: i) si el “incumplimiento del contrato es el reverso de su cumplimiento”¹⁸², en este caso, el artífice o constructor de la obra debe encontrarse en el ámbito del cumplimiento realizando “la prestación exacta y correcta”¹⁸³, para que proceda el eventual análisis del reconocimiento por concepto de mayor permanencia en obra; y ii) “si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de

¹⁷⁸ Cfr. DE LA MAZA, Iñigo y VIDAL, Álvaro. *La modernización del derecho de contratos*. ob. cit., p. 376; Además, no se debe olvidar o perder de vista el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*; toda vez que nadie puede alegar su propia culpa, el cual forma parte del ordenamiento jurídico colombiano, sin que requiera una norma expresa para su aplicación: Cfr. CCons. C-083/95, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁷⁹ Art. 1613 C.C. Col. “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de *no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*.”

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”.

¹⁸⁰ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección B, 30 de mayo de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 38.313, agrega en el caso concreto, que el contratista de obra “aceptó que *los equipos se destinaron a otras obras*, razón por la cual mal haría en predicarse perjuicios por esta suspensión”.

¹⁸¹ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección C, 10 de septiembre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero, 27.648.

¹⁸² Cfr. DE LA MAZA, Iñigo y VIDAL, Álvaro. *La modernización del derecho de contratos*. ob. cit., p. 144.

¹⁸³ PIRAINO, Fabrizio. *El cumplimiento de la obligación*. Jorge Alberto Colmenares Mantilla (Trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, Sec. 8 de 14, [Versión digital], define “*el cumplimiento como la prestación exacta y correcta*, es decir, como *la conducta debida cuando cumple el resultado esperado*, teniendo en cuenta las características cualitativas y cuantitativas prescritas, en respeto a las modalidades de acción, concordantes o impuestas por la naturaleza de la prestación o por las *leges artis*”¹⁸³ (Bastardilla nuestra).

‘no cumplimiento’ y esta situación, por regla general, no da lugar a la responsabilidad civil”¹⁸⁴.

No hay que olvidar que puede coexistir culpa compartida entre artífice y dueño de la obra, como en el caso de no atender el plazo razonable para realizar la obra material, lo cual haría inocua la reclamación por mayor permanencia en obra¹⁸⁵.

c. Causa extraña de las circunstancias sobrevenidas.

El “*casus* (de fuerza mayor o fortuito), [es] definido como ‘el imprevisto a que no es posible resistir’”¹⁸⁶. Así, “constituyen causa extraña la fuerza mayor o caso fortuito”¹⁸⁷ en una relación de género a especie¹⁸⁸. Luego, cuando se afirma que la causa que dio origen a la mayor permanencia en obra no debe serle imputable al artífice o constructor de la obra, debe entenderse en el sentido que obedece a circunstancias ajenas o causa extraña que se encuentran fuera su esfera de control. Dicho en otros términos, el artífice no debe ser “el causante del fenómeno que originó el desequilibrio, o simplemente, que no haya procurado, pudiendo hacerlo, evitar o morigerar su impacto”¹⁸⁹.

Si bien es cierto el art. 64¹⁹⁰ del C.C. no distingue entre fuerza mayor y caso fortuito (teoría unitaria de causa extraña), la jurisprudencia del Consejo de Estado si ha realizado una diferenciación entre los dos conceptos, señalando que la fuerza mayor es realmente la causa extraña, externa, imprevisible, irresistible y eximente de responsabilidad; mientras que para el caso fortuito, forma parte de su actividad, pero que no constituye, en rigor jurídico, una verdadera causa extraña, ajena a las partes del contrato¹⁹¹.

¹⁸⁴ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. ob. cit., p. 239; citado por el CE, Sección Tercera, Subsección C, 24 de julio de 2013, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 25.131.

¹⁸⁵ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de marzo de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, 43132, habida cuenta que el “*conocimiento de la imposibilidad de realizar la prestación en el plazo estipulado le compromete*, en el sentido de que torna *impróspera toda pretensión de resarcimiento por el mayor tiempo* que exceda al que razonablemente deba emplearse para la construcción de un proyecto de tales características, (...) se trata de un *falta compartida con el comitente*, quien por su experiencia y profesionalismo en la ejecución de este tipo de proyectos debía estar advertido de la insuficiencia del tiempo asignado a la construcción de las obras”.

¹⁸⁶ HINESTROSA, Fernando. *In memoriam*. “Teoría de la imprevisión”. *Revista de derecho privado*. 39. Universidad Externado de Colombia, jul-dic, 2020, pp. 9-29. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6675/9006> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

¹⁸⁷ TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II. 2ed. Bogotá: Legis, 2015, p. 58.

¹⁸⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 58-59.

¹⁸⁹ HINESTROSA, Fernando. *In memoriam*. “Teoría de la imprevisión”. ob. cit., p. 20.

¹⁹⁰ Art. 45 C.C. Col.: “Se llama *fuerza mayor o caso fortuito* el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

¹⁹¹ Cfr. CCons. SU-449/16, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, concluye que “[l]a jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado la *fuerza mayor del caso fortuito*, en tanto la *fuerza mayor es causa extraña y externa* al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El *caso fortuito*, por el contrario, proviene de la *estructura de la actividad de aquél*, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”.

De esta manera, la fuerza mayor no debe entenderse en un sentido amplio, sino en un sentido estricto, “de que el hecho tiene que ser absolutamente ajeno a la persona del deudor (fuerza de la naturaleza, hecho del príncipe, hecho de terceros)”¹⁹². Pese lo anterior, otros sostienen que “el punto fundamental no es distinguir el caso fortuito o la fuerza mayor, sino realmente cuáles son los *elementos* que deben reunirse para que determinado evento conduzca a exonerar al deudor o a la persona cuya responsabilidad demanda”¹⁹³.

Teniendo en cuenta que el contrato de obra por su naturaleza jurídica contiene obligaciones de resultado, es de anotar, que el artífice o constructor de la obra “únicamente se exime de responsabilidad probando una *causa extraña*”¹⁹⁴. No obstante, independientemente de que se trate de obligaciones de medios o de resultado, “el límite de la responsabilidad es siempre el *caso fortuito*. (...) en ambas [caso fortuito y fuerza mayor], el deudor queda obligado a la diligencia promotora y el incumplimiento se considera imputable al deudor a menos que intervenga el *caso fortuito como causa de exoneración*”¹⁹⁵; con fundamento jurídico en lo dispuesto en el art. 1604, concordante con el art. 1616¹⁹⁶ del C. C. que contiene la regla de la previsibilidad para efectos de la indemnización de perjuicios, salvo dolo o culpa grave¹⁹⁷.

De igual manera, vale la pena anotar que la causa extraña de caso fortuito tiene una gran excepción consistente en la hipótesis de asunción voluntaria del riesgo por parte del deudor¹⁹⁸, según lo previsto en el art. 1732 del C. C.¹⁹⁹. Por tanto, si alguna de las partes asumió algún tipo de riesgo, debe respetarse lo pactado; salvo que exceda los riesgos normales previsibles en el componente de imprevistos “I” de la partida AIU en los contratos de obra, como se analizará en el segundo capítulo²⁰⁰.

Entretanto, no se puede confundir la fuerza mayor con la teoría de la imprevisión; toda vez que “mientras en *la fuerza mayor* hay una *imposibilidad absoluta* de cumplimiento por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, *la imprevisión* supone que la *ejecución* del contrato resulta extremadamente difícil, exageradamente *onerosa*, es decir, el acontecimiento

¹⁹² GUILLIEN, Raymond, y VINCENT, Jean. *Diccionario Jurídico*. Bogotá: Temis, 2019.

¹⁹³ CÁRDENAS, Juan. “Causa extraña como eximente de responsabilidad”. En: Castro, Marcela (Coord.). *Derecho de las obligaciones. Con propuestas de modernización*. Tomo III. 2ed. Bogotá: Universidad de los Andes, 2018, p. 425, considera que “(...) en principio los elementos [de la] fuerza mayor o caso fortuito son su carácter externo o su inimputabilidad, su imprevisibilidad y su irresistibilidad”.

¹⁹⁴ RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. ob. cit., 164.

¹⁹⁵ DE LA MAZA, Iñigo y VIDAL, Álvaro. *La modernización del derecho de contratos*. ob. cit., p. 365.

¹⁹⁶ Art. 1616 C.C. Col.: “Si no se puede imputar dolo al deudor, *solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato*; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

¹⁹⁷ Cfr. DE LA MAZA, Iñigo y VIDAL, Álvaro. *La modernización del derecho de contratos*. ob. cit., pp. 145, 377.

¹⁹⁸ OSPINA, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. 8ed. Bogotá: Temis, 2019, p. 114.

¹⁹⁹ Art. 1732 C.C. Col. “Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado”.

²⁰⁰ Véase *infra*, Cap. II, B, 1, b).

superveniente no obsta la consecución material de prestación, sino que simplemente hace el cumplimiento más gravoso para el deudor”²⁰¹.

A renglón seguido, plantearemos el fenómeno de la fuerza mayor, con ocasión de la pandemia, desde varios escenarios, como: i) causal de fuerza mayor, la cual genera una imposibilidad absoluta de la prestación de confeccionar la obra material; ii) imputación al dueño de la obra en aplicación de la teoría del hecho del príncipe, teniendo en cuenta las medidas ejecutivas decretadas por el Gobierno Nacional, produciendo principalmente el efecto de la suspensión del contrato de obra; y iii) causal de la teoría de la imprevisión por excesiva onerosidad, que genera imposibilidad relativa y hace más gravoso el cumplimiento del objeto de la prestación, tema que se examinará en punto sobre el mantenimiento del equilibrio contractual.

d. Pandemia, como causa de fuerza mayor. Características generales.

El coronavirus, que causa la enfermedad denominada “la COVID-19 es una pandemia que afecta a muchos países de todo el mundo”²⁰² incluido, por supuesto a Colombia²⁰³; es decir, es un hecho notorio que afecta actualmente la contratación y, en nuestro caso específico, la fase de ejecución de los contratos de obra pública o privada.

Ahora, además de lo arriba expuesto de manera general sobre la fuerza mayor, es de anotar que “el *concepto de fuerza mayor es relativo*, por cuanto que un evento puede ser imprevisible para una persona pero no irresistible y viceversa”²⁰⁴; complementado sobre la base de una *diligencia promotora* en las obligaciones de resultado²⁰⁵. Bajo esta órbita, esta vez, para entender mejor el fenómeno, nos detendremos de manera específica en la pandemia, en relación con el contrato de obra, según las siguientes características:

- i. De *imprevisibilidad*, por cuanto la pandemia es un fenómeno que cumple con el parámetro de “rareza y repentinidad del evento”²⁰⁶, de “hechos intempestivos o sorprendidos, cuya ocurrencia, (...) no es posible contemplar con anterioridad a su

²⁰¹ BENÍTEZ, Juan. *La revisión del contrato*. 2ed. Bogotá: Temis, 2010, pp. 380-381; sostiene respecto a la fuerza mayor e imprevisión, que “se diferencian principalmente en sus consecuencias, puesto que *la causa extraña* no imputable comporta la liberación del deudor por extinción de la prestación, mientras que en línea de principio *la excesiva onerosidad* conlleva a que el deudor permanezca vinculado al contrato, adecuándolo al cambio de circunstancias”; véase en el mismo sentido: CE, Sección Tercera, 11 de septiembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 14781.

²⁰² Organización Mundial de la Salud (OMS). *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). ¿Qué es la COVID-19?* Disponible en: https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?gclid=EAIaIQobChMik5-21u706QIVwsDICh2LVAINeAAAYASAAEgJr-fD_BwE

²⁰³ Presidencia de la República. *COVID-19 Colombia. Reporte*. Disponible en: <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html>

²⁰⁴ PALACIO, Juan. *La Contratación de las Entidades Estatales*. 4ed. Bogotá: Librería jurídica Sánchez R. Ltda., 2004, p. 369, parafrasea a TAMAYO, Javier. *Culpa contractual*. Bogotá: Temis, 1990, p. 35.

²⁰⁵ Cfr. BRANTT, María. “El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual”. ob. cit., p. 81, señala que “la imprevisibilidad e irresistibilidad, debe recordarse que ambas condiciones se construyen sobre la base de la noción de *diligencia en su función promotora* del cumplimiento, la que está presente tanto en las *obligaciones* de medios como en las *de resultado*” (Cursiva nuestra).

²⁰⁶ OSPINA, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. ob. cit., pp. 110-111.

ocurrencia, por lo que el deudor no hubiera debido precaverse razonablemente contra ellas”²⁰⁷. A pesar de ello, se cuestiona que “[s]i bien sorprendió a China, los demás países tuvieron tiempo para prever que la COVID-19 podría afectarlos directamente”²⁰⁸.

En todo caso, se debe partir de que “no existe una imprevisibilidad absoluta”²⁰⁹. Por tanto, más que un hecho sobreviniente sea o no previsible por el ser humano -en virtud de los tiempos modernos y el avance de la tecnología-, la cuestión es que desconocemos sus efectos reales y fecha cierta de ocurrencia ²¹⁰ de manera razonable²¹¹, tal como se puede observar con la pandemia a nivel global. Sin lugar a dudas, “[e]l impacto de la Covid-19 es nuevo. Al menos *in abstracto*, no era posible prevenir tal escenario”²¹².

- ii. De *irresistibilidad*, en tanto la pandemia genera una “*imposibilidad absoluta* para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados”²¹³ en el contrato de obra, y “en la medida en que sus efectos resulten

²⁰⁷ CE, Sección Tercera, Subsección C, 28 de octubre de 2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, 40992; véase en criterio similar: CE, Sección Tercera, Subsección C, 8 de febrero de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 54614.

²⁰⁸ PÁEZ, Cesar. “Los riesgos generados por la COVID-19: entre el Cisne Negro y la Cola Gruesa”. *Coordenadas Mundiales. El blog de la Escuela de relaciones Internacionales de FIGRI*. Universidad Externado de Colombia, 2020. Disponible en: <https://coordenadas-mundiales.uexternado.edu.co/los-riesgos-generados-por-la-covid-19-entre-el-cisne-negro-y-la-cola-gruesa/> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020], concluye que “el riesgo generado por esta pandemia *no es un Cisne Negro* sino un evento que se ubica en la *Cola Gruesa* de la curva de riesgos”; pues “la probabilidad de que eventos extremadamente positivos o negativos ocurran con cierta frecuencia es mucho mayor de lo que el sentido común y la estadística normal aceptan *prima facie*”.

²⁰⁹ PALACIO, Juan. *La Contratación de las Entidades Estatales*. ob. cit., p. 370.

²¹⁰ Cfr. NEME, Martha. “La tensión aparente entre las reglas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: la buena fe y la equidad constituyen parámetros de las exigencias de equilibrio y solidaridad en tiempos de crisis”. *Ensayos de la Revista de Derecho Privado N.º 3. Vulnerabilidad, solidaridad y pandemia. Algunas reflexiones desde el derecho civil*. Universidad Externado de Colombia, jun, 2020, p. 212. Disponible en: http://publicaciones.uexternado.edu.co/media/hipertexto/pdf/Ensayos_revista_Derecho_Privado_V2.pdf [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

²¹¹ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección A, 19 de junio de 2020, C.P. María Adriana Marín, 42974, sostiene que “*la imprevisibilidad exigida para la configuración de la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad* frente al incumplimiento contractual, *es la que cabe esperar razonablemente*, en tanto *no se puede exigir la contemplación de todo un universo de posibilidades*, más o menos remotas, de circunstancias que a futuro puedan presentarse en torno a la ejecución de las obligaciones contractuales, sino aquellas que, en condiciones normales, cabe esperar que puedan suceder”; véase en el mismo sentido a: MENDOZA, Álvaro. *Obligaciones*. Bogotá: Temis, 2020, p. 751, expresa que: “La imprevisibilidad y la irresistibilidad deben ser apreciadas de una manera *razonable*, porque son pocos los eventos futuros respecto de los cuales puede afirmarse que escapan absolutamente a toda humana previsión” (Cursiva nuestra).

²¹² VARSÍ, Enrique, ROSENVALD, Nelson y TORRES Marco. “La pandemia de la COVID-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual”. *Revista Acta Bioethica*. Universidad de Chile, may, 2020, vol. 26, 1, p. 32. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v26n1/1726-569X-abioeth-26-01-29.pdf> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020], afirman los autores que “[a]ún cuando algunos puedan considerar que, dado que la existencia de la covid-19 en otros países ya había obligado a algunos Estados a adoptar medidas de ese tipo, consideramos que *no era un evento previsible*”.

²¹³ CE, Sección Tercera, 11 de septiembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 14781.

imposibles de eludir para el deudor, no obstante los medios empleados”²¹⁴; es decir, “insuperable”²¹⁵. Ahora, si lo que genera es una imposibilidad sobrevenida que imposibilita o hace más gravosa u onerosa la prestación, estaremos en el campo de la teoría de la imprevisión por excesiva onerosidad.

En rigor, la irresistibilidad es un concepto relativo y particular que dependerá de cada caso particular en concreto²¹⁶. Por ejemplo, “[a]sí lo consideró el Consejo de Estado en el caso de la erupción del Nevado del Ruíz, pues señaló que *aunque el evento era previsible era irresistible* y no se podía exigir a la administración otras medidas de las que adoptó”²¹⁷. De hecho “si el sinalagma funcional se rompe de manera excesiva, insoportable, *poco importa que ello haya sido previsible o no* al momento de celebrar el contrato”²¹⁸.

En esta misma línea, la doctrina ha dado relevancia a esta característica y ha sostenido que lo “*irresistible no es el fenómeno que se alega como causa extraña sino sus efectos*”²¹⁹. Por tanto, define la causa extraña como “aquel evento *irresistible* y jurídicamente ajeno al demandado”²²⁰ sin referirse a la imprevisibilidad, en aras de evitar múltiples interpretaciones sobre su alcance²²¹.

- iii. De carácter *externa o causa extraña* a las partes del contrato de obra²²² o, lo que es lo mismo, “su exterioridad, como requisito para constituirse como eximente de responsabilidad, ya que cada quien está obligado a asumir su propio riesgo”²²³. A nuestro juicio, la pandemia es indudablemente extraña a los extremos contractuales del contrato de obra; vale decir, ajena a las partes y de “naturaleza *extraordinaria* del evento”²²⁴, sin perjuicio del análisis de cada caso particular.

²¹⁴ CE, Sección Tercera, Subsección C, 28 de octubre de 2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, 40992.

²¹⁵ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de las Obligaciones. Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, De la protección de los derechos del acreedor, De la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes*. Vol. II. ob. cit., p. 281.

²¹⁶ Cfr. PALACIO, Juan. *La Contratación de las Entidades Estatales*. ob. cit., p. 370; BRANTT, María. “El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual”. ob. cit., p. 69.

²¹⁷ CE, Sección Tercera, 24 de junio 1994, C.P. Julio César Uribe Acosta, 6639, sentencia citada por CÁRDENAS, Juan. “Causa extraña como eximente de responsabilidad”. ob. cit., p. 445.

²¹⁸ GRASSO, Manuel. “Imprevisibilidad, contrato e imprevisión en el nuevo código civil y comercial argentino”. *Revista de Derecho privado*. Universidad Externado de Colombia, ene-jun, 2019, 36, pp. pp. 117-118. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/articulo/view/5790> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

²¹⁹ TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II. 2ed. Bogotá: Legis, 2015, p. 18.

²²⁰ *Ibid.* p. 10.

²²¹ Cfr. *Ibid.* p. 50, plantea que “sería deseable que en una futura reforma legislativa *se suprimiera la imprevisibilidad o el imprevisto como elemento estructural de la causa extraña*, con el fin de evitar las confusiones que hasta ahora hemos debido afrontar”.

²²² Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección C, 14 de diciembre de 2018, C.P. Guillermo Sánchez Luque, 34636; en el mismo sentido CE, Sección Tercera, 11 de septiembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 14781.

²²³ CE, Sección Tercera, Subsección C, 28 de octubre de 2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, 40992.

²²⁴ CHAMIE, José. “Por un derecho de contratos más solidario en tiempos de pandemia del contrato indiferente al contrato humano: ‘anticuerpos’ para restablecer el equilibrio funcional de los contratos”. *Ensayos de la Revista de Derecho Privado N.º 3. Vulnerabilidad, solidaridad y pandemia. Algunas reflexiones desde el derecho civil*. Universidad Externado de Colombia, jun, 2020, p. 133. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/articulo/view/6674/9005> [Fecha última de consulta: 25 de

- iv. De *no precedencia o ausencia de culpa*, en cuanto no “puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad”²²⁵ de la obra; es decir “la exterioridad de la causa extraña”²²⁶, con fundamento en el párrafo segundo del art. 1604 del C. C.²²⁷. De esta manera, si antes de la contingencia por la pandemia, precede algún grado de culpa atribuible a alguna de las partes, no procederá la fuerza mayor. Dicho de otro modo, “[n]ingún evento puede constituir fuerza mayor o caso fortuito si hubo culpa del deudor”²²⁸.

A modo de ilustración, en el caso del Proyecto Hidroituango, en el marco de un contrato tipo BOOMT²²⁹, de acuerdo con el informe de la firma noruego-chilena *Skava*, la causa raíz de la falla del túnel no obedeció a un caso fortuito o fuerza mayor, sino de errores constructivos. Según las causas raíces expuestas por el dueño de la obra (Sociedad Hidroituango), se puede presumir (*iuris tantum*), la falta de diligencia que previamente debía emplear el contratista EPM antes de la contingencia (derrumbe); tal como sucedió con la realización del Túnel 3 sin diseños definitivos y sin licencia ambiental de manera autónoma, con falta de revestimiento y su indebida presión respecto a los límites de caudal previsible que superaban los 1200m³/s²³⁰.

Actualmente Hidroituango, considerada la obra de infraestructura más grande del país, anunció, con ocasión de la COVID-19, que “pospone otro año la generación de energía”²³¹, es decir, hasta el año 2022. En este caso, resultaría necesario verificar previamente el cumplimiento, tal como sucedió con la contingencia en el año 2018. Sin duda, el proyecto Hidroituango estará en el ojo del huracán por largo tiempo.

Otro caso ilustrativo y de manera muy concreta sobre la no procedencia de la fuerza mayor o caso fortuito, se puede apreciar en el colapso de la Pila B del Puente Chirajara,

noviembre de 2020]; en el mismo sentido véase: VARSÍ, Enrique, ROSENVALD, Nelson y TORRES Marco. “La pandemia de la COVID-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual”. ob. cit., p. 32.

²²⁵ CE, Sección Tercera, 26 de marzo de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 16530.

²²⁶ Ibíd; en el mismo sentido CE, Sección Tercera, Subsección A, 19 de junio de 2020, C.P. María Adriana Marín, 42974.

²²⁷ Art. 1604 C.C. Col. “(...) *El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa*”.

²²⁸ TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II. ob. cit., p. 124.

²²⁹ Contrato tipo BOOMT: *Build, Operate, Own, Maintain and Transfer* (construir, operar, poseer, mantener y transferir, por sus siglas en inglés).

²³⁰ Cfr. PÉREZ GUTIERREZ, Luis. *La verdad de Hidroituango. Causas raíz*. Medellín: Gobernación de Antioquia, 2019, “Las conclusiones del estudio de Skava se pueden sintetizar así: ‘1. *Si existen errores constructivos. No fue un caso fortuito ni de la naturaleza*. 2. Hubo errores de diseño del túnel que estalló. 3. Hubo errores constructivos en el piso del túnel que estalló. 4. El túnel estaba trabajando a presión’ El escenario es claro: EPM al fin reconoce que la catástrofe de Hidroituango *no es un caso fortuito ni de la naturaleza*; es un *error constructivo* de EPM o de sus asesores o subcontratistas” (Bastardilla nuestra).

²³¹ “Por la pandemia, Hidroituango pospone otro año la generación de energía”. En: *Caracol Radio*, 11 de junio de 2020. Disponible en: https://caracol.com.co/emisora/2020/06/12/medellin/1591933048_190933.html

cuya causa obedeció a un error de diseño, según se desprende del laudo arbitral del 2 de marzo de 2020²³².

- v. De *eximente de responsabilidad*, en el sentido que “su configuración rompe el nexo causal entre el daño y la acción del Estado”²³³ o la “no ejecución del mismo”²³⁴ y, en consecuencia, produce el efecto de liberar al contratista de su obligación²³⁵ de hacer la confección de la obra material; según las circunstancias de ejecución en cada caso concreto y con la salvedad o característica señalada en el numeral anterior. Sin embargo, la doctrina sostiene que no se puede confundir la exoneración de responsabilidad -propia del evento de caso fortuito-, respecto de la liberación de la obligación de una imposibilidad sobrevenida²³⁶.
- vi. De *fenómeno de la naturaleza*²³⁷, que genera un riesgo por fuerza mayor en la ejecución del contrato de obra²³⁸. En este caso, rige “el principio de que el particular no debe soportar el *álea anormal* del contrato”²³⁹ de obra frente a la pandemia, la cual genera una imposibilidad absoluta o temporal de ejecutar la prestación. Fuerza mayor que en “el derecho anglosajón conoce como causal de exoneración el *acto de Dios*, que se refiere fundamentalmente a los hechos de la naturaleza”²⁴⁰.
- vii. De *suspensión* del plazo de ejecución del contrato que, “procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes”²⁴¹. En esta ocasión, la suspensión resulta ser la principal

²³² Laudo arbitral, 2 de marzo de 2020, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Constructora de Infraestructura Vial S.A.S. - Coninval S.A.S. Vs. Gisaico S.A., árbitros: Juan Pablo Cárdenas Mejía, César Negret Mosquera y Samuel Chalela Ortiz, señala que “(...) no se encontró prueba que se haya presentado un caso fortuito, una fuerza mayor o alguna causa extraña que ocasionara el desplome de la Pila B del Puente Chirajara. (...) está acreditado que el Puente tenía un error de diseño”.

²³³ CE, Sección Tercera, Subsección C, 14 de diciembre de 2018, C.P. Guillermo Sánchez Luque, 34636.

²³⁴ CE, Sección Tercera, 11 de septiembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 14781.

²³⁵ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección C, 8 de febrero de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 54614.

²³⁶ Cfr. BRANTT, María. “El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual”. ob. cit. pp. 73-75.

²³⁷ Organización Mundial de la Salud (OMS). *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). ¿Qué relación hay entre la COVID-19 y los animales?* Disponible en: https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?gclid=EAIAIQobChMIp9CGuMzP6gIVB6SzCh0hnAIOEAAYASAAEgLcM_D_BwE, afirma la organización que “la mayoría de estos tipos de virus tienen su origen en animales”. Así mismo, el “origen natural” de la pandemia fue confirmado por la OMS, mediante videoconferencia del 04 de mayo de 2020.

²³⁸ Cfr. BECERRA, Álvaro. *Los Riesgos en la Contratación Estatal*. ob. cit., pp. 71-75; en el mismo sentido: LEAL, Abelardo, y SÁNCHEZ, José. *Responsabilidad civil del contratista en el contrato de obra pública*. ob. cit. pp. 97-100.

²³⁹ Cfr. *Ibid.* BECERRA, Álvaro. *Los Riesgos en la Contratación Estatal*. ob. cit. pp. 48-49.

²⁴⁰ CÁRDENAS, Juan. “Causa extraña como eximente de responsabilidad”. ob. cit., p. 416, agrega el autor que “[e]n el *common law* hace referencia al *acto de Dios* (en Estados Unidos, *Restatement of torts*) como la intervención de una *fuerza de la naturaleza, imprevisible e irresistible*, (...)”.

²⁴¹ CE, Sección Tercera, Subsección B, 13 de noviembre de 2014, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, 31463, aclara que “si de la *suspensión* se desencadena un incumplimiento de las obligaciones pendientes a cargo de una de las partes, esta queda compelida a cubrir y cancelar los perjuicios que se derivan del mismo”.

medida contra una imposibilidad absoluta transitoria²⁴², mientras perduren los efectos en el plazo por la pandemia, con el propósito principal de preservar el acuerdo contractual²⁴³. De ahí la “eficacia exoneratoria de responsabilidad del caso fortuito, que es entonces eminentemente *temporal o transitoria*²⁴⁴”; pues “sí debe admitirse que provoca una *suspensión* de su exigibilidad”²⁴⁵.

Para mayor ilustración, observemos el escenario en el derecho español; toda vez que contempla el reconocimiento de costos por mayor permanencia en obra, por causa de la suspensión en tiempos de pandemia:

Mediante Real Decreto-ley 8/2020²⁴⁶, con ocasión de la pandemia, se otorgó al contratista de obra la posibilidad de solicitar la *suspensión* del contrato por devenir en imposible su ejecución, indicando las razones de su inexecución²⁴⁷. Como efecto, se dio vía libre para que procedieran los conceptos de indemnizaciones -acordes con la mayor permanencia en obra-, de los cuales resaltamos lo atinente a “[l]os gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del *contrato suspendido* y su importe sea inferior al coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de *maquinaria, instalaciones y equipos*”²⁴⁸.

²⁴² Cfr. HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: El negocio Jurídico*. v.2. ob. cit., p. 898, señala que “[e]n el evento de que la continuidad de la ejecución de un contrato de tracto sucesivo se haga imposible de modo transitorio, ha de pensarse preventivamente en su *suspensión*, mientras se mantenga el obstáculo, y ante todo en la decisión de las partes para atender dicha vicisitud”.

²⁴³ Cfr. VARSÍ, Enrique, ROSENVALD, Nelson y TORRES Marco. “La pandemia de la COVID-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual”. ob. cit., p. 34, en relación con la *suspensión*, sostienen los autores que “las partes pueden acordar que -en aras de velar por la conservación del contrato- la fuerza mayor conlleve a *extender la vigencia del plazo contractual*, en caso la declaratoria de cuarentena, como consecuencia de la expansión de la covid-19, impida que el deudor cumpla con las obligaciones que forman parte de la integridad del contrato”.

²⁴⁴ BRANTT, María. “El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual”. ob. cit. p. 76, sostiene que “[d]icha *suspensión* es concordante con la idea de que el caso fortuito opera sólo en tanto el hecho siga siendo irresistible para el deudor”.

²⁴⁵ Íd.; en el mismo sentido véase a CÁRDENAS, Juan. “Causa extraña como eximente de responsabilidad”. ob. cit., p. 446.

²⁴⁶ Art. 34. Real Decreto-ley 8/2020 Esp. “*De medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*” “En los *contratos públicos de obras*, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, que celebren las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, y cuando esta situación genere la *imposibilidad de continuar la ejecución del contrato*, el contratista podrá solicitar la *suspensión* del mismo desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. (...)”.

²⁴⁷ Íd. “Con esta finalidad el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las *razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento*; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. (...)”.

²⁴⁸ Íd. Art. 34, num. 3, 1º, cabe precisar que también se concedió la posibilidad de solicitar la prórroga en relación con el plazo de entrega final durante los días de emergencia, siempre y cuando se garantice el cumplimiento de compromisos pendientes.

Luego de estas breves características generales, consideramos que se aprecia con mayor amplitud la figura de la fuerza mayor en tiempos de pandemia en los proyectos de cuarta y quinta generación de obras de infraestructura (4G y 5G). Allí la Ley define el *Evento Eximente de Responsabilidad* y se incluyen varias clases de fuerza mayor -además de lo pactado en la ley aplicable y la jurisprudencia-, entre las cuales se enuncian las siguientes: i) Fuerza Mayor Ambiental; ii) Fuerza Mayor Predial y Fuerza Mayor por Redes; cada una de ellas con causales específicas para su procedencia²⁴⁹.

En ese orden, si “durante la ejecución del Contrato surgen Eventos Eximentes de Responsabilidad que obliguen al Concesionario [o contratista de obra] a paralizar la ejecución de las obras o labores derivadas de la ejecución de este Contrato, la ANI [o dueño de la obra] podrá reconocer al Concesionario los costos ociosos de la mayor permanencia en obra que se llegaren a causar por estos hechos, mediante el reconocimiento de una suma diaria que definirán las Partes de mutuo acuerdo”²⁵⁰.

En definitiva, quizás lo más importante de la pandemia -en una interpretación amplia y objetiva- tiene relación con el supuesto de hecho que, si bien es cierto el incumplimiento contractual -no imputable al contratista de obra- se presenta por causa de la pandemia; el efecto principal lo constituye la exoneración de responsabilidad que rompe el nexo de causalidad y libera al artífice o constructor de confeccionar la obra material. Pero también, debemos identificar dos escenarios, esto es, cuando la fuerza mayor absoluta es de carácter: i) total o definitiva; y ii) temporal o transitoria²⁵¹. Eventos en los cuales se libera al contratista de responsabilidad, en tanto el dueño de la obra no puede solicitar el cumplimiento específico, ni la indemnización de perjuicios; sin embargo, deja incólume la obligación, dejando a salvo la disposición de otros remedios o tutelas contractuales: suspensión, excepción de contrato no cumplido, adecuación del precio o, en últimas la más drástica: la resolución del contrato²⁵².

²⁴⁹ Cfr. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). Los proyectos de Quinta Generación (5g) tendrán Como Eje Central la Sostenibilidad y los temas Sociales. Ver documentos adjuntos (Contrato de concesión bajo esquema APP). Define: “*Evento Eximente de Responsabilidad*. Es cualquier evento, circunstancia o combinación de eventos o circunstancias fuera del control razonable de la Parte que lo invoca, que afecte en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato respecto de las cuales se invoca, después de que la Parte que lo invoca haya efectuado todos los actos razonablemente posibles para evitarlo. Se entiende incluido dentro del concepto de Evento Eximente de Responsabilidad, cualquier evento de *Fuerza Mayor*, incluyendo la *Fuerza Mayor Predial*, la *Fuerza Mayor Ambiental* y la *Fuerza Mayor por Redes*” Disponible en: <https://www.ani.gov.co/los-proyectos-de-quinta-generacion-5g-tendran-como-eje-central-la-sostenibilidad-y-los-temas>

²⁵⁰ Íd.

²⁵¹ Cfr. HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. ob. cit., pp. 135, 226.

²⁵² Cfr. DE LA MAZA, Iñigo y VIDAL, Álvaro. “Los efectos del incumplimiento contractual causado por caso fortuito en tiempos de pandemia COVID-19”. *Revista de Derecho Civil. Ensayos*. Chile, abr-jun 2020, vol. VII, 3, pp. 123-161. Disponible en: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/569> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020], los autores chilenos concluyen, *grosso modo*, que “la *noción de incumplimiento contractual es amplia y objetiva*”, i) “[p]or lo que toca al efecto exoneratorio, (...) el caso fortuito es el límite de la responsabilidad, con independencia de si la obligación es de medios o de resultados; y ii) “respecto del acreedor de la obligación afectada por el caso fortuito, (...) si bien no puede exigir el cumplimiento específico incumplida por el caso fortuito, ni pedir una indemnización de perjuicios, dispondrá de los demás remedios, en la medida en que se satisfagan sus respectivos requisitos de procedencia”.

Así pues, con ocasión de la fuerza mayor objetiva referida a la pandemia, esta puede generar daños o sobrecostos por la mayor permanencia en obra durante la suspensión del plazo de ejecución, particularmente en aspectos relacionados con la disponibilidad de maquinaria, equipos, personal y “protocolos de bioseguridad”²⁵³, etc., que deberán ser acreditados por el artífice o contratista de obra. A propósito de los requerimientos sobre protocolos de seguridad, resulta útil tener en cuenta los lineamientos sobre “[l]a suspensión de contratos por el aislamiento obligatorio debido a la Covid-19 y el desequilibrio contractual” expedidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado²⁵⁴; en el sentido que fija pautas generales, para efectos de proceder a restaurar el equilibrio económico del contrato, o sí, en últimas, la entidad contratante debe prepararse para un eventual litigio judicial, sin perjuicio del análisis de cada caso particular.

En todo caso, en tiempos de pandemia se deberá buscar una interpretación acorde con los principios de buena fe, equidad, solidaridad y colaboración entre las partes. Esto pone en práctica el uso de los mecanismos o remedios conservativos, principalmente el de la *renegociación*, para efectos de adaptar el programa contractual ante las nuevas circunstancias sobrevinientes de carácter extraordinario que impactan, sin lugar a dudas, el sinalagma funcional según cada caso concreto²⁵⁵. Finalmente de lo que se trata es de soslayar el obstáculo en la ejecución de un contrato de obra que, por regla general, es de largo aliento²⁵⁶. El uso de estos remedios debe ir naturalmente acompañado por el “máximo respeto por la dignidad del ser humano”²⁵⁷.

²⁵³ Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 898 de 2020. “Por medio de la cual se adopta el protocolo de bioseguridad para el manejo y control del riesgo del coronavirus COVID- 19 en el sector de la Construcción y obras a ejecutar en los hogares e instituciones habitadas según Clasificación Internacional Industrial Uniforme - CIIU 4330”. Sin duda, este requisito legal será de interés en temas de *compliance*.

²⁵⁴ Fuente: “Lineamientos sobre desequilibrio contractual por Covid-19”. ANDJ. *Contratación en línea*. Septiembre 2020. Disponible en <http://www.contratacionenlinea.co/index.php?action=view&id=4483&module=newsmodule&src=%40random50ff48e1e3fd3>, especialmente la “hoja de ruta que guía el análisis para determinar en un caso particular si la suspensión de un contrato generó un desequilibrio contractual” [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

²⁵⁵ Cfr. CHAMIE, José. “Por un derecho de contratos más solidario en tiempos de pandemia del contrato indiferente al contrato humano: ‘anticuerpos’ para restablecer el equilibrio funcional de los contratos”. ob. cit., pp. 129-139, concluye el tratadista que debemos “como juristas discernir los acontecimientos para encontrar el mejor derecho posible y resolver cotidianamente las anomalías que en las relaciones contractuales está causando la pandemia, siempre con el *criterio de solidaridad, de buena fe, de renegociación*, de contribución a evitar el miedo al otro, a sobresalir a la separación, conjurar la indiferencia y aplicar los ‘anticuerpos jurídicos’ para mejorar el derecho, la sociedad, y la vida de las personas”.

²⁵⁶ Cfr. PIRAINO, Fabrizio. *El cumplimiento de la obligación*. ob. cit., sec. 10 de 40, [Versión digital], plantea que “(...) la *renegociación* no es objeto de un deber, sino que deviene el *instrumento con el cual se supera el impasse* que se podría generar siempre que la pretensión de una de las partes de obtener la ejecución del contrato en los términos originales resulte excesiva y por tanto inicua a la luz de la buena fe, en un *contrato a largo plazo*”²⁵⁶.

²⁵⁷ VARI, Enrique, ROSENVALD, Nelson y TORRES Marco. “La pandemia de la COVID-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual”. ob. cit., pp. 35-36, los autores concluyen con una reflexión final en tiempos de pandemia, en el sentido que “[d]ebemos estar preparados y sacar una lección de esta crisis: somos más fuertes que ella, debemos actuar con solidaridad y con el máximo respeto por la dignidad del ser humano”²⁵⁷.

En criterio similar, en materia de contrato de obra, dada su naturaleza de larga duración o tracto sucesivo, y con el propósito de conservar el vínculo de la relación negocial, la mejor opción para superar la imposibilidad sobrevenida por circunstancias imprevisibles y extraordinarias, consiste en la adopción del remedio de la *renegociación*, incluso acordándola vía integración al reglamento del contrato²⁵⁸.

Veamos ahora de manera breve, en derecho comparado, como ha sido el tratamiento de la fuerza mayor (*force majeure*) en la compraventa internacional y en el área específica del contrato de construcción, en aras de una visión contemporánea o moderna de los contratos.

e. Fuerza mayor en contratos internacionales. FIDIC²⁵⁹ - Libro Rojo²⁶⁰.

Señalemos pues, que la fuerza mayor, en el marco de los contratos internacionales, presenta unos rasgos característicos orientados a que: i) su campo de aplicación es el incumplimiento; ii) son más específicas o con mayor regulación; iii) contienen un elemento propio del derecho anglosajón, como lo es la razonabilidad de lo previsible; iv) condicionado a que no se puedan evitar las consecuencias; v) la no imputabilidad o irresistibilidad se rigen por un análisis subjetivo según la calidad de la parte; y vi) contiene una variedad de situaciones que se podrían tipificar otra categoría, pues son fruto de la actual dinámica de globalización económica que, en otras épocas, no serían viables jurídicamente²⁶¹.

Sobre el particular, la doctrina ha sostenido que “de los clásicos eventos como guerras o catástrofes naturales se ha pasado a considerar con mayor frecuencia las eventualidades que pueden causar la intervención estatal en la actividad económica (como autorizaciones, aprobaciones, reglamentos, concesiones), al igual que los eventos de naturaleza social como huelgas, bloqueos u otros similares, o los casos de dificultades en el aprovisionamiento de materias primas o en el transporte de estas, así como los daños accidentales causados en equipos o en medios de producción (...)”, en donde todas estas eventualidades bien pueden ser el contenido de una categoría denominada ‘*imposibilidad económica*’²⁶².

²⁵⁸ Cfr. BUENDÍA, Eduardo. “La renegociación y la revisión del negocio jurídico como los nuevos remedios en el contrato de obra: una solución al problema de los riesgos imprevisibles desde una perspectiva comparada”. *THEMIS- Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, 70, pp. 165-181. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19610> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020], *ab initio* argumentan que “[o]tra forma de enfrentar la patología de la variación de las circunstancias iniciales frente a riesgos imprevisibles del contrato es un remedio no regulado en el contrato o en la legislación nacional [Peruana o Colombiana]: la renegociación”.

²⁵⁹ FIDIC: *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (Federación Internacional de Ingenieros Consultores, por sus siglas en francés).

²⁶⁰ Red Book: *conditions of contract sample forms for construction for building and engineering works designed by the employer* (Condiciones de contrato para la construcción de edificios y obras de ingeniería diseñadas por el empleador, por sus siglas en inglés).

²⁶¹ Cfr. CHAMIE, José. *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 346, 348.

²⁶² Íd. p. 348.

De otro lado, en el campo específico del sector de la construcción, el libro Rojo (R) de los contratos FIDIC, “se utiliza cuando el contratista lleva a cabo una obra según planos y diseño del cliente/ empleador”²⁶³; aunque también “pueden incluir algunos elementos de diseño elaborados por el contratista, respecto a obras civiles, mecánicas, eléctricas o de construcción”²⁶⁴. Allí, es de resaltar la eliminación o cambio del término *Force Majeure* por *Exceptional Risks* (riesgos excepcionales), sin que se pierda el derecho a reclamar por fuerza mayor, conforme a la ley aplicable del contrato²⁶⁵.

Ahora bien, “[s]egún la cláusula 19 del libro rojo de FIDIC, *Fuerza Mayor es un evento/ suceso excepcional* o circunstancia que: a) que está *fuera del control de las Partes* y que impide a la Parte afectada el cumplimiento de sus obligaciones; b) que la Parte afectada no podría haber tomado medidas para evitarlo antes de aceptar el Contrato, dentro de unos límites razonables; c) que una vez que aparece u ocurre, la Parte afectada no podría haber evitado o superado, de una manera razonable; d) que no es atribuible a la otra Parte, de una manera sustancial”²⁶⁶.

Sin embargo, hay que precisar que por el solo hecho de la fuerza mayor, no procede de manera automática la extensión en la duración de la ejecución. En este supuesto se requiere acreditar por parte del constructor de la obra el impacto en el programa de construcción; por ejemplo, en la causal taxativa de falta de personal causado por epidemias²⁶⁷ o una pandemia que, con interpretación extensiva, es aplicable por tener un alcance global.

Del mismo modo, “[f]uerza Mayor en los modelos FIDIC incluye, sin ánimo exhaustivo: Guerra, hostilidades. Rebelión, terrorismo, revolución, guerra civil. Revueltas, tumultos, desordenes, que no sean causados por el Personal del Contratista u otros empleados. Municiones de guerra, materiales explosivos. *Catástrofes naturales* tales como terremotos, huracanes, etc.”²⁶⁸. En caso que se materialice alguno de los eventos de fuerza mayor, el dueño de la obra “estará en la *obligación de reparar el daño* que se ha causado y además, deberá reconocer al constructor un beneficio o ganancia razonable (*reasonable profit*)”²⁶⁹.

²⁶³ ALMAGRO Ignacio y KLEE Lukas. *Los contratos internacionales de construcción. FIDIC*. ob. cit., pos. 739-741, Kindle [Versión digital], agrega que se utiliza el libro “amarillo (A) cuando el diseño es del contratista, y el plata (P) cuando es una llave en mano, es decir, diseño, responsabilidad, riesgos de cantidades y métodos de trabajo son del contratista”.

²⁶⁴ CABARCAS, Freddy. *Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura. serie de derecho administrativo n.º 28*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 512.

²⁶⁵ Cfr. ALMAGRO Ignacio y KLEE Lukas. *Los contratos internacionales de construcción. FIDIC*. ob. cit. pos. 1234-1240, Kindle [Versión digital].

²⁶⁶ *Ibid.* pos. 3075-3082, Kindle [Versión digital].

²⁶⁷ Cfr. RODRÍGUEZ, Maximiliano. “El contrato internacional de construcción: Aspectos generales”. *Revista e-mercatoria*. Universidad Externado de Colombia, jun, 2006, vol. 5, 1. pp. 25-26. Disponible en: <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2090> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

²⁶⁸ ALMAGRO Ignacio y KLEE Lukas. *Los contratos internacionales de construcción. FIDIC*. ob. cit. pos. 3075-3082, Kindle [Versión digital].

²⁶⁹ RODRÍGUEZ, Maximiliano. “La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción”. *Revista e-mercatoria*. Universidad Externado de Colombia, jun, 2007, vol. 6, 1. pp. 26-27. Disponible en:

En consecuencia, aquellos eventos de fuerza mayor o de imposibilidad económica, o de riesgos excepcionales en los modelos FIDIC - resultarían aplicables en el contexto la mayor permanencia en obra, fundamentalmente porque, además de tratarse de una causa extraña, (caso pandemia), se encuentra fuera de la esfera de control del artífice o constructor de la obra, generando como consecuencias principales “*la suspensión de la obligación de ejecutar la prestación, o la prolongación de la misma en relación con el tiempo de incidencia de la fuerza mayor,*”²⁷⁰ las cuales no pueden ser permanentes, pues entraríamos en la estricta imposibilidad absoluta. Así, “[c]omo regla general, un contratista queda excusado de responsabilidad ante un retraso que tiene origen en causas que están más allá de su control y que no eran previsibles”²⁷¹.

Otro tanto, cabría tener en cuenta la aplicación de la pandemia como fenómeno natural con efectos catastróficos, en la Ley 9 de Contratos del Sector Público de 2017 de España (LCSP)²⁷², por medio de la cual se incorpora el derecho a una indemnización por causa de la fuerza mayor en los siguientes términos:

“Artículo 239. *Fuerza mayor*. 1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá *derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato*. 2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los *fenómenos naturales de efectos catastróficos*, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público” (Cursiva nuestra).

A continuación analizaremos dos supuestos de hecho de gran importancia, para efectos de seguir identificando los presupuestos de procedibilidad de la mayor permanencia en obra: i) la imputación al dueño de la obra; y ii) la distribución de los riesgos.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2067> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

pp. 26-27, con fundamento en: FIDIC’s Libro Rojo, Subclausula 17. 4.

²⁷⁰ CHAMIE, José. *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*. ob. cit., p. 347.

²⁷¹ ALMAGRO Ignacio y KLEE Lukas. *Los contratos internacionales de construcción. FIDIC*. ob. cit. pos. 1947-1950, Kindle [Versión digital].

²⁷² L. 9 de Contratos del Sector Público de 2017 de España (LCSP) “*Por la que se transponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*”.

2. Imputación del daño al dueño de la obra. Nexos causal entre el incumplimiento, la modificación contractual *ius variandi*, el hecho del príncipe y la mayor permanencia en obra.
 - a. Imputación al dueño de la obra por incumplimiento.

En el apartado anterior vimos uno de los principales presupuestos jurídicos para la eventual procedencia de la mayor permanencia en obra, la no imputación de la causa al artífice o constructor de la obra, e hicimos énfasis en la causa extraña como eximente de responsabilidad; ahora nos corresponde examinar el presupuesto jurídico -en el escenario opuesto-, atinente a la imputación del dueño de la obra, desde el ámbito de la imputación por incumplimiento.

Para empezar, recordemos que la noción de incumplimiento tiene sustento jurídico en los arts. 1626²⁷³, 1627²⁷⁴ y 1884²⁷⁵ del Código Civil. Con todo, a pesar de que nuestro Código Civil no prevé una noción concreta sobre incumplimiento, esta se presenta cuando “la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor”²⁷⁶; es decir, “la no satisfacción adecuada de una obligación, cualquiera sea su fuente”²⁷⁷ que puede generar una “responsabilidad civil contractual”²⁷⁸.

También, no es menos cierto que “sus principales manifestaciones se traten de manera oblicua a propósito de la indemnización de perjuicios (...) [1613 CC Colombia], distinguiendo la falta de cumplimiento, su cumplimiento imperfecto y el retardo en el cumplimiento”²⁷⁹. Ergo, “si la prestación o bien no se ejecuta, o se ejecuta tardíamente, o de manera incompleta, imperfecta, inadecuada o defectuosa, se hablará de incumplimiento”²⁸⁰.

Dicho de otro modo, cuando hicimos referencia a la imputación al artífice o constructor de obra, en este caso también aplicaría para el dueño de la obra cuando incurre en la categoría de incumplimiento contractual, entendido como la inexecución del contrato por causa imputable al deudor, bajo alguno de los tres supuestos de hecho reglados en el art. 1613 del

²⁷³ Art. 1626 C.C. Col.: “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”.

²⁷⁴ Art. 1627 C.C. Col.: “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes.
El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.

²⁷⁵ Art. 1884 C.C. Col.: “El vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato”.

²⁷⁶ CE, Sección Tercera, Subsección C, 24 de julio de 2013, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 25.131.

²⁷⁷ MENDOZA, Álvaro. *Obligaciones*. ob. cit., p. 735.

²⁷⁸ CSJ Civil. 18 de junio de 2019, M.P. Luis Alfonso Rico Puerta, 2142, define en sentido amplio la “responsabilidad civil contractual”, (...) como la obligación de resarcir el daño causado al acreedor derivada del incumplimiento del deudor de prestaciones originadas en el negocio jurídico. El sustento normativo de la responsabilidad contractual se encuentra consagrado en el Título XII del Libro Cuarto del Código Civil, que regula lo atinente al ‘efecto de las obligaciones’, y tratándose de asuntos mercantiles, en el Libro Cuarto del Código de Comercio, relativo a los contratos y obligaciones”.

²⁷⁹ DE LA MAZA, Iñigo y VIDAL, Álvaro. *La modernización del derecho de contratos*. ob. cit., p. 164.

²⁸⁰ CE, Sección Tercera, Subsección B, 6 de julio de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, 48.438.

C. C.²⁸¹ señalados anteriormente i) no haberse cumplido la obligación; ii) haberse cumplido imperfectamente; y iii) haberse retardado el cumplimiento. Puesto que, si el despliegue de su conducta no se ajusta al cumplimiento de la obligaciones recíprocas y sinalagmáticas que emanan del vínculo contractual o título obligacional, tendrá el dueño de la obra que indemnizar al artífice o constructor de la obra, los costos o sobrecostos generados por la mayor permanencia en obra, que le son imputables por su incumplimiento, siempre y cuando exista un nexo causal.

Así pues, “ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la Administración al contratista cumplido, siempre y cuando se acrediten esos mayores costos y se demuestre la afectación al equilibrio económico del contrato, esto es, que se encuentra el contratista en punto de pérdida”²⁸².

En este caso, respecto de la imputación por incumplimiento al dueño de la obra o contratante, vale la pena aclarar, que no se trata de reequilibrar las prestaciones con aplicación de la teoría de la imprevisión; sino que, por el contrario, la consecuencia que surge por su incumplimiento, reside en la indemnización de perjuicios²⁸³. Por ende, en cuanto a la mayor permanencia de obra a favor del artífice o constructor, si el dueño de la obra “hace más onerosa la ejecución de la prestación”²⁸⁴, el efecto es que “deba soportar los mayores costos de ejecución, reembolsando al deudor las sumas que ello le hubiere significado”²⁸⁵. En consecuencia, se deberá indemnizar por los daños patrimoniales causados por “la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista, como lo prevé explícitamente el artículo 50²⁸⁶ (...)” del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública²⁸⁷.

Desde ya, advertimos que “el incumplimiento contractual debe manejarse con mayor propiedad bajo la óptica de la responsabilidad contractual”²⁸⁸ y no como causal de

²⁸¹ Art. 1613 C.C. Col. “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de *no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”.

²⁸² CE, Sección Tercera, Subsección B, 29 de enero de 2016, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 28.055.

²⁸³ Cfr. BENAVIDES José. Prefacio en CABARCAS, Freddy. *Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura. serie de derecho administrativo n.º 28*. ob. cit., p. 45.

²⁸⁴ SAN MARTÍN, Lilian. “La necesidad de colaboración entre las partes de la obligación”. En: Navia, Felipe y Chinchilla, Carlos (eds.). *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 376.

²⁸⁵ Íd., plantea el ejemplo de “pagar el valor de los jornales por todos los días que estuvo paralizada la obra”.

²⁸⁶ Art. 50 L. 80 de 1993: “De la responsabilidad de las Entidades Estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos *deberán indemnizar la disminución patrimonial* que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.

²⁸⁷ BENAVIDES José. Prefacio en CABARCAS, Freddy. *Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura. serie de derecho administrativo n.º 28*. ob. cit., p. 31, quien afirma que la interpretación correcta es la contenida en el art. 50 de la Ley 80 de 1993 para el incumplimiento de la administración, diferente a la teoría de la imprevisión (5.1), en cuanto al restablecimiento de la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

²⁸⁸ CE, Sección Tercera, Subsección A, 3 de abril de 2020, C.P. María Adriana Marín, 41442.

desequilibrio contractual²⁸⁹. Volveremos sobre este punto, cuando examinemos las causales de ruptura del equilibrio económico²⁹⁰.

En relación con la imputación por incumplimiento al dueño de la obra por falta de una correcta planeación, veamos a manera de ejemplo la siguiente reflexión:

- “[U]n contratista reclamó vía judicial los sobrecostos en los rubros de administración, maquinaria y personal como consecuencia de haber tenido *mayor permanencia en la obra*, ya que el contrato tuvo que ser prorrogado y adicionado por causas imputables a la administración, que no adquirió oportunamente los predios necesarios para la construcción del puente objeto del contrato. En este tipo de situaciones, el Consejo de Estado ha declarado el incumplimiento de la entidad demandada y condenado a indemnizar los perjuicios ocasionados al demandante, que se probaron en el proceso”²⁹¹.
- Se presenta cuando la entidad contratante incumple “la obligación a su cargo de proporcionar los estudios, planos y diseños técnicamente adecuados para la ejecución de la obra encomendada”²⁹².

Se ilustra todavía mejor en un caso de reconocimiento por concepto de mayor permanencia en obra imputable al dueño de la obra, en donde la jurisprudencia arbitral condenó al Estado por una extensión del plazo de ejecución imputable a la entidad estatal, relacionada con la falta de acceso a las galerías del túnel principal durante un período prolongado de más de siete (7) meses. Igualmente, diferenció con rigor jurídico la partida de imprevistos del incumplimiento contractual

“[N]o es admisible negar al contratista la reparación correspondiente so pretexto de que el valor del contrato incluye una partida de imprevistos, pues de ningún modo esa partida puede servir de excusa, eximente o tasación anticipada de los daños por la inobservancia de obligaciones de la Entidad Estatal Contratante, cual si se tratara de un salvoconducto para infringir lo pactado. Dicho de otra manera, los imprevistos que se incluyen en el valor del contrato no son los que se derivan de una situación irregular en el devenir contractual, como es el incumplimiento”²⁹³ (Subraya fuera de texto).

²⁸⁹ Cfr. *Ibíd.*

²⁹⁰ Véase *infra*, Cap. II, B, 1, a.

²⁹¹ BARRETO, Antonio. *El derecho de la compra pública*. Bogotá: Legis, 2019, p. 71, el autor trae como ejemplo de la carencia de una adecuada planeación, la siguiente jurisprudencia: CE, Sección Tercera, 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 14854, en este caso se reconocieron fuertes costos de administración por *mayor permanencia en la obra* durante las prórrogas del contrato.

²⁹² CE, Sección Tercera, Subsección B, 3 de abril de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, 47678, revoca el fallo de primera instancia y, en su lugar, declara la responsabilidad contractual del Estado (ANI) por incumplimiento en sus obligaciones. Reconoce perjuicios y utilidades dejados de percibir por el contratista de obra.

²⁹³ Laudo arbitral, 26 de junio de 2019, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: CONSORCIO CONLINEA 3 (Constructora Conconcreto S.A., CSS Constructores S.A. y ESTYMA Estudios y Manejos S.A.) Vs. Instituto Nacional de Vías INVÍAS, árbitros: José Alejandro Bonivento Fernández, Mauricio Fajardo Gómez y Pedro Antonio Lamprea Rodríguez, quien condenó a la entidad estatal a pagar una fuerte suma por concepto de

Al margen de los casos señalados que se enmarcan en el título de imputación: *falla del servicio* por incumplimiento contractual o ampliamente en el *daño antijurídico*²⁹⁴, “cuyo fundamento, en palabras de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia”²⁹⁵. Otro aspecto importante ocurre con la excepción de incumplimiento contractual, cuando se presenta un incumplimiento por parte del dueño de la obra que, a modo de ejemplo, no se reconozca oportunamente los daños o sobrecostos por mayor permanencia en obra, los cuales causan gran impacto en la continuidad de la ejecución del contrato según cada circunstancia particular.

En esta ocasión, el artífice o constructor se encuentra legitimado para reclamar o ejercer el remedio de *excepción de incumplimiento contractual* en virtud del carácter sinalagmático del contrato de obra, y de esta forma producir la *suspensión* de sus prestaciones siempre y cuando el incumplimiento sea calificado como no definitivo²⁹⁶, lo que quiere decir que no se puede tratar de cualquier clase de incumplimiento.

b. Imputación al dueño de la obra por modificación unilateral contractual o *ius variandi*.

Recordemos que, en principio, la figura del tipo contractual de obra no cambia si es obra privada o pública, salvo por las facultades extraordinarias o poderes exorbitantes que se confieren a las entidades estatales por los fines perseguidos por el Estado²⁹⁷. Sin embargo, debemos advertir que, en materia de derecho privado -y a nuestro juicio también en materia de contratación estatal-, existe una situación jurídica consistente en la introducción de las variaciones o modificaciones contractuales por parte del dueño de la obra (*ius variandi*) siempre y cuando al momento de su ejercicio se cumpla con unos criterios o reglas específicas de lealtad, sinalagmaticidad, confianza en la contraparte, entre otros. Esto para que no se califique o configure un ejercicio abusivo, en virtud del

“Mayor Permanencia” o costos fijos de administración por el aumento en el plazo de ejecución del contrato, la cual incluye actualización a la fecha del laudo según el IPC.

²⁹⁴ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección C, 1 de febrero de 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 22464, cita entre otras, sentencia CCons. C-254/2003: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la *falla del servicio hasta el daño antijurídico*. (...)”.

²⁹⁵ CE, Sección Tercera, Subsección B, 6 de julio de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, 48.438, señala que “el *incumplimiento contractual* de una entidad pública constituye una de las fuentes de la responsabilidad patrimonial del Estado, (...)”.

²⁹⁶ Cfr. CHINCHILLA, Carlos. *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 290, 300, 335 y 362; el autor realiza un profundo estudio sobre las condiciones de ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual, los cuales son aplicables al contrato de obra; toda vez que su “*carácter sinalagmático* del vínculo constituye el campo de aplicación de la excepción de incumplimiento”; en sentido similar sobre la suspensión del contrato de construcción, véase a: PODETTI, Humberto. *Contrato de construcción*. ob. cit., p. 294, quien sostiene: “La excepción de incumplimiento, o *exceptio non adimpleti contractus*, que *autoriza a suspender el cumplimiento de las obligaciones propias* cuando la otra parte no cumple con las suyas o cuando es manifiesto que no va a cumplirlas; la excepción puede ejercerse, naturalmente, respecto de las obligaciones principales de ambas partes: pagar el precio y entregar la obra”.

²⁹⁷ Cfr. ARCE, David. “El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas”, ob. cit., pp. 294-295.

principio de la buena fe²⁹⁸. Es decir, realizando una interpretación en sentido contrario, si no se cumple con aquellos criterios, entenderíamos que sería imputable a la parte contratante, según cada caso concreto.

De otro lado, en materia de contratación estatal y privada, se encuentra la facultad o prerrogativa de la modificación unilateral -también conocida como *ius variandi*-, pero que, a diferencia del derecho privado, aquella involucra un interés público²⁹⁹. Y es ésta última figura donde, en mayor medida, da origen a la mayor permanencia en obra, en virtud de la prerrogativa del Estado para modificar unilateralmente el contrato, cuyo fundamento se encuentra contenido en el art. 16 de la Ley 80 de 1993³⁰⁰, por razón de los fines que persigue.

En virtud del poder exorbitante, “la Administración está autorizada para introducir variaciones en el contrato, cuando no haya podido llegar a un acuerdo de voluntades con el contratista”³⁰¹; y si no se logra dicho acuerdo, aquella “tendrá la facultad de declarar por acto administrativo motivado la modificación del contrato”³⁰². Se trata pues, de un “mecanismo alternativo, residual aplicable únicamente cuando no se ha llegado a un acuerdo con el contratista”³⁰³.

²⁹⁸ Cfr. NEME, Martha. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir al abuso. la buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*. Ensayos de derecho privado N.º 7. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 85-118, quien propone los siguientes criterios, como límite del ejercicio de la discrecionalidad a la luz del principio de la buena fe: “1) La facultad debe ser ejercida en plena observancia de la *lealtad* que deben guardarse las partes entre sí; 2) El ejercicio de la facultad *debe permitir que la otra parte adecue su comportamiento a las nuevas circunstancias* creadas con el ejercicio unilateral de la facultad; 3) El ejercicio de la facultad o derecho debe ser prudente, conmensurado, moderado; 4) En algunos casos se han reconocido exigencias de solidaridad; 5) El ejercicio de la facultad debe realizarse de tal forma que la parte que sufre la modificación pueda ejercer su autonomía para rechazar el vínculo bajo las nuevas circunstancias que le son comunicadas; 6) La facultad debe ejercerse en respeto a las exigencias de *sinagmaticidad* que propone en términos generales de principio; 7) La causa que se erige en justificación del ejercicio de la facultad otorgada debe ser racional; 8) *El ejercicio de la facultad debe considerar el tipo contractual*, así como las particulares adecuaciones que las partes hayan querido incorporar en el programa contractual; 9) La facultad debe ejercerse en respeto de la *confianza* generada en la otra parte”.

²⁹⁹ Cfr. TAPIA, Antonio. *El contrato de obra por empresa*. Madrid: Reus, 2016. pp. 97-101;

³⁰⁰ Art. 16 L. 80 de 1993: “*De la modificación unilateral*. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, *fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo*, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá 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 del mismo”.

³⁰¹ MATALLANA, Ernesto. *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 883.

³⁰² Íd. p. 883.

³⁰³ EXPÓSITO, Juan. *Forma y contenido del contrato estatal*. ob. cit., p. 200.

Ahora, otro rasgo de la modificación unilateral del *ius variandi* o *potestas variandi*³⁰⁴, tiene relación con la causa de rompimiento del equilibrio contractual. Sobre el particular, la doctrina ha sostenido que “la *potestas variandi*, como causal de rompimiento del equilibrio económico de los contratos administrativos consiste en que la administración pública contratante, al hacer uso legal de los poderes conferidos por una cláusula exorbitante genera una alteración anormal en la economía del contrato, haciendo más gravosa su ejecución para una de las partes”³⁰⁵.

Del mismo modo, la modificación unilateral o *potestas variandi* se trata de un riesgo dentro del contrato de obra, por circunstancias legales previsible imputable a la parte contratante³⁰⁶ y, constituye, de otra parte, “la más importante de las causas de un *impacto acumulativo* en los costos y el precio de la obra, (...) encargado por la Administración al contratista”³⁰⁷.

Cuando el dueño de la obra, entidad estatal o parte contratante, hace uso de la modificación unilateral, mediante la prórroga o suspensión del plazo de ejecución del contrato, generando a su vez mayor permanencia en obra; no se ocasiona una indemnización, puesto que no se materializa un daño antijurídico y, por ende, solo estará obligado a pagar las mayores prestaciones que excedan el límite del 20% establecido por la ley³⁰⁸.

En consecuencia, deberá el artífice o contratista de obra demostrar el nexo de causalidad entre el daño sufrido y su relación directa con el ejercicio del *ius variandi* que dio origen a la mayor permanencia en obra; principalmente, por efecto de la prórroga o suspensión de la obra que afectan el plazo de ejecución. Con todo, es de resaltar que la modificación unilateral debe ejercerse “sin convertirse en un pretexto para desconocer los derechos del contratista. Por eso, en ningún caso la entidad estatal podrá condicionar la adición o

³⁰⁴ FLORES, Juan. “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”. *Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, jul-dic, 2019, 53, p. 72. Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/1177> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020], sostiene que “no es correcto (...) hablar de *ius*, como sinónimo de derecho subjetivo para referirse a la modificación unilateral del contrato, sino que lo propio es hablar de *potestas*, de la cual el órgano se encuentra investido no por la relación jurídica del contrato, sino por la ley”.

³⁰⁵ RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. ob. cit., p. 43.

³⁰⁶ Cfr. BECERRA, Álvaro. *Los Riesgos en la Contratación Estatal*. ob. cit., 2007, pp. 65-83; LEAL, Abelardo, y SÁNCHEZ, José. *Responsabilidad civil del contratista en el contrato de obra pública*. ob. cit., pp. 89-100.

³⁰⁷ SAFAR, Mónica. *Impacto acumulativo y equilibrio económico en el contrato estatal*. n.º 43. *Tesis de grado*. ob. cit., pp. 107, 108, 132 y 137, [Versión digital], afirma que “[e]l *impacto acumulativo* es una verdadera causal de desequilibrio económico”.

³⁰⁸ Cfr. HERNÁNDEZ, Aida. “La responsabilidad contractual del estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?”. ob. cit., p. 182, quien sostiene que la modificación unilateral “no genera una indemnización a favor del contratista, sino el derecho a que se le pague el valor de las prestaciones que efectivamente ejecutó, la mayor cantidad de obra o la obra adicional, toda vez que no hay daño antijurídico imputable a la entidad, que permita deducir la existencia de la responsabilidad del Estado. (...) *Al contratista no le asiste el derecho a una indemnización derivada del mayor o menor tiempo del contrato*, de la supresión o adición de prestaciones contractuales, mientras la entidad se ajuste en un todo al tope legal del 20 por ciento, (...)”.

modificación de contratos a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de aquel (ley 80, art. 5º, num. 3º, inc. 2º)³⁰⁹.

Respecto al título de imputación en la facultad excepcional del *ius variandi* corresponde, sin lugar a dudas, al dueño de la obra o contratante, quien deberá reconocer al artífice o constructor el derecho “su valor total, calculado con fundamento en los costos directos y el correspondiente porcentaje de AIU”³¹⁰ por causa de las modificaciones contractuales que afectan gravemente el equilibrio económico del contrato, respetando el límite porcentual del 20 %, igual que en la legislación Española³¹¹; a diferencia del derecho chileno, que prevé un porcentaje para contratos de obra pública hasta en un 30 % de cada partida del presupuesto con i) derecho al pago de los precios unitarios convenidos en el contrato inicial; y ii) ampliación del plazo proporcional al aumento que haya tenido el contrato inicial³¹². Además, la previsibilidad del uso por parte de la Administración pública de la *potestad variandi*, en modo alguno, puede considerarse una responsabilidad ilimitada, máxime cuando estemos frente a circunstancias extraordinarias³¹³.

Para concluir frente a la imputación al dueño de la obra por el uso de la modificación unilateral o *ius variandi*, la doctrina ha sostenido que “la *prórroga del plazo* y la inclusión de nuevas labores que deriven en la *ampliación del término* inicialmente estipulado para su ejecución conllevan *mayores costos* para el contratista de la Administración, determinados por una *más prolongada permanencia en el contrato* respecto de la inicialmente presupuestada”³¹⁴ que, en últimas, no es otra cosa que la materialización de la mayor permanencia en obra.

³⁰⁹ DEIK, Carolina. *Potestades excepcionales en los contratos estatales*. Bogotá: Temis, 2019, pp. 41-42, quien sostiene que “solamente procede para realizar *reformas contractuales de menor intensidad*, que dejen incólume el núcleo del objeto pactado y consistan en la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”.

³¹⁰ HERNÁNDEZ, Aida. “La responsabilidad contractual del estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?”. ob. cit., p. 182.

³¹¹ L. 9 de Contratos del Sector Público de 2017 de España (LCSP) “*Por la que se transponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*”. “Artículo 206. *Obligatoriedad de las modificaciones del contrato*. (...) las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su *cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato*, IVA excluido”.

³¹² FLORES, Juan. “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”. ob. cit., p. 94. “En *materia de obra pública*, los artículos 102 y 105 del DS MOP [Ministerio de Obras Públicas] N° 75, de 2004, regulan las compensaciones específicas ante alteraciones del contrato”, con límite de modificación hasta en un 30%.

³¹³ Cfr. *Ibid.*, p. 74. Considera que “el conocimiento de la *potestad variandi* dentro del contrato *no es una asunción de responsabilidad*, puesto que, no obstante el conocimiento específico del privado de las potestades públicas, esto no le impide al contratista reclamar de la alteración de álea extraordinario del contrato, si la alteración del contrato era imprevisible para cualquier contratista en la misma posición jurídica”.

³¹⁴ EXPÓSITO, Juan. *Forma y contenido del contrato estatal*. ob. cit., p. 199.

c. Imputación al dueño de la obra por teoría del hecho del príncipe. Pandemia.

Desde el ámbito del Código Civil, el acto de autoridad constituye uno de los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, de acuerdo con lo contemplado en el 64 del C.C.³¹⁵. De otro lado, en el campo del derecho administrativo, el hecho del príncipe (álea administrativa)³¹⁶, “o *fait du prince*, es por antonomasia un *evento de ruptura del equilibrio económico del contrato* en desmedro del contratista a causa de un hecho imputable a la administración contratante, cuando quiera que a causa de este la economía del contrato se desquicie por completo, de tal modo que represente una pérdida significativa [para] el contratista la ejecución de las obligaciones a su cargo, (...)”³¹⁷.

Dicha teoría “se estructura únicamente cuando la entidad contratante expide un *acto general y abstracto* que resulta imprevisible al momento de la celebración [del] contrato y cuya vigencia tiene como efecto la incidencia directa o indirecta en la alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato”³¹⁸.

Frente a la teoría del hecho del príncipe, algún sector de la doctrina afirma que “no importa la entidad pública que produzca la medida que afecta el contrato, incluso puede ser la misma entidad contratante”³¹⁹. No obstante, en reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, se dijo que la “*teoría del hecho del príncipe*”, se refiere particularmente a los eventos en los cuales la modificación de las condiciones del contrato proviene de *la misma entidad contratante* [-teoría estricta vigente-] para indicar que, en estos casos, la modificación es imputable a la entidad, mientras que cuando es una *entidad distinta* [-teoría lata-] la que genera tal modificación, debe recurrirse a la *teoría de la imprevisión*”³²⁰.

³¹⁵ ARRUBLA, Jaime, y ARRUBLA Cristina. “La pandemia y la responsabilidad contractual”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*. Bogotá, ene-jun, 2020, vol. 1, 371, p. 165. Disponible en: http://revistaacademiacolombianajurisprudencia.acj.org.co/index.php/revista_acj/article/view/49

[Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020], subrayan los autores lo previsto en el art. 64 del C.C.: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por funcionario público, etc.”.

³¹⁶ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección A, 14 de marzo de 2013, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 20.524; de igual manera: ESCOBAR, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. ob. cit., p. 487: “El *factum principis*, conocido también como *hecho del príncipe*, o *acto de autoridad pública*, o *acto del soberano* en los países iberoamericanos, o *fait du prince* en Francia, es uno de los *áleos administrativos* que alteran la ecuación financiera del contrato”.

³¹⁷ SANTOFIMIO, Jaime. *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, sec. 22 de 39, [Versión digital]; en el mismo sentido: RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. ob. cit., p. 70.

³¹⁸ Íd. SANTOFIMIO, Jaime. *Compendio de Derecho Administrativo*. ob. cit., sec. 22 de 39, [Versión digital]; CE, Sección Tercera, 4 de febrero de 2010, C.P. Enrique Gil Botero, 15400.

³¹⁹ DÁVILA, Luis. *Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. ob. cit., p. 497.

³²⁰ CE, Sección Tercera, Subsección B, 2 de marzo de 2020, M.P. Martín Bermúdez Muñoz, 41804; HERNÁNDEZ, Aida. “La responsabilidad contractual del estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?”. ob. cit., p. 185, quien refiere la jurisprudencia del Consejo de Estado “14577 del 29 de mayo de 2003 [que] adoptó la *teoría estricta*, que condiciona la configuración de este evento a que el acto general y abstracto *provenga de la entidad que contrata*, en contraposición a la *teoría lata* que acepta su procedencia aunque el acto fue proferido por otro ente público”; de la misma forma, el CE, Sección Tercera, 4 de febrero de 2010, C.P. Enrique Gil Botero, 15400, había sostenido que “el hecho del príncipe debe ser siempre una decisión o una conducta que pueda imputarse a la misma autoridad pública que celebró el contrato”.

Ahora bien, en tiempos de pandemia veamos el escenario de aplicación de la teoría del hecho del príncipe y la materialización de la mayor permanencia en obra. A nuestro juicio, en la hipótesis de la pandemia por coronavirus, consideramos que la *causa mediata* sería la pandemia y, por otro lado, la *causa inmediata* o “*adecuada*”³²¹ de la mayor permanencia en obra podría constituirlo las medidas restrictivas de la autoridad nacional, en el marco de la teoría del hecho del príncipe, que producen -según cada caso concreto-, la suspensión o prórroga de actividades del programa del contrato de obra.

La anterior reflexión se realiza sin ánimo de desconocer, por supuesto, que dichas medidas son impuestas de manera lícita en el ejercicio de las facultades constitucionales y legales que impone el Estado, en cabeza de la Presidencia de la República (art. 215 C. N.), con el fin de tomar las acciones que sean necesarias o fundamentales para enfrentar un evento de carácter extraordinario, extraño, atípico o anormal; tal como ocurre con la pandemia.

i. Caso práctico.

Como quiera que el desequilibrio contractual puede referirse a la afectación de un sector específico³²² como puede suceder con el ramo de la construcción de obras civiles; consideramos oportuno ilustrar la configuración de la teoría del hecho del príncipe en el siguiente caso hipotético:

Una sociedad -persona jurídica del sector de construcción- celebró con el Instituto Nacional de Vías (en adelante INVIAS), un contrato de obra para el mantenimiento de una vía o red primaria de acceso a la ciudad de Bogotá D.C. Sin embargo, durante la fase de ejecución contractual, la Presidencia de la República -en uso de sus facultades legales y constitucionales-, expidió el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020³²³, mediante el cual ordenó el aislamiento preventivo a partir del 25 de marzo hasta el 13 de abril de 2020. A su turno, en virtud de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, el INVIAS mediante Circular Externa No. 001 del 23 de marzo de 2020³²⁴, adoptó a partir del 24 de marzo de 2020, la medida de *suspensión* total o parcial de los contratos de obra, con algunas excepciones según los criterios definidos para tales efectos.

³²¹ TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I. ob. cit., p. 378, sobre la figura de la causalidad adecuada explica que “[d]e acuerdo con ella no todas las causas que intervienen en la producción de un efecto son equivalentes. En consecuencia, *solo las que se consideren adecuadas* tienen incidencia causal desde el punto de vista jurídico”.

³²² Cfr. HINESTROSA, Fernando. *In memoriam*. “Teoría de la imprevisión”. ob. cit., pp. 20-21.

³²³ Dec. 457 de 2020 “*Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público*”.

³²⁴ Circ. Ext. No. 001 de 2020 “*Por medio del cual se informa a los contratistas del Instituto Nacional de Vías sobre la medida transitoria adoptada para proceder a la suspensión de los Contratos de Obra, Interventoría, Consultoría, Convenios, Contratos Interadministrativos y Contratos de Prestación de Servicios Administrativos y de logística a cargo del Instituto Nacional de Vías, motivada por razones de salud pública*”.

Posteriormente, mediante Decreto 531 del 8 de abril de 2020³²⁵, a partir del 13 de abril, el Gobierno Nacional permitió el derecho de circulación de las personas en las siguientes actividades excepcionadas: “20. *La intervención de obras civiles y de construcción*, las cuales, por su estado de avance de obra o de sus características, presenten riesgos de estabilidad técnica, amenaza de colapso o requieran acciones de reforzamiento estructural”. Enseguida, acorde con dicho decreto, el INVIAS expidió la Circular Externa No. 002 del 13 de abril de 2020³²⁶, con el propósito de reactivar progresivamente las actividades contractuales en los contratos de obra suspendidos en virtud de la primera circular.

Pues bien, si contabilizamos el período de tiempo comprendido entre el 25 de marzo y el 13 de abril de 2020, nos arroja un total de veinte (20) días calendario que, muy seguramente -según cada situación particular y otros factores que pueden incidir en su análisis- podría dar lugar a la suspensión total o temporal del contrato de obra, no imputable al contratista de obra, o incluso a una terminación del contrato (*última ratio*), en el escenario menos favorable.

Así las cosas, en el caso práctico expuesto se puede observar que las medidas utilizadas por el INVIAS con fundamento en los decretos extraordinarios proferidos por la presidencia de la República en tiempos de pandemia, se enmarcan dentro de la teoría del hecho del príncipe; por las siguientes razones:

- i) Impacta o “afecta de manera [directa o] indirecta la ejecución del contrato”³²⁷ de obra y se produce un daño antijurídico que no debe soportar el artífice o constructor de la obra, amén de los perjuicios o costos que se deriven de la implementación de los *Protocolos de Bioseguridad* que deben ser reconocidos por el dueño de la obra, de acuerdo con la Circular Externa No. 003 del 07 de mayo de 2020³²⁸.
- ii) La entidad contratante (INVIAS) es quien emite el “acto general y abstracto”³²⁹ como parte del contrato (*teoría estricta del hecho del príncipe*).

³²⁵ Dec. 531 de 2020 “*Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público*”.

³²⁶ Circ. Ext. No. 002 de 2020 “*Por medio de la cual se informa a los contratistas del Instituto Nacional de Vías respecto a la reactivación progresiva de las actividades contractuales durante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional, en los contratos de obra, Interventoría, Consultoría, Convenios y Contratos Interadministrativos a cargo del Instituto, y se dictan otras disposiciones*”.

³²⁷ CE, Sección Tercera, Subsección A, 3 de abril de 2020, C.P. María Adriana Marín, 41442, señala sobre la causal de ruptura del equilibrio financiero por la teoría del hecho del príncipe, constituye “*las causas configurativas del denominado ‘hecho del príncipe’, que resultan imputables a la entidad contratante que en ejercicio de sus funciones administrativas profiere una medida de carácter general que termina afectando a su propio contratista y siendo ajena al contrato, incide en él alterando gravemente la economía contractual; (...)*”.

³²⁸ Circ. Ext. No. 003 de 2020 “*Por medio de la cual se disponen las medidas adoptadas por el Instituto Nacional de Vías – INVIAS para el reconocimiento de los costos que se deriven de la implementación de los Protocolos de Bioseguridad en los contratos de Obra, Interventoría, Administración Vial, Microempresas, Convenios Interadministrativos y Consultoría durante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional y se dictan otras disposiciones*”.

³²⁹ SANTOFIMIO, Jaime. *Compendio de Derecho Administrativo*. Ob. cit., sec. 22 de 39, [Versión digital].

- iii) Se trataba de una medida de carácter general e imprevisible al momento de la celebración del contrato.
- iv) Se aplica a un sector específico del ramo de la construcción de obras, con las excepciones reguladas en los decretos³³⁰.
- v) No todos los sectores económicos del Estado fueron suspendidos total o parcialmente, conforme aconteció con los contratos celebrados con el INVIAS. Por ende, es necesario verificar las excepciones de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional y cada caso particular; verbigracia, la suspensión de los contratos de obra pública celebrados con la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), con fundamento en el Decreto 482 de 2020³³¹ y las Resoluciones 471³³² y 4985³³³, del 22 de marzo y 13 de abril de 2020, respectivamente.

ii. Teoría del hecho del príncipe en tiempos de pandemia.

En el supuesto de hecho sobre las medidas extraordinarias dictadas por los gobiernos en el marco de la pandemia, la doctrina ha sostenido que se “impide, al menos temporalmente, el cumplimiento de la obligación del contratista. La obligación del mandante [dueño de la obra] de pagar el precio de la obra no se ve afectada por el caso fortuito [o pandemia]. El contratista se libera de cumplir con su obligación de ejecutar la obra y se exonera de la obligación de indemnizar -pago de las multas-”³³⁴.

³³⁰ Por ejemplo: *la intervención de obras civiles y de construcción*, las cuales, por su estado de avance de obra o de sus características, presenten riesgos de estabilidad técnica, amenaza de colapso o requieran acciones de reforzamiento estructural; o *la construcción de infraestructura de salud* estrictamente necesaria para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, entre otras actividades exceptuadas (núms. 34 y 34 del Decreto 457 de 2020).

³³¹ Dec. 482 de 2020 “*Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica*”, Art. 26. “*Suspensión de contratos de contratos de infraestructura de transporte. Las entidades públicas tendrán la facultad de suspender unilateralmente los contratos estatales de infraestructura de transporte a su cargo, en el evento de que dicha suspensión resulte necesaria para el cumplimiento de las medidas derivadas de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica ante la pandemia COVID-19 y no se haya logrado la suscripción del acta de suspensión de mutuo acuerdo dentro de los dos (2) días siguientes a la comunicación que para esos efectos envíe la entidad pública contratante. La suspensión que resulte de aplicar la facultad prevista en este artículo tendrá la misma vigencia de la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica antes mencionada*” (Cursiva nuestra).

³³² Res. 471 de 2020 “*Por la cual se establece como medida transitoria la suspensión de términos en las actuaciones administrativas y contractuales que se adelantan en la Agencia Nacional de Infraestructura y se adoptan otras medidas administrativas, por motivos de salud pública*”.

³³³ Res. 4985 de 2020 “*Por la cual se modifica la Resolución 471 del 22 de marzo de 2020, se establecen medidas transitorias respecto de los trámites que se adelantan en la Agencia Nacional de Infraestructura y se adoptan otras medidas administrativas por motivos de salud pública*”.

³³⁴ DE LA MAZA, Iñigo y VIDAL, Álvaro. “Los efectos del incumplimiento contractual causado por caso fortuito en tiempos de pandemia COVID-19”. ob. cit., p. 158, quienes ejemplifican durante la ejecución de obra material por causa de las medidas impuestas por la autoridad en tiempos de la COVID-19, sostienen que “[c]omo existe un incumplimiento, aunque no imputable, el mandante [dueño de la obra], tiene a su disposición los remedios distintos a la ejecución específica y la indemnización de daños. El mandante, tendrá derecho a suspender su propio cumplimiento –pagar el precio– y, si el incumplimiento de la otra parte es grave, podrá solicitar la resolución del contrato. (...) si el mandante suspende el cumplimiento de su obligación de pagar el precio, debido a la paralización de la obra por el caso fortuito, se producirá un supuesto de incumplimientos

Se plantean dos posiciones por la doctrina: “Para algunos *la pandemia no es el hecho que determina la imposibilidad sobreviniente, sino que el verdadero hecho lo constituyen las medidas adoptadas por el Estado*. Además, estas medidas no podrán catalogarse como una fuerza mayor, por tratarse de una situación transitoria y no de carácter absoluto. Para otros, la pandemia en sí misma es el hecho que desencadena, no solamente las medidas que ha debido tomar el Gobierno tendientes a que no se propague el virus, sino también el acuartelamiento de la población y la parálisis de la economía”³³⁵. Concluyen los tratadistas que “[n]o hay por qué descartar ninguna de las dos tendencias; ambas pueden ser válidas según el contrato de que se trate”³³⁶.

Para nuestro objeto de estudio, nos inclinamos por la primera posición, en el sentido que las medidas extraordinarias constituyen la *causa inmediata o adecuada*, que puede dar lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato de obra en tiempos de pandemia, siempre y cuando se cumpla con los requisitos exigidos por la jurisprudencia y doctrina³³⁷ para que opere la teoría del hecho del príncipe, con fundamento en el num. 9 del art. 4 de la Ley 80 de 1993³³⁸. Dicho de otra manera, el principio del equilibrio económico “impide al Estado ser indiferente al desequilibrio negocial surgido (...) [p]or hechos ajenos a la administración como contratante pero provenientes de su poder de *imperium*, dentro de los cuales puede ubicarse el hecho del príncipe o *Factum principis*”³³⁹.

La anterior posición jurídica también es compartida con una visión más amplia por la doctrina Argentina reciente, en el sentido que “*los daños y perjuicios a los contratistas del Estado no parecen derivarse mayormente de la pandemia en sí misma, aun cuando esta sería un supuesto de fuerza mayor, en tanto hecho imprevisible e inevitable, sino y en todo caso de la Normativa COVID-19 que ha impactado en forma directa e indirecta en la contratación pública*”³⁴⁰, originando “el derecho (...) a la *recomposición contractual*, debiéndose hacer

recíprocos y cualquiera de las partes podrá solicitar la resolución del contrato en la medida que el incumplimiento sea grave”.

³³⁵ ARRUBLA, Jaime, y ARRUBLA Cristina. “La pandemia y la responsabilidad contractual”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*. ob. cit., p. 160.

³³⁶ Íd.

³³⁷ ESCOBAR, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. ob. cit., pp. 492-497, plantea los siguientes presupuestos: “a) Medida general y abstracta imputable al Estado; b) Naturaleza extraordinaria; c) Existencia del daño antijurídico; d) Causalidad; y e) Ausencia de mora del contratista”; igual posición: RICO, Luis. *Teoría general y práctica de la Contratación Estatal*. 11ed. Bogotá: Leyer, 2019; CE, Sección Tercera, 29 de mayo de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 4028.

³³⁸ Art. 4.º L. 80 de 1993, “*De los derechos y deberes de las entidades estatales*. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...) 9.º *Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista*. (...)”.

³³⁹ RICO, Luis. *Teoría general y práctica de la Contratación Estatal*. ob. cit., p. 115.

³⁴⁰ MURATORIO, Jorge. “La normativa COVID-19 como hecho del príncipe”. *Revista de Derecho Administrativo RDA*. Argentina, jul-ago, 2020, 130, p. 215. Disponible en: <https://www.estudio-ofarrell.com/wp-content/uploads/2020/08/La-normativa-COVID-19-como-hecho-del-pr%C3%ADncipe-J.-Muratorio.pdf> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020], p. 215, explica que la teoría del hecho del príncipe “[s]e trata de *normas o actos estatales basados en razones de interés público*, decididos al margen de las relaciones que se establecieron en el contrato administrativo, pero sus *efectos se proyectan negativamente en este, afectando su economía*”³⁴⁰.

cargo el Estado de los daños producidos a la ecuación contractual, como un supuesto también de su responsabilidad”³⁴¹.

Del mismo modo, hay que reiterar que, en el evento en que la entidad o dueño de la obra no fuera la que profiere el acto administrativo productor de *factum principis*, la reclamación deberá ejercerse a través de la teoría de la imprevisión³⁴², cuya consecuencia frente al equilibrio contractual tiene como límite el “punto de no pérdida”³⁴³ o compensación, a diferencia de la figura del hecho del príncipe que implica una indemnización integral, imputable a la entidad contratante³⁴⁴; toda vez que altera las condiciones de ejecución del contrato de obra³⁴⁵.

En consecuencia, por una parte, el artífice o contratista deberá probar que los sobrecostos y afectación del equilibrio por mayor permanencia en obra tiene su origen en las “*las medidas adoptadas por el gobierno [con ocasión de la pandemia, las cuales] afectan la posibilidad de cumplimiento del contrato*”³⁴⁶ de obra, imputables al dueño o entidad estatal contratante. Por otra parte; lo “causado por el hecho del príncipe, configura un evento de responsabilidad del Estado, sin falta, y genera a su cargo la obligación de reparar todos los perjuicios causados al contratista”³⁴⁷; que se fundamenta en una responsabilidad objetiva o extracontractual³⁴⁸, que se podría configurar dentro de la categoría del título de imputación

³⁴¹ *Ibíd.* p. 218.

³⁴² CE, Sección Tercera, Subsección B, 2 de marzo de 2020, M.P. Martín Bermúdez Muñoz, 41804; ARRUBLA, Jaime, y ARRUBLA Cristina. “La pandemia y la responsabilidad contractual”. *ob. cit.*, p. 164, afirman los autores que “[l]a actual *pandemia* y *las medidas gubernamentales* adoptadas para conjurarla podrían configurar una circunstancia extraordinaria que permitiera cumplir los requisitos que exige la aplicación de la *teoría de la imprevisión*”.

³⁴³ Lejos de entrar en el debate sobre la no aplicación de límite *hasta no pérdida* para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lo cierto es que “en el marco de un contrato estatal -ya sea sometido a las normas civiles y comerciales o al ordenamiento contractual administrativo-, *el principio del equilibrio económico del contrato constituye una norma de imperativo cumplimiento para las partes*”: CANAL, Manuela. “La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia, ene-jun, 2016, 15, pp. 157. Disponible en: <https://revistas.uxternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4591> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

³⁴⁴ Cfr. CE, Sección Tercera, 18 de septiembre de 2003, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, 15119, sentencia citada por el CE, Sección Tercera, Subsección B, 2 de marzo de 2020, M.P. Martín Bermúdez Muñoz, 41804, señala entre otras, la principal diferencia de los efectos entre la teoría de la imprevisión (compensación) y el hecho del príncipe (indemnización).

³⁴⁵ FLORES, Juan. “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”. *ob. cit.*, pp. 67-98, afirma que “El hecho del príncipe, se manifiesta cuando el poder público -el príncipe- agrava por un acto que emana de él, las condiciones de ejecución del contrato estando obligada a *indemnizar al cocontratante*”.

³⁴⁶ VARSÍ, Enrique, ROSENVALD, Nelson y TORRES Marco. “La pandemia de la COVID-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual”. *ob. cit.*, p. 36.

³⁴⁷ HERNÁNDEZ, Aida. “La responsabilidad contractual del estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?”. *ob. cit.*, p. 185.

³⁴⁸ Cfr. ESCOBAR, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. *ob. cit.*, p. 489, plantea que “(...) como el *factum principis* es una aplicación de la *responsabilidad objetiva del Estado*, se concluye fácilmente, que el cambio en los principios que inspiran el instituto resarcitorio en el Derecho Público, proporcionaron un nuevo régimen jurídico que reconoce el *derecho al contratista a la indemnización* de los daños que se derivan de los áleas extraordinarios imputables a las medidas generales y abstractas que

de “*daño especial*”³⁴⁹; cuya afectación no debe, ni se encuentra obligado a soportar el artífice o constructor de la obra. Vale la pena anotar, que la teoría del príncipe no “requiere norma expresa que la consagre en el orden público, dado que tiene *categoría de principio general del derecho*, por lo que no puede ser objeto de renuncia por el cocontratante”³⁵⁰.

En suma, “[u]na vez verificados todos los supuestos ontológicos del hecho del príncipe, la consecuencia es que *la entidad contratante debe indemnizar al cocontratante* por todos los perjuicios causados por la ruptura del equilibrio financiero del contrato”³⁵¹ de obra que nos ocupa; con fundamento en los decretos y medidas extraordinarias adoptadas por el Gobierno y entidades como el INVIAS –como apreciamos en el caso práctico-, con el propósito de enfrentar la pandemia, que constituye un hecho sobreviniente exógeno e imprevisible para las partes³⁵².

Adicionalmente, en caso que el dueño de la obra o entidad contrate, no reconozca las circunstancias de debilidad o asimetría en que se pueda encontrar el artífice o constructor de la obra -claro está, dependiendo de cada situación particular-, aquél podría incurrir en *abuso del derecho*, contrariando el principio general de la buena fe³⁵³; habida cuenta que la teoría del hecho del príncipe, se encuentra limitada por el mantenimiento del equilibrio económico³⁵⁴.

legítimamente adopta el Estado en ejercicio de sus funciones públicas”. Agrega que “el *factum principis* es una modalidad de *responsabilidad extracontractual*, en razón a que el daño antijurídico sufrido por el contratista no se deriva del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Administración Pública, como es lo propio de la responsabilidad contractual, sino de las actuaciones legítimas del Estado no como parte del contrato sino en ejercicio de sus poderes normativos de intervención”.

³⁴⁹ HERNÁNDEZ, Aida. “La responsabilidad contractual del estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?”. ob. cit., p. 185, sostiene que “[e]stán presentes, por tanto, los dos elementos determinantes de la responsabilidad del Estado: i) el daño, consistente en la alteración grave y anormal de la ecuación económica del contrato, y ii) la *imputación jurídica a la entidad, en consideración a que el daño especial* lo causó un acto general y abstracto de la propia contratante”; véase bajo el mismo título de imputación para configurar el impacto acumulativo a: SAFAR, Mónica. “Una relectura del concepto de equilibrio económico del contrato estatal en la normatividad vigente”. ob. cit., p. 125.

³⁵⁰ RICO, Luis. *Teoría general y práctica de la Contratación Estatal*. ob. cit., p. 727.

³⁵¹ SANTOFIMIO, Jaime. *Compendio de Derecho Administrativo*. Ob. cit., sec. 22 de 39, [Versión digital]; de igual forma: ESCOBAR, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. ob. cit., p. 489.

³⁵² “[E]s posible concluir que la expedición de las medidas de emergencia por parte del Gobierno con ocasión de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, constituyen un hecho sobreviniente, imprevisible y externo, que puede ocasionar un desequilibrio económico en muchos contratos estatales y que, por tanto, habilita el ejercicio del medio de control de controversias contractuales con el fin de *obtener una indemnización de perjuicios*”: Cfr. ARRUBLA, Jaime, y ARRUBLA Cristina. “La pandemia y la responsabilidad contractual”. ob. cit., p. 167.

³⁵³ *ibíd.* Cfr. pp. 167-169, “Si una de las partes exige el cumplimiento estricto del contrato a su contraparte, cuya prestación se ha visto afectada por una circunstancia extraordinaria, podría estar *abusando de su derecho* al cumplimiento del contrato”. Recuérdese que “[l]a *buena fe* impone a las partes *mantener el equilibrio contractual para que dicha conmutatividad* no se rompa”, característica especial del contrato de obra, acorde con su reciprocidad e interdependencia de prestaciones.

³⁵⁴ Cfr. FLORES, Juan. “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”. ob. cit., p. 96, concluye que “el *factum principis* o hecho del príncipe *no es una potestad ilimitada o absoluta*, sino que reconoce como limitación la mantención del equilibrio económico financiero, que permita reequilibrar los derechos y obligaciones originalmente pactadas”.

Hasta aquí los principales supuestos de imputación al dueño de la obra o entidad contratante: i) incumplimiento; ii) modificación unilateral o *ius variandi*; y iii) la teoría del hecho del príncipe. En consecuencia, identificado el daño o sobrecostos –que se complementará posteriormente en el apartado sobre mantenimiento del equilibrio económico-, la imputación y su nexo causal; examinemos la categoría jurídica del riesgo, aplicado a nuestro objeto de estudio sobre la mayor permanencia en obra.

3. Concepto de riesgo y su distribución en el contrato de obra. Riesgo previsible por mayor permanencia en obra.

a. Concepto de riesgo en el contrato de obra en general.

Para comprender la distribución de los riesgos, es necesario partir de la noción o concepto de riesgo. De esta manera, el concepto general o unánime de riesgo en sentido semántico se entiende como la “[c]ontingencia o proximidad de un daño”³⁵⁵. Del mismo modo, se define en sentido amplio con estos términos: “[i]ncertidumbre acerca de la producción de un suceso, probabilidad de que este ocurra, pero sin tener plena certeza de ello. El riesgo implica la eventualidad de que un determinado suceso ocurra; en caso de un riesgo de daño, este podría presentarse, pero de hecho no existe, caso distinto a la situación de peligro, en donde la lesión tiene carácter inminente. Usualmente, el término riesgo se usa para calificar la posibilidad de que se produzca un evento que origine pérdidas materiales”³⁵⁶.

Por su parte, la doctrina ha sostenido que “se entiende por riesgo el *detrimento patrimonial* que acarrea la *extinción de las obligaciones* causadas por el caso fortuito o la fuerza mayor de que el deudor no sea responsable”³⁵⁷. En materia de contratación estatal, el riesgo ha sido definido como el “[e]vento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato”³⁵⁸. A nuestro juicio, el riesgo se refiere a la contingencia o previsibilidad de un posible daño patrimonial que todavía no se ha materializado.

Con todo, aplicado el tema que nos ocupa, observamos que los riesgos “(...) en el contrato de confección de obra material, la pérdida fortuita de la materia es un riesgo que corre el dueño de la materia (*res perit domino*), aun en el caso de que el artífice se haya obligado a suministrarla (art. 2057), o sea, cuando dicho contrato se reputa de compraventa (art. 2053)”³⁵⁹.

³⁵⁵ *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano de Literatura, Ciencias, Artes, etc.* Tomo XVIII. Montaner y Simón (Barcelona) y W. M. Jackson, Inc, (Nueva York) (eds.), publicado entre 1887 y 1910; con igual significado semántico: Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. [en línea]. Edición del tricentenario, 2019. Disponible en: <https://dle.rae.es/?w=riesgo> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

³⁵⁶ *Diccionario Hispanoamericano de Derecho*. Tomo II. Grupo Latino Editores. 2008.

³⁵⁷ OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo. *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*. 7ed. Bogotá: Temis, 2018, p. 562.

³⁵⁸ Art. 2.2.1.1.1.3.1. *Definiciones. Riesgo*. Dec. 1082 de 2015: “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”.

³⁵⁹ OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo. *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*. ob. cit., pp. 571-572.

Apartándonos del riesgo de la pérdida de la cosa cierta, como lo sería la confección de la obra material que recae en el acreedor dueño de la obra; consideramos pertinente reiterar que, con fundamento jurídico en los arts. 1602 y 1603 del C. C., las partes tienen la facultad de incluir dentro del contenido del contrato de obra, la cláusula de distribución o “ámbito de riesgos”³⁶⁰, así como acordar el contenido de las modificaciones contractuales (prórroga o suspensión) ante eventos sobrevenidos que afectan, dificultan o imposibilitan directamente la fase de ejecución contractual o sinalagma funcional.

Del mismo modo, cabe también recordar, que la libertad de determinar el contenido del contrato –incluido la distribución de riesgos, bajo el principio de la autonomía privada de las partes, forma parte de las modalidades de la libertad contractual a saber: “la libertad de decidir si se contrata o no se contrata, la libertad de seleccionar al cocontratante, la libertad de escoger el tipo de contrato a celebrar y *la libertad de determinar el contenido del contrato*”³⁶¹.

En esa misma línea, trasladándonos al campo del derecho administrativo, “[l]a *libertad de determinación del contenido del contrato* se encuentra expresamente consagrada en (...) el artículo 40 de la ley 80 de 1993”³⁶². En este campo del derecho, no se puede perder de vista que, pese a que las entidades estatales, debido a los fines que persiguen de interés general y público, tienen a su favor, poderes excepcionales o exorbitantes que lo diferencian del régimen de derecho privado; no por ello se debe dejar de lado que estamos en presencia de un contrato³⁶³ o acto jurídico de carácter bilateral, con una entidad estatal en uno de sus extremos contractuales.

Hechas las anteriores precisiones sobre el concepto de riesgo y la libertad de determinar el contenido, abordemos ahora el tema específico de la distribución de riesgos en la legislación contractual estatal –pues aquí se ha dado un mayor desarrollo de la teoría de los riesgos-, para luego aplicarlo al objeto específico del riesgo de mayor permanencia en obra.

³⁶⁰ Cfr. BRANTT, María. “El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual”. ob. cit., p. 53, sostiene que “todo contrato fija expresa o tácitamente un *ámbito de riesgos* que pesa sobre cada una de las partes, y en que éstas toman de su cargo los eventos que puedan afectar el cumplimiento, comprometiéndose a controlarlos, y de no ser así, a reparar el daño sufrido por el acreedor, indemnizándolo”.

³⁶¹ RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. ob. cit., p. 198.

³⁶² *Ibíd.*, p. 199; Art. 40 L. 80 de 1993 “*Del contenido del contrato estatal*. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la *autonomía de la voluntad* y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales *podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes*, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. (...)”.

³⁶³ Cfr., *Ibíd.* p. 196.

- b. Distribución de riesgos. Tipificación, estimación y asignación del riesgo por mayor permanencia obra.

En materia de distribución de riesgos el art. 4 Ley 1150 de 2007³⁶⁴, en armonía con el Decreto 1082 de 2015³⁶⁵, contiene tres grandes verbos rectores a saber: i) tipificar; ii) estimar; y iii) asignar³⁶⁶; relacionados directamente con el “[r]iesgo, esto es, se predicen de posibilidades, de eventualidades, de hechos o circunstancias de realización incierta, de sucesos que pueden o no presentarse en el futuro”³⁶⁷.

Aquellos verbos rectores en materia de construcción se entienden de la siguiente manera: i) tipificarlos: en el sentido de identificar los riesgos y hechos futuros que puedan determinar las causas de un peligro o daño; ii) estimarlos o evaluarlos: significa cuantificarlos para relacionarlos a un menoscabo; y iii) asignarlos: para señalar a cuál de las partes le corresponde asumir el riesgo -previamente tipificado y valorado- una vez se materialice³⁶⁸.

Ciertamente, si tomamos el objeto específico de mayor permanencia en obra, se trata de un riesgo de carácter previsible que puede ocasionar daños patrimoniales al artífice o constructor de la obra, daños que no se encuentra en la obligación de soportar, cuando aquellos costos o sobrecostos no son reconocidos por el dueño de la obra o contratante, pues no le son directamente imputables.

Pero, ¿en qué consiste el riesgo de mayor permanencia en obra? Éste forma parte de los múltiples riesgos típicos o previsibles que se pueden considerar desde la celebración del contrato y que se pueden materializar durante la ejecución de la obra o construcción. Pero no por ser uno de los tantos riesgos que se puedan prever durante la ejecución de obra, hay que minimizar su relevancia, toda vez que en la práctica jurídica resulta ser uno de los temas objeto de reclamación más solicitados por el artífice o constructor de obra.

Sobre este punto la doctrina ha tipificado el riesgo por mayor permanencia en obra dentro de la categoría de *riesgos en planeación y ejecución de la obra*, con otras grandes categorías globales como son: riesgos derivados de la fuerza mayor o el caso fortuito, fenómenos naturales, actos humanos y circunstancias económicas o legales³⁶⁹. En el caso concreto del

³⁶⁴ Art. 4 L. 1150 de 2007: “*De la distribución de riesgos en los contratos estatales*. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la *estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles* involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

³⁶⁵ Dec. 1082 de 2015: “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*”.

³⁶⁶ La disposición señala: estimar, tipificar y asignar; sin embargo, el orden lógico de actividades consiste en tipificar, estimar y, luego, asignar el riesgo.

³⁶⁷ BECERRA, Álvaro. *Los Riesgos en la Contratación Estatal*. Bogotá: Leyer, 2007, p. 24.

³⁶⁸ Íd. p. 24-25; CABARCAS, Freddy. *Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura. serie de derecho administrativo n.º 28*. ob. cit., pp. 372-375.

³⁶⁹ Cfr. BECERRA, Álvaro. *Los Riesgos en la Contratación Estatal*. ob. cit., 2007, pp. 65-83, quien identifica y clasifica las siguientes grandes categorías de riesgos “[e]n obra pública. Por riesgos en planeación y ejecución de la obra. (...) Riesgo de mayor permanencia en obra. (...) Por riesgos derivados de la fuerza mayor o el caso

riesgo por mayor permanencia en obra, se ha entendido que “[s]e materializa cuando el contratista tiene que disponer de personal y equipos durante un tiempo mayor al establecido como plazo de ejecución del contrato”³⁷⁰, generando como consecuencia “mayores costos al contratista”³⁷¹.

Hay una obvia dificultad para estimar ex ante el número de días en que por causa extraña podría extenderse la duración inicial de la obra. Por ello, lo que sí parece aconsejable es que se fije desde la celebración del contrato la cuantificación de cada día de obra o actividad, para que en el evento en que se materialice la causa extraña, se pueda saber de antemano y precaver este aspecto, sin perjuicio de la carga probatoria. La cuestión ahora está en que, a pesar de tratarse de un riesgo previsible y típico durante la ejecución del contrato de obra -salvo asunción de riesgos-, en muchos eventos no se puede determinar con certeza a quién se debe asignar el riesgo por mayor permanencia en obra una vez se consolide.

Por lo anterior, en el caso de materialización del riesgo por mayor permanencia en obra, la doctrina ha sostenido que el *periculum* “[s]e debe asignar a la parte que con sus hechos de lugar a la materialización de este riesgo; si proviene de fuerza mayor, debe analizarse conforme a la asignación que al respecto se haya realizado”³⁷².

Adicionalmente, se deberá tener en cuenta la aplicación de los estándares de asignación del riesgo que más se adecuen al caso concreto, pues todo dependerá de cuál fue la causa de la mayor permanencia en obra; los cuales pueden ser de:

- i) *gestión*, respecto a quién se encuentre en mejor posición para administrar los riesgos;
- ii) *eficiencia*, frente a prestaciones excesivamente onerosas con ocasión de eventos imprevisibles;
- iii) *incentivos*, a quién requiera mayores estímulos para mitigar el riesgo; y
- iv) residual, por expresa disposición del art. 2060 del C.C.; es decir, sobre el dueño de la obra recaen los riesgos imprevisibles y, sobre el artífice o constructor, los riesgos previsibles³⁷³.

fortuito. Por fenómenos naturales. (...) Por circunstancias económicas o legales. (...) Modificaciones o interpretaciones unilaterales del contrato. (...)”.

³⁷⁰ *Ibid.* p. 70.

³⁷¹ LEAL, Abelardo, y SÁNCHEZ, José. *Responsabilidad civil del contratista en el contrato de obra pública*. Bogotá: Ibáñez, 2020, p. 90-91; en el mismo sentido véase a: PODETTI, Humberto. *Contrato de construcción*. ob. cit., p. 318, quien sostiene como riesgo usual “[l]a necesidad de un mayor plazo que el previsto para la ejecución de los trabajos, lo que siempre provoca mayores costos de ejecución relacionados con el mayor tiempo que el constructor debe permanecer en la obra y perjuicios al comitente que recibirá la obra más tarde de lo previsto”.

³⁷² BECERRA, Álvaro. *Los Riesgos en la Contratación Estatal*. ob. cit. p. 70; en el mismo sentido: LEAL, Abelardo, y SÁNCHEZ, José. *Responsabilidad civil del contratista en el contrato de obra pública*. Ob. cit. p. 89-91.

³⁷³ Cfr. CABARCAS, Freddy. *Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura. serie de derecho administrativo n.º 28*. ob. cit., pp. 386-387.

Verbigracia, en el evento de que se presente tardíamente o defectuosamente los estudios, diseños y planos, o en el caso de demoras en la entrega de predios, o negligencias o errores o falta de investigaciones idóneas imputables al dueño de la obra,³⁷⁴ esto traería como consecuencia la materialización del riesgo por mayor permanencia en obra, en cuanto se prolongaría o suspendería el plazo de ejecución, con el requisito por parte del artífice o constructor de la obra de probar los perjuicios y el nexo de causalidad.

Valga la pena anotar que “so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el *régimen de riesgos* acordado para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar”; excepto que se trate de “riesgos externos, extraordinarios o anormales, [que] configuran la teoría de la imprevisión”³⁷⁵, en cuyo caso deber operar el restablecimiento económico con fundamento en el principio de equidad³⁷⁶ y garantía del patrimonio de los particulares³⁷⁷.

Ahora bien, si nos encontramos dentro del marco de un contrato de obra suscrito en vigencia de la Ley 1150 de 2007³⁷⁸, la mayor permanencia en obra deberá analizarse de manera acorde con la distribución de riesgos pactados entre las partes durante la etapa de formación del contrato; lo cual constituye un verdadero presupuesto para su eventual reconocimiento³⁷⁹, en concordancia con lo previsto en el Decreto 1082 de 2015³⁸⁰, el Conpes 3714 de 2011³⁸¹,

³⁷⁴ Cfr. Íd. p. 412; BECERRA, Álvaro. *Los Riesgos en la Contratación Estatal*. ob. cit., p. 65-67; LEAL, Abelardo, y SÁNCHEZ, José. *Responsabilidad civil del contratista en el contrato de obra pública*. ob. cit., pp. 91-92.

³⁷⁵ CE, Sección Tercera, 26 de febrero de 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, 14043, sostiene que “La aplicación de la teoría del equilibrio financiero del contrato está condicionada a la conservación de la estructura original del contrato, esto es, a que se mantengan las obligaciones y derechos originales que surgieron para los co-contratantes, muchos de los cuales están determinados por los *riesgos o contingencias que sumieron*. En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender *los riesgos que asumió*. (...) los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad”.

³⁷⁶ “[C]uando sobrevienen *circunstancias verdaderamente imprevisibles y anormales* que inciden en la economía conmutativa del contrato, es *forzoso su restablecimiento*, pues destruye no solo la esencia del equilibrio prestacional sino también la *equidad*”: Cfr. RICO, Luis. *Teoría general y práctica de la Contratación Estatal*. 11ed. ob. cit. p. 714.

³⁷⁷ ESCOBAR, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. ob. cit., sostiene que “[e]l principio de garantía del patrimonio de los particulares que nuestra constitución consagra en los artículos 2º, 58 y 90, es el fundamento jurídico para imputar los *riesgos extraordinarios* que se presentan durante la ejecución del contrato estatal a la Administración Pública”.

³⁷⁸ L. 1150 de 2007: “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

³⁷⁹ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección A, 8 de mayo de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 64701, aclara la corporación que, en “(...) tratándose de contratos suscritos en vigencia de la Ley 1150 de 2007, para definir *el reconocimiento o no de la mayor permanencia en obra* se debe analizar la *distribución de riesgos* del respectivo contrato, entre otras razones porque no todas las causas externas de la suspensión -o de la prórroga- se asumen por la entidad contratante: depende de lo que se acuerda en la medición de los riesgos previsibles que se deben considerar por la contratista al formular el precio ofrecido”.

³⁸⁰ Dec. 1082 de 2015: “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”.

³⁸¹ Conpes 3714 de 2011: “Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación Pública”.

Matriz y “Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación” expedidos por Colombia Compra Eficiente³⁸².

No obstante, “la afectación del equilibrio económico obedece a la materialización de un riesgo, entendido como la carga contractual en su sentido más estricto y que comporta el deber de soportar su suceso”³⁸³ conforme a la estipulación por las partes sobre la distribución o asignación de los riesgos. Sin embargo, a pesar de dicha distribución de riesgos, estos también tienen sus límites que se enmarcan en el concepto de la previsibilidad³⁸⁴ o que “exceden del aleas normal del contrato”³⁸⁵.

A manera de ilustración, podemos observar en un reciente laudo arbitral (2020), cómo el debate se centró en los riesgos contractuales asumidos por las partes, para señalar que se excedió lo inicialmente pactado, pues se exigió al constructor la confección de catorce (14) variantes adicionales que no se encontraban previstas, ocasionado de esta manera la ruptura del equilibrio económico del contrato³⁸⁶.

En últimas, si bien “es muy difícil que puedan preverse todos los riesgos, (...) un contrato que contenga *normas de atribución de responsabilidad en un conjunto de riesgos* que ambas partes han previsto como de posible ocurrencia durante el desarrollo de los trabajos [caso mayor permanencia en obra], con seguridad suministrará una guía eficaz para su rápida atribución en relación con riesgos no previstos”³⁸⁷.

Acorde con lo expuesto, veamos ahora el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, y su principal presupuesto del límite del componente imprevisto “I” de la partida AIU, para que proceda el reconocimiento de la mayor permanencia en obra.

³⁸² CCE. M-ICR-01. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliesos-tipo/manuales-y-guias> [Fecha última de consulta: 1 de diciembre de 2020], señala que “[I]as Entidades Estatales para reducir la exposición del Proceso de Contratación frente a los diferentes Riesgos que se pueden presentar, debe estructurar un sistema de administración de Riesgos teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: (...) (b) *los eventos que alteren la ejecución del contrato*; (c) *el equilibrio económico del contrato*; (...)”.

³⁸³ Laudo arbitral, 8 de mayo de 2020, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Yuma Concesionaria S.A. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), árbitros: César Negret Mosquera, Sergio Muñoz Laverde y Juan Carlos Henao Pérez.

³⁸⁴ Cfr. *Ibid.*, sostiene con gran precisión el tribunal de arbitramento que, “[a]l tener la *noción de riesgo* una importancia crucial en la *teoría del desequilibrio económico del contrato*, es indispensable estudiar en el *concepto de previsibilidad* que se encuentra en su base. En efecto, uno de los requisitos para la aplicación de este principio es que la *contingencia sea imprevisible*, y, por lo tanto, se requiere que la parte que alega la ruptura de la ecuación no tenga la capacidad de prever la eventual materialización de la contingencia”.

³⁸⁵ BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. ob. cit., p. 221; quien afirma sobre la excesiva onerosidad, la “*exigencia de equidad en la cooperación entre deudor y acreedor en cuanto a la distribución de los riesgos que exceden del aleas normal del contrato*”.

³⁸⁶ Cfr. Laudo arbitral, 8 de mayo de 2020, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Yuma Concesionaria S.A. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), árbitros: César Negret Mosquera, Sergio Muñoz Laverde y Juan Carlos Henao Pérez, señala el tribunal que “la contingencia de las catorce (14) variantes adicionales no entró, en principio, en el régimen de riesgos acordado inicialmente: en esa medida *dicho albur no se puede tener como asumido por el contratista en el proceso de asignación del riesgo* y no puede serle exigido por ese concepto”. Así mismo, consideró que “la prestación que se le impone excede lo pactado originalmente y, por lo tanto, desborda el objeto y *rompe la ecuación económica del contrato*”.

³⁸⁷ PODETTI, Humberto. *Contrato de construcción*. ob. cit., p. 319.

B. EQUILIBRIO CONTRACTUAL, FRENTE A LA MATERIALIZACION DE LA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA. ALEA QUE EXCEDE EL IMPREVISTO “I” DE LA PARTIDA AIU. FACTOR DE OPORTUNIDAD.

Si las causas o circunstancias sobrevenidas que dieron origen a la mayor permanencia en obra no son imputables al artífice o constructor de la obra, lo cierto es que, a pesar de la distribución de riesgos previsible en cabeza del artífice o constructor, estos no pueden exceder el alea normal de la actividad. Por tanto, enseguida analizaremos el mantenimiento del equilibrio contractual frente a la teoría de la imprevisión.

1. Equilibrio contractual - Teoría de la imprevisión. Alea que exceden el componente imprevisible “I” de la partida AIU. Mantenimiento del equilibrio económico en la mayor permanencia en obra.
 - a. El equilibrio contractual. Teoría de la imprevisión como causa de ruptura del equilibrio contractual. Aplicación en tiempos de pandemia en el ámbito del contrato de obra.

Para empezar, debemos señalar que el principio del equilibrio contractual pretende una equivalencia de prestaciones durante todo el *iter* contractual. De esta manera, el principio del equilibrio contractual constituye un límite frente al riesgo y ventura a cargo del artífice o contratista de obra, versus la fuerza obligatoria del contrato o *lex contractus*, tanto en el derecho público como en el derecho privado³⁸⁸. Sin embargo, algunos autores resaltan con mayor énfasis el equilibrio contractual en la contratación estatal, respecto al derecho privado, toda vez que “deja sin efecto el riesgo y ventura, para en su lugar, reconocer no sólo lo pactado sino también todo lo que sea indispensable para restaurar la ecuación contractual alterada por circunstancias anormales”³⁸⁹.

Aquella característica de riesgo y ventura durante la ejecución del contrato de obra, es el fundamento para que sea “calificado como un contrato de resultado (riesgo y ventura), para mostrar la obligación del contratista de asumir el ‘alea normal’ en su ejecución, en contraposición con el ‘alea anormal’ del contrato previsto para la institución del *equilibrio financiero* del mismo”³⁹⁰ que debe asumir la entidad contratante, siempre y cuando sea de “carácter externo, extraordinario e imprevisible y que altere ‘gravemente’ la ecuación

³⁸⁸ Cfr. RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. ob. cit., pp. 8, 36, afirma sobre el principio del equilibrio contractual que “[l]a aplicación sistemática de este principio es un aporte del derecho administrativo a la teoría general de los contratos, en la medida en que *ha venido a limitar la aplicación del principio de riesgo y ventura*, tradicional y propio de la institución jurídica de los contratos, (...)”.

³⁸⁹ RICO, Luis. *Teoría general y práctica de la Contratación Estatal*. 11ed. ob. cit. p. 718, agrega que “(...) en derecho privado, el riesgo y ventura y el *pacta sunt servanda* se corrigen con la imprevisión. En derecho público, ambos son desplazados por el *deber de mantener y restaurar el equilibrio contractual*, acudiendo a los mecanismos ideados para ello, tales como el pago oportuno del precio, el reajuste del precio, la imprevisión y el hecho del príncipe”.

³⁹⁰ CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 5 de septiembre de 2018, C.P. Édgar González López, 2386, parafrasea a García De Enterría y Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 10ed. pp. 714 y s.s.

económica del contrato, en perjuicio del contratista”³⁹¹, como puede suceder con la pandemia.

Ahora, las causales que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato, se resumen en: “(i) situaciones imputables o atribuibles a la administración contratante a partir de potestades derivadas del contrato o en ejercicio de funciones predeterminadas [*potestas variandi* y hecho del príncipe]; (ii) el incumplimiento contractual; (iii) circunstancia externas y ajenas a los contratantes [teoría de la imprevisión]; [y] (iv) indebida planeación”³⁹². Esto con el fin de delimitar, en este momento, nuestro tema al objeto de estudio a la teoría de la imprevisión (álea económica), como causa de ruptura del equilibrio contractual en la mayor permanencia en obra; toda vez que las otras causales fueron examinadas en los eventos de imputación al dueño de la obra o entidad contratante, y en el ámbito de los riesgos³⁹³.

Sin embargo, lejos de entrar en un debate doctrinal y jurisprudencial, sí consideramos pertinente sentar la posición correcta, respecto a la causal de ruptura del equilibrio económico del contrato por incumplimiento de la entidad contratante; habida cuenta que se trata de una concepción equivocada, por cuanto el artífice o contratista de obra: i) tiene pleno derecho a ser indemnizado por los daños o perjuicios que le cause su contraparte (reparación integral); ii) se encontraría en grado de indefensión si tuviera que demostrar la previsibilidad o alteración grave de un desequilibrio económico, por causa de un incumplimiento que no le es imputable; iii) en sus riesgos o aleas normales, en modo alguno, cabe la figura del incumplimiento³⁹⁴. En síntesis: “el incumplimiento contractual debe manejarse con mayor

³⁹¹ SARMIENTO, Juan. “La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública”. *Revista digital Derecho del Estado*, 37. Universidad Externado de Colombia, jul-dic, 2016, p. 205. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4785> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

³⁹² SAFAR, Mónica. “Una relectura del concepto de equilibrio económico del contrato estatal en la normatividad vigente”. ob. cit., pp. 479-489; véase en el mismo sentido a RODRÍGUEZ Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. ob. cit., p. 37.

³⁹³ La causal de indebida planeación no se aborda *in extenso* en el presente artículo, pues hace parte de la etapa precontractual y no de la fase de ejecución contractual; campo donde se enmarca la mayor permanencia en obra. Además, consideramos que los casos de falta de planeación, se encuentran contenidos en el punto sobre imputación al dueño de la obra por incumplimiento.

³⁹⁴ Cfr. ÁLVAREZ, Juan. “El incumplimiento como causa de ruptura del equilibrio económico del contrato”. *Revista Con-texto*, 47. Universidad Externado de Colombia, feb, 2018, pp. 41-87. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/5247> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020], el autor realiza un análisis exhaustivo de las diversas posiciones del Consejo de Estado, para concluir que el incumplimiento no debe ser tratado como causal de ruptura del equilibrio económico del contrato, sino bajo las reglas propias del derecho común. Es decir, que “si se quiere ver al incumplimiento desde la óptica del equilibrio económico del contrato, debe hacerse bajo unos parámetros diferentes, que en todo caso sean compatibles con los de la responsabilidad contractual”; en el mismo sentido véase Laudo arbitral, 8 de mayo de 2020, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Yuma Concesionaria S.A. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), árbitros: César Negret Mosquera, Sergio Muñoz Laverde y Juan Carlos Henao Pérez: “El incumplimiento contractual, (...) encuentra su origen en el *daño antijurídico* ocasionado a una de las partes por el actuar antijurídico de la otra. En este caso, la disputa *se traslada al terreno de la responsabilidad* donde el análisis es *subjetivo*, esto es, del comportamiento de las partes”.

propiedad, bajo la óptica de la responsabilidad contractual”³⁹⁵ y no como causal de desequilibrio contractual; toda vez que se trata de “dos fenómenos jurídicos distintos”³⁹⁶.

Hechas las anteriores precisiones, en cuanto a la teoría de la imprevisión, la doctrina ha sostenido que “un cambio virulento e insospechado de las circunstancias fácticas no se limita a perturbar la equivalencia de las prestaciones, sino que *especialmente modifica el programa contractual* planeado por las partes, de forma que se quebranta la función práctica proyectada por la autonomía privada, desnaturalizando el vínculo negocial que deviene inejecutable según la forma prevista”³⁹⁷, aplicable a la pandemia. Dicho en otras palabras, “en el intervalo de tiempo que transcurre desde el momento del perfeccionamiento del negocio hasta su ejecución, *la relación concertada puede ser trastocada por circunstancias no previstas o no previsibles*”³⁹⁸ (Itálica nuestra).

Específicamente, en materia de contratación estatal, “existe acuerdo en que el equilibrio económico financiero del contrato público es, a la vez, un principio general de Derecho, un derecho del contratista y una obligación de la Administración”³⁹⁹. Nuestra legislación incorpora en el numeral 1, art. 5 de la Ley 80 de 1993⁴⁰⁰, lo relacionado con el rompimiento del equilibrio contractual con ocasión de la teoría de la imprevisión, que deberá ser restablecido por el Estado, hasta un punto de no pérdida, “como derecho del contratista en el Estatuto General de la Administración Pública”⁴⁰¹; siempre y cuando dichas circunstancias sobrevenidas e imprevistas no sean imputables al contratista.

Sin embargo, la gran diferencia frente a la aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho privado y el derecho administrativo, consiste en que en ésta “no es necesario recurrir a la teoría de la imprevisión para lograr *el reequilibrio de un contrato*. La ley consagra de manera generosa el derecho a ese reajuste, siempre que la alteración no se haya provocado

³⁹⁵ CE, Sección Tercera, Subsección A, 3 de abril de 2020, C.P. María Adriana Marín, 41442; véase en el mismo sentido: CE, Sección Tercera, Subsección B, 3 de abril de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, 48446.

³⁹⁶ CE, Sección Tercera, Subsección B, 6 de julio de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, 48.438, distingue la alta corporación que “*incumplimiento contractual y la ruptura del equilibrio económico del contrato son dos fenómenos jurídicos distintos*, y el incumplimiento no es un supuesto de ruptura de la ecuación contractual”.

³⁹⁷ BENÍTEZ, Juan. *La revisión del contrato*. ob. cit., p. 361, 364, sostiene que “*no es dable imponer a la parte un deber ilimitado de prever, ni de exigirle artes de adivinación para que resulte exento de responsabilidad*. Se trata de un desequilibrio no asumido por las partes, no querido por éstas, por lo que la justicia debe encolerizarse”.

³⁹⁸ Íd. p. 361; véase *supra*, Cap. I, B.

³⁹⁹ DELPIAZZO, Carlos. “Régimen de los contratos públicos en Uruguay”. En: Jinesta, Ernesto (Coord.) y Rodríguez, Libardo (Dir.). *El régimen de los contratos públicos*. Vol. III. Bogotá: Temis, 2019, p. 328.

⁴⁰⁰ Art. 5, num. 1, L. 80 de 1993: “Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración *les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas*. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

⁴⁰¹ SAFAR, Mónica. “Una relectura del concepto de equilibrio económico del contrato estatal en la normatividad vigente”. ob. cit., p. 486.

por acción y omisión del contratista”⁴⁰²; sin que por ello, se impida al contratista alegar la dicha teoría, incorporada en el art. 868 del C. Co. con fundamento en la remisión a normas civiles y comerciales que hace el propio Estatuto General de Contratación de la Administración Pública⁴⁰³.

De otro lado, es de señalar que, a pesar de no existir disposición expresa en el C.C. sobre los criterios de procedencia para la teoría de la imprevisión -a diferencia del art. 868 del C. Co., no es menos cierto que el art. 2060 del C.C. sí previó su aplicación respecto a circunstancias sobrevenidas con ocasión de vicios del suelo en el marco de los contratos para la confección de una obra material o de construcción⁴⁰⁴. Con todo, lo cierto es que “los casos de desequilibrio de contratos regidos por el derecho privado se pueden evaluar de conformidad con el artículo 868 del Código de Comercio”⁴⁰⁵.

Entretanto, resulta pertinente anotar que no se debe confundir la teoría de la imprevisión con los mayores costos por situaciones normales o previsibles⁴⁰⁶; ni con la fuerza mayor, en tanto ésta constituye causal de exoneración de responsabilidad, mientras que en aquella, las prestaciones se hacen más gravosas sin generar una imposibilidad absoluta, generando el derecho a su restablecimiento económico⁴⁰⁷.

⁴⁰² CARO, Juan. “La teoría de la imprevisión”. En: Castro, Marcela (Coord.). *Derecho de las obligaciones. Con propuestas de modernización*. Tomo II. 2ed. Bogotá: Universidad de los Andes, 2016, pp. 153-154, afirma que “la situación de un contratista particular afectado por la ruptura del equilibrio económico de su contrato es muy distinta si su contraparte es el Estado, a si es otro particular. *Frente al Estado*, el reajuste procede aun cuando el desequilibrio no resulte de circunstancias extraordinarias, aunque la onerosidad sobreviniente no sea excesiva, y, lo que es más importante, aun cuando las prestaciones ya se hayan cumplido: *le basta simplemente demostrar que el equilibrio se trastornó sin su culpa*. En cambio, en la contratación privada debe acreditar que se cumplieron los rigurosos requisitos del artículo 868”.

⁴⁰³ Cfr. *id.*

⁴⁰⁴ Cfr. VALENCIA, Arturo, y ORTIZ, Álvaro. *Derecho Civil, Parte General y Personas*, Tomo I. 19ed. Bogotá: Temis, 2020, p. 303, los tratadistas consideran lo siguiente: “El código Civil no enunció con carácter general esta regla de la *imprevisión contractual* (o cláusula *rebus sic stantibus*); sin embargo, el artículo 2060, en relación con la persona que se obliga a *construir un edificio* por un precio fijo, constituye una clara aplicación de ella. El Constructor puede pedir aumento de precio si ‘*circunstancias desconocidas*, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren *costos que no pudieron preverse...*’”. Véase en el mismo sentido: ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de las Obligaciones. De la modificación y extinción de las obligaciones*. Vol. III. ob. cit., pp. 166-167; GÓMEZ, César. *De los principales contratos civiles*. ob. cit., p. 379.

⁴⁰⁵ CE, Sección Tercera, Subsección A, 19 de marzo de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 63572, afirma la corporación que “[e]n aplicación del *derecho privado* también puede traerse a colación la posible configuración del *desequilibrio económico*, desde la perspectiva de la *teoría de la imprevisión*, cuando se trata de hechos o circunstancias imprevisibles que generan una *excesiva onerosidad* a una de las partes, de acuerdo con los elementos que fija el artículo 868 del Código de Comercio”.

⁴⁰⁶ Cfr. GORDILLO, Agustín. “Mayores costos, imprevisión, indexación”. En: Asociación Argentina de Derecho Administrativo (A.A.D.A.). *Contratos administrativos. 1. Regímenes de pago y actualización*. Buenos Aires: Astrea, 1988, p. 104.

⁴⁰⁷ Cfr. CE, Sección Tercera, 11 de septiembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 14781, jurisprudencia que constituye uno de los principales precedentes jurídicos, para efectos de diferenciar la fuerza mayor de la teoría de la imprevisión. En el caso específico concluyó la alta corporación que “el contratista no demostró los incumplimientos de la entidad que alegó, no probó la ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor, ni los supuestos que hacen procedente el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato por aplicación de la teoría de la imprevisión y no demostró que *la mayor permanencia en la obra* se produjo por hechos ajenos a él”.

Pues bien, respecto a la ruptura del equilibrio económico, por causa de la teoría de la imprevisión, aplicado a la ejecución del contrato de obra, conforme a la jurisprudencia y doctrina, se deben cumplir con los siguientes presupuestos mínimos: i) el desequilibrio económico o alteración, no debe ser imputable al artífice o contratista de obra; ii) la circunstancia sobrevenida o hecho exógeno que altera la ecuación, debe presentarse durante la fase de ejecución o sinalagma funcional; iii) debe obedecer a un *álea anormal o extraordinario*, ajeno a las partes; iv) afectación grave del equilibrio económico o financiero del contrato (excesiva onerosidad); v) imprevisibilidad o no previsibilidad por las partes en la fase de formación del contrato y vi) no obedezca a un riesgo asumido por quien alega la imprevisión, según análisis objetivo⁴⁰⁸.

Los presupuestos antes señalados, en estricto sentido, podrían configurarse para la pandemia, en virtud de la teoría de la imprevisión; en tanto no era razonablemente previsible para el artífice o constructor de la obra, la presencia de una causa que alcanzara a generar un impacto significativo en el incremento de los costos de ejecución de la obra, los cuales no está obligado a soportar⁴⁰⁹. También se podría configurar la teoría de la imprevisión, frente a las medidas extraordinarias establecidas por el Gobierno Nacional para hacer frente a la pandemia, con la condición de que el acto general y abstracto no provenga de la misma entidad como parte contractual; *contrario sensu*, si el acto es expedido por la misma entidad, nos encontraríamos en el campo propio de la teoría del hecho del príncipe arriba examinado⁴¹⁰.

En este orden de ideas, veamos en qué consiste la partida del AIU en los contratos de obra, especialmente el componente de imprevistos “I”, para efectos de delimitar el campo de aplicación de la teoría de la imprevisión en la mayor permanencia en obra.

⁴⁰⁸ RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. ob. cit., pp. 25-31; SANTOFIMIO, Jaime. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. ob. cit., p. 52. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589>; CARO, Juan. “La teoría de la imprevisión”. ob. cit., p. 138; DELPIAZZO, Carlos. “Régimen de los contratos públicos en Uruguay”. En: Jinesta, Ernesto (Coord.) y Rodríguez, Libardo (Dir.). *El régimen de los contratos públicos*. Vol. III. Bogotá: Temis, 2019, p. 327; CE, Sección Tercera, 11 de septiembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 14781; CE, Sección Tercera, Subsección A, 3 de abril de 2020, C.P. María Adriana Marín, 41442; Laudo arbitral, 8 de mayo de 2020, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Yuma Concesionaria S.A. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), árbitros: César Negret Mosquera, Sergio Muñoz Laverde y Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁰⁹ Cfr. MOMBERG, Rodrigo, y VIDAL, Álvaro. “El límite económico al cumplimiento de contrato. Desde la excesiva onerosidad sobrevenida a los costos excesivos del cumplimiento específico”. *Revista Universitas*. Pontificia Universidad Javeriana, 2018, 137, pp. 10-11. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/22340> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020], sostienen los autores chilenos que, “[e]n la imprevisión, debemos indagar sobre la causa del aumento extraordinario de los costos de ejecución y que refiere a un cambio fundamental de las circunstancias, razonablemente imprevisible para el deudor al momento del contrato, en términos que de haberlo previsto no habría contratado o lo habría hecho en otras condiciones”.

⁴¹⁰ Véase *supra*, Cap. II, A, 2, c.

b. Partida AIU. Finalidad del componente “imprevistos” (I).

Conviene advertir que el concepto de AIU no constituye un presupuesto de existencia o validez de los contratos estatales. Así, la partida de AIU en el contrato de obra -que no se debe confundir con los riesgos previsibles⁴¹¹-, se encuentra comprendida por: i) la “A” de Administración⁴¹², referida a los costos indirectos de los costos directos que forman parte de los análisis de precios unitarios; ii) la “I” del componente Imprevistos, dirigido a cubrir las contingencias o *riesgos normales* durante la fase de ejecución contractual de la obra; y iii) la “U” de Utilidad estimada por el contratista⁴¹³, quien “busca obtener unos recursos frutos de su trabajo”⁴¹⁴.

En todo caso, el asunto es que la partida de AIU tiene gran importancia para los contratos de obra a precios unitarios, tal como se puede apreciar -a modo de ejemplo- en los documentos base para la licitación de infraestructura de transporte de Colombia Compra Eficiente (CCE), los cuales señalan entre otros deberes, que “[e]l proponente debe calcular un AIU que contenga todos los costos en los que incurre la organización del constructor para poder desarrollar la administración, los imprevistos y la utilidad o beneficio económico que pretende percibir por la ejecución del contrato”⁴¹⁵; con fundamento en la Resolución 240 de 2020⁴¹⁶ que establece su obligatoriedad.

Precisado lo anterior, respecto al componente de imprevistos “I”, resulta necesario destacar su finalidad; en cuanto a que “desde el origen del concepto porcentaje de «imprevistos» en los contratos de obra, no es garantizar la utilidad del contratista, sino *paliar las condiciones alteraciones normales* y ordinarias a las que están sujetas este tipo de contratos”⁴¹⁷. El punto

⁴¹¹ Cfr. SARMIENTO, Juan. “La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública”. ob. cit., p. 208.

⁴¹² CE, Sección Tercera, 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 14854, Costos indirectos de Administración referidos a “conservar la oficina con su mobiliario, pagar servicios, disponer de papelería, contratar secretaria, mensajero, contador y director del proyecto, pagar el importe de la ampliación de las pólizas originada en las prórrogas del contrato, tener celaduría en la obra, cerramientos provisionales y campamentos etc., *durante el tiempo de la extensión del plazo contractual*”.

⁴¹³ Cfr. CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 5 de septiembre de 2018, C.P. Édgar González López, 2386, resalta un aparte de jurisprudencia: “Sobre el A.I.U. la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 14 de octubre de 2011, ha señalado: ‘(...) De acuerdo con la jurisprudencia el AIU propuesto para el contrato, corresponde a: i) los *costos de administración o costos indirectos* para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: A; ii) *los imprevistos*, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato, esto es, el alea normal del contrato: I; iii) *la utilidad* o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: ‘U’”.

⁴¹⁴ MENDOZA, Álvaro. *Obligaciones*. ob. cit., p. 737.

⁴¹⁵ CCE. “*Documentos Tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte - Versión 3*”. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/01-documentos-tipo-para-licitacion-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte> [Fecha última de consulta: 18 de diciembre de 2020], agrega que “[e]l valor del AIU debe expresarse en un porcentaje (%) y debe consignarlo y discriminarlo en la propuesta económica”.

⁴¹⁶ CCE. Res. 240 de 2020. “*Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y deroga la Resolución 0045 de 2020*”.

⁴¹⁷ ARIÑO, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos (ENAP), 1968, p. 135, citado por BETANCUR, Gustavo. “Porcentaje de Imprevistos del AIU - Administración, Imprevistos y Utilidad, en los Contratos de Obra”. *Cámara Colombiana de la*

aquí, es que debe primar la cooperación del dueño de la obra; toda vez que si se exceden los aleas normales, esto representaría un verdadera carga desproporcionada para el patrimonio del artífice o constructor de la obra⁴¹⁸, en tanto se haya superado el “umbral de la imprevisión”⁴¹⁹.

Sobre la naturaleza de los imprevistos “I”, la jurisprudencia ha sostenido en el mismo sentido, que “[e]l porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra (...) Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios [...] El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el áleas del contrato”⁴²⁰.

Con todo, resaltamos que la partida de imprevistos no tiene por finalidad los riesgos imprevisibles, los cuales no son contemplados por el contratista de obra; pues si ello fuere así, no estaríamos en presencia de riesgos imprevisibles, sino de previsible. Esto sin desconocer, que existen zonas grises y líneas muy delgadas entre lo previsible e imprevisible⁴²¹, o entre lo conocido pero imprevisible en su duración o consecuencias, pues todo dependerá de la causa que dé lugar a la mayor prolongación en el plazo de ejecución de la obra, cuestión que aplicaría para la pandemia, en cuanto “[u]n hecho es *imprevisto* cuando ninguna razón hay para esperar su ocurrencia”⁴²²; salvo que se hubiere previsto por las partes en la matriz de riesgos según cada caso particular.

En conclusión, el componente imprevistos “I” de la partida AIU “es asimilable al pago de la prima de una póliza de seguros”⁴²³, cuyo rubro de porcentaje se “incluye en los presupuestos para atender riesgos de naturaleza previsible, normal y ordinaria”⁴²⁴. Debe aclararse que

Infraestructura seccional Antioquia, 2014, p. 7. Disponible en: <https://www.infraestructura.org.co/vea.php?IDe=1010> [Fecha última de consulta: 25 de noviembre de 2020].

⁴¹⁸ Cfr. BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. ob. cit., p. 214.

⁴¹⁹ BENAVIDES, José. *Contratos públicos. Estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 414-415, explica “(...) lo que la doctrina francesa denomina *umbral de la imprevisión*, esto es, el límite financiero que permite determinar que se ha desbordado lo previsible y establecer que estamos ante un perjuicio particularmente grave, elemento este que también caracteriza la imprevisión”.

⁴²⁰ BETANCUR, Gustavo. “Porcentaje de Imprevistos del AIU - Administración, Imprevistos y Utilidad, en los Contratos de Obra”. ob. cit., p. 16; ARIÑO, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos (ENAP), 1968, p. 168, doctrina citada en sentencia: CE, Sección Tercera, 29 de mayo de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 14577.

⁴²¹ Cfr. SARMIENTO, Juan. “La responsabilidad contractual por los riesgos previsible, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública”. ob. cit., p. 208.

⁴²² ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de las Obligaciones. Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, De la protección de los derechos del acreedor, De la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes*. Vol. II. ob. cit., p. 280.

⁴²³ BETANCUR, Gustavo. “Porcentaje de Imprevistos del AIU - Administración, Imprevistos y Utilidad, en los Contratos de Obra”. Ob. cit., p. 16.

⁴²⁴ *Ibid.* p. 22, el autor señala que dicho porcentaje de imprevistos “I” del AIU, referido a los riesgos normales u ordinarios de naturaleza previsible, se encuentran acordes con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la doctrina jurídica e ingenieril, la Asociación para el Desarrollo de la Ingeniería de Costos (AAACE Internacional) y el Project Management Institute (PMI).

dicho porcentaje de imprevistos, en modo alguno tienen por finalidad cubrir “una situación irregular en el devenir contractual, como es el incumplimiento”⁴²⁵, tal como se expuso en el caso del túnel de la línea⁴²⁶. En el mismo sentido, la doctrina ha sostenido que “tal porcentaje [de imprevistos] no está instituido para atender situaciones que se encuentran por fuera de la órbita del riesgo a su cargo, como es el caso del incumplimiento de la entidad”⁴²⁷.

- c. Mantenimiento del equilibrio económico en la mayor permanencia en obra. Excesiva onerosidad.

De acuerdo con lo establecido en “los artículos 5º, numeral 1º, artículo 14 numeral 1º, inciso 2º, artículo 25 numeral 14 y los artículos 27 y 50 de la Ley 80 de 1993, *el contratista tiene derecho al mantenimiento del equilibrio del contrato*. (...) En caso de rompimiento de ese equilibrio la ley ha consagrado ciertos instrumentos que sirven para restablecerlo, dentro de ellos encontramos: la revisión de precios, la actualización o reajuste de precios, la indemnización y compensación”⁴²⁸.

Entonces, una vez se prueben los daños o sobrecostos, que exceden el componente de imprevistos “I” de la partida AIU- ocasionados al artífice o contratista de obra por la mayor permanencia en obra, no imputables a su conducta, por un hecho o circunstancias imprevisibles, sobrevenidas y ajenas a las partes, caso pandemia; surge para el dueño de la obra o parte contratante, la contrapartida de mantener el equilibrio económico del contrato.

Lo anterior, por cuanto uno de los derechos más importantes a favor del contratista frente al dueño de la obra, “es el del ‘equilibrio financiero’, la ‘intangibilidad de la remuneración’ o ‘ecuación económica’, que opera como contrapartida de la regla de la mutabilidad del contrato administrativo”⁴²⁹. Aquí, “debe entenderse que la palabra *ecuación*, usada por el legislador administrativo, implica un símil, una aproximación al concepto más amplio de equilibrio”⁴³⁰.

⁴²⁵ Laudo arbitral, 26 de junio de 2019, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: CONSORCIO CONLINEA 3 (Constructora Conconcreto S.A., CSS Constructores S.A. y ESTYMA Estudios y Manejos S.A.) Vs. Instituto Nacional de Vías INVÍAS, árbitros: José Alejandro Bonivento Fernández, Mauricio Fajardo Gómez y Pedro Antonio Lamprea Rodríguez.

⁴²⁶ *Ibid.* Para ser más preciso, el objeto del contrato de obra consistía en la “Terminación del Túnel Piloto – Túnel de rescate del Proyecto ‘Cruce de la Cordillera Central’”.

⁴²⁷ ÁLVAREZ, Juan. “El incumplimiento como causa de ruptura del equilibrio económico del contrato”. *ob. cit.*, p. 78, el autor señala que “el AIU no excluye el derecho a los sobrecostos generados por *una mayor permanencia en obra* ni la reparación del daño antijurídico por incumplimiento de las obligaciones contractuales”.

⁴²⁸ BARRETO, Antonio. *El derecho de la compra pública*. *ob. cit.*, p. 40, pp. 223-24.

⁴²⁹ DROMI, José. “La imprevisión en los contratos de la administración”. En: Asociación Argentina de Derecho Administrativo (A.A.D.A.). *Contratos administrativos. I. Regímenes de pago y actualización*. Buenos Aires: Astrea, 1988, p. 104.

⁴³⁰ MENDOZA, Álvaro. *Obligaciones*. *ob. cit.*, p. 97; explica el “principio denominado de la ‘ecuación’ (Ley 80 de 1993, arts. 4º nums. 3 y 9, y 27), es decir, del necesario equilibrio, si no absoluto, al menos sí relativo entre las recíprocas prestaciones de las partes.

En suma, lo que se trata es de compensarlo frente a la teoría de la imprevisión⁴³¹; toda vez que, incluso en el escenario de que el artífice o contratista de obra tenga a su cargo unos riesgos asignados, estos corresponden al *álea normal* de su actividad y, por ende, prevalece el principio de equidad⁴³² cuando se presenta un riesgo anormal o que excede lo previsto en el componente “I” de la partida del AIU. De esta manera, “[e]l *álea normal* del contrato se erige en límite de la regla *rebus sic stantibus*”⁴³³; pues de otro modo, “sería contrario al criterio de la buena fe contractual”⁴³⁴.

Es decir, cuando “los *riesgos asumidos* por el contratista se vean *desbordados* en sus efectos por causas no imputables al mismo, la administración debe realizar los ajustes necesarios para evitar que la asunción de riesgos rompa el equilibrio del contrato”⁴³⁵ que no es otra cosa, que el mantenimiento del equilibrio económico en la mayor permanencia en obra pues, a pesar de los riesgos previsibles asignados, los imprevistos solo cubren los riesgos o “*áleas normales*”⁴³⁶ previsibles o propios de la actividad. De ninguna manera, los anormales o imprevisibles como la pandemia⁴³⁷.

Con todo, algunos sostienen que “los riesgos por eventos anormales o externos a los contratantes deben ser asumidos por éstos de forma proporcional, por cuanto para ambas partes se reporta un detrimento”⁴³⁸; se encuentran fuera de su esfera de control y no les son imputables a ninguna de ellas. Al margen de esta posición, consideramos que frente a circunstancias anormales, imprevisibles e irresistibles, surge el deber para el dueño de la obra o entidad contratante de ayudar o socorrer al colaborador de la Administración, en aras de restablecer el equilibrio contractual y volver el estado de las cosas al *álea normal*⁴³⁹ incluido en la partida AIU del contrato de obra. Justamente, si se interpreta un alcance más general y

⁴³¹ Cfr. MALLANA, Ernesto. *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. ob. cit., p. 949-950, parafrasea a PARRA, William. *Los contratos estatales*. 3ed. Bogotá: Librería del Profesional, 1998, p. 105.

⁴³² Cfr. BENÍTEZ, Juan. *La revisión del contrato*. ob. cit., p. 426.

⁴³³ NEME, Martha. “La tensión aparente entre las reglas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: la buena fe y la equidad constituyen parámetros de las exigencias de equilibrio y solidaridad en tiempos de crisis”. ob. cit., p. 215.

⁴³⁴ BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. ob. cit., p. 215.

⁴³⁵ BARRETO, Antonio. *El derecho de la compra pública*. ob. cit., p. 40.

⁴³⁶ CE, Sección Tercera, Subsección A, 3 de abril de 2020, C.P. María Adriana Marín, 41442, sostiene que “el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si estos son propios del *álea normal* del contrato o corresponden a las *eventualidades o contingencias asumidas por las partes al celebrar el acuerdo de voluntades*”.

⁴³⁷ Cfr. Íd. señala la Alta Corporación, que las causales de ruptura del equilibrio económico: i) teoría de la imprevisión; ii) hecho del príncipe; y iii) *ius variandi*; “tienen como denominador común la imprevisibilidad y anormalidad”.

⁴³⁸ SAFAR, Mónica. *Impacto acumulativo y equilibrio económico en el contrato estatal*. n.º 43. Tesis de grado. ob. cit., p. 123, [Versión digital].

⁴³⁹ En el evento que el equilibrio financiero o la “ecuación es trastocada, creándose un *álea anormal o extraordinaria*, no es justo que el cocontratante [artífice o constructor de la obra] deba cargar con sus efectos, cuando él está colaborando en el logro de un fin de interés público. De ahí que *la administración deba concurrir en su ayuda, para restaurar el álea normal del contrato*, su ecuación económico-financiera, máxime cuando el cocontratante ha sido ajeno a aquella situación que lo perjudica”: Cfr. CE, Sección Tercera, 18 de septiembre de 2003, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, 15119, sentencia reiterada por el CE, Sección Tercera, Subsección B, 2 de marzo de 2020, M.P. Martín Bermúdez Muñoz, 41804.

moderno, se puede afirmar que la regla general es la particularidad de la colaboración de los contratos y, por excepción, la contraparte o adversario restringido al ámbito contencioso⁴⁴⁰

En ese orden, paseamos a examinar las justificaciones que fundamentan el deber que le asiste al dueño de la obra o entidad de contratante, de cumplir con el principio rector del mantenimiento del equilibrio contractual y, en seguida, entraremos en el campo de la excesiva onerosidad, para complementar el presupuesto de la superación del componente “I” de la partida AIU en la mayor permanencia en obra.

i. Justificaciones del principio del mantenimiento del equilibrio económico.

Vale la pena recalcar, que el mantenimiento del equilibrio económico se justifica por el principio general del derecho de equidad, que “expresa la exigencia de equilibrio contractual, esto es, que los intereses individuales encuentren un equilibrio debido según la economía del negocio”⁴⁴¹; cuyo principio en rango de nivel, por así decirlo, se “ubica, al lado de la buena fe, entre los principios de la justicia contractual”⁴⁴². También, se fundamenta en el “deber general que tiene el Estado de *reparar los daños antijurídicos* generados por sus actuaciones, la obligación de *mantener la igualdad ante las cargas públicas* y la garantía del patrimonio de los particulares; en la *justicia contractual*, y en la *conmutatividad* del contrato administrativo”⁴⁴³.

Del mismo modo, compartimos la teoría de la *función social del contrato*, en el sentido de una visión moderna de justificación para que opere la teoría del equilibrio del contrato; la cual se fundamenta en: i) una causa objetiva, puesto que ésta no solo está presente al inicio de formación del contrato, sino que perdura en todo el *iter* contractual; ii) la función social como fundamento y límite del *pacta sunt ser vanda*; iii) el grado proporcional del esfuerzo de las partes, iv) que el contrato no puede concebirse de manera inmodificable, frente a circunstancias imprevisibles que afecten la operación económica o disconformes con la causa del contrato; v) la aplicación de la razonabilidad; y vi) la asunción de riesgos, en caso de riesgos imprevisibles⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Cfr. MENDOZA, Álvaro. *Obligaciones*. ob. cit., p. 227, afirma que “todos los contratos son de colaboración, en tanto debe partirse de la base de que el acuerdo de voluntades en que se fundan nació de haber encontrado un punto en el cual se juntaron los respectivos intereses, en forma tal que los contratantes no deben verse como adversarios, sino como colaboradores en la obtención de un fin determinado por ellos mismos. Igualmente, nos gusta afirmar que el término ‘contraparte’, (...), no debe tener cabida en el lenguaje contractual, sino en aquel litigioso”.

⁴⁴¹ BIANCA, Cesare. *Derecho civil n.º 3: el contrato*. ob. cit., p. 542.

⁴⁴² *Ibid.* p. 540.

⁴⁴³ RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. ob. cit., p. 37; véase en el mismo sentido sobre el “principio de garantía del patrimonio de los particulares” a ESCOBAR, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. ob. cit., p. 430.

⁴⁴⁴ Cfr. BENÍTEZ, Juan. *La revisión del contrato*. 2ed. Bogotá: Temis, 2010, pp. 432-453, quien sostiene que “la solución se encuentra en la *función social del contrato*, (...) El contrato no puede *no puede ser un salto al vacío, un documento en blanco, para ser cumplido cualesquiera sean las vicisitudes que acaecieren*; de ser de esta manera, nadie en su sano juicio y obrando con lealtad y probidad, se comprometería. (...) [E]l cambio profundo que desnaturaliza la relación obligacional, *la grosera desproporción superveniente entre las prestaciones, son situaciones que chocan contra la función económico-social* que tiene a cumplir el contrato”.

Retomando entonces, las justificaciones para que proceda el mantenimiento del equilibrio económico, encontramos que otra de ellas se identificaría con los aspectos generales caracterizan la tipología del contrato de obra esbozados en el capítulo anterior; en especial, lo atinente al carácter bilateral o sinalagmático, esto es, la “reciprocidad e interdependencia de prestaciones”⁴⁴⁵, así como la conmutatividad durante el *iter* contractual -con sus matices respecto al derecho privado-, teniendo en cuenta que la naturaleza del contrato de obra es de tracto sucesivo o de duración, lo cual significa que “varían, mutan, son cambiantes y pueden sufrir transformaciones en su ejecución”⁴⁴⁶.

Hoy por hoy, “la institución del equilibrio económico del contrato estatal lo que pretende en su visión actual, más que proteger al contratista por considerarlo débil frente al poder de la Administración contratante, es que las condiciones económicas pactadas por las partes al celebrar el negocio jurídico o desde sus tratativas se respeten durante la etapa de ejecución del contrato y hasta su terminación”⁴⁴⁷; de manera que ante circunstancias sobrevenidas ajenas para las partes, se busque la mejor solución posible para hacer frente a dichas vicisitudes que afectan las prestaciones del contrato, adaptando el contrato a la nueva realidad⁴⁴⁸.

En síntesis, “[l]a obligación de restablecer la *equivalencia económica* es una consecuencia de la buena fe y la reciprocidad de prestaciones de los contratos bilaterales;”⁴⁴⁹ propio del contrato de obra, máxime si estamos en presencia de áleas extraordinarios que puedan generar mayores costos⁴⁵⁰ como en la mayor permanencia en obra, no imputable al artífice o constructor de la obra.

ii. Excesiva onerosidad (*hardship*).

Desde *viaja data*, se conoce que “[l]os filósofos romanos (...) se preocuparon por esta cuestión [de la excesiva onerosidad], llegando a afirmar que no se puede obligar a nadie al cumplimiento de lo pactado si las condiciones son distintas de las que existían al momento de contratar”⁴⁵¹. La razón fundamental, es que “hay circunstancias sobrevinientes

⁴⁴⁵ Véase *supra*, Cap. I, A, 1, e.

⁴⁴⁶ VERANO, Sandra. “La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero”. En: Montaña, Alberto y Rincón, Jorge (eds.). *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas internacionales de Derecho administrativo*. ob. cit., p. 573.

⁴⁴⁷ SAFAR, Mónica. “Una relectura del concepto de equilibrio económico del contrato estatal en la normatividad vigente”. ob. cit., pp. 489-490.

⁴⁴⁸ Cfr. *Íd.*

⁴⁴⁹ ESCOBAR, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. ob. cit., p. 455,

⁴⁵⁰ Cfr. *Ibid.* p. 454. afirma que “Ante la ocurrencia de *áleas extraordinarios* de distinta índole, que causen la ruptura del equilibrio económico del contrato, es imperativo que las partes procedan en el menor tiempo posible, en aplicación del *principio de reciprocidad de prestaciones* consubstancial al contrato administrativo, a adoptar las medidas encaminadas al reconocimiento de los *mayores costos* o de las utilidades dejadas de percibir, para restablecer la economía del contrato”.

⁴⁵¹ BADENES, Ramón. “La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación”, Tomo I. ob. cit., p. 75, agrega que “[e]n estos términos se expresa CICERÓN en *De officiis*, y más marcadamente SÉNECA, que en *De beneficiis* dice (...) ‘para tener que cumplir lo prometido todo debe permanecer en el mismo estado de cosas que existía cuando se formuló la promesa’”.

extraordinarias imprevistas e imprevisibles que los contratantes no pudieron, naturalmente considerar al acordar sus estipulaciones”⁴⁵².

Pues bien, si se presentan sobrecostos que exceden los riesgos normales previsibles en el componente “I” del AIU, lo cierto es que estamos, sin lugar a dudas, en el ámbito de la excesiva onerosidad, en donde “lo realmente importante es la gravedad de la perturbación y el grado de imprevisión que ocurre en relación al acontecimiento superviniente”⁴⁵³. Este aumento desproporcionado produce, entonces, una imposibilidad sobrevenida –entendida en este evento como relativa-, con prestaciones sustancialmente costosas u onerosas durante su ejecución. Así pues, “[d]ebe tratarse de un desequilibrio que no quepa dentro del ‘álea normal’ del contrato”⁴⁵⁴, habida cuenta que la excesiva onerosidad constituye uno de los presupuestos *sine qua non* para la aplicación de la teoría de la imprevisión⁴⁵⁵.

Y para que se materialice la excesiva onerosidad bajo la teoría de la imprevisión, los presupuestos pueden agruparse en que: i) provenga de un hecho “imprevisible” y extraordinario [caso pandemia]; ii) la prestación se torne excesivamente onerosa; iii) no le sea imputable; iv) no haya finalizado su ejecución; v) exista una solicitud de la parte afectada⁴⁵⁶; vi) haya “desconocimiento por el deudor del acontecimiento superviniente”⁴⁵⁷ y vii) “[d]ebe tratarse de contratos de tracto sucesivo o de prestación diferida”⁴⁵⁸, característica típica del contrato de obra o construcción.

Ahora, por un lado, en el derecho colombiano, la excesiva onerosidad se encuentra prevista en el art. 868 C. Co.⁴⁵⁹ junto con las figuras de alteración de las bases del negocio y teoría de la imprevisión; orientadas a la equidad, mantenimiento del equilibrio

⁴⁵² ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de las Obligaciones. De la modificación y extinción de las obligaciones*. Vol. III. ob. cit., p. 159.

⁴⁵³ Cfr. BENÍTEZ, Juan. *La revisión del contrato*. ob. cit., pp. 478-511.

⁴⁵⁴ BIGLIAZI-GERI, Lina y Otros. *Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos*, Tomo I, Volumen 2. Fernando Hinestrosa (trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, pp. 1097-1098, señala que “[e]n efecto, no parece oportuno conceder a las partes la posibilidad de poner en discusión (para modificarlo o resolverlo) el vínculo contractual, si la alteración del equilibrio de valor entre las prestaciones cae dentro de los límites de la norma y, por tanto, se refiere a un riesgo, por regla general, inherente a esa particular operación contractual (...) Es típico el caso del contrato de obra”.

⁴⁵⁵ Cfr. FLORES, Juan. “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”. ob. cit., p. 86; explica que “no basta con la ocurrencia de un *álea extraordinario* que afecte en forma superviniente el contrato, sino que es preciso que se *altere la economía contractual* en términos radicales, que las condiciones económicas inicialmente pactadas se vean impactadas haciendo el contrato *más oneroso*, o disminuyendo sustancialmente las potenciales utilidades previstas dentro de la ecuación económica del contrato”.

⁴⁵⁶ Cfr. Íd. pp. 478-511.

⁴⁵⁷ BADENES, Ramón. “La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación”, Tomo I. ob. cit., p. 81.

⁴⁵⁸ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de las Obligaciones. De la modificación y extinción de las obligaciones*. Vol. III. ob. cit., p. 161.

⁴⁵⁹ Art. 868 C.Co. Col. “*Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias*. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte *excesivamente onerosa*, podrá ésta pedir su revisión.

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

económico del contrato y la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias. Con todo, debe obedecer a un “suceso que no pudo ser anticipado en condiciones normales, generando un impacto tal en el contratante y el contratista, y sobre todo en el contrato en sí, que *continuar ejecutando lo pactado se haría demasiado difícil y costoso, haciendo desvanecer la causa* que llevó a las partes a contratar, por lo que se demanda, para lograr el objetivo perseguido con el proyecto diseñado, hacer los ajustes necesarios para lograr reequilibrar las cargas y beneficios, (...)”⁴⁶⁰.

Es de añadir, que “[l]a excesiva onerosidad, ha de medirse a partir del equilibrio entre las prestaciones, tanto principales como accesorias, no por la simple modificación del valor de una de ellas”⁴⁶¹. Una lectura interesante sobre la excesiva onerosidad la podemos encontrar en el derecho argentino, cuyo Código Civil y Comercial de la Nación de 2014, no contempló como requisito la imprevisibilidad. Sin embargo, la doctrina propone la siguiente interpretación: “*El carácter imprevisible será un requisito en la medida en que la onerosidad sobrevenida sea “excesiva”* (en el sentido de “mayor” a la inicial y significativa), pero no lo será cuando, además de excesiva, la prestación se torne ‘*irrazonable o inicua*’”⁴⁶².

De otro lado, en el derecho uniforme, resulta interesante los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales (PCCI – UNIDROIT) que contienen una definición y requisitos más precisos aplicables a la pandemia; por cuanto expresa que “[h]ay ‘excesiva onerosidad’ (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, *bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado*, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”⁴⁶³.

Sobre el particular, la doctrina ha sostenido que “la cláusula *hardship* puede definirse como aquella según la cual las partes se reservan la posibilidad de demandar una *renegociación* del contrato si sobreviene un cambio en las circunstancias iniciales bajo las cuales ellas se obligaron, y que modifica a su vez el equilibrio económico de la operación hasta el punto de imponer a una de ellas un rigor injusto”⁴⁶⁴. Sin embargo, es necesario aclarar que previamente el “art. 6.2.1 (*contract to be observed*) inicia reafirmando que el principio enunciado (*Binding*

⁴⁶⁰ SAFAR, Mónica. “Una relectura del concepto de equilibrio económico del contrato estatal en la normatividad vigente”. ob. cit., pp. 484-485.

⁴⁶¹ NEME, Martha. “La tensión aparente entre las reglas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: la buena fe y la equidad constituyen parámetros de las exigencias de equilibrio y solidaridad en tiempos de crisis”. ob. cit., p. 213.

⁴⁶² GRASSO, Manuel. “Imprevisibilidad, contrato e imprevisión en el nuevo código civil y comercial argentino”. ob. cit., pp. 118-119, respecto al debate sobre la exclusión de la expresión “imprevisibilidad” del Art. 1090 “imprevisión” del nuevo Ccc. Arg, plantea la siguiente regla: “*a mayor onerosidad sobrevenida, menor relevancia tiene el requisito de la imprevisibilidad*; mientras que, a menor onerosidad sobrevenida, mayor será la imprevisibilidad requerida”.

⁴⁶³ Art. 6.2.2 PCCI – UNIDROIT.

⁴⁶⁴ CHAMIE, José. *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*. ob. cit., 2013 p. 366.

character of contract) es la regla y que la posibilidad de adaptación es una excepción, y en efecto la norma señala que a pesar de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, generalmente, la parte sigue estando obligada a cumplir, para no separarse de la regla de la obligatoriedad absoluta de los contratos, salvo las disposiciones sobre *hardship*⁴⁶⁵.

Así las cosas, la excesiva onerosidad sobrevenida resulta aplicable a la mayor permanencia en obra, por causa de circunstancias o eventos sobrevenidos (caso pandemia) que excede el “álea normal del contrato”⁴⁶⁶, evento en el cual, el dueño de la obra debe entrar a mantener el equilibrio contractual; puesto que las “prestaciones emanadas de un contrato conmutativo a título oneroso de ejecución diferida o continuada [tipo contrato de obra] se ven agravadas por una considerable onerosidad sobrevenida a la época de celebración del contrato por causa de *acontecimientos extraordinarios e imprevisibles*”⁴⁶⁷, que hacen más gravosa u onerosa la ejecución de las prestaciones⁴⁶⁸. Esto, por cuanto “las partes han de intentar una *adaptación del contrato* a las condiciones sobrevenidas”⁴⁶⁹, en clave de cooperación y valorando la distribución de los riesgos que le quepa especialmente al acreedor o dueño de la obra, a pesar de tratarse de un hecho externo o ajeno a su voluntad⁴⁷⁰.

Lo anteriormente señalado, sin perder de vista la obligación del artífice o constructor de realizar el máximo esfuerzo posible para la confección material de la obra, empleando la debida diligencia que, en el marco del derecho uniforme, procede para el tipo de obligación

⁴⁶⁵ *Ibid.* p. 385, el autor concluye: “De este modo, el principio *pacta sunt servanda* se encuentra frente a la relatividad del vínculo obligatorio en relación con aquellos eventos de *hardship* que, al sobrevenir de manera imprevisible y extraña a la esfera de control de las partes, alteran sustancialmente el equilibrio contractual originario bien sea por el aumento de costos en la ejecución de la prestación o por la disminución del valor de la contraprestación, lo que pone en marcha, previa notificación, el mecanismo de *la renegociación*”.

⁴⁶⁶ CHAMIE, José. *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*. ob. cit., 2013 p. 207, señala el autor que “en los contratos conmutativos la excesiva onerosidad debe exceder el *álea norma del contrato*, y esto tiene que ver esencialmente con los efectos obtenidos en relación con los previstos; (...)”.

⁴⁶⁷ DROMI, José. “La imprevisión en los contratos de la administración”. ob. cit., p. 120.

⁴⁶⁸ Cfr. VARSÍ, Enrique, ROSENVALD, Nelson y TORRES Marco. “La pandemia de la COVID-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual”. ob. cit., p. 34, señalan, además de la fuerza mayor -con ocasión de la pandemia-, la “relación con la alteración de las circunstancias en las que se ejecuta el contrato y con la *imprevisión de lo gravoso* que pueden tornarse las prestaciones, ya que terminan siendo *más onerosas o menos deseables de lo que se había previsto*. Se llama *excesiva onerosidad* y se sustenta en la figura de la imprevisión contractual (*rebus sic stantibus*)”; véase en el mismo sentido a: FLORES, Juan. “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”. ob. cit., pp. 81 y 86.

⁴⁶⁹ HINESTROSA, Fernando. *In memoriam*. “Teoría de la imprevisión”. ob. cit., p. 27.

⁴⁷⁰ Cfr. SAN MARTÍN, Lilian. “La necesidad de colaboración entre las partes de la obligación”. ob. cit., p. 383, plantea que “(...) podría ocurrir que el acreedor se haya visto impedido de cooperar por un hecho también ajeno a su voluntad, con lo cual imponerle el deber de cumplir con su obligación sería gravarlo con los efectos propios del caso fortuito. Al efecto, una posible solución sería distinguir nuevamente entre *mora creditoris culpable* y *no culpable*; en el primer caso el acreedor permanecerá obligado a su prestación, mientras que en el segundo no. Otra solución podría ser utilizar a estos efectos los criterios propuestos por la doctrina para evaluar el caso fortuito, más específicamente, la idea de exterioridad, para determinar aquello que queda dentro o fuera del ámbito de riesgos asumido por el acreedor, con independencia de su culpa; en este caso, el acreedor continuará obligado a la prestación solo en la medida que la falta de prestación se deba a un hecho que estaba dentro de su ámbito de riesgos”.

de resultado –característica del contrato de obra- contenido en el art. 5.1.4⁴⁷¹ de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales (PCCI – UNIDROIT).

De momento, otro aspecto que debemos anotar sobre la excesiva onerosidad, se refiere a la figura del *impacto acumulativo* aplicable a la mayor permanencia en obra; toda vez que “se resumen en los cambios excesivos e imprevisibles que cuando se mezclan producen un efecto acumulado adverso al contratista, afectando en forma negativa el trabajo fuera del alcance de las modificaciones voluntariamente ordenadas o negociadas”⁴⁷².

Para complementar, resulta pertinente señalar que, en la actualidad, la teoría de la imprevisión “es más amplia, al no agotarse al de la excesiva onerosidad sobrevenida, sino extendiéndose al caso en que el valor o utilidad de la contraprestación, también por causas imprevistas y sobrevenidas, disminuye significativamente para el acreedor”⁴⁷³. Es decir, tiene un alcance más protector de la parte deudora, en nuestro caso, para el constructor de la obra; teniendo en cuenta que “[l]a balanza perdió su equilibrio debido a hechos posteriores a la celebración del contrato”⁴⁷⁴.

De cualquier manera, “cuando por *circunstancias extraordinarias* dicho equilibrio se rompe y uno de los contratantes resulta notablemente lesionado, tiene derecho a que se *revisen* las prestaciones en nombre de elementales principios de *equidad*”⁴⁷⁵ o con una calificación más específica: “*deber de cooperación*”⁴⁷⁶ o “*equidad en la cooperación*”⁴⁷⁷; pues en sana lógica y sentido común, si se presenta a un álea de carácter excepcional, no hay ninguna duda que

⁴⁷¹ Art. 5.1.4 PCCI – UNIDROIT. “(Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)
“(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a *emplear la diligencia* que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición”.

⁴⁷² SAFAR, Mónica. *Impacto acumulativo y equilibrio económico en el contrato estatal*. n.º 43. Tesis de grado. ob. cit. p. 35, [Versión digital], señala que “[l]os elementos necesarios para demostrar la existencia de un *impacto acumulativo* son los siguientes: A. Un número significativo de cambios del contrato; B. Relación entre el número, tiempo y alcance de los cambios; C. El impacto debe derivar de la sinergia del número y alcance de los cambios; D. Imposibilidad del contratista de prever el efecto onda causado por los cambios; E. No renuncia del contratista al derecho a reclamar por impacto acumulativo”⁴⁷².

⁴⁷³ MOMBERG, Rodrigo, y VIDAL, Álvaro. “El límite económico al cumplimiento de contrato. Desde la excesiva onerosidad sobrevenida a los costos excesivos del cumplimiento específico”. ob. cit., p. 9.

⁴⁷⁴ HINESTROSA, Fernando. *In memoriam*. “Teoría de la imprevisión”. ob. cit., pp. 16-17, quien sostiene que el “‘*desequilibrio contractual*’, (...) se ha delineado a partir de un cambio radical de la obligación, consistente en su *excesiva onerosidad sobrevenida*. (...) Se da por sentado que para la revisión del contrato es menester la sobrevenida de hechos o circunstancias que alteren su equilibrio, (...)”.

⁴⁷⁵ VALENCIA, Arturo, y ORTIZ, Álvaro. *Derecho Civil, Parte General y Personas*. ob. cit., p. 303.

⁴⁷⁶ “En cuanto a la cooperación como ‘deber de cooperación’, se trata de un deber que emana de las exigencias de la buena fe, como principio general del derecho privado, que impone a todas las partes de la obligación, y particularmente del contrato, la necesidad de colaborar entre sí a fin de preservar los intereses que cada una de ellas tiene envueltos en el programa contractual”: SAN MARTÍN, Lilian. “La necesidad de colaboración entre las partes de la obligación”. En: Navia, Felipe y Chinchilla, Carlos (eds.). *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*. ob. cit., p. 356.

⁴⁷⁷ BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. ob. cit., p. 215.

se debe propender por el mantenimiento del equilibrio económico, conforme a las normas y principios que rigen la contratación estatal⁴⁷⁸.

A continuación, examinaremos el último de los presupuestos para que proceda la mayor permanencia en obra, relativo al factor de oportunidad para informar o reclamar el daño o sobrecostos ocasionados por la suspensión o prórroga -según cada circunstancia particular- que afecta el plazo de ejecución contractual. Este presupuesto, resulta ser de suma importancia para la eventual eficacia de la reclamación y consecuente reconocimiento.

2. El artífice o constructor de la obra tiene la obligación de informar y solicitar en su debida oportunidad al dueño de la obra, el reconocimiento de sobrecostos por mayor permanencia en obra.
 - a. Factor de oportunidad. Deber de informar los sobrecostos por mayor permanencia en obra.

Al momento de suscribirse las modificaciones contractuales de prórroga o suspensión del contrato de obra, resulta necesario que el artífice o constructor de la obra, informe al dueño de la obra o entidad contratante, los sobrecostos que se están generado con ocasión de la mayor permanencia en obra.

En relación con este asunto, el Consejo de Estado sostuvo que “[a] suscribir todos los acuerdos de modificación, suspensión y prórroga del acuerdo, y por supuesto conocer de las causas que daban origen a su celebración, *concernía al contratista establecer las implicaciones económicas* derivadas de ese proceder en términos de los *sobrecostos* que podían presentarse con ocasión de esa *prolongación*, (...)”⁴⁷⁹.

Ergo, “si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen *al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.*, que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Cfr. SANTOFIMIO, Jaime. *Compendio de Derecho Administrativo*. ob. cit., sec. 22 de 39, [Versión digital], afirma el tratadista que “el equilibrio económico del Estado está sujeto a la debida comprensión de la asunción por las partes de los llamados *aleas normales u ordinarios* derivados de la naturaleza y características de los objetos contratados, y del ámbito de obligaciones y riesgos asumidos por las partes, y por otra, de aquellos *aleas anormales excepcionales* de imposible visualización o confrontación a través de los canales y mecanismos ordinarios del contrato, siendo estos últimos, *causa indiscutible de tratamiento a través de las normas preservadoras del equilibrio económico del contrato, de llegar a verse afectada la ecuación equilibrante del negocio respectivo dada su ocurrencia*. Estos supuestos son tratados dentro de la ‘teoría de la imprevisión’” retomada en el texto del artículo 5.º numeral 1 de la Ley 80”.

⁴⁷⁹ CE, Sección Tercera, Subsección A, 6 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 63.123.

⁴⁸⁰ CE, Sección Tercera, Subsección C, 9 de abril de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio, 32.774, considera sobre la oportunidad de presentar reclamaciones que “si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., *al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades* por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes,

De esta manera, se identifica otro de los presupuestos jurídicos para que proceda el reconocimiento de la mayor permanencia en obra, consistente en *factor de oportunidad* el deber que le asiste al artífice o constructor de la obra de informar de manera oportuna o “*hacer una reserva al momento de suscribir la orden de cambio bilateral*, aclarando que con la firma del acuerdo modificatorio no se renuncia a la reclamación posterior de costos [o sobrecostos] imprevisibles derivados del mismo, de modo que no se pueda alegar con posterioridad que el valor de los cambios ya fue compensado al contratista en su totalidad”⁴⁸¹.

Desde luego, el artífice o contratista de obra no puede limitarse solo a informar o dejar sus salvedades en los documentos contractuales citados, sino que también tiene la carga de probar los sobrecostos que representan el perjuicio o lesión económica en su patrimonio, con fundamento en los mayores costos en que incurre, especialmente por disponibilidad de administración, personal y equipos.

b. Efectos de guardar silencio. No Renuncia tácita.

Como vimos en el punto anterior, las modificaciones contractuales, tales como las suspensiones o prórrogas, deben ajustarse al principio jurídico de la buena fe; toda vez que, es deber del artífice o contratista de obra, informar los sobrecostos que le pueden estar acarreado la mayor permanencia en obra. En otras palabras, si la posición que toma el artífice o constructor de obra, es la de *guardar silencio* respecto a los sobrecostos que le generan por la mayor permanencia en obra, su pretensión no prosperará; puesto que atentaría contra el principio de la “buena fe contractual”⁴⁸².

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que:

“No solo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violentan los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de las reclamaciones respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. [R]ecuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocia implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los

imprevistas y no imputables a ninguna de las partes”; véase en el mismo sentido: CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de marzo de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, 43132; CABARCAS, Freddy. *Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura. serie de derecho administrativo n.º 28*. ob. cit., p. 143; SANTOFIMIO, Jaime. *Compendio de Derecho Administrativo*. ob. cit., sec. 22 de 39, [Versión digital].

⁴⁸¹ SAFAR, Mónica. *Impacto acumulativo y equilibrio económico en el contrato estatal. n.º 43. Tesis de grado*. ob. cit., pp. 117-120, [Versión digital]; concluye que la reclamación por impacto acumulativo, se puede interponer hasta la etapa de liquidación, como “momento último para reclamar a la Administración contratante las compensaciones derivadas de circunstancias alteradoras del equilibrio económico”.

⁴⁸² CE, Sección Tercera, Subsección A, 6 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 63.123.

contratantes, para remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato”⁴⁸³ (Bastardilla nuestra).

Sin embargo, un postura contraria, la podemos evidenciar en reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, en el marco de un recurso de anulación, cuyo tribunal de arbitramento se apartó de la línea jurisprudencial sobre la oportunidad de las reclamaciones; argumentando que: i) la ley no establece ninguna *renuncia tácita* al derecho a reclamar por concepto de circunstancias que le causen daño al contratista; y ii) hasta el momento de la liquidación del contrato (art. 11 de la ley 1150 de 2007), el contratista tiene la oportunidad o el derecho de presentar reclamaciones sobre aspectos durante la ejecución contractual⁴⁸⁴. En consecuencia, dijo la alta corporación que, “si bien el tribunal de arbitramento se apartó de la tesis jurisprudencial que el Consejo de Estado, (...) la decisión se profirió en derecho”⁴⁸⁵.

En el mismo sentido, cabe tener en cuenta los nuevos lineamientos de no renuncia tácita del Consejo de Estado, con los siguientes parámetros:

“Si en el acta se deja constancia de la causa de la suspensión y se establece expresamente que ella es imputable a la entidad contratante, no puede entenderse, de ninguna manera, que el contratista haya renunciado tácitamente a su derecho a reclamar perjuicios, (...)”⁴⁸⁶; pues esto “*implicaría dar al silencio del contratista un efecto que la ley no contempla y que el juez no puede presumir*. No es razonable presumir que el contratista renuncia a reclamar los posibles perjuicios, cuando suscribe la suspensión de un contrato y no realiza ninguna manifestación al respecto”⁴⁸⁷.

⁴⁸³ CE, Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 18080, sentencia citada por el CE, Sección Tercera, Subsección A, 6 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 63.123; en el mismo sentido: CE, Sección Tercera, Subsección C, 10 de septiembre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero, 27.648; CE, Sección Tercera, Subsección C, 20 de octubre de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 24.809, concluye que “se celebraron contratos adicionales (...) actos todos ellos en los que brilla por su ausencia el hecho de haber quedado a salvo o pendientes cuestiones relacionadas con el restablecimiento económico del contrato, reajustes, sobrecostos, intereses por mora en el pago, etc.”.

⁴⁸⁴ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección A, 29 de octubre de 2018, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 59166.

⁴⁸⁵ Íd. Sentencia proferida en el marco de un recurso de anulación interpuesto por el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), contra el laudo arbitral proferido el 31 de enero de 2017 por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre Constructora Bogotá Fase III S.A. (Confase S.A.), el IDU y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. (Transmilenio S.A.).

⁴⁸⁶ CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de mayo de 2020, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, 42962, sostiene “que el contratista hubiere convenido en la suspensión del contrato *no permite interpretar la renuncia a los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra* que ello implicaba”; y concluye que “si la renuncia de derechos está prohibida legalmente, el juez no puede presumir su pacto y hacerle producir efectos”.

⁴⁸⁷ Íd. En el caso concreto, se probó el desequilibrio por la inactividad o *mayor permanencia de la maquinaria en la obra*, imputable a la entidad contratante (IDU), debido a la inexistencia de reservas presupuestales para el pago al contratista, causante de la suspensión.

La doctrina, por su parte, resume la cuestión señalando que “*el silencio da lugar a una declaración negocial si quien ha podido y debido hablar no lo hace*”⁴⁸⁸. En nuestro caso, se materializa cuando el artífice o constructor de la obra guarda silencio sobre los sobrecostos en que ha incurrido o se están generando, en el momento oportuno de la celebración de modificaciones contractuales de prórroga o suspensión, con fundamento en la mayor permanencia en obra.

No obstante, compartimos que resultaría viable su reclamación, si se utiliza la tesis reciente y minoritaria del Consejo de Estado sobre la no renuncia tácita, en virtud de que no se encuentra establecida en la ley y, además, “violaría el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993”⁴⁸⁹. Por su parte la doctrina refuerza el argumento, en el sentido que se estaría presumiendo, *prima facie*, la mala fe del contratista; o que siempre que se guarda silencio se aparta de los actos propios, sin estudiar cada caso en conjunto⁴⁹⁰. De esta manera, también habría que tener en cuenta el “criterio de interpretación del comportamiento de las partes y el de interpretación sistemática en atención a la condición textual del elemento que se utiliza”⁴⁹¹, verbigracia, las documento que contiene las modificaciones contractuales de prórroga o suspensión del contrato de obra.

Otro aspecto que no podemos dejar pasar por alto, tiene relación con aquellas cláusulas que suelen incluirse en las modificaciones contractuales de prórroga o suspensión, imponiendo al artífice o constructor de obra, la manifestación expresa de renunciabilidad a los sobrecostos que se puedan causar por la mayor permanencia en obra.

Sobre esta problemática, varios laudos arbitrales han considerado que dichas cláusulas o estipulaciones de renunciabilidad son ineficaces; toda vez que: i) contienen “disposiciones declarativas y prohibitivas de conductas que *quebrantaban normas de orden público* contenidas en nuestra Constitución Política y específicamente en la Ley 80 de 1993”; y ii) “esas renunciaciones *limitaban expresamente el derecho* del contratista a buscar por cualquier medio la manera de reivindicar *un posible daño* que pudiera ser *causado por mayores valores o por la prórroga*, reiterando que el derecho que tiene el contratista a que se le restablezca

⁴⁸⁸ ALARCÓN, Fernando. *La incidencia del silencio en los contratos. Génesis y aplicación de la regla “Qui tacet, consentire videtur”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 166, argumenta que “el silencio puede llevar consigo una declaración de disposición de intereses cuando las relaciones precedentes de las partes así lo indiquen, cuando haya un acuerdo previo en ese sentido y cuando la ley así lo determine; empero, si se analizan bien estas tres hipótesis nos percatamos de que todas ellas se reducen a que *existe un deber de hablar*: en primer caso porque así lo impone la buena fe, en el segundo porque lo impone el acuerdo de las partes, y en el tercero porque lo impone la ley”; véase en criterio similar: ALESSANDRI, Arturo. *De los contratos*. ob. cit., pp. 81-82; HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones, El negocio jurídico*, vol. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 468-469.

⁴⁸⁹ CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de mayo de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, 42962, señala que “las autoridades no pueden condicionar la adición o modificación de contratos (...) a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste”.

⁴⁹⁰ Cfr. ÁLVAREZ, Juan. “El incumplimiento como causa de ruptura del equilibrio económico del contrato”. ob. cit., pp. 41-87, sostiene que “mal podría afirmarse que, por el hecho de no dejar sus reclamaciones a salvo en el texto mismo de las adiciones o suspensiones, ha faltado a su deber de información o ha contrariado sus propios actos”. Añade que “la jurisprudencia (...) está siendo demasiado propensa a presumir, sin mayores indagaciones, la *mala fe del contratista* que reclama por los sobrecostos derivados de *la mayor permanencia en obra*, viéndose tentada a plantear reglas absolutas que en modo alguno pueden ser tenidas como tales”.

⁴⁹¹ FRANCO, Diego. *Interpretación de los contratos civiles y estatales*. ob. cit., pp. 300-301.

integralmente el equilibrio económico del contrato no es renunciable de forma anticipada ni son renunciables los perjuicios futuros que se le pudieren ocasionar al contratista como consecuencia de la ocurrencia de hechos ajenos no imputables a este”⁴⁹².

Sin embargo, la doctrina afirma que las posturas de los laudos arbitrales antes señalados, merecen su “justa crítica, en la medida en que el pacto no comportó la renuncia a situaciones ni perjuicios futuros, en tanto fue claramente asociada a los efectos económicos de la ampliación o suspensión de plazo acordada”⁴⁹³. Nuestra posición, en cambio, comparte la sanción *in limine* negativa de las cláusulas ineficaces o fórmula *pro non scripta*, con ocasión de la vulneración de normas de orden público e imperativas⁴⁹⁴, en el caso específico de pactarse o imponerse una cláusula de renunciabilidad de perjuicios futuros por mayor permanencia en obra o “cláusulas exonerativas de responsabilidad”⁴⁹⁵.

No obstante, consideramos que el presupuesto aplicaría con cierta modulación, en el evento que se refiera exclusivamente a la suscripción de modificaciones contractuales de prórroga o suspensión; puesto que, si se refiere a la celebración de un contrato adicional con prolongación del plazo de ejecución, es deber del constructor o contratista de obra, estimar los costos en que va a incurrir en virtud de la adición del precio. Esto es así, pues el valor a adicionar debe incorporar costos de maquinaria, equipos y mano de obra personal, entre otros, para efectos de cumplir con el objeto del contrato de obra⁴⁹⁶; independientemente de “que el contratista demuestre la existencia de perjuicios adicionales,

⁴⁹² CABARCAS, Freddy. *Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura. serie de derecho administrativo n.º 28*. ob. cit., pp. 359-360, con fundamento en laudo arbitral del 16 de febrero de 2007, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: C. I. Grodco S. en C. A. Ingenieros Civiles Vs. Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), árbitros: Julio César Ortiz Gutiérrez, Juan Carlos Expósito Vélez y Carlos Eduardo Martínez Simahán; y laudo arbitral del 7 de abril de 2008, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Unión Temporal Odimca Vs. Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), árbitros: Julio César Ortiz, Saúl Sotomonte y Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁴⁹³ *Ibid.* p. 361.

⁴⁹⁴ Cfr. ALARCÓN, Fernando. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 160-162, autor citado en sentencia CE, Sección Tercera, Subsección C, 1 de abril de 2016, C.P. Jaime Orlando Santofimio, 51.138, “La ineficacia de pleno derecho o la fórmula ‘*pro non scripta*’ es la sanción que impone el ordenamiento jurídico a las cláusulas o pactos que contravienen las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, consistente en que éstas no produzcan los efectos inmediatos ni los efectos finales que estaban llamados a producir, eliminándolos automáticamente de la realidad jurídica como si éstos nunca se hubieran realizado”.

⁴⁹⁵ Laudo arbitral, 6 de noviembre de 2014, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: R & M Lezaca y CIA. Ltda. y otros, Vs. Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), árbitros: Pedro Nel Escorcía Castillo, David Luna Bisbal y Jorge Arango Mejía, en el caso concreto el tribunal de arbitramento señaló que las siguientes cláusulas exonerativas de responsabilidad: “*La presente prórroga no causará ningún sobre costo al IDU*” y “*La presente prórroga no causará ningún costo adicional al IDU*”, eran “manifiesta y abiertamente contraria a los mandatos del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y a los numerales 1 y 3 del artículo 5 de la misma ley”. En consecuencia, resuelve condenar al IDU por concepto de *sobrecostos por mayor permanencia en obra y Stand By de equipos*.

⁴⁹⁶ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección A, 13 de abril de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 46297; Véase *supra*, Cap. I, B, 2, c.

no cubiertos con el pago de mayores cantidades de obra u obras adicionales, ni con el reajuste de precios”⁴⁹⁷.

Así las cosas, hemos llegado finalmente a examinar la figura de la mayor permanencia en obra y sus diferentes presupuestos, para que proceda su reconocimiento. Por lo tanto, entraremos a consolidar nuestras conclusiones.

⁴⁹⁷ CE, Sección Tercera, 29 de enero de 2004, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, 10779, sostiene que “[c]uando la mayor permanencia de la obra se produce por la necesidad de ejecutar ítems de obra adicional o mayores cantidades de la obra contratada, es procedente incrementar el valor del contrato para pagarlos”.

CONCLUSIONES.

En primer lugar, con el propósito de dar respuesta al objeto de estudio de nuestro estudio, sintetizamos los principales presupuestos para que proceda el reconocimiento de sobre costos por mayor permanencia en obra, dejando salvedad que pueden ser de carácter enunciativo, según cada caso concreto, los cuales consideramos deben verificarse -a manera de *checklist*- con los siguientes criterios:

- i. Identificar la tipología y régimen legal del contrato de obra, con sus características principales de naturaleza sinalagmático y conmutativo, con reciprocidad e interdependencia de prestaciones.
- ii. Comprobar el daño antijurídico, representados en “la llamada disponibilidad de equipo, los costos administrativos y de personal”⁴⁹⁸, cuyos perjuicios o rubros deberán ser acreditados de manera independiente por el artífice o contratista de obra. Es decir, que se trató de un verdadero *stand by*⁴⁹⁹ de maquinaria o equipos; o de pago de mano de obra por mayor permanencia en obra, que causaron perjuicios por sobre costos o extracostos⁵⁰⁰.
- iii. Verificar que en caso de prórroga por concepto de ampliación, prolongación o desplazamiento del plazo de ejecución del contrato de obra, dichos costos no se encuentren incorporados en la celebración de un contrato adicional, sin perjuicio que el artífice puede demostrar perjuicios mayores.
- iv. Comprobar que el plazo de ejecución no esté sometido a una condición; pues podría resultar incompatible o contrario al principio de buena fe⁵⁰¹.
- v. Probar la no imputación de la causa de mayor permanencia en obra al artífice o constructor de la obra; es decir, que no hubo culpa de su parte. Sin dejar de lado que puede coexistir culpa compartida entre artífice y dueño de la obra, por no atender el plazo razonable para realizar la obra material, lo cual haría inocua la reclamación por mayor permanencia en obra⁵⁰².

⁴⁹⁸ DÁVILA, Luis. *Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. ob. cit., p. 502.

⁴⁹⁹ Cfr. Laudo arbitral, 31 de enero de 2020, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Autopistas de la Sabana S.A.S. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), árbitros: Hernando Yepes Arcila, Rodrigo Noguera Calderón y Germán Gómez Burgos, sostiene que respecto a la mayor permanencia en obra, se requiere que “la maquinaria contratada (...), estuvo paralizada en el sitio de las obras o de alguna manera no pudo utilizarse por el contratista y permaneció ociosa o en *stand by*”.

⁵⁰⁰ Cfr. *Ibíd.*; para mayor profundidad sobre la forma de acreditar los perjuicios, se recomienda los lineamientos esbozados por el CE, Sección Tercera, 5 de marzo de 2008, C.P. Enrique Gil Botero, 15600.

⁵⁰¹ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección A, 6 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 63.123.

⁵⁰² Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de marzo de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, 43132, habida cuenta que el “*conocimiento de la imposibilidad de realizar la prestación en el plazo estipulado le compromete*, en el sentido de que torna *impróspera toda pretensión de rescarcimiento por el mayor tiempo* que exceda al que razonablemente deba emplearse para la construcción de un proyecto de tales características, (...) se trata de un *falta compartida con el comitente*, quien por su experiencia y profesionalismo en la ejecución de este tipo de proyectos debía estar advertido de la insuficiencia del tiempo asignado a la construcción de las obras”.

- vi. Demostrar la causa extraña: fuerza mayor o caso fortuito, como eximente de responsabilidad, principalmente su carácter imprevisible e “irresistible, en la medida en que sus efectos resulten imposibles de eludir para el deudor, no obstante los medios empleados”⁵⁰³; pues en modo alguno se trata de “nociones de carácter objetivo”⁵⁰⁴.
- vii. Imputar al dueño de la obra, el efecto de la mayor permanencia en obra, por causa del ejercicio del *ius variandi* o hecho del príncipe; siempre que se pruebe el nexo causal y altere gravemente el equilibrio contractual o ecuación financiera del contrato de obra.
- viii. Analizar el supuesto de incumplimiento por parte del dueño de la obra o entidad contratante, desde la óptica de la teoría de la responsabilidad civil, la cual no requiere ruptura del equilibrio contractual.
- ix. Identificar si las partes, dentro de su autonomía privada, incorporación en el contenido del contrato, alguna distribución de riesgos que puedan causar la mayor permanencia en obra; especialmente en contratos de obra suscritos durante la vigencia de la Ley 1150 de 2007⁵⁰⁵, en concordancia con lo previsto en el Decreto 1082 de 2015⁵⁰⁶, el Conpes 3714 de 2011⁵⁰⁷, Matriz y “Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación” expedidos por Colombia Compra Eficiente (CCE)⁵⁰⁸.
- x. Acreditar que el componente de imprevistos “I” de la partida AIU, exceden los riesgos normales asumidos por el artífice o constructor de la obra, con el fin de proceder al mantenimiento del equilibrio contractual.
- xi. Verificar el factor de oportunidad, para determinar si el artífice o constructor de la obra, realizó reclamaciones o salvedades de manera expresa de los daños o sobrecostos al momento de suscribir las modificaciones contractuales o, por el

⁵⁰³ CE, Sección Tercera, Subsección C, 28 de octubre de 2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, 40992.

⁵⁰⁴ Cfr. CE, Sección Tercera, Subsección C, 8 de febrero de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 54614, precisa que la “imprevisibilidad o irresistibilidad de un determinado acontecimiento que pueda ser constitutivo de una fuerza mayor con la virtualidad de liberar al deudor de su obligación, *no son nociones de carácter objetivo*, sino que se debe valorar en cada caso tanto las circunstancias particulares en las que éste se produjo, la probabilidad de su producción en las condiciones normales de ejecución del contrato; así como también lo acordado por las partes en el contrato respecto de dicho fenómeno y la posible responsabilidad a cargo de cada una de las partes ante su ocurrencia”.

⁵⁰⁵ L. 1150 de 2007: “*Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*”.

⁵⁰⁶ Dec. 1082 de 2015: *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*”.

⁵⁰⁷ Conpes 3714 de 2011: “*Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación Pública*”.

⁵⁰⁸ CCE. M-ICR-01. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias>, señala que “[l]as Entidades Estatales para reducir la exposición del Proceso de Contratación frente a los diferentes Riesgos que se pueden presentar, debe estructurar un sistema de administración de Riesgos teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: (...) (b) *los eventos que alteren la ejecución del contrato*; (c) *el equilibrio económico del contrato*; (...)”.

contrario, si guardó silencio frente a los efectos de la mayor permanencia en obra; sin perder de vista la no renuncia tácita, cuando es plenamente identificable la imputación al dueño de la obra o entidad contratante.

En segundo lugar, más allá de haber identificado los presupuestos de carácter enunciativo que dan respuesta al objeto del presente escrito, se pudo observar que la mayor permanencia de obra tiene sus *bemoles* y circunstancias que no se agotan con algunos parámetros dados por las altas corporaciones, pues siempre se deberá examinar cada caso particular en concreto y resultaría muy ambicioso determinar las múltiples situaciones que se puedan presentar.

Así las cosas, consideramos útil proponer algunos criterios que permitan servir de referencia para precaver futuros conflictos o posibles hallazgos de los entes de control, a la hora de materializarse la mayor permanencia en obra:

- i. Para cada evento o causa que pueda generar una mayor permanencia obra, realizar un análisis de *causa raíz*⁵⁰⁹, con el fin de identificar la imputabilidad a alguno de los extremos contractuales, en armonía con la distribución de riesgos. En este caso, se sugiere estipular en el contrato que, ante cualquier evento de materialización de una mayor permanencia en obra, se debe establecer un procedimiento breve que conduzca a levantar por las partes un acta o documento que forme parte integral de los antecedentes para una posible modificación contractual.

Dicho documento deberá contener como mínimo el análisis de la causa del evento y determinar si es imputable a alguna de las partes conforme la distribución de los riesgos, según cada circunstancia particular. Por su parte, el artífice o contratista de obra deberá manifestar sus posibles salvedades, acorde con el factor de oportunidad. Y si se trata de una suspensión –aplicable a nuestro juicio también a la prórroga- debe incorporar, cuando menos: i) motivación de la(s) causa(s); ii) reglas de equilibrio contractual; y iii) plazo determinado o determinable⁵¹⁰.

- ii. Fijar desde la celebración del contrato, la cuantificación de cada día de obra o actividad o, mejor, que se “moneticen o valoren económicamente las prórrogas”⁵¹¹ o

⁵⁰⁹ Análisis de Causa Raíz (ACR o RCA en sus siglas en inglés), empleando por ejemplo herramientas como el Diagrama de *Ishikawa* (conocido como Diagrama de *Espina de Pescado* o de Causa y Efecto); o acompañado de una administración del riesgo, según las guías o manuales de Colombia Compra Eficiente (CCE). Una referencia muy importante sobre análisis de causas raíz, las podemos encontrar en la obra de PÉREZ GUTIERREZ, Luis. *La verdad de Hidroituango. Causas raíz*. ob. cit.; cuyo estudio seguirá vigente hasta la generación de energía en el año 2022 y quizás por algunos años más, dependiendo del avance de la obra de infraestructura, considerada la más grande del país.

⁵¹⁰ Cfr. RICO, Luis. *Teoría general y práctica de la Contratación Estatal*. ob. cit., p. 905, señala que “[l]a suspensión ha de sustentarse en el hecho de que durante el término de ejecución del contrato pueden sobrevenir circunstancias ajenas a ambos extremos contractuales, (...) lo cual amerita la elaboración de un documento que será integrante del contrato primigenio, suscrito por el representante legal de la entidad estatal y el contratista, en el que se deje constancia de todas y cada una de las razones que sirvieron de fundamento a la decisión, haciendo especial énfasis en las reglas del equilibrio contractual durante ese lapso, e indicando además, *el tiempo estimado de la suspensión, el cual deberá ser determinado o cuando menos determinable*”.

⁵¹¹ BARRETO, Sebastián, y SANTOS, Jorge. “Los límites a la modificación de los contratos estatales en Colombia”. ob. cit., sec. 14, [Versión digital], con fundamento en el art. 7 de la ley 1508 de 2012 (APP).

suspensiones; esto con el fin de conocer previamente su valor estimado al momento de la mayor permanencia en obra, sin perjuicio de la carga probatoria que incumbe a quien alega su reconocimiento, acorde con los presupuestos enunciados en el presente escrito.

Sobre el particular, se puede apreciar esta recomendación en los siguientes modelos de proyectos de “infraestructura”⁵¹² que, si bien corresponden a contratos de concesión de obras dentro de un esquema de riesgos y *Proyect Finance*⁵¹³ más complejo, resulta ser de suma importancia para nuestro objeto específico de estudio y de gran interés nacional:

- Minuta para la puesta en marcha de los proyectos de quinta generación de obras de infraestructura (5G); toda vez que, en el evento de presentarse “[l]a definición del valor diario por mayor permanencia en obra buscará cubrir exclusivamente los costos fijos del Concesionario asociados a los recursos (*equipos, personal y gastos administrativos*) que forzosamente haya tenido que dejar inutilizados por efectos de la ocurrencia del Evento Eximente de Responsabilidad. En ningún caso se incluirán valores correspondientes a lucro cesante”⁵¹⁴ (Cursiva nuestra).
- Minuta para la concesión de la Primera Línea del Metro Bogotá (PMLB), cuyos riesgos asignados a la Empresa del Metro de Bogotá, incorporan entre otros que, en principio no se encuentra obligada a pagar compensaciones o indemnizaciones; salvo cuando “surjan Eventos Eximentes de Responsabilidad que obliguen al Concesionario a paralizar en todo o en parte la ejecución de las obras o labores derivadas de la ejecución de este Contrato o a disminuir de manera sustancial el ritmo de su ejecución, *se compensarán al Concesionario los costos ociosos de la mayor permanencia en obra* que se llegaren a causar por estos hechos, mediante el reconocimiento de una *suma que definirán las Partes de mutuo acuerdo*”⁵¹⁵ (Cursiva nuestra).

⁵¹² ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. ob. cit., p. 651, “De la obra pública a la infraestructura: La ampliación del significado”.

⁵¹³ *Proyect Finance*: Financiación de Proyectos (traducción adaptada del inglés); “[S]e trata de una modalidad de financiación relativamente reciente y que proviene de los países anglosajones. Su peculiaridad radica en que la única garantía de la entidad financiera consiste en los flujos que genera el proyecto financiado, lo cual obliga a realizar un exhaustivo análisis de esos flujos”: *Ibíd.*, ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. ob. cit., p. 669.

⁵¹⁴ Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). *Los proyectos de Quinta Generación (5g) tendrán Como Eje Central la Sostenibilidad y los temas Sociales*. Ver documentos adjuntos (Contrato de concesión bajo esquema APP).

⁵¹⁵ Ver documentación: *Minuta de Contrato* para el concesionario de la Primera Línea del Metro de Bogotá (PLMB – Tramo I). Disponible en: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.495736&isFromPublicArea=True&isModal=False>, se resaltan los siguientes requisitos y aspectos a reconocer en la mayor permanencia en obra: i) “que esa parálisis o retraso implique, de manera forzosa, que ciertos recursos del Concesionario queden *ociosos* por no poder ser utilizados para ninguna actividad relacionada o no con este Contrato”; y ii) “[l]a definición del valor por mayor permanencia en obra se hará buscando cubrir exclusivamente los *costos fijos asociados a los recursos (equipos, personal y gastos administrativos)*, del Concesionario que forzosamente haya tenido que dejar inutilizados por efectos de la ocurrencia del Evento Eximente de Responsabilidad. En ningún caso se incluirán valores correspondientes a lucro cesante”.

De la lectura de las cláusulas antes referenciadas, resaltamos la característica principal de *ociosidad* para el reconocimiento de la mayor permanencia en obra, acorde con la jurisprudencia actual del Consejo de Estado⁵¹⁶.

- iii. Establecer mecanismos contractuales conservativos de revisión⁵¹⁷, recomposición⁵¹⁸, renegociación⁵¹⁹, adaptación o adecuación⁵²⁰ del contrato de obra, una vez se materialice la mayor permanencia en obra, por causa imputable al dueño de la obra o entidad contratante con ocasión de los supuestos de: i) facultad de modificación unilateral o *ius variandi*; ii) teoría del hecho del príncipe; iii) teoría de la imprevisión por imposibilidad sobrevenida por causa de una fuerza mayor o, de otro lado, por excesiva onerosidad, caso pandemia. Esto, con el fin de “redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución”⁵²¹.

El incumplimiento no entraría en los anteriores supuestos, toda vez que como examinamos en el apartado sobre causas de ruptura del equilibrio económico del contrato, lo que procede es la indemnización de perjuicios, propio del campo de la teoría de la responsabilidad contractual.

- iv. Establecer un límite razonable de suspensión del contrato de obra, pues una vez agotado el plazo de suspensión sin que resulten favorables las medidas conservativas propuestas, se abre paso como última *ratio* el remedio de la resolución del contrato, considerado por Buendía como “antiremedo natural”⁵²².

⁵¹⁶ CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de octubre de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, 46687, sostuvo frente a la improcedencia de la reclamación por mayor permanencia en obra que “[n]o está demostrado, de ninguna manera, que el Contratista hubiera tenido que retirarse intempestivamente de la obra ante la imposibilidad de realizar sus labores, ni que el personal y los equipos dispuestos para la obra por el mismo hubiesen permanecido ociosos e improductivos durante el mayor tiempo que duró el contrato” (Bastardilla nuestra).

⁵¹⁷ BENÍTEZ, Juan. *La revisión del contrato*. ob. cit., p. 361, 364, sostiene que “no es dable imponer a la parte un deber ilimitado de prever, ni de exigirle artes de adivinación para que resulte exento de responsabilidad. Se trata de un desequilibrio no asumido por las partes, no querido por éstas, por lo que la justicia debe encolerizarse”.

⁵¹⁸ MURATORIO, Jorge. “La normativa COVID-19 como hecho del príncipe”. ob. cit., pp. 216 y 219, afirma el “derecho del cocontratante a la *recomposición del contrato*, ante acontecimientos extraordinarios o imprevisibles ‘*de origen natural*’ que tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo”.

⁵¹⁹ BUENDÍA, Eduardo. “La renegociación y la revisión del negocio jurídico como los nuevos remedios en el contrato de obra: una solución al problema de los riesgos imprevisibles desde una perspectiva comparada”. ob. cit., p. 179, concluye que “[l]a renegociación es una equidad conservativa, que vela por el mantenimiento del contrato”.

⁵²⁰ Para mayor profundización sobre las medidas conservativas de adaptación o renegociación del contrato, ver *in extenso* a: CHAMIE, José. *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*. ob. cit.

⁵²¹ CE, Sección Tercera, Subsección A, 6 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 63.123.

⁵²² BUENDÍA, Eduardo. “La renegociación y la revisión del negocio jurídico como los nuevos remedios en el contrato de obra: una solución al problema de los riesgos imprevisibles desde una perspectiva comparada”. ob. cit., p. 169, califica la resolución del contrato como “*antiremedo natural* que atenta contra la operación económica del contrato (...) por impedir alcanzar la común intención de las partes en la ejecución de dicho negocio jurídico: completar la obra”.

Para este fin, se sugiere utilizar como punto de referencia lo contemplado en el derecho español, sobre la figura de la suspensión en los contratos de obras incorporada en la reciente Ley 9/2017 o LCSP⁵²³, con el ánimo de reducir la asimetría de la relación contractual y establecer parámetros razonables de su temporalidad.

- v. Establecer dentro de los temas de cumplimiento normativo (*compliance*), lineamientos sobre la forma y procedimiento para abordar la mayor permanencia en obra; por su puesto, en coordinación con las partes intervinientes en el área de contratación, seguimiento y control, incluso con *stakeholders* u otras partes interesadas que puedan verse afectadas.
- vi. Implementar el uso de tecnología –que no puede escapar a ningún estudio, así sea manera tangencial en tiempos contemporáneos-, mediante *Drones* o Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS)⁵²⁴ con especificaciones o características técnicas adecuadas, para garantizar y realizar un efectivo seguimiento oportuno, vale decir, en tiempo real, durante el plazo que se vea afectada la ejecución de la obra, por causa de una prórroga o suspensión del contrato de obra. Por supuesto, todo dependerá de cada tipo, alcance o magnitud del proyecto; verbigracia, en la puesta en marcha de los proyectos de quinta generación de obras de infraestructura (5G), o en el proyecto para la Primera Línea del Metro Bogotá (PMLB).

En tercer lugar, a nuestro juicio y como se pudo observar, la mayor permanencia en obra es solo uno de los múltiples riesgos específicos que se pueden presentar durante la ejecución de los contratos obra o construcción, cuya materialización dependerá de la causa que haya dado lugar al evento de la afectación del plazo de ejecución, la cual deberá examinarse en estricto rigor, con otros elementos tales como: el daño o sobrecostos, la imputabilidad, previsibilidad o imprevisibilidad, eximentes de responsabilidad, distribución de riesgos, causales de ruptura del equilibrio contractual, excesiva onerosidad y factor de oportunidad de información; para efectos de que se configuren los presupuestos identificados en el presente estudio.

En cuarto lugar, revisada la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre mayor permanencia en obra, concluimos que los principales presupuestos para que proceda con eficacia su reconocimiento, se resumen en dos: i) la acreditación de los daños, sobrecostos o mayores costos en cada uno de los rubros relacionados con los costos de administración, disponibilidad de personal y equipos; y ii) el factor de oportunidad con ocasión de las modificaciones contractuales.

⁵²³ L. 9 de Contratos del Sector Público de 2017 de España (LCSP) “*Por la que se transponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*”. Art. 245. “*Causas de resolución*. Son causas de *resolución del contrato de obras*, además de las generales de la Ley, las siguientes: a) La demora injustificada en la comprobación del replanteo. b) La *suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses*. c) *La suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses por parte de la Administración*. d) El desistimiento”.

⁵²⁴ “*Drone - Dron*. Expresión genérica para referirse, indiferentemente, a cualquier aeronave no tripulada o remotamente pilotada”: Aeronáutica Civil, Res. 04201 de 2018 “*Por la cual incorporan a la norma RAC 91 de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia unas disposiciones sobre operación de sistemas de aeronaves no tripuladas LIAS y se numeran como Apéndice 13, y se adoptan otras disposiciones*”. Disponible en: <http://www.aerocivil.gov.co/servicios-a-la-navegacion/sistema-%20de-aeronaves-pilotadas-a-distancia-rpas-drones/Paginas/Reglamentacion.aspx>

En quinto lugar, quisimos hacer una breve referencia de la mayor permanencia en obra en tiempos de pandemia, pues de cara a esta nueva normalidad que afecta de manera directa o indirecta la ejecución de los contratos, es allí donde cobra de algún modo, real importancia el objeto de estudio. Esto, teniendo en cuenta su *modus operandi*, por su afectación global y estado de incertidumbre, así como el sinnúmero de reclamaciones que se prevé representarán un gran porcentaje por este concepto; ora sean desde el punto de vista de i) la fuerza mayor; ii) la teoría de la imprevisión por excesiva onerosidad; o iii) por el uso del ejercicio de facultades legales que se enmarcan en la teoría del hecho del príncipe. Estaremos atentos a las decisiones que se profieran por parte de las altas corporaciones sobre estos aspectos que, sin lugar a dudas, suscitará debates jurisprudenciales y doctrinales.

De todas formas, en tiempos de pandemia, resultaría conveniente tener en cuenta los criterios fijados en “la cláusula 19 del libro rojo de FIDIC”⁵²⁵ sobre fuerza mayor; así como el deber de buscar una interpretación acorde con los principios de buena fe, equidad, solidaridad y colaboración entre las partes, haciendo uso de los mecanismos o remedios conservativos, principalmente los de revisión o renegociación, para efectos de adaptar el programa contractual ante las nuevas circunstancias sobrevenientes de carácter extraordinario que impactan, sin lugar a dudas, el sinalagma funcional según cada caso concreto⁵²⁶, “y con el máximo respeto por la dignidad del ser humano”⁵²⁷.

La lectura general, podría ser entonces que, a circunstancias extraordinarias (causa), igual a medidas extraordinarias (efecto), que nos lleva a utilizar la siguiente *válvula de escape*: aplicación imperante de los principios generales del derecho.

Para concluir sin ambages, el fin último de haber identificado los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de la mayor permanencia en obra, con algunas sugerencias y recomendaciones, se fundamentan en la justicia contractual. Justamente, en virtud de los principios generales de buena fe y equidad, acompañado del deber de colaboración que le asiste al dueño de la obra o entidad contratante para conservar el contrato, cuya causa, función social y solidaridad, deben permanecer durante todo el *iter contractual*, y con mayor razón en tiempos de pandemia.

⁵²⁵ ALMAGRO Ignacio y KLEE Lukas. *Los contratos internacionales de construcción. FIDIC*. ob. cit. pos. 3075-3082, Kindle [Versión digital].

⁵²⁶ Cfr. CHAMIE, José. “Por un derecho de contratos más solidario en tiempos de pandemia del contrato indiferente al contrato humano: ‘anticuerpos’ para restablecer el equilibrio funcional de los contratos”. ob. cit., pp. 129-139, concluye el tratadista que debemos “como juristas discernir los acontecimientos para encontrar el mejor derecho posible y resolver cotidianamente las anomalías que en las relaciones contractuales está causando la pandemia, siempre con el *criterio de solidaridad, de buena fe, de renegociación*, de contribución a evitar el miedo al otro, a sobresalir a la separación, conjurar la indiferencia y aplicar los ‘anticuerpos jurídicos’ para mejorar el derecho, la sociedad, y la vida de las personas”.

⁵²⁷ VARSÍ, Enrique, ROSENVALD, Nelson y TORRES Marco. “La pandemia de la COVID-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual”. ob. cit., pp. 35-36, los autores concluyen con una reflexión final en tiempos de pandemia, en el sentido que “[d]ebemos estar preparados y sacar una lección de esta crisis: somos más fuertes que ella, debemos actuar con solidaridad y con el máximo respeto por la dignidad del ser humano”⁵²⁷.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina.

ALARCÓN, Fernando. *La incidencia del silencio en los contratos. Génesis y aplicación de la regla “Qui tacet, consentire videtur”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

ALARCÓN, Fernando. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

ALESSANDRI, Arturo. *De los contratos*. Bogotá: Temis, 2011.

ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de las Obligaciones*, Vol. I-III. 2ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

ALMAGRO Ignacio y KLEE Lukas. *Los contratos internacionales de construcción. FIDIC*. España: Wolters Kluwer, 2017, Kindle, [Versión digital].

ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, [Versión digital].

BARRETO, Antonio. *El derecho de la compra pública*. Bogotá: Legis, 2019.

BECERRA, Álvaro. *Los Riesgos en la Contratación Estatal*. Bogotá: Leyer, 2007.

BENAVIDES, José. *El Contrato Estatal - entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, 2ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BENAVIDES, José. *Contratos públicos. Estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

BENÍTEZ, Juan. *La revisión del contrato*. 2ed. Bogotá: Temis, 2010.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. A. Martín Pérez (trad.) 2ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I-II. José Luis de los Mozos (trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

BIANCA, Cesare. *Derecho civil n.º 3: el contrato*. HINESTROSA, Fernando y CORTÉS, Edgar (trads.). 2ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

BIGLIAZI-GERI, Lina y Otros. *Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos*, Tomo I, Volumen 2. Fernando Hinestroza (trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.

BONIVENTO, José. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. 16 ed. Bogotá: Librería ediciones del Profesional Ltda., 2004.

CABARCAS, Freddy. *Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura. serie de derecho administrativo n.º 28*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

CHAMIE, José. *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resiste non potest a las cláusulas de hardship*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

CHINCHILLA, Carlos. *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

DÁVILA, Luis. *Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. 2ed. Bogotá: Legis, 2003.

DE LA MAZA, Iñigo y VIDAL, Álvaro. *La modernización del derecho de contratos*. Bogotá: Ibáñez – Centro de Estudios de Derecho Comparado, 2019.

DEIK, Carolina. *Potestades excepcionales en los contratos estatales*. Bogotá: Temis, 2019.

ESCOBAR, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis, 1999.

EXPÓSITO, Juan. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

FORTICH, Silvana. *Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

FRANCO, Diego. *Interpretación de los contratos civiles y estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

GÓMEZ, César. *De los principales contratos civiles*. 4ed. Bogotá: Temis, 2008.

GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilsen. *Derecho Romano. Obligaciones y Contratos II. Fuentes – Recopilación*. 3ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

GROSSO, Giuseppe. *Las obligaciones: contenido y requisitos de la prestación*. Fernando Hinestrosa (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

GUILLIEN, Raymond, y VINCENT, Jean. *Diccionario Jurídico*. Bogotá: Temis, 2019.

HENAO, Juan. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. 3ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones, El negocio jurídico*, vol. 1 y 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

LEAL, Abelardo, y SÁNCHEZ, José. *Responsabilidad civil del contratista en el contrato de obra pública*. Bogotá: Ibáñez, 2020.

MARÍN, Óscar. *Responsabilidad por defectos en la construcción. Causales de exoneración de responsabilidad*. Bogotá: Ibáñez, 2017.

MATALLANA, Ernesto. *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. 4ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

MENDOZA, Álvaro. *Obligaciones*. Bogotá: Temis, 2020.

MONTAÑA, Alberto y RINCÓN, Jorge. *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas internacionales de Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

NEME, Martha. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir al abuso. la buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*. Ensayos de derecho privado N.º 7. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

NEME, Martha. *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

ORTÍZ, Álvaro. *Manual de obligaciones*. 7ed. Bogotá: Temis, 2019.

OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo. *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*. 7ed. Bogotá: Temis, 2018.

OSPINA, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. 8ed. Bogotá: Temis, 2019.

PALACIO, Juan. *La Contratación de las Entidades Estatales*. 4ed. Bogotá: Librería jurídica Sánchez R. Ltda., 2004.

PÉREZ GUTIERREZ, Luis. *La verdad de Hidroituango. Causas raíz*. Medellín: Gobernación de Antioquia, 2019.

PETIT, Eugène. *Tratado elemental de derecho romano*. 9ed. Fernández González (trad), José M.A. Rizzi (prol.). Buenos Aires: Abogados Asociados Editores. 1994.

PIRAINO, Fabrizio. *El cumplimiento de la obligación*. Jorge Alberto Colmenares Mantilla (Trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, [Versión digital].

- PODETTI, Humberto. *Contrato de construcción*. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- RICO, Luis. *Teoría general y práctica de la Contratación Estatal*. 11ed. Bogotá: Leyer, 2019.
- RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. 2ed. Jorge Enrique Santos R. (col.). Bogotá: Temis, 2012.
- SAFAR, Mónica. *Impacto acumulativo y equilibrio económico en el contrato estatal*. n.º 43. *Tesis de grado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, [Versión digital].
- TAMAYO, Javier, *et. al.* *Nuevas Reflexiones Sobre El Daño*. Bogotá: Legis, 2017
- TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I y II. 2ed. Bogotá: Legis, 2015.
- TAPIA, Antonio. *El contrato de obra por empresa*. Madrid: Reus, 2016.
- VALENCIA, Arturo, y ORTIZ, Álvaro. *Derecho Civil, Parte General y Personas*, Tomo I. 19ed. Bogotá: Temis, 2020.

Contribución en obras colectivas.

- BADENES, Ramón. “La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación”, Tomo I. En: DE CANCINO, Emilssen; PARRA, Hernando y NAVIA, Felipe (coords.). *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 73-84.
- BARRETO, Sebastián, y SANTOS, Jorge. “Los límites a la modificación de los contratos estatales en Colombia”. En: Benavides, José (ed.). *Fallos referentes en contratación estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, sec. 14, [Versión digital].
- DELPIAZZO, Carlos. “Régimen de los contratos públicos en Uruguay”. En: Jinesta, Ernesto (Coord.) y Rodríguez, Libardo (Dir.). *El régimen de los contratos públicos*. Vol. III. Bogotá: Temis, 2019.
- DROMI, José. “La imprevisión en los contratos de la administración”. En: Asociación Argentina de Derecho Administrativo (A.A.D.A.). *Contratos administrativos. 1. Regímenes de pago y actualización*. Buenos Aires: Astrea, 1988.
- EXPÓSITO, Juan. “Autonomía de la voluntad, competencias regladas y discrecionales en el contrato estatal”. En: Santaella Héctor (ed.). *Las transformaciones de la Administración Pública y del Derecho Administrativo. La reinención de los instrumentos jurídicos y materiales utilizados por la Administración. Homenaje al profesor Luciano Vandelli*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, sec. 12, [Versión digital].

GORDILLO, Agustín. “Mayores costos, imprevisión, indexación”. En: Asociación Argentina de Derecho Administrativo (A.A.D.A.). *Contratos administrativos. 1. Regímenes de pago y actualización*. Buenos Aires: Astrea, 1988.

HERNÁNDEZ, Juan. “El régimen español de contratos públicos: un nuevo sistema para viejos y nuevos fines”. En: Jinesta, Ernesto (Coord.) y Rodríguez, Libardo (Dir.). *El régimen de los contratos públicos*. Vol. III. Bogotá: Temis, 2019.

SAFAR, Mónica. “La tipología de los contratos estatales: integración entre el derecho público y el derecho privado para el diseño de contratos óptimos”. En: Santaella Héctor (ed.). *Las transformaciones de la Administración Pública y del Derecho Administrativo. La reinención de los instrumentos jurídicos y materiales utilizados por la Administración. Homenaje al profesor Luciano Vandelli. Tomo II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, sec. 14, [Versión digital].

SAFAR, Mónica. “Una relectura del concepto de equilibrio económico del contrato estatal en la normatividad vigente”. En: Lozano Germán y Covilla Juan (eds.). *Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

SAN MARTÍN, Lilian. “La necesidad de colaboración entre las partes de la obligación”. En: Navia, Felipe y Chinchilla, Carlos (eds.). *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

VERANO, Sandra. “La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero”. En: Montaña, Alberto y Rincón, Jorge (eds.). *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas internacionales de Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

Artículos.

ÁLVAREZ, Juan. “El incumplimiento como causa de ruptura del equilibrio económico del contrato”. *Revista Con-texto*, 47. Universidad Externado de Colombia, feb, 2018, pp. 41-87. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/5247>

ARCE, David. “El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas”. *Revista Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, vol. 52, núm. 105, abril, 2003, pp. 281-295. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14849>

ARRUBLA, Jaime, y ARRUBLA Cristina. “La pandemia y la responsabilidad contractual”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*. Bogotá, ene-jun, 2020, vol. 1, 371, pp. 151-170. Disponible en: http://revistaacademiacolombianajurisprudencia.acj.org.co/index.php/revista_acj/article/view/49

BETANCUR, Gustavo. “Porcentaje de Imprevistos del AIU - Administración, Imprevistos y Utilidad, en los Contratos de Obra”. *Cámara Colombiana de la Infraestructura seccional Antioquia*, 2014. Disponible en: <https://www.infraestructura.org.co/vea.php?IDe=1010>

BRANTT, María. “El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual”. *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado*. Universidad Diego Portales, Chile, 2011, VII, pp. 47-82. Disponible en: <https://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2018/06/Cuadernos-7.pdf>

BUENDÍA, Eduardo. “La renegociación y la revisión del negocio jurídico como los nuevos remedios en el contrato de obra: una solución al problema de los riesgos imprevisibles desde una perspectiva comparada”. *THEMIS- Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, 70, pp. 165-181. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19610>

CANAL, Manuela. “La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia, ene-jun, 2016, 15, pp. 143-161. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4591>

CÁRDENAS, Juan. “Causa extraña como eximente de responsabilidad”. En: Castro, Marcela (Coord.). *Derecho de las obligaciones. Con propuestas de modernización*. Tomo III. 2ed. Bogotá: Universidad de los Andes, 2018, pp. 416-468.

CARO, Juan. “La teoría de la imprevisión”. En: Castro, Marcela (Coord.). *Derecho de las obligaciones. Con propuestas de modernización*. Tomo II. 2ed. Bogotá: Universidad de los Andes, 2016, pp. 121-161.

CHAMIE, José. “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato”. *Revista de Derecho privado*. Universidad Externado de Colombia, ene-jun, 2008, 14, pp. 113-138. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/552>

CHAMIE, José. “Por un derecho de contratos más solidario en tiempos de pandemia del contrato indiferente al contrato humano: ‘anticuerpos’ para restablecer el equilibrio funcional de los contratos”. *Ensayos de la Revista de Derecho Privado N.º 3. Vulnerabilidad, solidaridad y pandemia. Algunas reflexiones desde el derecho civil*. Universidad Externado de Colombia, jun, 2020, pp. 129-139. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6674/9005>

DE LA MAZA, Iñigo y VIDAL, Álvaro. “Los efectos del incumplimiento contractual causado por caso fortuito en tiempos de pandemia COVID-19”. *Revista de Derecho Civil. Ensayos*. Chile, abr-jun 2020, vol. VII, 3, pp. 123-161. Disponible en: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/569>

FLORES, Juan. “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”. *Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, jul-dic, 2019, 53, pp. 67-98. Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/1177>

GRASSO, Manuel. “Imprevisibilidad, contrato e imprevisión en el nuevo código civil y comercial argentino”. *Revista de Derecho privado*. Universidad Externado de Colombia, ene-jun, 2019, 36, pp. 93-125. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5790>

HERNÁNDEZ, Aida. “La responsabilidad contractual del estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?”. *Revista de Derecho Privado*. 14. Universidad Externado de Colombia, ene-jun, 2008, pp. 171-192. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/554>

HINESTROSA, Fernando. *In memoriam*. “Teoría de la imprevisión”. *Revista de derecho privado*. 39. Universidad Externado de Colombia, jul-dic, 2020, pp. 9-29. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6675/9006>

MOMBERG, Rodrigo, y VIDAL, Álvaro. “El límite económico al cumplimiento de contrato. Desde la excesiva onerosidad sobrevvenida a los costos excesivos del cumplimiento específico”. *Revista Vniversitas*. Pontificia Universidad Javeriana, 2018, 137, pp. 1-23. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/22340>

MURATORIO, Jorge. “La normativa COVID-19 como hecho del príncipe”. *Revista de Derecho Administrativo RDA*. Argentina, jul-ago, 2020, 130, pp. 209-219. Disponible en: <https://www.estudio-ofarrell.com/wp-content/uploads/2020/08/La-normativa-COVID-19-como-hecho-del-pr%C3%ADncipe-J.-Muratorio.pdf>

NEME, Martha. “La tensión aparente entre las reglas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: la buena fe y la equidad constituyen parámetros de las exigencias de equilibrio y solidaridad en tiempos de crisis”. *Ensayos de la Revista de Derecho Privado N.º 3. Vulnerabilidad, solidaridad y pandemia. Algunas reflexiones desde el derecho civil*. Universidad Externado de Colombia, jun, 2020, pp. 205-226. Disponible en: http://publicaciones.uexternado.edu.co/media/hipertexto/pdf/Ensayos_revista_Derecho_Privado_V2.pdf

PÁEZ, Cesar. “Los riesgos generados por la COVID-19: entre el Cisne Negro y la Cola Gruesa”. *Coordenadas Mundiales. El blog de la Escuela de relaciones Internacionales de FIGRI*. Universidad Externado de Colombia, 2020. Disponible en: <https://coordenadas-mundiales.uexternado.edu.co/los-riesgos-generados-por-la-covid-19-entre-el-cisne-negro-y-la-cola-gruesa/>

PRADO, Arturo. “El contrato general de construcción, y en especial la modalidad *EPC* y sus principales características”, vol. 41 N° 2. *Revista Chilena de Derecho*. Universidad de Chile, 2014, pp. 765-783. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/137053>

RODRÍGUEZ, Maximiliano. “El contrato internacional de construcción: Aspectos generales”. *Revista e-mercatoria*. Universidad Externado de Colombia, jun, 2006, vol. 5, 1. pp. 1-29. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2090>

RODRÍGUEZ, Maximiliano. “La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción”. *Revista e-mercatoria*. Universidad Externado de Colombia, jun, 2007, vol. 6, 1. pp. 1-29. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2067>

SANTOFIMIO, Jaime. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 1. Universidad Externado de Colombia, ene-jun, 2009, pp. 1-57. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589>

SARMIENTO, Juan. “La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública”. *Revista digital Derecho del Estado*, 37. Universidad Externado de Colombia, jul-dic, 2016, pp. 189-211. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4785>

VALLEJO, Felipe. “Responsabilidad profesional en la construcción de obras”. *Revista de Derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia, jul-dic, 2007, 20, pp. 97-120. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/706>

VARSÍ, Enrique, ROSENVALD, Nelson y TORRES Marco. “La pandemia de la COVID-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual”. *Revista Acta Bioethica*. Universidad de Chile, may, 2020, vol. 26, 1, pp. 29-36. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v26n1/1726-569X-abioeth-26-01-29.pdf>

Jurisprudencias.

CE, Sección Tercera, 31 de marzo de 2003, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, 12431.

CE, Sección Tercera, 29 de mayo de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 14577.

CE, Sección Tercera, 11 de septiembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 14781.

CE, Sección Tercera, 18 de septiembre de 2003, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, 15119.

CE, Sección Tercera, 29 de enero de 2004, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, 10.779.

CE, Sección Tercera, 26 de febrero de 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, 14043.

CE, Sección Tercera, 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 14854.

CE, Sección Tercera, 5 de marzo de 2008, C.P. Enrique Gil Botero, 15600.

CE, Sección Tercera, 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 17.031.

CE, Sección Tercera, 4 de febrero de 2010, C.P. Enrique Gil Botero, 15400.

CE, Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 18080.

CE, Sección Tercera, Subsección C, 1 de febrero de 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 22464.

CE, Sección Tercera, Subsección B, 28 de septiembre de 2012, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, 25388.

CE, Sección Tercera, Subsección A, 14 de marzo de 2013, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 20.524.

CE, Sección Tercera, Subsección C, 24 de julio de 2013, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 25.131.

CE, Sección Tercera, Subsección C, 10 de septiembre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero, 27.648.

CE, Sección Tercera, Subsección C, 20 de octubre de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 24.809.

CE, Sección Tercera, Subsección B, 13 de noviembre de 2014, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, 31463.

CE, Sección Tercera, Subsección C, 9 de abril de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio, 32.774.

CE, Sección Tercera, Subsección C, 6 de julio de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 39.122.

CE, Sección Tercera, Subsección B, 29 de enero de 2016, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 28.055.

CE, Sección Tercera, Subsección A, 13 de abril de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 46.297.

CE, Sección Tercera, Subsección A, 5 de octubre de 2016, C.P: Hernán Andrade Rincón, 36712.

CE, Sección Tercera, Subsección A, 8 de marzo de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 50890.

CE, Sección Tercera, Subsección B, 30 de mayo de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 38.313.

CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 5 de septiembre de 2018, C.P. Édgar González López, 2386.

CE, Sección Tercera, Subsección A, 29 de octubre de 2018, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 59166.

CE, Sección Tercera, Subsección B, 4 de junio de 2019, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 39974.

CE, Sección tercera, Subsección B, 7 de octubre de 2019, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, 38520.

CSJ Civil. 18 de diciembre de 2019, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, 5568.

CE, Sección Tercera, Subsección A, 6 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 63.123.

CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de marzo de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, 43132.

CE, Sección Tercera, Subsección A, 19 de marzo de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 63572.

CE, Sección Tercera, Subsección A, 3 de abril de 2020, C.P. María Adriana Marín, 41442.

CE, Sección Tercera, Subsección B, 3 de abril de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, 47678,

CE, Sección Tercera, Subsección B, 3 de abril de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, 48446.

CE, Sección Tercera, Subsección A, 6 de abril de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 61500.

CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de mayo de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, 42962.

CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de mayo de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, 50117.

CE, Sección Tercera, Subsección A, 8 de mayo de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 63216.

CE, Sección Tercera, Subsección A, 8 de mayo de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 64701.

CE, Sección Tercera, Subsección A, 19 de junio de 2020, C.P. María Adriana Marín, 42974.

CE, Sección Tercera, Subsección B, 6 de julio de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, 48.438.

CE, Sección Tercera, Subsección B, 5 de octubre de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, 46687.

Laudos arbitrales.

Laudo arbitral, 6 de noviembre de 2014, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: R & M Lezaca y CIA. Ltda. y otros, Vs. Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), árbitros: Pedro Nel Escorcia Castillo, David Luna Bisbal y Jorge Arango Mejía.

Laudo arbitral, 14 de septiembre de 2015, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: OCCIPETROL S.A. vs. PETROMINERALES COLOMBIA LTD. SUCURSAL COLOMBIA, árbitros: Marlene Beatriz Durán Camacho, Marcela Castro De Cifuentes y Mauricio Ricardo Chaves Arias.

Laudo arbitral, 26 de junio de 2019, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: CONSORCIO CONLINEA 3 (Constructora Conconcreto S.A., CSS Constructores S.A. y ESTYMA Estudios y Manejos S.A.) Vs. Instituto Nacional de Vías INVÍAS, árbitros: José Alejandro Bonivento Fernández, Mauricio Fajardo Gómez y Pedro Antonio Lamprea Rodríguez.

Laudo arbitral, 31 de enero de 2020, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Autopistas de la Sabana S.A.S. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), árbitros: Hernando Yepes Arcila, Rodrigo Noguera Calderón y Germán Gómez Burgos.

Laudo arbitral, 2 de marzo de 2020, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Constructora de Infraestructura Vial S.A.S. - Coninvial S.A.S. Vs. Gisaico S.A., árbitros: Juan Pablo Cárdenas Mejía, César Negret Mosquera y Samuel Chalela Ortiz.

Laudo arbitral, 8 de mayo de 2020, Cámara de Comercio de Bogotá, partes: Yuma Concesionaria S.A. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), árbitros: César Negret Mosquera, Sergio Muñoz Laverde y Juan Carlos Henao Pérez.