



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 63001-23-33-000-2017-00359-01 (61441)
Demandante: Pear Solutions S.A.S.
Demandada: Departamento del Quindío
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: *DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – REQUISITOS / Se requiere, además de un desbalance grave, sustancial, anormal del equilibrio prestacional, la comprobación de una causa extraordinaria, sobreviniente, imprevisible e inimputable a las partes / RIESGO CAMBIARIO / potencial variación económica derivada de las fluctuaciones de la tasa de cambio / GESTIÓN DEL RIESGO CONTRACTUAL PREVISIBLE / Deberes de las partes frente a las circunstancias que pueden afectar el equilibrio contractual; el demandante a cargo del riesgo, no lo gestionó.*

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación presentado por la sociedad demandante, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La controversia versa en torno a la reclamación de compensación por desequilibrio contractual, derivado de la variación de la TRM¹, en el marco de un negocio estatal donde el demandante vendió al ente territorial demandado, tabletas y tableros digitales destinados a diferentes instituciones públicas.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión antes indicada, adoptada el 15 de marzo de 2018, por la cual se decidió la demanda presentada por la sociedad Pear Solutions S.A.S. (en adelante el contratista, la parte actora o la demandante), en contra del departamento del Quindío (la entidad pública, el contratante o el demandado), cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se enuncian a continuación:

¹ La tasa de cambio representativa del mercado (TRM), certificada por la Superintendencia Financiera, corresponde a la cantidad de pesos colombianos por un dólar de los Estados Unidos de América; se calcula con base en las operaciones de compra y venta de divisas entre intermediarios financieros que transan en el mercado cambiario colombiano, con cumplimiento el mismo día cuando se realiza la negociación.

Pretensiones

2. Como principales, la sociedad demandante solicitó declarar que: (i) entre ésta y el demandado se celebró el contrato 13 del 10 de abril de 2015, cuyo objeto consistió en la “*adquisición de herramientas tecnológicas (tabletas y tableros) para mejorar la calidad educativa del Departamento (sic) del Quindío*”²; (ii) el demandante cumplió con las obligaciones derivadas del citado contrato estatal; y, (iii) se presentó un desequilibrio económico del contrato en detrimento del contratista; además, (iv) requirió la liquidación judicial del negocio jurídico.

3. Como pretensiones consecuenciales y de condena, pidió ordenar al demandado pagar a su favor, incluyendo tales valores en la liquidación del contrato: (i) la suma de \$1.060'673.207, para compensar el desequilibrio económico que se presentó durante la ejecución del contrato; (ii) los intereses moratorios a la máxima tasa certificada por la Superintendencia Financiera sobre las sumas declaradas como debidas por el desequilibrio económico, hasta la fecha efectiva de pago; y, (iii) la condena al demandado al pago de las costas y agencias en derecho³.

Hechos

4. Antecedido por los análisis de los estudios previos y definición de la necesidad, el 16 de enero de 2015, el departamento del Quindío publicó en el Portal Único de Contratación el proyecto de pliego de condiciones para la “*adquisición de herramientas tecnológicas (tabletas y tableros) para mejorar la calidad educativa en la población del departamento del Quindío*”, para lo cual, recurrió a la modalidad de selección abreviada por subasta inversa presencial.

5. El 27 de febrero de 2015 el demandado publicó el pliego de condiciones definitivo, el 12 de marzo de 2015 cerró el proceso de selección y el 20 de marzo de ese año evaluó las propuestas, entre ellas, la suya; finalmente, el 27 de marzo de 2015, en audiencia, el comité evaluador recomendó seleccionar al demandante, en función de su oferta (por valor de \$8.222'672.947). Como consecuencia de lo anterior, mediante Resolución 559 del 27 de marzo de 2015, se adjudicó a favor del demandante el contrato por el valor ofertado.

6. El 10 de abril de 2015, demandante y demandado firmaron el contrato donde aquél se comprometió a entregar a éste tableros y tabletas digitales en las cantidades, plazos, puestas en marcha y capacitaciones pactadas. El valor total del contrato sería pagado, un 30% como anticipo, y un 70% a la entrega de la totalidad de los bienes acordados. El plazo de ejecución fue establecido en 60 días calendario.

7. El 6 de mayo de 2015 comenzó la ejecución del contrato y en acta se fijó el 5 de julio de 2015 como fecha de finalización. El 29 de mayo de 2015, el demandado transfirió a la fiducia constituida para el manejo del anticipo, el 30% del valor del contrato conforme a lo pactado.

² Folio 2 c. 1.

³ Folios 1 y 2 c. 1.

8. El contrato fue suspendido del 3 de julio al 7 de julio de 2015, mientras se resolvía la petición de prórroga del plazo de ejecución propuesta por el demandante, sustentada en: (i) la imposibilidad de brindar las capacitaciones de manejo de los tableros digitales al personal docente, debido a la temporada de vacaciones y, (ii) problemas que adujo respecto al desembarque, revisión, embalaje e instalación de los bienes. El 8 de julio de 2015 se pactó la prórroga del contrato -modificación contractual 01 del 9 de julio- hasta el 31 de ese mes y año, con fundamento en las anteriores consideraciones.

9. El 31 de julio de 2015 se amplió el plazo del contrato por 10 días más -modificación contractual 02 de ese mismo día- hasta el 10 de agosto, de nuevo, con base en las dificultades expuestas por el contratista relacionadas con demoras en el trámite de nacionalización de los bienes a entregar.

10. El 6 de agosto de 2015 las partes decidieron suspender el contrato hasta el 12 de agosto, para que el demandante evaluara la posibilidad de adicionar el contrato en el sentido de agregar bienes y su correlativo precio. El 19 de agosto siguiente suscribieron la adición 01 pactando que el contratista entregaría 5102 tabletas más a cambio de un único pago, después del recibo a satisfacción, de \$2.699'985.889, en un plazo de 45 días; ese mismo día finalizó "la suspensión" y se reanudó la ejecución del contrato.

11. El 8 de septiembre de 2015 el demandante remitió un oficio al demandado indicando una variación abrupta del dólar durante el término de ejecución del negocio jurídico, que ya acumulaba un aumento del 22%, por lo que solicitó la revisión del equilibrio contractual, petición frente a la cual la entidad contratante solicitó facturas y manifiestos de aduana para atender el requerimiento.

12. El 17 de septiembre de 2015, el demandado pagó el valor pendiente del contrato inicial (70%), previo informe de recibo a satisfacción suscrito por el supervisor designado por la contratante.

13. El 29 de septiembre de 2015 y para efectos de cumplir con la adición 01, el demandante solicitó la extensión del plazo de ejecución hasta el 30 de octubre de 2015, en atención a problemas del proveedor para la consecución de elementos electrónicos.

14. El 1 de octubre de 2015 las partes suspendieron el contrato hasta el 7 de octubre, para evaluar la petición de revisión económica del negocio y el 8 de octubre, acordaron prorrogar el contrato por 15 días. Posteriormente, el demandante expresó que la prórroga era insuficiente, por lo que el 23 de octubre de 2015 las partes firmaron la prórroga 05 y definieron un término de 14 días adicionales.

15. Sin indicarse el día exacto, se dijo que el demandado negó la solicitud de compensación, comoquiera que no encontró desequilibrio económico de las prestaciones pactadas. El 2 de diciembre siguiente el demandante reiteró su petición de revisión de la economía del negocio, para lo cual hizo una explicación detallada

de las razones financieras que lo justificaban; no obstante, el 24 de diciembre de 2015, el demandado reiteró su postura, en el sentido de negar la solicitud recibida.

16. Debido a la falta de reajuste contractual, el demandante no pudo cancelar las facturas de venta 4608 y 4652 de software y empaque a sus proveedores, cuyo valor conjunto es de \$1.086'327.495, incluidos los intereses moratorios a 31 de diciembre de 2015.

17. El 28 de enero de 2016, el demandante requirió al demandado para que liquidara el contrato, por lo que, en febrero siguiente, éste remitió un acta donde las partes se declaraban a paz y salvo, sin reconocer el desequilibrio económico que se presentó. Ese mismo mes, el demandante remitió oficio por el cual informaba que cumplió las obligaciones pactadas en el contrato, su adición y prórrogas, haciendo constar que el demandado no se hallaba a paz y salvo, comoquiera que no había solventado el desequilibrio que presentó el contrato, oficio que fue reiterado el 27 de mayo de 2016, sin respuesta⁴.

18. El demandante precisó que su reclamo no recae sobre las prestaciones definidas en la adición del 19 de agosto de 2015, sino en aquellas ejecutadas en los términos del contrato inicial, pues entre la adjudicación del contrato (27 de marzo de 2015) y el primer y segundo pago (25 de mayo y 17 de septiembre de 2015), la TRM varió de forma abrupta e incidió directamente en la justicia económica del negocio jurídico – *tuvo un aumento de \$437–*, impactando la adquisición de los bienes a entregar por el demandante y que se efectuaba en dólares.

19. Señaló que resulta procedente la compensación económica deprecada, porque, la variación de la divisa fue una condición prevista como riesgo altamente posible y asumido por el demandado de forma clara en el pliego de condiciones. Indicó que fue una condición que salió de los márgenes esperables y la tendencia histórica que el actor previó, lo que supuso recibir “\$1.060'673.207 *menos de lo esperado*” y, por ende, “*dejó de percibir la utilidad esperada, teniendo como parámetro una utilidad de 4.08% sobre el contrato*”⁵.

Contestación de la demanda

20. El demandado reconoció el vínculo contractual con el demandante y las diferentes prórrogas y adiciones que tuvo el acuerdo de voluntades; sin embargo, hizo varias precisiones con base en las cuales se opuso a las pretensiones, esencialmente, con base en la excepción que denominó inexistencia de condiciones de desequilibrio contractual.

21. Explicó que el contrato era uno de compraventa y aunque se pactó un plazo de 60 días para la entrega total de los bienes adquiridos, ello no implicaba que fuera de ejecución sucesiva; si bien el plazo se suspendió y extendió en varias oportunidades, ello se hizo a petición y por causa imputable al demandante (demora en la

⁴ Folios 3 a 12 c. 1.

⁵ Folios 13 a 43 c. 1.

nacionalización, el traslado, embalaje y despacho de los bienes), de manera que no resulta viable que adujera la supuesta alteración de las condiciones económicas durante las prórrogas que por conducta suya, se consintieron.

22. Explicó que al momento de negociar las condiciones de la adición del contrato, que agregó bienes a comprar y estableció un precio por ellos, las partes pactaron un precio por ítem de acuerdo con la variación del dólar que para ese momento se registraba (los artículos pasaron de \$445.400 a \$529.201.47), pero aclaró que la definición de ese precio en la adición no era extensible al dispuesto en el contrato inicial, pues este estuvo definido a partir del análisis del mercado, la presentación de las propuestas y las observaciones realizadas.

23. Finalmente, explicó que las condiciones de selección fueron claras en señalar que el contrato sería pagado en pesos colombianos, sin relación o dependencia cambiaria, cuestión que no fue objeto de observación u oposición del demandante, quien por el contrario, presentó su oferta y aceptó el componente de moneda corriente, aunque los bienes o servicios fueran de origen extranjero y requirieran su importación, condiciones que eran de su conocimiento y frente a las cuales expresó su voluntad férrea de contratar, así como de cumplir los plazos y condiciones definidas en el pliego de condiciones⁶.

Alegatos en primera instancia

24. Agotado el período probatorio⁷, el demandado expresó iterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, insistiendo en la oposición a las pretensiones⁸.

25. El demandante expuso que la economía del contrato no estuvo determinada por las prórrogas pactadas, pues incluso de no haberse ampliado el plazo inicial, igualmente se hubiera alterado el equilibrio financiero; añadió que la fluctuación de la divisa en los términos acaecidos desbordó la noción de riesgo previsible, y finalmente, que tan pronto se conocieron las afectaciones al contrato por esa variación, cumplió con el deber de probidad y buena fe informándolas a tiempo y haciendo las respectivas salvedades, razones todas estas que, en su parecer, justificaban la procedencia de las pretensiones⁹.

⁶ Folios 102 a 130 c. 1.

⁷ En audiencia inicial del 26 de agosto de 2015 (folios 402 a 408, c. 1), el Magistrado Ponente decretó como pruebas todos los documentos que fueron aportados por la parte actora con su demanda: (i) contratos 2009/09, 2009/10 y 2009/11, otrosíes, actas parciales de obra y cuadros de intereses causados en cada uno de esos contratos desde el 31 de enero de 2010 (folios 41 a 360, c. 1); (ii) ordenó que se oficie al Distrito para que allegara los expedientes administrativos de los contratos. Se allegó la información en medio magnético (folio 418, c. 1); y (iii) Requirió a la Fiduprevisora para que remita copia de las constancias de pago que se hicieron a VALORCON por concepto de los referidos contratos. La información se allegó en medio magnético (folio 414, c. 1). A través de auto del 23 de agosto de 2016, de oficio el Tribunal requirió al Distrito para que, “*en casos de existir en sus archivos*”, remitiera al proceso las copias de las actas de avance y de entrega de obra de los contratos 2009/09, 2009/10 y 2009/11, las actas de liquidación parcial y/o definitiva de los mismos, así como las respectivas facturas de cobro. La documentación se allegó en medio magnético (no se encuentran actas de liquidación) (folios 462 a 471, c. 1).

⁸ Folios 640 a 643 c. 3.

⁹ Folios 644 a 663 c. 3.

26. El Ministerio Público no se pronunció.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

27. El Tribunal Administrativo del Quindío negó el restablecimiento deprecado y accedió a las demás pretensiones¹⁰.

(i) El Tribunal *a quo* luego de exponer el marco conceptual y legal del restablecimiento judicial de la ecuación económica del contrato, mencionó que la variación del dólar era un riesgo previsible para el demandante. Estimó que el demandante no reclamó la compensación como tampoco hizo constar salvedad sobre el particular de forma oportuna, con lo cual contravino los postulados de la buena fe, toda vez que en las prórrogas que solicitó y en la adición al contrato que suscribió, no avisó al demandado sobre la variación del dólar aducida como tampoco el supuesto impacto que generó en las condiciones negociales del contrato.

28. Tras efectuar los cálculos pertinentes, procedió a liquidar el contrato, considerando que las partes se encontraban a paz y salvo.

II.

EL RECURSO DE APELACIÓN

29. El demandante solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos:

(i) Las prórrogas celebradas, a pesar de que fueron a petición suya, se produjeron por causas imprevisibles y ajenas a su responsabilidad, toda vez que el término de vacancia profesoral, motivo de la primera prórroga, no fue informada en el pliego de condiciones, como tampoco se anexó resolución alguna que las definiera, además, era una carga excesiva exigir al contratista que las buscara y tuviera noticia de su contenido antes de presentar su propuesta; agregó que el cambio de puerto de recibo de los bienes enajenados, fundamento de la segunda prórroga, se produjo por el paro camionero que bloqueó el transporte de 500.000 toneladas de mercancía, así como por el cierre temporal de un tramo vial que comunicaba a Buenaventura con el interior del país.

(ii) El desequilibrio económico del contrato no se produjo por la extensión del plazo de ejecución que pactaron las partes, ya que la real causa fue el alza súbita del dólar por lo que, aún sin las prórrogas contractuales, el desbalance contractual habría acaecido, tal como se derivaba del dictamen pericial practicado y las declaraciones testimoniales recaudadas.

(iii) La evidencia demuestra que sí avisó e hizo oportunamente las reclamaciones respectivas por la injusticia financiera del contrato, y explicó que no hizo ningún pronunciamiento ni comunicación al respecto en las prórrogas que se celebraron, comoquiera que para esa época el desequilibrio no se había presentado, sólo fue

¹⁰ Folios 693 y 694 c. principal.

desde el 17 de septiembre de 2015, cuando el ente demandado pagó el 70% restante, que se configuró el citado desbalance; afirmó que no de otro modo se explicaba que al momento de decidir sobre la adición contractual propuesta por el demandado, tuvo que efectuar un estudio que permitiera determinar el precio de los bienes a adicionar para poder concretar el acuerdo de voluntades, teniendo en cuenta la sobrevenida alza del dólar, que no mantenía una uniformidad suficiente para ser prevista de forma definitiva¹¹.

Alegatos de segunda instancia

30. El demandante reiteró lo expuesto en el recurso de apelación¹² y el demandado se pronunció de forma extemporánea; por su parte, el Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

Objeto de la apelación

31. Atendiendo a los fundamentos expuestos en el recurso de alzada, corresponde a la Sala establecer si la variación de la cotización de la TRM durante la ejecución del contrato objeto de la controversia, causó un desequilibrio económico, con afectación grave a la economía del negocio, ajena a la responsabilidad del demandante, quien la advirtió oportunamente a su cocontratante.

Caso concreto

32. De conformidad con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en los contratos estatales debe mantenerse la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, por lo que, si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, deben adoptarse las medidas necesarias para su restablecimiento. Como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, la equivalencia de las prestaciones pactadas puede verse afectada por factores externos a las partes, como ocurre con las aleas que se gobiernan por la teoría de la imprevisión, así como por causas atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su autoridad. Adicionalmente, el restablecimiento del equilibrio del contrato solo es procedente respecto de causas que no deriven de la conducta antijurídica del extremo contratante¹³ y en la medida que la afectación sea real, grave y significativa.

33. Por tanto, el desequilibrio económico surge ante una modificación sustancial de la simetría prestacional originalmente pactada por razones ajenas a la conducta del contratista, en tanto tiene génesis en la existencia de circunstancias sobrevenidas, imprevisibles no imputables a las partes (teoría de la imprevisión), o se presenta

¹¹ Folios 698 a 718 c. principal.

¹² Folios 739 a 743 c. principal.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 14 de septiembre de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 50.907; sentencia del 16 de diciembre de 2020. C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez. Exp. 47997; sentencia del 22 de octubre de 2021. C.P. María Adriana Marín. Exp. 55541.

como consecuencia del ejercicio legítimo de los actos de autoridad de la administración (hecho del príncipe), cuyo impacto es capaz de romper la medida de equivalencia recíproca en que se fundaron las mutuas prestaciones de los contratantes, es decir, la ecuación contractual acordada.

34. En términos generales, para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato con el consecuente reconocimiento económico a favor del contratista, se requiere acreditar que: (i) con posterioridad a la celebración del contrato, se presentó un hecho ajeno o exógeno a las partes, o no conocido, es decir, no atribuible a ninguna de ellas; (ii) esa nueva circunstancia fue imprevista o imprevisible, esto es, que no pudo ser razonablemente predecible por las partes; y, (iii) el hecho alteró de manera anormal y grave la ecuación financiera del contrato, haciendo mucho más gravosa su ejecución, sin imposibilitar su continuación.

35. Precisado lo anterior, la Sala anticipa que el fallo de instancia será confirmado, comoquiera que la variación de la TRM bajo el contrato objeto de controversia: (a) fue un riesgo previsible para el demandante, cuyas consecuencias debía soportar; y (ii) no causó una afectación grave en la economía del contrato.

36. Debe tenerse en cuenta que la pretensión de compensación por reequilibrio económico sólo recae sobre las obligaciones pactadas de forma primigenia el 10 de abril de 2015, tal como precisó el demandante desde la demanda, de modo que el análisis de la Sala sólo comprenderá tal escenario, sin alcanzar las modificaciones contractuales ulteriores que sobrevinieron por común acuerdo entre las partes, pactadas en la adición 01 del 19 de agosto de 2015.

La variación de la TRM fue un riesgo previsible al demandante

37. Revisado el trasegar pre y contractual del negocio 13 de 2015, se evidencia que, desde el principio, esto es desde el mismo proyecto de pliego de condiciones, el departamento demandado estableció que el precio por las tabletas y tableros digitales que vendrían a constituir el objeto del contrato sería pagado en pesos colombianos, de hecho, definió de forma clara que los recursos disponibles para soportar el pago de la contraprestación a recibir por el contratista sería de \$8.323'350.000 "*pesos moneda corriente*", condición que no era ajena para el demandante, comoquiera que la oferta que presentó con la finalidad de ser elegido, refleja que aceptaba esos términos, se comprometía a cumplirlos, e incluso, que renunciaba a "*cualquier reclamación futura por falta de información o información parcial*", teniendo en cuenta que "*con la presentación de esta oferta calculamos todos y cada uno de los costos para cumplir a cabalidad con la propuesta presentada*"¹⁴.

38. En el pliego de condiciones no se definió si los bienes debían ser adquiridos en el país o no, pero de su lectura se puede extraer que era posible que fueran importados, teniendo en cuenta que como requisito para los proponentes se exigía la certificación de calidad de distribuidor y/o comercializador autorizado en

¹⁴ Prueba 6.

Colombia¹⁵; igualmente, el formato de oferta adjunto al pliego de condiciones, contenía una casilla en la que se informaba si el origen de los bienes era extranjero o no¹⁶, formato en el cual el demandante indicó que su propuesta era de bienes que se consideraban no nacionales.

39. Esta condición implicaba que Pear Solutions S.A.S., previo a la presentación de su oferta, debía efectuar un análisis económico y financiero de cara a su ofrecimiento, toda vez que pretendía adquirir y entregar bienes que al ser de origen no nacional podían ser negociados en divisas distintas al peso colombiano, como en efecto ocurrió en este caso, en el que los bienes fueron negociados por el demandante en dólares, exponiéndose a un riesgo cambiario¹⁷.

40. La condición inflacionaria de la economía colombiana es un hecho conocido para todo aquel que comercia bienes importados, según informa el dictamen de Heritage Financial Advisor S.A.S¹⁸, por lo que riesgos como el cambiario constituyen una

¹⁵ “4.4 CERTIFICACIÓN DE DISTRIBUIDOR Y/O COMERCIALIZADOR AUTORIZADO EN COLOMBIA. El proponente deberá adjuntar con su propuesta la certificación de distribuidor autorizado de los equipos ofrecidos, expedida por el fabricante, la cual deberá tener fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha del cierre del presente proceso. Dicha certificación deberá estar dirigida al DEPARTAMENTO DEL QUINDIO.

En el evento que la (s) certificación (s) sea expedida por un distribuidor mayorista, se deberá anexar igualmente la certificación de distribuidor autorizado de esta mayorista expedida por el fabricante.

Cuando se trate de un consorcio o una unión temporal, cada uno de sus miembros deberá presentar dicha certificación.

4.5. CERTIFICACIÓN DE LA GARANTÍA MÍNIMA EXPEDIDA POR EL FABRICANTE. El Proponente deberá adjuntar en su propuesta la certificación expedida por el fabricante, dirigida al DEPARTAMENTO DEL QUINDIO y deberá tener fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha del cierre del presente proceso, en donde otorgue garantía de los equipos ofertados por tres (3) años para las tabletas, cinco (5) años para los tableros y dos (2) años para los video proyectores de los tableros digitales contado a partir de la fecha de suscripción del acta de recibo de los equipos.

4.6. CERTIFICACIÓN SUMINISTRO DE REPUESTOS. El proponente deberá presentar un certificado expedido por el fabricante dirigido al DEPARTAMENTO DEL QUINDIO de los equipos ofertados, donde garantice el suministro de repuestos para los equipos objeto del presente contrato, por cinco (5) años, contados a partir de la suscripción del acta de recibo.

El oferente deberá allegar certificado de existencia y representación legal, en el cual se acredite que cuenta con centro de servicio autorizado o la presentación de la copia del contrato suscrito por el Centro de Servicios con el fabricante de las tabletas, el cual debe contar con al menos una antigüedad de experiencia de un (1) año previa a la presentación de la oferta, con el ánimo de acreditar que se tiene el soporte necesario para atender cualquier contingencia, así como adjuntar copia de la hoja de vida del Ingeniero de Sistemas de dicho establecimiento de comercio, quien deberá estar capacitado y certificado por la casa de la marca de las tabletas que se oferten, para ello con la Hoja de Vida se deberá adjuntar los certificados, diplomas o constancias de capacitación por parte del fabricante”.

¹⁶ “Que los Bienes y/o servicios ofertados SI_NO_, son en su totalidad de origen nacional o extranjeros considerados de origen nacional de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 816 de 2003. (Marcar con X de acuerdo a lo ofertado).

Que los bienes o servicios son extranjeros, que NO sean considerados nacionales de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo del artículo 1 de la Ley 816 de 2003, pero el proponente SI_NO___, se compromete a la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativo, discriminando los mismos (en caso afirmativo deberá anexarse carta de compromiso identificando el componente colombiano que se incorporará en la ejecución del contrato”.

¹⁷ Entendido este como la potencial variación económica derivada de las fluctuaciones de la tasa de cambio.

¹⁸ “La mayoría de los productos tecnológicos son importados, de tal manera que la comercialización de estos siempre se verá afectado por la tasa de cambio. En el proceso de compra de productos importados, el precio de adquisición estará determinado dos elementos principalmente: 1. El precio en dólares. 2. El tipo de cambio. De tal manera que, para un comercializador de tecnología, el costo está directamente relacionado con el tipo de cambio al momento de adquirir sus productos. Cuando el tipo de cambio COP/USD disminuye, su costo en pesos

circunstancia plenamente conocida y previsible para comerciantes como el demandante, pues, (i) se dedica profesionalmente a tal actividad comercial¹⁹; (ii) demostró con los anexos de su oferta que ya había ejecutado contratos análogos (3 negocios con diferentes entidades públicas y privadas por valor de 25.978 SMLV²⁰); (iii) en la demanda y en la reclamación administrativa de reequilibrio contractual²¹ admitió que antes de ofertar consideró la posible fluctuación de la divisa (previó el riesgo cambiario), aunque sin los alcances que, afirma, finalmente tuvo.

41. Como condición eventual pero previsible para el contratista, inherente y derivada de sus propias operaciones comerciales, el riesgo cambiario era una condición de potencial ocurrencia que, al derivarse del modelo de negocio que contempló (ofertar en pesos y luego adquirir los bienes en dólares), debía ser mitigado por él bajo la modalidad jurídica o financiera que estimara oportuna v.gr., comprando anticipadamente o acudiendo a contratos a plazos (*forwards*²², *delivery*²³ o *non delivery*²⁴) u otras herramientas disponibles. Así mismo, considerando que la tipología del contrato celebrado fue el de una compraventa con ejecución diferida, los riesgos relacionados con los bienes a entregar estaban a cargo del demandante en su calidad de vendedor, al estar en mejores condiciones de controlarlos, tal como es dispuesto por los artículos 928²⁵ y 929²⁶ del Código de Comercio.

42. Además, aunque el demandante afirma que el riesgo acaecido, esto es, el de “*tipo de cambio*” o “*cambiario*”, fue asumido por el departamento demandado en la medida en que contempló como de su responsabilidad la posibilidad de que “*incremente o disminuya el valor de los bienes a adquirir*”, y en últimas, la variación de la divisa influyó en el citado precio, lo cierto es que ambos riesgos poseen una naturaleza distinta; mientras el riesgo de variación de precios refiere a la probabilidad de alzas o pérdidas en el valor de los bienes en el mercado, derivado usualmente de

disminuye, pero cuando el tipo de cambio aumenta (se devalúa) el costo de sus productos se incrementa directamente proporcional al aumento del tipo de cambio”.

¹⁹ Conforme con el objeto social de la empresa, certificado de existencia y representación legal, prueba 6, “propuesta Pear Solutions”, USB.

²⁰ Formado de experiencia, adjunto a la propuesta allegada al departamento demandado, prueba 6, USB.

²¹ Prueba 31 “*solicitud de revisión de contrato*”, USB.

²² Por medio del cual una entidad financiera y el interesado se comprometen a comprar y/o vender una cantidad de divisas en una fecha futura, a un precio determinado desde el inicio, por medio de contratos de *opción*, por el cual el importador o exportador adquiere, por el pago de una prima, el derecho de vender o comprar un monto de divisas, a una tasa de cambio dada en una fecha en el futuro, así, si la tasa de cambio le favorece al cliente, éste puede ejercer su derecho de no realizar la operación, pero si no le favorece puede realizar la operación o por medio de la estrategia que considerara pertinente. Martínez Aldana, C. (2007). *Herramientas de cobertura con futuros y opciones en mercados internacionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

²³ Con entrega: Al terminar el plazo las dos partes deben hacer entrega de los montos acordados.

²⁴ Sin entrega: Al llegar la fecha de vencimiento del contrato se liquida por compensación, es decir, no existe entrega física del monto total negociado, sino que se recibe o se entrega la diferencia en pesos entre la tasa pactada en el *forward* y la tasa de mercado del día del vencimiento en función del monto de divisa negociado.

²⁵ “*El vendedor estará obligado a entregar lo que reza el contrato, con todos sus accesorios, en las mismas condiciones que tenía al momento de perfeccionarse; y si la cosa vendida es un cuerpo cierto, estará obligado a conservarla hasta su entrega so pena de indemnizar los perjuicios al comprador, salvo que la pérdida o deterioro se deban a fuerza mayor o caso fortuito, cuya prueba corresponderá al vendedor*”.

²⁶ “*En la venta de un “cuerpo cierto”, el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa*”.

su oferta y demanda, o de los precios y disponibilidad de sus materias primas, el riesgo cambiario se produce como consecuencia de las posibles variantes de cotización de una divisa ante otra, de manera que, a diferencia del costo de un activo, refiere a aquellos eventos en los que, las fluctuaciones en los tipos de cambio entre dos monedas distintas, afectan negativamente el valor de una inversión o transacción en moneda extranjera.

43. En este sentido, aunque el demandado asumió el riesgo de variación del precio de los bienes, el cual mitigaría con la realización de un estudio para establecer el valor en el mercado de las herramientas tecnológicas a ser adquiridas, representado finalmente en el presupuesto oficial, ello no equivale a que hubiese asumido las consecuencias derivadas de las decisiones y operaciones comerciales propias del contratista para efectos de adquirir los bienes que se obligó a suministrar; como se expuso, el pliego de condiciones no estableció restricción respecto del origen de los bienes o que para el momento de la negociación ya se encontraran adquiridos y/o sometidos al mercado nacional, de modo que su adquisición en moneda extranjera, y el momento en que ello se hizo, fueron circunstancias que decidió voluntariamente asumir el demandante en función del esquema de negocio que concibió frente al contrato.

44. La variación de la divisa influye en el mercado nacional de precios de diversos bienes, pero no porque sean de origen extranjero, sino por diversas razones macroeconómicas en las que tal variable interviene, pero no es la única, pues entran en juego condiciones como la relación oferta y demanda, disponibilidad mediata e inmediata, etc., por manera que el riesgo de mercado no es igual ni tampoco subsume el riesgo cambiario, que se produce como consecuencia de los posibles cambios de cotización de una divisa ante otra, asunto que, se itera, en el caso concreto correspondía asumir al demandante, quien podía controlarlo y mitigarlo, pero además, reconoció que lo había previsto. En estas condiciones, no resulta admisible que el demandante reconozca como factor determinante en los precios del contrato la variación del precio del dólar, pero que luego en la etapa de ejecución indique que esa circunstancia no había sido contemplada como un riesgo con la virtualidad de alterar su estructura económica, pretextando que el riesgo del precio de los bienes fue el que se realizó, cuando ello no fue así.

45. Ahora, la previsibilidad del riesgo cambiario se evalúa no sólo desde su propia naturaleza sino también desde su magnitud, premisa sobre la cual el apelante soporta su disertación en el recurso de alzada, al expresar que, no obstante prever la volatilidad de la TRM, su variación desbordó las proyecciones que esperaba, con lo cual sufrió una excesiva onerosidad en las obligaciones a su cargo.

46. Frente a este aspecto, se observa que en el pliego de condiciones y el contrato definitivo no se estableció un término o plazo para la adquisición de las tabletas y tableros digitales, sólo que el contratista debía asegurar su respectiva entrega dentro

de 60 días contados desde el inicio de ejecución del contrato²⁷, es decir, entre el 6 de mayo de 2015 y el 5 de julio de 2015, conforme a la respectiva acta de inicio²⁸.

47. Sin embargo, está acreditado que el demandante, aun consciente de ello, llegado el vencimiento del citado término ni siquiera había adquirido los bienes, pues comenzó a comprarlos 10 días después a la fecha de vencimiento, de la siguiente forma²⁹:

FACTURA	PRODUCTO	UNIDADES	FECHA	VALOR TOTAL (USD)	TRM
4509	tabletas	2000	16/07/2015	\$ 174.966,13	\$ 2.727,23
5416	tabletas	3500	23/07/2015	\$ 311.777,17	\$ 2.727,23
4518	tabletas	3500	28/07/2015	\$ 308.216,64	\$ 2.807,36
4519	tabletas	3499	30/07/2015	\$ 308.216,64	\$ 2.807,36
4520	tabletas	3650	3/08/2015	\$ 327.844,83	\$ 2.807,36
4522	tabletas	323	6/08/2015	\$ 28.639,11	\$ 2.945,97
468	tableros	90	4/08/2015	NA	NA

48. El comportamiento del demandante, observado en el solo plano de la compra, avizoraba un incumplimiento; no obstante, por solicitud suya, se procedió con la ampliación del plazo, el cual fue concedido por el departamento demandado, eso sí, bajo motivos que en criterio de la Sala no eran sólidos.

49. Para la prórroga 01 de 2015, que extendió el término hasta el 31 de julio, se tuvo como sustento, la alegada imposibilidad de capacitación de los tableros digitales por la vacancia docente, así como por dificultades en el desembarque, registro, embalaje, envío e instalación de los bienes a sus lugares de destino³⁰ y para la prórroga 02 de 2015, que alargó el plazo hasta el 12 de agosto de 2015, se tuvo como fundamento las supuestas vicisitudes en la nacionalización de los bienes importados³¹. Estas hipótesis no referían a eventos que imposibilitaran la adquisición y pago de los bienes a los proveedores o, incluso, a decisiones propias de un comerciante para la cobertura del riesgo cambiario.

50. Fue entonces el comportamiento del demandante que soslayó su propia diligencia, con proyección a una mayor exposición en la variación de la TRM. De aquí que no fue la variación de la divisa la condición que afectó la economía del contrato, sino las omisiones del contratista no solo en prever medidas de cobertura al riesgo cambiario, sino al propio cumplimiento del contrato. La información que obra en el expediente y la propia manifestación de la demandante acredita que para el 5 de julio de 2015, la TRM tenía un valor de \$2642.97³², valor sustancialmente cercano a aquellos reportados para la época de la adjudicación, e incluso del pago

²⁷ Prueba 12 “contrato 013 de 2015”, USB.

²⁸ Prueba 13 “acta de iniciación”, USB.

²⁹ Conforme con las facturas de compra expedidas por PCSmarTechnologies Corp., y Etraining S.A.S., prueba 15, “facturas proveedores”, USB.

³⁰ Prueba 21 “prórroga no. 001 del 9 de julio de 2015”, USB.

³¹ Prueba 23 “prórroga 002 del 31 de julio de 2015”, USB.

³² Página 36 de la demanda.

del anticipo (variación de \$91.67 aproximadamente), evidenciando que las principales alzas del dólar se suscitaron durante las prórrogas solicitadas por el demandante, quien solo se preocupó de posicionarse como contratista dispuesto a cumplir, guardando silencio frente a la variación de la TRM, a la vez que solicitaba extensiones del plazo.

51. Tal como ha explicado la jurisprudencia de esta Corporación, quien alega la mayor onerosidad en la ejecución de las prestaciones a su cargo con ocasión de hechos o circunstancias sobrevinientes, no sólo debe demostrar que él no fue el causante de las circunstancias que generaron el desequilibrio económico, sino también que desplegó todos los mecanismos o medios tendientes a mitigar su impacto, lo cual no ocurrió en el presente caso.

52. Lo anterior sin considerar, de manera principal, que, para el momento de las prórrogas pedidas por el demandante, la variación de la TRM ya era una condición conocida por éste, lo cual desvirtúa su imprevisibilidad.

53. De acuerdo con el dictamen pericial de Heritage Financial Advisor S.A.S., la previsión financiera para 2015 era que la TRM disminuyera³³; sin embargo, tal como lo reflejan las tasas de cambio de las fechas de importación, para el vencimiento del plazo contractual primigenio (5 de julio de 2015) la TRM desarrolló y mantuvo una tendencia al alza “*hasta llegar a niveles de \$3.135 en septiembre*”, como se aprecia en la gráfica del perito:



54. El demandante tenía conocimiento de esta tendencia al alza, pues como se explicó, es una condición de pleno conocimiento de los comercializadores de bienes importados, pero además, porque en cada transacción que realizó con su proveedor, tenía la oportunidad de advertirla, por manera que, al margen de la exposición a la variación de la TRM por su conducta, tanto el riesgo cambiario como sus magnitudes, fueron siempre circunstancias de dominio del actor que efectivamente advirtió, pero que además podía y debía mitigar, descartando la configuración de una circunstancia imprevisible e irresistible como presupuesto para acceder a la pretensión de desequilibrio económico.

³³ “el consenso de los analistas, según el Banco de la República, esperaban que se revirtiera levemente la tendencia devaluacionista reciente, lo cual significaba una disminución en la TRM para los 12 meses siguientes al mes de marzo de 2015”. carpeta peritaje, archivo peritaje completo, USB.

No se acreditó una afectación económica grave del negocio jurídico en detrimento del demandante, con ocasión de la variación de la TRM

55. A la previsibilidad del riesgo cambiario para el demandante y la ausente acción diligente de un hombre de negocios, se suma que no está probado que el contrato sufrió la afectación económica grave que alega, pues las pruebas recaudadas dan cuenta de que la variación de la TRM no conllevó una excesiva onerosidad en las obligaciones que asumió por el citado vínculo contractual.

56. De acuerdo con la factura expedida por Etraining S.A.S., los tableros digitales fueron adquiridos el 4 de agosto de 2015, por un valor total en pesos colombianos de \$980'733.600, así:

FACTURA	FECHA	VALOR TOTAL (COP)	UNIDADES
468	04/08/2015	\$980'733.600	90

57. Las tabletas fueron adquiridas en distintos momentos por la demandante, todas fueron negociadas y sufragadas en dólares, pero con tasas de cambio que variaron en función de la fecha de importación³⁴, tal como lo reflejan las facturas expedidas por PCSmarTehonologies Corp., y las declaraciones de importación presentadas ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN³⁵. La información es la siguiente:

FACTURA	FECHA	VALOR TOTAL (USD)	TRM	UNIDADES
4509	16/07/2015	\$174.966,13	\$ 2.727,23	2000
5416	23/07/2015	\$ 311.777,17	\$ 2.727,23	3500
4518	28/07/2015	\$ 308.216,64	\$ 2.807,36	3500
4519	30/07/2015	\$ 308.216,64	\$ 2.807,36	3499
4520	03/08/2015	\$ 327.844,83	\$ 2.807,36	3650
4522	06/08/2015	\$ 28.639,11	\$ 2.945,97	323
TOTAL		\$ 1.459.660,52		16472

58. Estos datos reflejan que las mercancías no fueron pagadas al valor de la TRM del 17 de septiembre de 2015 y, por ende, no costaron el correlativo valor en pesos, que es lo afirmado por el demandante, pues las pruebas indican que gran parte fueron adquiridas con evidente antelación a esa fecha, y la otra, ni siquiera fue adquirida en moneda extranjera sino en pesos colombianos, aunado a que, si se efectúa la operación aritmética para establecer el total pagado en pesos por los bienes con base en las tasas cambiarias vigentes al día de su adquisición, el total que se obtiene resulta muy inferior al valor total del contrato, pactado en \$8.323'350.000. Para el efecto, obsérvese la siguiente tabla:

³⁴ De acuerdo con las facturas la importación se hizo bajo la modalidad CIF, esto es, “cost, insurance and freight” (costo, seguro y flete), según las normas INCOTERMS 2000, sobre transporte de mercaderías internacionales, lo que implica que los valores indicados, pagados por el demandante, incluyeron tales conceptos.

³⁵ Prueba 15, “factura proveedores”, USB.

FACTURA	PRODUCTO	UNIDADES	FECHA	VALOR TOTAL (USD)	TRM	VALOR TOTAL PESOS (COP)
4509	tabletas	2000	16/07/2015	\$ 174.966,13	\$ 2.727,23	\$ 477.172.878,72
5416	tabletas	3500	23/07/2015	\$ 311.777,17	\$ 2.727,23	\$ 850.288.051,34
4518	tabletas	3500	28/07/2015	\$ 308.216,64	\$ 2.807,36	\$ 865.275.066,47
4519	tabletas	3499	30/07/2015	\$ 308.216,64	\$ 2.807,36	\$ 865.275.066,47
4520	tabletas	3650	3/08/2015	\$ 327.844,83	\$ 2.807,36	\$ 920.378.461,95
4522	tabletas	323	6/08/2015	\$ 28.639,11	\$ 2.945,97	\$ 84.369.958,89
468	tableros	90	4/08/2015	NA	NA	\$ 980.733.600,00
TOTAL						\$ 5.043.493.083,84

59. Así las cosas, si bien una variación de la TRM tuvo injerencia en las negociaciones que realizó la demandante, no fue una circunstancia que hubiera afectado gravemente la economía del contrato en perjuicio del demandante, pues no causó que las obligaciones a su cargo salieran del alea normal del negocio, como tampoco se observa que se hubiese afectado la utilidad esperada al momento de la celebración del negocio, y mucho menos, que hubiese incurrido en pérdidas por esa circunstancia.

60. Por lo tanto, en atención a que: (i) la variación de la TRM fue previsible, (ii) la exposición del contrato a esta variable fue por culpa de la parte que la alega y, en todo caso, (iii) no se acreditó que tal variación hubiese generado una excesiva onerosidad en las prestaciones a cargo del demandante, no caben los reproches de la apelación y, en su lugar, se impone con razonado juicio confirmar la sentencia de primera instancia.

Costas

61. Habida consideración de que en este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala condenará en costas a la parte actora en la medida en que se confirmará la sentencia de primera instancia. Bajo las reglas del código en cita, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria, toda vez que dicha condena se impone a partir de la verificación objetiva de quién resultó vencido, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*.

62. La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

63. En relación con las agencias en derecho, se pone de presente que estas se regirán por el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda³⁶. De conformidad

³⁶ Que fija, en su numeral 3.3.1. que las agencias de derecho podrán ser fijadas en hasta el 5% de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. Este Acuerdo es aplicable a este caso pese a la derogatoria que hizo de él el Acuerdo 10554 de 2016 que fue expedido con ocasión de la entrada en vigencia del CGP. El Acuerdo 10554 estableció en su artículo 7º que *“se aplicará respecto de los procesos iniciados a partir de dicha*



Expediente: 63001-23-33-000-2017-00359-01 (61441)
 Demandante: Pear Solutions S.A.S.
 Demandada: Departamento del Quindío
 Medio de control: Controversias contractuales
 Asunto: Sentencia de segunda instancia

con su artículo tercero, en la fijación de las tarifas en los asuntos contencioso administrativos, debe tenerse en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración útil de la gestión realizada por el apoderado, así como la cuantía de la pretensión y demás circunstancias relevantes.

64. En este caso, la Sala advierte que, la demandante no fue condenada a pagar por agencias en derecho en primera instancia, en la medida que se accedió parcialmente a las pretensiones, suerte que no corrió en esta instancia en la que todos los cargos que fundaron la apelación resultaron sin acierto.

65. En lo que tiene que ver con las agencias en derecho en segunda instancia, éstas deben fijarse hasta el 5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas de la sentencia, según lo dispuso el artículo 6 del aludido Acuerdo. Se advierte que, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 *ibidem*, hubo gestión procesal del apoderado de la parte demandada en esta instancia. En tal virtud, se fija las agencias en derecho en diez millones seiscientos seis mil setecientos treinta y dos pesos (\$10'606.732), teniendo en cuenta la relación porcentual del 1% del valor de las pretensiones económicas del demandante³⁷.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 15 de marzo de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a Pear Solutions S.A.S., por las razones señaladas en esta providencia, las que deberán ser liquidadas de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: FIJAR las agencias en derecho de la segunda instancia en diez millones seiscientos seis mil setecientos treinta y dos pesos (\$10'606.732) a favor del departamento del Quindío.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

fecha. Los comenzados antes se siguen regulando por los reglamentos anteriores sobre la materia, de manera especial los contenidos en los Acuerdos 1887 de 2003'.

³⁷ La cuantía se estimó en \$1.060'673.207, valor que en sentir del demandante correspondía a la compensación por el desequilibrio económico que presentó el contrato 13 de 2015, folio 43 c. 1.

Compartido por

Q&N CORPORACIÓN

ASESORES - CONSULTORES

Expediente: 63001-23-33-000-2017-00359-01 (61441)
Demandante: Pear Solutions S.A.S.
Demandada: Departamento del Quindío
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. **Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema SAMAI.**

