**DICTAMEN PERICIAL – Valor probatorio – Precios proyectados por el contratista – Ajustados o previsibles**

El artículo 241 del Código de Procedimiento Civil establece que el análisis del dictamen comprende la competencia de los peritos, la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos. Advierte su valoración crítica a la luz de los restantes medios de convicción, pues solo ello puede permitir la certeza suficiente sobre los aspectos técnicos, científicos o artísticos sometidos a consideración. (…) Las conclusiones del experto en contaduría pública] analizadas bajo el prisma del enunciado normativo, es decir, junto con los demás elementos de prueba, la competencia del perito y especialmente las particularidades del caso, infunden a la Sala el convencimiento necesario para dar por establecido que el precio que la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A. ofertó por el asfalto sólido se ajustaba a los precios del mercado y que el incremento que se proyectó en la propuesta correspondía a lo previsible, tomando como base el incremento del material durante los meses anteriores. (…) En este contexto, las conclusiones del experto resultan persuasivas, pues denotan la utilización de una metodología y se soportan en las particularidades y evidencias aplicables al sub lite.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO – Contrato estatal – Reconocimiento – Circunstancias no atribuibles al contratista**

Es conocido que los particulares se vinculan con el Estado con el fin de colaborar en la consecución de sus cometidos y en esa medida cumplen una función social circunscrita a un especial conjunto de obligaciones y derechos, irradiadas por la buena fe, la equidad y la solidaridad, que apuntan, entre otras a que la ejecución responda a lo convenido y que no se grave al particular, quien espera además, una retribución justa y equitativa. De donde, de suyo, deberán rechazarse las consideraciones dirigidas a someter al contratista a soportar las pérdidas que debe afrontar el contratante, en cuanto dueño y beneficiario de la obra. Bajo esta lógica, es decir ante la importancia de satisfacer los fines estatales, sin pasar por alto los derechos del contratista, surge la necesidad de preservar el equilibrio económico de la relación negocial. Corolario de igualdad de cargas ante la ley, en las que, es importante señalar, la Ley 80 de 1993 compromete a las partes, en particular a la entidad, dada su competencia para corregir los desequilibrios. (…) La Sala fundada en la normatividad que así lo dispone y en razones de equidad e igualdad ante las cargas públicas y buena fe contractual, ha sostenido que, si se presenta la ruptura del equilibrio económico, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, en cuanto no le corresponde asumir las consecuencias adversas derivadas de circunstancias que no le son atribuibles y que la contratante, en cuanto dueña de la obra, interesada en su ejecución, beneficiaria y titular de los riesgos no previstos tiene que asumir. (…) si el desequilibrio se produce por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o exorbitante o en ejercicio de su imperium, será procedente no sólo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación, sino también indemnizar al contratista. Entre tanto, si la ruptura o desequilibrio tiene su génesis en un hecho externo, imprevisible y ajeno a las partes, que afecta de manera anormal y grave la ecuación financiera del negocio, las partes contratantes sólo estarán obligadas a llevar al sujeto que padece o sufre el desequilibrio a una situación de no pérdida.

**TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN – Acreditar hecho no previsible – Aumento precios de asfalto**

Dado el alcance de la presente controversia, que la Sala con apoyo en la doctrina ha señalado que para la configuración de este último evento -teoría de la imprevisión- y el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato hasta el punto de no pérdida es necesaria la concurrencia de un hecho de carácter exógeno; que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar y la afectación de la ecuación económica del contrato de naturaleza excepcional. (…) La Sala advierte que el incremento en los precios del asfalto sólido que se viene estudiando es un hecho exógeno a las partes, especialmente a la sociedad contratista, si se tiene en cuenta que este no era un insumo que la misma produjera o comercializara, todo lo contrario, se trata de un material que proveía Ecopetrol, empresa oficial que fija los precios, conforme a diferentes factores económicos sobre los que, quienes adquieren el producto no tienen control. Se trató del impacto del costo del petróleo materia básica para la producción del asfalto, extraño al control, manejo y conocimiento de la actora. También, que dicho incremento en la magnitud en que se produjo resultó imprevisible, por cuanto para la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A. era un suceso desconocido que no se pudo predecir y así mismo resistir.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

 **SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D. C., primero (1) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2002-02382-01(36359) Acumulado**

**Actor: COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS S.A.**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**

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

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada[[1]](#footnote-1), contra la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2008 por la Subsección A, de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió parcialmente a las pretensiones de la demandas acumuladas.

**I. ANTECEDENTES**

1. **Proceso 2002-02382**

El 22 de noviembre de 2002, la Compañía de Trabajos Urbanos S.A., por conducto de apoderado, formuló demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra el Instituto Nacional de Vías, en adelante Invías, con el fin de que se declare el rompimiento de la ecuación financiera del contrato n.º 210 de 2000 y sus adicionales, celebrado con el objeto de mantener la carretera entre Zipaquirá y Ubaté, como consecuencia del incremento no previsto en los precios del asfalto sólido y de los combustibles comercializados por Ecopetrol.

Se formularon las siguientes declaraciones y condenas:

*“…****PRIMERA:*** *Que por causas no imputables a la* ***COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS, S.A. ni al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS*** *se rompió la ecuación económica contractual del momento de la adjudicación y celebración del contrato 210 de 2000, en perjuicio de la sociedad contratista, como consecuencia del incremento no previsible de los precios del asfalto sólido y de los combustibles producidos por la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL. Se dice lo anterior porque:*

*a.- Posterior a la adjudicación y celebración del contrato 210 de 2000, cuyo objeto fue “ejecutar para EL INSTITUTO por el sistema de precios unitarios fijos, el mantenimiento de la carretera Zipaquirá-Ubaté…” se incrementaron en forma anormal e imprevisible los precios de asfalto sólido y de los combustibles producidos por la EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS -ECOPETROL-, los cuales son necesarios para la ejecución del ya mencionado contrato. En razón de lo anterior, a mi poderdante le era imposible calcular ese incremento dentro del precio propuesto, el cual fue base para la adjudicación del contrato referido, lo cual hizo más oneroso el cumplimiento del mismo.*

*b.- El incremento del asfalto sólido constituyó una circunstancia extraordinaria e imprevisible para las partes que llevó a que la ejecución de la obra tuviera un mayor costo, lo cual produjo el rompimiento del equilibrio financiero del contrato al disminuir, por no decir anular, la utilidad prevista por mi poderdante con la ejecución del contrato.*

***SEGUNDA****: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al* ***INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS*** *a restablecer la ecuación económica financiera del contrato, pagando a la* ***COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS S.A.*** *los daños materiales que sufrió como consecuencia del rompimiento de la ecuación económica financiera del contrato 210 de 2000, daños constituidos por el mayor valor que tuvo que asumir para el cumplimiento del objeto contractual como consecuencia del incremento del precio del asfalto sólido y combustibles, los cuales estimó en la suma de* ***DOSCIENTOS DIECISÉIS MILLONES SETECIENTOS VEINTITRÉS MIL SEISCIENTOS NOVENTA PESOS M/CTE. ($216.723.690.00)*** *de conformidad con la variación de los índices de construcción de carreteras certificadas por el Instituto Nacional de Vías al momento de la ejecución de las obras (Ver cuadro anexo No. 1).*

***SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA:*** *Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al* ***INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS*** *a restablecer la ecuación económica financiera del contrato, pagando a la* ***COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS, S.A.*** *los daños materiales que sufrió como consecuencia del rompimiento de la ecuación económica financiera del contrato 210 de 2000, daños constituidos por el mayor valor que tuvo que asumir para el cumplimento del objeto contractual como consecuencia del incremento del precio del asfalto sólido y combustibles, los cuales estimo en la suma de* ***CIENTO NOVENTA Y SIETE MILLONES CIENTO CINCO MIL CIENTO VEINTICUATRO PESOS M/CTE ($197.105.124)*** *de conformidad con la variación de los precios del asfalto sólido al momento de ejecución de las obras y los cuales se encuentran reflejados en la contabilidad de mi poderdante (Ver cuadro anexo No. 2).*

***TERCERA:*** *Que las cantidades que constituyeron un mayor valor en la ejecución del contrato 210 de 2000 y las cuales se ha negado a reconocer el* ***INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS****, como consecuencia del aumento de los precios del asfalto sólido y de los combustibles producidos por ECOPETROL que se utilizaron en las obras ejecutadas, se actualicen en su cuantía en consideración a la pérdida del poder de compra del peso colombiano al momento de la expedición del proveído definitorio, a fin de que se compensen los efectos de esa pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la época de causación del daño y la fecha del fallo final y definitivo, de conformidad con los índices de precios al consumidor certificados por el Departamento Nacional de Estadística-DANE-.*

***CUARTA:*** *Así mismo, se condene al pago del interés legal, seis por ciento (6%) sobre las sumas históricas desde el momento de su deducción hasta la fecha del fallo definitivo, tal como lo ha reconocido el H. Consejo de Estado, a título de lucro cesante.*

***QUINTA:*** *Que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS pagará a mi poderdante, intereses tal como lo prescribe el artículo 177 del C.C.A.*

***SEXTA:*** *Se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS en las costas y gastos del proceso, así como en las agencias en derecho* (fls. 3 a 5. c.1).

**2. Proceso 2003-1871**

 El 29 de agosto de 2003, la Compañía de Trabajos Urbanos S.A., por conducto de apoderado, formuló una nueva demanda en contra del Invías. En esta oportunidad, además de solicitar que se declare la ruptura del equilibrio económico, solicitó la nulidad de la resolución n.º 000078 del 14 de enero de 2003, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato n.º 210 de 2000.

Se plantearon las siguientes pretensiones:

*“****PRIMERA:*** *Que es nula la resolución número 000078 del 14 de enero de 2003, proferida por el* ***INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS****, por la cual se liquida unilateralmente el contrato No. 210 de 2000 celebrado entre el* ***INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS y COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS S.A.*** *cuyo objeto fue “ejecutar para EL INSTITUTO por el sistema de precios unitarios fijos, el mantenimiento de la carretera Zipaquirá-Ubaté.*

***SEGUNDA:*** *Que por causas no imputables a la* ***COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS S.A.*** *ni al* ***INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS****, se rompió la ecuación económica contractual del momento de la adjudicación y celebración del contrato 210 de 2000, en perjuicio de la sociedad contratista, como consecuencia del incremento no previsible de los precios de asfalto sólido y de los combustibles producidos por la Empresa Colombiana de Petróleos. Se dice lo anterior porque:*

*a.- Posterior a la adjudicación y celebración del contrato 210 de 2000, cuyo objeto fue “ejecutar para EL INSTITUTO por el sistema de precios unitarios fijos, el mantenimiento de la carretera Zipaquirá-Ubaté…” se incrementaron en forma anormal e imprevisible los precios de asfalto sólido y de los combustibles producidos por la EMPRESA COLOMBIANA DE PRETROLEOS –ECOPETROL-, los cuales son necesarios para la ejecución del ya mencionado contrato. En razón de lo anterior, a mi poderdante le era imposible calcular ese incremento dentro del precio propuesto, el cual fue base para la adjudicación del contrato referido, lo cual hizo más oneroso el cumplimiento del mismo.*

*b.- El incremento del asfalto sólido constituyó una circunstancia extraordinaria e imprevisible para las partes que llevó a que la ejecución de la obra tuviera un mayor costo, lo cual produjo el rompimiento del equilibrio financiero del contrato al disminuir, por no decir nula, la utilidad prevista por mi poderdante con la ejecución del contrato.*

***TERCERA:*** *Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al* ***INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS*** *a restablecer la ecuación económica financiera del contrato, pagando a la* ***COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS S.A.*** *los daños materiales que sufrió como consecuencia del rompimiento de la ecuación económica financiera del contrato 210 de 2000, daños constituidos por el mayor valor que tuvo que asumir para el cumplimiento del objeto contractual como consecuencia del incremento del precio del asfalto sólido y combustibles, los cuales estimó en la suma de* ***DOSCIENTOS DIECISÉIS MILLONES SETECIENTOS VEINTITRÉS MIL SEISCIENTOS NOVENTA PESOS M/CTE. ($216.723.690.00)*** *de conformidad con la variación de los índices de construcción de carreteras certificadas por el Instituto Nacional de Vías al momento de la ejecución de las obras (Ver cuadro anexo No. 1).*

***SUBSIDIARIA A LA TERCERA:*** *Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al* ***INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS*** *a restablecer la ecuación económica financiera del contrato, pagando a la* ***COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS S.A.*** *los daños materiales que sufrió como consecuencia del rompimiento de la ecuación económica financiera del contrato 210 de 2000, daños constituidos por el mayor valor que tuvo que asumir para el cumplimento del objeto contractual como consecuencia del incremento del precio del asfalto sólido y combustibles, los cuales estimo en la suma de* ***CIENTO NOVENTA Y SIETE MILLONES CIENTO CINCO MIL CIENTO VEINTICUATRO PESOS M/CTE ($197.105.124)*** *de conformidad con la variación de los precios del asfalto sólido al momento de ejecución de las obras y los cuales se encuentran reflejados en la contabilidad de mi poderdante (Ver cuadro anexo No. 2).*

***CUARTA:*** *Que las cantidades que constituyeron un mayor valor en la ejecución del contrato 210 de 2000 y las cuales se ha negado a reconocer el* ***INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS****, como consecuencia del aumento de los precios del asfalto sólido y de los combustibles producidos por ECOPETROL que se utilizaron en las obras ejecutadas, se actualicen en su cuantía en consideración a la pérdida del poder de compra del peso colombiano al momento de la expedición del proveído definitorio, a fin de que se compensen los efectos de esa pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la época de causación del daño y la fecha del fallo final y definitivo, de conformidad con los índices de precios al consumidor certificados por el Departamento Nacional de Estadística-DANE-.*

***QUINTA:*** *Así mismo, se condene al pago del interés legal, seis por ciento (6%) sobre las sumas históricas desde el momento de su deducción hasta la fecha del fallo definitivo, tal como lo ha reconocido el H. Consejo de Estado, a título de lucro cesante.*

***SEXTA:*** *Que se practique una nueva liquidación del contrato 210 de 2000, con auxilio de peritos, que incluyan los valores a que se refieren las pretensiones anteriores.*

***SÉPTIMA:*** *Que el* ***INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS*** *pagará a mi poderdante, intereses tal como lo prescribe el artículo 177 del C.C.A.*

***OCTAVA:*** *Se condene al* ***INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS*** *en las costas y gastos del proceso, así como en las agencias en derecho* (fls. 3 a 5, c.10 - negrillas originales).

**3. Fundamentos de hecho**

En síntesis, la demandante planteó como fundamento de sus pretensiones acumuladas los siguientes hechos:

1. El Invías abrió la licitación pública n.º SCV-006-2000 con el fin de contratar el mantenimiento de la carretera entre Zipaquirá y Ubaté. La entidad contaba con una disponibilidad presupuestal para el proyecto de $919.817.365.27.

2. El 8 de mayo de 2000, la Compañía de Trabajos Urbanos S.A. presentó a la entidad una propuesta, en la que se incluyó las cantidades de obra y costos de cada uno de los ítems necesarios para su ejecución, entre los que se encontraban:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **ITEM** | **DESCRIPCIÓN** | **UN** | **PRECIO UNITARIO** |
| 450.21 | Mezcla densa en caliente tipo MDC-3 | M3 | $189.169.00 |
| 450.22 | Parcheo con mezcla densa caliente tipo MDC-3 | M3 | $208.453 |

En tanto, dentro los materiales básicos de cada una de estas actividades se encontraba el asfalto sólido. La sociedad al hacer el análisis de los precios unitarios previó un incremento, con fundamento en la variación anual del año 1999 que, según estadísticas oficiales de Ecopetrol, fue del 11.03%, equivalente al 0.92% mensual. Así, la sociedad tomó la mitad del plazo de ejecución contractual (3.5 meses) y proyectó un incremento de 3.22%, para un total de $330,oo por kilogramo, incluido el transporte y el IVA.

3. El 2 de agosto de 2000, el Invías, mediante resolución n.º 003110, adjudicó el contrato de obra pública a la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A.

4. El 28 de agosto de 2000, el Invías y la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos, S.A. suscribieron el contrato de obra n.º 210 de 2000.

5. Previo al inicio de la obra, los ingenieros contratados para la elaboración del diseño de refuerzo para el pavimento flexible para el sector Sutatausa-Ubaté K-63+500 al K 66 + 000 incluyeron dos ítems, la base asfáltica gradación abierta tipo MAC-3 y mezcla densa en caliente MDC-2.

6. En vista de lo anterior, el 20 de noviembre de 2000, la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A. envió al interventor del contrato el análisis de precios unitarios de los anteriores ítems, poniendo de presente el incremento del 37% del precio del asfalto sólido entre los meses de mayo y octubre. Análisis que el interventor remitió al Invías con su visto bueno.

La entidad objetó el análisis de precios, particularmente en lo que tiene que ver con el incremento en el precio del asfalto sólido, exigiendo su ajuste a los precios unitarios previamente establecidos en la propuesta.

7. El día 2 de octubre de 2000, la entidad autorizó el inicio de las obras.

8. El 12 de enero de 2001, la sociedad contratista solicitó la revisión de precios de varios ítems, entre ellos los que demandaban la utilización del asfalto sólido que siguió al alza.

9. El 30 de abril de 2001, la entidad negó la petición. Señaló que los incrementos de precios en insumos y materias primas no son imprevistos y debieron tenerse en cuenta al momento de presentar la propuesta.

10. El 30 de marzo de 2001, el Invías recibió la obra. En el acta suscrita por las partes en compañía de la interventoría se dejó constancia de que las mismas se recibieron a satisfacción, pues cumplían en todo con las especificaciones contractuales.

11. El 10 de julio de 2001, la Compañía de Trabajos Urbanos S.A., nuevamente, solicitó al Invías la revisión de precios del asfalto sólido, dada su afectación por hechos sobrevinientes al cierre de la licitación, y, al día siguiente, adicionó su petición para exigir el reconocimiento de las diferencias de precios en la liquidación.

12. El 30 de noviembre de 2001, el Invías respondió la solicitud en el sentido de reiterar el costo del asfalto. Al tiempo, señaló que el incremento debió tenerse en cuenta en la propuesta.

13. El 14 de enero de 2003, el Invías procedió a liquidar unilateralmente el contrato n.º 210 de 2000, con saldo cero. Esto es, pasó por alto que el contratista tuvo que asumir un sobrecosto de $216.723.690, a causa del incremento del precio del asfalto (fls. 5 a 8, c. 1 y c.10).

**4. Normas violadas y concepto de violación**

La sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A. señaló que la entidad demandada violó el numeral 8 del artículo 4, el numeral 1 del artículo 5 y el artículo 27 de la Ley 80 de 1993; así mismo el artículo 868 del Código de Comercio.

Sostuvo que los precios del asfalto sólido que tuvo en cuenta para presentar la propuesta variaron sustancialmente como consecuencia de causas externas e imprevisibles, para el efecto el incremento desbordado e inusual de los precios del petróleo, generando una ruptura de equilibrio económico del contrato que debe ser restablecido. Para sustentar esta afirmación citó la jurisprudencia y la doctrina en la materia (fls. 8 a 16, c. 1 y c.10).

**5. Oposición a la demanda**

En su primera intervención, el Invías excepcionó por: *i)* contrato cumplido, respecto de las obligaciones que contrato, de donde sostuvo que el contratista pretende por su propia culpa, obtener un beneficio mayor al que realmente tiene derecho y *ii)* falta de previsión del contratista, ya que a pesar de conocer con antelación las bases contractuales y la información reciente sobre los indicadores de precios, se limitó a utilizar la correspondiente al año 1999, cuando presentó la propuesta en mayo de 2000.

En la segunda intervención, adicionó las excepciones de *i)* legalidad del acto administrativo, habida cuenta que la decisión se profirió con el lleno de los requisitos legales y *ii)* de inepta demanda, en tanto la parte actora no señaló las normas violadas y tampoco el concepto de su violación (fls. 36 y 37, c. 10).

**6. Acumulación de procesos**

La parte actora solicitó la acumulación del proceso 2003-1871 al 2002-2383, solicitud a la que accedió el tribunal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil(fl. 103 y 104, c. 1).

**7. Alegatos[[2]](#footnote-2)**

La parte actora, con fundamento en las pruebas aportadas y practicadas, coligió que durante la ejecución del contrato de obra n.º 210 de 2000 se presentaron variaciones en los precios del asfalto que superaron las registradas en los años anteriores, lo que significó que el porcentaje proyectado en la propuesta resultara insuficiente para mitigar este imprevisto, generando los conocidos sobrecostos, en detrimento de la justa retribución que esperaba obtener.

Precisa que, convino con el Invías en precios fijos y siendo así, aceptó que el alea sobre el incremento era un riesgo que debía asumir; empero, también entiende que se trató del alea en condiciones normales de mercado. Condiciones totalmente diferentes a las que sobrevinieron, esto es el extraordinario y anormal incremento de precio del petróleo (fls. 124 a 131, c.1).

**8. Sentencia de primera instancia**

El 25 de septiembre de 2008, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones, resolvió:

*“****PRIMERO: DECLARAR*** *el rompimiento de la ecuación económica y financiera del contrato 210 de 2000 suscrito entre el INVÍAS y la sociedad Compañía de Trabajos por el incremento imprevisible de los precios del asfalto sólido, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*

*En consecuencia,* ***CONDENAR*** *a la demandada a reconocer a la demandante la suma de ciento sesenta y un millones seiscientos noventa y cuatro mil doscientos veintiocho pesos con diecisiete centavos (161.694.228,17) por concepto de restablecimiento de la ecuación del contrato.*

***SEGUNDO: NEGAR*** *las demás pretensiones.*

***TERCERO:*** *Sin condena en costas.*

***CUARTO:*** *Procede el grado jurisdiccional de consulta…”.*

Para arribar a esta conclusión, el tribunal adujo que, pese a que en el contrato se pactó el pago por precios unitarios y no reajuste, lo cierto es que el factor que desencadenó el desequilibrio en la ecuación contractual tuvo carácter imprevisible, puesto que los precios del asfalto venían registrando desde los dos años anteriores al contrato, una tendencia a la baja y no era de esperarse que su valor subiera en una proporción superior al 40%, de donde no se puede considerar que la sociedad contratante actuó sin la cautela que se exige al buen hombre de negocios que conlleve a exigirle la asunción de las consecuencias adversas. En consecuencia, consideró necesario restablecer el equilibrio económico del contrato al punto de no pérdida, descartando cualquier tipo de indemnización.

Sobre la nulidad de la resolución n.º 00078 de 14 de enero de 2003, es decir de la decisión mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato, inicialmente, precisó que no se planteó cargo, diferente al que sustenta la pretensión de desequilibrio económico. En esa medida, consideró que no podía accederse a su nulidad, porque el Invías manifestó previamente su negativa al reconocimiento de los sobre costos, entonces en el acto de liquidación debía actuar en consecuencia.

Con esta precisión procedió al restablecimiento entre lo pagado por la contratista a Ecopetrol y lo que le fue reconocido contractualmente por el Invías. Suma de dinero ($92.373.672) a la que se disminuyó el valor establecido por imprevistos (2%) y el margen de incrementos previsibles establecidos en la propuesta (19.32%) para un total de $73.036.421.08.Esta cifra la actualizó ($111.564.554,86) y sobre ella calculó intereses legales ($50.129.673,32) hasta el momento de la sentencia, lo que arrojó finalmente un total de $161.694.228,17 (fls. 133 a 174, c. ppal.).

**9. Recurso de apelación**

El Invías impugna la decisión. Manifiesta que para el contratista era previsible el aumento de los precios de los insumos o materiales para la ejecución de las obras, ya que para el mes de mayo de 2000, momento en que elaboró la propuesta, contaba con la información estadística, económica y financiera para prever lo que acontecería, es decir para conocer el incremento y naturalmente el costo futuro de los insumos producidos por Ecopetrol.

Así, la entidad sostiene que la falta de diligencia de la sociedad demandante, la llevó a ofrecer unos precios unitarios por debajo de los reales al momento de la propuesta, inclusive del presupuesto oficial.

Igualmente, manifiesta que el contrato es ley para las partes, por lo que presentada la oferta y aceptada por la entidad, debe entenderse vinculante. En este sentido, colige que una de las consecuencias del acuerdo de voluntades tiene que ver con la asunción de los riesgos del ofrecimiento, presentado con apoyo de los elementos técnicos disponibles y acorde con el pliego que no previó ajustes.

Así mismo, advierte que el tribunal no tuvo en cuenta que para los meses de julio y agosto de 2000 el contratista era conocedor de los precios del mercado del asfalto sólido y los combustibles producidos por Ecopetrol, toda vez que presentó declaraciones y ajustes de precios, sin embargo ninguna salvedad realizó al firmar el contrato en el que se adicionó el plazo, en el mes de diciembre de 2000.

Por otra parte, el Invías pone de presente que el tribunal sustenta la decisión, en un supuesto desequilibrio contractual, pero, al tiempo encuentra ajustada a derecho la resolución n.º 00078 del 14 de enero de 2003, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato y se declaró a las partes a paz y salvo.

Finalmente, considera que, si se llegare a confirmar la decisión, debe tenerse presente que el *a quo* liquidó el restablecimiento de manera equivocada, en lo que tiene que ver con el porcentaje. Igualmente, censuró la aplicación del AIU, pues la forma en que se hizo desconoció la economía global del contrato (fls. 184 a 189, c. ppal.).

**10. Alegatos de conclusión**

10.1 El Invías retomó los argumentos que expuso en sus diferentes intervenciones (fls. 195 a 202, c. ppal.).

10.2 La parte actora manifestó que el Invías impugna la decisión sin tener en cuenta la prueba técnica. Esto es así por que durante el año 1999 y los primeros meses del año 2000 los precios del asfalto no variaron, de donde el aumento previsible del 13.59% guarda coherencia con el formulado en la propuesta que ascendió al 19,32%. En consecuencia, no es cierto que haya sido negligente en el análisis y fijación del costo del insumo.

Por otra parte, precisa que la asunción de riesgos con base en lo acordado en el contrato no puede ser una premisa insuperable, ya que frente a circunstancias que se salen de la esfera de control y previsión, es decir que escapan del alea normal del contrato, siempre es posible considerar lo ocurrido y proceder al restablecimiento.

Pone de presente que en ningún momento estuvo de acuerdo con la liquidación unilateral, tan es así que recurrió a esta instancia a solicitar su invalidación.

Finalmente, advierte que no es cierto que al liquidar el restablecimiento se utilizaron unos porcentajes erróneos, toda vez que se tomó la diferencia entre lo cancelado por el Invías al contratista y lo cancelado por este realmente a Ecopetrol. De donde no es recibo la sugerencia del porcentaje de variación de los precios, entre los meses de octubre de 2000 a febrero de 2001 (fls. 203 a 212, c. ppal.).

**11. Concepto del Ministerio Público**

El agente del Ministerio Público concluyó:

 *“En el caso sub judice, el primer elemento, esto es que sea un hecho exógeno, se cumplió, por cuanto la variación e incremento del precio del asfalto sólido –ampliamente acreditada- no dependía de ninguno de los co-contratantes.*

 *El segundo supuesto, que no fuera razonablemente previsible, igualmente se puede tener por establecido, toda vez que según el dictamen pericial y la lista de precios remitidos por ECOPETROL, en los años anteriores a la presentación de la oferta, el aumento del producto no se acercó al que tuvo lugar en el año 2000, que fue de 82.76%, según el dictamen –de acuerdo con el fallo de primera instancia fue de 45.28% (fl. 162, c.11) – pues en 1999, 1998 y 1997 había sido de 11.3%, 27.90% y 41.94% sin que pudiera existir una referencia para que quien fuera a presentar la propuesta lo hiciera proyectado ese aumento.*

 *No obstante lo anterior, no sobra señalar que la oferta de la sociedad actora fue presentada el 8 de mayo de 2000, cuando el precio del asfalto había presentado ya un aumento porque en enero a marzo de 2000 el precio fue de $189.750.00 y en abril y mayo de $220.425.00.*

 *En cuanto al tercer y último elemento de la teoría de la imprevisión, encuentra esta Delegada que no se acreditó de manera clara.*

 *Esto es, bajo la teoría de la imprevisión se hacía imperativo que la sociedad actora demostrara que sufrió una pérdida, hecho que ni siquiera presenta como fundamento de las pretensiones, por cuanto allí afirma que la utilidad disminuyó que casi no obtuvo ganancia. Y, como quedó visto, la aplicación de dicha figura no genera una indemnización que asegure las “ganancias”, sino una compensación por las pérdidas.*

 *Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales referidos, ese hecho ajeno a las partes, que llevó a que el precio de un insumo fuera superior a lo previsto por aquellas en la oferta y en el contrato, debe representarle a la contratista una pérdida real, no simplemente un aumento de costos en el ítem que contiene el producto que sufrió el alza, sino una alteración de todo el contrato en general, en la medida en que ese incremento en el precio alterara la ecuación financiera de tal manera que le ocasionara una pérdida, no sólo que le disminuyera la utilidad prevista.*

 *Tal acreditación no se dio. Únicamente se probó que el valor del asfalto presentó un alza grande durante la ejecución del contrato en el año 2000. Lo cual resulta insuficiente, conforme a lo expuso.*

 *El dictamen pericial no da cuenta de la alteración del equilibrio económico en la integridad del contrato 210 de 2000; determina el aumento del precio del asfalto, el aumento en el valor de los ítems que lo contienen, así como la diferencia entre el precio ofertado y el pagado a ECOPETROL y entre éste y el que INVÍAS le pagó. Pero no indica, porque no se le solicitó, si por ese hecho el contratista obtuvo pérdidas en la integridad del contrato.*

 *En ese orden de ideas, las pretensiones no tiene vocación de prosperidad, por cuanto contrario a lo que afirmó el a quo, no es lógico como se dice en el fallo, que el porcentaje de la variación de los precios del asfalto sea tomada para la compensación del contratista (fl. 168, c.11, pág. 36 de la sentencia) porque esa variación no demuestra una supuesta pérdida que sería lo único a compensar y que no se probó en el proceso.*

 *En virtud de lo expuesto, este Despacho reitera la solicitud de modificar el fallo impugnado, para que se niegue la pretensión de declarar la ocurrencia del desequilibrio de la ecuación económica del contrato 210 de 2000 y su consecuente restablecimiento. Se deberá mantener la negativa a las restantes súplicas de las demandas acumuladas…* (fls. 213 a 241, c. ppal.).

**II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Competencia**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, dado que su cuantía alcanza la exigida en vigencia de la Ley 446 de 1998, para que esta Corporación conozca en segunda instancia[[3]](#footnote-3).

**2. Problema Jurídico**

Teniendo en cuenta los términos de la apelación deberá la Sala establecer si el incremento en los precios del asfalto sólido constituyó un hecho exógeno de carácter imprevisible que dio lugar al desequilibrio económico del contrato, de ser ello así, deberá restablecer la ecuación financiera en favor de la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A. hasta un punto de no pérdida.

**3. Hechos probados**

De conformidad con el material probatorio que obra en el expediente, se pueden dar por ciertos los siguientes hechos relevantes para la solución del problema jurídico planteado:

3.1 El 23 de marzo de 2000, el Invías expidió la resolución n.º 1042 por medio de la cual ordenó la apertura de la licitación pública SCV-006 de 2000, con el objeto de contratar las obras de mantenimiento de la carretera entre Zipaquirá y Ubaté (fl. 3, c.2 -resolución de apertura).

En el pliego de condiciones se estableció, entre otros, los siguientes aspectos relevantes:

*“…1.3 DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL*

*El Instituto cuenta con una disponibilidad presupuestal de la vigencia 2000 por $919.817.365.27. Este valor incluye el precio básico de las obras, más el valor del IVA. El valor total de la oferta no podrá exceder dicha disponibilidad, pues de lo contrario la propuesta será rechazada.*

*1.4 PRESUPUESTO OFICIAL*

*El Instituto considera que el valor de las obras objeto de la presente licitación, asciende a $919.814.103 valor que incluye el precio básico de las obras, más el valor del IVA. Tal como se discrimina en el formulario No. 1.*

*Sobre las condiciones del contrato se estipuló:*

*“5.1 OBJETO DEL CONTRATO*

*El contratista se obliga para con el Instituto a ejecutar, a los precios cotizados en la propuesta y con sus propios medios -materiales, equipos y personal- en forma independiente y con plena autonomía técnica y administrativa, hasta su total terminación y aceptación final, las cantidades de obra que se detallan en su propuesta en el Formulario No. 4. Estas cantidades son aproximadas y están calculadas según las necesidades de la vida (sic), por lo tanto, se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra y sus variaciones no viciarán ni invalidarán el contrato producto de esta licitación. El constructor está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten a los mismos precios de la propuesta.*

*(…)*

*5.15 CANTIDADES DE OBRA*

*Las cantidades de obra por ejecutar son las que se presentan en el Formulario No. 4, estas son aproximadas y están calculadas con base en las necesidades de la vía; por lo tanto se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra, tales variaciones no viciarán ni invalidarán el contrato producto de ésta licitación. El contratista está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten, a los mismos precios de la propuesta, salvo que se presenten circunstancias imprevisibles que afecten el equilibrio económico del contrato.*

*Si durante la ejecución del proyecto fuere necesario modificar las cantidades obras establecidas en el Formulario No. 4[[4]](#footnote-4), el contratista estará en la obligación de incluir los cambios a que haya lugar en el citado formulario, de acuerdo con la respectiva acta de modificación.*

*Para los fines de pago regirán las cantidades de obra realmente ejecutadas, pero éstas no podrán superar el valor determinado en el contrato.*

*(…)*

*5.19 AJUSTE DE PRECIOS*

*Los precios no serán objeto de ningún tipo de ajuste.*

*5.20 FORMA DE PAGO*

*El Instituto pagará al contratista el valor del contrato mensualmente, por el sistema de precios unitarios, previa presentación de las respectivas actas de obra, aprobadas por el interventor del contrato y acompañadas del programa de inversiones aprobado por los funcionarios competentes del Instituto.*

*El Instituto pagará las actas de obra, debidamente aprobadas por el interventor, supervisor y el jefe de la unidad de jefatura, dentro de los 60 días calendario siguientes a la fecha de presentación de las mismas en sus oficinas o si a ello hubiera lugar, dentro de los 60 días calendario siguientes a la fecha en que el contratista subsane las glosas que se le formulen. En caso de mora en el pago, se reconocerá al contratista un interés del ocho por ciento (8%) anual siguiendo el procedimiento establecido en el artículo primero del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993. En todo caso, la forma de pago se efectuará por contados que se establecerán de acuerdo con el PAC.*

*5.36 LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO*

*Se efectuará de acuerdo a lo establecido en la ley 80 de 1993.*

*Finalmente, en el acápite de especificaciones técnicas en relación a la forma de pago de los ítems 450.21 y 450. 22 se estableció:*

*“ITEM DE PAGO*

*450.21 Mezcla densa en caliente tipo MDC………..…………………Metro cúbico (m3)*

*6.2.6 ESPECIFICACIÓN PARTICULAR 450P – PARCHEO CON MEZCLA DENSA EN CALIENTE.*

*DESCRIPCIÓN*

*El trabajo comprende el barrido, riego de liga, asfalto, suministro, transporte, extensión y compactación de la mezcla densa en caliente para el parcheo; el precio unitario incluye la ejecución del cajeo, retiro de material proveniente del cajeo, el cargue, transporte y disposición de los materiales sobrantes. Se incluye además el estudio y diseño del pavimento para la determinación de los espesores de la estructura, donde se efectuará el parcheo.*

*(…)*

*PAGO*

*El pago será el número de metros cúbicos compactados por toda obra aceptada a satisfacción del interventor y cubriendo todas las actividades enunciadas en la descripción. El precio unitario incluye el transporte y suministro de asfalto sólido para la elaboración de la mezcla asfáltica.*

*ITEM DE PAGO*

*450.22 Parcheo con mezcla densa en caliente tipo MDC-3………..Metro cúbico (m3)* (fls. 8 a 115, c.2[[5]](#footnote-5)).

3.2 El 8 de mayo de 2000, la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A. presentó propuesta para el mantenimiento de la carretera Zipaquirá - Ubaté por valor de $859.864.219.032.9. Como lo exigía el pliego allegó dos sobres, así: el número uno con la carta de presentación de la propuesta, la carta de presentación de consorcios y uniones temporales, el certificado de existencia y representación, el registro único de proponentes, la garantía de seriedad de la oferta, el paz y salvo de la DIAN, el formulario 2, la información financiera y de capacidad residual y el número dos con el AIU de la oferta, la lista de cantidades obra, precios unitarios y valor total de la propuesta (formato 4) y los anexos adiciones (entre ellos el anexo 3).

Para establecer el AIU, inicialmente, se precisó que los costos directos de la obra ascendían a los $687.251,715.00 discriminados así (fls. 200 y 201, c.4):

ADMINISTRACIÓN 18% $123.705.300.00

IMPREVISTOS 2% $ 13.745.034.00

UTILIDADES 5% $ 34.362.585.00

Así mismo, la sociedad proponente determinó las cantidades de obra aproximada y los siguientes precios unitarios por ítem (formato n.º 4 - fls. 198, c.4 – se resalta):

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **ITEM** | **ESPECIFICACIÓN** | **DESCRIPCIÓN** | **U** | **CANTIDAD** | **PRECIO UNITARIO** | **VALOR TOTAL** |
| **GENERAL** | **PARTICULAR** |
| 210.1 | 210 |  | Excavación sin clasificar… | M3 | 28.0 | 3.498 | 97.944.0 |
| 210.4 | 210 | 210P | Limpieza de canales | M3 | 1.514.0 | 6.313 | 9.557.882.0 |
| 311.1 | 311 | 311P | Bacheo con material de afirmado | M3 | 55.0 | 19.795 | 1.088.725.0 |
| 311.2 | 311 | 311P-1 | Relleno con material de afirmado | M3 | 18.0 | 23.002 | 414.036.0 |
| 330.1 | 330 |  | Base granular | M3 | 10.0 | 44,446 | 444,460.0 |
| 413.1 | 413 | 413P | Excavación para reparación del pavimento existente | M3  | 3.0 | 21.417 | 64.251.0 |
| **450.21** | **450** | **450P-1** | **Mezcla densa en caliente tipo MDC-3** | **M3** | **3.528** |  | **667.388.232.0** |
| **450.22** | **450** | **450P** | **Parcheo con mezcla densa en caliente tipo MDC-3** | **M3** | **7.23** |  | **150.711.519.0** |
| 600.6 | 600 | 600P | Excavaciones varias sin clasificar | M3 | 250.0 | 13.957 | 3.489.250.0 |
| 610.1 | 610 |  | Relleno para estructuras | M3  | 90.0 | 22,274 | 2.004.660.0 |
| 630.6 | 630 |  | Concreto clase F | M3  | 6.0 | 214.990 | 1.289.940,0 |
| 630.7 | 630 |  | Concreto clase G | M3 | 54.0 | 179.567 | 9.696.618,0 |
| 661 | 661 |  | Tubería de concreto reforzado | Ml | 32.0 | 159.639 | 5.108.448,0 |
| 671 | 671 |  | Cunetas revestidas en concreto | M3 | 30.0 | 221.062 | 6.631.860,0 |
| 681,1 | 681 |  | Gaviones | M3 | 15.0 | 71.788 | 1.076,820.0 |
| **VALOR BÁSICO** | **859.064.645.0** |
| **IVA (15% DE LA UTILIDAD)** |  **5.154.387.9** |
| **VALOR TOTAL** | **864.219.032,9** |
| **DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL** | **919.817.365.2** |

Y para justificar los precios ofrecidos, en relación a los ítems 450.21 y 450.22, realizó el siguiente análisis de precios unitarios (anexo 3 – fls. 212 y 213, c.4 – se resalta):

|  |
| --- |
| **ÍTEM: 450.21 – MEZCLA DENSA EN CALIENTE TIPO MDC3** |
| **I EQUIPO** |
| **Descripción** | **Tipo** | **Tarifa/hora** | **Rendimiento** | **V.Unitario** | **Subtotal** |
| (…) |  |  |  |  | **35.441.67** |
| **II. MATERIALES EN OBRA** |
| **Descripción**  | **Unidad** | **Precio U** | **Cantidad** | **Valor U** | **Subtotal** |
| Pérdidas por compactación | M3 | 35.441,67 | 0,30 | 10.632,50 |  |
| Asfalto Sólido | KG | **330.00** | 190.00 | 62.700.00 |  |
| Asfalto líquido liga | LT | 330.00 | 26.00 | 8.580.00 |  |
| Materiales | M3 | 15.000,00 | 1.30 | 19.500 |  |
|  | **101,412.50** |
| **III. TRANSPORTES** |
| **Material** | **Vol-Peso** | **Distancia** | **M3-Km** | **Tarifa** | **Valor U** | **Subtotal** |
|  | **1.30** | **40,00** | **52.00** | **200.00** | **10.400,00** |  |
|  | **10.400,00** |
| **IV. MANO DE OBRA** |
| **Trabajador** | **Jornal** | **Prestaciones** | **Jornal Total** | **Rendimiento** | **Valor U** | **Subtotal** |
| **(…)** |  |  |  |  |  |  |
|  | **10.400,00** |
| **TOTAL COSTO DIRECTO** | **151.334,81** |
| **V. COSTOS INDIRECTOS** |
| **Descripción** | **Porcentaje** | **Valor Total** | **Subtotal** |
| ADMINISTRACIÓN | 18.0% | 27.240,27 |  |
| IMPREVISTOS | 2.0% | 3.026,70 |  |
| UTILIDAD | 5.0% | 7.556,74 |  |
|  | **37833,70** |
| **PRECIO UNITARIO TOTAL APROXIMADO AL PESO** | **189.469,70** |

|  |
| --- |
| **ÍTEM 450.22 – PARCHEO CON MEZCLA DENSA EN CALIENTE TIPO MDC3** |
| **I EQUIPO** |
| **Descripción** | **Tipo** | **Tarifa/hora** | **Rendimiento** | **V.Unitario** | **Subtotal** |
| (…) |  |  |  |  | **38.375.00** |
| **II. MATERIALES EN OBRA** |
| **Descripción**  | **Unidad** | **Precio U** | **Cantidad** | **Valor U** | **Subtotal** |
| Pérdidas por compactación | M3 | 38.375,00 | 0,30 | 11.512,50 |  |
| Asfalto Sólido | KG | **330.00** | 190.00 | 62.700.00 |  |
| Asfalto líquido liga | LT | 330.00 | 26.00 | 8.580.00 |  |
| Materiales | M3 | 15.000,0 | 1.30 | 19.500,00 |  |
|  | **102,292.50** |
| **III. TRANSPORTES** |
| **Material** | **Vol-Peso** | **Distancia** | **M3-Km** | **Tarifa** | **Valor U** | **Subtotal** |
|  | 1.30 | 40,00 | 52.00 | 200.00 | 10.400,00 |  |
|  | **10.400,00** |
| **IV. MANO DE OBRA** |
| **Trabajador** | **Jornal** | **Prestaciones** | **Jornal Total** | **Rendimiento** | **Valor U** | **Subtotal** |
| **(…)** |  |  |  |  |  |  |
|  | **15.694,80** |
| **TOTAL COSTO DIRECTO** | **166,762,30** |
| **V. COSTOS INDIRECTOS** |
| **Descripción** | **Porcentaje** | **Valor Total** | **Subtotal** |
| ADMINISTRACIÓN | 18.0% | 30.017,21 |  |
| IMPREVISTOS | 2.0% | 3.335,25 |  |
| UTILIDAD | 5.0% | 8.338,12 |  |
|  | **41.690,58** |
| **PRECIO UNITARIO TOTAL APROXIMADO AL PESO** | **208.453,00** |

Para el mes de mayo de 2000, Ecopetrol certificó que el precio del asfalto sólido en la refinería de Barrancabermeja fue de 220.42 por kilogramo (fl. 88, c.9).

3.3 El 2 de agosto de 2000, una vez agotada la etapa de evaluación de las propuestas, el Invías expidió la resolución n.º 3110 de agosto de 2000 por medio de la cual adjudicó el contrato para el mantenimiento de la vía Zipaquirá - Ubaté a la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A.

3.4 El 28 de agosto siguiente, las partes suscribieron el contrato n.º 210 de 2000, en el que acordaron, entre otras cláusulas:

*“…CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para EL INSTITUTO por el sistema de precios unitarios fijos, el mantenimiento de la carretera Zipaquirá – Ubaté, de conformidad con la propuesta de fecha 8 de mayo de 2000 presentada por el CONTRATISTA, revisada y aprobada por EL INSITUTO, de acuerdo con las especificaciones suministradas por el mismo y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato[[6]](#footnote-6). CLÁUSULA SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO.- EL presente es un contrato a precios unitarios fijos. El precio final del contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por EL CONTRATISTA y recibidas a satisfacción por EL INSTITUTO, por los precios unitarios relacionados en la lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta, de que trata la cláusula vigésima tercera del presente contrato. Para los efectos de este contrato se aceptan las cantidades de obra indicadas en el pliego de condiciones, como aproximadas bajo cuyas condiciones se establece el precio de este contrato en la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVA MILLONES SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (859.064.645.oo) MONEDA CORRIENTE, sin incluir el valor del IVA, equivalente a 3.302.82 salarios mínimos legales mensuales vigentes…CLÁUSULA OCTAVA: FORMA DE PAGO.- EL INSTITUTO pagará al CONTRATISTA el valor de este contrato por el sistema de precios unitarios fijos, dentro de los sesenta (60) días calendario posteriores a la presentación de los respectivos comprobantes de pago así: a) comprobantes soportados en las actas mensuales de obra aprobadas por el Interventor, de acuerdo con las cantidades de obras ejecutadas y a los valores relacionados en la cláusula lista de cantidades de obra ejecutadas y a los valores relacionados en la cláusula lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta del presente contrato…CLÁUSULA VIGESIMA TERCERA: LISTA DE CANTIDADES DE OBRA, PRECIOS UNITARIOS Y VALOR TOTAL DE LA PROPUESTA.- A continuación se transcriben las cantidades de obra y precios unitarios de la propuesta presentada por el contratista de acuerdo con la cláusula segunda del presente contrato, así:…PARÁGRAFO: A través de la unidad ejecutora y por medio del acta correspondiente se podrán pactar precios no previstos y se podrán ejecutar o disminuir cantidades de obra al igual que se podrá ordenar la ejecución de ítems no previstos, según las necesidades que se requieran en el sitio de la obra durante la ejecución del contrato. En caso de superar el valor del presente contrato, se efectuará mediante contrato adicional[[7]](#footnote-7).*

Para el mes de agosto de 2000, Ecopetrol certificó que el precio del asfalto sólido en la refinería de Barrancabermeja fue de $304.20 por kilogramo (fl. 88, c.9).

3.5 El 2 de octubre de 2000, cumplidos los requisitos para la ejecución, el Invías impartió al contratista la orden de inicio de obras. Igualmente, le informó sobre la designación del ingeniero interventor (fl. 215, c.2).

En este mes, Ecopetrol certificó que el precio del asfalto sólido en la refinería de Barrancabermeja era de $346, 79 por kilogramo, precio que se mantuvo hasta fines de ese año. A inicios del año 2001 y durante todo el primer semestre el precio reportado fue de 349,81 (fl. 79, c.9)[[8]](#footnote-8).

3.6 Mediante comunicaciones suscritas los días 4, 15 y 20 de noviembre de 2000[[9]](#footnote-9), la Compañía Trabajos Urbanos S.A. presentó al interventor, con fundamento en el estudio y diseño de refuerzo para el pavimento de la obra, entregado por los ingenieros José Díaz y Víctor Manuel Osorio en el que se modificó algunas de sus especificaciones, un análisis de precios unitarios del ítem 450.21 - mezcla densa en caliente tipo MACE- a precios de octubre de 2000[[10]](#footnote-10).

En la última comunicación, el contratista señaló:

*“Es importante anotar que en este estudio de precios unitarios se han modificado los siguientes insumos:*

*Asfalto sólido que ha sufrido un incremento del 37% entre el mes de mayo y octubre de 2000.*

*Combustibles: un incremento del 7.8% en el mismo periodo, hecho que incrementa la tarifa del transporte del (sic) un 2%.*

*Los insumos adicionales que componen el precio permanecen invariables.*

*Adicionalmente, se ha incrementado la distancia de transporte del concreto asfáltico en 24 kilómetros, dado que para el análisis original del proyecto se tomó como centro de gravedad el centro del tramo entre Zipaquirá y Ubaté, obteniendo una distancia de 40 kilómetros entre la planta de asfalto y el centro de gravedad mencionado.*

*El nuevo centro de gravedad del proyecto que se intervendrá se encuentra localizado en el kilómetro 64 y estando la planta de asfalto localizada sobre el kilómetro cero, genera una nueva distancia de acarreo de 64 kilómetros”.*

En el análisis de precios que se presentó se observa que la cotización del asfalto sólido pasó de $330 pesos a $458 por kilogramo y la tarifa del transporte de $200 a $204 km x m3 (fls. 150, 151, 284 a 298, c. 5 – comunicaciones al interventor). El interventor aprobó los precios unitarios y los puso a consideración del Invías[[11]](#footnote-11) (fl.151, c.5 – acta de seguimiento de interventoría de 22 de noviembre)

3.7 El 7 de diciembre de 2000, la subdirectora de conservación del Invías suscribió memorando a la dirección de la entidad sobre improbación de los precios unitarios remitidos. Sostuvo:

“*Adjunto me permito devolver sin aprobación los precios no previstos y sus análisis, propuestos por el contratista Compañía de Trabajos Urbanos, S.A. dentro del contrato en referencia, remitidos mediante su memorando RCUN No. 002371 del 23/11/00 de los ítems: Mezcla abierta en caliente MAC-3 y Mezcla densa en caliente MDEC-2.*

*Los análisis de los precios unitarios de los ítems mencionados muestran precios de los materiales en obra (asfalto) diferentes a los propuestos, igualmente la tarifa de transporte y hace falta lo correspondiente al costo del diseño, contemplados en los análisis de precios unitarios presentados por el contratista mediante el oficio 0759 del 13 de julio del 2000, como complemento a la “información para el control de las ejecución de la obra”, solicitada y aprobada por esta Subdirección.*

*Los mayores costos de materiales en obra se consideran como imprevistos, por lo tanto, los precios unitarios de los ítems no previstos mencionados deben ser revisados y modificados de acuerdo a lo expresado.*

*Considerado lo anterior los precios unitarios de los ítems no previstos deben ser similares a los ítems propuestos que utilizan los mismos materiales y no mayores…* (fl.133, c.3).

El memorando fue puesto en conocimiento del interventor de la obra el 12 de diciembre (fl. 132, c.3).

3.8 El 12 de enero de 2001, la Compañía de Trabajos Urbanos S.A. solicitó al Invías la revisión de los precios del asfalto sólido, debido a su incremento por hechos sobrevinientes al cierre de la licitación. Así sustentó la petición:

*“…Dadas las condiciones de los pliegos de condiciones y de acuerdo con los precios básicos de los insumos para la fecha de apertura de la licitación 23 de marzo de 2000, se analizaron los precios unitarios para los diferentes ítems que hacían parte de las licitaciones de mantenimiento, proyectando un posible incremento por la actualización de precios básicos que de acuerdo con la tendencia de la economía fue proyectada así:*

*Variación anual estimada de precio según estadísticas oficiales: 11.03% de incremento en 12 meses, lo cual significa un incremento mensual del 0.92%.*

*Para un proyecto de duración de 5 meses, teniendo en cuenta que la entidad tomaría dos meses en adjudicar y contratar, llevaría a un plazo final de siete meses a partir de la fecha de cierre de la licitación.*

*Dado que la estimación para la actualización de precios se da para un promedio de estos siete meses, en los precios unitarios se proyectó un posible incremento de 3.5 meses por 0.92% mensuales, que arroja un incremento del 3.22% para cada precio básico de la licitación presentada.*

*En el caso específico de los tres ítems que incluyen el asfalto sólido como producto base de la elaboración de los concretos asfálticos, en el análisis de precios y dada la consideración anterior, se proyectó un incremento de 3.22% en el tiempo de desarrollo del contrato.*

*A la fecha de elaboración de la propuesta el producto asfalto sólido se comercializaba en la refinería de ECOPETROL en Barrancabermeja a razón de $189.750.80 la tonelada. A la fecha, octubre 1 de 2000, el producto en la misma refinería se comercializa a razón de $349.838.00 tonelada.*

*El incremento en el producto a la fecha, entre la fecha de preparación de la propuesta y octubre de 2000 es del 78.74%, existiendo el rumor del incremento al iniciar el año, el incremento en el producto sería de 90.3%.*

*Este incremento del 78.74%, desborda cualquier tipo de proyección, adicionando que el establecimiento para el año 1999 incrementó los costos del producto básico en un 11.03%, tendencia estimada para la proyección del costo en el análisis de precios unitarios.*

*El precio del producto incluido el transporte e IVA presentado en la oferta de la licitación fue de $330.00 kilogramo, precio que incluía el incremento promedio como fue establecido anteriormente del 3.22%.*

*Descontando del precio básico el incremento proyectado (estimado de acuerdo con la tendencia de 1999) del 3.22% se encuentra que el precio básico real para el análisis a la fecha del estudio era de $319.37 ($330.00-3.22% = $330.00 - $10.63 = 319.37) kilogramo de producto en la planta de asfalto, valor que afectado por el incremento a Noviembre 2000 del 78.74% ($251.47 adicionales por kilogramo) a la fecha arroja un precio actual en la planta de asfalto para el producto de $570.84 el kilo….”* (fls. 15 a 29, c.9).

3.9 El 30 de marzo de 2001, la entidad recibió la obra a satisfacción. La interventoría dejó constancia de que las obras se ejecutaron de acuerdo a los diseños, planos y especificadores acordadas (fls. 11 a 14, c.9). Igualmente, de las cantidades de obra ejecutada por ítems y del valor total, así:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **ITEM** | **DESCRIPCIÓN** | **U** | **CANTIDAD** | **VALOR TOTAL** |
|
| 210.1 | Excavación sin clasificar… | M3 | 1.907.00 | 6.670.686.00 |
| 210.4 | Limpieza de canales | M3 | 708.00 | 4.469.694.00 |
| 311.1 | Bacheo con material de afirmado | M3 |  |  |
| 311.2 | Relleno con material de afirmado | M3 |  |  |
| 330.1 | Base granular | M3 | 1.046.00 | 46.490.516,00 |
| 413.1 | Excavación para reparación del pavimento existente | M3  | 3.0 | 64.251.0 |
| 450.21 | Mezcla densa en caliente tipo MDC-3 | M3 |  |  |
| **450.22** | **Parcheo con mezcla densa en caliente tipo MDC-3** | **M3** | **329** | **68.581.037.00** |
| 600.6 | Excavaciones varias sin clasificar | M3 | 810.20 | 11.307.961.40 |
| 610.1 | Relleno para estructuras | M3  | 10.00 | 222.740.00 |
| 630.6 | Concreto clase F | M3  | 9.20 | 1.977.908.00 |
| 630.7 | Concreto clase G | M3 | 43.00 | 7.721.381.00 |
| 661 | Tubería de concreto reforzado | Ml | 25.0 | 3.990.975.00 |
| 671 | Cunetas revestidas en concreto | M3 |  |  |
| 681,1 | Gaviones | M3 | 21.60 | 1.550.620.80 |
| **450,2** | **Mezcla abierta en caliente MAC-3** | **M3** | **2.089.00** | **334.691.224.00** |
| **451.3** | **Mezcla abierta en caliente tipo MDC-2** | **M3** | **1.926.00** | **362.600.316.00** |
| 640.3 | Acero de refuerzo | Kg | 1.436.00 | 2.636.496.00 |
| 630.4 | Concreto clase D | M3  | 20.10 | 5.811.553.20 |
| 820 | Demoliciones  | M3 | 3.00 | 160.824.00 |
|  | TOTAL COSTOS BÁSICOS |  |  | 858.948.093.40 |

3.10 El 30 de abril de 2001, el Invías negó la petición de revisión de precios. En lo relativo al incremento del asfalto sólido señaló que el contrato se suscribió a precios unitarios fijos, por tanto los incrementos tuvieron que ser tenidos en cuenta al formular la propuesta. Igualmente, manifestó que en todo caso el AIU establecido por el contratista debió compensar el sobrecosto de los materiales (fls. 35 y 42, c.9).

3.11 El 10 y 11 de julio de 2001, la sociedad contratista insistió en la revisión de precios de cara a la liquidación del contrato, bajo los mismos argumentos (fls. 43 a 53, c.9).

3.12 El 30 de noviembre de 2001, el Invías, nuevamente, negó la solicitud (fls. 54 a 56, c.9).

3.13 Fracasada la etapa de liquidación bilateral[[12]](#footnote-12), el 14 de enero de 2003, el Invías expidió la resolución n.º 78 mediante la cual liquidó unilateralmente el contrato n.º 210 de 2000. Resolvió (fls. 61 y 62, c.1):

*“ARTÍCULO PRIMERO. - Liquidar unilateralmente el contrato No. 210 de 2000.*

*OBJETO DEL CONTRATO: MANTENIMIENTO DE LA CARRETERA ZIPAQUIRÁ-UBATÉ.*

*VENCIMIENTO DEL CONTRATO: 02 DE MARZO DE 2001*

*VALOR TOTAL DEL CONTRATO*

*Contrato principal No. 210 DE 2000 $864.219.033.00*

*Modificación a clausula cuarta del 25 de septiembre de 2000 -0-*

*Adición parágrafo del 28 de diciembre de 2000 -0-*

*Contrato adicional No. 0210-1-2000 (Plazo) -0-*

*VALOR TOTAL DEL CONTRATO INCLUIDO IVA $864.219.033.00*

*VALOR TOTAL EJECUTADO POR EL CONTRATISTA*

*VALOR TOTAL EJECUTADO $858.948.093.40*

*El valor ejecutado se tomó de conformidad con el acta de recibo definitivo del 30 de marzo de 2001…*

*VALOR TOTAL PAGADO AL CONTRATISTA*

*De conformidad con la relación de pagos del 28 de junio de 2001 expedida por los jefes de las Divisiones de Tesorería y Contabilidad del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, al contratista se le ha cancelado:*

*VALOR TOTAL PAGADO $864.101.782.40*

*Por actas de obra $858.948.093.40*

*Por IVA $5.153.689.00*

*VALOR POR IVA*

*Valor correspondiente por IVA $5.153.689.00*

*Valor pagado por el IVA $5.153.689.00*

*PAGO ANTICIPADO*

*Pago anticipado concedido $171.812.929.00*

*Pago anticipado legalizado $171.812.929.00*

*BALANCE GENERAL DEL CONTRATO*

*Valor ejecutado $858.948.093.40*

*Valor correspondiente por IVA $ 5.153.689.00*

*Valor total pagado por acta $858.948.093.40*

*Valor pagado por IVA $ 5.153.689.00*

*SUMAS IGUALES $864.101.782.40 $864.101.782.40*

*SALDO DEL CONTRATO = -0-*

**4. Conclusiones del dictamen pericial**

4.1 Las anteriores antecedentes fueron puestos en conocimiento de un experto en contaduría pública, con el fin de que determine entre otros aspectos *i)* el precio del asfalto para la fecha de presentación de la oferta; *ii)* el porcentaje de incrementos que sufrió el insumo en el año 1999 y entre mayo de 2000 y enero de 2001; *iii)* si el precio ofertado se ajustaba a los precios del mercado; *iv)* el aumento previsible del material; *v)* la cantidad de kilogramos de asfalto sólido utilizados conforme el acta de recibo final de obra y *vi)* la diferencia entre el precio efectivamente pagado por el contratista a Ecopetrol y el que reconoció el Invías (fls. 1 a 12, c.6).

4.2 En el dictamen se conceptuó:

*“****3. Determine el precio del mercado del asfalto sólido para el 8 de mayo de 2000, fecha de presentación de la propuesta por parte del contratista y conforme a ello determine si los precios de los ítems 450.21 y 450.22 reflejan ser los precios comerciales del mercado.***

*El valor del asfalto sólido según las listas de precios de ECOPETROL (refinería de Barrancabermeja) durante el mes de mayo que es de $220.425 por tonelada más $110.000 valor del transporte, para un total de $330.425 “precio mercado”.*

*(…)*

*Estos precios comparados con el valor de mercado que es de $330.425 nos demuestran claramente que los valores de la propuesta se ajustan conforme al precio del mercado ya que son prácticamente iguales, al momento de presentar la propuesta.*

***4. Conforme a los datos anteriores determine cuál era el porcentaje de aumento previsible máximo en los precios del asfalto sólido que en mayo de 2000 un proponente podía prever en su oferta, basado en el comportamiento histórico del precio del asfalto sólido como los índices INVÍAS, para un contrato a precios fijos sin ajuste que se iba a ejecutar entre octubre de 2000 y febrero de 2001.***

*En la elaboración de presupuestos para las propuestas, se debe tener en cuenta factores como el crecimiento estadístico de años anteriores los valores de los IPC, índice de precios al consumidor, los incrementos en los salarios decretados por el Estado, el valor de los servicios (incremento por cada servicio) la rentabilidad esperada.*

*Año 1999*

*Sumatoria de enero a diciembre $1.978.474*

*$1.878.474 /12 (meses) = promedio mes $156.539*

*V/R enero $148.016*

*V/R Diciembre $164.348 incremento 11.03%*

*Año 2000*

*Enero $189.750 Febrero $189.750*

*Marzo $189.750 Abril $ 220.425*

*Mayo $220.425*

*Sumatoria $1.010.100/5 $202.020*

*V/r enero $189.750*

*V/r Mayo $220.425 Incremento 16.16%*

*Teniendo en cuenta que los incrementos en los precios del Asfalto durante el año 1999 y los primeros 4 meses del año 2000 fue notoriamente parejos un proponente podría tomar como aumento previsible, el promedio de los incrementos del año 1999 y lo recorrido del año 2000 que para este caso es del 13.59%.*

*Tomando en cuenta los incrementos del precio del asfalto según los listados de ECOPETROL el aumento previsible para este es del 13.59%.*

*Según el numeral 2 y 3 el porcentaje de aumento previsible máximo para INVÍAS es de 9.02% en el asfalto sólido, para el periodo de octubre de 2000 a febrero de 2001.*

*En la propuesta presentada por la CTU al INVÍAS se tuvo en cuenta los factores mencionados en los dos párrafos anteriores calculando un 3.22% acumulado para todo el contrato, lo que quiere decir que el aumento previsible que tuvo la CTU está dentro de los parámetros normales y ciertos para presentar una propuesta.*

*(…)*

***6. Determine el precio ponderado de aumento de precios de mercado del asfalto sólido entre los meses de mayo de 2000 a febrero de 2001. Así mismo determine el porcentaje conforme a los índices del INVÍAS.***

***INDICES ECOPETROL***

*Mayo 2000 $220.425 Junio 2000 $223.506*

*Junio 2000 $253.506 15.01% Julio 2000 $253.506 0.0%*

*Julio 2000 $253.506 Agosto 2000 $304.207*

*Agosto 2000 $304.207 20.00% Sept 2000 $304.207 0.0%*

*Sept 2000 $304.207 Octubr 2000 $346.796*

*Octubr 2000 $346.79 14.00% Nov 2000 $349.796 0.87%*

*Nov 2000 $349.796 Diciem 2000 $346.796*

*Dic 2000 $346.796 -0.87% Enero 2001 $349.812 0.87%*

*Enero 2001 $349.812*

*Feb 2001 $349.812 0.00%* ***Ponderado 49.88%***

***INDICES DE INVÍAS***

 *% VARIACIÓN % VARIACIÓN*

*Mayo 2000 528.5 Junio 2000 563.0*

*Junio 2000 563.0 6.53% Julio 2000 574.0 1.95%*

*Julio 2000 574.0 Agosto 2000 623.4*

*Agosto 2000 623.4 8.61% Sept 2000 624.7 0.21%*

*Sept 2000 624.7 Octubr 2000 662.6*

*Octubr 2000 662.6 6.07% Nov 2000 659.9 -0.41%*

*Nov 2000 659.9 Diciem 2000 664.1*

*Dic 2000 664.1 0.64% Enero 2001 676.7 01.90%*

*Enero 2001 676.7*

*Feb 2001 677.5 0.12%* ***Ponderado 25.62%***

***7. Determine la diferencia que hubo entre el precio promedio del mercado del asfalto sólido entre los meses de octubre de 2000 a febrero de 2001 y el precio cotizado por el contratista***

***…***

*(Se transcribieron los precios promedios certificados por Ecopetrol y se les incremento $110 por concepto de transporte)*

*Precio promedio del mercado $458.602*

*Precio cotizado por CTU $330.000*

*DIFERENCIA $128.602*

*DIFERENCIA porcentual 38.97%*

***8. Determine la diferencia que hubo entre el precio pagado por el contratista a ECOPETROL por el concepto de asfalto sólido durante los meses de octubre de 2000 a febrero de 2001, conforme con sus asientos contables y el precio pagado por parte del INVÍAS al contratista por dicho concepto.***

*Para responder esta pregunta tomé los valores registrados en la contabilidad de CTU de la cual anexo copia de las facturas de compra de asfalto sólido durante los meses de ejecución de la obra.*

*Octubre de 2000 (factura 02-687301) $355.466*

*Noviembre de 2000 (factura 02-694697) $355.466*

*Diciembre de 2000 (factura 02-696615) $355.466*

*Enero de 2001 (factura 02-703597) $358.557*

*Febrero de 2001 (factura 02-710269) $358.557*

*Total $1.783.512/5 = 356.702*

*Precio tonelada asfalto $356.702*

*Precio kilo asfalto $356.7*

*Precio pagado por el contratista a ECOPETROL $356.7 + 110 = 466.7*

*Precio pagado por INVÍAS a CTU $220.0 + 100 = 330.0*

*Diferencia $136.7*

*Porcentaje 41.42%*

*(…)*

***10. Conforme al acta de recibido de la obra en la cual se determinan claramente las cantidades de asfalto sólido que fueron necesarias utilizar para la ejecución del objeto del contrato 210 de 2000 y a los registros contables de la COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS S.A. donde constan los costos de adquisición del asfalto sólido a ECOPETROL determine cuáles fueron los costos totales en los cuales tuvo que incurrir el contratista para la ejecución de los ítems 450.21, 450.22 y 450.2 del contrato 210 de 2000.***

*Según el acta de recibido de obra las cantidades de asfalto sólido utilizado para la ejecución del contrato 210 de 2000 fueron las siguientes:*

*Ítem 450.21 0 m3*

*Ítem 450.22 329 m3 216 kg/m3 71.064 kilos*

*Ítem 450.2 2.089 m3 118 kg/m3 246.502 kilos*

*Ítem 450.3 1.926 m3 186 kg/m3 358.236 kilos*

*Total*  ***675.802 kilos***

*Teniendo en cuenta que el precio cotizado por kilo de asfalto fue de $330 se puede decir que el total cotizado fue de $223.014.660 y que el aumento de precio fue de un 41.42% concluyó que el costo total que tuvo que incurrir CTU fue de $223.014.660 x 41.42% = $315.387.332.*

***11. Conforme al acta de recibo definitivo de obra donde consta claramente los ítems de asfalto sólido ($450.22, 451.2, 450.2) utilizados durante la ejecución de la obra y el precio cotizado y pagado por el contratista, determine cuál fue el valor total que pagó el Instituto Nacional de Vías al contratista por dichos insumos.***

*La cantidad de kilos de asfalto sólido utilizados para la ejecución del contrato fue de 675.802 y el precio pagado por el INVÍAS fue de $330 por kg. Da un valor pagado por el INVÍAS a la CTU de* ***$223.014.660.***

***12. Conforme a los valores obtenidos en las preguntas 10 y 11 determine el mayor valor que tuvo que pagar el contratista para cumplir la ejecución de la obra objeto del contrato 210/00 contratada por el Instituto Nacional de Vías.***

*El mayor valor que tuvo que pagar el contratista por concepto de asfalto sólido es la diferencia entre el valor que se le canceló a ECOPETROL y el precio pagado por el INVÍAS así:*

*Total cancelado a ECOPETROL $315.387.332*

*Total cancelado por el INVÍAS $223.014.660*

*Diferencia*  ***$ 92.372.672***

***Más AUI contrato 25% $ 23.093.168***

***Mayor valor asumido por CTU $115.465.840…”***

El dictamen no fue objetado[[13]](#footnote-13) (fl. 99 a 102. c.1 - negrillas originales).

4.3 El artículo 241 del Código de Procedimiento Civil establece que el análisis del dictamen comprende la competencia de los peritos, la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos. Advierte su valoración crítica a la luz de los restantes medios de convicción, pues solo ello puede permitir la certeza suficiente sobre los aspectos técnicos, científicos o artísticos sometidos a consideración.

Ahora bien, las anteriores conclusiones analizadas bajo el prisma del enunciado normativo citado, es decir, junto con los demás elementos de prueba, la competencia del perito y especialmente las particularidades del caso, infunden a la Sala el convencimiento necesario para dar por establecido que el precio que la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A. ofertó por el asfalto sólido se ajustaba a los precios del mercado y que el incremento que se proyectó en la propuesta correspondía a lo previsible, tomando como base el incremento del material durante los meses anteriores.

No obstante, como señaló el *a quo,* el perito adicionó los porcentajes del AIU en lugar de disminuirlos, como se debe hacer en casos como el presente, aunque, en general, los factores que se determinaron y se tuvieron en cuenta son producto del análisis de la información estadística y de los soportes contables que obraban en el expediente.

En este contexto, las conclusiones del experto resultan persuasivas, pues denotan la utilización de una metodología y se soportan en las particularidades y evidencias aplicables al *sub lite*.

**5. Análisis del caso**

**5.1 Ecuación económica del contrato**

Es conocido que los particulares se vinculan con el Estado con el fin de colaborar en la consecución de sus cometidos y en esa medida cumplen una función social circunscrita a un especial conjunto de obligaciones y derechos, irradiadas por la buena fe, la equidad y la solidaridad, que apuntan, entre otras a que la ejecución responda a lo convenido y que no se grave al particular, quien espera además, una retribución justa y equitativa. De donde, de suyo, deberán rechazarse las consideraciones dirigidas a someter al contratista a soportar las pérdidas que debe afrontar el contratante, en cuanto dueño y beneficiario de la obra.

Bajo esta lógica, es decir ante la importancia de satisfacer los fines estatales, sin pasar por alto los derechos del contratista, surge la necesidad de preservar el equilibrio económico de la relación negocial[[14]](#footnote-14). Corolario de igualdad de cargas ante la ley, en las que, es importante señalar, la Ley 80 de 1993 compromete a las partes, en particular a la entidad, dada su competencia para corregir los desequilibrios[[15]](#footnote-15).

En este sentido, la Sala fundada en la normatividad que así lo dispone y en razones de equidad e igualdad ante las cargas públicas y buena fe contractual, ha sostenido que, si se presenta la ruptura del equilibrio económico, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, en cuanto no le corresponde asumir las consecuencias adversas derivadas de circunstancias que no le son atribuibles y que la contratante, en cuanto dueña de la obra, interesada en su ejecución, beneficiaria y titular de los riesgos no previstos tiene que asumir.

La jurisprudencia y la doctrina han reconocido que es cierto que el contrato una vez suscrito es ley para las partes y obliga a su cumplimiento en los términos pactados, sin embargo, también se sostiene que ello no opera de manera absoluta, como quiera que el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato es asunto que se encuentra comprendido. Esto es, los hechos que afectan de manera grave e imprevisible cuando a) en ejercicio de potestades constitucionales y legales se adoptan medidas de carácter general que sí bien no tocan al contrato directamente, lo afectan negativamente -hecho del príncipe-; b) se ejerce un poder exorbitante o una cláusula excepcional por parte de la administración contratante y c) factores externos surgidos durante la ejecución del contrato, paralelos a este y posteriores a la celebración surgen, con entidad suficiente para perturbar el equilibrio -teoría de la imprevisión-[[16]](#footnote-16).

Claro que, si el desequilibrio se produce por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o exorbitante o en ejercicio de su *imperium*, será procedente no sólo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación, sino también indemnizar al contratista. Entre tanto, si la ruptura o desequilibrio tiene su génesis en un hecho externo, imprevisible y ajeno a las partes, que afecta de manera anormal y grave la ecuación financiera del negocio, las partes contratantes sólo estarán obligadas a llevar al sujeto que padece o sufre el desequilibrio a una situación de no pérdida.

Finalmente, conviene recordar, dado el alcance de la presente controversia, que la Sala con apoyo en la doctrina ha señalado que para la configuración de este último evento -teoría de la imprevisión- y el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato hasta el punto de no pérdida es necesaria la concurrencia de un hecho de carácter exógeno; que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar y la afectación de la ecuación económica del contrato de naturaleza excepcional, lo que[[17]](#footnote-17)

“... 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)[[18]](#footnote-18)”

Como puede observarse será menester en toda situación diferenciar los riesgos inherentes a la ejecución, de factores ajenos, con entidad suficiente para generar sobrecostos excesivos que sobrepasan el alea normal del contrato, al punto de invertir el supuesto de equidad, acorde con el cual las cosas perecen para el dueño. Esto es así, si se tiene en cuenta que el proponente, dado sus conocimientos debe tener en cuenta todas las variables de índole jurídica, económica, técnica, etc. de forma que en el precio de la oferta incluya los costos de los materiales, de la mano de obra, incrementos previsibles durante la ejecución, los costos de transporte, entre otros.

Lo anterior cobra fuerza, en casos como el presente, ya que en los contratos que están llamados a prolongarse en el tiempo, las partes bien pueden afrontar riesgos imprevisibles, en cuanto externos y desconocidos que igualmente demandan su compensación oportuna, como lo prevé la buena fe contractual.

**5.2 Caso concreto**

5.2.1 En esta instancia, el Invías insiste en que el incremento en los precios del asfalto sólido era una situación previsible para la sociedad contratista, ya que para el momento en que presentó la propuesta contaba con la información estadística, económica y financiera para prever la situación que luego se presentó, si se tiene en cuenta que las fluctuaciones del precio del insumo, ya se conocían en los primeros meses del año 2000. Bajo este entendido, manifestó que siendo el contrato ley para las partes, a la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A. le correspondía asumir los riesgos de su ofrecimiento.

5.2.2 De acuerdo con el acervo probatorio allegado al plenario y las consideraciones *ut supra*, la Sala observa que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada no tiene vocación de prosperidad, toda vez que como se verá a continuación, el incremento en los precios del material fue un hecho externo de carácter imprevisible que afectó de manera grave la ecuación económica del contrato, como pasa a explicarse:

5.2.2.1 En el *subjúdice* se sabe que el contrato se ejecutó a cabalidad, pues la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos, S.A. realizó y entregó las obras de mantenimiento de la carretera Zipaquirá - Ubaté conforme a los diseños, planos y especificaciones acordadas y el Invías canceló el valor pactado, esto es la suma de $864.219.033.00 IVA incluido, conforme a las cantidades de obra realizadas y los precios unitarios establecidos en la propuesta.

No obstante, las pruebas que obran en el expediente permiten concluir que en realidad el balance de la economía del contrato dejó un ***déficit*** en el patrimonio de la sociedad contratista, es decir una verdadera pérdida que sobrepasó el alea normal de todo contrato.

5.2.2.1.1 Se encuentra demostrado que la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A para la ejecución de las obras de mantenimiento de la vía Zipaquirá - Ubaté (ítems 450.22, 450.2 y 450.3) compró a Ecopetrol 675.802 kilogramos de asfalto sólido por un valor total de $ 315.387.332, toda vez que pagó el kilo del material a un promedio de $466.7 incluido el transporte y el IVA. Sin embargo, el Invías le pagó $330 por kilogramo, es decir canceló un total de $223.014.660, tal y como se acordó en el contrato.

5.2.2.1.2 Así, la Sala concluye que la Compañía de Trabajos Urbanos S.A. asumió un sobrecosto en el asfalto sólido de $92.372.672. Sobrecosto que solicitó compensar, pero que la entidad se negó a reconocer, amparada en el brocardo *pacta sunt servanda.*

No se desconoce que la sola constatación de este mayor valor no implica *per se* el desequilibrio económico del contrato, de acuerdo a los supuestos de la teoría de la imprevisión, sin embargo, si se comparan los ingresos del contratista frente al total de sus gastos y costos se obtiene un saldo negativo que no se compensa con los porcentajes de imprevistos determinados en el contrato.

En la propuesta se estableció:

Valor total del costo directo de la obra $687.251.716.oo

AIU 25%

-Administración 18% $123.705.300.oo

-Imprevistos 2% $13.745.034.oo

-Utilidad 5% $34.362.585.oo

Total propuesta **$859.064.636.oo**

De donde comparado el sobrecosto ($92.372.672) frente a los montos fijados por imprevistos ($13.745.034) queda un saldo negativo para el contratista de ***$78.627.638*** que aún disminuido con el valor del incremento proyectado en la propuesta para el insumo del 19.32% (17.846.400), arroja un déficit final de ***$60.781.238.***

5.2.2.1.3 En este punto, la Sala pone de presente que tal como lo señaló el tribunal es necesario ajustar las conclusiones a las que llegó el experto a los supuestos de la teoría de la imprevisión, habida cuenta que este sumó el porcentaje total del AIU, lo que desconoce que el contratista, únicamente, debe llevarse al punto de no pérdida, ya que la utilidad que espera obtener hace parte del alea normal del contrato. Claro está, es importante precisar, que la comparación con el rubro de imprevistos no solo debía realizarse frente a los ítems que requerían del asfalto sólido, como lo considero el experto y el tribunal, sino frente a la economía global del contrato, como señaló el Invías en la impugnación.

5.2.2.2 Precisado lo anterior, la Sala advierte que el incremento en los precios del asfalto sólido que se viene estudiando es un ***hecho exógeno*** a las partes, especialmente a la sociedad contratista, si se tiene en cuenta que este no era un insumo que la misma produjera o comercializara, todo lo contrario, se trata de un material que proveía Ecopetrol, empresa oficial que fija los precios, conforme a diferentes factores económicos sobre los que, quienes adquieren el producto no tienen control. Se trató del impacto del costo del petróleo materia básica para la producción del asfalto, extraño al control, manejo y conocimiento de la actora.

5.2.2.3 También, que dicho incremento en la magnitud en que se produjo ***resultó imprevisible***, por cuanto para la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A. era un suceso desconocido que no se pudo predecir y así mismo resistir.

5.2.2.3.1 El objeto de la licitación era contratar bajo el sistema de precios unitarios las obras necesarias para adelantar el mantenimiento de la vía Zipaquirá a Ubaté. Para la ejecución del proyecto se establecieron en el pliego de condiciones unas actividades mínimas, como, la mezcla densa en caliente tipo MDC3 (ítem 450.21) y el parcheo con mezcla densa en caliente tipo MDC-3 (ítem 450.22)[[19]](#footnote-19) que requerían de asfalto sólido. Como era natural bajo el sistema de pago establecido, se ordenó a los oferentes que en la propuesta establecieran un aproximado de las cantidades de obras y un análisis de precios unitarios que incluyera equipo, materiales, mano de obra, transporte y costos indirectos (AIU del 25%), toda vez que no se establecerían cláusulas de ajustes.

En consecuencia, a inicios del mes de mayo de 2000, la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A. allegó con el sobre dos de su oferta, el análisis de cantidades de obras y precios unitarios, en el que incluyó el asfalto sólido a un precio de $330 por kilogramo. Monto que estableció con los precios del insumo para la época de elaboración de la propuesta, el valor del transporte y el incremento proyectado para la ejecución de la obra del 3.2%, conforme a la evolución del precio del insumo en el año 1999[[20]](#footnote-20).

Estimado que resultó ajustado a los valores del mercado a la luz de los precios certificados por Ecopetrol para el asfalto sólido en la refinería de Barrancabermeja (fls. 82 a 85, c.9):

**Anexo precio del asfalto 1999-2000**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Fecha | Producto | Unidad | Precio con IVA |
| 01/08/99 | Asfalto 70/90  | Tonelada | 148.016.00[[21]](#footnote-21) |
| 01/08/99 | Asfalto 70/90  | Tonelada | 165.777.92 |
| 01/09/99 | Asfalto 70/90  | Tonelada | 165.777.92 |
| 16/09/99 | Asfalto 70/90  | Tonelada | 165.777.92 |
| 01/10/99 | Asfalto 70/90  | Tonelada | 165.777.92 |
| 01/11/99 | Asfalto 70/90  | Tonelada | 164.348.80 |
| 22/11/99 | Asfalto 70/90  | Tonelada | 164.348.80 |
| 25/11/99 | Asfalto 70/90  | Tonelada | 164.348.80 |
| 01/12/99 | Asfalto 70/90  | Tonelada | 164.348.80 |
| 03/12/99 | Asfalto 70/90  | Tonelada | 164.348.80 |
| 16/12/99 | Asfalto 70/90  | Tonelada | 164.348.80 |
| 01/01/00 | Asfalto 70/90  | Tonelada | 189.750.80 |
| 26/01/00 | Asfalto 70/90  | Tonelada | 189.750.80 |
| 01/02/00 | Asfalto 70/90 | Tonelada | 189.750.80 |
| 09/02/00 | Asfalto 70/90 | Tonelada | 189.750.80 |

**Anexo precios del asfalto 2000-2003**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Fecha | Producto | Unidad | Pago contado IVA incluido | Pago a 30 días IVA incluido |
| 01/03/00 | Asfalto 70/90 | Ton | 189.750.00 | 194.493.75 |
| 03/03/00 | Asfalto 70/90 | Ton | 189.750.00 | 194.493.75 |
| 03/04/00 | Asfalto 70/90 | Ton | 220.425.00 | 225.935.73 |
| 01/05/00 | Asfalto 70/90 | Ton | **220.425.00** | 225.935.73 |
| 01/06/00 | Asfalto 70/90 | Ton | 253.506.00 | 259.843.65 |
| 01/07/00 | Asfalto 70/90 | Ton | 253.506.00 | 259.843.65 |
| 01/08/00 | Asfalto 70/90 | Ton | 304.207.00 | 311.812.38 |
| 01/09/00 | Asfalto 70/90 | Ton | 304.207.00 | 311.812.38 |
| 01/10/00 | Asfalto 70/90 | Ton | **346.796.00** | 355.466.21 |
| 01/11/00 | Asfalto 70/90 | Ton | **346.796.00** | 355.466.21 |
| 01/12/00 | Asfalto 70/90 | Ton | **349.812.00** | 355.466.21 |
| 01/01/01 | Asfalto 70/90 | Ton | **349.812.00** | 358.557.22 |
| 02/01/01 | Asfalto 70/90 | Ton | **349.812.00** | 358.557.22 |

Y, lo señalado por el perito en este punto, quien concluyó que los valores de la propuesta se ajustan al precio del mercado. Así, de entrada se debe descartar que la sociedad demandante cotizó por debajo de los precios del mercado, como lo sugirió la parte recurrente.

5.2.2.3.2 Ahora bien, cierto es que no se contemplaron cláusulas de ajuste de precios, de forma que los sucesos previsibles que pudieran afectar los precios durante la ejecución del contrato debían contemplarse en la propuesta, no obstante, de ello no se sigue, como lo aseguró la parte demandada, la exclusión del restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Regla esta que se comprende efectivamente porque, imperativos legales y constitucionales así lo imponen.

En efecto, en el presente caso los precios del asfalto sólido se incrementaron de manera dramática para el momento en que se iniciaron las obras, sin embargo las evidencias estadísticas de las que se disponía no hacían predecible tal comportamiento, ya que en el año 1999 y los primeros meses del año 2000, los precios no mostraron grandes variaciones. En efecto, los incrementos para el año 1999 no superaron el 11.03% y en los primeros meses del año 2000 (enero a mayo) del 16%.

Así las cosas, lo que podía contemplar y prever la sociedad para calcular el precio del asfalto sólido con fundamento en las reglas del proceso licitatorio[[22]](#footnote-22) y las estadísticas del año 1999 y de los primeros meses del año 2000 eran los costos de transporte; como también de explotación, producción, trituración, clasificación, almacenamiento, cargue y descargue de ser el caso. Y, lógicamente, un incremento para el periodo de ejecución, que resultara ajustado a la realidad del mercado y que no incidiera negativamente en sus posibilidades de adjudicación, como en efecto ocurrió, pues proyectó un incremento mensual del 3.22%. Al punto que la entidad no advirtió desfase alguno en la propuesta, misma que se acomodó al precio previsto.

De esta forma, para la Sala es claro que la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos, S.A. actuó razonablemente, acorde con sus posibilidades, pues en su condición de constructora no le era posible prever y controlar los factores que determinaron un incremento de más del 40% en el insumo, incremento que se presentó, fundamentalmente, entre tanto se legalizaba el contrato y se iniciaban las obras (el precio en mayo fecha de presentación de la oferta, era de 220,42 por kilogramos; para junio y julio de $253, 50, para agosto, fecha de celebración del contrato, de $304.20 y para octubre, inicio de ejecución de $346,79), y que determinaron una ruptura grave del equilibrio económico del contrato como se evidenció de manera precedente.

5.2.2.3.3 Por otra parte, no se puede pasar por alto que en el pliego se estableció que una vez evaluada la experiencia general y específica, la disponibilidad operativa y capacidad financiera de los oferentes, se abriría el sobre dos de la propuesta o propuestas calificadas como admisibles, es decir el que contenía el AIU, la lista de cantidades de obra, precios unitarios y el valor total de la propuesta. Factores estos últimos que finalmente determinaban el orden de elegibilidad, por lo que una propuesta económica ajustada al presupuesto era fundamental para poder aspirar a la adjudicación del contrato[[23]](#footnote-23).

Conviene precisar que las propuestas calificadas como admisibles para poder ser consideradas para efectos de la evaluación del precio e ingresar al orden de elegibilidad, no solo debían estar por debajo del presupuesto oficial, sino que el precio unitario de todos y cada uno de los ítems de la propuesta debía ser igual o mayor al 90% y menor o igual al 110% del valor del respectivo ítem en el presupuesto oficial.

Entonces, dados los anteriores parámetros, los oferentes ni podían establecer un precio unitario muy bajo, pues corrían el riesgo de quedar por debajo del presupuesto oficial, ni uno muy alto, que, igual los condujera a la descalificación. Regla bajo la cual también resulta contradictorio exigir, como en esta instancia parece hacerlo el Invias, al oferente, la inclusión de un costo futuro que no conocía y que seguramente iba a incidir en que su propuesta estuviera por fuera de los rangos de la media, en menoscabo de su expectativa de adjudicación.

5.2.2.4 En estos términos, la Sala confirmará la decisión de primera instancia en tanto declaró la ruptura del equilibrio económico del contrato, sin embargo, a diferencia del *a quo,* ordenará la anulación parcial de la resolución n.º 000078 de 14 de enero de 2003 en lo que tiene que ver con los ítems 450.22, 450.2 y 450.3, ya que a la luz de las circunstancias que se probaron, se concluye que se en su expedición no se tuvieron en cuenta los sobrecostos que provocaron el rompimiento del equilibrio económico del contrato que la entidad estaba en el deber de restablecer.

No se desconoce que la entidad negó la solicitud de ajuste de precios y que las partes no se pusieron de acuerdo en torno a la liquidación de contrato, precisamente por los graves sobrecostos que generó la obra, lo que habilitaba al Invías para proceder a su liquidación unilateral, no obstante ello no implicaba que las partes estaban a paz y salvo, pues lo cierto es que la economía del contrato se afectó de manera grave, por cuenta de los exagerados incrementos de los precios del asfalto sólido, lo que comporta un desequilibrio de la ecuación contractual, injusticia que se impone corregir.

**6. Restablecimiento del Equilibrio Económico del Contrato**

6.1 El Invías manifestó que el tribunal utilizó un porcentaje equivocado para establecer el sobrecosto, ya que no tuvo en cuenta que durante los meses de octubre de 2000 a febrero de 2001 no existió variación alguna en el precio del insumo. Igualmente, censuró la aplicación del AIU, pues no se tuvo en cuenta sobre la economía global del contrato.

6.2. Como se advirtió a lo largo de esta providencia, cuando se genera la ruptura del equilibrio económico del contrato por hechos imprevistos e imprevisibles externos y no imputables a las partes el restablecimiento de la ecuación económica del contrato, implica únicamente llevar al contratista hasta un punto de no pérdida, lo que en términos prácticos implica reconocer, únicamente, los mayores costos en que incurrió.

6.3. Contrastada la liquidación realizada por el tribunal con la que realizó la Sala para establecer el déficit, se observa que si bien se descontó el porcentaje en que se estimó se iba incrementar el material durante la ejecución del contrato, únicamente, se tomaron los imprevistos correspondientes a la parte del contrato que refería a los ítems que requerían del asfalto sólido, lo que demanda su ajuste. Así mismo, se tomó el porcentaje en que se incrementó el asfalto para la época de la ejecución del contrato, que pese a que arroja una suma casi idéntica a la que aquí se liquidó, se modificó para mayor precisión y, en consecuencia, se tomó el promedio del precio que la sociedad pagó por el insumo.

Realizadas estas precisiones, la Sala resume los cálculos previamente realizados, así:

**Cálculo sobrecosto**

Pago realizado a Ecopetrol $ 315.387.332

Pago realizado por Invías $ 223.014.660

Sobrecosto **$ 92. 372.672**

**Cálculo déficit**

Sobrecosto $ 92.372.672

Valor imprevistos $ 13.745.034

Valor incremento proyectado $ 17.846.400

Déficit global **$ 60.781.238**

De este modo la suma que deberá reconocerse a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato será de ***$60.781.238***, la cual será actualizada y sobre el valor histórico se reconocerán intereses legales del 6%, como se solicitó en la demanda y se reconoció en primera instancia.

Para el efecto, se utilizarán las siguientes fórmulas:

Ra = Rh x Ipc (f)

 Ipc (i)

Donde:

Ra: Valor actualizado

Rh: Valor del déficit

Ipc (f): Último índice de precios conocido (julio 2016)

Ipc (i): Índice de precios para la fecha de terminación obra (marzo 2001)

60.781.238x 133,27

 64,77

Rh: **$ 125.062.769,62**

Y para el cálculo de los intereses legales:

I = K x R x T

K: base de la liquidación: $ 60.781.238

R: 6% anual: 0.5% mensual

T: meses (185)

I = $60.781.238 x 0.5% x 185

I= $ **56.222.645,15**

En resumen, el Invías deberá reconocer a la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A. la suma de **$181.285.414,77.**

**6. Costas**

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

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

**FALLA:**

**MODIFÍQUESE** la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2008, por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva. En consecuencia, la sentencia quedará así:

***PRIMERO: DECLARAR*** *la nulidad de la resolución n.º 000078 del 14 de enero de 2003, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato n.º 210 de 2000, en lo relativo a los ítems 450.22, 450.2 y 450.3****.***

***SEGUNDO: DECLARAR*** *el rompimiento de la ecuación económica y financiera del contrato n.º 210 de 2000 suscrito entre el INVÍAS y la sociedad Compañía de Trabajos Urbanos S.A., por el incremento imprevisible de los precios del asfalto sólido, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*

***TERCERO:*** *En consecuencia,* ***CONDENAR*** *a la demandada a reconocer a la demandante la suma de* **$181.285.414,77** *por concepto de restablecimiento de la ecuación económica del contrato.*

***CUARTO: NEGAR*** *las demás pretensiones.*

***QUINTO:*** *Sin condena en costas.*

Ejecutoriada esta providencia, **remítase** el proceso al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Presidenta**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**

1. La parte demandante impugnó la decisión, sin embargo dentro del término de traslado no sustentó lo que condujo a que se declarara desierto el recurso de apelación (fl.191, c. ppal.). [↑](#footnote-ref-1)
2. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio (fl. 132, c.1). [↑](#footnote-ref-2)
3. La cuantía exigida para que la acción de controversias contractuales tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación era de 500 s.m.l.m.v. que para el momento de presentación de las demandas acumuladas equivalían a $154.500.000, año 2002, y a $166.000.000, año 2003, y el monto de la pretensión mayor se fijó en $216.723.690 por concepto de daño emergente. [↑](#footnote-ref-3)
4. En el formulario n.º 4 se tenía que detallar el ítem, su descripción, la cantidad en m3, el precio unitario y el valor total. Además, diligenciar, para cada uno de los ítems enunciados el anexo n.º 3 en el que se exigía un análisis de precios unitarios con inclusión de los costos directos e indirectos, como la mano de obra, materiales, transporte, maquinaria utilizada y porcentaje del AIU. [↑](#footnote-ref-4)
5. El 24 de abril de 2000, se llevó a cabo la audiencia de aclaración de pliegos, no obstante ninguno de los aspectos mencionados fueron modificados en las adendas que se suscribieron con este fin (fls. 120 a 148, c.2). [↑](#footnote-ref-5)
6. El 28 de diciembre de 2000, las partes suscribieron contrato adicional para precisar el alcance del contrato. Así se adicionó el siguiente parágrafo en la cláusula primera: “*ALCANCE DEL OBJETO.- Los trabajos a ejecutar están ubicados en el PR59+600 AL PR67+1134 de la carretera Zipaquirá-Ubaté* (fl. 217 y 218, c.2). [↑](#footnote-ref-6)
7. El 25 de septiembre de 2000, las partes modificaron la cláusula relativa a la apropiación presupuestal, en tanto el contrato se iba a ejecutar en dos vigencias fiscales diferentes lo que implicaba la utilización de vigencias futuras (fls. 197 y 198, c.2). El 28 de diciembre siguiente se hizo una nueva modificación a dicha cláusula, dado que a esa fecha no se habían ejecutado los recursos proyectados (fls. 218 y 219, c.2). [↑](#footnote-ref-7)
8. Las facturas que obran en el expediente correspondientes a la adquisición del asfalto sólido durante los meses de octubre, noviembre, diciembre de 2000; enero y febrero de 2001 coinciden con el precio del asfalto pagado a 30 días que reportó Ecopetrol (fls. 278 a 282, c.5 y 206 a 210, c.8). [↑](#footnote-ref-8)
9. Con fundamento en el estudio de diseño de refuerzo, la sociedad contratista, también, remitió análisis de precios para parcheo en mezcla densa en caliente tipo MDC-2, estudio rechazado por la interventoría. En el documento se lee: “*Envió el precio unitario del parcheo en mezcla densa en caliente tipo MDC-2 el cual no está aprobado por esta interventoría, debido a que dicho parcheo se debe ejecutar en mezcla densa en caliente tipo MDC-3, como se encuentra en las cantidades de obra del contrato, ítem 450.22, especificación general 450, especificación particular 450 P, obras que se pueden iniciar de inmediato*” (fl. 49, c. 3). [↑](#footnote-ref-9)
10. Debe precisarse que, en las primeras comunicaciones a las que se hace referencia, la sociedad contratista ajustó todos los precios correspondientes a equipo, mano de obra, materiales y transporte, sin embargo en la última comunicación todos los precios se dejaron conforme a la propuesta original, salvo el asfalto sólido y el precio de los combustibles. [↑](#footnote-ref-10)
11. El señor Fernando García Silva, interventor del contrato, rindió declaración ante el a quo. Manifestó: *“…PREGUNTADO: Recuerda usted si a lo largo del año 2000, se presentó un incremento exagerado e imprevisible de los precios del asfalto. CONTESTO: El precio del asfalto en ese año subió dentro de un rango del 30 al 40%.PREGUNTADO: Respecto del contrato de obra 210-2000 recuerda si el contratista COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS S.A. solicitó la revisión de precios de los ítems que incluían el asfalto. CONTESTÓ: La compañía me presentó unos análisis de precios unitarios para solicitar una revisión de precios en los ítems que incluían ante el INVÍAS porque este insumo o sea el asfalto había subido demasiado durante el transcurso de la obra. PREGUNTADO: Informe si la interventoría del contrato 210 de 2000 que usted dirigía estuvo de acuerdo con la solicitud de revisión de precios hecha por CTU en caso afirmativo, explique las razones. CONTESTÓ: Si estuvo de acuerdo en que presentaran dicha solicitud teniendo en cuenta que el INVÍAS era el único que podía aprobarlas o desaprobarlas. La razón por la que envié la solicitud de revisión de precios unitarios de los ítems al INVÍAS fue que el asfalto subió del 30 al 40% durante la obra, hecho que no se podía prevenir en la elaboración de la licitación que fue la base del contrato con la COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS. PREGUNTADO: Sabe usted por qué finamente fue rechazada por el INVÍAS la solicitud de precios presentada por COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS S.A. CONTESTÓ: No me he enterado de las razones por las que el INVÍAS rechazó esa solicitud…”* (fls. 87 y 88, c.9). [↑](#footnote-ref-11)
12. En los considerandos del acto de liquidación unilateral se anotó: “*Que el contratista al suscribir el acta de liquidación consignó algunas observaciones sobre la misma, al respecto este Despacho se abstiene de firmarla, numerarla y fecharla, por lo tanto el Instituto Nacional de Vías procede a liquidar unilateralmente el contrato en cumplimiento a lo señalado en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993…”* (fls. 60 y 61, c. 1). [↑](#footnote-ref-12)
13. Aunque el Invías manifestó su desacuerdo con las conclusiones a las que llegó el perito, postergó a los alegatos de conclusión, su fundamentación y en la oportunidad guardó silencio (fls. 100 y 132, c.1). [↑](#footnote-ref-13)
14. El equilibrio económico del contrato es la ecuación que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran, en principio como equivalentes a las de la otra. En esa medida, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir. Aspecto que no solo garantiza la justa contraprestación que espera recibir, sino la debida satisfacción del objeto contractual [↑](#footnote-ref-14)
15. La Ley 80 de 1993 introdujo el reequilibrio como un derecho de la administración contratante en el numeral 3 del artículo 4, así: “*Solicitarán las actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato”*. Igualmente, el artículo 27 consagró la posibilidad de un desequilibrio financiero del contrato en contra de cualquiera de las partes, al establecer: *“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate. En este orden de ideas, el Estado como los particulares tendrán derecho a la revisión de precios, cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio financiero del contrato”.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de diciembre de 2003. Proceso No. 16433. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 29 de mayo de 2003, expediente 14.577, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cita original: 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-18)
19. la mezcla abierta en caliente MAC-3 (Ítem 450.2) y la mezcla densa en caliente tipo MDC-2 [↑](#footnote-ref-19)
20. Así, lo explicó en sus diferentes intervenciones ante el Invías al solicitar el ajuste de precios. En resumen, señaló que el precio de $330 incluía el valor del transporte y el incremento proyectado para la ejecución de la obra del 3.2%, conforme a la evolución del precio del insumo en el año 1999. [↑](#footnote-ref-20)
21. De acuerdo con las tablas de estructura de precios de productos derivados del petróleo que se allegó con el dictamen pericial el precio del asfalto entre los meses de enero a julio fue de $148.016.00. [↑](#footnote-ref-21)
22. “…3.4.2.2. GENERALIDADES//El valor de la propuesta deberá incluir la totalidad de todas los costos directo e indirectos para la completa y adecuada ejecución de la obra objeto de la presente licitación. Por ser relevantes a continuación se relacionan algunos de los aspectos que el proponente debe tener en cuenta para determinar el precio de la oferta:…4. Materiales. El proponente establecerá las fuentes de materiales que, en caso de resultar favorecido, utilizará en la ejecución de la obra; por lo tanto, el Instituto no reconocerá costos adicionales por el cambio de dichas fuentes de materiales.//El costo de todos los acarreos de los materiales, tales como el asfalto líquido y los materiales pétreos utilizados en la construcción de la sub base, base, concreto asfáltico, concretos hidráulicos y obras de arte, deberá incluirse dentro de los análisis de precios unitarios respetivos, toda vez que no habrá pago por separado para el transporte de los mismos. // Asimismo, los correspondientes precios unitarios deberán cubrir, entre otros, los costos de explotación, producción, trituración, clasificación, almacenamiento, cargue y descargue de los materiales. Los materiales, suministros y demás elementos que hayan de utilizarse en la construcción de las obras, deberán ser de primera calidad en su género y adecuados al pago de las obras de que trata la presente licitación…El Instituto no aceptará ningún reclamo del constructor, por costos, plazo, falta o escasez de materiales o elementos de construcción o por cualquiera de los eventos contemplados en este numeral (fl. 96, c.2) [↑](#footnote-ref-22)
23. En el pliego se lee: *“…APERTURA DEL SOBRE No. 2 - ADJUDICACIÓN. En la audiencia pública prevista en el numeral 1.9, una vez resueltas las observaciones presentadas al informe de evaluación de las propuestas, el Instituto, en el evento que un solo proponente haya obtenido la calificación de ADMISIBLE en todos los criterios de evaluación, procederá a la apertura del sobre No. 2 si la oferta reúne los requisitos que a continuación se detallan y el proponente da cumplimiento a lo establecido en el numeral 5.2: a) El valor total corregido de la propuesta no excede el de la disponibilidad presupuestal establecida en el presente pliego de condiciones…b)El precio unitario de todos y cada uno de los ítems de la propuesta es igual o mayor al 90% y menor o igual al 110% del valor del respectivo ítem en el presupuesto oficial. SI por lo menos el precio unitario de un ítem no cumple lo anterior, la propuesta no será considerada para la adjudicación del contrato.// Cuando más de una propuesta obtenga la calificación de ADMISIBLE en todos los criterios de evaluación, el Instituto abrirá el sobre No.2 de cada una y verificará que esta cumplan los requisitos previstos en los literales a) y b) de este numeral; las propuestas que los cumplan se denominarán propuestas ´válidas. Con la aplicación de las siguientes fórmulas y previa verificación del cumplimiento en contratos anteriores, el Instituto establecerá un orden de elegibilidad y adjudicará el contrato a la propuesta válida que, obtenga el mayor puntaje acumulado y cumpla con lo establecido en el Numeral 5.2…”* (fl. 84, c.2.). [↑](#footnote-ref-23)