**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Concepto**

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1602 del C.C., el contrato es ley para las partes *–pacta sunt servanda-* y éstas se obligan en los términos de su celebración. No obstante, en virtud del principio *rebus sic stantibus,* dicha obligatoriedad se conserva a lo largo de la ejecución contractual, en la medida en que las condiciones de celebración, que dieron lugar al surgimiento de la ecuación contractual, entendida como la equivalencia de prestaciones a cargo de las partes, igualmente permanezcan incólumes durante el mismo periodo, lo que significa que, las variaciones significativas en dichas condiciones y que no sean imputables a la parte afectada, conducirán a que tenga derecho a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. 13. En el *sub-lite,* el recurrente pidió que se accediera a todas las pretensiones indemnizatorias de la demanda, entre las cuales se halla el reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato por causa de las condiciones climáticas en las cuales lo tuvo que ejecutar, toda vez que por la demora en su iniciación, las obras debieron adelantarse en una época de excesiva pluviosidad. 14. Al respecto, se observa que quien alega el rompimiento del equilibrio económico del contrato por las razones que se aducen en el *sub-lite*, debe demostrar que se presentó un álea extraordinaria que afectó la ecuación contractual haciendo mucho más onerosa su ejecución para la parte afectada, aunque sin impedirla totalmente; es decir, que le corresponde acreditar que con posterioridad a la celebración del contrato, se produjo un hecho imprevisto e imprevisible, ajeno a las partes, que alteró la ecuación económica de manera anormal y grave, lo que le reportó una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, generando unos sobre costos que rebasaron lo razonablemente previsible…15. No obstante, en el presente caso, si bien se acreditó el cambio climático que se produjo a lo largo del año de 1999, cuando se ejecutó el contrato n.o 335-98, siendo menos lluviosos los primeros meses que los últimos –ver párrafo 10.10-, lo cierto es que la Sala no encontró en el plenario prueba alguna en relación con los mayores costos que, por esta causa, hayan afectado de manera seria y significativa la equivalencia de las prestaciones que surgió al momento de contratar, como tampoco se probó la afirmación hecha en la demanda en el sentido de que los precios unitarios ofrecidos en el contrato, sufrieron un aumento del 40% entre el momento de la celebración del contrato y la época de ejecución de las obras, omisión probatoria que impide efectuar reconocimiento alguno por estos conceptos.

**DECLARATORIA DE CADUCIDAD – Cuantificación de perjuicios**

Respecto de la cuantificación de los perjuicios, observa la Sala que en el dictamen pericial se hizo la misma con fundamento en los contratos que en los últimos 5 años anteriores a la declaratoria de caducidad, había ejecutado la sociedad demandante para entidades estatales…En el cuadro se informa la fecha de celebración de cada contrato, se tiene en cuenta como utilidad el 6% para contratos de construcción y el 25% para los de consultoría y la actualización se hace a la fecha del dictamen –agosto de 2003-, con aplicación de la fórmula utilizada para ello por la jurisprudencia, con fundamento en el IPC: índice final sobre índice inicial por el valor del contrato. El dictamen pericial no fue objetado y para la Sala, la forma como se calculó este perjuicio resulta de recibo, razón por la cual se reconocerá a favor del demandante el monto que arrojó el mismo, actualizado a la fecha de la presente providencia, con aplicación de la fórmula: valor a actualizar = valor histórico \* índice final/índice inicial, en donde el índice inicial será el IPC vigente para la fecha del dictamen y el índice final, el vigente para la fecha de esta sentencia.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C, treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2002-00267-01(33129)**

**Actor: GEOESTRUCTURAS LTDA.**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA-SECRETARIA DE OBRAS PÚBLICAS**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (SENTENCIA)**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 5 de abril de 2006, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, la cual será modificada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

El departamento de Cundinamarca celebró un contrato de obra pública para la terminación del puente sobre el río Borrachero II del municipio de Medina, para lo cual no entregó oportunamente toda la información y documentación requerida, a pesar de lo cual la entidad declaró la caducidad del contrato por incumplimiento del contratista y lo liquidó unilateralmente.

# ANTECEDENTES

**I. Lo que se demanda**

1. El 31 de enero de 2002, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del C.C.A, la sociedad Geoestructuras Ltda. presentó demanda en contra del departamento de Cundinamarca-Secretaría de Obras Públicas, en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 19 a 47, c. 1):

1. *La nulidad de las resoluciones 0237 del 06 de diciembre de 1999 y la de su confirmatoria No. 066 del 23 de febrero de 2000, (…) en cuanto DECLARÓ LA CADUCIDAD ADMINISTRATIVA del contrato (…) suscrito entre el DEPARTAMENTO (…) y (…) la sociedad GEOESTRUCTURA LTDA. (…).*

1. *Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad (…) y a título de restablecimiento del derecho quebrantado (…) disponga que mi poderdante NO ESTÁ OBLIGADO A PAGAR SUMA ALGUNA DE DINERO por el concepto a que se refieren las resoluciones cuya nulidad se pide.*
2. *Que igualmente (…) para lograr el restablecimiento del derecho conculcado, se declare que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA(…) no podían ni legal ni contractualmente DECLARAR LA CADUCIDAD DEL CONTRATO, ni ordenar que se hiciera efectiva la póliza única de cumplimiento (…).*
3. *Que se declare que la entidad demandada incumplió el contrato (…) y que en desarrollo del mismo ocurrieron sucesos que alteraron su equilibrio económico, técnico y financiero de modo que la liquidación de dicho contrato debe incluir las compensaciones correspondientes a favor de la SOCIEDAD GEOESTRUCTURAS LTDA.*
4. *Que como consecuencia de lo anterior, a título del restablecimiento del derecho quebrantado, ese H. Tribunal se sirva condenar al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y a la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS, a pagar a mi poderdante, las sumas de dinero que se establezcan dentro del proceso por concepto de los PERJUICIOS MATERIALES, que las resoluciones cuya nulidad se pide le han causado a la SOCIEDAD GEOESTRUCTURAS LTDA. y que resulten probados a través de este proceso.*
5. *Que como consecuencia de lo anterior, se restablezca el EQUILIBRIO ECONÓMICO roto en el desarrollo del Contrato debido a que ocurrieron hechos que alteraron su equilibrio tanto en la parte técnica y financiera y como consecuencia del derecho quebrantado, se condene al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA-SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS al pago de las cantidades totales de obra ejecutadas a los precios pactados en el contrato.*
6. *Que como consecuencia de lo anterior se condene al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA-SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS a pagar el valor de $ 80’186.203,86 resultante del total de la obra ejecutada de $ 132’381.819,06 proveniente de multiplicar los precios unitarios fijados en la CLÁUSULA TERCERA DEL CONTRATO, por las cantidades de obra y reconocidas en el Acta No. 5 de Liquidación, menos el anticipo $ 52’195.615.20. Suma esta que deberá ser indexada desde el 09 de Noviembre de 1999, fecha de recibo final de la obra hasta el día en que se haga efectivo el pago.*
7. *Que se condene al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA-SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS a pagar intereses moratorios equivalentes al doble de los intereses bancarios corrientes, sobre $ 80’186.203,86 (…), los cuales deberán ser indexados y tasados debidamente por los peritos (…).*
8. *RESUMEN DE LA SUMA ADEUDADA POR EL DEPARTAMENTO (…) $ 163’106.757,27.*
9. *Que debido a LA CADUCIDAD QUE GENERA UNA INHABILIDAD para laborar con el Estado POR CINCO AÑOS, ese lapso SEA INDEMNIZADO (…).*
10. *Que se liquide judicialmente el contrato GIV-335-98, y a modo de condena, se incluya dentro de esa liquidación judicial del contrato, a favor de la sociedad GEOESTRUCTURAS LTDA., el valor actualizado de la indemnización a que tiene derecho como compensación integral de los perjuicios y sobrecostos sufridos en desarrollo del mismo contrato, bien por el incumplimiento de la Gobernación de Cundinamarca y de la Secretaría de Obras Públicas, o por la ocurrencia de sucesos que alteraron su equilibrio, técnico y financiero.*
11. *Que, como consecuencia a que se contrae la petición anterior, y a título de restablecimiento del derecho quebrantado, ese Honorable Tribunal declare la Nulidad del Acta de Liquidación unilateral hecha por el Departamento de Cundinamarca-Secretaría de Obras Públicas en cuanto se refiere a los precios pactados en el contrato y no aplicados a la totalidad de las cantidades de obra ejecutada.*
12. *Que a la sentencia se le dé cumplimiento dentro del término establecido en los Arts. 176 y 177 del CCA (…).*
13. *Que se condene al DEPARTAMENTO (…) a pagar los gastos procesales (…)*
14. *SUBSIDIARIAMENTE solicito que se condene al DEPARTAMENTO (…) a pagar a GEOESTRUCTURAS LTDA. en relación con la liquidación y terminación del contrato (…) EL DOBLE DE LOS INTERESES COMERCIALES SOBRE EL VALOR HISTÓRICO ACTUALIZADO (…).*

2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el demandante dio cuenta de la celebración entre las partes, previo proceso licitatorio, del contrato de obra pública GIV-335-98 suscrito el 30 de diciembre de 1998, cuyo objeto fue la terminación de la construcción del puente sobre el río Borrachero II, municipio de Medina, con una duración inicial de 4 meses y por valor de $ 173 985 384,oo.

2.1. El demandante sostuvo que la entidad incumplió el contrato, pues no le entregó en forma oportuna los estudios de suelos ni los planos estructurales y geométricos de la obra, como tampoco el plan de manejo ambiental, todo lo cual condujo a que el contrato fuera suspendido en varias ocasiones y por largos periodos. Así mismo, el contratista ejecutó obras de excavación y de movimiento de material para cuyo pago el contratista ofreció un precio unitario, pero la entidad anunció uno que no se correspondía con los ofrecidos y pactados dentro del contrato.

2.2. Alegó el rompimiento del equilibrio económico del contrato, debido al retraso en el comienzo de la obra, que fue de 7 meses por la falta de planos, estudio de suelos y permisos sobre el impacto ambiental, debiendo el contratista para poder adelantar las obras, realizar él mismo los planos y el estudio de impacto ambiental, y por cuanto los precios ofrecidos sin reajuste estaban calculados para iniciar la obra en enero de 1998 y al no darse estricto cumplimiento, se incrementaron en un 40%, alegando como causa de este aumento, así mismo, el *“estar en invierno, situación no prevista”*. Explicó que el acta de iniciación se suscribió el 8 de marzo de 1999, el 24 de marzo se suspendió por 2 meses, el 25 de mayo se prorrogó la suspensión por otro mes y el 26 de junio se suscribió acta de reiniciación, pactando como plazo faltante el de 106 días, es decir hasta el 9 de octubre de 1999; el 19 de julio, se suscribió el acta de suspensión n.o 5, hasta el 19 de agosto de 1999.

2.3. Manifestó que el 9 de noviembre de 1999 se suscribió acta de recibo final del obra, obra ejecutada según cláusula 7ª del contrato; el 6 de diciembre de 1999, la entidad declaró la caducidad del contrato mediante resolución 0237, la cual fue confirmada por resolución 066 de 2000 y que el 27 de marzo de 2000, se produjo la liquidación del contrato, que el contratista no suscribió por no haberse efectuado con los precios pactados.

2.4. Afirmó que la declaratoria de caducidad del contrato fue ilegal por falta de competencia temporal, ya que esta decisión sólo se puede tomar respecto de contratos vigentes y en el presente caso, se produjo cuando el contrato estaba suspendido; y por falsa motivación, ya que fue la entidad demandada la que incumplió el contrato, haciendo una relación de las actuaciones y omisiones en las que aquella incurrió, las cuales impidieron la realización total de la obra y condujeron a que no se reconociera al contratista el valor total de la parte ejecutada a los precios establecidos en el contrato.

**II. Actuación procesal**

3. El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente al representante legal del departamento de Cundinamarca y en él se ordenó citar a la Compañía de Seguros del Estado S.A., como litisconsorte necesario (f. 50, c. 1).

3.1. La Compañía de Seguros del Estado S.A., coadyuvó las pretensiones de la demanda, y pidió que se declare, como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos de caducidad y de liquidación unilateral del contrato GIV-335-98, que no ha tenido ocurrencia ninguno de los riesgos amparados por la póliza única de cumplimiento a favor de entidades estatales n.o 98119259 expedida por esta aseguradora y en consecuencia se condene a pagar a su favor la indemnización de perjuicios por las costas, agencias en derecho y demás costos derivados de su participación en el proceso (fl. 56, c. 1).

3.2. El departamento de Cundinamarca presentó **contestación de la demanda,** en la cual se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros y se atuvo a lo que resulte probado respecto de los demás, aduciendo que la caducidad del contrato se produjo en tiempo y por el incumplimiento del contratista, el cual se constató en los reportes del interventor, tal y como se desprende del contenido de la resolución que la declaró. Propuso las excepciones de i) pleito pendiente, toda vez que existía otro proceso entre las mismas partes, en el que el departamento demandó al contratista para que se declarara el incumplimiento del contrato GIV-335-98; ii) ausencia de ilegalidad de los actos proferidos por la demandada y iii) falta de justa causa para reclamar (f. 69, c. 1).

4. En la **sentencia** proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 5 de abril de 2006, el *a-quo* i) declaró la nulidad de las Resoluciones 237 del 6 de diciembre de 1999 y 066 del 23 de febrero de 2000, por medio de las cuales el departamento de Cundinamarca declaró la caducidad del contrato GIV-335-98 y del artículo 1º de la Resolución 107 del 6 de julio de 2000, por medio de la cual adoptó la liquidación unilateral del contrato; ii) declaró no probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa en relación con el acto de liquidación del contrato; iii) adoptó la liquidación judicial del contrato GIV-335-98 en los términos consagrados en la parte motiva de la sentencia, la cual arrojó un saldo actualizado de $ 11 073 049 a favor del departamento de Cundinamarca y iv) negó las demás pretensiones de la demanda. Resolvió (f. 308 a 319, c. ppl):

*PRIMERO. DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones No. 237 de 6 de diciembre de 1999y No. 066 de 23 de febrero de 2000, por las cuales se declaró la caducidad del Contrato No. GIV-335-98 suscrito entre el Departamento de Cundinamarca y GEOESTRUCTURAS LTDA., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO. DECLÁRASE la nulidad del artículo primero (1º) de la Resolución No. 107 de 6 de julio de 2000, por medio del cual adoptó de manera unilateral la liquidación del Contrato GIV-335-98 suscrito entre el Departamento de Cundinamarca y GEOESTRUCTURAS LTDA., por los motivos esgrimidos en la parte considerativa de este proveído. En consecuencia:*

*TERCERO. ADÓPTASE la liquidación judicial del Contrato GIV-335-98, en los términos consagrados en la parte motiva de esta sentencia (numeral 3.3.1), la cual arroja un saldo actualizado de ONCE MILLONES SETENTA Y TRES MIL CUARENTA Y NUEVE PESOS M/CTE ($11’073.049) favorable al Departamento de Cundinamarca.*

*CUARTO. NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.*

*QUINTO. Sin costas.*

*SEXTO. Dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.*

4.1. La decisión del *a-quo* obedeció en primer lugar, a que consideró que la *“excepción”* de pleito pendiente en realidad correspondía a un presupuesto para la suspensión del proceso, de darse los supuestos contemplados en el artículo 170 del C.P.C.; y que en el presente caso, se tramitó ante el Tribunal el proceso radicado con el n.o 2001-1906, en el que figuró como demandante el departamento de Cundinamarca, que pretendía que se declarara el incumplimiento contractual de la sociedad Geoestructuras Ltda., respecto del contrato n.o 335-98, proceso en el que se profirió sentencia denegatoria de las súplicas el 1º de junio de 2005, la cual cobró fuerza ejecutoria al no haber sido recurrida la decisión.

4.2. En cuanto a las pretensiones, el *a-quo* estimó que si bien la declaratoria de caducidad del contrato se había producido oportunamente, en cuanto el mismo se encontraba vigente al momento de la decisión, lo cierto es que el acto administrativo estaba viciado de nulidad por falsa motivación, puesto que a pesar de que el contrato celebrado no se ejecutó en su totalidad, ello se debió a causas imputables a la entidad demandada, como son la no entrega oportuna de todos los documentos e información requeridos, tales como planos, estudios ambientales, etc., que retrasaron la iniciación de los trabajos e impidieron al contratista la correcta ejecución de sus prestaciones, lo cual constituyó un incumplimiento grave de la contratante que le impedía hacer uso de sus facultades excepcionales.

4.3. El *a-quo,* en cuanto a la indemnización de perjuicios por la declaratoria de nulidad del acto administrativo de caducidad contractual, consideró que era improcedente el reconocimiento de los ingresos dejados de percibir por el demandante con ocasión de la inhabilidad derivada de la referida decisión, por cuanto se trata de un perjuicio que no fue demostrado en el plenario.

4.4. Al analizar la liquidación unilateral adelantada por la entidad, encontró que i) ésta se atuvo a lo consignado en el acta de recibo de obra respecto del ítem excavaciones varias en roca y excavación mecánica como ítem no previsto; ii) que estuvo bien liquidado el valor al no reconocer AIU por obras no previstas, pues así lo señaló el contrato en su cláusula tercera; iii) que en relación con el ítem *“extendida de material con bulldozer”*, en la liquidación unilateral consta que se reconoció al precio unitario de $ 1 777 y si bien el demandante pide que se le reconozca el m3 a $ 3 426, no hay elementos de juicio que permitan establecer si el reconocido por la entidad es el precio real, además en el dictamen pericial ese fue el que se consignó para el ítem en cuestión; iv) consideró vagas las determinaciones de los peritos respecto de lo que debía tenerse en cuenta como *“obra prevista en el contrato”,* por lo que ofrecía más credibilidad el acta de recibo de obras en este sentido; v) consideró que en la liquidación unilateral no se tuvo en cuenta la obra no prevista de *“cargue y transporte de material en estaciones aprox. 200 mts”*, por lo que debía declararse la nulidad del numeral 1º de la resolución demandada, para incluir en la liquidación judicial este reconocimiento por 1705 m3, a un precio unitario de $ 4 938,39 -el cual los peritos consideraron aceptable, concepto que no fue objetado por error grave- y sin reconocimiento de AIU, por ser obra no prevista ejecutada sin autorización del secretario; vi) finalmente, resolvió que todo lo demás quedaría como fue liquidado por la entidad, lo cual arrojó un saldo a favor de la entidad demandada, de $ 11 073 049, correspondiente al saldo del anticipo que quedó pendiente por amortizar -$7 930 366,99-, debidamente actualizado.

4.5. En relación con el desequilibrio económico del contrato, el tribunal de primera instancia consideró que no había pruebas de la ocurrencia de un hecho ajeno al contrato que hubiese alterado las condiciones normales de ejecución y que diera lugar al rompimiento de la ecuación contractual, pues si bien el actor adujo las condiciones climáticas en el sitio de la obra, esto no se probó.

4.6. El *a-quo* liquidó el contrato en los siguientes términos:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| ***ITEM*** | ***DESCRIPCIÓN*** | ***UN.*** | ***CANT.*** | ***V/UNIT.*** | ***V/TOTAL*** |
| *601.1* | *Excavaciones varias en roca en seco* | *M3* | *210.00* | *19 360* | *4 065 600,oo* |
| *601.2* | *Excavaciones varias en roca bajo agua* | *M3* | *0.00* | *25 010* | *0.00* |
| *601.3* | *Excavaciones varias en material común en seco* | *M3* | *210.00* | *10 680* | *2 242 800,oo* |
| *601.4* | *Excavaciones varias en material común bajo agua* | *M3* | *131.40* | *16 330* | *2 145 762* |
| *621.1* | *Caissons en concreto D=1.2. M incluye excavación y anillos* | *ML* | *0.00* | *141 089* | *0.00* |
| *630.7* | *Concreto clase G ciclópeo de 140 Kg/cm2 Bases* | *M3* | *0.00* | *87 992* | *0.00* |
| *630.7* | *Concreto clase G ciclópeo de 140 Kg/cm2 Elevaciones*  | *M3* | *0.00* | *117 992* | *0.00* |
| *630.4* | *Concreto clase D 210 Kg/cm2 Bases* | *M3* | *0.00* | *161 460* | *0.00* |
| *630.4* | *Concreto clase D 210 Kg/cm2 Elevaciones* | *M3* | *0.00* | *179 200* | *0.00* |
| *630.4* | *Concreto clase D 210 Kg/cm2 placa vigas y riostras* | *M3* | *0.00* | *188 960* | *0.00* |
| *640.1* | *Acero de refuerzo grado 37* | *KG* | *0.00* | *1 365*  | *0.00* |
| *640.3* | *Acero de refuerzo grado 30* | *KG* | *0.00* | *1 332* | *0.00* |
| *632* | *Baranda de concreto* | *ML* | *0.00* | *21 300* | *0.00* |
| *672* | *Bordillos* | *ML* | *0.00* | *16 341*  | *0.00* |
| *64 P* | *Drenes D= 4’’* | *UND* | *0.00* | *19 377* | *0.00* |
| *642 1* | *Apoyos elastoméricos* | *UND* | *0.00* | *19 130* | *0.00* |
| *681.1* | *Gaviones* | *M3* | *60 00* | *72 192* | *4 331 520.oo* |
| *610.1* | *Relleno para estructuras* | *M3* | *0.00* | *15 460* | *0.00* |
| *99* | *Juntas de dilatación según modelo anexo* | *ML* | *0.00* | *4 628* | *0.00* |
| *681.1* | *MAYOR CANTIDAD DE OBRA REALIZADA EN GAVIONES* | *M3* | *47.00* | *72 192* | *3 393 024.oo* |
|  | *VALOR BÁSICO* |  |  |  | *16 178 706.oo* |
|  | *ADMINISTRACIÓN*  |  |  | *13%* | *2 103 231,78* |
|  | *IMPREVISTOS* |  |  | *3%* | *485 361,18* |
|  | *UTILIDADES* |  |  | *6%* | *970 722,36* |
|  | *IVA SOBRE UTILIDAD* |  |  | *16%* | *155 315,58* |
|  | *SUBTOTAL* |  |  |  | *19 893 336,90* |
|  | ***ITEMS NO PREVISTOS*** |  |  |  |  |
| *210* | *Excavación mecánica incluye retiro de sobrantes* | *M3* | *3 810* | *3 069* | *11 692 890.oo* |
| *210* | *Excav. de la explanación canales y préstamos en material común* | *M3* | *2 375* | *1 777* | *4 220 375.oo* |
| *200.2* | *Desmonte y limpieza en zonas no boscosas* | *Ha* | *0.03* | *289 737* | *8 692,11* |
|  | *Demolición estructura de puente antiguo*  | *M3* | *0.25* | *120 000* | *30 000,oo* |
|  | ***Cargue y transporte de material estación aprox. = 200 M*** | *M3* | *1 705*  | *4 938,39* | *8 419 954* |

***ESTADO FINANCIERO***

*Valor inicial del contrato: $173 985 383*

*Valor adicional: $ 0,0*

*Valor Total: $ 173 985 383*

***Valor obra ejecutada: $ 44 265 248,01***

***Saldo del contrato: $ 129 720 134,99***

*Valor anticipo: $ 52 195 615*

***Amortización del anticipo: $ 44 265 248,01***

***Saldo por amortizar: $ 7 930 366,99***

*Valor a reintegrar a la Gobernación: $ 7 930 366,99*

*Este último valor indexado queda como sigue:*

*(…) Vp = $ 11 073 049*

5. Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso **recurso de apelación**, en el cual pidió la revocatoria de los numerales 3º, 4º y 5º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia y que en su lugar se acceda a todas las pretensiones de la demanda y por lo tanto, se condene a la entidad demandada a indemnizar los perjuicios en la forma justipreciada en el dictamen pericial obrante en el expediente y a pagar las costas del proceso (f. 321, c. ppl.)*.*

5.1. Como sustento de su apelación, el recurrente sostuvo que era contraevidente la decisión del tribunal en cuanto negó los perjuicios derivados de la ilegal declaratoria de caducidad del contrato, por cuanto en la prueba pericial se determinó el monto de los mismos en la suma de $ 71 717 158, calculada con base en la utilidad que obtuvo Geoestructuras Ltda. en los últimos 5 años, proveniente de su actividad contractual con el Estado, que fue debidamente probada en el plenario. Por lo que el monto arrojado por el peritazgo es el valor mínimo que habría podido obtener el contratista durante el periodo de inhabilidad que se derivó de la decisión ilegal, de no haber existido ésta y haber podido por lo tanto, contratar con las entidades estatales.

5.2. El apelante tampoco estuvo de acuerdo con la negativa a reconocer intereses moratorios a su favor, por considerar el tribunal *a-quo* que la liquidación lo que arroja es un saldo a favor de la entidad contratante, toda vez que el recurrente no comparte el contenido de la liquidación judicial, en cuanto dio un valor unitario a la excavación en material común de $ 3 069,oo, siendo éste de $ 10 680,oo, como se puede ver en los precios unitarios del contrato y que fue el valor tomado por los peritos cuando calcularon la suma total del ítem de 210 m3, mas 3 810 m3, arrojando un total de $ 42 933 600,oo. *“Sin embargo, en la liquidación judicial la sala tomó la cantidad de 3.810 m3 con un valor unitario de $ 3.069.00 aduciendo que es un ítem imprevisto, cabe recavar* (sic) *en este punto que la cantidad de obra ejecutada no corresponde a un ítem imprevisto sino que forma parte de la excavación total necesaria para la construcción de los estribos y esta constituye una mayor cantidad del mismo ítem (excavación en material común). Con las mismas características y especificaciones de los 210 m3 aceptados en la liquidación judicial”,* insistiendo el apelante en que hubo mayor cantidad de obra y por lo tanto, el contrato debió reajustarse en esa misma proporción, pues de no pagarse el precio justo de la obra, la entidad se estaría enriqueciendo sin justa causa.

5.3. El apelante insistió en el rompimiento del equilibrio económico del contrato por hechos ajenos al contratista, como fueron las condiciones climáticas de la zona, que incidieron en el incremento de los costos, así como la falta de planos y de estudio del medio ambiente, que dieron origen a múltiples suspensiones del contrato. Y contrario a lo afirmado por el *a-quo,* la parte actora sí consignó el valor de $ 56 100 requerido por el IDEAM para expedir la certificación al respecto, tal y como consta en el plenario, de modo que si tal prueba no se allegó, no fue por causas imputables a ella.

5.4. Reiteró que la indemnización de perjuicios debía reconocerse a favor de la parte actora teniendo en cuenta lo determinado en el dictamen pericial, el cual no fue objetado y cumple con los requisitos legales para su valoración, por lo que no debió ser desechado por el tribunal.

6. En la oportunidad para **alegar de conclusión** en esta instancia, la parte actora reiteró los argumentos del recurso, en cuanto a la existencia de perjuicios por la pérdida de oportunidad derivada de la declaratoria ilegal de caducidad del contrato; el rompimiento del equilibrio económico del contrato por causa del invierno, lo que se comprobó con el informe allegado por el IDEAM, y que se tradujo en que el contrato no se ejecutó en el término acordado, lo que demuestra que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas favorablemente (f. 437, c. ppl.).

7. La entidad demandada, por su parte, en los **alegatos finales** se refirió a las causales de nulidad del acto de caducidad alegadas por la parte actora, afirmando que no hubo falta de competencia temporal, toda vez que, si como lo afirma la demandante, el contrato se hallaba suspendido, esto lo que significa es que estaba vigente y si se daban los requisitos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 para ello, la entidad podía, como lo hizo, declarar su caducidad; en cuanto a la falsa motivación, consideró que los hechos de incumplimiento del contratista tenidos en cuenta para la decisión eran ciertos y que le correspondía al demandante desvirtuarlos, lo cual no sucedió; por otra parte, consideró que era inadmisible que, luego de que en el proceso de selección se visitó el sitio de las obras y se aceptaron todas las condiciones de ejecución de las mismas, venga ahora el contratista a alegar la afectación del equilibrio contractual por los cambios climáticos, agregando que procedió *motu proprio* a ejecutar los ítems de excavaciones en mayor cantidad y sin necesidad, para aumentar su utilidad. Finalmente, adujo que la demanda era inepta, pues se habían acumulado indebidamente pretensiones contractuales con pretensiones extracontractuales, pidiendo que se confirme el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia impugnada (f. 443, c. ppl.).

8. Mediante auto del 9 de diciembre de 2013, se aceptó el impedimento presentado por el consejero Ramiro Pazos Guerrero, con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º del artículo 150 del C. de P.C., por haber conocido del asunto de la referencia en su condición de magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 459 y 461, c. ppl.).

**CONSIDERACIONES**

**I. La competencia**

9. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto el 25 de abril de 2006 por la parte actora, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación[[1]](#footnote-1).

**II. Hechos probados**

10. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis[[2]](#footnote-2):

10.1. El 30 de diciembre de 1998, el departamento de Cundinamarca-secretaría de obras públicas celebró con la sociedad Geoestructuras Ltda., el contrato de obra n.o 335-98, cuyo objeto fue la construcción del puente sobre el río Borrachero II, municipio de Medina –cláusula primera-, por valor de $ 173 985 384 –cláusula sexta-, con un plazo de ejecución de 4 meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación –cláusula novena- (f. 32, c. 2 y f. 253, c. 3).

10.1.1. El contratista se obligó a ejecutar las obras pactadas *“de acuerdo con los planos y especificaciones suministradas por la Secretaría de Obras Públicas”* y las características, especificaciones y precios unitarios señalados en el contrato y conforme a la propuesta presentada por el contratista –cláusula segunda-*.* En cuanto a los precios unitarios pactados en el contrato –cláusula tercera- y específicamente respecto de los ítems de excavación[[3]](#footnote-3), se acordó:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **DESCRIPCION** | **UNIDAD** | **CANTIDAD** | **PRECIO UNIT.** | **VALOR TOTAL** |
| Excavaciones varias en roca en seco | M3 | 210 | 19 360 | 4 065 600 |
| Excavaciones varias en roca bajo agua | M3 | 210 | 25 010 | 5 252 100 |
| Excavaciones varias en mate- rial común seco | M3 | 210 | 10 680 | 2 242 800 |
| Excavaciones varias en mate- rial común bajo agua | M3 | 210 | 16 330 | 3 429 300 |

10.1.2. En el parágrafo de la cláusula tercera se acordó que:

*Las cantidades de obra consignadas en esta cláusula son aproximadas y por tanto el contratista se compromete a ejecutar tanto las mayores como las menores cantidades de obra; las mayores cantidades de obra que no superen el valor total del contrato podrán ser autorizadas y compensadas por el interventor con el visto bueno del Secretario, si la mayor cantidad de obra supera el valor final del contrato, estas serán autorizadas previa disponibilidad presupuestal por el Secretario respectivo. Estas mayores cantidades de obra no requieren contrato adicional, las obras adicionales o complementarias es decir aquellas que correspondan a ítems no previstos, se acordarán mediante contrato adicional modificatorio. Si el contratista sin el visto bueno del respectivo Secretario o la suscripción del respectivo contrato adicional o modificatorio según el caso, realiza mayores cantidades de obra, obras adicionales no previstas en el contrato, el DEPARTAMENTO sólo podrá considerar su pago sin el porcentaje del AIU, en todo caso estas actividades sólo podrán ser compensadas siempre que se demuestre utilidad o beneficio para el DEPARTAMENTO”.*

10.1.3. En el parágrafo primero de la cláusula sexta, relativa al valor del contrato, se estipuló:

*EL CONTRATISTA declara que los precios unitarios determinados en la cláusula tercera de este contrato, incluyen todos los costos directos e indirectos requeridos para la ejecución de la obra. Por tanto EL DEPARTAMENTO no reconocerá sumas diferentes a las aquí expresadas por la ejecución de las mismas, ni se pactan cláusulas de reajustes, salvo los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales del contrato.*

10.2. La iniciación de la ejecución contractual se produjo el día 8 de marzo de 1999 y fueron suscritas por el contratista y el interventor varias actas de suspensión y reiniciación del tiempo de ejecución del contrato (f. 39, 41, 43,46 y 51, c. 2; f. 232, c. 3).

10.3. El 14 de julio de 1999, el contratista le pidió a la entidad, a través de su interventor, la aprobación del precio unitario para el movimiento del material resultante de los 5 900 M3 de excavaciones que había realizado para el estribo del puente y el 16 de julio siguiente, el interventor le contestó que esas excavaciones no habían sido autorizadas por la entidad y que al contratista se le había advertido que se abstuviera de efectuarlas hasta que se establecieran las cantidades reales de obra, su prioridad y el costo e ítem a través del cual serían reconocidas, recordándole que las mayores cantidades de obra y las obras no previstas, tenían que ser aprobadas por la interventoría antes de su ejecución (f. 64, c. 2).

10.4. Mediante comunicación del 4 de agosto de 1999, el contratista le reclamó a la entidad contratante por la afectación del equilibrio económico del contrato, ya que por la demora en la iniciación de la ejecución de las obras, los materiales valían un 40% más que en la fecha de presentación de la oferta y además, las obras tuvieron que iniciarse en la época de invierno, lo que afectó al contratista por la pérdida de materiales que tenía acopiados. Por ello pidió la revisión y reajuste del precio unitario de 6 ítems de concreto, con lo cual el valor total del contrato pasaría de $ 170 515 723 a $ 217 432 212, siendo la diferencia, el monto del desequilibrio contractual (f. 68, c. 2).

10.5. De acuerdo con comunicación del ingeniero supervisor del contrato enviada a la secretaría de obras públicas del departamento el 12 de agosto de 1999 y relacionada con el incumplimiento parcial del contratista, la actividad de excavación para construir el estribo derecho generó una mayor cantidad de obra que superó el 900% de lo contemplado en el contrato y fue una actividad realizada sin la aprobación de la interventoría y sin el visto bueno del secretario de obras públicas. Por su naturaleza, encaja en una obra no prevista y *“si se liquida a precios del contrato, dicha excavación en roca de 3900 M3, como lo propone el contratista, se cancelaría el 53% del contrato en solo una actividad de excavación”*. En varias comunicaciones tanto del supervisor como del interventor, se aduce que estas obras no estaban autorizadas y sólo podría ser reconocida una compensación –sin el porcentaje del AIU, según el contrato- por su ejecución si probara la utilidad o beneficio para el departamento, previo concepto técnico del interventor, con el visto bueno del supervisor de la obra (f. 121, 124, 162, 163, 165, 194, 207, 221, c. 3).

10.6. Obra un *acta de recibo final* del contrato GIV-335 de 1998, del 9 de noviembre de 1999, que aparece suscrita únicamente por el interventor, en la cual dejó constancia de que se ejecutaron las siguientes obras, en las cantidades anotadas y además, en relación con las “*no previstas pendientes por conciliar”,* se consignó que las mismas *“fueron objeto de discusión y parte del conflicto por lo que el contratista no quiso continuar ejecutando la obra, por lo cual dichos precios deberán ser conciliados entre la Administración Departamental y el contratista”* (f. 53, c. 2 y f. 115, c. 3):

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **DESCRIPCION** | **UNIDAD** | **CANTIDAD** | **PRECIO UNIT.** | **VALOR TOTAL** |
| Excavaciones varias en roca en seco | M3 | 210 | 19 360 | 4 065 600 |
| Excavaciones varias en roca bajo agua | M3 | 0 | 25 010 | 0 |
| Excavaciones varias en material común seco | M3 | 210 | 10 680 | 2 242 800 |
| Excavaciones varias en material común bajo agua | M3 | 131 | 16 330 | 2 145 762 |
| Gaviones  | M3 | 107 | 7 019 | 751 033 |
|  |  |  |  |  |
| **OBRAS NO PREVISTAS PENDIENTES POR CONCILIAR** |  |  |  |  |
| Excavación mecánica | M3 | 3 810 |  |  |
| Cargue y transporte de material estación aprox = 200 m | M3 | 1 705 |  |  |
| Extendida material de excavación con bulldozer | M3 | 2 375 |  |  |
| Desmonte y limpieza | M2 | 0,03 |  |  |
| Demolición estructura puente | M3 | 0,25 |  |  |

10.7. El secretario de obras públicas del departamento de Cundinamarca expidió la Resolución n.o 237 del 6 de diciembre de 1999, por medio de la cual declaró la caducidad del contrato GIV 335-98, ordenó liquidarlo y hacer efectiva la garantía de cumplimiento, la cual fue confirmada mediante Resolución n.o 066 del 23 de febrero de 2000 (f. 105 a 118 y 124 a 129, c. 2).

10.8. Mediante Resolución n.o 107 del 6 de julio de 2000, el secretario de obras públicas del departamento de Cundinamarca liquidó unilateralmente el contrato GIV 335-98, acto administrativo del cual se destacan los siguientes puntos (f. 54, c. 3):

*CANTIDADES DE OBRA EJECUTADA*

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| ***ITEM*** | ***DESCRIPCION*** | ***UND.*** | ***CANT.*** | ***VALOR UNIT.*** | ***VALOR TOTAL*** |
| *601.1* | *Excavaciones varias en roca en seco* | *M3* | *210* | *19 360* | *4 065 600* |
| *601.2* | *Excavaciones varias en roca bajo agua* | *M3* | *0.00* | *25.010* | *0.00* |
| *601.3* | *Excavaciones varias en material común seco* | *M3* | *210* | *10 680* | *2 242 800* |
| *601.4* | *Excavaciones varias en material común bajo agua* | *M3* | *131,4* | *16 330* | *2 145 762* |
| *(…)* | *(…)* |  |  |  |  |
| *681.1* | *Gaviones*  | *M3* | *60.00* | *72 192* | *4 331 520* |
| *(…)* | *(…)* |  |  |  |  |
| *681.1* | *Mayor cantidad de obra realizada en gaviones* | *M3* | *47.00* | *72 192* | *3 393 024* |
| *(…)* | *(…)* |  |  |  |  |
|  | ***ITEMS NO PREVISTOS*** |  |  |  |  |
| *210* | *Excavación mecánica incluye retiro de sobrantes* | *M3* | *3 810* | *3 069* | *11 692 890* |
| *2.10* | *Excav. De la explanación canales y préstamos en material común* | *M3* | *2 375* | *1 777* | *4 220 375* |
| *200.2* | *Desmonte y limpieza en zonas no boscosas* | *Ha* | *0,03* | *289 737* | *8 692,11* |
|  | *Demolición estructura de puente antiguo* | *M3* | *0,25* | *120 000* | *30 000* |

*ESTADO FINANCIERO*

*Valor inicial del contrato $ 173.985.383.oo*

*Valor adicional $ 0.0*

*Valor total $ 173.985.383.oo*

*Valor obra ejecutada $ 35.845.294.01*

*Saldo del contrato $ 138.140.088.99*

*Valor anticipo $ 52.195.615.oo*

*Amortización del anticipo $ 35.845.294.01*

*Saldo por amortizar $ 16.350.320.99 VALOR QUE DEBE REINTE-GRARSE A LA GOBER- NACIÓN*

10.9. En el proceso se practicó un dictamen pericial, en el cual los auxiliares de la justicia, con fundamento en la documentación obrante en el proceso, determinaron (f. 1, 43, 54, 55 y sgtes., c. 4):

10.9.1. Que la obra ejecutada ascendió a la suma de $ 75 163 692 y restando el anticipo de $ 52 195 615, daría un monto adeudado al contratista de $ 22 968 077.

10.9.2. En relación con la excavación del estribo derecho del puente, respecto del cual la parte actora, solicitante de la prueba, les pidió que dictaminaran si los 3 900 m3 que se excavaron allí es idéntica en características a los primeros 800 m3 que la entidad demandada aceptó, recibió y liquidó a los mismos precios del contrato, los peritos determinaron que toda la excavación fue ejecutada en el mismo sitio y se podría pensar que las características geológicas de todo el material excavado son iguales, aunque:

*(…) es posible que se encontraran ‘bolsas’ o estratos de material rocoso dentro de la masa de material excavado que puede ser catalogado como común, en efecto si observamos la Preacta No. 01 (Anexo No. 4), la cual se encuentra firmada por el contratista y la Interventoría el día 16 de julio /99, se encuentra se ha determinado* (sic) *la existencia de ‘Excavación en roca bajo agua’ y de ‘Excavación en material común en seco’, estos ítems agregados a los correspondientes a ‘Excavaciones varias en roca en seco’ y ‘Excavaciones varias en material común bajo agua’ son todos contractuales y deberían incluir todos las posibilidades de excavación de los estudios previos a la construcción que han debido ser realizados. Por tanto nos parece inadecuado determinar un ítem no previsto para ‘Excavación mecánica’, y por tanto en nuestro concepto la liquidación de las excavaciones ejecutadas debe ser:*

*Excavaciones varias en roca*

*en seco: 210 M3 a $19.360 = 4.065.600*

*Excavaciones varias en*

*material común seco: 4.020 M3 a $10.680 = 42.933.600*

***TOTAL $46.999.200***

10.9.3. El anterior valor lo actualizó, utilizando la fórmula utilizada para ello: VA= VI \* índice final/índice inicial, lo que arrojó un monto adeudado de $ 56 722 075.

10.9.4. En el cuadro n.o 1 del dictamen, los peritos presentaron el resumen de liquidación de la obra ejecutada, en la que tuvieron en cuenta las cantidades liquidadas por la secretaría de obras públicas en el acta de liquidación y los precios unitarios contractuales, lo que arrojó el siguiente resultado:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **ITEM** | **DESCRIPCION** | **UND.** | **CANT.** | **VALOR UNIT.** | **VALOR TOTAL** |
| 601.1 | Excavaciones varias en roca en seco | M3 | 210 | 19 360 | 4 065 600 |
| 601.3 | Excavaciones varias en material común seco | M3 | 4 020 | 10 680 | 42 933 600 |
| 601.4 | Excavaciones varias en material común bajo agua | M3 | 131,4 | 16 330 | 2 145 762 |
|  | Gaviones  | M3 | 107 | 72 192 | 7 724 544 |
| 2.10 | Exc. de explanación, canales y préstamos mat. com. | M3 | 2 375 | 1 777 | 4 220 375 |
| 200.2 | Desmonte y limpieza zonas boscosas | Ha | 0,03 | 289 737 | 8 692 |
|  | Demolición estructura puente antiguo | M3 | 0,25 | 120 000 | 30 000 |
|  |  |  |  | **Valor básico** | 61 128 573 |
|  |  |  |  | **Administra- ción 13%** | 7 946 714 |
|  |  |  |  | **Imprevistos 3%** | 1 833 857 |
|  |  |  |  | **Utilidad 6%** | 3 667 714 |
|  |  |  |  | **IVA S/utilidad 16%** | 586 834 |
|  |  |  |  | **TOTAL** | $75 163 692 |

10.9.5. En cuanto a los perjuicios derivados de la declaratoria de caducidad, los peritos calcularon la utilidad que dejó de ganar la sociedad demandante durante los 5 años siguientes a la declaratoria de caducidad, teniendo en cuenta para ello el valor histórico de los contratos con entidades estatales que realizó durante los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha de la caducidad, los cuales respaldó el demandante mediante certificaciones de las entidades contratantes, o las actas de recibo final o de liquidación respectivas, cuyas copias adjuntaron al dictamen, operación que arrojó un valor por este concepto, de $ 71 717 168, a la fecha del dictamen -31 de agosto de 2003-.

10.9.6. Con ocasión de la solicitud de aclaración al dictamen, los auxiliares de la justicia corrigieron el valor de las obras ejecutadas y no pagadas al contratista para incluir el monto de 1 705 M3 de cargue y transporte de material hasta agosto de 1999 según informe del interventor, liquidándolo a un precio unitario de $ 4 938,93, propuesto por el contratista por considerarlo aceptable, dadas las condiciones y sitio del trabajo, lo que le dio un valor adicional de $ 8 420 876. En consecuencia, el monto definitivo de ejecución quedó en la suma de $85 518 002, suma a la que restándole el monto del anticipo da $ 33 322 387, que actualizados a la fecha de la aclaración –diciembre 1º de 2003-dan un valor de $ 46 786 063, más intereses moratorios -12% anual-, por valor de $ 15 994 746[[4]](#footnote-4), arroja un total de $ 62 780 809.

10.9.7. Todo lo anterior, dio como resultado total de la indemnización a favor del contratista, de $ 171 192 490, sumatoria del valor de la obra no pagada: $ 62 780 809 y la indemnización por caducidad: $ 108 411 681[[5]](#footnote-5).

10.10. En la zona en la que se tenían que llevar a cabo las obras de construcción objeto del contrato n.o 335-98 y durante su plazo de ejecución, en inmediaciones del municipio de Medina, Cundinamarca se presentaron lluvias por encima del promedio histórico, de acuerdo con la certificación emitida por el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales IDEAM (f. 430, c. ppl.).

**III. El problema jurídico**

11. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación interpuesta por la parte actora, que se limitan a reclamar por la indemnización de perjuicios, deberá la Sala establecer si la sentencia de primera instancia debe ser modificada para acceder a los reconocimientos económicos reclamados por la recurrente, teniendo en cuenta que, como sólo apeló la parte demandante por el monto de la condena, la Sala no entrará a estudiar lo concerniente a la declaratoria de nulidad del acto administrativo de caducidad del contrato, que fue proferida por el Tribunal *a-quo.*

**IV. Análisis de la Sala**

**El rompimiento del equilibrio económico del contrato.**

12. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1602 del C.C., el contrato es ley para las partes *–pacta sunt servanda-* y éstas se obligan en los términos de su celebración. No obstante, en virtud del principio *rebus sic stantibus,* dicha obligatoriedad se conserva a lo largo de la ejecución contractual, en la medida en que las condiciones de celebración, que dieron lugar al surgimiento de la ecuación contractual, entendida como la equivalencia de prestaciones a cargo de las partes, igualmente permanezcan incólumes durante el mismo periodo, lo que significa que, las variaciones significativas en dichas condiciones y que no sean imputables a la parte afectada, conducirán a que tenga derecho a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

13. En el *sub-lite,* el recurrente pidió que se accediera a todas las pretensiones indemnizatorias de la demanda, entre las cuales se halla el reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato por causa de las condiciones climáticas en las cuales lo tuvo que ejecutar, toda vez que por la demora en su iniciación, las obras debieron adelantarse en una época de excesiva pluviosidad.

14. Al respecto, se observa que quien alega el rompimiento del equilibrio económico del contrato por las razones que se aducen en el *sub-lite*, debe demostrar que se presentó un álea extraordinaria que afectó la ecuación contractual haciendo mucho más onerosa su ejecución para la parte afectada, aunque sin impedirla totalmente; es decir, que le corresponde acreditar que con posterioridad a la celebración del contrato, se produjo un hecho imprevisto e imprevisible, ajeno a las partes, que alteró la ecuación económica de manera anormal y grave, lo que le reportó una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, generando unos sobre costos que rebasaron lo razonablemente previsible.

#### (…) siendo entonces indispensable para que se configure, la concurrencia de tres elementos: 1) que el hecho perturbatorio sea exógeno; 2) que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar y 3) que produzca una afectación de la ecuación económica del contrato extraordinaria y excepcional, lo que significa que esta teoría

*“... supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever (...). Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el lucrum cessans, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante (subraya la Sala)[[6]](#footnote-6)”[[7]](#footnote-7)*

15. No obstante, en el presente caso, si bien se acreditó el cambio climático que se produjo a lo largo del año de 1999, cuando se ejecutó el contrato n.o 335-98, siendo menos lluviosos los primeros meses que los últimos –ver párrafo 10.10-, lo cierto es que la Sala no encontró en el plenario prueba alguna en relación con los mayores costos que, por esta causa, hayan afectado de manera seria y significativa la equivalencia de las prestaciones que surgió al momento de contratar, como tampoco se probó la afirmación hecha en la demanda en el sentido de que los precios unitarios ofrecidos en el contrato, sufrieron un aumento del 40% entre el momento de la celebración del contrato y la época de ejecución de las obras, omisión probatoria que impide efectuar reconocimiento alguno por estos conceptos. Al respecto, se recuerda que:

*38. Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, en la parte demandante recae la carga de la prueba respecto de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, con base en lo dispuesto por el artículo 177 del C.P.C., conforme al cual, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, por cuanto el incumplimiento de dicha carga, le indica al juez quién debe soportar las consecuencias de que un determinado hecho no se haya acreditado en el proceso. Es decir que no se trata de una obligación que se imponga legalmente a las partes, quienes son libres de decidir qué material probatorio aportan al proceso, pero sí de una actuación que les incumbe con miras a la prosperidad de sus pretensiones y que de no ser cumplida, les puede acarrear consecuencias adversas.*

*39. En palabras de la doctrina, “[e]l peso de la prueba no es un deber jurídico que se tenga la obligación de llenar como tal por aquellos a los cuales la ley lo impone, sino que representa sólo la necesidad en que viene a encontrarse en la práctica la parte contendiente de consolidar o justificar una dada relación de hecho que todavía no consta (…). Las reglas sobre el peso de la prueba están fundadas en interés individual; la ley ampara el statu quo y la libertad; el que quiere renunciar al jus pro se introductum puede siempre hacerlo. El que no tiene la obligación de probar sabe que la ley le declara vencedor ante el adversario que teniéndola no la cumpla (…)”[[8]](#footnote-8).[[9]](#footnote-9)*

**Las mayores cantidades de obra**

16. El demandante pidió que se le reconociera la mayor cantidad de obra que ejecutó en relación con el ítem de excavaciones, reclamación sobre la cual se advierte que está acreditada la ejecución de 3 810 M3 por fuera de lo pactado en el contrato, tal y como se observa en el acta de recibo final elaborada y suscrita por el interventor del contrato –párrafo 10.3- y como se registró en la liquidación unilateral efectuada por la entidad, en la que aparece que fueron cancelados por este concepto, del ítem no previsto *“excavación mecánica incluye retiro de sobrantes”,* a un precio unitario de $ 3 069: un valor total de $ 11 692 890; y por el ítem no previsto *“excavación de la explanación canales y préstamos en material común”,* a un precio unitario de $ 1 777:la suma de $ 4 220 375–párrafo 10.8-. Por su parte, los peritos dictaminaron que, por concepto de excavaciones extras –ítems 601.1, 601.3 y 601.4-, el contratista ejecutó labores que suman $ 49 144 962 –párrafo 10.9.4-.

17. En relación con esta reclamación, la Sala observa que el contrato fue claro al establecer que tanto las obras adicionales como las obras extras, no podían ser ejecutadas a menos que fuera con la autorización de la entidad contratante a través del interventor y el secretario de obras –ver parágrafo de la cláusula tercera, párrafo 10.1.2- y, a lo largo de toda la ejecución contractual, fueron múltiples las comunicaciones en las que tanto el supervisor del contrato como el interventor, manifestaron que la obra extra de excavación en el estribo derecho del puente, no fue autorizada al contratista –párrafos 10.4 y 10.5-.

18. Por otra parte, se advierte que la cantidad de obra extra reclamada por el demandante supera en más de 10 veces la cantidad de obra pactada en el contrato, pues en éste, se estimó en 210 M3 la excavación en roca en seco y 210 M3 las excavaciones varias en material común seco, mientras que el contratista ejecutó por su cuenta, como ya se dijo, 3 810 M3 por encima de lo estimado.

19. Para la Sala resulta inadmisible que el contratista adelante mayor cantidad de obra de la estipulada, en las proporciones vistas, sin consultar primero con la entidad y obtener su autorización, tal y como lo estipuló en el contrato, pues no podía perder de vista las consecuencias económicas de su decisión, frente al valor total del contrato celebrado y el límite de las posibilidades de la entidad contratante para proceder a su modificación o adición.

20. Por otra parte, tampoco encontró la Sala en el plenario prueba alguna de que las excavaciones extras ejecutadas por el contratista, eran necesarias y le fueron de utilidad a la entidad contratante, en la medida en que no consta qué sucedió con la obra objeto del contrato, si se continuaron o no, si se terminó el puente o no, y si las excavaciones realizadas por Geoestructuras Ltda., fueron aprovechadas o no para su finalización.

21. Aparte de lo anterior, lo manifestado en la aclaración al dictamen pericial sobre este aspecto, a juicio de la Sala carece del suficiente soporte explicativo respecto de la necesidad de la obra extra de excavación, específicamente, en cuanto a la magnitud de la misma; pues allí simplemente se dice que se requería, para el estribo derecho del puente, efectuar la excavación de ese talud hasta la cota 93.00, según el plano aprobado por la gobernación, pero sin que conste que se hubieran efectuado mediciones o cálculos adicionales que demostraran la necesidad de llevar a cabo excavaciones en la cantidad en que lo hizo el contratista (f. 55, c. 4).

22. En el parágrafo de la cláusula tercera del contrato –párrafo 10.1.2-, se consignaron dos requisitos para la procedencia del reconocimiento de las mayores cantidades de obra que ejecutara el contratista: i) que fueran debidamente autorizadas por la entidad y, ii) en caso de que no hubiesen contado con esa autorización, que fueran útiles y de beneficio para la entidad. No se probó en el presente caso el cumplimiento de estos requisitos, razón por la cual, no resulta procedente tampoco reconocimiento alguno por este concepto a favor de la parte actora.

**Indemnización de perjuicios por la declaratoria de caducidad**

23. A diferencia de las anteriores pretensiones, la Sala considera que esta referida a los perjuicios derivados de la declaratoria de caducidad del contrato que se anuló en la primera instancia, sí tiene vocación de prosperidad, en la medida en que, efectivamente, el acto administrativo anulado, fue motivo de la inhabilidad en la que quedó incursa la sociedad Geoestructuras Ltda., para contratar durante 5 años con cualquier entidad estatal, hecho que sin duda alguna ocasiona perjuicios a quien de manera permanente y profesional, está celebrando y ejecutando contratos para la administración pública[[10]](#footnote-10).

24. Respecto de la cuantificación de los perjuicios, observa la Sala que en el dictamen pericial se hizo la misma con fundamento en los contratos que en los últimos 5 años anteriores a la declaratoria de caducidad, había ejecutado la sociedad demandante para entidades estatales. Al respecto, dice el informe que *“Para determinar la utilidad dejada de ganar por el demandante nos basamos en el valor histórico de los contratos con entidades estatales que realizó durante los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha de la caducidad o sea desde febrero 23 de 1995, los cuales respalda el demandante por medio de certificaciones de las entidades contratantes o en su defecto de las Actas de Recibo Final o de Liquidación respectivas[[11]](#footnote-11) (…)”* y presenta el siguiente cuadro, en el que plasma el cálculo de estos perjuicios:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| *Contrato* | *Contratante* | *Fecha**Terminac.* | *Valor* | *Valor**actualizado* | *Utilidad* |
| *3592/95* | *ETB*  | *Feb 5/97* | *81 126 505* | *152 947 800* | *20 281 626* |
| *OJ 186/97* | *Hospital del Tunal* | *Oct 1/97* | *31 626 414* | *53 872 434* | *1 897 585* |
| *052 1/98* | *Cormagdalena* | *Ene 21/03* | *426 206 926* | *443 084 720* | *25 572 416* |
| *31/98* | *Gob. C/marca* | *Dic 28/98* | *10 000 000* | *14 390 000* | *2 500 000* |
| *335-98* | *Gob. C/marca* | *Nov 9/99* | *173 985 384* | *230 426 243* | *10 439 123* |
| *547/96* | *IDRD Bgtá.* | *Ago 1/97* | *44 105 633* | *76 809 960* | *11 026 408* |
| ***TOTAL***  |  |  |  |  | ***71 717 158*** |

25. En el cuadro se informa la fecha de celebración de cada contrato, se tiene en cuenta como utilidad el 6% para contratos de construcción y el 25% para los de consultoría y la actualización se hace a la fecha del dictamen –agosto de 2003-, con aplicación de la fórmula utilizada para ello por la jurisprudencia, con fundamento en el IPC: índice final sobre índice inicial por el valor del contrato.

26. El dictamen pericial no fue objetado y para la Sala, la forma como se calculó este perjuicio resulta de recibo, razón por la cual se reconocerá a favor del demandante el monto que arrojó el mismo, actualizado a la fecha de la presente providencia, con aplicación de la fórmula: valor a actualizar = valor histórico \* índice final/índice inicial, en donde el índice inicial será el IPC vigente para la fecha del dictamen y el índice final, el vigente para la fecha de esta sentencia:

VA = 71 717 158 131,95

 75,09

VA = $ 126 023 158,85

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

# F A L L A

MODIFÍCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 5 de abril de 2006 por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección B, la cual quedará así:

PRIMERO. DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones n.o 237 de 6 de diciembre de 1999 y n.o 066 de 23 de febrero de 2000, por las cuales se declaró la caducidad del contrato n.o GIV-335-98 suscrito entre el departamento de Cundinamarca y GEOESTRUCTURAS LTDA., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad del artículo primero (1º) de la Resolución n.o 107 de 6 de julio de 2000, por medio de la cual se adoptó de manera unilateral la liquidación del contrato n.o GIV-335-98 suscrito entre el departamento de Cundinamarca y GEOESTRUCTURAS LTDA., por los motivos esgrimidos en la parte considerativa de este proveído. En consecuencia:

TERCERO: ADÓPTASE la liquidación judicial del Contrato GIV-335-98 en los términos del numeral 4.6 de la parte motiva de la presente providencia, la cual arroja un saldo de ONCE MILLONES SETENTA Y TRES MIL CUARENTA Y NUEVE PESOS M/CTE ($11’073.049) favorable al departamento de Cundinamarca.

CUARTO: CONDÉNASE al departamento de Cundinamarca a pagar a favor de la sociedad Geoestructuras Ltda. como indemnización de perjuicios, la suma de CIENTO VEINTISÉIS MILLONES VEINTITRÉS MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO PESOS CON 85/100 M/CTE ($ 126 023 158,85).

QUINTO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin costas.

SÉPTIMO: Dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del CCA.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

## CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**Presidenta de la Sala**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**

**Impedido**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

1. El artículo 129 del C.C.A establece que el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Por su parte, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 954 de 2005, que modificó el parágrafo del artículo 164 de la Ley 446 de 1998, los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos contractuales cuya cuantía exceda de 500 S.M.L.M.; en el presente caso, la cuantía de la demanda ascendió a $ 163 106 757,27 (f. 23, c. 1); en 2002, año de su presentación, el salario mínimo legal mensual era de $ 309 000, por lo que 500 S.M.L.M, equivalían a $ 154 500 000. [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. En la oferta presentada por Geoestructuras Ltda., se adjuntó cuadro con el programa de inversión general, en el cual se registró, en relación con los rubros de excavación: Excavaciones en roca: 6.6% del total de la obra, por valor de $ 9 317 700; excavaciones material común: 4 % del total de la obra, por valor de $ 5 672 100 (f. 295, c. 3). [↑](#footnote-ref-3)
4. Para actualizar la suma debida en orden a efectuar la liquidación de los intereses moratorios, los peritos, a solicitud de la parte actora, utilizaron no el índice de precios al consumidor, sino la variación del salario mínimo legal mensual. [↑](#footnote-ref-4)
5. Luego de aplicarle la misma fórmula de actualización enunciada en el pie de página anterior, a 1º de diciembre de 2003. [↑](#footnote-ref-5)
6. [9] *“GASTÓN JEZE,* Principios Generales del Derecho Administrativo. *Buenos Aires, Editorial de Palma, 1950; tomo V, pp. 51, 53 y 54. // La teoría de la imprevisión y las diferentes circunstancias que pueden causar ruptura del equilibrio del contrato, fueron objeto de examen por esta Sala en la sentencia del 20 de septiembre de 1979, Exp. 2742 (actor: Francia Alegría de Jacobus). La demandante solicitaba la suspensión, restitución y pago de perjuicios en un contrato de arrendamiento de un inmueble de su propiedad, destinado al funcionamiento de oficinas y archivo públicos, por incumplimiento en el pago del cánon de arrendamiento y la aplicación del principio de la imprevisión por haberse roto el equilibrio financiero del contrato en virtud del cambio de circunstancias económicas que hacían imperiosa la modificación de sus condiciones iniciales. La Sala negó las pretensiones de la demanda y consideró que “resulta claro que la teoría de la imprevisión es admisible cuando la ecuación financiera del contrato de tracto sucesivo o ejecución diferida sufre “enorme alteración” por hechos sobrevinientes durante la ejecución y que no eran previsibles en el momento de la celebración”*. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, expediente 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-7)
8. [21] *“Lessona, Carlos, “Teoría General de la Prueba en Derecho Civil”, Parte General, 4ª ed., Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A., Madrid, 1957, p. 166”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de octubre de 2015, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-10)
11. Las copias de estos documentos aparecen adjuntas al informe pericial (f. 28 y sgtes., c. 4). [↑](#footnote-ref-11)