EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Concepto

En el presente litigio el problema jurídico se planteó en el ámbito del desequilibrio económico del contrato el cual consiste en la ruptura de la equivalencia entre las prestaciones a cargo de las partes. Desde el punto de vista normativo se advierte que aunque el principio del equilibrio contractual se reconoció con anterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, con fundamento en las normas sobre reajustes de precio en el contrato de obra pública y compartiendo las bases de las disposiciones del Código Civil acerca del contrato conmutativo y del artículo 868 del Código de Comercio en torno de la revisión por circunstancias imprevistas, la consagración positiva del derecho al equilibrio en la ecuación económica del contrato estatal se introdujo, a través de diversas referencias normativas, en la Ley 80 de 1993, de acuerdo con los artículos 4, 5, 27 y 28… Con apoyo en las normas citadas, se observa que el deber de restablecer el equilibrio económico que se impone al Estado contratante, o al contratista en su caso, puede tener lugar aunque la parte a la que se le imputa haya cumplido las obligaciones contractuales, toda vez que es factible la convergencia de aquel contenido obligacional con las responsabilidades o cargas económicas adicionales, en orden a mantener el valor intrínseco de las prestaciones comprometidas en un acuerdo contractual. Por tanto, el conflicto que ahora se desata fue correctamente planteado en la demanda, desde el punto de vista del desequilibrio, con independencia de que el contrato se hubiera cumplido, sobre lo cual no existe debate entre las partes. Se hace notar que la obra se entregó y el contrato se liquidó, con salvedades de tipo económico, acerca de las cuentas que correspondían a los costos que fueron reclamados como desequilibrio económico y rechazados por el Estado contratante, en cuanto consideró que estaban a cargo del contratista.

RIESGO - Contrato estatal - Concepto

En este proceso no puede ignorarse la relación del asunto en litigio con la noción del riesgo en el contrato estatal, dado que una de las pretensiones materia de la apelación se refiere al desequilibrio por los costos que el contratista estimó asociados a la demora en un trámite ambiental el cual, a su vez, el Tribunal a quo señaló a cargo del contratista por razón de la cláusula de gestión de riesgo ambiental que se encontraba prevista en el contrato. La Sala advierte que la referida cláusula contractual estaba relacionada con lo que el pliego de condiciones estipuló acerca de la cuantificación de los gastos estimados en materia de la gestión de riesgo ambiental y, por ello, la citada disposición será interpretada en conjunto con el contenido contractual sobre el riesgo ambiental que allí se dispuso. Sin embargo, se anticipa desde ahora que el riesgo derivado del supuesto tiempo excesivo en la expedición de la licencia ambiental no se materializó. Por tanto, aunque existió una cuantificación de los gastos requeridos para el trámite de las licencias ambientales, eventualmente incluyendo aquellos asociados al factor de tiempo, en el presente proceso no hay lugar al estudio de la forma como se estimó su valor. Tampoco es necesario entrar a medir si el eventual efecto adverso desbordó o no el monto de lo aprobado de acuerdo con el pliego de condiciones y el contrato

EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Carga probatoria

En el caso concreto, el demandante allegó como prueba la contabilidad del consorcio, que según las notas de los estados financieros, tenía por objeto el desarrollo del contrato *sub lite.* Aportó un voluminoso acervo probatorio en materia contable, mediante el cual mostró la totalidad de la ejecución contractual, de manera individual y consolidada, lo cual constituyó un esfuerzo probatorio acertado para el propósito de traer a la *litis* los hechos económicos que reflejan la ejecución del contrato, vista desde el interior del consorcio, como un ente contable. Se agrega que esta conducta revela la buena fe del demandante en no ocultar ningún aspecto de la ejecución contable del contrato, a pesar de las falencias que pudiera tener, lo cual no es común en los procesos judiciales en los que se pretende el desequilibrio económico, toda vez que la parte actora suele acotar su esfuerzo probatorio al comportamiento de unas cuentas, por tanto, de manera incompleta. Se recuerda que la ecuación económica del contrato es comprensiva de toda su ejecución -o la de la etapa correspondiente- y, desde ese punto de vista, la prueba de la ruptura del equilibrio impone el análisis macroscópico o consolidado del resultado económico y no solo el de la cuenta o ítem que se alega como causa o fuente del desequilibrio. Sobre este aspecto se reseña que el Tribunal *a quo* no se detuvo en el análisis de las pruebas contables y, por el contrario, imputó al contratista falta de prueba de la ejecución de distintos *ítems*, extendiendo una apreciación que no era aplicable a todas las reclamaciones que presentó el consorcio demandante. En este caso, la falta de valoración probatoria de los estados financieros y de los comprobantes contables allegados al proceso implicó que no se tuvo en cuenta el reconocimiento que el Código de Comercio, la Ley 222 de 1995 y el Decreto 2649 de 1993 otorgaron a la contabilidad del comerciante, a los estados financieros certificados por contador público y a la prueba acerca de los hechos económicos que ellos acreditan.

**CONTRATO ESTATAL** **- Mora - Trámite licencias ambientales**

Licencia otorgada por la CAR el apelante planteó que el Tribunal a quo no tuvo en cuenta que las licencias y permisos se demoraron por un tiempo superior al que establecían las normas jurídicas y estimó que, por ello, la sentencia de primera instancia debe ser revocada. Teniendo en cuenta que el a quo se apoyó en que el trámite de las licencias ambientales correspondió al contratista, el problema jurídico que se debe resolver aquí consiste en definir si el mayor tiempo en la expedición de las licencias constituyó o no un factor de riesgo que estaba a cargo del contratista. La respuesta al problema planteado es afirmativa, aunque en este caso el riesgo que alegó la demandante no se configuró, por las razones que se exponen en los siguientes párrafos. Se destaca que, aunque en la celebración del contrato no tuvo lugar la obligación de desarrollar una matriz de riesgos, en la cláusula décima cuarta del contrato 3443, referida al impacto ambiental, se indicó que el contratista debía observar las disposiciones de la Ley 99 de 1993, del Decreto Reglamentario 1220 de 2005 y demás normas concordantes, “para el trámite y obtención de la autorización de las licencias o permisos específicos requeridos para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales”. Concretamente, en la citada cláusula contractual se dispuso que las licencias y permisos sobre recursos naturales serían tramitadas “por cuenta y riesgo” del contratista…La Sala precisa que en la contratación sub júdice no se adoptó una cláusula de asignación indefinida de todos los riesgos al contratista, la cual se ha entendido como no aplicable, toda vez que de manera concreta el pliego de condiciones se ocupó de regular la constitución de una provisión para atender los gastos requeridos para el programa de gestión de las guías ambientales (PAGA) que debía definir el contratista, cuyo valor estaba incorporado en el precio del contrato…Así las cosas, resulta cierto que de acuerdo con el contrato 3443 el riesgo derivado de la duración de los trámites relacionados con los recursos naturales estaba asignado al contratista, bajo su propia valoración, de manera que no cabe explorar la concurrencia de un desequilibrio económico a cargo del Estado por los mismos hechos relacionados con la demora en las licencias ambientales cuyo trámite estaba a cargo del contratista. Se puntualiza que de acuerdo con la asignación del riesgo ambiental establecida en el contrato, se entiende que el contratista debió estimar el tiempo usual de los estudios a su cargo y del trámite respectivo, desde el momento en que presentó el plan de manejo ambiental incluyendo el valor correspondiente, para que en el desarrollo del contrato se constituyera la provisión en orden a cumplir con el programa ambiental diseñado por él, bajo las reglas del denominado PAGA. Además, lo que es igualmente importante, se puede advertir que si se presentaba alguna dificultad legal en el trámite de las licencias ambientales, la misma debía ser superada por cuenta y riesgo del contratista, por ejemplo, le correspondía realizar las actuaciones e interponer las acciones y recursos contra las entidades competentes para obtener las licencias requeridas. Por otra parte, dentro de la gestión del riesgo en los trámites de las licencias ambientales, es indiscutible que el contratista debía tomar medidas de mitigación para evitar gastos innecesarios, dado que no se le reconocerían sino aquellos previamente definidos y cuantificados para la respectiva actividad. (…) Tampoco son de recibo los reclamos que presentó el consorcio el 10 de febrero de 2010, indicando que el INVÍAS debía reconocer un ajuste con soporte en que el acta de inicio se había firmado el 5 de febrero de 2008. Se hace notar que solo hasta el 8 de mayo de 2008 el contratista presentó la solicitud de la licencia ambiental, de manera que no puede trasladar al INVÍAS el efecto económico de su propia actividad, eventualmente demorada en iniciar el trámite. Se repite que le correspondía al contratista estimar el tiempo del trámite y, en su caso, incorporarlo dentro del precio. Desde otro punto de vista, se precisa que el contratista solicitó mediante comunicación de 1º de diciembre de 2008 una adición del valor del contrato por la suma de $500’000.000, por concepto de *“mayores cantidades y actividades no previstas contractualmente”*, y obtuvo la negociación de un contrato adicional por el referido valor, que se suscribió el 12 de diciembre de 2008, de acuerdo con sus propios cálculos y que, por supuesto, se negoció a los precios de 2008 y comprendió las actividades no previstas ya ejecutadas hasta esa fecha. De esta forma, en lo que se refiere al incremento de costos en el período anterior a la fecha en que negoció el contrato adicional por actividades no previstas, resulta improcedente configurar posteriormente un supuesto desequilibrio económico, con fundamento en las actividades que ya habían sido desplegadas por el contratista, cuyo costo, por tanto, debía conocer. De manera concreta se observa que el consorcio no registró en su contabilidad un costo asociado a la ocurrencia de un mayor tiempo en el trámite de las licencias, de acuerdo con lo que se establece de los soportes y comprobantes que fueron allegados al presente proceso. Lo anterior se advierte aunado a que tampoco se acreditó una espera extraordinaria o anormal en el trámite, todo lo cual lleva a concluir que el riesgo derivado de la gestión ambiental no se materializó.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Cierre de la vía - Procedencia**

Ahora bien, respecto del permiso para el cierre del puente, otorgado por el Ministerio de Transporte mediante Resolución 000316 de 30 de enero de 2009, se observa que no se trataba de un permiso ambiental de los previstos en la cláusula décima cuarta del contrato. Además, el trámite no era de aquellos bajo el riesgo del contratista, toda vez que solo se acordó que le correspondía tramitar los permisos de carácter regional y, en este caso concreto, el permiso de cierre fue expedido por el Ministerio de Transporte, una autoridad de carácter nacional y fue tramitado por el INVÍAS…No procede el argumento del apelante en cuanto a que se habría causado un desequilibrio económico por demora en el trámite de cierre de la vía, toda vez que la solicitud correspondiente se atendió en un solo día. En efecto, según consta en el texto de la Resolución 00316, el cierre de la vía se solicitó el 29 de enero de 2009 y se autorizó el 30 de enero de 2009.Además, ese acto administrativo de autorización se expidió de manera oportuna, es decir, con anterioridad a la fecha en que se debía reanudar la obra que era el 4 de febrero de 2009, según se informó al Ministerio de Transporte. Se corrobora que, de acuerdo con la relación de actas, el contrato estuvo suspendido entre el 24 de diciembre y el 2 de febrero de 2009, de manera que no hay lugar a imputar gastos de ese período al INVÍAS, relacionados con este trámite. Sin embargo, el demandante afirmó que después de obtener el permiso, la comunidad se opuso al cierre autorizado para la vía y que no estaban listas las vías alternas para tráfico pesado, por lo cual, a pesar de contar con el permiso, el cierre solo se pudo hacer efectivo hasta el 26 de febrero de 2009, y. por ello, aseveró que desde el 3 de febrero y hasta el 26 de febrero de 2009 no fue posible la intervención de la obra, para realizar el pilotaje. Este argumento no fue refutado por el INVÍAS. La Sala pasa a estudiar el citado argumento, dado que guarda relación con las afectaciones que fueron alegadas en la apelación, en lo que se refiere a la supuesta demora de las entidades estatales. Se reitera que a diferencia de lo que consideró el Tribunal *a quo,* el trámite del cierre de la vía estaba a cargo del INVÍAS y, por ello, resulta imperativo corregir la valoración probatoria efectuada por este Tribunal *a quo*. Se encontró probado, mediante comunicación de 17 de febrero de 2009, que el contratista fue requerido por parte del proveedor Equipos y Cimentaciones S.A. para pagar un *stand by* de la maquinaria. En esa comunicación el proveedor manifestó que tenía los equipos de pilotaje disponibles desde el 16 de febrero de 2009 y que, aún no se conocía si el 19 de febrero de 2009 se podría cerrar la vía…Por otra parte, es importante observar que no consta en el proceso una prueba de que hubiera ocurrido una demora en el cierre efectivo de la carretera - en la zona del puente- una vez que fue autorizado por el Ministerio de Transporte. Tampoco se acreditaron los hechos provenientes de la comunidad que habrían ocasionado la demora en el cierre y la imposibilidad de poner en operación la maquinaria. Así las cosas, la Sala encuentra probado el pago del stand by de maquinaria, de acuerdo con la contabilidad del contratista, pero advierte que no se acreditó prueba de la demora en el cierre de la vía y de su eventual afectación efectiva sobre la actividad del proveedor de la citada maquinaria. No resulta suficiente la afirmación del proveedor en la carta de cobro del *stand by*, por la siguiente razón: Según los auxiliares de contabilidad del consorcio, en el mismo mes de febrero de 2009 se entregaron por caja las siguientes sumas de dinero a favor del mismo proveedor, es decir, Equipos y Cimentaciones S.A., lo cual lleva a entender que no estaba parado en su actividad…Como puede observarse de la relación anterior, aparece acreditado que en el mes de febrero de 2009 existieron pagos de importancia por servicios de construcción prestados por el mismo proveedor que luego cobró el stand by. De esta manera, aunque no se pone en duda el pago realizado el 19 de marzo de 2009, por la suma de $12’000.000, la Sala concluye que no se puede afirmar que el proveedor hubiera enfrentado demoras por problemas con la comunidad, o que no hubiera podido realizar actividades con la maquinaria por hechos imputables al INVÍAS. Falla, entonces, la prueba de la causalidad de este gasto con el hecho que se alega. En ese orden de ideas está probado que se habían causado cuentas por servicios al mismo proveedor sin importar el supuesto cierre efectivo de la vía, con base en lo cual se infiere que dicho proveedor pudo realizar su actividad en la zona del puente, en el mismo mes en que se obtuvo la autorización del Ministerio de Transporte.

**COSTOS - Demoras en los permisos - Reconocimiento - Procedencia**

De acuerdo con el estado de pérdidas y ganancias del año 2009, el Consorcio Puentes Putumayo registró una pérdida bruta de $308’474.269, suma que se obtiene de la diferencia entre los ingresos por los servicios de construcción (causados por el valor total del contrato, incluidos los contratos adicionales) y los costos y servicios que se causaron en su ejecución. Por otra parte, el monto de los sobrecostos que registró el consorcio resultó superior al valor pagado por concepto de imprevistos, toda vez que, según el acta de liquidación el valor de obra ejecutada ascendió a $1.664’437.543 de lo cual se establece que el 5% pagado por concepto de imprevistos fue la suma de $138’517.616, inferior a la pérdida que arrojó la ejecución del contrato. De acuerdo con las cifras anteriores, al apreciar la ejecución del contrato, no se pasa por alto que el contratista enfrentó imprevistos de importancia, como fue el incidente del colapso de las vigas en concreto a demoler que cayeron al cauce del río Bogotá, lo que le implicó costos para lograr retirar las vigas del río, los cuales, sin embargo, eran parte del riesgo constructivo. Se hace alusión a esos costos y gastos para advertir que el rubro de imprevistos establecido en el contrato se consumió de acuerdo con los gastos acreditados en el proceso. Sin embargo, las cifras de ejecución del contrato no permiten concluir que todos los sobrecostos eran atribuibles al INVÍAS, ni que todos los gastos registrados guardaban causalidad con el contrato .Como consecuencia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia, se denegará el reconocimiento de los costos por demoras en los permisos.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Delegación de funciones

La apelación también comprendió un cargo por incongruencia del fallo, toda vez que, en criterio de la parte demandante, el Tribunal *a quo* ha debido proceder a la liquidación del contrato en sede judicial. En relación con la prueba del acta de liquidación allegada al plenario, la cual acredita el valor de la obra ejecutada, se observa que fue suscrita por el representante del Consorcio y el Secretario General Técnico del INVÍAS. La Sala estima que no existe reparo en considerar que el Secretario General Técnico del INVÍAS obligó a la entidad estatal en cuanto al contenido de la liquidación se refiere, dado que era un delegado facultado para el efecto. Se advierte lo anterior de acuerdo con la Resolución 3906 de 2007 que se invocó en el contrato *sub judice* como acto de delegación de funciones del Director General del INVÍAS en el Secretario General Técnico. De acuerdo con la citada resolución, en forma concreta el Secretario General Técnico fue delegado para *“liquidar los contratos derivados del proceso contractual de su competencia”*. Como consecuencia, se encuentra probado que el contrato fue liquidado, por el funcionario competente, sin perjuicio de las salvedades impuestas en el acta respectiva. Se agrega a ello que las salvedades no se aceptaron en este proceso, de acuerdo con el análisis de las pruebas y lo expuesto en la presente providencia. En este orden de ideas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, dentro de la denegación general de las pretensiones de la demanda, queda comprendida, como lo estaba en la sentencia de primera instancia, la pretensión de liquidación del contrato en sede judicial.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2012-00035-01(53875)**

**Actor: CONSORCIO PUENTES PUTUMAYO**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

***Temas:*** *DESEQUILIBRIO ECONÓMICO – Concepto - carga probatoria del demandante / RIESGOS EN EL CONTRATO ESTATAL – concepto / ECUACION ECONÓMICA – modalidad de precios unitarios por cantidades variables / RIESGO AMBIENTAL – asignación del riesgo en los trámites - ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL – salvedades.*

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, el 4 de diciembre de 2014, mediante la cual se dispuso:

*“****PRIMERO. NEGAR*** *las pretensiones de la demanda.*

*“****SEXTO*** *(sic)[[1]](#footnote-1) Sin condena en costas”.*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

Mediante demanda presentada el 16 de enero de 2012 el consorcio Puentes Putumayo[[2]](#footnote-2), en ejercicio de la acción contractual, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS[[3]](#footnote-3) (se transcribe en forma literal, incluso con posibles errores):

*“****1. Declaraciones****:*

*“a. Se declare que entre el CONSORCIO PUENTES PUTUMAYO conformado por el INGENIERO GABRIEL ROBERTO PATIÑO TÉLLEZ con C.C. (….) y la firma S&P INGENIEROS LTDA con NIT (…) se suscribió el contrato No. 3443 con el Instituto Nacional de Vías –INVÍAS-, a través de su Secretario General Técnico Doctor Juan Gabriel Berón Zea, por un valor de MIL CINCUENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS VEINTISÉIS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE ($1.053´926.844,00), incluye obras complementarias, estudios (incluye provisión PAGA[[4]](#footnote-4)) y el valor del IVA y un plazo de cinco (5) meses.*

*“b. Se declare que el contratista tiene derecho a que se le paguen los valores respectivos, con ocasión del desequilibrio financiero, al contratante, en vista del no pago del reajuste de precios, de mayores cantidades de obra y de actividades no previstas, en donde se explica una a una en qué consistió el no pago del reajuste de precios, de mayores cantidades de obra y de actividades no previstas, a que tiene derecho el pago, la cuales no han sido pagadas.*

*“c. Se declare que solo hasta el 29 de febrero de 2009, se inicia la construcción del puente con base en los estudios y demás trámites administrativos.*

*“d. Se declare que transcurridos aproximadamente once (11) meses, sin que diera inicio a la construcción del puente, por tal motivo tienen derecho al reajuste del precio ya que esto constituye un desequilibrio financiero del contrato, por el cambio de vigencia de 2008 y 2009 (año en que se inicia la construcción del puente con base en los estudios y demás trámites administrativos).*

*“e. Se declare en vista de la mora que existió para obtener permisos de intervención en la ronda del Río Bogotá y del cierre del corredor vial, en otras palabras, el inicio de la construcción del puente, el contratista, tiene derecho a que se reconozca el stand by de los equipos de perforación para los pilotes.*

*“f. Se declare que la totalidad del concreto empleado consumido, fueron 235,5 M3, el cual es superior al estimado en los pliegos en el que se señaló 182 M3. El motivo del incremento del concreto se debió a las existencias de cárcavas o cámaras de aire que se encontraron en la estratigrafía, generando una mayor cantidad de obra a la presupuestada inicialmente (mayor cantidad de obra ejecutada de 71.5 m3 para un diámetro de pilote de 0.80 metros, profundidad de 23 metros por pilote y un número total de 16 pilotes).*

*“g. Se declare la necesidad de utilizar el empleo de camisas no recuperables, por cuanto en la perforación de los pilotes, se han encontrado en razón de piedra que han generado inestabilidad para el vaciado del concreto, por tal motivo, se requiere dichas camisas para terminar esta actividad.*

*“h. Se declare, que el contratista tiene derecho al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, por concepto de transporte, dado que las canteras no se encuentran alrededor de 5 kilómetros, sino por el contrario, a 30 kilómetros del sitio de la obra, por lo que existe una diferencia de 25 kilómetros, que debe entrar a reconocer la entidad contratante, derivada de la mayor distancia, incurriendo en mayores costos en la adquisición de materiales de cantera, aspecto este que no se tuvo en cuenta en la ejecución del contrato y en el equilibrio financiero del mismo.*

*“i. Se declare, que el contratista tiene derecho al pago por retiro de anclaje y platinas, puesto que se trata de una situación material imprevista, pero necesaria, porque sirvieron de apoyo a las tres (3) vigas metálicas del puente y son elementos individuales diferentes de los aceros de las vigas mismas.*

*“j. Se declare que el contratista tiene derecho al pago por retiro de las vigas en concreto a consecuencia del deterioro estructural, las cuales al demoler debido a su pésimo estado y gran deterioro del anterior puente, cayeron éstas, al lecho del Río Bogotá. En razón a las normas ambientales y requisitos exigidos por la CAR el contratista, procedió al retiro total de las vigas del fondo del Río Bogotá, teniendo que contratar equipos y grúas especializadas para esta actividad ocasionándole sobrecostos.*

*“k. Se declare que el contratista tiene derecho al pago total con ocasión del traslado de las redes de energía, suministro, fabricación, transporte e instalación de estructura metálica A 50 que fueron autorizados por el contratante, e incluidos en el acta de ítems no previstos de fecha 15 de julio de 2008 (ver folio 64), pero no se pagó la totalidad del acta. En cuanto a los pilotes pre-excavados D- 0.8 m (incluye excavación, suministro y colocación de concreto de 3000 psi: no incluye acero de refuerzo) los cuales fueron aprobados por el contratante.*

*“l. Se practique la respectiva liquidación judicial del contrato suscrito entre el CONSORCIO PUENTES PUTUMAYO conformado por el INGENIERO GABRIEL ROBERTO PATIÑO TÉLLEZ con CC (…) y la firma S&P INGENIEROS LTDA, con Nit (…), con el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS- a través de su Secretario General Técnico Doctor Juan Gabriel Berón Zea, por un valor de MIL CINCUENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS VEINTISÉIS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE ($1.053´926.844,00), incluye obras complementarias, estudios (incluye provisión PAGA) y el valor del IVA y un plazo de cinco (5) meses.*

*“Pretensión Subsidiaria*

*“En el evento en que el procedimiento no sea la acción contractual, en atención al principio IURA NOVIT CURIA, solicito señor juez, encauzar la demanda por el proceso correspondiente.*

*“2. Condenas[[5]](#footnote-5):*

*“Se condene al pago de:*

*“a) Pago de ajustes por concepto del cambio de vigencia 2007, 2008 y 2009, de acuerdo con la fórmula que contemple los índices del DANE (…) por valor de* ***CIENTO SESENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($160’000.000,00)****.*

*“b)**Relleno para estructuras, las cuales no fueron canceladas (…) adecuación de las pasarelas peatonales, rellenos para las bases de las zapatas (…) para un valor de ítem de* ***VEINTIDÓS MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE ($22’143.820,00)****.*

*“c)**Concreto para tablero y andenes en 14 m3 que dejó de pagar el interventor, adquiridos en la central de mezclas CEMEX y dispuestos en el tablero, a un valor unitario de $590.000,oo, para un valor del ítem de* ***OCHO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($8’260.000,00)****.*

*“d) Baranda metálica en acero A36 en 2.351 Kg que dejó igualmente de pagar el interventor, (….) para un valor total de ítem de* ***ONCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($11’755.000,00)****, más los anclajes de los elementos verticales que sostienen la baranda que nunca los tuvo en cuenta la Interventoría y que tiene un valor de* ***UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($1’200.000,00)*** *para un total de* ***DOCE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($12’955.000,00)****.*

*“e) Suministro, fabricación, transporte e instalación de estructura A50 para vigas metálicas tipo cajón, en 869.31kg instalados y terminados que no liquidó el interventor (…) para un valor total de* ***SEIS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL DOSCIENTOS VEINTIDÓS PESOS MONEDA CORRIENTE ($6’650.222,00)****.*

*“f) Concreto para pilotes pre excavados diámetro (…) que dejó de pagar el interventor, que fueron cancelados a la concretera HOLCIM COLOMBIA S.A. (…) por un valor de* ***CIENTO CATORCE MILLONES QUINIENTOS CUATRO MIL CIENTOS[[6]](#footnote-6) NOVENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE ($114’504.196,00)****.*

*“g) Anclajes para afianzar vigas metálicas cajón con los apoyos según factura anexa para un costo básico de (…) y un costo final de* ***CATORCE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($14’885.000,00)****.*

*“h) Costos básicos cancelados por el retiro de las vigas en concreto a demoler, que por su pésimo estado colapsaron e invadieron el cauce del Río Bogotá por valor de* ***TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($34’500.000,00)****.*

*“i) Pagos adicionales por concepto de demoras y stand by en los equipos de pilotaje y retroexcavadora por el tiempo perdido por parte de las entidades gubernamentales en la obtención del permiso del cierre de la vía por valor de* ***QUINCE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($15’600.000,00)****.*

*“j) El valor de* ***SEIS MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE ($6’923.840,00)****, dentro de la actividad de precio unitario global para el traslado de las redes eléctricas de media tensión, aprobado por el INVÍAS mediante oficio mediante acta de fijación de ítems no previstos del 28 de julio de 2008, por un valor de* ***SESENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($69’238.400,00)****[[7]](#footnote-7), en donde el interventor avaló la suma de* ***SESENTA Y TRES[[8]](#footnote-8) MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($62’314.560,00)****[[9]](#footnote-9).*

*“k) El valor total de* ***SEIS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($6’000’000)*** *por concepto de la camisa perdida, elaborada en lámina de 3/8 para poder culminar el vaciado del concreto de los pilotes.*

*“l) Se condene al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, al pago de costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso, así como los frutos que se ocasionen desde la interposición de la demanda hasta su culminación”[[10]](#footnote-10).*

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** El 31 de diciembre de 2007 se suscribió el contrato 3443 entre el INVÍAS y el Consorcio Puentes Putumayo, el cual tuvo por objeto la construcción del puente Bavaria en la carretera Briceño – Zipaquirá, por valor de $1.053’926-844,00, suma que incluyó obras complementarias, estudios (provisión PAGA) y el valor del IVA, con plazo de cinco meses.

**2.2.** Durante 2008 y 2009 se suscribieron ochos acuerdos adicionales al contrato 3443, los números 1, 2, 4, 5, 6 y 7 para prorrogar el plazo y los adicionales 3 y 8 para aumentar el valor del contrato.

**2.3.** Según narró el demandante,de acuerdo con las adiciones de valor y plazo, el monto total del contrato ascendió a $1.720’926.844 y el plazo de ejecución aproximado alcanzó 21,5 meses.

**2.4.** Para adelantar la construcción del puente Bavaria en la carretera Briceño – Zipaquirá se requería permiso de la CAR, toda vez que era necesario intervenir la ronda del río Bogotá.

**2.5.** Mediante Resolución 2243 de 27 de octubre de 2008 la CAR- Cundinamarca aprobó las memorias técnicas, especificaciones y plan de operación, presentados por el Consorcio Puentes Putumayo, habiendo trascurrido aproximadamente ocho meses entre la orden de inicio de obra y la expedición de la Resolución citada.

**2.6.** El 30 de enero de 2009 el INVÍAS, mediante Resolución 000316, obtuvo la autorización del cierre total del puente Bavaria, durante cuatro meses, que solo se hizo efectivo a partir del 26 de febrero de 2009, por cuanto, primero, la comunidad se opuso al cierre, y, segundo, la variante donde debían transitar los vehículos pesados no estaba terminada. Estas dos eventualidades eran del conocimiento del INVÍAS, según afirmó el demandante.

**2.7.** El consorcio envió varios oficios a la interventora de la obra, INGEOCIM LTDA, haciendo constar la morosidad que hubo para obtener los permisos de intervención de la ronda del río Bogota y el cierre del corredor vial que comunica a Briceño con Zipaquirá.

**2.8**. Según observó el consorcio demandante, transcurrieron aproximadamente once meses sin que se diera inicio a la construcción, lo que constituyó un desequilibrio económico del contrato por el cambio de vigencia fiscal (2008- 2009).

**2.9.** El 22 de enero de 2009 se recibió la respuesta T-008-2007-042-OFC del interventor del contrato, en la cual indicó que no procedía el reajuste de precios solicitado y se afirmó que la no iniciación de los trabajos se debió al consorcio contratista.

**2.10.** El consorcio solicitó al INVÍAS, el 20 de febrero de 2009, el reconocimiento de un “*stand by para los equipos de perforación para los pilotes”*[[11]](#footnote-11)*,* dado que el proveedor de la maquinaria le estaba cobrando por tener los equipos parados.

**2.11**. Mediante oficios del 11 de marzo y del 19 de mayo de 2009, el consorcio solicitó el pago de la totalidad del concreto empleado, toda vez que el motivo del incremento en el material requerido obedeció a la existencia de cárcavas o cámaras de aire, que llevaron a que el concreto utilizado fuera de 235.5 M3, monto superior al estimado en el pliego de condiciones, en el cual se indicaron 183 M3, lo que a su vez generó la mayor cantidad de obra ejecutada.

**2.12.** Inicialmente, el interventor negó la solicitud del consorcio, por cuanto afirmó que el contratista no podía tomar las decisiones de obra que, a su juicio, correspondían a la entidad contratante. Sin embargo, mediante oficio T-004-2009-035 de fecha 6 de julio de 2009 cambió de posición y fijó las directrices, reconociendo que se podía incluir un 20% de administración y que del valor a reconocer se debía descontar el equivalente a 6.5 M3 de concreto. Esa postura arrojaba un reconocimiento parcial de lo que se estaba reclamando; sin embargo, según afirmó el demandante, la entidad contratante no procedió al pago. El consorcio indicó que la mayor cantidad de obra ascendía a $114’504.196 de los cuales el interventor solo admitió $23’636.995 y agregó que, finalmente, en todo caso no se le pagó.

**2.13**. Mediante oficio 017-494-2008 de 28 de julio de 2009, el consorcio reclamó el restablecimiento del equilibrio económico, por transporte de mayor distancia, mayores costos de materiales de cantera, anclajes y platinas para el apoyo de las vigas, situaciones estas que no estaban previstas en el pliego de condiciones. El demandante indicó que no le fueron reconocidas.

**2.14**. Mediante oficio 017-498-2008 de 14 de agosto de 2009, el consorcio reclamó los costos de equipos y grúas especializadas que fue necesario contratar para retirar del lecho del río Bogotá las vigas de la anterior estructura, que por su pésimo estado cayeron al río, lo cual ocasionó sobrecostos. De acuerdo con lo que narró el demandante, el interventor indicó la imposibilidad de acceder al reconocimiento de los sobrecostos, inicialmente sin mayor argumento. Sin embargo, ante la reiteración del reclamo, el 9 de noviembre de 2009 el interventor argumentó que esos costos hacían parte del riesgo normal del contratista.

**2.15.** El 18 de noviembre de 2009, el consorcio presentó una relación detallada de las reclamaciones, que acumulaban un valor total de $402’442.078, la cual se reiteró en comunicación de 10 de febrero de 2010, solicitando la inclusión de la suma referida en el acta de liquidación del contrato.

**2.16.** Mediante oficio de 22 de septiembre de 2010, el INVÍAS negó el reconocimiento de las sumas reclamadas.

**2.17.** El demandante agregó que mediante el acta de ítems no previstos, suscrita el 15 de julio de 2008, se habían reconocido algunos valores que fueron aprobados según oficio No. 38125 de 24 de septiembre de 2008, no obstante lo cual, la interventoría omitió dar viabilidad a la totalidad del pago.

**2.18.** El demandante narró que, mediante oficio 017-571- 2008[[12]](#footnote-12), el consorcio presentó al INVÍAS el acta de liquidación del contrato No. 3443, en la que dejó constancia de las salvedades reclamadas oportunamente y no reconocidas.

**3. Concepto de violación normativa**

La parte actora indicó como normas violadas los artículos 90 y 209 de la Constitución Política que se refieren a la responsabilidad del Estado y a los principios de la función administrativa, respectivamente.

Igualmente, se apoyó en los deberes del Estado contratante y en el derecho al restablecimiento económico, de acuerdo con los artículos 3, 8 y 27 de la Ley 80 de 1993.

Invocó la teoría de la imprevisión, con apoyo en la cual sostuvo que el contratista tiene derecho legítimo a que se le reconozcan los imprevistos que alteraron en forma extraordinaria y anormal el equilibrio financiero del contrato.

Finalmente hizo referencia a su derecho al pago de las obras complementarias no previstas en el proyecto, en razón de la falta de planeación de la entidad contratante.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto de 28 de marzo de 2012.

**4.2.** Las pruebas solicitadas se decretaronmediante auto de 24 de septiembre de 2012[[13]](#footnote-13), confirmado por auto de 22 de enero de 2013[[14]](#footnote-14).

**4.3. Contestación de la demanda**

En la contestación de la demanda, la parte demandada se opuso a las pretensiones. En relación con los hechos, observó que las suspensiones del contrato fueron acordadas entre las partes y que obedecieron al tiempo requerido para terminar los estudios y diseños que estaban a cargo del consorcio.

Destacó que en el pliego de condiciones se advirtió el deber del contratista en orden a obtener los permisos y estudios ambientales; de acuerdo con el numeral 3.8.3. del mismo. Igualmente, reseñó los apartes del pliego de condiciones relativos a los traslados, montaje de equipos y trasporte de materiales, todos ellos a cargo del contratista.

Explicó que el contrato inicialmente no consideró ajustes de precios; sin embargo, debido al mayor tiempo transcurrido sí se reconocieron con base en los índices del DANE para el ICCP, de acuerdo con la fórmula que definió en su momento la Dirección Territorial de Cundinamarca que actuó como supervisora del contrato.

Se refirió al memorando DT-CUN 34851 de 12 de junio de 2012, con base en la cual se calculó un ajuste de $50’438.352,67, el cual fue efectivamente incluido en las actas No. 9, 13, 15 a 18, 20 y 21, por lo cual el INVÍAS afirmó que no había lugar a nuevos reconocimientos por concepto de ajuste de precio.

Invocó que si, en gracia de discusión, se admitiera la existencia de algún sobrecosto, el contratista bien hubiera podido afectar el rubro de imprevistos y advirtió que, para hacer valer el mayor gasto en el presente proceso, el contratista tenía que demostrar que la afectación por tal sobrecosto fue por un monto superior al que quedó cubierto con el pago del AIU.

En cuanto al reconocimiento de costos por retiro de vigas, narró que inicialmente a través del memorando SRN 57577 de 14 de septiembre de 2011, se obtuvo un visto bueno para acordar el reconocimiento de una suma de $20’000.000, no obstante lo cual afirmó que el contratista cambió el valor de la reclamación y, finalmente, no se llegó a ningún acuerdo entre las partes.

En relación con la denegación de cantidades de obra reclamadas, se apoyó en el informe de la interventoría T-008-2007-082 OFC del 12 de junio de 2012, en el cual se explicó que las cantidades se calcularon con base en los diseños realizados por el mismo consorcio y que el valor pagado correspondió a las cantidades realmente ejecutadas.

Similar argumentación expuso en relación con el traslado de la red eléctrica que, según afirmó el INVÍAS, se pagó de acuerdo con lo ejecutado.

Regresando a los reclamos por concepto de ajustes, el INVÍAS hizo notar que la fecha de vencimiento del contrato ocurrió el 21 de noviembre de 2009, habiendo trascurrido un plazo total de 18 meses y 25 días y no como indicó el demandante.

Finalmente, el INVÍAS destacó el hecho de que el contrato fue liquidado mediante acta de 28 de junio de 2011 y que esa entidad pagó al contratista la totalidad del valor ejecutado.

**4.5. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 4 de diciembre de 2014, en la cual negó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal *a quo* presentó un recuento de las pruebas obrantes en el proceso, citó la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca del equilibrio económico del contrato y consideró lo siguiente, en el caso concreto (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“No obstante, se considera que la demora en el inicio de la ejecución de la obra, se debió en gran parte al CONSORICIO PUENTES PUTUMAYO quien no puede alegar su culpa en beneficio propio, en la medida en que del texto del contrato se desprende que era responsabilidad suya el trámite de los permisos ambientales (…)[[15]](#footnote-15).*

*“(…) no basta con que el demandante allegue al plenario las solicitudes elevadas ante la demandada sino que debe acreditar además que la obra adicional o el gasto en que incurrió de más fue efectivamente realizado (…).*

*“Así entonces debió aportar por ejemplo las actas de recibido parcial de obra (…)[[16]](#footnote-16)”.*

En la sentencia se analizaron las adiciones de precio y se observó que en las consideraciones del contrato adicional ocho (8) se tuvieron en cuenta las solicitudes y los valores correspondientes a la mayor cantidad de obra y a las obras complementarias, razón por la cual el Tribunal *a quo* advirtió que no podía acceder a las pretensiones del demandante, dado que este no probó que hubiera incurrido en otros gastos distintos de los que le fueron reconocidos en el citado adicional.

El Tribunal *a quo* rechazó las pretensiones fundadas en los sobrecostos por mayor permanencia en obra, reiterando que el contratista no fue ajeno a la mora en la ejecución del contrato.

De la misma forma, negó la pretensión relacionada con los ajustes de precios, teniendo en cuenta que el paso del tiempo no es suficiente para acreditar la ruptura de la ecuación económica del contrato.

Agregó que en el contrato se pactó un 5% por concepto de imprevistos y que si bien la suma reclamada en la demanda era superior al 5% del valor del contrato, el demandante no probó la ejecución de gastos y obras adicionales por un monto mayor al establecido dentro del AIU.

Acerca de la pretensión de liquidación judicial, en la sentencia de primera instancia se advirtió que en el plenario se acreditó un acta de liquidación bilateral y que la salvedad indicada por el consorcio no conllevó el desconocimiento de la liquidación.

Se puntualizó que la reserva de reclamación impuesta por el consorcio en el acta de liquidación se refirió al reconocimiento de valores adicionales por concepto de desequilibrio económico, los cuales se despacharon de manera desfavorable.

**4.6. El recurso de apelación**

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia con base en los argumentos que desplegó en dos acápites que tituló así:

**i)** La inexistencia de valoración probatoria.

**ii)** La incongruencia del fallo.

**4.6.1.** En relación con la inexistencia de valoración probatoria, después de relacionar la correspondencia y las resoluciones mediante las cuales se otorgaron los permisos, el apelante invocó que no se apreció que las pruebas acreditaban una “*espera superior y desproporcionada (no razonable – el contratista está en la obligación de soportar la espera razonable, la cual está establecida en la norma), por lo que la entidad contratante, debe reconocer y asumir el costo de la espera por fuera de los límites relacionados con la normatividad”[[17]](#footnote-17).*

Agregó que los sobrecostos derivados de la denominada espera se demostraron con las pruebas presentadas, de conformidad con las cuales las sumas reconocidas, de acuerdo con el contrato y sus adicionales, no alcanzaron para cubrir los gastos originados en las mayores cantidades de obra y en las actividades no previstas.

**4.6.2.** En el acápite de la apelación, enmarcado bajo el título de incongruencia del fallo, el apelante manifestó que, a pesar de lo probado, el Tribunal *a quo* no accedió a dos peticiones: **i)** la de liquidación del contrato, dado que se la denegó desconociendo su derecho a lo solicitado de acuerdo con el C.C.A. y **ii)** la de reconocimiento de los gastos referidos a las redes eléctricas de media tensión, por la suma de $6’923.840, incluida en la actividad de traslado de redes eléctricas aprobada por el interventor en el acta de fijación de precios de 28 de julio de 2008 y aceptada en el oficio 32349 de agosto 19 de 2008, no obstante lo cual, el interventor solo avaló la suma de sesenta y tres millones de pesos de los sesenta y nueve millones que habían sido autorizados, de manera que se debía conceder la condena al pago faltante por la suma antes citada.

Como conclusión, el apelante solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, que se le reconozcan las sumas reclamadas y que se realice la liquidación judicial del contrato.

**4.7. Alegatos en segunda instancia**

En la oportunidad para alegar, el demandante reiteró los argumentos de la apelación y la parte demandada guardó silencio.

**4.8.** **Concepto del Ministerio Público**

El **Ministerio Público** emitió concepto ante el Consejo de Estado, en el cual estimó que la sentencia de primera instancia debe ser revocada, toda vez que las pruebas acreditaron una espera injustificada en los permisos, el incumplimiento del principio de planeación y la existencia de sobrecostos asociados al retardo excesivo, todo lo cual, en criterio de la delegada de la Procuraduría General de la Nación, le ocasionó al contratista un desequilibrio económico por razón de los gastos de maquinaria, equipos y mano de obra, entre otros.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas:

**1)** Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado;

**2)** Caducidad de la acción contractual;

**3)** Concepto del equilibrio económico en el contrato estatal;

**4)** Concepto de riesgo en el contrato estatal;

**5)** Las pruebas aportadas al proceso;

**6)** La identificación de la fórmula que determinaba el equilibrio económico en el contrato 3443;

**7)** precisiones sobre la carga probatoria en materia de desequilibrio económico;

**8)** El caso concreto y,

**9)** Costas.

En el caso concreto se estudiará la supuesta mora en el trámite de los permisos, la asignación del riesgo ambiental, los sobrecostos por el *stand by* de maquinaria, los costos por el traslado de redes eléctricas y el alcance del acta de liquidación del contrato.

**1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado**

**1.1. Jurisdicción Competente**

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993[[18]](#footnote-18), en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo[[19]](#footnote-19), dado que en este caso, una de las partes es una entidad estatal, se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

**1.2. Cuantía**

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la cuantía del litigio se estimó en $402’442.078, valor que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V ($566.700 x 500 = $283’350.000)[[20]](#footnote-20), exigida de conformidad con la Ley 1450 de 2011[[21]](#footnote-21).

**2. Caducidad de la acción contractual**

En cuanto a la caducidad de la acción contractual, de conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, tratándose de contratos liquidados en forma bilateral, el término de caducidad se estableció así:

*“c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta”.*

En el caso concreto obra en el expediente el *“ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA”* No. 3443, suscrita por los representantes de las partes con fecha 28 de junio de 2011[[22]](#footnote-22).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 16 de enero de 2012, se observa que no tuvo lugar la caducidad de la acción, toda vez que para esa fecha no había vencido el término de dos años contado desde la fecha de firma del acta de liquidación bilateral suscrita el 28 de junio de 2011, de acuerdo con lo previsto en los términos del literal c), numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.

Adicionalmente, también consta en el expediente que el 8 de agosto de 2011 el Consorcio Puentes Putumayo presentó solicitud de conciliación extrajudicial y que el 3 de noviembre de 2011, el Procurador 129 Judicial II Administrativo levantó el acta extrajudicial, mediante la cual se hizo constar la conclusión del trámite de conciliación prejudicial, teniendo en cuenta que las partes no llegaron a un acuerdo que pusiera fin a sus diferencias[[23]](#footnote-23).

Con fundamento en lo previsto en artículo 21 de la Ley 640 de 2001[[24]](#footnote-24), en concordancia con el artículo 3 del Decreto 1716 de 2009, el término de caducidad se suspendió por 85 días que duró el trámite, entre el 8 de agosto y el 3 de noviembre de 2011, lo cual permitió la suspensión del término de caducidad, el cual, con mayor razón, no había vencido para la fecha en que se presentó la demanda.

Por tanto, se reafirma que la demanda se presentó en forma oportuna.

**3. Concepto del equilibrio económico del contrato**

En el presente litigio el problema jurídico se planteó en el ámbito del desequilibrio económico del contrato el cual consiste en la ruptura de la equivalencia entre las prestaciones a cargo de las partes.

Desde el punto de vista normativo se advierte que aunque el principio del equilibrio contractual se reconoció con anterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, con fundamento en las normas sobre reajustes de precio en el contrato de obra pública y compartiendo las bases de las disposiciones del Código Civil acerca del contrato conmutativo y del artículo 868 del Código de Comercio en torno de la revisión por circunstancias imprevistas[[25]](#footnote-25), la consagración positiva del derecho al equilibrio en la ecuación económica del contrato estatal se introdujo, a través de diversas referencias normativas, en la Ley 80 de 1993, de acuerdo con los artículos 4, 5, 27 y 28, a cuyo tenor:

*“****Artículo  4º.- De los derechos y deberes de las entidades estatales.****Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (…)* ***8o.****Adoptarán las* ***medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer*** *en los casos en que se hubiere realizado licitación o  concurso o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios”* (la negrilla no es del texto).

*“****Artículo  5º.- De los derechos y deberes de los contratistas.*** *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”* (la negrilla no es del texto).

*“(…).*

*“****Artículo 27º.- De la ecuación contractual.*** *En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso.* ***Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento****”*(la negrilla no es del texto).

*“****Artículo 28º.- De la interpretación de las reglas contractuales.*** *En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y* ***la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos****”*(la negrilla no es del texto).

Con apoyo en las normas citadas, se observa que el deber de restablecer el equilibrio económico que se impone al Estado contratante, o al contratista en su caso, puede tener lugar aunque la parte a la que se le imputa haya cumplido las obligaciones contractuales, toda vez que es factible la convergencia de aquel contenido obligacional con las responsabilidades o cargas económicas adicionales, en orden a mantener el valor intrínseco de las prestaciones comprometidas en un acuerdo contractual.

Por tanto, el conflicto que ahora se desata fue correctamente planteado en la demanda, desde el punto de vista del desequilibrio, con independencia de que el contrato se hubiera cumplido, sobre lo cual no existe debate entre las partes. Se hace notar que la obra se entregó y el contrato se liquidó, con salvedades de tipo económico, acerca de las cuentas que correspondían a los costos que fueron reclamados como desequilibrio económico y rechazados por el Estado contratante, en cuanto consideró que estaban a cargo del contratista.

**4. El concepto de riesgo en el contrato estatal**

En este proceso no puede ignorarse la relación del asunto en litigio con la noción del riesgo en el contrato estatal, dado que una de las pretensiones materia de la apelación se refiere al desequilibrio por los costos que el contratista estimó asociados a la demora en un trámite ambiental el cual, a su vez, el Tribunal *a quo* señaló a cargo del contratista por razón de la cláusula de gestión de riesgo ambiental que se encontraba prevista en el contrato.

La Sala advierte que la referida cláusula contractual estaba relacionada con lo que el pliego de condiciones estipuló acerca de la cuantificación de los gastos estimados en materia de la gestión de riesgo ambiental y, por ello, la citada disposición será interpretada en conjunto con el contenido contractual sobre el riesgo ambiental que allí se dispuso.

Sin embargo, se anticipa desde ahora que el riesgo derivado del supuesto tiempo excesivo en la expedición de la licencia ambiental no se materializó.

Por tanto, aunque existió una cuantificación de los gastos requeridos para el trámite de las licencias ambientales, eventualmente incluyendo aquellos asociados al factor de tiempo, en el presente proceso no hay lugar al estudio de la forma como se estimó su valor.

Tampoco es necesario entrar a medir si el eventual efecto adverso desbordó o no el monto de lo aprobado de acuerdo con el pliego de condiciones y el contrato.

Ahora bien, en cuanto a la relación entre el desequilibrio económico del contrato y el riesgo, la Sala considera pertinente reiterar las siguientes consideraciones de la Subsección A:

*“Resulta que el desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente.*

*“Por contera, si el riesgo que acontece* ***se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración*** *y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia,* ***bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto*** *por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada”* (la negrilla no es del texto)[[26]](#footnote-26)*.*

**5. Las pruebas aportadas al proceso**

En el proceso de encontró probado lo siguiente:

**5.1.** El pliego de condiciones de la licitación pública SRN 090 de 2007 del INVÍAS y el formulario de la propuesta económica presentada por el Consorcio Puentes Tamayo, en el cual se indicó un AIU del 30%, discriminado así: administración: 20%, imprevistos: 5% y utilidad: 5%[[27]](#footnote-27).

**5.2.** El contrato No. 3443 suscrito el 31 de diciembre de 2007 entre el representante del CONSORCIO PUENTES PUTUMAYO y el INVÍAS. Es importante anotar que el secretario general técnico del INVÍAS suscribió el contrato invocando la Resolución No. 03906 de 28 de agosto de 2007 como acto de delegación de funciones para la contratación[[28]](#footnote-28).

El contrato 3443 tuvo por objeto *“ejecutar para el INSTITUTO, a los precios cotizados en la propuesta, la CONSTRUCCIÓN DEL PUENTE BAVARIA EN LA CARRETERA BRICEÑO ZIPAQUIRÁ*”, por un valor inicialmente pactado en la suma de $1.053’926.844[[29]](#footnote-29).

**5.3.** En relación con las modificaciones al contrato 3443, obran en el expediente : **i)** la prórroga del contrato hasta el 2 de noviembre de 2008, suscrita el 4 de julio de 2008; **ii)** la aclaración suscrita el 15 de septiembre de 2008, mediante la cual se indicó que el *“plazo del contrato es hasta 18 de noviembre de 2008”*; **iii)** la adición de valor, por la suma de $500’000.000, suscrita el 12 de diciembre de 2008; **iv)** la prórroga hasta el 6 de junio de 2009, suscrita el 6 de febrero de 2009; **v)** la prórroga hasta el 21 de julio de 2009, suscrita el 5 de junio de 2009; **vi)** la prórroga hasta el 21 de agosto de 2009, suscrita el 21 de julio de 2009; **vii)** la adición de valor, por la suma de $167’000.000, suscrita el 9 de noviembre de 2009[[30]](#footnote-30).

**5.4.** Se allegaron al proceso las actas de suspensión de la obra suscritas el 26 de junio de 2008 y de 9 de octubre de 2009 y las actas contentivas de la reanudación de la obra correspondiente[[31]](#footnote-31).

**5.5.** Igualmente, se acreditó en el plenario el acta de entrega y recibo definitivo de la obra, suscrita el 23 de noviembre de 2009, en la cual se hizo constar un total de obra ejecutada más ajustes por valor de $1.664’437.543[[32]](#footnote-32).

En el acta de entrega y recibo de obra se lee el concepto de la interventoría, emitido acerca del cumplimiento en las especificaciones de la obra, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal incluso con posibles errores):

*“La interventoría deja constancia que las obras recibidas cumplen con las especificaciones generales de la construcción y demás condiciones contractuales, de acuerdo con los diseños, planos, cartera y especificaciones estipuladas para este proyecto y que son las realmente ejecutadas”[[33]](#footnote-33).*

**5.6.** Se encuentran probadas las siguientes comunicaciones que fueron invocadas por el consorcio como base de la salvedad impuesta en el acta de liquidación del contrato: **i)** el oficio 017-519-2008 de fecha 18 de noviembre de 2009, mediante el cual presentó *“RECLAMACIÓN POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO, NO PAGO DE MAYORES CANTIDADES DE OBRA Y NO PAGO DE ACTIVIDADES NO PREVISTAS”,* radicado el 18 de noviembre ante el INVÍAS[[34]](#footnote-34) y **ii)** el oficio 017- 560-2008 de 10 de febrero de 2010, mediante el cual se presentó el *“DERECHO DE PETICIÓN PARA LA INCLUSIÓN DE CANTIDADES DE OBRA, EJECUTADA, ACTIVIDADES REALIZADAS NO PAGADAS DENTRO DE LAS ACTAS DE RECIBO PARCIAL Y COSTOS ADICIONALES POR MANO DE OBRA*”[[35]](#footnote-35).

En esa última comunicación de 10 de febrero de 2010, el contratista acotó la petición a los valores materia de la reclamación de noviembre 18 de 2009 que no habían sido incluidos en el acta de entrega de obra. La petición tuvo por objeto que dichos valores faltantes fueran incorporados en el acta de liquidación del contrato.

En lo que importa para la presente apelación se hace constar que en la comunicación de 10 de febrero de 2010 el consorcio solicitó el reconocimiento de los pagos adicionales por concepto de demoras y *stand by*, por la suma de $15’600.000.

**5.7.**En relación con la comunicación contentiva de las reclamaciones de 18 de noviembre de 2009,antes relacionada*,* obra en el expediente el oficio 39592 de 22 de septiembre de 2010, mediante el cual el INVÍAS comunicó al Consorcio Puentes Putumayo los ítems no aceptados y detalló las razones, de acuerdo con el informe del interventor.

**5.8.** Igualmente, se encuentra debidamente probada el acta No. 056 del 28 de junio de 2011, contentiva de la liquidación del Contrato No. 3443 de 2007, suscrita entre el representante del Consorcio Puentes Putumayo y el Secretario General Técnico del INVÍAS, en la cual el consorcio hizo constar la siguiente salvedad (se transcribe en forma literal incluso con posibles errores):

*“De conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.demás legislación vigente concordante con la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, en mi condición del representante legal del CONSORCIO PUENTES PUTUMAYO NIT 900.105.876-1 conformado por GABRIEL ROBERTO PATIÑO TÉLLEZ con C.C.19’243.140 y la firma S&P INGENIEROS LIMITADA NIT. 800.086,881-3, quienes suscribimos con el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS el contrato No. 3443 del año 2007, con objeto ‘CONSTRUCCIÓN DEL PUENTE BAVARIA DE LA CARRETERA BRICEÑO ZIPAQUIRÁ RUTA 55CN01’ manifiesto total desacuerdo con la presente liquidación RESERVÁNDONOS TODOS LOS DERECHOS consagrados en la Constitución Política Nacional para reclamar y demandar el no reconocimiento del desequilibrio económico, no pago de mayores cantidades de obra ejecutadas, no pago de cantidades y actividades ejecutadas dentro de la ejecución del contrato suscrito no establecidas en éste y necesarios para el desarrollo y estabilidad del proyecto, y lo demás relacionado en nuestros oficios 019-519-2008 de fecha 18 de noviembre de 2009 y oficio-560-2008 de 10 de febrero de 2010, presentados a la entidad contratante oportunamente, y donde fue comprometido el patrimonio del CONSORCIO PUENTES PUTUMAYO para cumplir con lo exigido por el INVÍAS”[[36]](#footnote-36).*

Con fundamento en el acta de liquidación se acredita que el INVÍAS determinó que la obra ejecutada ascendió a la suma total de $1.664’437.543, sobre un valor contractual de $1.720’926.644, correspondiente al que fue pactado en el contrato inicial más sus respectivas adiciones.

Anexo al acta de liquidación se allegó la certificación expedida el 20 de octubre de 2010, en la cual constan los pagos realizados por el INVÍAS, por valor total de $1.664’437.539[[37]](#footnote-37). Con fundamento en esta prueba se tiene en cuenta que el último pago, correspondiente al acta 21, se realizó el 11 de febrero de 2010.

Se observa que el acta de liquidación incluyó la obra ejecutada al amparo del otrosí adicional ocho pactado por la suma de $167’000.000, suscrito el 9 de noviembre de 2009[[38]](#footnote-38). En la relación de pagos sobre este adicional se indicó que el acta 21, radicada el 30 de diciembre de 2009, fue pagada el 11 de febrero de 2010, y dio lugar al reconocimiento de obra por valor de $110’510.706.

**5.9.**También se aportó al proceso la prueba de la comunicación T-008-2007-081 – OFC de 12 de junio de 2012, suscrita por INGEOCIM LTDA, firma interventora del contrato, mediante la cual se pronunció frente al INVÍAS, sobre las reclamaciones pendientes del Consorcio Puentes Putumayo, así (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Con respecto a las cantidades de obra, estas se calcularon con base en los diseños realizados por el mismo CONSORCIO PUENTES PUTUMAYO y teniendo en cuenta las especificaciones de construcción del INVÍAS. Que definen claramente la medida y forma de pago de cada una de las actividades, y el valor correspondió a las realmente ejecutadas. Si el CONSORCIO PUENTES PUTUMAYO hizo obras por fuera de los límites autorizados por la interventoría, o NO hizo un manejo y un control adecuado de sus materiales ni volúmenes, no es responsabilidad del INVÍAS reconocer esas cantidades. La interventoría es enfática en aclarar que las cantidades canceladas corresponden a las realmente ejecutadas de acuerdo con las especificaciones de construcción. En el caso específico del traslado de la red eléctrica ésta se pagó de acuerdo con las cantidades aprobadas y realmente ejecutadas por el CONSORCIO PUENTES PUTUMAYO”[[39]](#footnote-39).*

**5.10.**Obra en el expediente el memorando interno SRN 57577 de 14 de septiembre de 2011, en el cual la subdirección de la red nacional de carreteras del INVÍAS se pronunció sobre los ítems que no fueron reconocidos en el acta de liquidación, reseñando los informes del interventor*[[40]](#footnote-40).*

**5.11.**De la misma forma, se encuentra acreditada la comunicación T-008-080 OFC de 20 de septiembre de 2011, mediante la cual INGEOCIM LTDA, firma interventora del contrato, presentó al INVÍAS un resumen de la ejecución del mismo y reiteró (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“La interventoría es enfática en aclarar que las cantidades canceladas corresponden a las realmente ejecutadas de acuerdo con las especificaciones de construcción. En el caso específico del traslado de la red eléctrica ésta se pagó de acuerdo con las cantidades aprobadas y realmente ejecutadas por el CONSORCIO PUENTES PUTUMAYO”[[41]](#footnote-41).*

**5.12.** El demandante allegó al plenario los estados financieros del Consorcio Puentes Putumayo para 2008 y 2009, debidamente suscritos y certificados por representante legal y contador público.

Además, anexó prueba de los listados de registros de sus libros auxiliares de contabilidad y de los soportes (facturas, cuentas de cobro, recibos de caja) con los respectivos comprobantes de egreso, en relación con los costos y gastos realizados por el consorcio para los años de 2008 y 2009[[42]](#footnote-42).

**6. Identificación de la fórmula de la ecuación económica del contrato 3443**

Aunque parezca obvio, es importante observar que el desequilibrio económico debe juzgarse partiendo de la identificación de la ecuación económica que gobernó el respectivo contrato[[43]](#footnote-43).

Por ello, el orden de razonamiento en materia del desequilibrio económico del contrato se desplegará sobre los siguientes aspectos:

**i)** Identificación de la ecuación económica del contrato y su funcionamiento;

**ii)** Análisis de las causas de desequilibrio invocadas en el caso concreto y

**iii)** Apreciación de la ejecución financiera del contrato.

Se advierte desde ahora que no todo sobrecosto ni toda pérdida conlleva necesariamente la condena a restablecer el equilibrio financiero del contrato, toda vez que ello depende de la ecuación contractual y en esta suele incorporarse un álea o riesgo propio de la ejecución del contrato.

Con fundamento en el contenido del contrato 3443, celebrado para la construcción del puente Bavaria, puede identificarse la ecuación económica que determinaba el equilibrio prestacional del referido contrato, en la siguiente forma:

Con base en lo previsto en la cláusula séptima del contrato 3443, el pago del precio se acordó por la modalidad de precios unitarios -basados en la propuesta o en las actas de aprobación de precios de ítems no previstos-, multiplicado por las cantidades ejecutadas, las cuales eran variables, tal como se dispuso en el contrato, así (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“CLÁUSULA SÉPTIMA: ACTAS DE OBRA. El valor básico de la respectiva acta de obra será la suma que resulte de multiplicar las cantidades de obra mensual por los precios unitarios de la Propuesta del contratista (…). Las actas de obra mensuales tendrán carácter provisional en lo que se refiere a la calidad de la obra y a las cantidades aprobadas por el Interventor. El Interventor podrá, en actas posteriores, hacer correcciones o modificaciones (…). Ningún documento que no sea el Acta de recibo definitivo de la totalidad o parte de las obras, podrá considerarse como constitutivo de aprobación de las obras objeto del contrato”.*

En el mismo contrato se estableció la posibilidad de adelantar obras adicionales y obras complementarias, las primeras se definieron como aquellas que “*pueden ser ejecutadas con las especificaciones originales del contrato o variaciones no sustanciales de los mismos en donde todos los ítems tengan precios unitarios pactados”*, y para las segundas se acordó lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Se entiende por obra complementaria la que no está incluida en las condiciones originales del contrato y por esta misma razón no puede ejecutarse con los precios del mismo. El INSTITUTO podrá ordenar obras complementarias y el contratista estará obligado a ejecutarlas, siempre que los trabajos ordenados hagan parte inseparables de la obra contratada, o sean necesarias para ejecutar esta obra o para protegerla. Los precios que se aplicarán para el pago de la obra serán los que se convengan con el contratista, mediante la suscripción de un acta de precios no previstos”[[44]](#footnote-44).*

De acuerdo con lo que se ha indicado en la relación de pruebas, se reitera que el formulario de la propuesta económica presentada por el Consorcio Puentes Tamayo acredita que en la ecuación económica del contrato quedó incorporado un AIU (administración, imprevistos y utilidades) equivalente al 30% de los valores ejecutados, discriminado así: administración: 20%; imprevistos: 5% y, utilidad: 5%[[45]](#footnote-45).

Con base en las pruebas del acta de liquidación y los informes de la interventoría que han sido relacionados en el acápite de pruebas, de la misma forma que lo advirtió el Tribunal *a quo*, se estima que no hay lugar a imputar un desequilibrio económico del contrato por supuestas cantidades de obra no reconocidas, toda vez que el INVÍAS pagó de acuerdo con las obras ejecutadas, incluyendo el AIU correspondiente, amén de que con posterioridad a la reclamación contenida en el oficio de 18 de noviembre de 2009, el INVÍAS reconoció los ajustes y las mayores cantidades de acuerdo con la obra entregada.

Para soportar lo anterior se observa que, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula octava, la forma de pago del contrato no fue la de un precio fijo, toda vez que las partes estipularon que los pagos se realizarían con fundamento en las actas aprobadas, con “*las cantidades de obra y valores consignados en las respectivas Actas de obra”[[46]](#footnote-46)*.

Es importante destacar el carácter de precio variable, de manera positiva o negativa, de acuerdo con la fórmula del Contrato 3443, es decir, que el valor a pagar podía resultar inferior al monto pactado, por ejemplo, si se empleaban menores cantidades que las que estaban previstas en los formularios de análisis de precios utilizados en la propuesta y en las aprobaciones de precios adicionales.

Vale la pena agregar que en la apelación presentada por el consorcio demandante ya no se discute en torno de las reclamaciones por mayores cantidades de obra y ajustes de precio, las cuales se confirmarán como denegadas.

La apelación se enfocó sobre la valoración probatoria de las demoras en los permisos y, por otra parte, cuestionó la congruencia de la decisión consistente en denegar la liquidación del contrato en sede judicial. Sobre estos puntos volverá la Sala en el desarrollo del caso concreto.

**7. Precisiones sobre la carga probatoria en materia de desequilibrio económico[[47]](#footnote-47)**

En el caso concreto, el demandante allegó como prueba la contabilidad del consorcio, que según las notas de los estados financieros, tenía por objeto el desarrollo del contrato *sub lite.* Aportó un voluminoso acervo probatorio en materia contable, mediante el cual mostró la totalidad de la ejecución contractual, de manera individual y consolidada, lo cual constituyó un esfuerzo probatorio acertado para el propósito de traer a la *litis* los hechos económicos que reflejan la ejecución del contrato, vista desde el interior del consorcio, como un ente contable.

Se agrega que esta conducta revela la buena fe del demandante en no ocultar ningún aspecto de la ejecución contable del contrato, a pesar de las falencias que pudiera tener, lo cual no es común en los procesos judiciales en los que se pretende el desequilibrio económico, toda vez que la parte actora suele acotar su esfuerzo probatorio al comportamiento de unas cuentas, por tanto, de manera incompleta.

Se recuerda que la ecuación económica del contrato es comprensiva de toda su ejecución -o la de la etapa correspondiente- y, desde ese punto de vista, la prueba de la ruptura del equilibrio impone el análisis macroscópico o consolidado del resultado económico y no solo el de la cuenta o ítem que se alega como causa o fuente del desequilibrio.

Sobre este aspecto se reseña que el Tribunal *a quo* no se detuvo en el análisis de las pruebas contables y, por el contrario, imputó al contratista falta de prueba de la ejecución de distintos *ítems*, extendiendo una apreciación que no era aplicable a todas las reclamaciones que presentó el consorcio demandante.

En este caso, la falta de valoración probatoria de los estados financieros y de los comprobantes contables allegados al proceso implicó que no se tuvo en cuenta el reconocimiento que el Código de Comercio, la Ley 222 de 1995 y el Decreto 2649 de 1993 otorgaron a la contabilidad del comerciante, a los estados financieros certificados por contador público y a la prueba acerca de los hechos económicos que ellos acreditan.

**8. El caso concreto**

**8.1. Análisis de la supuesta mora en el trámite de los permisos**

**8.1.1. Licencia otorgada por la CAR**

El apelante planteó que el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta que las licencias y permisos se demoraron por un tiempo superior al que establecían las normas jurídicas y estimó que, por ello, la sentencia de primera instancia debe ser revocada.

Teniendo en cuenta que el *a quo* se apoyó en que el trámite de las licencias ambientales correspondió al contratista, el **problema jurídico** que se debe resolver aquí consiste en definir si el mayor tiempo en la expedición de las licencias constituyó o no un factor de riesgo que estaba a cargo del contratista.

La respuesta al problema planteado es afirmativa, aunque en este caso el riesgo que alegó la demandante no se configuró, por las razones que se exponen en los siguientes párrafos.

Se destaca que, aunque en la celebración del contrato no tuvo lugar la obligación de desarrollar una matriz de riesgos[[48]](#footnote-48), en la cláusula décima cuarta del contrato 3443, referida al impacto ambiental, se indicó que el contratista debía observar las disposiciones de la Ley 99 de 1993, del Decreto Reglamentario 1220 de 2005 y demás normas concordantes, *“para el trámite y obtención de la autorización de las licencias o permisos específicos requeridos para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales”*.

Concretamente, en la citada cláusula contractual se dispuso que las licencias y permisos sobre recursos naturales serían tramitadas “*por cuenta y riesgo”* del contratista, así (se transcribe de forma literal incluso con posibles errores):

“*Los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones sobre recursos naturales de carácter regional serán tramitados y obtenidos por cuenta y riesgo del CONTRATISTA, previamente a la iniciación de las actividades correspondientes”.*

La Sala precisa que en la contratación sub júdice no se adoptó una cláusula de asignación indefinida de todos los riesgos al contratista, la cual se ha entendido como no aplicable[[49]](#footnote-49), toda vez que de manera concreta el pliego de condiciones se ocupó de regular la constitución de una provisión para atender los gastos requeridos para el programa de gestión de las guías ambientales (PAGA) que debía definir el contratista, cuyo valor estaba incorporado en el precio del contrato (se transcribe de forma literal incluso con posibles errores):

*“Todos los costos para la ejecución del PAGA, como los requeridos para la gestión y obtención de permisos, incluida la restauración morfológica y paisajística de las fuentes de materiales una vez culmine la explotación, y la reposición de otros recursos (forestal, vegetal, entre otros) están incluidos en la provisión estimada para la gestión ambiental del proyecto, una vez ajustado y definido el valor a ejecutar en el PAGA, serán de estricto control y seguimiento por el interventor”[[50]](#footnote-50).*

Así las cosas, resulta cierto que de acuerdo con el contrato 3443 el riesgo derivado de la duración de los trámites relacionados con los recursos naturales estaba asignado al contratista, bajo su propia valoración, de manera que no cabe explorar la concurrencia de un desequilibrio económico a cargo del Estado por los mismos hechos relacionados con la demora en las licencias ambientales cuyo trámite estaba a cargo del contratista.

Se puntualiza que de acuerdo con la asignación del riesgo ambiental establecida en el contrato, se entiende que el contratista debió estimar el tiempo usual de los estudios a su cargo y del trámite respectivo, desde el momento en que presentó el plan de manejo ambiental incluyendo el valor correspondiente, para que en el desarrollo del contrato se constituyera la provisión en orden a cumplir con el programa ambiental diseñado por él, bajo las reglas del denominado PAGA.

Además, lo que es igualmente importante, se puede advertir que si se presentaba alguna dificultad legal en el trámite de las licencias ambientales, la misma debía ser superada por cuenta y riesgo del contratista, por ejemplo, le correspondía realizar las actuaciones e interponer las acciones y recursos contra las entidades competentes para obtener las licencias requeridas.

Por otra parte, dentro de la gestión del riesgo en los trámites de las licencias ambientales, es indiscutible que el contratista debía tomar medidas de mitigación para evitar gastos innecesarios, dado que no se le reconocerían sino aquellos previamente definidos y cuantificados para la respectiva actividad.

De la misma forma, se advierte que el contratista no podría exigir reconocimiento de gastos extraordinarios de disponibilidad de maquinaria causados antes de contar con la licencia de la CAR para iniciar la construcción en la ronda del río Bogotá, pues no tenía una justificación para incurrir en ese tipo de gastos durante el período en que no era viable intervenir en la referida zona de protección del río, por encontrarse la licencia en trámite.

Como consecuencia, en este caso, la asignación del riesgo en cabeza del contratista le implicó unas obligaciones, un deber colaborativo y, finalmente, conllevó la improcedencia de acudir a la figura del desequilibrio económico derivado del riesgo que se encontraba bajo su propia estimación.

En relación con el argumento del apelante acerca del vencimiento de términos legales, se agrega que de las pruebas allegadas al proceso no se puede establecer que hubiere enfrentado a una espera superior a la de la normativa, toda vez que en el proceso no se demostró que la CAR hubiera excedido el plazo legal[[51]](#footnote-51), ni se acreditó un efecto económico derivado de esa supuesta causa.

En efecto, en la Resolución 2243 de 27 de octubre 2008, emitida por la CAR, se indicó que el consorcio presentó su solicitud con radicación CAR 1382 de mayo 8 de 2008, que mediante auto de junio 3 de 2008 se dio inicio al trámite administrativo de la solicitud de permiso de construcción, que se ordenó el pago por concepto del servicio de evaluación de acuerdo con el artículo 70 de la Ley 99 de 1993 y la publicación de la correspondiente solicitud, además de que se hizo constar que para otorgar el permiso se procedió a la verificación de los conceptos de uso de suelo de acuerdo con el POT del municipio de Zipaquirá.

No consta en el expediente que se hubiera expedido un auto declarando reunida la totalidad de la información, a partir del cual contaba el término legal para expedir el permiso, en los plazos del Decreto 1220 de 2005, citado de manera específica en el contrato y en la cláusula décima cuarta, en la cual, se repite, se le asignó el riesgo ambiental al contratista.

Por otra parte, se precisa que el permiso ambiental para adelantar la construcción fue expedido el 27 de octubre de 2008, de manera que no puede alegarse una causalidad entre la supuesta demora de la autoridad ambiental y los gastos en que incurrió posteriormente el contratista en desarrollo de la obra.

Tampoco son de recibo los reclamos que presentó el consorcio el 10 de febrero de 2010[[52]](#footnote-52), indicando que el INVÍAS debía reconocer un ajuste con soporte en que el acta de inicio se había firmado el 5 de febrero de 2008. Se hace notar que solo hasta el 8 de mayo de 2008 el contratista presentó la solicitud de la licencia ambiental, de manera que no puede trasladar al INVÍAS el efecto económico de su propia actividad, eventualmente demorada en iniciar el trámite.

Se repite que le correspondía al contratista estimar el tiempo del trámite y, en su caso, incorporarlo dentro del precio.

Desde otro punto de vista, se precisa que el contratista solicitó mediante comunicación de 1º de diciembre de 2008 una adición del valor del contrato por la suma de $500’000.000, por concepto de *“mayores cantidades y actividades no previstas contractualmente”*, y obtuvo la negociación de un contrato adicional por el referido valor, que se suscribió el 12 de diciembre de 2008, de acuerdo con sus propios cálculos y que, por supuesto, se negoció a los precios de 2008 y comprendió las actividades no previstas ya ejecutadas hasta esa fecha.

De esta forma, en lo que se refiere al incremento de costos en el período anterior a la fecha en que negoció el contrato adicional por actividades no previstas, resulta improcedente configurar posteriormente un supuesto desequilibrio económico, con fundamento en las actividades que ya habían sido desplegadas por el contratista, cuyo costo, por tanto, debía conocer.

De manera concreta se observa que el consorcio no registró en su contabilidad un costo asociado a la ocurrencia de un mayor tiempo en el trámite de las licencias, de acuerdo con lo que se establece de los soportes y comprobantes que fueron allegados al presente proceso.

Lo anterior se advierte aunado a que tampoco se acreditó una espera extraordinaria o anormal en el trámite, todo lo cual lleva a concluir que el riesgo derivado de la gestión ambiental no se materializó.

**8.1.2. Permiso de cierre del puente expedido por el Ministerio de Transporte**

Ahora bien, respecto del permiso para el cierre del puente, otorgado por el Ministerio de Transporte mediante Resolución 000316 de 30 de enero de 2009[[53]](#footnote-53), se observa que no se trataba de un permiso ambiental de los previstos en la cláusula décima cuarta del contrato.

Además, el trámite no era de aquellos bajo el riesgo del contratista, toda vez que solo se acordó que le correspondía tramitar los permisos de carácter regional y, en este caso concreto, el permiso de cierre fue expedido por el Ministerio de Transporte, una autoridad de carácter nacional y fue tramitado por el INVÍAS.

En la Resolución 000316 de 30 de enero de 2016 consta lo siguiente (se transcribe de forma literal incluso con posibles errores):

*“Que el Instituto Nacional de Vías INVÍAS mediante oficio SRN 2289 del 28 de enero de 2009, solicitó el cierre total del tránsito vehicular sobre el puente de Bavaria ubicado en la carretera Briceño – Zipaquirá, entre las 00:00 hrs del 2 de febrero de 2009 hasta las 18 hrs del 2 de junio de 2009, atendiendo la comunicación 017-388-2008 de 16 de enero de 2009 enviada por el contratista de la obra CONSORCIO PUENTES PUTUMAYO y avalada por el consorcio INGEOCIM LTDA, firma interventora, según cuenta el escrito T-008-2007-041 de 21 de enero de 2009.*

*“(…).*

*“Que el contratista solicita que en razón a que el 4 de febrero de 2009 se reanuda el contrato de obra ya citado, se requiere iniciar las obras civiles, referidas en el mismo como es la construcción del puente Bavaria ya mencionado.*

*“(…).*

*“RESUELVE*

*“Artículo primero. Autorizar el cierre total durante 4 meses del puente Bavaria ubicado en la carretera Briceño Zipaquirá entre las 00:00 hrs del 2 de febrero de 2009 hasta las 18 hrs del 2 de junio de 2009, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta resolución[[54]](#footnote-54).*

No procede el argumento del apelante en cuanto a que se habría causado un desequilibrio económico por demora en el trámite de cierre de la vía, toda vez que la solicitud correspondiente se atendió en un solo día.

En efecto, según consta en el texto de la Resolución 00316, el cierre de la vía se solicitó el 29 de enero de 2009 y se autorizó el 30 de enero de 2009.

Además, ese acto administrativo de autorización se expidió de manera oportuna, es decir, con anterioridad a la fecha en que se debía reanudar la obra que era el 4 de febrero de 2009, según se informó al Ministerio de Transporte.

Se corrobora que, de acuerdo con la relación de actas, el contrato estuvo suspendido entre el 24 de diciembre y el 2 de febrero de 2009[[55]](#footnote-55), de manera que no hay lugar a imputar gastos de ese período al INVÍAS, relacionados con este trámite.

Sin embargo, el demandante afirmó que después de obtener el permiso, la comunidad se opuso al cierre autorizado para la vía y que no estaban listas las vías alternas para tráfico pesado, por lo cual, a pesar de contar con el permiso, el cierre solo se pudo hacer efectivo hasta el 26 de febrero de 2009, y. por ello, aseveró que desde el 3 de febrero y hasta el 26 de febrero de 2009 no fue posible la intervención de la obra, para realizar el pilotaje. Este argumento no fue refutado por el INVÍAS.

La Sala pasa a estudiar el citado argumento, dado que guarda relación con las afectaciones que fueron alegadas en la apelación, en lo que se refiere a la supuesta demora de las entidades estatales.

Se reitera que a diferencia de lo que consideró el Tribunal *a quo,* el trámite del cierre de la vía estaba a cargo del INVÍAS y, por ello, resulta imperativo corregir la valoración probatoria efectuada por este Tribunal *a quo*.

Se encontró probado, mediante comunicación de 17 de febrero de 2009[[56]](#footnote-56), que el contratista fue requerido por parte del proveedor Equipos y Cimentaciones S.A. para pagar un *stand by* de la maquinaria.

En esa comunicación el proveedor manifestó que tenía los equipos de pilotaje disponibles desde el 16 de febrero de 2009 y que, aún no se conocía si el 19 de febrero de 2009 se podría cerrar la vía.

El proveedor indicó:

*“solicitamos que se nos apruebe en forma inmediata un cobro del stand by de cuatro millones de pesos”[[57]](#footnote-57).*

Igualmente, se allegaron las pruebas que hicieron parte de la contabilidad del Consorcio Puentes Putumayo a saber:

**i)** La cuenta de cobro EC-09-2009 que presentó Equipos y Cimentaciones S.A. por concepto de *stand by*, con fecha 24 de febrero de 2009, por la suma de $12’000.000 y,

**ii)** El correspondiente comprobante de egreso del consorcio, distinguido con el número PTY 017, por el mismo concepto y valor, de fecha 19 de marzo de 2009.

Este comprobante se aportó con sello de *pagado* y firma de recibido por parte del señor Wilson Roncancio en nombre de Equipos y Cimentaciones S.A.[[58]](#footnote-58).

El INVÍAS allegó al plenario un memorando interno en el cual se explicó que la reclamación era improcedente por cuanto le aplicaba la cláusula de impacto ambiental.

Se observa que esa entidad dio a la circunstancia de la demora en el cierre del puente el mismo tratamiento contractual que el que aplicó para estudiar las reclamaciones relacionadas con la licencia de la CAR, sin distinguir las diferencias fácticas en que se fundaban las reclamaciones y el contenido específico del permiso del Ministerio de Transporte que no se clasificaba como un permiso de carácter ambiental.

En efecto, de acuerdo con el memorando SRN 575777 de 14 de septiembre de 2011, el Subdirector Nacional de Carreteras resumió los informes de la interventoría en los cuales se fundó el rechazo a las reclamaciones del consorcio y en lo particular indicó:

*“6. Con respecto a los pagos y demoras por concepto de Stand by de los equipos de pilotaje y retroexcavadora, la Entidad acoge lo conceptuado por la interventoría según la cual este no procede por cuanto el contrato delega al contratista la responsabilidad y riesgos de los permisos y licencias, tal como lo establece la cláusula décima tercera del contrato No. 3446 de 2006[[59]](#footnote-59) la cual establece que “Los permisos autorizaciones y licencias y concesiones sobre recursos naturales de carácter regional serás tramitados y obtenidos por cuenta y riesgo del contratista (…)[[60]](#footnote-60)´*

El texto antes transcrito fue incluido, de manera idéntica, en la contestación de la demanda que presentó el INVÍAS[[61]](#footnote-61).

Ahora bien, en el pliego de condiciones se advirtió que correspondía al contratista disponer de las zonas requeridas para ejecutar la obra, las cuales se encontraban bajo su responsabilidad.

Igualmente se estableció:

*“Además, correrán por cuenta los trabajos necesarios para no interrumpir el servicio en las vías públicas usadas por él o en las vías de acceso cuyo uso comparta con otros contratistas”* (la negrilla no es del texto).

Con base en la estipulación citada se concluye que correspondía al contratista advertir, en su momento, que requería interrumpir el servicio de las vías para poner en operación la maquinaria en la zona de la obra.

Por otra parte, es importante observar que no consta en el proceso una prueba de que hubiera ocurrido una demora en el cierre efectivo de la carretera - en la zona del puente- una vez que fue autorizado por el Ministerio de Transporte.

Tampoco se acreditaron los hechos provenientes de la comunidad que habrían ocasionado la demora en el cierre y la imposibilidad de poner en operación la maquinaria.

Así las cosas, la Sala encuentra probado el pago del stand by de maquinaria, de acuerdo con la contabilidad del contratista, pero advierte que no se acreditó prueba de la demora en el cierre de la vía y de su eventual afectación efectiva sobre la actividad del proveedor de la citada maquinaria.

No resulta suficiente la afirmación del proveedor en la carta de cobro del *stand by*, por la siguiente razón:

Según los auxiliares de contabilidad del consosrcio, en el mismo mes de febrero de 2009 se entregaron por caja las siguientes sumas de dinero a favor del mismo proveedor, es decir, Equipos y Cimentaciones S.A., lo cual lleva a entender que no estaba parado en su actividad:

|  |  |
| --- | --- |
| Concepto | Valor  |
| Construcción pilotes factura 1381 – 6 de febrero de 2009 | $27’193.000[[62]](#footnote-62) |
| Construcción pilotes factura 1381 – 6 de febrero de 2009 | $35’4967.000[[63]](#footnote-63) |

Como puede observarse de la relación anterior, aparece acreditado que en el mes de febrero de 2009 existieron pagos de importancia por servicios de construcción prestados por el mismo proveedor que luego cobró el stand by.

De esta manera, aunque no se pone en duda el pago realizado el 19 de marzo de 2009, por la suma de $12’000.000, la Sala concluye que no se puede afirmar que el proveedor hubiera enfrentado demoras por problemas con la comunidad, o que no hubiera podido realizar actividades con la maquinaria por hechos imputables al INVÍAS. Falla, entonces, la prueba de la causalidad de este gasto con el hecho que se alega.

En ese orden de ideas está probado que se habían causado cuentas por servicios al mismo proveedor sin importar el supuesto cierre efectivo de la vía, con base en lo cual se infiere que dicho proveedor pudo realizar su actividad en la zona del puente, en el mismo mes en que se obtuvo la autorización del Ministerio de Transporte.

**8.1.3. Efecto económico de la causas de desequilibrio – prueba de la materialidad del desequilibrio económico**

De acuerdo con el estado de pérdidas y ganancias del año 2009, el Consorcio Puentes Putumayo registró una pérdida bruta de $308’474.269, suma que se obtiene de la diferencia entre los ingresos por los servicios de construcción (causados por el valor total del contrato, incluidos los contratos adicionales) y los costos y servicios que se causaron en su ejecución.

Por otra parte, el monto de los sobrecostos que registró el consorcio resultó superior al valor pagado por concepto de imprevistos, toda vez que, según el acta de liquidación el valor de obra ejecutada ascendió a $1.664’437.543 de lo cual se establece que el 5% pagado por concepto de imprevistos fue la suma de $138’517.616, inferior a la pérdida que arrojó la ejecución del contrato.

De acuerdo con las cifras anteriores, al apreciar la ejecución del contrato, no se pasa por alto que el contratista enfrentó imprevistos de importancia, como fue el incidente del colapso de las vigas en concreto a demoler que cayeron al cauce del río Bogotá, lo que le implicó costos para lograr retirar las vigas del río, los cuales, sin embargo, eran parte del riesgo constructivo.

Se hace alusión a esos costos y gastos para advertir que el rubro de imprevistos establecido en el contrato se consumió de acuerdo con los gastos acreditados en el proceso.

Sin embargo, las cifras de ejecución del contrato no permiten concluir que todos los sobrecostos eran atribuibles al INVÍAS, ni que todos los gastos registrados guardaban causalidad con el contrato[[64]](#footnote-64).

Como consecuencia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia, se denegará el reconocimiento de los costos por demoras en los permisos.

**8.2. Incongruencia del fallo por falta de pronunciamiento sobre las reclamaciones por traslado de redes de energía**

Teniendo en cuenta los argumentos del apelante, la Sala pasa a estudiar el caso concreto de los gastos no reconocidos en el traslado de las redes de energía.

El apelante especificó que el valor pretendido por la suma de $6’923.840 estaba incluido en la actividad de traslado de redes de energía, la cual fue aprobada por el interventor en el acta de fijación de precios de 28 de julio de 2008 y aceptada en el oficio 32349 de agosto 19 de 2008, no obstante lo cual, el interventor solo avaló la suma de sesenta y tres millones de pesos.

Se establece que la actividad de traslado de la red eléctrica no fue un imprevisto y que, por el contrario, su precio fue estimado y pagado de acuerdo con las reglas del contrato, con fundamento en las siguientes pruebas:

**i)** en el pliego de condiciones se estableció que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“El proponente deberá tener en cuenta el costo correspondiente a los permisos y a las estructuras provisionales que se requieran cuando, de conformidad con el proyecto cruce o interfiera corrientes de agua, canales de desagüe, redes de servicios públicos, etc. En el caso de interferir redes de servicios públicos, estos costos serán reconocidos mediante aprobación de precios no previstos, incluidos en las correspondientes Actas de Obra, aprobadas por el interventor. Para lo anterior deberá tramitar la correspondiente aprobación de los precios no previstos del proyecto ante el ordenador, y en los casos que se requiera el permiso correspondiente ante la autoridad competente”[[65]](#footnote-65).*

**ii)** De acuerdo con las pruebas, es un hecho que el contratista conocía la necesidad de adelantar la actividad de traslado de las redes eléctricas, puesto que la refirió desde la solicitud de adición de plazo realizada al corte de 23 de mayo de 2008, suscrita por el representante del consorcio y la interventoría, con fundamento en la siguiente justificación (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“*El contratista soporta la solicitud de prórroga en tres puntos básicos, ellos son: 1) la tardanza de la Corporación autónoma de Cundinamarca CAR (…) 2) Las dificultades de orden social por el cierre de la vía Briceño – Zipaquirá 3. El desplazamiento de redes de media y alta tensión en la zona del puente, para permitir la construcción del nuevo puente (…)”[[66]](#footnote-66).*

**iii)** Mediante comunicación del 19 de agosto de 2008, el INVÍAS se pronunció sobre la solicitud de precios no previstos, presentada por el contratista, la cual se aprobó en la suma de $69’238.400, discriminada, según análisis de precios unitarios adjunto, así: $53’260.308 por costo directo y $15’978.092 por AIU[[67]](#footnote-67).

Debe hacerse notar que el análisis de precios, que en su oportunidad se adicionó para las redes eléctricas, se fundó en las cantidades de obra requeridas para el traslado de las mismas, por conceptos agrupados en tres ítems: materiales (postes, estructura, valor de los trámites y valor de las maniobras CODENSA), transporte y mano de obra.

De aquí se desprende que el pago de la obra correspondiente siguió la regla del contrato, esto es, que debía hacerse de acuerdo con las cantidades de obra ejecutadas y no por el sistema de precio global fijo.

Se advierte que tampoco se acordó el reembolso de todo costo para la referida actividad.

**iv)** Con posterioridad a la aprobación de los precios de traslado de redes eléctricas, mediante comunicación de 1º de diciembre de 2008, el contratista solicitó una adición del valor del contrato por la suma de $500’000.000, por concepto de *“mayores cantidades y actividades no previstas contractualmente”.*

Mediante contrato adicional suscrito el 12 de diciembre de 2008, se incrementó el valor del contrato en $500’000.000 incluido IVA y, posteriormente, mediante contrato adicional suscrito el 9 de noviembre de 2009, se incrementó el valor del contrato en $167’000.000, incluido IVA[[68]](#footnote-68).

Dado que para la fecha en que se firmó el primer contrato adicional ya se había aprobado el valor de precios, inicialmente no previstos, para el traslado de las redes de energía, la Sala estima que se encuentra probado que el monto dispuesto por el contratista con el AIU correspondiente se encontró incluido dentro del acuerdo contractual, desde la primera adición de valor del contrato.

Por esa razón, el precio aprobado se debía pagar de acuerdo con las cantidades ejecutadas multiplicadas por los precios unitarios acordados, más el AIU, siendo de cargo del contratista el control de los gastos correspondientes, toda vez que, en condiciones de normalidad, si se excedía, los costos remontarían los ingresos que tenía derecho a percibir de acuerdo con el precio pactado y tal desequilibrio financiero no podría ser imputado al Estado contratante.

Descendiendo a la prueba de la ejecución de la respectiva obra, no se identificó correspondencia o comprobantes que indiquen gastos por causas extraordinarias, en relación con el desplazamiento de las redes eléctricas.

Lo que el contratista pagó, de acuerdo con su contabilidad, por concepto de desplazamiento de redes de energía aparece registrado por un total de $9’560.000 así:

**i)** Edgar Padilla, visita de localización postes: $60.000[[69]](#footnote-69) y,

**ii)** Oferta mercantil suscrita con Orlando Parra Chaves, que causó pagos a favor de ese subcontratista por los siguientes valores: $5’000.000, según comprobante de egreso de febrero 20 de 2009 por concepto de abono a trabajos eléctricos - traslado de líneas y abono a trabajos de protección en líneas[[70]](#footnote-70); $2’500.000, según comprobante de egreso de 4 de marzo de 2009, por concepto de desplazamiento de red eléctrica; $2’000.000, según comprobante de egreso de agosto 31 de 2009, por concepto de abono a oferta mercantil[[71]](#footnote-71).

Se advierte que los anteriores pagos, catalogados como servicios pagados por el consorcio, arrojan una suma de $9’560.000, superior a la que se incluyó en los precios aprobados, dentro del ítem de costos, sub ítem de retiro y traslado de línea eléctrica, prevista en la suma de $4’400.000[[72]](#footnote-72).

Por ello, los elementos de juicio en torno de la ejecución del ítem del traslado de redes eléctricas permiten concluir que el consorcio incurrió en costos superiores a los que se le debían reconocer de acuerdo con las cantidades ejecutadas, sin que tuviera una causa extraordinaria o imprevista.

Como consecuencia, se denegará la pretensión correspondiente al supuesto desequilibrio económico en relación con los costos de traslado de redes eléctricas.

**8.3. Liquidación del contrato**

La apelación también comprendió un cargo por incongruencia del fallo, toda vez que, en criterio de la parte demandante, el Tribunal *a quo* ha debido proceder a la liquidación del contrato en sede judicial.

En relación con la prueba del acta de liquidación allegada al plenario, la cual acredita el valor de la obra ejecutada, se observa que fue suscrita por el representante del Consorcio y el Secretario General Técnico del INVÍAS.

La Sala estima que no existe reparo en considerar que el Secretario General Técnico del INVÍAS obligó a la entidad estatal en cuanto al contenido de la liquidación se refiere, dado que era un delegado facultado para el efecto.

Se advierte lo anterior de acuerdo con la Resolución 3906 de 2007 que se invocó en el contrato *sub judice* como acto de delegación de funciones del Director General del INVÍAS en el Secretario General Técnico.

De acuerdo con la citada resolución, en forma concreta el Secretario General Técnico fue delegado para *“liquidar los contratos derivados del proceso contractual de su competencia”*[[73]](#footnote-73).

Como consecuencia, se encuentra probado que el contrato fue liquidado, por el funcionario competente, sin perjuicio de las salvedades impuestas en el acta respectiva.

Se agrega a ello que las salvedades no se aceptaron en este proceso, de acuerdo con el análisis de las pruebas y lo expuesto en la presente providencia.

En este orden de ideas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, dentro de la denegación general de las pretensiones de la demanda, queda comprendida, como lo estaba en la sentencia de primera instancia, la pretensión de liquidación del contrato en sede judicial.

**9. Costas**

Teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 16 de enero de 2012, se hace constar que el presente proceso se rigió por las reglas del Código Contencioso Administrativo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), el cual entró a regir el 2 de julio de 2012 y dispuso el siguiente régimen de transición;

*“Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.*

*“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

*“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.*

De conformidad con la disposición citada, para este proceso tiene lugar la regla de costas consagrada en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, la cual indica que sólo hay lugar a su imposición de acuerdo con la conducta de las partes, así:

*“Artículo 55.**Condena en costas.  El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:*

*"Artículo 171. Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil".*

Por otra parte, en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil se dispuso la siguiente regla para la condena en costas:

*“8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.*

Teniendo en cuenta que en el *sub lite* ninguna de las partes actuó de manera temeraria, no habrá lugar a la condena en costas.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

##### F A L L A

**PRIMERO**: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, el 4 de diciembre de 2014.

**SEGUNDO**:Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Se transcribe en forma literal de la sentencia de primera instancia, sin embargo, la numeración correcta corresponde al punto segundo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Con poder otorgado por el señor Gabriel Roberto Patiño Téllez obrando: en nombre propio, como representante legal de la sociedad S & P Ingenieros Ltda y como representante del Consorcio Puentes Putumayo.

 [↑](#footnote-ref-2)
3. En adelante se podrá denominar INVÍAS. [↑](#footnote-ref-3)
4. Cita fuera del texto: PAGA corresponde al Programa de Adaptación de las Guías Ambientales, con base en el cual se constituía una provisión estimada para la ejecución ambiental del proyecto, de acuerdo con el numeral 2, punto 3.8.3 del pliego de condiciones, folio 107 vuelto, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-4)
5. Se transcriben las pretensiones omitiendo los detalles de algunos valores unitarios. [↑](#footnote-ref-5)
6. Error del texto original, folio 1671, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. La discrepancia entre letras y números es de la demanda original, folio 1671, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Error del texto original, folio 1671, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. La discrepancia entre letras y números es de la demanda original, folio 1671, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 1670 y 1671, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 1665, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Comunicación de 24 de enero de 2011, folio 1636, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 25 y 26, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 39, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-14)
15. Página 33 de la sentencia, folio 119, cuaderno principal de la segunda instancia. [↑](#footnote-ref-15)
16. Página 35 de la sentencia, folio 120, cuaderno principal de la segunda instancia- [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 128. cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-17)
18. Artículos 2 y 75. [↑](#footnote-ref-18)
19. El criterio orgánico se refiere a la asignación de jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales con base en naturaleza de entidad pública de una de las partes del contrato, de acuerdo con la enumeración del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Este criterio fue corroborado como regla general de la determinación de la jurisdicción competente, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, la cual entró a regir el 8 de julio de 1998 y por el artículo 1º de la Ley 1106 de 27 de diciembre 2007, normas vigentes para la fecha en que se presentó la demanda en este proceso (16 de enero de 2012). El criterio orgánico igualmente constituye, en principio, la regla general de jurisdicción y competencia en el medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) el cual entró a regir el 2 de julio de 2012. [↑](#footnote-ref-19)
20. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2012, toda vez que la demanda se presentó el 16 de enero de 2012 y el recurso de apelación se interpuso el 16 de enero de 2015, en vigencia de la Ley 1450 de 2011 que invocó la aplicación de las cuantías previstas en la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.) (folio 127, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-20)
21. *Ley 1450 de 2011. Artículo 198. Descongestión Por Razón De La Cuantía En La Jurisdicción De Lo Contencioso Administrativo****.****Con el propósito de evitar la congestión de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado,* ***en los procesos que cursen o deban cursar*** *ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en relación con los cuales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley no se hubiere notificado en debida forma el correspondiente auto admisorio de la demanda* ***o cuando este no se hubiere expedido y cuyas demandas se presenten hasta antes del 2 de julio de 2012****, la competencia por razón de la cuantía se determinará con sujeción a las reglas consagradas en el artículo*[*157*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#157)*de la Ley 1437 de 2011”* (la negrilla no es del texto*.* La demanda en este proceso se admitió el 28 de marzo de 2012). [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 36, cuaderno 2. En término de ejecución del contrato venció el 21 de noviembre de 2009. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 1662, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-23)
24. “*Artículo 21. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.* [↑](#footnote-ref-24)
25. “*Artículo 868 C.Co. 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”.* [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 23 de marzo de 2017, radicación: 080012333000201300105 01 (51526), actor: Consorcio Gapa 2010, demandado: municipio de Galapa, referencia: acción contractual. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 88 a 122, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 21, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-28)
29. Cláusulas primera y tercera, folio 21, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folios 71 a 80, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folios 63 a 70, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 37 a 40 cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 34 vuelto, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 50 a 52, cuaderno 3. Aunque en el acta de liquidación se cometió un error en uno de los números de la comunicación, se asume que es la misma, dada la identidad del resto de los datos y del contenido referenciado. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 54, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folio 36, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 41, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-37)
38. Folios 71 a 80, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folio 21, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folios 10 a 12, cuaderno 2 [↑](#footnote-ref-40)
41. Folio 19, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-41)
42. Cuadernos 3, 4, y 5. [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 2 de diciembre de 2015, radicación: 47001233100020010066001(36285), actor: Consultores Constructores Asociados Limitada; demandado: departamento del Magdalena, referencia: contractual.

*“****iii)*** *A su turno, el evento de desequilibrio económico se prueba partiendo igualmente del acuerdo contractual, empero los elementos probatorios se deben enfocar sobre la fórmula económica que gobernó el contrato y la distribución de los riesgos y cargas dentro de la misma, de una parte, así como se requiere demostrar, de otra parte, el hecho que configuró la ruptura de la ecuación contractual correspondiente y la relación de causalidad entre dichos elementos”.*  [↑](#footnote-ref-43)
44. Cláusula décima, folio 21, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folios 88 a 122, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-45)
46. Folio 81, vuelto, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-46)
47. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 30 de agosto de 2017, Expediente: 250002326000200500877 01 (37567), actor: Diego Fernando Londoño, demandada: Comisión Nacional de Televisión, acción: contractual.

“**5.3. Cuestión de método para esclarecer el desequilibrio contractual**

“(…)

“La cuestión de método, que aquí se expresa, advierte que la labor del Juez del contrato se puede mejorar, si avanza desde el desequilibrio definido en plano jurídico –referido, la mayoría de las veces, al análisis exclusivo de las causas posibles- y se conecta, en cada caso concreto, con la prueba del efecto económico correspondiente.

“En otras palabras, el juez del contrato no se debería quedar exclusivamente en los conceptos jurídicos del equilibrio, la conmutatividad prestacional y el --tan repetido- sinalagma funcional. Tampoco puede concluir aisladamente con la sola evidencia de una causa típica de desbalance, es imperativo analizar la asignación de riesgos y ejecución del contrato en el caso concreto.

“La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha desarrollado en el sentido de que el deber de restablecer el equilibrio solo puede ser impuesto al Estado contratante cuando obedezca a circunstancias no atribuibles a las partes o que no están obligadas a soportar y a su vez, al amparo de la jurisprudencia, se exige que el desbalance de las cargas contractuales tenga impacto suficiente para provocar la ruptura del equilibrio definido para el contrato”. [↑](#footnote-ref-47)
48. La Ley 1150 de 2007, que reformó la Ley 80 de 1993, entró a regir el 16 de enero de 2008, con posterioridad a la celebración del contrato 3443 suscrito 31 de diciembre de 2007. En dicha ley se introdujo la siguiente disposición:

*“Artículo 4. 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”.*  [↑](#footnote-ref-48)
49. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 23 de noviembre de 2016, radicación 250002326000201201 (62161), actor: Unión Temporal Publiestadios, demandado: Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte IDRD. [↑](#footnote-ref-49)
50. El *PAGA* correspondía al Programa de Adaptación de las Guías Ambientales, con base en el cual se constituía una provisión estimada por el contratista y aprobada por el interventor, destinada a la ejecución ambiental del proyecto, de acuerdo con el numeral 2, punto 3.8.3 del pliego de condiciones, folio 107 vuelto, cuaderno 2.

. [↑](#footnote-ref-50)
51. 5. La autoridad ambiental competente decidirá sobre la viabilidad ambiental del proyecto, obra o actividad y otorgará o negará la respectiva licencia ambiental, en un término no mayor a quince (15) días hábiles, contados a partir de la expedición del citado auto. [↑](#footnote-ref-51)
52. Folio 29. Cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-52)
53. Folios 27 y 28, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-53)
54. Folios 27 y 28, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-54)
55. Folio 23, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-55)
56. Comunicación de Equipos & Cimentaciones, radicada febrero 18 de 2009, folio 34, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-56)
57. Ibídem. [↑](#footnote-ref-57)
58. Folios 405 a 407, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-58)
59. Se comete un error en la identificación de la cláusula y del contrato. No obstante, el texto que se cita corresponde a la parte final de la cláusula décima cuarta del contrato 3443 de 2007. [↑](#footnote-ref-59)
60. Folio 11 vuelto cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-60)
61. Literal i) página 27 del escrito de contestación de la demanda, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-61)
62. Folio 17, cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-62)
63. Folio 18, cuaderno 5- [↑](#footnote-ref-63)
64. Si bien el contrato se financió con sumas importantes aportadas a título de préstamo por el consorciado Patiño Téllez, por otra parte se realizaron gastos menores para pagar su especialización, algunos almuerzos y detalles para los funcionarios bancarios. Estos gastos no guardaban causalidad con la obra, aunque fueron de cuantía menor. [↑](#footnote-ref-64)
65. Página 47 del pliego de condiciones, punto 3, folio 107 vuelto, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-65)
66. Folio 61, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-66)
67. Folios 63 y 64, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-67)
68. Folios 71 y 72, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-68)
69. Folios 237 y 238, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-69)
70. Folio 501, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-70)
71. Folio 350 cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-71)
72. Folio 64, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-72)
73. Resolución consultada en: [*https://www.invías.gov.co/index.../473-resolucion-n-3906-del-28-de-agosto-de-2007.*](https://www.invías.gov.co/index.../473-resolucion-n-3906-del-28-de-agosto-de-2007.%20) Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2017. [↑](#footnote-ref-73)