**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Contratos de tracto sucesivo - Liquidación de mutuo acuerdo - Término - CCA**

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, estableció el deber de liquidar los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, de mutuo acuerdo, dentro del término fijado en los pliegos de condiciones y en su defecto, dentro de los 4 meses siguientes a su terminación. Por su parte, el artículo 61 ibídem, consagró que en caso de no ser posible la liquidación bilateral porque no se llegue a un acuerdo o porque el contratista no se presenta, la liquidación será practicada unilateralmente por la entidad mediante acto administrativo motivado, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 que modificó el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo , deberá ser proferido dentro de los 2 meses siguientes al plazo pactado por las partes o el legal de 4 meses.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN -** **Liquidación unilateral del contrato - Término**

En aquellos contratos que requieran de liquidación y la misma no se haya efectuado unilateralmente por la entidad dentro de los 2 meses que tiene para ello –literal d-, el término de caducidad de la acción será de 2 años, contados a partir del incumplimiento de la obligación de liquidar.

**DICTAMEN PERICIAL - Medio de prueba - Objeción por error grave - Reiteración jurisprudencial**

El dictamen pericial es un medio de prueba que busca, con el concurso de expertos en temas específicos, llevar al conocimiento del juez características, condiciones, cualidades, etc., sobre hechos que deben ser establecidos en el proceso y para las cuales aquel carece de preparación profesional, mediante el análisis de cosas o hechos sobre los cuales debe decidir; la prueba pericial, “(…) tiene indispensablemente un doble aspecto: verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común del juez y de las gentes, sus causas y sus efectos, y suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos, para formar la convicción del juez sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente”. Ahora bien, el C. de P.C. , establece la forma de ejercer el derecho de contradicción de este medio de prueba, al disponer en su artículo 238 que del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare u objetarlo por error grave, caso en el cual se deberá precisar el error y pedir las pruebas para demostrarlo; del escrito de objeción se correrá traslado a las demás partes, para que si lo consideran procedente, pidan pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error y concederá un término de 10 días para practicarlas, debiendo decidir sobre la objeción en la sentencia; la norma establece que el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo, con distintos peritos, que será inobjetable, pero de él se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare. El error grave que da lugar a la objeción, por su parte, es aquel que de no haberse presentado, otra habría sido la solución o el sentido del dictamen, por haber recaído éste sobre materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia o cuando el perito dictamina en sentido contrario a la realidad y de esa manera altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado. No obstante, así el dictamen pericial no haya sido objetado por las partes, ello no significa que el juez esté obligado a acogerlo, puesto que la misma ley, de un lado –art. 137, inc. 6º del C. de P.C.- establece que el dictamen debe ser claro, preciso y detallado y que en él, los peritos deberán explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, así como los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones; y de otro lado –art. 241 del C. de P.C.- le indica al juez cómo debe apreciar el dictamen pericial, al establecer que para ello, se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Lo anterior significa que el juez puede, una vez valorado el dictamen pericial, restarle todo poder de convicción y apartarse de sus conclusiones, cuando compruebe que no llena los requisitos legales exigidos para ello, pues, se reitera que “A través de la prueba pericial, se pretende llevar al juez el convencimiento sobre la existencia y naturaleza de las cosas y de los hechos que requieren especiales conocimientos y experiencia, lo cual sólo se logra en la medida en que resultan convincentes las explicaciones que los expertos aportan sobre los elementos de juicio que utilizaron para llegar a una conclusión” .

**DICTAMEN PERICIAL - Valoración del dictamen - Certeza - Requisitos o condiciones de la prueba**

La valoración del dictamen pericial debe realizarse de manera armónica con los demás elementos probatorios que reposan en el expediente, en consideración a que, se reitera, algunos de los puntos que abarca, en especial, los de obra ejecutada y no pagada, sobrecostos y lucro cesante, merecen especial análisis con base en lo que se determine en el estudio de fondo del presente asunto, razón por la que, de ser el caso, la Sala podrá apartarse de sus conclusiones. para efectos de que un dictamen pericial pueda llevarle certeza al juez sobre el objeto de estudio, debe reunir ciertas condiciones, dentro de las que se debe resaltar que sus conclusiones tienen que estar debidamente fundamentadas e igualmente, como medio probatorio que es, no puede ser desvirtuado por los demás elementos de convicción que obren en el plenario, requisitos de los cuales el estudio aludido carece en el sub judice. Al respecto, se ha señalado: Ha dicho la Sala que para que el dictamen pericial pueda tener eficacia probatoria se requiere que: (i) el perito informe de manera razonada lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados sepa de los hechos; (ii) su dictamen sea personal y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; (iii) que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; (iv) que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; (v) que no se haya probado una objeción por error grave; (vi) que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; (vii) que sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a probar; (viii) que se haya surtido la contradicción; (ix) que no exista retracto del mismo por parte del perito; (x) que otras pruebas no lo desvirtúen y (xi) que sea claro, preciso y detallado, es decir, que dé cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que de los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones. El artículo 241 del C.P.C. señala que el juez al valorar o apreciar el dictamen de los peritos tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que, como con acierto lo ha concluido la doctrina, el juez no está obligado a “…aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores…”. En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho.

**COSA JUZGADA - Concepto**

La cosa juzgada “es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, no dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto.

**COSA JUZGADA - Importancia**

Su importancia jurídica y social se la atribuye su propia finalidad, cual es la de conferir estabilidad, firmeza y certeza a las decisiones judiciales, y de procurar que el proceso cumpla un papel eficaz en la solución de los conflictos, evitando que el mismo asunto pueda ser debatido una y otra vez en los estrados judiciales. De esta manera, se puede afirmar que la cosa juzgada cumple dos funciones: una positiva que reside en ofrecer seguridad jurídica a los asociados; y otra negativa que consiste en prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar asuntos que ya han sido resueltos.

**COSA JUZGADA - Requisitos**

Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere que concurran los siguientes tres requisitos: (i) identidad de objeto, (ii) identidad de causa e (iii) identidad de partes. Las llamadas “identidades procesales” constituyen, entonces, los límites a la existencia de la cosa juzgada. Así lo dispone el propio artículo 175 del C.C.A., al señalar que “[l]a sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (…)”.

**CONTRATACIÓN ESTATAL - Finalidad - Fines del estado**

En el marco de la contratación estatal como herramienta de la administración pública para la obtención de los fines estatales y la protección del interés general, el Estado puede recurrir a la participación de particulares en calidad de contratistas, quienes buscan un beneficio económico, representado en una retribución concertada de manera previa, la cual debe ser proporcional y acorde con el cumplimiento del objeto contractual y es ese el incentivo para su colaboración. Bajo tales preceptos, se espera que las obligaciones a cargo de cada una de las partes, se mantengan hasta la terminación del vínculo contractual, con lo que cada uno de los co-contratantes obtenga el propósito esperado con el contrato, dicha garantía hace referencia al principio de la ecuación financiera o equilibrio económico, con la que se privilegia el carácter conmutativo o sinalagmático que por regla general ostenta el contrato estatal.

**EJECUCIÓN DEL CONTRATO - Prórroga - Desequilibrio económico del contrato**

Aquellos contratos en los que se prolonga la ejecución porque son a mediano o a largo plazo, conllevan una serie de derechos y obligaciones para cada una de las partes, que se entienden como equivalentes y determinan la adopción de medidas que buscan preservar que esa igualdad se conserve a lo largo de la ejecución, de modo que en el evento en que se rompa ese equilibrio por circunstancias imprevisibles y no atribuibles a la parte afectada, se logre su restablecimiento. (…) ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo hagan incurrir en pérdidas, que no habría sufrido si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas. Es decir, si bien el cocontratante debe soportar el riesgo normal propio de cualquier contrato, no tiene porqué asumir un riesgo anormal, que conmocione o altere de tal forma la economía del contrato situándolo a un punto de pérdida o incluso privándolo de las ganancias razonables que hubiera obtenido, si la relación contractual hubiese podido cumplirse en las condiciones originalmente pactadas.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Rompimiento - Requisitos**

No cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. (…) Dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento del desequilibrio del contrato, está el de la demostración o prueba del hecho que la configura y de la pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato. Es decir, cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo -que debe ser probado- por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Restablecimiento - Prueba de la modificación unilateral**

Debe probarse que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente o se presentó cualquiera de los eventos que afecte el equilibrio económico del contrato y, además, para que resulte admisible el restablecimiento del mismo, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar. No cualquier desajuste en las obligaciones adquiridas por los co-contratantes da lugar a su configuración, de modo que el desbalance de la ecuación contractual debe tener origen en circunstancias de imprevisibilidad y acreditarse la afectación anormal y grave de la economía del contrato.

**PRECIOS UNITARIOS - Desequilibrio económico del contrato**

Las partes al momento de la celebración de los acuerdos principal y accesorios pactaron en ejercicio de su autonomía, un precio por la obra principal, extra y adicional, cifra que, como ya se enunció, se acordó en la modalidad de precios unitarios, esto es contenido el porcentaje de A.I.U., razones para descartar el desequilibrio que la actora reclama. En efecto, cuando las partes convienen contratar bajo la modalidad de precios unitarios, acuerdan la forma de pago por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.

**PRECIOS UNITARIOS - Forma de pago**

Por precios unitarios, es aquel contrato en el cual se pacta el valor de las diferentes unidades primarias de obra que deben realizarse, tales como el metro cúbico de remoción o movimiento de tierras, el metro cuadrado de muros, el metro lineal de instalación de tubería, etc., calculando cuánto vale la ejecución de cada una de éstas y el costo directo total del contrato, será el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas y de sumar todos los ítems necesarios para dicha ejecución. En la conformación de dichos precios unitarios, se tienen en cuenta todos los gastos que se requieren para realizar la unidad de medida respectiva –el metro lineal, el metro cúbico, el metro cuadrado, etc.-. Y lo que comúnmente se denomina análisis de precios unitarios, corresponde a la descomposición de los mismos para determinar los costos que los conforman: la maquinaria que se utilizará, calculando el valor por el tiempo que se requiera; la mano de obra, teniendo en cuenta el costo hora-hombre, y cuántas personas se requieren para la ejecución de esa unidad de medida; la cantidad de los materiales necesarios, etc”.

**COSTOS - Directos - Indirectos - A.I.U - Contratos de obra pública**

Al lado de los costos directos, se hallan los costos indirectos que corresponden, en los contratos de obra pública, al A.I.U., el cual es un porcentaje de los costos directos destinado a cubrir i) los gastos de administración (A) -que comprende los gastos de dirección de obra, gastos administrativos de oficina, etc-, ii) los imprevistos (I) –que corresponde a un porcentaje destinado a cubrir los gastos menores que surjan y que no fueron previstos- y iii) las utilidades (U) –que corresponde a la remuneración propiamente dicha del contratista por su trabajo-. El costo directo más el AIU, dará el precio unitario de cada ítem”.

**CONTRATOS ADICIONALES - Suscripción de actas - Sin salvedades - Imposibilidad de realizar reclamación judicial**

La Sección Tercera de esta Corporación ha sostenido de forma repetida que la suscripción de actas y contratos adicionales sin salvedades enerva cualquier tipo de pretensión que se pretenda elevar judicialmente por los asuntos que se pretendieron regular mediante esos documentos. No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato.

**MAYORES CANTIDADES DE OBRA - Obra adicional o complementaria - Autorización previa**

Ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso.

**OBSERVACIONES - Incumplimiento**

La omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum propium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

**SILENCIO ADMINISTRATIVO - Negativo - Código Contencioso Administrativo – Término de 2 meses - Recurso contra acto administrativo**

Según lo dispone el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo el silencio administrativo negativo procesal se configura una vez transcurridos 2 meses después de que se hayan interpuesto en debida forma los recursos correspondientes contra un determinado acto administrativo previo, ya sea éste expreso o presunto, sin que la administración hubiera proferido y notificado una decisión expresa a través de la cual los haya decidido o resuelto.

**SILENCIO ADMINISTRATIVO - Omisión de la administración - Recursos interpuestos - Acto administrativo ficto o presunto**

En virtud de la omisión de la administración al resolver los recursos interpuestos en debida forma dentro del término de dos (2) meses previsto en la norma, surge un acto administrativo ficto o presunto que contiene una decisión negativa o adversa a los intereses del administrado o recurrente, y por lo tanto confirmatoria del acto administrativo impugnado.

**SILENCIO ADMINISTRATIVO - Sanción por negligencia - Garantía**

La figura del silencio administrativo negativo se constituye, de un parte, en una sanción a la negligencia de la administración al resolver los recursos interpuestos de forma oportuna; y de otra, en una garantía de acceso a la administración de justicia constituida en favor de los administrados, de forma tal que éstos puedan acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demandar no sólo la nulidad del acto administrativo que fue adverso a sus intereses, sino también del acto administrativo ficto o presunto a través del cual se confirmó dicha decisión.

**SILENCIO ADMINISTRATIVO - No exime de responsabilidad**

La operancia de la figura a la que se alude no exime de responsabilidad a la autoridad administrativa de la obligación constitucional y legal que tiene a su cargo de resolver los recursos interpuestos, estando entonces facultada para hacerlo en cualquier momento siempre y cuando el particular no haya presentado demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ésta se haya admitido y se le haya notificado el respectivo auto admisorio.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Concepto técnico - Naturaleza jurídica**

La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste. (…) En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Liquidación bilateral - Liquidación unilateral - Acuerdo de voluntades**

Que la liquidación bilateral supone un acuerdo de voluntades, cuya naturaleza contractual es evidente, porque las mismas partes del negocio establecen los términos como finaliza la relación negocial. Ahora bien, la liquidación unilateral se materializa en un acto administrativo, por ende, como su nombre lo indica, no se trata de un acuerdo sino de una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista –jamás a la inversa- acerca de la forma como termina el negocio jurídico. Se trata, ni más ni menos, que de una exorbitancia en manos públicas, porque la entidad estatal queda facultada para indicar las condiciones del estado del negocio, donde puede declarase a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato. Desde este punto de vista, es decir, del contenido del acto, no existe diferencia entre la liquidación bilateral y la unilateral, porque la una como la otra están llamadas a concluir el negocio mediante la determinación concreta y clara de los aspectos técnicos, económicos y financieros que quedan pendientes, como de lo ejecutado y recibido a satisfacción. Además, tanto un acto como el otro tienen naturaleza contractual, de allí que la distinción sólo reside en que el uno es bilateral y el otro es un acto administrativo, es decir, es unilateral.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2000-02367-01(28876) ACUMULADO**

**Actor: INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES LTDA.**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS –INVÍAS-**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - SENTENCIA - ACUMULADO: 25000-23-26-000-2001-00752-01**

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora y su litisconsorte, contra la sentencia del 24 de junio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante la cual se declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto del proceso 2000-02367 y se negaron las demás pretensiones, la cual será modificada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

En el expediente 2000-02367, INCONSTRUC LTDA., reclamó que se reconociera a su favor el rompimiento del equilibrio económico del contrato n.° 151 de 1997, celebrado con el Instituto Nacional de Vías, para el mejoramiento de la Carretera Bogotá-Villavicencio, sector K55+000-K87 Caño seco (Departamento de Cundinamarca), el cual no se demostró. De otra parte, en el 2001-00752, solicitó la nulidad de las resoluciones n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998 y 005112 del 13 de diciembre del 2000, expedidas por la demandada, mediante las cuales liquidó unilateralmente el referido contrato y, en consecuencia, pretende que se liquide judicialmente. No obstante, no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los referidos actos administrativos, en tanto la entidad ostentaba competencia temporal para el efecto al momento de su expedición y los puntos sobre los que versaban los demás reparos no fueron acreditados.

**ANTECEDENTES**

**I. Lo que se pretende**

1. El expediente de la referencia acumula dos procesos en los que se presentaron demandas diferentes, así:

1.1. Mediante escrito presentado el 19 de octubre de 2000 (f.1-6 c.1), la sociedad Ingeniería y Construcciones Ltda., a través de apoderado, presentó oportunamente demanda en ejercicio de la **acción contractual** contra el Instituto Nacional de Vías con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*PRIMERA: Que circunstancias y hechos ajenos a INCONSTRUC, posteriores a la celebración del contrato de obra n.º 151/97 para el mejoramiento de la carretera Santafé de Bogotá-Villavicencio, sector K55+000-K87- caño seco, rompieron su equilibrio económico en contra de dicha Sociedad.*

*SEGUNDA: Que para restablecer el equilibrio económico del contrato 151/97, a punto de no pérdida, el INVÍAS debe pagar a INCONSTRUC LTDA:*

*a) El valor actual de las obras ejecutadas y no pagadas, junto con intereses moratorios, desde la fecha de terminación del contrato hasta cuando el pago se realice.*

*b) El valor de los ajustes de precios en valores actuales, junto con intereses moratorios, desde la fecha en que tales ajustes han debido pagarse hasta cuando el pago se realice.*

*c) El valor de sobrecostos por mezcla asfáltica comprada a CONSTRUCCIONES CONDOR SA, en valores actuales.*

*d) El valor de sobrecostos por utilización de maquinaria y personal adicionales a los ofrecidos, en valores actuales.*

*e) Costo de actividades y obras para atención de la avalancha de la quebrada LAS LAJAS, en valores actuales.*

*f) Sobrecostos ocasionados por retraso en la construcción de puentes, en valores actuales.*

*g) Sobrecostos originados por modificaciones del proyecto y por la insolvencia en que incurrió INCONSTRUC al no habérsele cancelado los valores anteriores.*

*TERCERA: Que el INVÍAS debe pagar las costas del proceso.*

2. La parte actora presentó como fundamento fáctico de su demanda lo siguiente:

2.1. El 23 de abril de 1997, el Instituto Nacional de Vías –INVÍAS- y la sociedad Ingeniería y Construcciones Ltda. –INCONSTRUC-, suscribieron el contrato de obra n.º 151, cuyo objeto era el mejoramiento de la carretera Santafé de Bogotá-Villavicencio, sector K55+000-K87 Caño seco, departamento de Cundinamarca, que fue adicionado por los contratos 151-1-97, 151-2-97 y 151-3-97, razón por la cual, su plazo se extendió hasta el 30 de mayo de 1998, por un valor total de $19 788 815 387,oo.

2.2. El contrato se derivó de una declaratoria de emergencia y, según el dicho de la demanda, se trataba de continuar unas obras que un contratista extranjero no concluyó, por lo que se le solicitó a INCONSTRUC LTDA. que la mezcla asfáltica, adicional a la que debía producir, fuera comprada a Construcciones Cóndor S.A., así como que incrementara el equipo y personal. Aseguró que el contratista ejecutó las obras en el plazo contractual, mientras que el INVÍAS no pagó los precios pactados, lo que condujo a la contratista a realizar el reclamo a través de proceso arbitral, en el que se negaron las pretensiones de la demanda, decisión que no hizo tránsito a cosa juzgada, tal como lo indicó esta Corporación en la solicitud de anulación del laudo arbitral.

2.3. Se adujo que el INVÍAS no pagó la totalidad de las obras ejecutadas por el contratista, pese a que el volumen total quedó consignado en las pre-actas. Adicionalmente, indicó que con ocasión de la avalancha de la quebrada Las Lajas el 14 de julio de 1997, la entidad le solicitó colaboración para controlar los efectos del desastre, sin remunerar totalmente esa actividad.

2.4. De igual forma, señaló que se presentó un retraso en la construcción del puente El Naranjal, por la ausencia de predios y por las diferencias suscitadas entre la entidad y la empresa que tenía a su cargo inicialmente la ejecución.

2.5. Aseguró que el proyecto, durante los 13 meses que duró la ejecución, fue modificado 10 veces por el INVÍAS, circunstancia que determinó los sobrecostos no previstos que no fueron pagados a INCONSTRUC y que finalmente, los llevo a estado de insolvencia.

2.6. La parte actora se limitó a citar como fundamentos de derecho, la Ley 80 de 1993, los artículos 1498, 1546, 1602, 1603, 1613, 1618, 1620 y 1624 del Código Civil, 822, 830, 831, 864, 868, 871 del Código de Comercio y 87 del Código Contencioso Administrativo.

3. De otra parte, mediante escrito presentado el 2 de abril de 2001 (f.1-7 c.1), la sociedad Ingeniería y Construcciones Ltda., a través de apoderado, presentó oportunamente demanda en ejercicio de la **acción contractual** contra el Instituto Nacional de Vías, cuyo número de radicación es **2001-00752,** con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*PRIMERA: Que son nulas las Resoluciones n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998 y 005112 del 13 de Diciembre del año 2000, expedidas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, mediante las cuales se liquidó unilateralmente el contrato No.0151 de 1997 celebrado entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS e INCONSTRUC LTDA. para el mejoramiento de la Carretera Bogotá-Villavicencio, sector K55+000-K87 Caño seco (Departamento de Cundinamarca).*

*SEGUNDA: Que con ocasión de la declaración anterior, y para restablecer el derecho de INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LTDA-INCONSTRUC LTDA., se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a pagarle los siguientes valores:*

*a) El valor de los ajustes de precios del contrato 151 de 1997 en valores constantes, junto con intereses moratorios, a la tasa más alta permitida por la ley, desde cuando tales ajustes han debido pagarse, hasta cuando el pago se realice, según estimación pericial.*

*b) El valor de todas las obras ejecutadas y dejadas de pagar con ocasión del contrato 151 de 1997 y sus adicionales, en valores constantes, junto con intereses moratorios, a la tasa más alta permitida por ley, desde cuando tales obras han debido pagarse hasta cuando el pago se realice, según estimación pericial.*

*c) El valor de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato y por el comportamiento contrario a la ley, tanto el daño emergente como el lucro cesante representado en la utilidad que no se pudo hacer y en la pérdida del good will y de oportunidades, según estimación pericial.*

*En subsidio, el valor de la cláusula penal prevista en el contrato, en valores constantes.*

*TERCERA: Que se practique una nueva y verdadera liquidación del contrato No.151 de 1997 y sus adicionales, con auxilio de peritos, que incluya los valores de la petición anterior.*

4. Como fundamento fáctico de su demanda, la parte actora adujo lo siguiente:

4.1. El Instituto Nacional de Vías –INVÍAS- y la sociedad Ingeniería y Construcciones Ltda. –INCONSTRUC-, suscribieron el contrato de obra n.º 151 del 23 de abril de 1997, para el mejoramiento de la carretera Santafé de Bogotá-Villavicencio, sector K55+000-K87 Caño seco, departamento de Cundinamarca, el cual se celebró por urgencia manifiesta, en consideración a que el anterior contratista, extranjero, *“tuvo que entregar el contrato por el acoso de la guerrilla”.*

4.2. INCONSTRUC ejecutó las obras contratadas en los plazos establecidos y las entregó periódicamente a la interventoría para la utilización del INVÍAS y de usuarios, quienes han cancelado el peaje en la *“abscisa k correspondiente a Puente Quetame y k correspondiente a Pipiral”.*

4.3. El INVÍAS no pagó a INCONSTRUC los ajustes de precios, que fueron reclamados a través de proceso arbitral, cuyo laudo negó pretensiones y no hizo tránsito a cosa juzgada, según pronunciamiento del Consejo de Estado. La entidad tampoco canceló la totalidad de las obras ejecutadas ni las labores extras realizadas con ocasión del contrato n.º 151 de 1997, esto es, los sobrecostos por mezcla asfáltica suministrada por la sociedad Cóndor S.A., así como el transporte, montaje, desmontaje de una planta de asfalto adicional y atención de la avalancha de la quebrada Las Lajas.

4.4. Mediante resolución n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998, el INVÍAS liquidó unilateralmente el contrato n.º 151 de 1997, en la que reconoció reajuste de precios de manera incorrecta, una parte de las obras adicionales y no reconoció las labores extras.

4.5. INCONSTRUC presentó recurso de reposición que fue resuelto mediante resolución n.º 005112 del 13 de diciembre del año 2000, cuando ya había iniciado el proceso 2000-02367.

4.6. Señaló que de conformidad con los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y 44 numeral 10 literal d) de la Ley 446 de 1998, el Estado tiene los seis meses siguientes a su terminación para hacer la liquidación unilateral del contrato. Puso de presente que los poderes exorbitantes del Estado, tienen un límite temporal y, por lo tanto, debían ser ejercidos en unos plazos perentorios y preclusivos, razón por la cual, en el caso de la referencia, la resolución n.º 5112 de 2000, fue expedida de manera extemporánea, dado que se profirió treinta meses después de su terminación.

4.7. Explicó que la referida resolución modificó la decisión adoptada por la entidad en la resolución n.º 5179 de 1998, que si bien los dos actos administrativos conforman un todo, debe tenerse en cuenta que la última sí contiene declaraciones a favor del contratista, sin reconocer intereses, pese a que transcurrieron 30 meses entre la terminación del contrato y la liquidación unilateral.

4.8. Agregó que de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la liquidación del contrato es un balance entre lo ejecutado y lo pagado. Sin embargo, el INVÍAS no reconoció el ajuste de los precios, el valor de lo realmente ejecutado, ni los intereses moratorios correspondientes, pese a que recibió y utilizó la obra realizada por INCONSTRUC, respecto de la que, en el caso de presentar defectos, conllevaba al ejercicio de la acción contractual y no a las conclusiones consignadas en la resolución n.º 5112 de 2000, con lo que se desconocieron los artículos 1602, 1603, 1613, 1614 y 1546 del Código Civil y 864, 868 y 871 del Código de Comercio.

**II. Trámite procesal**

5. Las demandas presentadas, tuvieron un trámite jurisdiccional separado hasta antes del momento de la acumulación de los procesos, tal como se reseña a continuación:

5.1. El 5 de diciembre de 2000, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, admitió la demanda radicada bajo el n.º **2000-02367** (f.8 c.1). Una vez se notificó (f.10 c.1), la demandada contestó oportunamente en los siguientes términos:

5.1. El Instituto Nacional de Vías –INVÍAS-, señaló que el contratista no cumplió con la obligación establecida en el contrato, respecto de presentar con las actas mensuales de obra ejecutada, el acta de reajuste de precios unitarios, sumado a que el recibo definitivo de obra se suscribió con posterioridad a la fecha establecida contractualmente, en constancia de lo cual se firmó un acta en la que se dejó establecido que no se recibieron a satisfacción las obras de arte, pavimento, puentes, entre otras.

5.2. En el mismo sentido, adujo que el contratista tampoco constituyó la póliza de estabilidad de las obras ejecutadas, equivalente al 5% del valor final de la misma, como se dispuso en el literal c) de la cláusula décimo novena del contrato n.º 151 de 1997.

5.3. Agregó que una vez suscrita el acta de recibo final de obra, la entidad procedió a liquidar el contrato con base en los lineamientos de la Ley 80 de 1993, invitando al contratista para su suscripción de mutuo acuerdo, quien no aceptó, razón por la cual se procedió a hacerlo de forma unilateral mediante resolución n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998, decisión que fue impugnada por la sociedad y la aseguradora Confianza S.A., recursos que se resolvieron a través de la resoluciones n.º 05112 y 05113 del 13 y 14 de diciembre de 2000 respectivamente (f. 17-89 c.1).

6. El Instituto Nacional del Vías –INVÍAS-, llamó en garantía a la firma INGETEC S.A., en virtud del contrato n.º 515 de 1994 y sus adicionales, con fecha de vencimiento el 15 de mayo de 1998, cuyo objeto fue la consultoría e interventoría técnica y administrativa de las obras de mejoramiento de los sectores k+55+000 Guayabetal (Quebrada Perdices) y Caño seco de la carretera Bogotá-Villavicencio (1-47 c.3). El Tribunal admitió el llamamiento en garantía el 17 de abril de 2000 (f.48-49 c.3), sin embargo, no se logró su notificación por la ausencia del pago de las expensas necesarias para el efecto (f.204 c.1).

7. Mediante memorial del 7 de septiembre de 2001, la sociedad Ingeniería y Construcciones Ltda., solicitó la **acumulación de procesos** respecto del expediente radicado con el n.° **2001-00752** (f. 186-202, c.1), petición que fue resuelta favorablemente, el 9 de octubre de 2001 (f. 205-206, c.1)[[1]](#footnote-1).

8. En relación con dicha demanda, fue admitida el 24 de mayo de 2001 (f. 10 y 11, c.1) y se presentó contestación en los términos que se reseñan a continuación:

8.1. El Instituto Nacional de Vías –INVÍAS- se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en los mismos argumentos que presentó en la contestación de la demanda radicada con el n.º 2000-02367 (f. 15 a 78, c. 1).

9. El *a quo* decretó pruebas para el proceso n.º 2001-00758, el 26 de julio de 2001 (f. 80-81 c.1). Por su parte, en el proceso n.º 2000-02367, se decretaron pruebas el 6 de marzo de 2002 (f. 212-213 c.1).

10. El abogado Alfonso Beltrán García, el 27 de agosto de 2002, fue reconocido como *“litisconsorte en los procesos acumulados 2000-02367 y 2001-00752, como cesionario de los derechos litigiosos, en proporción del 40%, de la sociedad actora “Ingeniería y Construcción Ltda.-INCONSTRUC LTDA.-”* (f. 243-244 c.1)[[2]](#footnote-2).

11. Una vez se agotó el trámite procesal correspondiente y concluido el periodo probatorio, se ***corrió traslado a las partes para alegar*** (f. 273 c. 1), oportunidad en la que reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y en las contestaciones, respectivamente (f.275-286, 287-288 c.1). Sin embargo, el apoderado del INVÍAS, señaló que con ocasión del pronunciamiento del Tribunal de Arbitramento convocado en su momento por la actora, se determinó que el contratista no presentó las cuentas de ajuste de obra, razón por la cual no le fueron canceladas en su momento, así como que la contratante no incumplió el Contrato n.º 151-97, con lo que se configuró la excepción de cosa juzgada, en consideración a que en las demandas acumuladas, también se pretende un pronunciamiento en ese sentido. Adicionalmente, que tanto los ajustes como las obras que inicialmente no habían sido recibidas, fueron pagadas por la entidad, quien emitió la liquidación unilateral dentro de los límites temporales decantados por la jurisprudencia de esta Corporación. En consecuencia, no debían prosperar las pretensiones de las demandas acumuladas.

12. El 24 de junio de 2004, se profirió ***sentencia******de primera instancia*** (f. 289-317 c. ppal.)[[3]](#footnote-3), en la que el *a quo* declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto de las pretensiones de la demanda radicada con el n.º 2000-02367 y negó las demás pretensiones.

12.1. El *a quo* encontró acreditados los presupuestos de caducidad y procedibilidad de la acción, al igual que la legitimación en la causa. Frente a la alusión de la demandada, respecto de que se configuró la excepción de cosa juzgada de las pretensiones de la demanda n.º 2000-02367, por la presentación del proceso arbitral, con base en el laudo y la decisión de esta Corporación al resolver sobre el recurso de anulación, concluyó que sí se configuró la referida excepción, en consideración a que el tribunal de arbitramento constituido para el efecto, ya se había pronunciado sobre el alegado incumplimiento de la contratante y los ajustes que reclamó la parte actora en este caso.

12.2. En el estudio de las pretensiones de la demanda radicada 2001-00752, con base en las pruebas recaudadas y las disposiciones contractuales, aseguró que la liquidación unilateral se efectuó dentro de los cuatro meses siguientes del vencimiento del plazo contractual, de modo que la entidad contaba con las facultades para su adopción a través de la resolución n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998. En el cargo según el cual, de conformidad con la naturaleza de la liquidación de los contratos, la entidad desconoció obras que ya había recibido para modificar situaciones consolidas, el *a quo* encontró que de conformidad con la cláusula octava del contrato n.º 151-97, las actas de obra eran provisionales frente a la calidad de obra, cantidad de obra y obras parciales, razón por la que era posible su corrección o modificación en el acta de recibo final, sin que ello significara que el INVÍAS hizo uso de facultades que no ostentaba.

12.3. Finalmente, indicó que también existía cosa juzgada respecto de los argumentos conforme a los cuales, las resoluciones controvertidas violaron las normas que regulan lo concerniente a la liquidación de los contratos estatales y las contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio, por no pagar la totalidad del precio, esto es, el valor básico más los ajustes, no reconocer lo realmente ejecutado y los intereses por el pago tardío.

12.4. En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda, porque no prosperó ningún cargo contra las resoluciones controvertidas.

13. La anterior decisión fue **apelada** en tiempo por la parte actora y por su Litis consorte (f. 319,318 c. ppal.), que en síntesis sustentaron su desacuerdo con la decisión de la siguiente forma:

13.1. Indicaron que la sentencia de primera instancia es incongruente porque de las siete peticiones principales, se limitó a resolver la referente al pago completo de los ajustes de precios, de modo que dejó de resolver sobre la impugnación de la liquidación que contiene la demanda acumulada. Adicionalmente, reprocharon que no se mencionara el dictamen pericial que se practicó y que según su interpretación, carece de objeción por error grave. En el mismo sentido, se señaló que tampoco se tuvo en cuenta el informe bajo juramento rendido por la directora del INVÍAS, con el que se acreditó que la obra fue usada y se cobró el peaje correspondiente. Finalmente, insistieron en los argumentos expuestos a lo largo del proceso, en especial, los referentes a que la entidad “*desrecibió”* (sic) las obras entregadas por la contratista.

14. Luego de que se admitiera el recurso (f. 332 c. ppal.), se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** (f. 334 c. ppal.), oportunidad en la que el INVÍAS, la parte actora y el litisconsorte de aquella, reiteraron sus argumentos, sin embargo, estos últimos indicaron, en el tema de ajustes, que la entidad los pagó parcialmente al resolver el recurso de reposición contra la resolución 005179 de 1998, de modo que como se liquidaron incorrectamente, la segunda pretensión de la primera demanda se refería al saldo de estos después de aplicar la fórmula matemática contractual (f. 335-346, 347-351 c. ppal.).

15. El 24 de mayo de 2005, se aceptó la cesión de derechos celebrada entre la parte actora y el abogado Mauricio Caro Tribín, por lo que fue reconocido como *“litisconsorte de la parte actora”* (f. 364-378, 379-380 c.1)[[4]](#footnote-4).

16. La Sala considera pertinente señalar, que en diversos despachos judiciales de la jurisdicción ordinaria, se decretaron embargos respecto de lo que pueda resultar a favor de la parte actora, los cuales se resumen de la siguiente manera:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| N°. | Despacho judicial | Proceso  | Radicación/ejecutante | Límite de la medida (embargo) | Fecha anotación en este proceso | folios |
|  | Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá | Ejecutivo | 17078 / Esso Colombian Limited | $900 000 000,oo | 06-03-2002 | 209-210, 214-215 |
|  | Juzgado 12° Civil del Circuito de Bogotá | Ejecutivo | Juan Jacobo Jaimes | $441 000 000,oo | 07-05-2002 | 221-223, 231-232 |
|  | Juzgado 10° Civil del Circuito de Bogotá | Ejecutivo | 22-0079 / Pricam S. en C.  | $161 150 000,00 | 07-05-2002 | 225-226, 231-232 |
|  | Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá | Ejecutivo | N.S.P. de Colombia Ltda. | $40 000 000,00 | 11-12-2002 | 248,250 |
|  | Juzgado 7° Civil del Circuito de Bogotá | Ejecutivo | 6535 / Carlos Elmer Buriticá García  | $40 000 000,00 | 13-03-2003 | 259, 261-262 |
|  | Juzgado 31 Civil del Municipal de Bogotá | Ejecutivo | Samuel Rueda Gómez | $5 000 000,00 |  | 274 |
|  | Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá | Ejecutivo | 220215 / Samuel Rueda Gómez | $117 000 000,oo |  | 290 |
|  | Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá | Ejecutivo | 1999-00255/ Salomón Ballén Hernández  | $80 250 000,00 | 28-08-2006 | 388-390 c. ppal. |
|  | Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá | Ejecutivo | 2009-00231/ Raúl Cuellar Calderón  | $500 000 000,00 | 23-09-2009 | 397-399 c. ppal. |
|  | Juzgado 7° Civil del Circuito de Bogotá | Ejecutivo | 1999-06535/ Carlos Elmer Buriticá García  | $110 000 000,00 | 07-10-2015 | 402-403, 407 c. ppal. |
|  | Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá | Ejecutivo | 2005-00203/ Fausto Fuentes Ballesteros  | $180 000 000,00 | 07-10-2015 | 405-406, 407 c. ppal. |

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

17. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y el litisconsorte de aquella el 12 y 15 de julio de 2004, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en el año 2000 para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de $ 26 390 000. En el presente caso, la parte actora estimó la cuantía de sus pretensiones en suma superior a $ 1 000 000 000, oo.

17.1. La Sala advierte que las partes pactaron en el contrato objeto de la presente controversia, una cláusula conforme a la cual, podrían acudir a mecanismos alternativos de solución de controversias, así como convocar a un Tribunal de Arbitramento (f.97-98 c.2):

***CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.-*** *Las partes podrán acudir a mecanismos de conciliación, amigable composición y transacción, para la solución de controversias contractuales surgidas en desarrollo del presente contrato. Asimismo, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra por escrito, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, a fin de resolver las diferencias presentadas en razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato. Igualmente, las diferencias de carácter exclusivamente técnico podrán someterse por acuerdo escrito de las partes, al criterio de expertos designados directamente por ellas o al parecer de un organismo consultivo del gobierno, al de una asociación profesional o un centro docente universitario o de enseñanza superior, la decisión adoptada será definitiva.*

17.2. Con fundamento en la citada cláusula, el respectivo tribunal de arbitramento fue convocado por la parte actora en el *sub-lite,* el mismo se conformó y profirió el respectivo laudo arbitral, el cual fue objeto del recurso extraordinario de anulación ante esta Corporación, que mediante providencia del 17 de agosto de 2000[[5]](#footnote-5), negó la solicitud en ese sentido.

17.3. En principio, la cláusula décima sexta del contrato n.° 0151 de 1997, afectaría la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer del presente asunto, tal como lo estableció la jurisprudencia de la Corporación[[6]](#footnote-6), sin embargo, del análisis de su contenido, es claro que para efectos de habilitar la justicia arbitral, si las partes querían someter las controversias surgidas en razón del citado contrato, debían solicitar por escrito que se convocara el respectivo tribunal de arbitramento y, para el asunto bajo examen, es claro que ninguna de las partes expresó su voluntad de relevar a esta jurisdicción del conocimiento de su discusión. Sumado a lo anterior, es evidente que del contenido de la cláusula objeto de análisis, no se desprende un acuerdo claro y expreso, de llevar ante árbitros todos los aspectos objeto de disputa, derivados de la relación contractual, esto es, pactaron de manera general la posibilidad de intentar la solución de controversias a través de mecanismos alternativos y justicia arbitral, sin que fueran más allá de la facultad constitucional consagrada en el artículo 116[[7]](#footnote-7) y por tanto, no es posible afirmar que las partes consignaron un pacto claro, expreso e indiscutible de sustraer el litigio de la jurisdicción contenciosa administrativa[[8]](#footnote-8).

17.4. En concordancia con lo anterior, en el laudo proferido el 12 de noviembre de 1999, los árbitros designados, concluyeron que la cláusula décima sexta cumplió la voluntad de las partes, por lo que no derogó *la competencia de los jueces “permanentes”,* sino que habilitó *a unos particulares para ejercer la función de administrar justicia. Y ese efecto se dio desde cuando se suscribió el contrato, de manera general y abstracta, pues tal es el cometido y el efecto de la cláusula compromisoria”,* adicional al hecho de que la contratista elevó solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, actuación con la que manifestó su intención de encargarlos para dirimir la controversia planteada en ese momento (f.132-133 c.4/2). En consecuencia, a esta Corporación le asiste competencia para decidir el asunto de la referencia.

**II. De la caducidad**

18. Se reitera que la parte actora, en el expediente n.º 2000-02367, reclamó que se reconociera el rompimiento del equilibrio económico del contrato n.° 151 de 1997, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y la sociedad Ingeniería y Construcciones Ltda., para el mejoramiento de la Carretera Bogotá-Villavicencio, sector K55+000-K87 Caño seco (Departamento de Cundinamarca). De otra parte, en el expediente n.º 2001-00752, solicitó la nulidad de las resoluciones n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998 y 005112 del 13 de diciembre del 2000, expedidas por el Instituto Nacional de Vías, mediante las cuales se liquidó unilateralmente el referido contrato n.° 151 de 1997. Frente a la liquidación del negocio jurídico, las partes pactaron lo siguiente (f. 93-99 c.2):

***CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: LIQUIDACIÓN.*** *El presente contrato será objeto de liquidación de conformidad con los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, procedimiento que deberá efectuarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su vencimiento o la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga, y se realizará de conformidad con lo previsto en la resolución n.º 006495 del 30 de agosto de 1994 proferida por el INSTITUTO, la liquidación del contrato se iniciará a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la ocurrencia de los eventos señalados anteriormente.* ***PARÁGRAFO PRIMERO:*** *Para la liquidación, se exigirá al CONTRATISTA la ampliación de la garantía, si es del caso, a fin de avalar las obligaciones que éste deba cumplir con posterioridad a la extinción del presente contrato.* ***PARÁGRAFO SEGUNDO:*** *Si el CONTRATISTA no se presentare para efectos de la liquidación del contrato o las partes no llegan a ningún acuerdo, el INSTITUTO procederá a su liquidación por medio de resolución motivada susceptible del recurso de reposición.*

19. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, estableció el deber de liquidar los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, de mutuo acuerdo, dentro del término fijado en los pliegos de condiciones y en su defecto, dentro de los 4 meses siguientes a su terminación. Por su parte, el artículo 61 *ibídem*, consagró que en caso de no ser posible la liquidación bilateral porque no se llegue a un acuerdo o porque el contratista no se presenta, la liquidación será practicada unilateralmente por la entidad mediante acto administrativo motivado, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 que modificó el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo [[9]](#footnote-9), deberá ser proferido dentro de los 2 meses siguientes al plazo pactado por las partes o el legal de 4 meses.

20. Ese mismo precepto legal, establece que en aquellos contratos que requieran de liquidación y la misma no se haya efectuado unilateralmente por la entidad dentro de los 2 meses que tiene para ello –literal d-, el término de caducidad de la acción será de 2 años, contados a partir del incumplimiento de la obligación de liquidar.

21. Como el plazo de ejecución del contrato finalizaba el 30 de mayo de 1998 (contrato adicional n.º 2 al contrato n.º 151 de 1997, f. 102-105 c.2), las partes tenían, hasta el 30 de septiembre siguiente para liquidarlo de común acuerdo y si no, la entidad debía hacerlo unilateralmente antes del 30 de noviembre de 1998. En el caso bajo estudio, se advierte que las partes intentaron hacer la liquidación, sin embargo, la contratista no estuvo de acuerdo con el acta de recibo final, que fue el documento en el que se fundamentó aquella, razón por la que el instituto adoptó la liquidación unilateralmente mediante Resolución n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998, la cual fue objeto del recurso de reposición, que se resolvió el 13 de diciembre de 2000, a través de la Resolución n.º 5112 (f. 4-10, 50-55, 62-77 c.2).

21.1. En este punto, se pone de presente que para el momento en que el instituto adoptó la liquidación unilateralmente mediante Resolución n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998, se encontraba en término para el efecto, por lo que la Sala encuentra que la entidad liquidó unilateralmente cuando aún ostentaba la facultad temporal. Circunstancia diferente, es que su recurso de reposición se haya resuelto con posterioridad a ese término[[10]](#footnote-10).

22. Con fundamento en lo anterior, la regla de caducidad aplicable al caso es la contenida en el primer inciso del literal d) del numeral 10 de artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y, en consecuencia, el término debe contabilizarse a partir de la ejecutoria de la Resolución n.º 005112 del 14 de diciembre de 2000 y como la demanda en la que se está controvirtiendo su legalidad y veracidad, esto es, la 2001-00752, se presentó el 2 de abril de 2001, resulta evidente que fue oportuna (f. 1-7 c.1).

23. En el mismo sentido, la Sala advierte que también resulta oportuna la acción radicada bajo el n.º 2000-02367, toda vez, que aún en el evento en que se contabilizara el término desde el momento en que feneció la oportunidad de liquidar el contrato, se reitera, el 30 de noviembre de 1998, dado que la parte actora acudió a la jurisdicción el 19 de octubre de 2000, se encontraba en tiempo (f. 1-6 c.1). Es del caso precisar que no se desconoce que el 23 de febrero de 2001, se profirió la resolución n.° 00827, por medio de la cual se corrigieron las resoluciones n.° 005112 y 005113, que resolvieron los recursos de reposición presentados contra la resolución n.°005179 del 30 de septiembre de 1998, bajo el entendido de que se cometió un error aritmético al reconocer intereses moratorios sobre el IVA, “*cuando lo correcto es calcular el IVA sobre el saldo total a favor del contratista, incluidos los intereses de mora; el cual en aplicación del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, es corregible por parte del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, quien fue el funcionario que profirió las relaciones anteriormente mencionadas”,*  razón por la que el nuevo saldo a favor del contratista correspondía a $405 329 166,54 (copia del acto administrativo, f. 9-11 c.4/1). No obstante, en el expediente no obra prueba de su notificación a la contratista, pese a que fue anterior a la presentación de la demanda 2001-00752 el 2 de abril de 2001, razón por la que no le era oponible y, en consecuencia, no puede exigírsele que lo demandara.

**III.** **De la validez de los medios de prueba**

**24. Objeción por error grave del dictamen pericial**

24.1. En primera instancia se practicó el dictamen pericial solicitado por la parte actora (f. 212-213 c.1), cuyo objeto era:

34.2. Expediente 2000-02367 (f.4 c.1):

*(…)*

*PERICIAL:*

*a) Que se decrete la práctica de un dictamen pericial con intervención de ingenieros civiles, con el cual pretendo acreditar las pretensiones de la demanda y su quantum.*

*Los señores peritos absolverán el siguiente interrogatorio:*

*1) Digan cuál es el valor de los ajustes de precios del contrato 151/97 y sus adicionales. Los señores peritos actualizaran con índices IPC los valores por concepto de ajustes desde su causación y calcularan sobre el valor actualizado intereses del 8% anual desde el momento en que dichos ajustes han debido pagarse.*

*2) Establecerán el valor de las obras ejecutadas por INCONSTRUC y no pagadas, para lo cual tendrán en cuenta las que figuren realizadas en preactas y en actas de obra. Actualizarán su valor con índices IPC y calcularán intereses anuales del 8% sobre el valor actualizado, desde el momento en que han debido pagarse.*

*3) Establecerán el valor de los sobrecostos en que incurrió INCONSTRUC por compra de mezcla asfáltica a CONDOR S.A., por incremento de equipo y personal; por atención de la avalancha de la Quebrada LAS LAJAS en Julio de 1997 y por el retraso imputable al INVIAS en la construcción de puentes. Actualizaran los valores con índices IPC.*

*4) Establecerán el valor de los sobrecostos originados por todas las modificaciones del contrato 151/97 y por el no pago a INCONSTRUC de los valores reclamados en esta demanda.*

*(…)*

24.3. Expediente 2001-00752 (f.5-6 c.1):

*(…)*

*2) Que se decrete la práctica de un dictamen pericial, con intervención de Ingenieros Civiles, con el cual pretendo acreditar los hechos de la demanda y su quantum.*

*Los señores peritos absolverán el siguiente interrogatorio:*

*a) Digan cual es el valor de los ajustes de precios del contrato 151 de 1997 y sus adicionales. Los señores peritos se servirán actualizar con índices IPC los valores por concepto de ajustes desde su causación y calcularán, sobre los valores actualizados, intereses del 12% anual desde el momento en que dichos ajustes han debido pagarse. Es decir, harán esta liquidación de conformidad con el artículo 4º, ordinal 8 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1º de su Decreto Reglamentario n.º 679 de 1994.*

*b) Establecerán el valor de todas las obras y labores ejecutadas por INCONSTRUC, para lo cual tendrá en cuenta preactas, actas de obra, instrucciones del INVIAS y de la interventoría, etc.*

*Actualizarán su valor con índices IPC y deducirán lo realmente pagado por INVIAS. Al saldo que resulte en favor de INCONSTRUC calcularán intereses moratorios desde la fecha de terminación del contrato, de conformidad con el artículo 4º, ordinal 8º de la Ley 80 de 1903 y el artículo 1º del Decreto Reglamentario n.º 679 de 1994.*

*c) Establecerán cuál era la utilidad normal esperada del contrato 151 de 1997 y sus adicionales e informarán al Honorable Tribunal si por el no pago de ajustes y obras y labores ejecutadas INCONSTRUC pudo percibir dicha utilidad. Se servirán actualizar el valor de la utilidad no percibida, con índices IPC.*

*d) Se servirán establecer si por el no pago de ajustes y obras y labores ejecutadas INCONSTRUC incurrió en el perjuicio de pérdida del good will y de oportunidad para continuar normalmente su objeto social.*

*En caso afirmativo se servirán establecer este valor actualizado con índices IPC.*

*e) Se servirán establecer si por el no pago de ajustes y obras ejecutadas INCONSTRUC sufrió perjuicios, relacionados con sus obligaciones laborales y comerciales. En caso afirmativo, establecerán su valor actualizado con índices IPC.*

*f) Practicaran una nueva liquidación del contrato n.º 151 de 1997 y sus adicionales, incorporando todos los valores anteriores.*

*(…)*

25. El dictamen fue realizado por dos ingenieros civiles (f.1-95 c.11), quienes concluyeron que el reconocimiento solicitado por la parte actora, en septiembre de 2002, ascendía a lo siguiente:

|  |  |
| --- | --- |
| Ajustes más los intereses (f.8-25 c.11) | $ 3 856 073 578,oo |
| *Obras* *ejecutadas y no pagadas* (f.27-34 c.11) | $ 1 505 990 507,26 |
| Sobrecostos por la atención de la avalancha de la quebrada Las Lajas en julio de 1997 y por el retraso que se le imputó al INVIAS en la construcción de puentes (f.36-37 c.11) | $ 1 179 097 233, 98 |
| Mezcla comprada a Cóndor S.A. (f.38-45 c.11)  | $ 545 535 724,20$ 633 561 509,77 |
| Sobrecosto por transporte, montaje y desmontaje, retiro de la planta de asfalto (f.47-49 c.11) | $ 189 763 737,47 |
| Lucro cesante equipos y mano de obra puentes (f.50-57 c.11) | $ 238 581 719,88$ 259 515 806,77 |
| Sobrecosto avalancha de la quebrada Las Lajas (f.58-62 c.11) | $ 519 340 932,23 |
| Lucro cesante equipos con actualización más intereses (f.64, 65-78 c.11) | $ 6 595 930 657,14 |
| Lucro cesante mano de obra con actualización más intereses (f.64, 79-81 c.11) | $ 3 011 942 723,47 |
| Pérdida de equipos recogidos por leasing (f.64, 81-84 c.11) | $ 2 101 015 487,19 |
| Saldo a favor de INCONSTRUC por obras ejecutadas (f.85-86 c.11) | $ 22 794 810 158,31 |
| Utilidad esperada (f.87-89 c.11) | $ 2 050 536 751,65 |
| Pérdida de *Good Will*  y cumplimiento obligaciones laborales y comerciales (f.90-91 c.11) | $ 12 306 586 817,16 |

26. Finalmente, frente a la liquidación del contrato n.º 151-97, encontraron un saldo a favor del INVIAS de $ 534 763 331,32. Adicionalmente, incluyeron los valores relacionados de manera precedente (f.92-93 c.11).

27. El tribunal corrió traslado del dictamen pericial, término dentro del cual, el INVIAS lo **objetó por error grave** (f.253, 254-257 c.1). En este punto, es del caso precisar, que si bien el escrito que contiene la referida objeción, hizo alusión a que los 143 folios en los que se consignó el concepto, *“implicarían para su objeción grave un detenido y milimétrico despliegue intelectual”,* para continuar con las referencias legales y jurisprudenciales sobre el error grave, en varios apartes señaló que las observaciones planteadas daban lugar a la objeción y concluyó “*así dejo planteada la objeción por error grave del dictamen que no implica un nuevo experticio sino que se valorará en el momento de dictarse la correspondiente sentencia”.* Por lo tanto, la Sala considera que, contrario a lo indicado por el recurrente, la demandada sí presentó una objeción por error grave al dictamen pericial que se elaboró en primera instancia.

28. Ahora bien, las razones en que la entidad fundamentó su objeción al dictamen, básicamente se refirieron a que los auxiliares de la justicia que lo elaboraron, hicieron una interpretación del párrafo segundo de la cláusula “*octava*” del contrato n.º 151-97, que reguló lo concerniente a la amortización del anticipo. De igual forma, reprochó que los intereses moratorios fueron calculados en un 12%, pese a que en el negocio jurídico se pactó expresamente, una tasa del 8%. Agregó que no se aportaron soportes contables de la liquidación del lucro cesante por equipos y mano de obra, así como que no se indicó cuál fue la causa de la pérdida de equipos.

29. Frente a las obras ejecutadas y no pagadas, señaló que el dictamen debía ser cotejado con el acta de recibo definitivo de obra y la resolución de liquidación unilateral del contrato. Puso de presente que es al juez a quien le corresponde sopesar los hechos probados para determinar la alegada afectación del *Good Will* y los perjuicios solicitados.

30. Manifestó que el contratista incumplió el contrato y que sus estados financieros no eran buenos antes de culminar la obra, razón por la que ya venía siendo objeto de embargos, máxime si se tenía en cuenta que la entidad había realizado tres pagos anticipados que sumaron $ 6 300 000 000,oo. En ese mismo sentido, cuestionó la liquidación elaborada por los auxiliares de la justicia al considerar que no tuvo en cuenta la totalidad de documentos que sirvieron de base para la liquidación unilateral ni los que obraron en el tribunal de arbitramento.

31. El Tribunal *a-quo* no se pronunció sobre la objeción por error grave formulada en contra del dictamen pericial practicado en la primera instancia, razón por la cual la Sala deberá resolverla en esta instancia. Al respecto, se observa que, como lo ha manifestado la jurisprudencia*[[11]](#footnote-11)*:

*(…) el dictamen pericial es un medio de prueba que busca, con el concurso de expertos en temas específicos, llevar al conocimiento del juez características, condiciones, cualidades, etc., sobre hechos que deben ser establecidos en el proceso y para las cuales aquel carece de preparación profesional, mediante el análisis de cosas o hechos sobre los cuales debe decidir; la prueba pericial, “(…) tiene indispensablemente un doble aspecto: verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común del juez y de las gentes, sus causas y sus efectos, y suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos,**para formar la convicción del juez sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente”[[12]](#footnote-12).*

*16. Ahora bien, el C. de P.C.[[13]](#footnote-13), establece la forma de ejercer el derecho de contradicción de este medio de prueba, al disponer en su artículo 238 que del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare u objetarlo por error grave, caso en el cual se deberá precisar el error y pedir las pruebas para demostrarlo; del escrito de objeción se correrá traslado a las demás partes, para que si lo consideran procedente, pidan pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error y concederá un término de 10 días para practicarlas, debiendo decidir sobre la objeción en la sentencia; la norma establece que el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de* oficio uno nuevo, *con distintos peritos, que será inobjetable, pero de él se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.*

*17. El error grave que da lugar a la objeción, por su parte, es aquel que de no haberse presentado, otra habría sido la solución o el sentido del dictamen, por haber recaído éste sobre materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia o cuando el perito dictamina en sentido contrario a la realidad y de esa manera altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado[[14]](#footnote-14).*

*18. No obstante, así el dictamen pericial no haya sido objetado por las partes, ello no significa que el juez esté obligado a acogerlo, puesto que la misma ley, de un lado –art. 137, inc. 6º del C. de P.C.- establece que el dictamen debe ser claro, preciso y detallado y que en él, los peritos deberán explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, así como los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones; y de otro lado –art. 241 del C. de P.C.- le indica al juez cómo debe apreciar el dictamen pericial, al establecer que para ello, se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.*

*19. Lo anterior significa que el juez puede, una vez valorado el dictamen pericial, restarle todo poder de convicción y apartarse de sus conclusiones, cuando compruebe que no llena los requisitos legales exigidos para ello, pues, se reitera que “A través de la prueba pericial, se pretende llevar al juez el convencimiento sobre la existencia y naturaleza de las cosas y de los hechos que requieren especiales conocimientos y experiencia, lo cual sólo se logra en la medida en que resulta n convincentes las explicaciones que los expertos aportan sobre los elementos de juicio que utilizaron para llegar a una conclusión”[[15]](#footnote-15).*

32. Con base en lo anterior, la Sala advierte que los auxiliares de la justicia se refirieron a los puntos solicitados por la parte actora en las demandas acumuladas, razón por la cual realizaron diversos cálculos, acordes con el objeto del trabajo encomendado. Sin embargo, su valoración estará sujeta a la decisión de fondo que se adopte en el caso, frente a los ajustes y a los motivos en los que la parte actora fundamentó sus pretensiones frente al alegado rompimiento del equilibrio económico del contrato y la liquidación unilateral del contrato, máxime porque son evidentes las imprecisiones y falta de certeza en lo concerniente al cálculo de intereses, sobrecostos y obra adicional ejecutada, así como los extremos temporales que tuvieron en cuenta para determinar el lucro cesante que aduce la contratista.

33. En otros términos, si bien los peritos se refirieron a los puntos que fueron sometidos a su examen, su fundamentación es precaria, carente de firmeza, precisión y calidad, tal como se explicará a lo largo de esta decisión. No obstante, esa circunstancia no implica la prosperidad de la objeción por error grave planteada por la demandada, sino que es un aspecto que debe ser tenido en cuenta por el juez a la hora de valorar la prueba y establecer el grado de convicción que la misma le merezca.

34. Por lo tanto, la valoración del dictamen pericial debe realizarse de manera armónica con los demás elementos probatorios que reposan en el expediente, en consideración a que, se reitera, algunos de los puntos que abarca, en especial, los de obra ejecutada y no pagada, sobrecostos y lucro cesante, merecen especial análisis con base en lo que se determine en el estudio de fondo del presente asunto, razón por la que, de ser el caso, la Sala podrá apartarse de sus conclusiones[[16]](#footnote-16). Sobre este punto, se reitera el criterio expuesto por la Sala[[17]](#footnote-17):

*15.9. De otro lado, se advierte que para efectos de que un dictamen pericial pueda llevarle certeza al juez sobre el objeto de estudio, debe reunir ciertas condiciones, dentro de las que se debe resaltar que sus conclusiones tienen que estar debidamente fundamentadas e igualmente, como medio probatorio que es, no puede ser desvirtuado por los demás elementos de convicción que obren en el plenario, requisitos de los cuales el estudio aludido carece en el sub judice. Al respecto, se ha señalado:*

*3.5.1 Ha dicho la Sala que para que el dictamen pericial pueda tener eficacia probatoria se requiere que: (i) el perito informe de manera razonada lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados sepa de los hechos; (ii) su dictamen sea personal[[18]](#footnote-18) y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; (iii) que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; (iv) que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; (v) que no se haya probado una objeción por error grave; (vi) que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; (vii) que sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a probar; (viii) que se haya surtido la contradicción; (ix) que no exista retracto del mismo por parte del perito; (x) que otras pruebas no lo desvirtúen y (xi) que sea claro, preciso y detallado, es decir, que dé cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que de los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones[[19]](#footnote-19).*

*El artículo 241 del C.P.C. señala que el juez al valorar o apreciar el dictamen de los peritos tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que, como con acierto lo ha concluido la doctrina, el juez no está obligado a “…aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores…”[[20]](#footnote-20). En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho[[21]](#footnote-21).[[22]](#footnote-22)*

35. En conclusión, se reitera que la valoración del dictamen pericial, se hará con base en la totalidad de los elementos probatorios allegados al expediente, como se expone a continuación.

**IV. Hechos probados**

36. De conformidad con los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos relevantes para la litis[[23]](#footnote-23):

37. Mediante resolución n.° 002187 del 22 de abril de 1997, el director general del Instituto Nacional de Vías –INVÍAS-, con ocasión de la terminación por mutuo acuerdo del contrato n.° 291 de 1994[[24]](#footnote-24), suscrito con la firma constructora Andrade Gutiérrez S.A., para el mejoramiento y mantenimiento de unos sectores de la carretera Bogotá-Villavicencio, dispuso (f.311-313 c.4/1):

***CONSIDERANDO:***

*PRIMERO: Que entre el Instituto Nacional de Vías y la firma constructora Andrade Gutiérrez S.A., ante la situación particular presentada por este último* (sic)*, se dio la necesidad de terminar por mutuo acuerdo los contratos 290 y 291 de 1994 para el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Santafé de Bogotá-Villavicencio, Grupo I: Mejoramiento del sector K55+000-Guayabetal (Quebrada Perdices) y Grupo II; Caño Seco K87, respectivamente y, en consecuencia, se suscribió el acta pertinente el 18 de abril de 1997.*

*(…)*

***RESUELVE:***

*ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la urgencia manifiesta para emprender el proceso de contratación que se requiere con el fin de continuar con la ejecución de las obras de mejoramiento en la carretera Santafé de Bogotá-Villavicencio, sector K55+000-Guayabetal (Quebrada Perdices)-Caño Seco k87 y así superar las condiciones de riesgo descritas en la parte motiva de esta resolución.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Autorizar la ejecución de las obras de mejoramiento y mantenimiento en el citado sector y celebrar el respectivo contrato con la firma Ingeniería y Construcción Ltda. “Inconstruc Ltda.”.*

*ARTÍCULO TERCERO: Autorizar el pago del contrato que se celebre para atender la ejecución de estas obras y ordenar los traslados presupuestales internos que se requieran para atender los gastos que demande la presente declaratoria de urgencia, conforme al parágrafo del artículo 42 de la Ley 80 de 1993.*

*ARTÍCULO CUARTO: Ordenar a la Oficina de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias del Instituto Nacional de Vías, la conformación del expediente de que trata la Ley 80 de 1993, artículo 43, el cual deberá ser remitido a la Contraloría General de la República para el ejercicio de sus funciones.*

*ARTÍCULO QUINTO: Todos los actos administrativos emitidos bajo el amparo de la declaratoria de urgencia manifiesta, estarán sujetos a lo establecido en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que regulen la materia.*

*(…)*

38. El INVÍAS y la sociedad Ingeniería y Construcción Ltda. –INCONSTRUC LTDA.- suscribieron el contrato n.º 0151 de 1997 el 15 de mayo de 1997, cuyo objeto era el mejoramiento de la carretera Santafé de Bogotá-Villavicencio, sector K55+000-K87-caño seco, por el sistema de precios unitarios, de acuerdo con las especificaciones suministradas por el instituto. El valor del contrato se estimó en $16 071 484 456.oo y un plazo de 9 meses contados a partir de la orden de iniciación impartida por el Director General de la entidad el 23 de abril de 1997–cláusulas primera, segunda y cuarta del contrato- (f.93-99 c.2)[[25]](#footnote-25).

39. La suscripción del contrato tuvo como consideraciones previas, las siguientes:

*(…)*

*1º) que se celebraron los contratos números 290 y 291 de 1994 para la ejecución de las obras de Mejoramiento y Mantenimiento de la carretera Santafé de Bogotá-Villavicencio, (…). 2º) que dichos contratos fueron terminados por mutuo acuerdo, mediante actas del 18 de abril de 1997. 3º) que para evitar la afectación del servicio que el Instituto pretenden satisfacer con la ejecución de las obras, mediante Resolución n.º 002187 del 22 de abril de 1997, se declaró urgencia manifiesta en la carretera Santafé de Bogotá-Villavicencio, (…). 4º) que el Instituto Nacional de Vías solicitó ofertas para escogencia del nuevo contratista[[26]](#footnote-26), con fundamento estimativo de las cantidades de obra que faltan por ejecutar, toda vez que aún no se ha finalizado el trámite de la liquidación de los contratos 290 y 291 de 1994; contrato que se regirá por la Ley 80 de 1993, en especial por los artículos 41 y 42, las normas reglamentarias correspondientes y las siguientes cláusulas: (…)*

40. Frente a la forma de pago, las actas de obra y de ajustes, así como los intereses en caso de mora y la liquidación del contrato, las partes pactaron lo siguiente (copia del contrato n.º 151 de 1997, f. 93-99, c.2):

*(…)*

*CLÁUSULA SEXTA: FORMA DE PAGO.- EL INSTITUTO pagará al contratista el valor de este contrato mensualmente, por el sistema de Precios Unitarios, previa presentación de la respectiva acta de obra. Es requisito indispensable para el pago de la primera acta de obra que el contrato se encuentre legalizado, es decir, que se haya aprobado la garantía única de que trata la cláusula décima novena de este contrato, expedido el respectivo registro presupuestal y, si hubiere lugar a ello, cancelado el impuesto de timbre y el pago de los derechos correspondientes a la publicación en el Diario Único de Contratación Pública. PARÁGRAFO: PAGO ANTICIPADO.- El INSTITUTO concederá al CONTRATISTA un pago anticipado por TRES MIL MILLONES DE PESOS ($3 000 000 000,oo) MONEDA CORRIENTE, una vez perfeccionado el contrato y aprobada la garantía única que ampare el buen manejo y correcta inversión de este pago anticipado, el cual se descontará de las actas mensuales de obra. El valor mínimo por descontar se determinará multiplicando el valor de la respectiva acta por la relación que exista entre el saldo del valor del contrato;* (sic) *sin embargo, el CONTRATISTA podrá descontar la totalidad del valor básico del acta de obra. El INSTITUTO podrá conceder al CONTRATISTA otros pagos anticipados sin superar el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato.*

*(…)*

*CLÁUSULA OCTAVA: ACTAS DE OBRA Y AJUSTES.- El valor básico de la respectiva acta de obra será el resultado de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada, por los precios unitarios de la Lista de Cantidades de Obra, Precios Unitarios y Valor Total de la Propuesta del CONTRATISTA. PÁRAGRAFO PRIMERO: ACTAS DE OBRA.- EL CONTRATISTA presentará dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al mes de ejecución de las obras, las actas respectivas aprobadas por el interventor, anexando el Programa de Trabajo e Inversiones aprobado por el Subdirector de Construcción del Instituto. Asimismo, el CONTRATISTA deberá presentar con las actas mensuales de obra ejecutada, el acta correspondiente al reajuste de los precios unitarios, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo segundo de esta cláusula. (…). En caso de mora en el pago, el INSTITUTO reconocerá al CONTRATISTA un interés del ocho por ciento (8%) anual, siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993. Estos pagos serán efectuados por INSTITUTO dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de presentación de las respectivas actas en las oficinas del INSTITUTO, debidamente acompañada de los documentos exigidos en este contrato y aprobados por el interventor. (…).* ***Las actas de obra mensual tendrán carácter provisional en lo que se refiere a calidad de la obra, a las cantidades de obra y obras parciales.*** *El interventor podrá en actas posteriores hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las actas anteriores aprobadas por él y deberá indicar el valor correspondiente a la parte o partes de los trabajos que no se hayan ejecutado a su entera satisfacción a efecto de que el INSTITUTO se abstenga de pagarlos al CONTRATISTA hasta que el Interventor dé el visto bueno.* ***Ningún certificado que no sea el certificado de recibo definitivo de la totalidad o de parte de las obras, podrá considerarse como constitutivo de aprobación de algún trabajo u obra****. (…). PARÁGRAFO SEGUNDO: AJUSTES.- (…). Los ajustes se consignarán en actas que suscribirán las partes. Si por alguna razón los índices de ajuste no se obtienen oportunamente, se podrá elaborar un acta provisional con los índices disponibles. El ajuste definitivo, se efectuará una vez se obtengan los índices del mes que corresponda al cumplimiento o incumplimiento del programa de trabajo e inversiones según el caso. El CONTRATISTA no podrá hacer reclamaciones por los resultados de los ajustes al aplicar los índices de forma definitiva. Cuando el contrato entre en liquidación, el CONTRATISTA podrá aceptar la liquidación de los ajustes con los índices utilizados provisionalmente, renunciado a cualquier reclamación posterior por este concepto.* (negrilla de la Sala)

*(…)*

*CLAUSULA VIGÉSIMA PRIMERA LIQUIDACIÓN.- El presente contrato será objeto de liquidación de conformidad con los Artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1933, procedimiento que deberá efectuarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga, y se realizará de conformidad con lo previsto en la resolución n.º 006495 del 30 de agosto de 1994, proferida por el INSTITUTO, la liquidación del contrato se iniciará a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la ocurrencia de los eventos señalados anteriormente. (…) PARÁGRAFO SEGUNDO: Si el CONTRATISTA no se presentare para efectos de la liquidación del contrato o las partes no llegan a ningún acuerdo, el INSTITUTO procederá a su liquidación, por medio de resolución motivada susceptible del recurso de reposición.*

41. El contrato n.º 151 de 1997, fue objeto de adición en tres oportunidades, de la siguiente manera: i) prórroga del plazo hasta el 23 de abril de 1998[[27]](#footnote-27); ii) adición del contrato en $ 3 717 330 931.oo, para un valor total acumulado durante su ejecución de $ 19 788 815.387[[28]](#footnote-28) y iii) prórroga del plazo hasta el 30 de mayo de 1998[[29]](#footnote-29) –contratos adicionales n.º 1, 2 y 3 del 23 de enero de 1998, 2 y 20 de abril de 1998 respectivamente- (f.102-105 c.2).

42. La solicitud de adicionar el valor del contrato, se sustentó en la recomendación de la interventoría, conforme a la cual, el valor estimado era de $3 694 595 169 a febrero de 1998, por concepto de “*Valor adicional calzada con puentes incluyendo obras quebrada Las Lajas, Obras de protección de puentes, Pintura para barandas de puentes, Malla eslabonada para protección de los cortes, Iluminación de los túneles de Quebrada Blanca”* (comunicación n.° DT46.1/0995 del 25 de febrero de 1998, radicada el 2 marzo de 1998 siguiente en la entidad, suscrita por el Director General de la interventoría del contrato y dirigida a la Subdirectora de Construcción, f. 65-70 c.4/1).

43. Previo a la celebración del contrato adicional n.º 3, el 16 de abril de 1998, la interventoría rindió informe mediante el cual se realizó el análisis de algunos atrasos, como los originados por la no disponibilidad de predios, lluvias, problemas de orden público y por paro de transportadores que no eran imputables al contratista y sumaban un total de 19 días. De igual forma, se hizo referencia a los atrasos que se generaron por la reparación y mantenimiento de equipos, situación que se reflejó principalmente en la falta de producción de mezcla asfáltica, los cuales eran imputables a la contratista, para un total de 25 días (comunicación DT46.1/2334 del 16 de abril de 1998, suscrito por Director General de Interventoría y dirigido al INVÍAS, f.268-252 c.4/1)[[30]](#footnote-30).

44. La interventoría dejó constancia de las citaciones efectuadas a la contratista, en aras de realizar las visitas previas a la elaboración del acta de recibo definitivo de obras, sin que aquella se hiciera presente. Sin embargo, le remitió el acta preliminar para su “*revisión y comentarios”* el 7 de julio de 1998 (comunicaciones DT46.1/4287, DT46.1/4290, DT46 .1/4502 y DT46.1/5224 del 7, 14 y 21 de julio y 21 de agosto de 1998, respectivamente, f. 226-229, c.4/1).

45. El 9 de julio de 1998, la contratista remitió a la Subdirectora de Construcción de la entidad, un estudio preliminar por ella contratado, respecto de las fallas presentadas en la capa de rodadura, con el fin de que fuera estudiado por el INVÍAS y por la interventoría y así establecer responsabilidades y soluciones. Finalmente indicaron que reiteraban “*que el contrato se copó en cuanto a cantidades y valor y que mantendremos nuestro equipo en el sitio de la obra, no solo para realizar lo que nos corresponda, sino para colaborarles en las soluciones que se adopten”* (comunicación n.° I-170-98, suscrita por el Gerente de INCONSTRUC LTDA., f. 93-115 c.4/1).

46. En el estudio preliminar al que se hizo referencia de manera precedente, se consignaron las siguientes:

***CONCLUSIONES***

* *Existen tramos de pavimento con daños avanzados, intermedios e incipientes y en buen estado.*
* *Parte de los tramos observados carecen de drenaje superficial y de subdrenaje o los existentes trabajan deficientemente.*
* *El tránsito de esta vía es muy pesado.*
* *Los materiales para concreto asfaltico, aunque cumplen las especificaciones del MOPT-70, parecen tener deficiencias de aplanamiento y adherencia que pueden corregirse.*
* *Tanto en tramos renivelados, tramos reforzados con espesores de rodadura de 5 a 7 cm y tramos con estructura nueva, se observa fatiga prematura acompañada de exceso de humedad superficial.*

***RECOMENDACIONES***

* *Corregir de inmediato todo el sistema de drenaje superficial y de subdrenaje existente y construir el faltante.*
* *Se recomienda dar un tratamiento específico de reparación (Bacheo y reparcheo) para los sitios en deterioro avanzado.*
* *Aplicar sello de arena emulsión (controlado) en todas las áreas reparadas y con inicio de fisuración y fatiga, mientras se procede a investigar y corregir las causas de las fallas distintas a las de la humedad.*
* *En tramos con estructura nueva en donde se ha presentado fatiga prematura en huellas exteriores de ambos carriles, se recomienda verificar mediante toma de núcleos si la falla ha ocurrido en la totalidad del pavimento o solamente se presenta en la capa superficial, por efecto del deslizamiento en el plano del riego de liga superficial, combinado con la acción de las cargas pesadas en pendiente.*
* *Finalmente, corregidas las deficiencias anteriores es necesario con la ayuda de los estudios de suelos, determinación de deflexiones y módulos de las capas de la estructura existente (viga Benkelman o Martillo de caída libre) determinar los espesores definitivos de refuerzo para el tráfico pesado operante.*

47. En comunicación del 16 de septiembre de 1998, el contratista aseguró que solo hasta el día anterior, tuvo un borrador del acta de recibo, razón por la cual solicitaba el aplazamiento de la fecha para el recibo definitivo de obra, poniendo de presente que la garantía de cumplimiento vencía el 30 de septiembre siguiente y que estaban adelantando el proceso con el instituto para determinar las actividades que requerían reparación y mejoramiento de la vía. Adicionalmente señaló (comunicación n.º I-217-98 del 16 de septiembre de 1998, suscrita por el Gerente de INCONSTRUC LTDA. y dirigida a la Subdirectora de construcción (E), f. 89-90 c.4/1):

*(…)*

 *3. Estamos en proceso de conciliación con Ustedes para el pago de los ajustes de los precios y obra ejecutada por encima del valor del contrato, ordenados por la Interventoría. Estos pagos dotarían de liquidez a nuestra empresa para emprender los trabajos que se acuerden.*

*Aprovechamos para reiterarle nuestro ofrecimiento planteado en la última reunión en la Secretaría Técnica, en la cual Usted estuvo presente, para lo cual seguimos manteniendo equipo, personal y materiales en Guayabetal.*

*(…)*

48. El 18 de septiembre de 1998, las partes se reunieron a fin de suscribir el acta de recibo definitivo de obra, sin embargo, el representante de la contratista no firmó el documento porque presentaba observaciones respecto del contenido y los descuentos que anunció la entidad. En el acta se consignó que la fecha de iniciación del contrato fue el 23 de abril de 1997, su vencimiento el 30 de mayo de 1998 y que su contenido era complementario del resultado de las inspecciones realizadas en julio de 1998 y el 25 de agosto de 1998, sin presencia del contratista, pese a las citaciones remitidas para el efecto. De igual forma, se reseñó que durante la ejecución del contrato se elaboraron 13 actas de recibo parcial de obra, así como que existían obras que no se recibían a satisfacción, situación que tendría efecto en el acta de liquidación del negocio jurídico, consignando las razones por las que procedía su descuento. Así mismo, se enlistaron las obras faltantes (copia del acta de recibo definitivo, f. 185-218 c.4/1).

49. En las observaciones de las obras faltantes, se dejó constancia de las razones que originaron la situación, tales como: i) problemas de predios; ii) vencimiento del plazo del contrato; iii) interferencia de la comunidad; iv) problemas climáticos y v) orden público.

50. El 21 de septiembre de 1998, el contratista comunicó al INVÍAS lo que consideró como inconsistencias encontradas en el borrador del acta de recibo, (comunicación I-226-98 del 21 de septiembre de 1998, remitida por el Director General de Obras de INCONSTRUC LTDA. a la Subdirectora de Construcción (E) del INVÍAS, f. 182-184 c4/1).

51. Por su parte, el Interventor del contrato, dio respuesta a las observaciones del contratista, modificando sólo 5 de las “*inconsistencias*” por él advertidas (comunicación DT46.1/5876 del 28 de septiembre de 1998, f.173-179 y 23-46 c.4/1).

52. Las partes cruzaron comunicaciones el 23 y 24 de septiembre de 1998, en aras de llegar a un acuerdo frente a la liquidación del contrato n.º 151 de 1997 (comunicaciones n.º I-228-98 y OJ-33930, f.18-19 c.2).

53. El INVÍAS preparó un acta de liquidación bilateral del contrato n.º 151 de 1997, que no fue suscrita por la contratista. En dicho documento se estableció que existía un saldo a favor de la entidad por valor de $946 655 244,70 (acta de liquidación sin número, firmada por el Director General y con el visto bueno del Jefe de la oficina jurídica del INVÍAS, f.289-293/319 c.2).

54. Mediante resolución n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998, el Director General del INVÍAS, declaró en firme el acta de liquidación del contrato n.º 151 de 1997, en la que se indicó que el valor total ejecutado se tomó del acta de recibo definitivo de obra del 18 de septiembre de 1998, con la siguiente nota (resolución n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998, f.50-55 c.2):

*(…)*

***NOTA: El valor total ejecutado se tomó del Cuadro INT-nº 4 (corrección 1) resumen de actas mensuales de obra-costos básicos sin IVA por valor de $18 242 815 597,40 descontando la suma de $1 127 578 450,oo por obra recibida a satisfacción por el INV., para un total real ejecutado de $17 115 237 147,40.***

***No se incluye el valor de los ajustes por cuanto a la fecha está pendiente de resolver una solicitud de arbitramento del contratista con la Cámara de Comercio de Bogotá.***

*(…)*

*Hacer efectiva la póliza de cumplimiento n.º 0555766, expedida por Confianza Compañía de Seguro Fianza S.A., debidamente aprobada por la Subdirección de Construcción. El valor total ejecutado fue de $17 115 237 147,40, el valor contractual fue de $19 788 815 387,00, restamos ($19 788 815 387,00 - $17 115 237 147,40) y obtenemos el valor del incumplimiento que es de $ $2 673 578 239,60, suma sobre la cual se aplica el 10% por incumplimiento que es de $267 357 824,00. Lo anterior, dando cumplimiento al artículo 1596 del C.C. y lo pactado contractualmente.*

*(…)*

55. La contratista presentó recurso de reposición contra la referida decisión (copia del recurso de reposición presentado el 13 de octubre de 1998, f. 4-10 c.2)[[31]](#footnote-31).

56. INCONSTRUC LTDA. y Confianza S.A. fueron informados de la investigación al pavimento del sector K55+000 a K87+512, con el fin de determinar las causas de su deterioro prematuro (comunicación suscrita por el Subdirector de Construcción de la entidad y dirigida vía fax a la aseguradora el 13 de octubre de 1998, cuya copia fue entregada a la contratista el 16 de octubre siguiente, f. 116 c.4/1).

57. El 9 de noviembre de 1998, Ingeniería y Construcción Ltda. –INCONSTRUC LTDA.- y el Instituto Nacional de Vías, intentaron conciliar sin lograr acuerdo alguno, dentro del trámite arbitral que se adelantó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El instituto propuso reconocer al contratista, la suma de $ 1 136 572 311,52 por concepto de ajustes en desarrollo del contrato n.º 151 de 1997, con la correspondiente actualización e intereses (copia del acta de la referida audiencia, f.1-2 c.2).

58. La contratista elevó las siguientes pretensiones en el proceso arbitral (copia del laudo arbitral del 12 de noviembre de 1999, f.119 c.4-2):

*Que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, en adelante INVÍAS, incumplió el contrato de obra n.º 151 de 1997 celebrado con INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LTDA. –INCONSTRUC LTDA., en adelante INCONSTRUC, para la ejecución de obras de mejoramiento y mantenimiento en la carretera Bogotá-Villavicencio, al negarse a pagar los ajustes de precios previstos en la ley y en el mismo contrato.*

*Que como consecuencia de la declaración anterior, se decrete la terminación del contrato, ordenando que INVÍAS pague a INCONSTRUC, el valor de la totalidad de los ajustes con el último índice conocido por el INVÍAS, más intereses moratorios a la tasa máxima establecida en la ley 80 de 1993, desde cuando han debido pagarse los ajustes hasta cuando el pago se realice.*

59. El Tribunal de Arbitramento integrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, para fallar en derecho, profirió laudo arbitral el 12 de noviembre de 1999, en el que dispuso (copia del laudo arbitral del 12 de noviembre de 1999, f.114-155 c.4/2):

*“****Primero.-*** *Deséchanse las súplicas de la demanda.*

 ***Segundo.-*** *Condénanse en costas a la parte actora, a quien, por lo tanto, no deberá devolverse ninguna suma, salvo el sobrante de que se habla en el punto 4º.*

***Tercero.-*** *Declárase no probada la objeción por error grave formulada por la demandada contra el dictamen rendido por los peritos Ingenieros Mauricio Nieto Reyes y Oscar Torres Gómez.*

***Cuarto.-*** *Una vez en firme el Laudo entregénse a los Arbitros y al señora (sic) Secretaria el saldo de sus honorarios, acrecidos con la parte proporcional de los rendimientos obtenidos por el depósito hecho a nombre del Presidente del Tribunal, en la cuantía establecida en la parte motiva.*

*El sobrante de la cuenta de ahorros a que se hace mención en la parte motiva, y que está abierta a nombre del señor Presidente del Tribunal será entregado por éste a la parte actora.*

*(...)*

***Sexto.-*** *Envíese al Juzgado 12 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, con referencia al proceso en el cual embargó los saldos a favor de INCONSTRUC copia auténtica del encabezamiento de esta providencia y de su parte resolutiva.*

***Séptimo.-*** *Entréguese a la señora Delegada de la Procuraduría y a las partes copia completa de la presente providencia.*

***Octavo.-*** *En la oportunidad legal se protocolizará el expediente en la Notaría 52 del Circuito de Santafé de Bogotá D.C.*

60. Con ocasión del recurso de anulación presentado por INCONSTRUC LTDA. contra el referido laudo, esta Sección se pronunció en los siguientes términos (copia de la providencia del 17 de agosto de 2000, expediente 17704, C.P. Ricardo Hoyos Duque, f.156-180 c.4/2):

*Por su parte la demanda se fundamentó en los siguientes hechos:*

 *“(...)*

*2) El contrato 151/97 fue adicionado por los contratos 151-1-97, 151-2-97 y 151-3-97, los cuales prorrogaron el plazo hasta el 30 de mayo de 1998 , e incrementaron su valor básico para un total acumulado de diez y nueve mil setecientos ochenta y ocho millones ochocientos quince mil trescientos ochenta y siete pesos moneda corriente ($19.788´815.387.00).*

*3) En mayo de 1997 INVÍAS hizo un pago anticipado a INCONSTRUC POR VALOR DE tres mil millones de pesos moneda corriente ($3.000’000.000), el cual fue totalmente amortizado con las actas de obra una (1) a nueve (9) del contrato 151/97.*

*En marzo y mayo de 1998 INVÍAS hizo otros pagos anticipados de mil quinientos millones de pesos ($1.500´000.000) y mil ochocientos millones de pesos ($1.800´000.000) respectivamente, para ser amortizados con las actas 10 a 13.*

*4) Para cumplir con lo estipulado en los artículos cuarto, ordinales 3 y 8, quinto, ordinal 1, veinticinco, ordinales 13 y 14 y veintisiete (sic), sobre ajuste de precios en los contratos estatales de ejecución periódica, las partes pactaron en su cláusula segunda que: “El precio de este contrato será el que resulte de sumar los productos de las cantidades de obra ejecutadas y recibidas a satisfacción por EL INSTITUTO, por los precios unitarios estipulados en la Lista de Cantidades de obra, Precios unitarios y Valor Total de la propuesta del Contratista, más un valor estimado para los ajustes que resulten de la aplicación de la fórmula de actualización de precios prevista en el parágrafo segundo de la cláusula octava de este documento.*

*(…)*

*7) (…) para cumplir con los mandatos legales citados en el hecho cuarto de esta demanda, las partes pactaron en el parágrafo segundo de la cláusula octava del contrato 151/97: “AJUSTES. Las actas mensuales de obra estarán sujetas a ajustes de precios” de acuerdo con la siguiente fórmula PI = PoxI/Io”.*

*8) Para el ajuste de precios de sus contratos de obra INVÍAS utiliza la siguiente fórmula matemática: PI = Po x I/Io, en la cual PI es el valor ajustado del acta, PO es el valor básico del acta; I es el índice económico establecido por INVÍAS para el mes anterior al del pago del acta, e Io es el índice económico establecido por INVÍAS para el mes de presentación de la propuesta o para el mes de celebración del contrato en caso de que no esté precedido de licitación, como fue el caso del contrato 151/97.*

*9) Como en el contrato 151 (parágrafo de la cláusula 7ª) se pactó que INVÍAS concedería un pago anticipado, en la fórmula de ajuste se dijo que inicialmente I correspondería al mes de legalización del pago anticipado y después al mes anterior al de pago de cada acta. Esto en razón a que la secuencia de los pagos en un contrato de esta naturaleza es primero el anticipo y luego los demás pagos. “Una vez legalizados el (los) pagos (s) anticipado (s) que se concedieren durante la ejecución del contrato, el valor de “I” corresponderá al del mes anterior al pago del acta”. (Contrato 151/97 parágrafo segundo de la cláusula octava).*

*10) El anterior es un sistema corriente y normal que utiliza el INVÍAS para el ajuste de los precios en sus contratos de obra.*

*No obstante que se trataba de una práctica normal y de que existía una expresa obligación contractual, el INTERVENTOR y el INVÍAS negaron a INCONSTRUC el ajuste de los precios unitarios del contrato No. 151/97, con el argumento de que donde decía UNA VEZ LEGALIZADO EL PAGO ANTICIPADO debía leerse UNA VEZ AMORTIZADO EL PAGO ANTICIPADO.*

*(La forma de amortización pactada del anticipo implica que éste termina de amortizarse con la última acta de obra del contrato. Así que esta interpretación es una burla).*

*Es como se hubiesen dicho: “la fórmula de ajuste de precios del contrato 151/07 se estipuló para no ajustar los precios”, o que donde se lee: “Las actas mensuales de obra estarán sujetas a ajustes de precios (cláusula octava –parágrafo segundo), lo que debe leerse es que no están sujetas a ajuste de precios.*

*(...)*

*11) El no pago de los ajustes de precios correspondientes al contrato 151 de 1997 ha ocasionado un grave perjuicio a INCONSTRUC y una pérdida considerable”.*

*(…)*

*De tal manera que cuando se le solicitó al tribunal que se pronunciara sobre el incumplimiento de la entidad oficial “al negarse a pagar los ajustes de precios previstos en el contrato” y éste resolvió que la entidad no había incumplido en el pago de los mismos, dicha pretensión quedó resuelta, así la motivación del laudo hubiese incurrido en vacilaciones al no reconocer expresamente que el pago de los ajustes se congeló por una determinación de la interventoría de acuerdo a la interpretación que hizo de la cláusula de los ajustes contemplada en el contrato. Porque, no de otra manera, deben entenderse las manifestaciones del interventor, en los apartes del testimonio y en el oficio que sobre el asunto remitió al contratista el 27 de febrero de 1998 (fl. 15 C. pbas) en la cual le respondió a la solicitud de pago de los mismos de la siguiente forma:*

*(…)*

*Pero las circunstancias que se anotan, no conducían en estricto sentido a un incumplimiento de la entidad pública y por eso estuvo bien denegada dicha pretensión, porque el tribunal lo que hizo fue aclarar la situación que se presentó en el contrato, esto es, la forma en que se debían pagar los ajustes de acuerdo a la interpretación que le dieron las partes, vale decir, que aquellos se pagarían cuando el pago anticipado estuviera totalmente amortizado.* ***Y en este sentido se recalca que el tribunal se ocupó más en enfatizar que INVÍAS no había pagado los ajustes por culpa del contratista al no haber presentado las correspondientes actas de los ajustes, que en las razones que llevaron al contratista a no presentarlas.*** (negrilla de la Sala)

*En cuanto a la pretensión de que se diera por terminado el contrato, también se pronunció el tribunal; prueba de ello es que se abstuvo de pronunciarse al respecto, teniendo en cuenta que ya la administración había hecho uso de la potestad de liquidarlo unilateralmente, como tuvo la oportunidad de corroborarlo con la solicitud a la entidad convocada de la correspondiente resolución. El hecho de que para la fecha de la decisión no estuviere ejecutoriado el acto administrativo, ello no incidía en la decisión del tribunal porque ya el asunto era de la esfera administrativa y de la impugnación que podía hacer el contratista por los recursos de ley.*

*De acuerdo con lo expuesto la Sala concluye que*

*1)* ***El tribunal de arbitramento sí se pronunció sobre el incumplimiento del contrato por parte de INVÍAS pretendido por la convocante, en cuanto expresamente declaró que dicha entidad no lo incumplió****. Los razonamientos esgrimidos por el tribunal para llegar a esta conclusión, escapan al control del juez del recurso de anulación, ya que como se reitera, los vicios in judicando o razones de derecho tenidas en cuenta por el tribunal en su decisión no pueden ser cuestionadas en esta instancia.* (negrilla de la Sala)

 *2) El tribunal de arbitramento no analizó el quantum que debía INVÍAS al contratista por concepto de ajustes de los precios, ya que era una consecuencia obvia al no prosperar la pretensión principal. La recomendación de los árbitros a las partes para que resolvieran amigablemente la controversia, no puede entenderse como una denegación de justicia, ni una omisión de la función que les fue encomendada.*

*Tratándose de un aspecto que debía resolverse por la vía de la interpretación del contrato,* ***los ajustes de los precios que se causaron durante su ejecución, deberán liquidarse, previa la presentación de las cuentas por el contratista y de conformidad con la interpretación que las partes le dieron a la cláusula de ajustes****, tal como se consignó tantas veces en el laudo; porque lo que sí es claro es que* ***el laudo recurrido no produce el efecto de dejar insolutos los valores de los ajustes del contrato y más aún, cuando la entidad pública siempre reconoció deberlos*** *y se dejó constancia en el acta de la audiencia de conciliación del 9 de noviembre de 1998 la forma de su pago.* (negrilla de la Sala)

 *3)* ***La afirmación del recurrente de que “una vez trabada la litis, el debate de las partes no fue si se debía o no se debía, sino cuanto se debía”, carece de sentido, ya que no fue ese precisamente el objeto de las pretensiones de la demanda.*** (negrilla de la Sala)

*4) Los cargos del recurrente en contra del laudo enseñan que en su mayoría se concretan en vicios de juicio, es decir, en errores in judicando, ajenos por completo al análisis que compete al juez de la anulación del laudo arbitral, a quien sólo corresponde definir la existencia de errores in procedendo que expresamente el legislador haya tipificado como causales de anulación.*

*(…)*

###### *F A L L A*

***PRIMERO:*** *NIÉGASE la solicitud de anulación del laudo arbitral proferido el 12 de noviembre de 1999 por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias presentadas entre LA SOCIEDAD INGENIERÍA Y CONSTRUCCION LTDA INCONSTRUC LTDA Y EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS.*

***SEGUNDO:*** *Sin costas en la presente instancia.*

***TERCERO:*** *Expídanse copias auténticas a las partes.*

*(…)*

61. Con ocasión de la controversia suscitada en torno al pavimento del sector K55+000-K87+512 de la carretera Bogotá-Villavicencio, la sociedad Diseños, Interventorías y Servicios –D.I.S. LTDA.[[32]](#footnote-32)- y la oficina de investigaciones y desarrollo tecnológico del instituto, adelantaron el correspondiente estudio, razón por la que esta última indicó (memorando SGT-040591 del 6 de diciembre de 2000, f. 5-10 c.4/3):

*(…)*

*2. Las conclusiones de los estudios e informes de DIS Ltda., INGETEC S.A., y de la Oficina de Investigaciones y Desarrollo Tecnológico del Instituto son coincidentes en varios aspectos:*

* *Hay un deterioro prematuro y creciente de la calidad de la capa de rodadura de pavimento del contrato 151/97.*
* *Son varias las causas de dicho deterioro, tanto de las características de la mezcla asfáltica como de su colocación y también del drenaje.*
* *No hay cuantificación que permita establecer, con certeza, cuál es la incidencia atribuible a cada factor de las fallas del pavimento y de su deterioro.*
* *La interventoría y el Instituto no recibieron las obras de la carpeta asfáltica del pavimento y por consiguiente su pago no se incluye dentro del acta de liquidación del contrato.*

62. El recurso de reposición presentado por la contratista contra el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, se resolvió a través de la resolución n.° 005112 del 13 de diciembre de 2000, en la que se modificó parcialmente la liquidación adoptada por la entidad, para reconocer obra no recibida en el acta de recibo definitivo por valor de $305 306 245,83 y ajustes por monto de $ 1 136 572 311,51. No obstante, se hicieron unas deducciones por obra no recibida, esa suma se actualizó y se reconocieron intereses moratorios del 8%, para un saldo total a favor del contratista de $405 977 985,68, como fundamentos se expresaron (copia del acto administrativo, f. 62-77 c.2):

*(…)*

*10) Para una mayor claridad de las partes, a continuación se explica el procedimiento desarrollado en cuanto a la liquidación del contrato n.° 151 de 1997, que se consigna en la presente resolución: Con base en el contenido de la resolución n.° 005179 del 30 de septiembre de 1998, por medio de la cual se declaró en firme el Acta de Liquidación del referido contrato, los recursos interpuestos oportunamente contra el citado acto administrativo por el representante legal de INCONSTRUC LTDA. y la apoderada de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. -CONFIANZA S.A.-, el Laudo Arbitral del Tribunal de Arbitramento, el pronunciamiento del Consejo de Estado respecto del recurso de nulidad del mencionado Laudo Arbitral, el Acta de Recibo Definitivo del contrato del 18 de septiembre de 1998, la comunicación DT-99.9/6771 del 27 de noviembre de 2000 suscrita por el Director de Interventoría de la sociedad INGETEC S.A.[[33]](#footnote-33) y los memorandos SGT- 039379 del 28 de noviembre[[34]](#footnote-34) y SGT-040591 del 6 de diciembre de 2000[[35]](#footnote-35), suscritos por el Secretario General Técnico, a través de los cuales se establecieron los valores totales de obra básica según el Acta de Recibo, obra que se reconoce y no está contenida en el Acta de Recibo Definitivo, ajustes definitivos, total pagado por actas, iva, pago anticipado otorgado y legalizado.*

*Los valores históricos así obtenidos permiten establecer un saldo a favor del contratista por concepto de obra básica, ajustes e iva, al que se le deduce el valor de la obra no recibida a satisfacción por el Instituto, determinándose de esta forma, un saldo final a favor de INCONSTRUC LTDA al 30 de mayo de 2000, el cual se actualiza con el IPC promedio del año inmediatamente anterior, hasta el 30 de diciembre de 2000, fecha probable de pago.*

***Adicional a los recursos presentados por el representante legal de la sociedad contratista y de la apoderada de la compañía de seguros CONFIANZA S.A., que se resuelven a través del presente Acto Administrativo****, el Instituto Nacional de Vías ha sido notificado de varios embargos con ocasión de los procesos laborales que se adelantan ante los juzgados correspondientes en contra de la sociedad INCONSTRUC LTDA, por parte de ex trabajadores de dicha empresa, que laboraron para ella en desarrollo del contrato n.° 151 de1997; es procedente darle aplicación al Artículo 345 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual fue subrogado por la Ley 50 de 1990 en su Artículo 36 al indicar que "los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, las cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el Artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás,(…)* (negrilla de la Sala)

*(…)*

***RESUELVE:***

***ARTÍCULO PRIMERO.-*** *Modificar parcialmente la Resolución n.° 005179 del 30 de septiembre de 1998, por la cual se declara en firme el Acta de Liquidación del contrato n° 151/97, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y la firma INCONSTRUC LTDA., para el Mejoramiento de la Carretera Santafé de Bogotá-Villavicencio, Sector K55+000-K87 Caño Seco, en el sentido de ajustar el Acta de Liquidación, así:*

*(…)*

|  |
| --- |
| ***BALANCE GENERAL DEL CONTRATO*** |
| *Valor Total Ejecutado* | *$19 497 981 008,44* |  |
| *Valor Total Pagado por Actas* |  | *$18.056.102.451,10* |
| *Valor correspondiente a Iva* | *119 987 575,00* |  |
| *Valor pagado por Iva* |  | *111 114 477,00* |
| *Subtotal* | *$19 617 968 583,44* | *$18 167 216 928,10* |
| *Saldo a favor del Contratista por Obra Básica y ajustes*  |  | *1 441 878 557,34* |
| *saldo a favor del Contratista por IVA* |  | *8 873 098,00* |
| *SUMAS IGUALES* | *$19 617 968 583,44* | *$19 617 968 583,44* |

|  |
| --- |
| ***DEDUCCIONES*** *(Según Anexo del memorando No. SGT 039379 del 28 de noviembre de 2000)* |
| *Por obra no recibida* | *$1 163 677 259,76* |
| *Por IVA de Obra no recibida* | *7 161 091,0* |
| ***SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA***  | *$279 913 304,58* |
|  |
| ***(1) ACTUALIZACIÓN SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA DE MAYO/98 A DICIEMBRE 30/2000***  | *$394 323 534,55*  |
| ***(2) INTERESES DE MORA DE AGOSTO 17 A DICIEMBRE DE 2000 (8% ANUAL)*** | *$11 654 451,13*  |
| ***SALDO TOTAL A DICIEMBRE 30 DE 2000= (1) + (2)= $405 977 985,68*** |

*El saldo a favor del contratista será cancelado con cargo al Certificado de Disponibilidad Presupuestal n.º 2384 del 16 de noviembre de 2000.*

*(…)*

63. Adicionalmente, la entidad profirió la resolución n.°005113 del 14 de diciembre de 2000, por medio de la cual resolvió el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora de Fianzas -Confianza S.A.-, reproduciendo en la parte resolutiva, la decisión adoptada en la resolución a la que se hizo referencia de manera precedente (copia del acto administrativo, f. 78-92 c.2):

*(…)*

*En cuanto a la conclusión que plantea la apoderada de la Aseguradora, el Instituto manifiesta que a su juicio, no fue necesario acudir a mecanismos de solución de controversias. La resolución recurrida se modifica parcialmente mediante el presente Acto Administrativo con base en los argumentos de los apoderados del contratista y la Aseguradora que acepta la entidad. (…)*

*(…)*

*Para una mayor claridad de las partes, a continuación se explica el procedimiento desarrollado en cuanto a la liquidación del contrato n.° 151 de 1997, que se consigna en la presente resolución: Con base en el contenido de la resolución n.° 005179 del 30 de septiembre de 1998, por medio de la cual se declaró en firme el Acta de Liquidación del referido contrato, los recursos interpuestos oportunamente contra el citado acto administrativo por el representante legal de INCONSTRUC LTDA. y la apoderada de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. -CONFIANZA S.A.-, el Laudo Arbitral del Tribunal de Arbitramento, el pronunciamiento del Consejo de Estado respecto del recurso de nulidad del mencionado Laudo Arbitral, el Acta de Recibo Definitivo del contrato del 18 de septiembre de 1998, la comunicación DT-99.9/6771 del 27 de noviembre de 2000 suscrita por el Director de Interventoría de la sociedad INGETEC S.A.[[36]](#footnote-36) y los memorandos SGT- 039379 del 28 de noviembre[[37]](#footnote-37) y SGT-040591 del 6 de diciembre de 2000[[38]](#footnote-38), suscritos por el Secretario General Técnico, a través de los cuales se establecieron los valores totales de obra básica según el Acta de Recibo, obra que se reconoce y no está contenida en el Acta de Recibo Definitivo, ajustes definitivos, total pagado por actas, iva, pago anticipado otorgado y legalizado.*

*Los valores históricos así obtenidos permiten establecer un saldo a favor del contratista por concepto de obra básica, ajustes e iva, al que se le deduce el valor de la obra no recibida a satisfacción por el Instituto, determinándose de esta forma, un saldo final a favor de INCONSTRUC LTDA al 30 de mayo de 2000, el cual se actualiza con el IPC promedio del año inmediatamente anterior, hasta el 30 de diciembre de 2000, fecha probable de pago.*

*Adicional a los recursos presentados por el representante legal de la sociedad contratista y de la apoderada de la compañía de seguros CONFIANZA S.A., que se resuelven a través del presente Acto Administrativo, el Instituto Nacional de Vías ha sido notificado de varios embargos con ocasión de los procesos laborales que se adelantan ante los juzgados correspondientes en contra de la sociedad INCONSTRUC LTDA, por parte de ex trabajadores de dicha empresa, que laboraron para ella en desarrollo del contrato n.° 151 de1997; es procedente darle aplicación al Artículo 345 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual fue subrogado por la Ley 50 de 1990 en su Artículo 36 al indicar que "los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, las cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el Artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás,(…)*

*(…)*

***RESUELVE:***

***ARTÍCULO PRIMERO.-*** *Reconocer personería jurídica* (sic) *a la doctora (…), en su calidad de apoderada de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –CONFIANZA S.A.-, de acuerdo al poder conferido que reposa en el expediente.*

***ARTÍCULO SEGUNDO.-*** *Modificar parcialmente la Resolución n.° 005179 del 30 de septiembre de 1998, por la cual se declara en firme el Acta de Liquidación del contrato n° 151/97, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y la firma INCONSTRUC LTDA., para el Mejoramiento de la Carretera Santafé de Bogotá-Villavicencio, Sector K55+000-K87 Caño Seco, en el sentido de ajustar el Acta de Liquidación, así:*

*(…)*

|  |
| --- |
| ***BALANCE GENERAL DEL CONTRATO*** |
| *Valor Total Ejecutado* | *$19 497 981 008,44* |  |
| *Valor Total Pagado por Actas* |  | *$18.056.102.451,10* |
| *Valor correspondiente a Iva* | *119 987 575,00* |  |
| *Valor pagado por Iva* |  | *111 114 477,00* |
| *Subtotal* | *$19 617 968 583,44* | *$18 167 216 928,10* |
| *Saldo a favor del Contratista por Obra Básica y ajustes*  |  | *1 441 878 557,34* |
| *saldo a favor del Contratista por IVA* |  | *8 873 098,00* |
| *SUMAS IGUALES* | *$19 617 968 583,44* | *$19 617 968 583,44* |

|  |
| --- |
| ***DEDUCCIONES*** *(Según Anexo del memorando No. SGT 039379 del 28 de noviembre de 2000)* |
| *Por obra no recibida* | *$1 163 677 259,76* |
| *Por IVA de Obra no recibida* | *7 161 091,0* |
| ***SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA***  | *$279 913 304,58* |
|  |
| ***(1) ACTUALIZACIÓN SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA DE MAYO/98 A DICIEMBRE 30/2000***  | *$394 323 534,55*  |
| ***(2) INTERESES DE MORA DE AGOSTO 17 A DICIEMBRE DE 2000 (8% ANUAL)*** | *$11 654 451,13*  |
| ***SALDO TOTAL A DICIEMBRE 30 DE 2000= (1) + (2)= $405 977 985,68*** |

*El saldo a favor del contratista será cancelado con cargo al Certificado de Disponibilidad Presupuestal n.º 2384 del 16 de noviembre de 2000.*

*(…)*

64. El 23 de febrero de 2001, se profirió la resolución n.° 00827, por medio de la cual se corrigieron las resoluciones n.° 005112 y 005113, bajo el entendido de que se cometió un error aritmético al reconocer intereses moratorios sobre el IVA, “*cuando lo correcto es calcular el IVA sobre el saldo total a favor del contratista, incluidos los intereses de mora; el cual en aplicación del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, es corregible por parte del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, quien fue el funcionario que profirió las relaciones anteriormente mencionadas”,*  razón por la que el nuevo saldo a favor del contratista correspondía a $405 329 166,54 (copia del acto administrativo, f. 9-11 c.4/1):

*(…)*

***RESUELVE:***

***ARTÍCULO PRIMERO.-*** *Modificar el Artículo Primero de la Resolución n.° 005112 del 13 de diciembre de 2000 y en el Artículo Segundo de la Resolución n.° 005113 del 14 de diciembre del mismo año, así:*

|  |
| --- |
| ***BALANCE GENERAL DEL CONTRATO*** |
| *Valor Total Ejecutado* | *$19 497 981 008,44* |  |
| *Valor Total Pagado por Actas* |  | *$18.056.102.451,10* |
| *Valor correspondiente a Iva* | *119 987 575,00* |  |
| *Valor pagado por Iva* |  | *111 114 477,00* |
| *SUBTOTAL* | *$19 617 968 583,44* | *$18 167 216 928,10* |
| *Saldo a favor del Contratista por Obra Básica y ajustes*  |  | *1 441 878 557,34* |
| *saldo a favor del Contratista por IVA* |  | *8 873 098,00* |
| *SUMAS IGUALES* | *$19 617 968 583,44* | *$19 617 968 583,44* |

|  |
| --- |
| ***DEDUCCIONES*** *(Según Anexo del memorando No. SGT 039379 del 28 de noviembre de 2000)* |
| *Por obra no recibida* | *$1 163 677 259,76* |
| *Por IVA de Obra no recibida* | *7 161 091,0* |
| ***SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA POR OBRA*** | *$278 201 297,58* |
| ***SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA POR IVA*** | *$1 712 007,00* |
| ***ACTUALIZACION SALDO FAVOR DEL CONTRATISTA DE MAYO/98 A DICIEMBRE 30/ 2000*** | *$391 200 993,30* |
| ***INTERESES DE MORA DE AGOSTO 17 A DICIEMBRE DE 2000 (8% ANUAL)*** | *$11 649 096,24* |
| ***(1) SALDO TOTAL A FAVOR DEL CONTRATISTA A 30 DE DICIEMBRE DE 2000 (sin Iva)*** | *$402 850 089,54*  |
| ***(2) IVA SOBRE EL SALDO ANTERIOR (AIU 30%, u:5%, Iva: 16%)*** | *$2 479 077,00*  |
| ***SALDO TOTALA DICIEMBRE 30 DE 2000 =(1) + (2) = $405 329 166,54*** |

*El saldo a favor del contratista será con cargo a los Certificados de Disponibilidad Presupuestal n.º 2384 del 16 de noviembre de 2000 y 838 del 22 de febrero de 2001.*

65. El pavimento construido por INCONSTRUC LTDA. entre el K55+000 al K87+000, ha sido utilizado por los usuarios de la carretera Bogotá-Villavicencio, en consideración a que no existen vías alternas y, en consecuencia, se hicieron recaudos a través de las casetas de peaje de Puente Quetame y Pipiral desde mayo de 1997 hasta mayo de 2003 (informe bajo juramento rendido por la Directora General de la entidad el 10 de julio de 2003, en el curso de la primera instancia, f.1-2 c.31).

**IV. Problema jurídico**

66. Corresponde a la Sala establecer si en el presente caso se configuró la excepción de cosa juzgada frente a las pretensiones contenidas en el proceso n.º 2000-02367, toda vez que el *a quo* consideró que algunos puntos de la controversia ya fueron debatidos y decididos en el proceso arbitral que adelantó INCONSTRUC LTDA. contra el INVÍAS, cuyo laudo arbitral se profirió el 12 de noviembre de 1999.

66.1. Una vez resuelto lo anterior, en caso de que sea viable el estudio de las pretensiones incoadas a través de la referida demanda, deberá establecerse si en la ejecución del contrato n.º 151 de 1997, se generó un rompimiento del equilibrio económico en perjuicio del contratista y, en consecuencia, si procede el reconocimiento de los perjuicios solicitados.

66.2. Finalmente, se analizará si se configuró la nulidad de las resoluciones n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998 y 005112 del 13 de diciembre de 2000, por medio de las cuales se declaró en firme la liquidación unilateral del contrato objeto de controversia y, de ser el caso, se realizará la liquidación judicial del mismo.

**VII. Análisis de la Sala**

**67. De la cosa juzgada**

67.1. La Sala reitera que el *a quo* declaró probada la excepción de cosa juzgada de las pretensiones de la demanda radicada bajo el número 2000-02367, al considerar que las mismas fueron estudiadas y resueltas por el Tribunal de Arbitramento, constituido en razón de la convocatoria elevada por INCONSTRUC LTDA. y cuyo recurso extraordinario de anulación fue resuelto por esta Corporación a través de providencia del 17 de agosto de 2000.

68. De conformidad con lo anterior, es necesario dilucidar si el proceso de la referencia versa sobre el mismo objeto, se funda en la misma causa y existe identidad jurídica de las partes respecto del proceso arbitral. Para el efecto, es necesario traer a colación las pretensiones discutidas en los dos procesos en cuestión, así como en el proceso acumulado 2001-00752, en consideración a que del texto de esa demanda, también se advierten similitudes, así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Proceso n.º 2000-02367 (28876) | Proceso n.º 2001-00752 | Proceso arbitral |
| *PRIMERA: Que circunstancias y hechos ajenos a INCONSTRUC, posteriores a la celebración del contrato de obra n.º 151/97 para el mejoramiento de la carretera Santafé de Bogotá-Villavicencio, sector K55+000-K87- caño seco, rompieron su equilibrio económico en contra de dicha Sociedad.**SEGUNDA: Que para restablecer el equilibrio económico del contrato 151/97, a punto de no pérdida, el INVÍAS debe pagar a INCONSTRUC LTDA:**a) El valor actual de las obras ejecutadas y no pagadas, junto con intereses moratorios, desde la fecha de terminación del contrato hasta cuando el pago se realice.**b) El valor de los ajustes de precios en valores actuales, junto con intereses moratorios, desde la fecha en que tales ajustes han debido pagarse hasta cuando el pago se realice.**c) El valor de sobrecostos por mezcla asfáltica comprada a CONSTRUCCIONES CONDOR SA, en valores actuales.**d) El valor de sobrecostos por utilización de maquinaria y personal adicionales a los ofrecidos, en valores actuales.**e) Costo de actividades y obras para atención de la avalancha de la quebrada LAS LAJAS, en valores actuales.**f) Sobrecostos ocasionados por retraso en la construcción de puentes, en valores actuales.**g) Sobrecostos originados por modificaciones del proyecto y por la insolvencia en que incurrió INCONSTRUC al no habérsele cancelado los valores anteriores.**TERCERA: Que el INVÍAS debe pagar las costas del proceso.* | *PRIMERA: Que son nulas las Resoluciones n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998 y 005112 del 13 de Diciembre del año 2000, expedidas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, mediante las cuales se liquidó unilateralmente el contrato No.0151 de 1997 celebrado entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS e INCONSTRUC LTDA. para el mejoramiento de la Carretera Bogotá-Villavicencio, sector K55+000-K87 Caño seco (Departamento d Cundinamarca).**SEGUNDA: Que con ocasión de la declaración anterior, y para restablecer el derecho de INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LTDA-INCONSTRUC LTDA., se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a pagarle los siguientes valores:* *a) El valor de los ajustes de precios del contrato 151 de 1997 en valores constantes, junto con intereses moratorios, a la tasa más alta permitida por la ley, desde cuando tales ajustes han debido pagarse, hasta cuando el pago se realice, según estimación pericial.**b) El valor de todas las obras ejecutadas y dejadas de pagar con ocasión del contrato 151 de 1997 y sus adicionales, en valores constantes, junto con intereses moratorios, a la tasa más alta permitida por ley, desde cuando tales obras han debido pagarse hasta cuando el pago se realice, según estimación pericial.**c) El valor de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato y por el comportamiento contrario a la ley, tanto el daño emergente como el lucro cesante representado en la utilidad que no se pudo hacer y en la pérdida del good will y de oportunidades, según estimación pericial.**En subsidio, el valor de la cláusula penal prevista en el contrato, en valores constantes.* *TERCERA: Que se practique una nueva y verdadera liquidación del contrato No.151 de 1997 y sus adicionales, con auxilio de peritos, que incluya los valores de la petición anterior.* | *Que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, en adelante INVÍAS, incumplió el contrato de obra n.º 151 de 1997 celebrado con INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LTDA. –INCONSTRUC LTDA., en adelante INCONSTRUC, para la ejecución de obras de mejoramiento y mantenimiento en la carretera Bogotá-Villavicencio, al negarse a pagar los ajustes de precios previstos en la ley y en el mismo contrato.**Que como consecuencia de la declaración anterior, se decrete la terminación del contrato, ordenando que INVÍAS pague a INCONSTRUC, el valor de la totalidad de los ajustes con el último índice conocido por el INVÍAS, más intereses moratorios a la tasa máxima establecida en la ley 80 de 1993, desde cuando han debido pagarse los ajustes hasta cuando el pago se realice.*  |

69. De las pretensiones y los hechos de la dos demandas se desprende que aquellas se identifican en la pretensión que buscaba el reconocimiento de los ajustes de precios del contrato n.º 151 de 1997, con los intereses moratorios desde que debían pagarse hasta el momento en que se haga efectivo el pago. Por lo demás, entre el proceso arbitral y los acumulados que aquí deben decidirse, se tiene que las demás pretensiones obedecen a asuntos diferentes, tales como el reconocimiento de un rompimiento del equilibrio económico del contrato en detrimento de la contratista y la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se adoptó la liquidación unilateral.

70. Por lo tanto, para efectos de determinar si existe identidad de objeto y de causa se recurrirá a la posición decantada por esta Subsección en sentencia del 26 de julio de 2012, la cual se cita *in extenso*[[39]](#footnote-39):

*17. En su sentido más simple, la cosa juzgada “es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, no dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto”[[40]](#footnote-40).*

*18. Su importancia jurídica y social se la atribuye su propia finalidad, cual es la de conferir estabilidad, firmeza y certeza a las decisiones judiciales, y de procurar que el proceso cumpla un papel eficaz en la solución de los conflictos, evitando que el mismo asunto pueda ser debatido una y otra vez en los estrados judiciales. De esta manera, se puede afirmar que la cosa juzgada cumple dos funciones: una positiva que reside en ofrecer seguridad jurídica a los asociados; y otra negativa que consiste en prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar asuntos que ya han sido resueltos[[41]](#footnote-41).*

*19. Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere que concurran los siguientes tres requisitos: (i) identidad de objeto, (ii) identidad de causa e (iii) identidad de partes. Las llamadas “identidades procesales” constituyen, entonces, los límites a la existencia de la cosa juzgada. Así lo dispone el propio artículo 175 del C.C.A., al señalar que “[l]a sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (…)”.*

*20. En relación con la identidad del objeto, la doctrina no ha sido unánime en su definición. Para algunos autores el objeto se encuentra en las pretensiones, otros consideran que está en lo decidido en la sentencia, y algunos más que se encuentra en ambos[[42]](#footnote-42). El Consejo de Estado, sin embargo, parece coincidir con quienes señalan que el objeto se encuentra en las pretensiones, la causa petendi y en la orden que adopte finalmente el juzgador[[43]](#footnote-43):*

“*La identidad jurídica de objeto involucra realizar un análisis que conduzca a concluir que la nueva demanda impetrada ante la jurisdicción contiene las mismas pretensiones o declaraciones… Por consiguiente, para identificar si existe identidad de objeto se deben estudiar los hechos, las pretensiones y la sentencia anterior para confrontarlas con los hechos y pretensiones planteados en el nuevo proceso a fin de poder determinar si existe identidad de objeto… En otras palabras, la identidad de objeto exige que la petición en ambos procesos sea la misma”[[44]](#footnote-44).*

*21. La identidad de causa, por su parte, se concreta en las razones o motivos que invoca el demandante al formular las pretensiones de la demanda. De acuerdo con la doctrina, estas razones “surgen de los hechos de la demanda, por cuanto del análisis de ellos es como se puede saber si en verdad existe o no identidad de causa”[[45]](#footnote-45).*

*22. Finalmente, la identidad jurídica de partes implica que quienes actúan como demandante y demandado en el proceso anterior deben actuar de la misma forma en el nuevo proceso, lo cual no significa que deba tratarse exactamente de las mismas personas, pues la identidad es jurídica y no física*.

(…).

71. En ese orden de ideas, en el caso concreto se reitera que al confrontar los hechos, las pretensiones y el laudo arbitral proferido el 12 de noviembre de 1999 por Tribunal de Arbitramento y cuyo recurso de anulación fue resuelto por esta Sección a través de providencia del 17 de agosto de 2000, con los hechos y pretensiones de las demandas acumuladas en el proceso de la referencia, existe una identidad de objeto en lo referente a la solicitud de reconocimiento de los ajustes de precios dentro del contrato n.º 151 de 1997, con los correspondientes intereses moratorios, motivo por el cual se encuentra acreditado el primero de los requisitos exigidos para la configuración de la cosa juzgada.

72. Adicionalmente, no puede perderse de vista que las razones en que se fundamentaron las pretensiones también son iguales, esto es que los ajustes estaban previstos en la Ley y en el contrato, sin embargo, la entidad se había negado a reconocerlos por una interpretación errada del momento en que debía hacerse.

73. En otras palabras, en las dos demandas, esto es, la del proceso arbitral y las acumuladas en el proceso de la referencia, existe una petición para obtener el reconocimiento de ajustes de precios con los correspondientes intereses moratorios, motivo por el cual es evidente la identidad de objeto y de causa entre los dos procesos.

74. Respecto de la identidad jurídica de las partes, la Sala advierte que es evidente que tanto en el arbitral como en este, fungen como partes INCONSTRUC LTDA. y el INVÍAS.

75. De conformidad con lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia respecto de la excepción de cosa juzgada, frente al proceso arbitral, en lo que concierne a la pretensión dirigida a obtener el reconocimiento de ajustes de precios y el reconocimiento de los intereses moratorios derivados de la ejecución del contrato n.º 151 de 1997.

76. Se reitera que la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que el concepto de cosa juzgada *“(...) hace referencia al carácter imperativo e inmutable de las decisiones que han adquirido firmeza, lo cual implica de suyo la imposibilidad de volver sobre asuntos ya juzgados, para introducir en ellos variaciones o modificaciones mediante la adopción de una nueva providencia”.* Por lo tanto*,* es posible *“(…) predicar la existencia del fenómeno de la cosa juzgada, cuando llega al conocimiento de la jurisdicción un nuevo proceso con identidad jurídica de partes, causa y objeto”[[46]](#footnote-46),* razón por la cual no es procedente realizar un nuevo análisis de los ajustes de precios del contrato n.º 151 de 1997, con base en los mismos argumentos que ya fueron estudiados y respecto de los que existe una providencia debidamente ejecutoriada.

77. Finalmente, no se desconocen los argumentos planteados por los recurrentes en los alegatos de conclusión de segunda instancia, conforme a los cuales, la entidad pagó los ajustes de manera parcial al resolver el recurso de reposición contra la resolución 005179 de 1998, de modo que debía entenderse que la segunda pretensión de la primera demanda se refería al saldo de aquellos después de aplicar la fórmula matemática contractual, porque la liquidación hecha por la demandada fue incorrecta. Sin embargo, la Sala advierte que tales explicaciones no son de recibo, no solo por su extemporaneidad, sino porque las pretensiones contenidas en las dos demandas acumuladas objeto de decisión, buscan el reconocimiento y pago de *“los ajustes de precios en valores actuales, junto con los intereses moratorios, desde la fecha en que tales ajustes han debido pagarse hasta cuando el pago se realice”*  (expediente 2000-02367, pretensión segunda literal b) y expediente 2001-00752, pretensión segunda literal a), supra pár. 1.1. y 3).

78. Corolario de lo anterior, se modificará la decisión de primera instancia en lo referente a declarar probada la excepción de cosa juzgada frente a la pretensión segunda literales b) y a) de los expedientes 2000-02367 y 2001-00752 respectivamente y, en consecuencia, tampoco serán objeto de estudio las conclusiones que sobre la materia, fueron consignadas por los auxiliares de la justicia en el dictamen elaborado en la primera instancia.

**79. Del valor de las obras ejecutadas y no pagadas y sobrecostos mezcla asfáltica**

79.1. De conformidad con lo anterior, la Sala reitera que la parte actora en el proceso radicado con el n.º 2000-02367, adujo como pretensiones adicionales que en la ejecución del contrato n.º 151 de 1997, se causó un rompimiento del equilibrio económico en perjuicio suyo, derivado de circunstancias y hechos que le eran ajenos, motivo por el cual solicitó que se le reconociera el valor de una serie de obras que, según su dicho, no fueron canceladas, así como tampoco lo fueron las realizadas en virtud de la atención de la avalancha de la quebrada Las Lajas. En el mismo sentido, requirió el reconocimiento de unos sobrecostos en la construcción del puente El Naranjal y por mezcla asfáltica comprada a Construcciones Cóndor S.A., por maquinaria y personal adicionales a los ofrecidos, por modificaciones del proyecto y la insolvencia que le generó el no pago de todos esos valores.

80. En ese sentido, es del caso precisar que en el marco de la contratación estatal como herramienta de la administración pública para la obtención de los fines estatales y la protección del interés general, el Estado puede recurrir a la participación de particulares en calidad de contratistas, quienes buscan un beneficio económico, representado en una retribución concertada de manera previa, la cual debe ser proporcional y acorde con el cumplimiento del objeto contractual y es ese el incentivo para su colaboración. Bajo tales preceptos, se espera que las obligaciones a cargo de cada una de las partes, se mantengan hasta la terminación del vínculo contractual, con lo que cada uno de los co-contratantes obtenga el propósito esperado con el contrato, dicha garantía hace referencia al principio de la ecuación financiera o equilibrio económico[[47]](#footnote-47), con la que se privilegia el carácter conmutativo o sinalagmático que por regla general ostenta el contrato estatal[[48]](#footnote-48).

81. De lo anterior se desprende que en especial, aquellos contratos en los que se prolonga la ejecución porque son a mediano o a largo plazo, conllevan una serie de derechos y obligaciones para cada una de las partes, que se entienden como equivalentes y determinan la adopción de medidas que buscan preservar que esa igualdad se conserve a lo largo de la ejecución, de modo que en el evento en que se rompa ese equilibrio por circunstancias imprevisibles y no atribuibles a la parte afectada, se logre su restablecimiento. Sobre este punto, la Subsección se pronunció recientemente, en los siguientes términos[[49]](#footnote-49):

*(…)*

*29. De ahí que, ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo hagan incurrir en pérdidas, que no habría sufrido si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas. Es decir, si bien el cocontratante debe soportar el riesgo normal propio de cualquier contrato, no tiene porqué asumir un riesgo anormal, que conmocione o altere de tal forma la economía del contrato situándolo a un punto de pérdida o incluso privándolo de las ganancias razonables que hubiera obtenido, si la relación contractual hubiese podido cumplirse en las condiciones originalmente pactadas.*

*30. Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.*

*31. Dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento del desequilibrio del contrato, está el de la demostración o prueba del hecho que la configura y de la pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato. Es decir, cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo -que debe ser probado- por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato.*

*32. Por eso, bien ha sostenido esta Corporación que debe probarse que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente o se presentó cualquiera de los eventos que afecte el equilibrio económico del contrato y, además, para que resulte admisible el restablecimiento del mismo, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar[[50]](#footnote-50). Es precisamente esta imprevisibilidad de las circunstancias alegadas como constitutivas de desequilibrio la que se extraña en este caso.*

*(…)*

82. En otros términos, no cualquier desajuste en las obligaciones adquiridas por los co-contratantes da lugar a su configuración, de modo que el desbalance de la ecuación contractual debe tener origen en circunstancias de imprevisibilidad y acreditarse la afectación anormal y grave de la economía del contrato[[51]](#footnote-51).

83. Descendiendo al caso concreto, la Sala advierte que con base en el material probatorio que obra en el expediente, está acreditado que durante la ejecución del contrato n.º 151 de 1997, se originaron tres modificaciones, consistentes en dos adiciones en plazo y una adición en valor –supra pár. 41.-. La solicitud de adicionar el valor del contrato, se sustentó en la recomendación de la interventoría, que hizo referencia a lo siguiente (comunicación n.° DT46.1/0995 del 25 de febrero de 1998, radicada el 2 marzo de 1998 siguiente en la entidad, suscrita por el Director General de la interventoría del contrato y dirigida a la Subdirectora de Construcción, f. 65-70 c.4/1):

*(…)*

*En comunicación de la Interventoría n.º DT46.1/9326 de fecha 9 de diciembre de 1997, dirigida a la Subdirectora de Construcción del Instituto, se incluyó el concepto sobre la ampliación de plazo al contrato de la referencia, con la indicación de que en dicho plazo también estaba incluido lo relacionado con la ejecución de las obras adicionales cuantificadas provisionalmente en noviembre de 1997, por valor de $2 533 millones; como complemento de la anterior comunicación, mediante la presente, la interventoría recomienda al Instituto la aprobación del contrato adicional en valor, de acuerdo con las siguientes modificaciones y justificaciones:*

*I.COSTOS DEL CONTRATO ADICIONAL*

*Los costos detallados del contrato adicional estimados en febrero/98 son los siguientes, según se indica en el cuadro comparativo con el estimativo de noviembre de 1997.*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Detalle*** | ***Febrero/98 ($)*** | ***Noviembre/97 ($)*** |
| *1. Valor adicional calzada con puentes incluyendo obras quebrada Las Lajas.* | *2 291 352 391* | *2 290 821 009* |
| *2. Obras de protección de puentes.* | *204 903 200* | *-0-* |
| *3. Pintura para barandas de puentes.* | *22 572 000* | *-0-* |
| *4. Malla eslabonada para protección de los cortes.* | *311 000 000* | *-0-* |
| *5. Iluminación de los túneles de Quebrada Blanca.* | *113 100 000* | *113 100 000* |
| *6. Empalme puente 37-peaje Pipiral.* | *734 014 800* | *-0-* |
| *7. Obras túneles Q. Blanca, captación infiltración sin iluminación.* | *-0-* | *128 760 000* |
| ***TOTAL*** | *3 694 595 169* | *2 532 681 0009* |

*(…)*

83.1. Mediante memorando n.° SCT-08809 del 25 de marzo de 1998, se solicitó el contrato adicional por valor de $3 717 330 931,oo con justificación técnica en los siguientes términos: *“CON EL FIN DE EJECUTAR OBRAS COMPLEMENTARIAS NO CONTEMPLADAS EN EL CONTRATO PRINCIPAL Y DETALLADAS EN EL OFICIO DT46.1/0995 DEL 25 DE FEBRERO DE 1998 DE INGETEC S.A., SE REQUIERE EL VALOR ADICIONAL SOLICITADO”* (f.257 c.4/1)*,* razón por la que finalmente, el 2 de abril de 1998, las partes suscribieron el contrato adicional n.º 2(f.102-105 c.2).

84. Sobre la forma en que se adelantó la ejecución del contrato n.º 151 de 1997 y las razones que llevaron a las afirmaciones contenidas en el acta de recibo definitivo del 18 de septiembre de 1998, así como las observaciones que al respecto formuló el contratista –supra pár. 58 y 59- y que sustentan sus pretensiones en el proceso de la referencia, consta en el expediente que aquella sí realizó unas obras adicionales que, contrario a su dicho, fueron reconocidas y canceladas por la entidad. En ese mismo sentido, de la justificación del contrato adicional n.º 2 se desprende que INCONSTRUC LTDA, también realizó las obras tendientes a mitigar el impacto de la avalancha de la quebrada Las Lajas en julio de1997, que a su vez, fueron cuantificadas y canceladas por la entidad.

85. En otros términos, se demostró que la contratista sí ejecutó una serie de obras adicionales y otras relacionadas con la avalancha de la quebrada Las Lajas, que para noviembre de 1997 habían sido ponderadas en $ 2 532 681 0009 y ascendieron a la suma de $3 694 595 169 para febrero de 1998, cuando se adelantaron los trámites tendientes a la suscripción del contrato adicional en dinero.

86. Frente a los alegados sobrecostos por mezcla asfáltica, los auxiliares de la justicia indicaron que de las pre actas de obra se desprendía que aquellos se originaron en los meses de mayo, junio y julio de 1997 (dictamen pericial, f.39 c.11) y en concordancia con lo anterior, obran en el expediente, la comunicación INC.VVC-070/97 del 5 de agosto de 1997, mediante la cual el Director General de Obras de la contratista remitió al Ingeniero Residente de la interventoría, los soportes del transporte de materiales fuera del perímetro de obra (f. 300004-300005 c.13), así como la factura cambiara de compraventa n.º 0988 del 16 de junio de 1997, emitida por construcciones El Cóndor S.A., por suministro de mezcla asfáltica en planta (f.11 c.2 expediente 2001-00752).

87. Sumado a lo anterior, sobre el cumplimiento del objeto contractual y las circunstancias que rodearon su ejecución, se consignó lo siguiente en el acta de recibo definitivo de obras (supra pár. 58, f. 185-218 c.4/1):

*(…)*

***5. Concepto sobre cumplimiento de obligaciones contractuales***

***OBJETO DEL CONTRATO***

***No se cumplió en su totalidad el objeto del contrato 151 de 1997, en el sentido de entregar completamente rehabilitada la vía, según se indicó para cada una de las grandes partidas de pago, debido a los siguientes motivos principalmente:***

***Imputables al Contratista:***

***- Deficiente capacidad operativa del Contratista Inconstruc Ltda., en lo que se refiere al eficaz y oportuno cumplimiento de las obligaciones a su cargo y en la aplicación adecuada de los correctivos que demandaba la vía, que fueron oportuna y reiteradamente comunicados al Contratista por el Instituto y la Interventoría. Específicamente, hubo incumplimiento del Contratista en la deficiente ejecución de la capa de rodadura del pavimento, ítem 23.3B, que no se recibe a satisfacción. También hubo incumplimiento porque el Contratista no reparó o terminó satisfactoriamente, de acuerdo con las instrucciones dadas por la Interventoría, el resto de obras que se indican en el numeral anterior.***(negrilla original)

***No imputables al Contratista:***

***- Falta de disponibilidad de predios.***

***- Condiciones climáticas de pluviosidad.***

***- Eventos imprevistos (avalancha quebrada de Las Lajas, Creciente del río Negro que destruyó parte de la banca).***

***- Orden Público.*** (negrilla original)

***6. Programa de inversiones.***

*El Contratista, en el período de mayo de 1997 a octubre de 1997, estuvo por debajo en el cumplimiento del programa de inversiones, con un mínimo con respecto al total, de 0,45% en mayo de 1997 y un máximo de 2.59% en octubre de 1997, en noviembre de 1997 estuvo por encima del programa de inversiones en un 2.06%; en diciembre de 1997 estuvo por debajo del programa en 10.76% y en enero de 1998, 2.73% por debajo.*

*Los atrasos, de diciembre de 1997 y enero de 1998, fueron debidamente sustentados para modificar el programa de inversiones, y disminuir valores en aquellos trabajos y labores que no son imputables al Contratista, por las siguiente razones:* ***el atraso en la entrega de predios para el puente Naranjal, el atraso en la entrega de diseños del puente n.° 14, y por las condiciones climáticas que afectaron la colocación del pavimento.*** (negrilla de la Sala)

***El anterior análisis sirvió de base para la aprobación de la reprogramación, del 23 de enero de 1998 al 30 de mayo de 1998.***(negrilla de la Sala)

*El cumplimiento por parte del Contratista, del programa de inversiones fue parcial, según se indica en la relación del cuadro siguiente:*

*(…)*

***7. Cumplimiento de especificaciones técnicas***

*El Contratista en general, durante el desarrollo del contrato, cumplió con su obligación contractual parcial, respecto del autocontrol de calidad.*

*En consecuencia, se presentaron circunstancias que ameritaron que la Interventoría ordenara al Contratista la corrección de obras defectuosas, que no cumplían las especificaciones y por ende su exclusión de las actas parciales de obra.*

*En la presente acta de recibo definitivo de obras, se indica con todo detalle, cuáles descuentos de cantidades de obra se han efectuado, porque no satisfacen el cumplimiento de las especificaciones técnicas, para el adecuado comportamiento de las obras. Tal es el caso de la capa de rodadura del pavimento, que no tiene una textura superficial aceptable, presenta fallas, y muestra deterioro prematuro, por lo cual no se recibe a satisfacción.*

*En lo que respecta a puentes, no se reciben a satisfacción: las juntas de dilatación de varios puentes, que no están bien ejecutadas; y además se descuenta la suma de $7 200 000 para la reparación de las juntas de expansión del puente n.º 37, de defectuosa colocación.*

*El resto de obras no recibidas a satisfacción ni aceptadas para pago, están indicadas detalladamente para cada una de las grandes partidas de pago, a lo largo del acta de recibo definitivo.*

***8. Ajustes***

*En este punto se deja constancia, de que no existen actas de ajustes toda vez que no fueron presentadas por el Contratista.*

*El Contratista mediante escrito dirigido al centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, de fecha junio 19 de 1998, presentó solicitud respecto del reconocimiento de los mismos, a lo cual el Instituto Nacional de Vías, se pronunció mediante escrito de fecha julio 17 de 1998, razón por la cual se encuentra en trámite arbitral, pendiente de decisión.*

***9. Obras faltantes***

***A. EXPLANACIONES***

*(…)*

***B. SUB-BASE GRANULAR***

*(…)*

***C. BASE GRANULAR***

*(…)*

***D. OBRAS DE ARTE***

*(…)*

***E. PAVIMENTO***

*(…)*

***E.*** (sic) ***PUENTES***

*(…)*

88. Por lo tanto, es evidente que la entidad reconoció la configuración de unos atrasos derivados de la demora en entrega de predios para el puente Naranjal y de diseños en el puente n.° 14, así como las condiciones climáticas que influyeron en la colocación del pavimento, situaciones que se concretaron en diciembre de 1997 y enero de 1998.

89. En ese sentido, la Sala reitera que las justificaciones técnicas de los contratos adicionales n.º 1 y 3 del 23 de enero y 20 de abril de 1998, respectivamente, dan cuenta de esta situación y de los correctivos adoptados por acuerdo de las partes para superar las circunstancias que generaron demoras en el cronograma de obras. Adicionalmente, tal como consta en el Memorando n.° SCT-gbv-019 del 21 de enero de 1998, las obras adicionales serían objeto de cuantificación para modificar el valor contractual, el cual se reflejó en el contrato adicional n.º 3 del 2 de abril de 1998 –supra pár. 51-.

90. Ahora bien. El contratista sustentó su inconformidad con el acta de recibo definitivo, en escrito del 21 de septiembre de 1998, en el que comunicó al INVÍAS (supra pár. 50., comunicación I-226-98 del 21 de septiembre de 1998, remitida por el Director General de Obras de INCONSTRUC LTDA. a la Subdirectora de Construcción (E) del INVÍAS, f. 182-184 c4/1):

*(…)*

*Como es la realidad y lo expresa la Interventoría en el borrador de Acta de Recibo antes mencionado, respecto al cumplimiento de especificaciones técnicas dice:*

*(…)*

*Luego afirma que las fallas presentadas en el pavimento obedecen únicamente a fallas en su colocación, situación que contradice totalmente lo expresado en el párrafo anterior respecto a que el Contratista cumplió con sus exigencias de calidad de la Interventoría y hace pensar que la labor del Interventor no fue adecuada y eficiente.*

*Tanto el Ingeniero de Investigaciones del INV como el Regional Director del Meta y el Gerente del Proyecto, solicitaron en la reunión del 18 de septiembre de 1998, que no se acepte la capa de rodadura al contratista, pero* ***ninguno determina cuál es la causa de la falla del pavimento y el Gerente del Proyecto afirma que en los informes finales que elaboraron los especialistas, solicitan que se debe hacer una investigación para determinar claramente que fue lo que incidió en el proceso de deterioro del mismo****.* (negrilla de la Sala)

*El Contratista solicitó el concepto de un especialista y presentó el mismo al INV con oficio No. I-170-98 de fecha 9 de julio de 1998, donde se afirma que existen causas ajenas al Contratista, como mal funcionamiento en los subdrenes y estructura deficiente en algunos puntos.*

*Posteriormente* ***con oficio No. I-200-98, del 21 de agosto de 1998[[52]](#footnote-52), el Contratista presenta un inventario de fallas, un diagrama kilómetro a kilómetro de las mismas, un programa de reparación con tiempos y volúmenes y un procedimiento para reparación y manifiesta su voluntad de llegar a un arreglo con el INV, situación que reiteró en la reunión de fecha 8 de septiembre en la Secretaría Técnica sin obtener ninguna respuesta concreta hasta el momento****.* (negrilla de la Sala)

*Por lo anterior consideramos que el descuento hecho en la totalidad de la capa de rodadura y en la señalización no es procedente y debe modificarse en el Acta de Recibo Final.*

*Aclaramos que las cantidades de obra previstas en el contrato no alcanzaron para cumplir con las metas físicas del mismo quedando pendiente por ejecutar accesos de tres (3) puentes, drenes superficiales y pavimento en algunos sectores, situación que hace ver incompleta la obra, aun habiendo ejecutado el Contratista 500 millones de pesos, por encima del valor del contrato, con la anuencia y supervisión de la Interventoría y el Gerente del proyecto, luego esta obra también debe ser incluida en su totalidad dentro del Acta de Recibo Final.*

*Finalmente respecto a la solicitud de ampliación de la póliza por parte del secretario técnico, (…), no lo consideramos técnicamente viable por las siguientes razones:*

*1. El contrato se venció el 30 de mayo de 1998.*

*2. Para ejecutar la obra adicional se debe hacer un nuevo contrato y nuevas pólizas.*

*(…)*

91. Con base en esta comunicación, para la Sala es evidente que el contratista cuantificó de manera genérica la ejecución de obras por valor de $500 000 000 y reconoció las fallas presentadas en el asfalto, sin embargo, no estuvo de acuerdo con que le fueran atribuidas y se descontaran cantidades de obra en el acta de recibo final, poniendo de presente el estudio preliminar por ella contratado, que remitió a la entidad el 9 de julio de 1998 –supra pár. 45. y 46.-, así como que tenía conocimiento de la intención del instituto de adelantar una investigación que se inició en octubre de 1998 –supra pár. 56.- y concluyó con el estudio de la sociedad Diseños, Interventorías y Servicios –D.I.S. LTDA. –supra pár. 61-.

92. Por su parte, el Interventor del contrato, dio respuesta a las observaciones del contratista, modificando sólo 5 de las “*inconsistencias*” advertidas (supra pár. 51., comunicación DT46.1/5876 del 28 de septiembre de 1998, f.173-179 y 23-46 c.4/1).

***9. Resumen de los comentarios de la Interventoría a las solicitudes del Contratista.***

*En resumen:**el Contratista indica en el anexo de su comunicación I-226-98, plantea que en total encuentra 52 “inconsistencias”. De estas, la interventoría, en los comentarios indicados en el documento anexo, sustenta con argumentos contractuales sus conceptos para que en 47 de dichas “inconsistencias”, no proceden modificaciones a lo indicado en el Acta de Recibo Definitivo de la Obra; y sólo en 5 casos se acepta y se aprueba modificar el Acta de Recibo Definitivo; estas 5 “inconsistencias” se muestran en el cuadro anexo denominado INT-n.º 1.*

*En consecuencia, se adjuntan a la presente los siguientes documentos que sirven de base para la elaboración del acta de liquidación del contrato 151/97.*

*- Cuadro INT-n.º 1 -Correcciones al acta de recibo definitivo de obra-Cantidades y costos reconocidos al Contratista, solicitados en la comunicación l-226-98 del 21 de septiembre de 1998.*

*- Cuadro INT-n.º 2 Cuadro n.º 2 (corrección 1) -obras recibidas a satisfacción y no incluidas en las actas de obra n.º 1 a 13.*

*- Cuadro INT-n.º 3 No tiene correcciones -Obras no recibidas a satisfacción incluidas en las actas de obra n.º 1 a 13.*

*- Cuadro INT-n.º 4 Cuadro n.º 4 (corrección 1) Resumen de actas mensuales de obra -costos básicos sin IVA.*

*- Cuadro INT-n.º 5 Cuadro n.º 5 (corrección 1) Balance General.*

*-Cuadro INT-n.º. 6 Acta final de obra (corrección 1).*

93. A partir de las observaciones presentadas por la contratista frente al acta de recibo definitivo, se advierte que la interventoría accedió a modificar algunos ítems, en aras de sustentar el reconocimiento de cantidades y costos, obras recibidas a satisfacción y no incluidas en las actas de obra nº 1 a 13 y costos básicos mensuales de obra y el balance general del contrato.

94. En este punto, la Sala considera pertinente reiterar que el INVÍAS y la sociedad Ingeniería y Construcción Ltda. –INCONSTRUC LTDA.- suscribieron el contrato n.º 0151 de 1997 el 15 de mayo de 1997, bajo el sistema de precios unitarios, de acuerdo con las especificaciones suministradas por el instituto. –supra pár.38. y 40.-. En ese marco, se pone de presente que respecto de los contratos suscritos en esa modalidad, la Subsección se ha pronunciado en los siguientes términos[[53]](#footnote-53):

*(…)*

*Lo anterior, es así, porque las partes al momento de la celebración de los acuerdos principal y accesorios pactaron en ejercicio de su autonomía, un precio por la obra principal, extra y adicional, cifra que, como ya se enunció, se acordó en la modalidad de precios unitarios, esto es contenido el porcentaje de A.I.U., razones para descartar el desequilibrio que la actora reclama.*

*En efecto, cuando las partes convienen contratar bajo la modalidad de precios unitarios, acuerdan la forma de pago por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.*

*En este sentido esta Corporación ha sostenido[[54]](#footnote-54):*

*“(…)* *por precios unitarios, es aquel contrato en el cual se pacta el valor de las diferentes unidades primarias de obra que deben realizarse, tales como el metro cúbico de remoción o movimiento de tierras, el metro cuadrado de muros, el metro lineal de instalación de tubería, etc., calculando cuánto vale la ejecución de cada una de éstas y el costo directo total del contrato, será el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas y de sumar todos los ítems necesarios para dicha ejecución. En la conformación de dichos precios unitarios, se tienen en cuenta todos los gastos que se requieren para realizar la unidad de medida respectiva –el metro lineal, el metro cúbico, el metro cuadrado, etc.-. Y lo que comúnmente se denomina análisis de precios unitarios, corresponde a la descomposición de los mismos para determinar los costos que los conforman: la maquinaria que se utilizará, calculando el valor por el tiempo que se requiera; la mano de obra, teniendo en cuenta el costo hora-hombre, y cuántas personas se requieren para la ejecución de esa unidad de medida; la cantidad de los materiales necesarios, etc”.*

*Y específicamente en lo relacionado con el A.I.U. en caso de pactarse el contrato en la modalidad de precios unitarios, la misma providencia precisó:*

*“Debe tenerse en cuenta que al lado de los costos directos, se hallan los costos indirectos que corresponden, en los contratos de obra pública, al A.I.U., el cual es un porcentaje de los costos directos destinado a cubrir i) los gastos de administración (A) -que comprende los gastos de dirección de obra, gastos administrativos de oficina, etc-, ii) los imprevistos (I) –que corresponde a un porcentaje destinado a cubrir los gastos menores que surjan y que no fueron previstos- y iii) las utilidades (U) –que corresponde a la remuneración propiamente dicha del contratista por su trabajo-. El costo directo más el AIU, dará el precio unitario de cada ítem”.*

*(…)*

95. En concordancia con lo anterior, de igual forma es del caso advertir que la Sección Tercera de esta Corporación ha sostenido de forma repetida que la suscripción de actas y contratos adicionales sin salvedades enerva cualquier tipo de pretensión que se pretenda elevar judicialmente por los asuntos que se pretendieron regular mediante esos documentos. Así, se reitera que[[55]](#footnote-55):

*No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato.*

*Ahora, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en que ella fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual. Por su parte, las obras adicionales o complementarias hacen referencia a ítems o actividades no contempladas o previstas dentro del contrato que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual y, por tal motivo, para su reconocimiento se requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial. En este contexto, debe precisarse que ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante , aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso.*

*Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad.*

*Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificatorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, “…las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”, suscribiendo para tales efectos “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar…”*

*Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum propium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.*

*En este orden de ideas, en relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato.*

96. La Sala no encuentra justificación a los reclamos elevados por la parte actora a través de la demanda radicada con el n.° 2000-02367, porque en el expediente está plenamente acreditado que las obras adicionales derivadas de la atención de la avalancha de la quebrada Las Lajas, las demoras en la construcción del puente Naranjal y los alegados sobrecostos por mezcla asfáltica, se originaron de manera previa a los contratos adicionales n.° 1, 2 y 3 del contrato n.° 151 de 1997, los cuales fueron suscritos por ella sin salvedad u objeción alguna frente a tales circunstancias y que fueron tenidas en cuenta para la adición en plazo y en valor. Vale la pena destacar, que el instituto reconoció y pagó las obras no previstas que influyeron de manera impredecible en la ejecución del objeto contractual, así como las que llevaron a la implementación de un nuevo cronograma de obras, por razones atribuibles tanto a la entidad como a la contratista.

97. Por lo tanto, ante el acuerdo de las partes para conjurar las circunstancias que alteraron el contrato con la suscripción de las referidas adiciones con las correspondientes justificaciones técnicas, sin que la contratista elevara en ese momento salvedad, reclamación o solicitud con fundamento en el rompimiento del equilibrio económico del contrato, las pretensiones incoadas en ese sentido resultan extemporáneas e imprósperas por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

98. Ahora bien. Frente a los reparos por obras ejecutadas y no reconocidas y su no inclusión en el acta de recibo definitivo –se reitera que ese documento tuvo como antecedente, la realización de visitas previas, a las que el contratista fue citado y no asistió, supra pár. 44-, se advierte que algunas de ellas fueron estudiadas y aceptadas por la interventoría y, consecuencialmente, incluidas en el acta de liquidación unilateral, tras la modificación de la decisión inicialmente adoptada por la entidad ante los recursos interpuestos por la contratista y la aseguradora, de donde es dable concluir, que contrario a lo afirmado por la actora, sus pretensiones carecen de fundamento y no hay lugar a declarar que en perjuicio suyo se configuró un rompimiento del equilibrio económico del contrato n.° 151 de 1997 y sus adicionales, porque se conjuró cualquier tipo de afectación grave con las medidas que acordó contractualmente con el instituto.

99. En consecuencia, la Sala negará las pretensiones dirigidas a obtener el reconocimiento de perjuicios derivado de un rompimiento del equilibrio económico del contrato en perjuicio de la contratista.

**100. De la nulidad de la liquidación unilateral**

100.1. Se reitera que la parte actora solicitó la nulidad de las resoluciones n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998 y 005112 del 13 de diciembre del 2000, expedidas por el Instituto Nacional de Vías, mediante las cuales se liquidó unilateralmente el contrato n.° 151 de 1997.

102. Entre los fundamentos de su petición, señaló que de conformidad con los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y 44 numeral 10 literal d) de la Ley 446 de 1998, el Estado tiene un límite temporal para efectuar la liquidación unilateral, facultad que debía ser ejercida en unos plazos perentorios y preclusivos, razón por que la última de las resoluciones enunciadas, esto es, la identificada con el n.º 5112 de 2000, era extemporánea, dado que se profirió treinta meses después de la terminación del vínculo contractual.

103. En otros términos, Ingeniería y Construcciones Ltda. reprocha que la Resolución n.º 5112 del 13 de diciembre de 2000, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición (f. 4-10, 50-55, 62-77 c.2) fuera expedida, según su dicho, de manera extemporánea, máxime si se tenía en cuenta que modificó la decisión inicialmente adoptada.

104. En ese sentido, se reiteran los argumentos esbozados en el capítulo de caducidad de la acción de esta providencia, en la que se indicó que dado que el plazo de ejecución del contrato finalizaba el 30 de mayo de 1998 (contrato adicional n.º 2 al contrato n.º 151 de 1997, f. 102-105 c.2), las partes tenían, hasta el 30 de septiembre siguiente para liquidarlo de común acuerdo y si no, la entidad debía hacerlo unilateralmente antes del 30 de noviembre de 1998, por lo que para el momento en que el instituto adoptó la liquidación unilateralmente mediante Resolución n.º 005179 del 30 de septiembre de 1998, se encontraba en término para el efecto.

105. Por lo tanto, la Sala insiste en que la entidad liquidó unilateralmente cuando aún ostentaba la facultad temporal. Circunstancia diferente, es que su recurso de reposición se haya resuelto con posterioridad a ese término[[56]](#footnote-56), en cuyo trámite se realizó la investigación adelantada para determinar las causas de las fallas del pavimento, punto de controversia entre el instituto y la recurrente y, de la que dependía la decisión de la contratante, de confirmar o no el descuento de dineros por obras no recibidas a satisfacción, contenida en el acta de recibo definitiva y en la liquidación inicial.

106. Adicionalmente, es del caso precisar que la recurrente no hizo uso del silencio administrativo negativo, con lo que permitió que la entidad resolviera el recurso. Sobre este tópico, la jurisprudencia ha señalado[[57]](#footnote-57):

***4. Silencio administrativo negativo procesal o adjetivo.***

*Según lo dispone el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo el silencio administrativo negativo procesal se configura una vez transcurridos 2 meses después de que se hayan interpuesto en debida forma los recursos correspondientes contra un determinado acto administrativo previo, ya sea éste expreso o presunto, sin que la administración hubiera proferido y notificado una decisión expresa a través de la cual los haya decidido o resuelto.*

*Así las cosas, en virtud de la omisión de la administración al resolver los recursos interpuestos en debida forma dentro del término de dos (2) meses previsto en la norma, surge un acto administrativo ficto o presunto que contiene una decisión negativa o adversa a los intereses del administrado o recurrente, y por lo tanto confirmatoria del acto administrativo impugnado[[58]](#footnote-58).*

*De ésta forma se ha entendido que la figura del silencio administrativo negativo se constituye, de un parte, en una sanción a la negligencia de la administración al resolver los recursos interpuestos de forma oportuna; y de otra, en una garantía de acceso a la administración de justicia constituida en favor de los administrados, de forma tal que éstos puedan acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demandar no sólo la nulidad del acto administrativo que fue adverso a sus intereses, sino también del acto administrativo ficto o presunto a través del cual se confirmó dicha decisión.*

*No obstante lo anterior y en los términos del inciso 2º de la norma referida, la operancia de la figura a la que se alude no exime de responsabilidad a la autoridad administrativa de la obligación constitucional y legal que tiene a su cargo de resolver los recursos interpuestos, estando entonces facultada para hacerlo en cualquier momento siempre y cuando el particular no haya presentado demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ésta se haya admitido y se le haya notificado el respectivo auto admisorio.*

*Ahora, si bien el silencio administrativo negativo procesal opera por el ministerio de la ley y no requiere ser declarado judicialmente para que se constituya, éste no opera automáticamente, estando entonces a elección del recurrente decidir si espera a que la administración decida o resuelva los recursos interpuestos o en su lugar acuda a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo e impugne los actos administrativos fictos o presuntos, pues una vez opera la figura a la que se alude se entiende agotada la vía gubernativa[[59]](#footnote-59).*

107. En consecuencia, no prospera el cargo de nulidad contra la liquidación unilateral del contrato por falta de competencia temporal.

108. De otra parte, se acusó la ilegalidad de la liquidación unilateral adoptada por la entidad, bajo el entendido de que en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la liquidación del contrato es un balance entre lo ejecutado y lo pagado, sin embargo, el INVÍAS no reconoció el valor de lo que realmente hizo la contratista y le descontó obra que ya le había recibido. En esa línea, es menester señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado lo siguiente[[60]](#footnote-60):

*(…)*

***3.1. Concepto técnico y naturaleza jurídica del acto de liquidación***

*La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.*

*La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste.*

*(…)*

*En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.*

*(…)*

*De este recorrido normativo se deducen las siguientes conclusiones: de un lado, que todos los estatutos contractuales han mantenido la idea de que determinados contratos requieren liquidarse; que esto se puede hacer de manera bilateral o unilateral; que la primera alternativa cuenta con un plazo de cuatro meses para ejercerla y la segunda dos meses, aunque en unos estatutos la última posibilidad subsiste como potestad incluso pasado ese término, pero en otros estatutos no.*

*No obstante, de las semejanzas descritas conviene destacar* *que la liquidación bilateral supone un acuerdo de voluntades, cuya naturaleza contractual es evidente, porque las mismas partes del negocio establecen los términos como finaliza la relación negocial. Ahora bien, la liquidación unilateral se materializa en un acto administrativo, por ende, como su nombre lo indica, no se trata de un acuerdo sino de una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista –jamás a la inversa- acerca de la forma como termina el negocio jurídico. Se trata, ni más ni menos, que de una exorbitancia en manos públicas, porque la entidad estatal queda facultada para indicar las condiciones del estado del negocio, donde puede declarase a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato.*

*Desde este punto de vista, es decir, del contenido del acto, no existe diferencia entre la liquidación bilateral y la unilateral, porque la una como la otra están llamadas a concluir el negocio mediante la determinación concreta y clara de los aspectos técnicos, económicos y financieros que quedan pendientes, como de lo ejecutado y recibido a satisfacción. Además, tanto un acto como el otro tienen naturaleza contractual, de allí que la distinción sólo reside en que el uno es bilateral y el otro es un acto administrativo, es decir, es unilateral.*

*(…)*

109. En línea con lo expuesto, la Sala advierte que tal como quedó reseñado en el capítulo precedente, no hay lugar a acceder a reconocimiento pecuniario alguno a favor de la contratista, en virtud de que no acreditó el alegado rompimiento del equilibrio económico del contrato, sumado a que tampoco demostró que las fallas del pavimento que generaron el descuento contentivo en el acta de recibo definitivo no le eran atribuibles ni que el balance efectuado por la entidad desconociera la realidad contractual. En efecto, en el expediente no obra dictamen pericial en ese sentido, porque el solicitado y practicado se limitó a una cuantificación de perjuicios con base en lo señalado por la contratista y nada dice sobre los aspectos técnicos que llevaron a la entidad a efectuar los descuentos tantas veces reseñados ni a demostrar que le asistiera derecho a INCONSTRUC para otras declaraciones a su favor.

110. De igual forma, las reclamaciones tendientes al reconocimiento de perjuicios por permanencia de equipos, fueron calculados por los auxiliares de la justicia en el periodo comprendido entre el 20 de junio de 1998 y 29 de febrero de 2000. No obstante, el contrato finalizó el 30 de mayo de 1998 (f. 65-80, c.11), de modo que tampoco hay lugar a tal declaración.

111. En efecto, debe tenerse en cuenta que los perjuicios aludidos por la parte actora en ese punto, no sólo deben negarse porque son posteriores a la terminación del contrato por vencimiento del plazo, sino que adicionalmente, de las comunicaciones del 9 de julio, 21 de agosto[[61]](#footnote-61) y 16 de septiembre de 1998, suscritas por el contratista y dirigidas a la entidad, se desprende que la permanencia de equipo, personal y materiales en el sitio de obra, fue unilateral y no medió solicitud de la entidad en ese sentido, toda vez que INCONSTRUC la fundamentó en el hecho de que las cantidades de obra fueron “*copadas”,* las fallas que se estaban presentado y la espera de respuesta a las soluciones planteadas para estudio del instituto –supra pár. 45., 47., 90.-, de modo que no existe razón alguna para reconocer los sobrecostos que se le hayan generado en ese periodo de tiempo, bajo el entendido de que se derivaron de su voluntad y, en consecuencia, no se accederá a las pretensiones elevadas en ese sentido.

112. Finalmente, es del caso precisar que la Sala no desconoce que si bien la entidad había hecho una recepción inicial de las obras que luego descontó, lo hizo en virtud de lo pactado en la cláusula octava, conforme a la cual, “*Las actas de obra mensual tendrán carácter provisional en lo que se refiere a calidad de la obra, a las cantidades de obra y obras parciales*” y “*Ningún certificado que no sea el certificado de recibo definitivo de la totalidad o de parte de las obras, podrá considerarse como constitutivo de aprobación de algún trabajo u obra*”–supra pár. 50-, motivo por el cual no le asiste razón a la parte actora, cuando afirmó que la entidad no podía descontar unas obras que ya habían sido entregadas en el curso de la ejecución contractual, porque las mismas no tenían la calidad de aprobadas.

113. En conclusión, la Sala encuentra que en aplicación del principio de la carga de la prueba, de acuerdo con el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen[[62]](#footnote-62), la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad y veracidad que revisten las resoluciones controvertidas, razón por la cual se negarán las pretensiones elevadas en el proceso n.° 2001-00752.

114. De conformidad con lo anterior, la Sala se abstiene de realizar pronunciamiento alguno frente a la cesión de derechos litigiosos de los abogados Alfonso Beltrán García y Mauricio Caro Tribín, quienes fueron reconocidos como *“litisconsorte de la parte actora”* (supra pár. 10. y 15), toda vez que se desestimaron las pretensiones de las demandas acumuladas frente a las que no se configuró el fenómeno de la cosa juzgada.

**VIII. Costas**

115. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

#### FALLA

**MODIFICAR** la sentencia del 24 de junio del 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de cosa juzgada frente a la pretensión segunda, literales b) y a) de los expedientes 2000-02367 y 2001-00752 respectivamente, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** **DECLARAR** nopróspera la objeción por error grave planteada por el Instituto Nacional de Vías en contra del dictamen pericial rendido en el proceso, conforme a la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO:** **NEGAR** las demás pretensiones.

**CUARTO:** Sin condena en costas.

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

AUSENTE CON EXCUSA

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Presidente de la Sala de la Subsección**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Magistrada**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

1. **PRIMERO:** Decrétese la acumulación al presente proceso del expediente radicado con el n.º 200100752, demandante INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LTDA. –INCONSTRUC LTDA.-, para ser decididos en una misma sentencia. // **SEGUNDO:** Suspéndase el trámite del proceso 2001-00752 hasta que el proceso 2000-02367 se halle en etapa probatoria. // **TERCERO:** Téngase en cuenta la presente acumulación, para el reparto de los asuntos asignados al despacho del magistrado ponente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Es del caso precisar, que dicha decisión se derivó del contrato de cesión de derechos litigiosos suscrito entre la actora y el referido abogado (f. 207-208, 214, 228-230 c.1). [↑](#footnote-ref-2)
3. En la parte resolutiva de la decisión se consignó (f.317 c. ppal.): “***PRIMERO:*** *Declárase probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte demandada, en relación con la demanda a que se contrae el proceso n. º 2000-02367. //* ***SEGUNDO.-*** *Niéguense las pretensiones de la demanda. //* ***TERCERO:*** *Sin condena en costas. // (…)* [↑](#footnote-ref-3)
4. De conformidad con el contrato de cesión de derechos litigiosos suscrito entre la actora y el referido abogado, aquella corresponde al 40% del valor total de las pretensiones (f. 370-373 c.1). [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 17704, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 18 de abril de 2013, expediente 17859, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Con salvamento de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo y el ponente de la presente providencia. [↑](#footnote-ref-6)
7. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. ARTÍCULO 116.** *(…) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (…)* [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2016, expediente n.º 36647, C.P. Ramiro Pazos Guerrero**.**  [↑](#footnote-ref-8)
9. ***ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES.****Subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente: (…) 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

*En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: (…) d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar; (…)* [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 30 de marzo de 2017, expediente n.º 27378, C.P. Ramiro Pazos Guerrero: *“(…)Se encuentra acreditado que mediante resolución n.° 522 del 20 de noviembre de 2000, la Caja liquidó unilateralmente el contrato de obra n.° 9706-042, dentro del término previsto para la liquidación unilateral, y en tal sentido la entidad mantuvo la competencia temporal para efectuar el balance, sin perjuicio de la ejecutoria de la resolución n.° 159 del 2 de abril de 2001, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución n.º 522, que, se produjo el 4 de abril de 2001 (fl. 472, c. 1 A, acta de notificación). (…)”.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2015, expediente 30313, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-11)
12. [10] *“Devis Echandía, Hernando, “Teoría General de la Prueba Judicial”, T. II, Víctor P. de Zavalia Editor, Buenos Aires, 1970, p. 291”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. [11] *“Vigente para la época en que se practicó la prueba pericial en este proceso”.*  [↑](#footnote-ref-13)
14. [12] *“El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera prístina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, de suerte que resulta menester, a efectos de que proceda su declaración, que concurran en él las características de verosimilitud, recognocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 25177, C.P. Mauricio Fajardo Gómez”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. [13] *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 22011, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, providencia del 28 de mayo de 2015, exp. 33785, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, providencia del 28 de mayo de 2015, exp. 32665, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-17)
18. [12] *Devis Echandía, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales, Editorial ABC, 1984, págs. 339 y ss.* [↑](#footnote-ref-18)
19. [13] *Consejo de Estado, sentencia de 16 de abril de 2007, exp. AG-250002325000200200025-02, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.* [↑](#footnote-ref-19)
20. [14] *Parra Quijano, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, Pág. 649.*  [↑](#footnote-ref-20)
21. [15] *Consejo de Estado, op. cit., pág. 96.* [↑](#footnote-ref-21)
22. *Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 22 de junio de 2011, exp. 05001232400019950167301 (20543), actor: Hernán Arango Serna, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.* [↑](#footnote-ref-22)
23. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas. [↑](#footnote-ref-23)
24. Acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato principal n.º 291 de 1994 y sus adicionales, con fecha 18 de abril de 1997, justificada en la solicitud escrita del contratista (f.316-317 c.4/1). [↑](#footnote-ref-24)
25. Mediante comunicación n.° 10095 del 23 de abril de 1997, el Director General del INVIAS, señaló a INCONSTRUC LTDA. lo siguiente: *“Tal como se dispone en el artículo segundo de la Resolución n.° 002187 del 22 de abril de 1997, mediante el cual el Instituto Nacional de Vías declara la urgencia manifiesta en la carretera Santafé de Bogotá-Villavicencio sector K55+000-Cañoseco K87, le comunico que debe iniciar las obras a partir del 23 de abril de 1997. // Posteriormente se procederá a la celebración del contrato respectivo. // Lo anterior de conformidad con los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993.”,* f.310 c.4/1). [↑](#footnote-ref-25)
26. Consta en el expediente que una de las invitaciones para contratar, se dirigió a Murillo, Lobo-Guerrero Ingenieros, quienes presentaron propuesta por valor de $15 275 093 438 (comunicación n.º 970386 del 21 de abril de 1997, suscrita por el gerente general de la referida sociedad y dirigida a la Subdirectora de Construcciones de la entidad, f.294, 303-306 c.4/1). De otra parte, se advierte que el valor total de la propuesta de INCONSTRUC LTDA. fue de $14 361 723 290 (f.295-298, 315 c.4/1). [↑](#footnote-ref-26)
27. Memorando n.° SCT-gbv-019 del 21 de enero de 1998, en el que se solicitó un contrato adicional por plazo del 23 de enero al 23 de abril de 1998 y cuya justificación técnica consistió en lo siguiente: *“Se requiere para terminar las actividades de pavimentación y 3 puentes en la vía Santafé de Bogotá-Villavicencio, también obras adicionales que están siendo cuantificadas y que se tendrán en cuenta para adicionar en su debido momento el valor contractual. // Las causas de esta ampliación fueron determinadas entre otras por accidentes geológicos inesperados como la avalancha por 120 000 m3 en la quebrada las Lajas el pasado mes de julio de 1997”.* (f.257 c.4/1). [↑](#footnote-ref-27)
28. Memorando n.° SCT-08809 del 25 de marzo de 1998, en el que se solicitó un contrato adicional por valor de $3 717 330 931,oo con justificación técnica en los siguientes términos: *“CON EL FIN DE EJECUTAR OBRAS COMPLEMENTARIAS NO CONTEMPLADAS EN EL CONTRATO PRINCIPAL Y DETALLADAS EN EL OFICIO DT46.1/0995 DEL 25 DE FEBRERO DE 1998 DE INGETEC S.A., SE REQUIERE EL VALOR ADICIONAL SOLICITADO”.* (f. 257 c.4/1). [↑](#footnote-ref-28)
29. Memorando n.° SCT-10944 del 21 de abril de 1998, en el que se solicitó un contrato adicional por plazo del 23 de abril al 30 de mayo de 1998 y cuya justificación técnica decía: “*CON EL FIN DE EJECUTAR OBRAS COMPLEMENTARIAS Y CULMINAR EL PUENTE NARANJAL, CUYA PROGRAMACIÓN SE EXTENDIÓ POR PROBLEMAS PREDIALES QUE REQUIRIERON UN PROCESO DE EXPROPIACIÓN LENTO, SE REQUIERE EL PLAZO ADICIONAL SOLICITADO”* (f. 232 c.4/1). [↑](#footnote-ref-29)
30. Entre las conclusiones y recomendaciones consignadas en esa comunicación de la interventoría, se señalaron, entre otras cosas: // *(…) Algunos otros atrasos, imputables al Contratista, también se deben a ajustes en las características de las mezclas, implementación de reformas para cumplir con las especificaciones y selección de fuentes alternas de materiales. (…) Es importante disponer de un plazo, para que el Contratista además de terminar la pavimentación, realice una serie de trabajos complementarios de protección del pavimento, como lo son el sellamiento de áreas laterales, para impedir el paso del agua lluvia a la estructura del pavimento. (…)* [↑](#footnote-ref-30)
31. Mediante comunicación OJ-34577 del 30 de septiembre de 1998, fue citado el Gerente de la contratista, con el fin de notificarse personalmente de la resolución n.º 005179 de la misma fecha, la cual fue recibida el 2 de octubre de 1998 (f.7 c.4/1). [↑](#footnote-ref-31)
32. En este estudio se consignaron las siguientes conclusiones (f.50 c.3 expediente 2001-00752): (…) ***Resumen de Conclusiones*** *// A. Factores, que en nuestro concepto, NO contribuyen a los fisuramientos prematuros, a los defectos, fallas y deterioros del pavimento existente: // 1 Sub rasante // 2 Sub base granular // 3 Base granular // 4 Tránsito // 5 Estructura del pavimento existente. // B. a). Factores, que en nuestro concepto, SÍ son la causa de los fisuramientos, fallas y deterioros del pavimento existente: // 1. Drenaje // a) Superficial // b) Profundo // 2. Pavimento (capas) Asfáltico // a) Mezcal asfáltica // b) Asfalto // c) Pavimento Colocado // d) Tipo de pavimento // e) Rigidez.*  [↑](#footnote-ref-32)
33. Esta comunicación obra en el expediente y en ella se explicó que para la elaboración del acta de proyecto de liquidación, se tuvo en cuenta la información de la gerencia del proyecto Bogotá-Villavicencio, respecto del cálculo de ajustes, actualización de saldos e intereses por mora en el pago, teniendo en cuenta el costo de las obras no recibidas a satisfacción. Frente al valor de la póliza de estabilidad de la obra, se indicó que su vigencia de 5 años –cláusula décimo novena del contrato-, se contaría a partir del 18 de septiembre de 1998, fecha del acta de recibo definitivo de las obras (f. 14-15, c.4/3). [↑](#footnote-ref-33)
34. La Sala advierte que este memorando hace referencia a la certificación de pagos efectuada en el desarrollo del Contrato n.°151 de 1997 (f. 11-12, c.4/3). [↑](#footnote-ref-34)
35. A través de este memorando, la secretaría general técnica presentó a la asesora jurídica de la entidad, las conclusiones de los estudios DIS LTDA. y la oficina de investigaciones y desarrollo tecnológico del instituto, frente al deterioro “*prematuro”* del pavimento del sector comprendido entre el k55+000-K87+512 de la carretera Bogotá-Villavicencio, f. 5-10 c.4/3. [↑](#footnote-ref-35)
36. Esta comunicación obra en el expediente y en ella se explicó que para la elaboración del acta de proyecto de liquidación, se tuvo en cuenta la información de la gerencia del proyecto Bogotá-Villavicencio, respecto del cálculo de ajustes, actualización de saldos e intereses por mora en el pago, teniendo en cuenta el costo de las obras no recibidas a satisfacción. Frente al valor de la póliza de estabilidad de la obra, se indicó que su vigencia de 5 años –cláusula décimo novena del contrato-, se contaría a partir del 18 de septiembre de 1998, fecha del acta de recibo definitivo de las obras (f. 14-15, c.4/3). [↑](#footnote-ref-36)
37. La Sala advierte que este memorando hace referencia a la certificación de pagos efectuada en el desarrollo del Contrato n.°151 de 1997 (f. 11-12, c.4/3). [↑](#footnote-ref-37)
38. A través de este memorando, la secretaría general técnica presentó a la asesora jurídica de la entidad, las conclusiones de los estudios DIS LTDA. y la oficina de investigaciones y desarrollo tecnológico del instituto, frente al deterioro “*prematuro”* del pavimento del sector comprendido entre el k55+000-K87+512 de la carretera Bogotá-Villavicencio, f. 5-10 c.4/3. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, expediente n.º 19981, sentencia del 26 de julio de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Reiterada en providencia del 12 de diciembre de 2014, expediente n.º 36251. [↑](#footnote-ref-39)
40. [6] *Corte Constitucional, sentencia C-522 de 2009, M.P. Nilson Pinilla.* [↑](#footnote-ref-40)
41. [7] *Corte Constitucional, sentencias C-622 de 2007 y C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.* [↑](#footnote-ref-41)
42. [8] *Tal es el caso de Hernán Fabio López Blanco, quien al respecto ha señalado que: “Ampliamente tratado a nivel doctrinario debido a su importancia, el concepto de objeto del proceso resulta esencial entre otros muchos aspectos para precisar la existencia de la cosa juzgada; numerosas son las teorías que pretenden explicar cuál es la noción, y vívido ejemplo de ello son las posiciones de nuestra Corte Suprema de Justicia y de uno de los redactores del Código, pues mientras la entidad estima que se encuentra en las pretensiones, el segundo lo ubica en la sentencia.* // *En realidad las dos posiciones son acertadas porque el objeto del proceso no sólo se encuentra en las pretensiones, lo cual equivale a aceptar que igualmente debe buscarse en los hechos en que aquellas se apoyan, sino también en lo decidido en la sentencia, y es por ello que en orden a precisar si existe el mismo objeto en el nuevo proceso deben estudiarse los hechos, pretensiones y sentencia del anterior para confrontarlo con los hechos y pretensiones del segundo a fin de precisar si existe identidad y, caso de darse los otros requisitos, declarar la existencia de la cosa juzgada”. Procedimiento Civil, tomo 1, Dupré Editores, 10ª edición, 2009, p. 647 y 648.* [↑](#footnote-ref-42)
43. [9] *En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, al señalar que “la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta [identidad de objeto] cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente”. Sentencias C-422 de 2007 y C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.* [↑](#footnote-ref-43)
44. [12] *Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 12 de diciembre de 2005, exp. 2004-02148-01 (AP), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido, véanse las sentencias de 28 de enero de 2009, exp. 34239, y de 18 de febrero de 2010, exp. 17861, ambas con ponencia de Mauricio Fajardo Gómez.* [↑](#footnote-ref-44)
45. [13] *López Blanco, Op. Cit., p. 648.* [↑](#footnote-ref-45)
46. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 5 de marzo de 2009, radicación número: 11001-03-24-000-2004-00262-01, C.P. Rafael Ostau de Lafont P., reiterada en sentencia de la Sección Tercera, Subsección A, del 24 de marzo de 2011, C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz, expediente 34396. Sentencias de la Sección Tercera, Subsección B, del 24 de mayo de 2012, expediente 23221, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo y del 26 de junio de 2014, expediente 36220, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-46)
47. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre del 2012, expediente 21429, C.P. (E) Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-47)
48. **CÓDIGO CIVIL.** ***ARTÍCULO 1498. CONTRATO CONMUTATIVO Y ALEATORIO.****El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.*  [↑](#footnote-ref-48)
49. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 1º de agosto de 2016, expediente n.º 28916, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-49)
50. [9] *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.* [↑](#footnote-ref-50)
51. En sentido similar, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 5 de octubre de 2016, expediente n.º 36712, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-51)
52. La Sala advierte que esta comunicación obra en el expediente y en ella, la contratista aportó una serie de documentos, con los cuales solicitó el estudio de la solución a los problemas de rodadura, indicando que su equipo, se encontraba dispuesto desde hacía tres meses, a la espera de la referida solución con los consecuentes sobre costos por su no utilización (f.216-218, c.4/1). [↑](#footnote-ref-52)
53. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 29 de febrero de 2016, expediente n.º 35432, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-53)
54. [4] *Consejo de Estado. Sentencia del veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012). MP. Danilo Rojas Betancourth. Expediente 16371.* [↑](#footnote-ref-54)
55. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, expediente 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido ver: Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2017, expediente n.º 27378, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 10 de septiembre de 2014, expediente 27648, C.P. Enrique Gil Botero y del 18 de mayo de 2017, expediente 44286, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-55)
56. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 30 de marzo de 2017, expediente n.º 27378, C.P. Ramiro Pazos Guerrero: *“(…)Se encuentra acreditado que mediante resolución n.° 522 del 20 de noviembre de 2000, la Caja liquidó unilateralmente el contrato de obra n.° 9706-042, dentro del término previsto para la liquidación unilateral, y en tal sentido la entidad mantuvo la competencia temporal para efectuar el balance, sin perjuicio de la ejecutoria de la resolución n.° 159 del 2 de abril de 2001, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución n.º 522, que, se produjo el 4 de abril de 2001 (fl. 472, c. 1 A, acta de notificación). (…)”.* [↑](#footnote-ref-56)
57. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de mayo de 2016, expediente n.° 55135, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-57)
58. [17] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 16 de julio de 2009, Expediente: 16.331.*  [↑](#footnote-ref-58)
59. [18] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de marzo de 2007, Expediente: 15.850.*  [↑](#footnote-ref-59)
60. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp 27777, C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 28881, C.P. Danilo Rojas Betancourth, entre otras. [↑](#footnote-ref-60)
61. Mediante oficio No. I-200-98, del 21 de agosto de 1998, la contratista aportó una serie de documentos, con los cuales solicitó el estudio de la solución a los problemas de rodadura, indicando que su equipo, se encontraba dispuesto desde hacía tres meses, a la espera de la referida solución con los consecuentes sobre costos por su no utilización (f.216-218, c.4/1). [↑](#footnote-ref-61)
62. Código de Procedimiento Civil – Artículo 177 – inciso 1º: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”* [↑](#footnote-ref-62)