**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO –** **Noción – Finalidad – Protección interés general**

Uno de tales mecanismos es precisamente aquel que permite que puedan ajustarse las condiciones económicas pactadas por las partes de suerte que, manteniéndose el valor y equilibrio real entre ellas en el decurso de la relación negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones, se lleve a feliz término la ejecución del contrato y la entidad contratante pueda cumplir con los fines esenciales del Estado. De allí que el fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifique sobre la base del equilibrio, de la igualdad o de la equivalencia proporcional y objetiva entre las prestaciones asumidas por las partes, lo cual comporta la exigencia consistente en que las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato se preserven durante su ejecución e, incluso, como en su liquidación, manteniéndose a lo largo de esas etapas las obligaciones y derechos originalmente convenidos, así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, con lo cual en caso de evidenciarse circunstancias o vicisitudes que afecten el equilibrio que garantiza el Legislador, este deba restablecerse para que no se vean afectados los mencionados propósitos que justifican la actividad contractual del Estado. Empero, lo anterior no necesariamente significa que en todas las hipótesis el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él, pues no cualquier imprevisto que merme su ventaja patrimonial tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico; así pues, solo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera del negocio tienen vocación para constituirse en el fundamento de la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del vínculo obligacional, pues si las anotadas condiciones de recuperación de la ecuación financiera del negocio no se exigiesen, se vería menoscabado el interés público que debe prohijarse con ocasión de la contratación estatal. Lo expuesto fuerza la conclusión de acuerdo con la cual en el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente, en realidad, es el interés general que se persigue satisfacer con la celebración y cabal ejecución del contrato estatal.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Ruptura – Restablecimiento ecuación financiera – Reiteración jurisprudencial – Desbalance economía del negocio**

Ello explica que resulte reiterada la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el sentido de exigir que el deber de restablecer la ecuación contractual solo pueda ser impuesta cuando el desbalance en la economía del negocio obedezca a circunstancias no atribuibles al contratista o a eventualidades con efectos desfavorables para su patrimonio que el mismo no se encuentre en el deber jurídico de soportar. A su vez, al amparo de dicha jurisprudencia, se exige que el desequilibrio de las cargas contractuales tenga impacto o entidad suficiente como para provocar la ruptura del equilibrio entre prestaciones recíprocas definido desde el surgimiento del vínculo. (…) igualmente ha llamado la atención respecto de que, tanto a efectos de aplicar el principio de equilibrio financiero del contrato como, en general, de interpretar la normas jurídicas en materia contractual y el contenido mismo de los negocios jurídicos, debe tenerse en cuenta el postulado por cuya virtud los contratos deben ser ejecutados de buena fe por las partes, una buena fe cualificada que puede catalogarse como “buena fe objetiva”, en la medida en que no resulta suficiente, para avenirse a los dictados del referido postulado de la buena fe, con la mera convicción de las partes, en el sentido de encontrarse obrando en conformidad con el ordenamiento jurídico, lo cual, naturalmente, también tiene incidencia en la manera de identificar los alcances del principio de equilibrio contractual, precisiones que revisten sustancial importancia para la resolución del caso sub lite.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Desequilibrio – Circunstancias**

El equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, a saber: i) actos o hechos de la entidad estatal contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo –ius variandi–, sean éstas abusivas o no; ii) actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato; y iii) factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos los eventos antes referidos surge la obligación para la entidad estatal contratante de auxiliar a su contratista colaborador asumiendo, bien mediante una compensación –llevarlo hasta el punto de no pérdida–, o bien indemnizándolo integralmente, según el caso, previo cumplimiento de los requisitos señalados para cada figura”. Puntualmente en cuanto tiene que ver con la denominada teoría de la imprevisión, cuya aplicación en el presente caso pretende el contratista demandante

**TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN – Definición –** **Riesgos imprevisibles – Situación desconocida por las partes – Cargas que no debe soportar el contratista**

La teoría de la imprevisión se caracteriza porque se presenta una situación extraordinaria ajena a la voluntad de las partes contratantes, que no podía preverse al momento de la celebración del contrato y que afecta gravemente la economía del mismo, sin impedir su ejecución. (…) La teoría de la imprevisión “regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. (…) ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible. No obstante, las partes contratantes pueden prever la ocurrencia de dichos imprevistos, y convenir el mecanismo de reajuste o revisión de precios al que se refiere el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 (…) Con esto se pretende, pues, mantener la ecuación contractual cuando se presentan aumentos en los costos del contrato. Al efecto, “Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso. (…) La recta inteligencia e identificación de los alcances del principio de equilibrio financiero del contrato, en general, y de la teoría de la imprevisión, en particular, tornan imperativo deslindar el espectro de supuestos en los cuales los aludidos postulados resultan aplicables, del de aquellos otros casos con los que ciertamente comparten un territorio común que es el de la no obtención de las utilidades esperadas por el contratista, pero también –y no menos importantes– múltiples y muy significativas diferencias en cuanto a la etiología y a las consecuencias atribuibles a ese otro tipo de vicisitudes a las que ahora se hará referencia y que no son otras que las derivadas de la desatención, por parte de los sujetos de la relación negocial pero, especialmente, del particular contratista, de las cargas de diligencia, de cuidado, de rigor y de seriedad que le resultan exigibles al momento de estructurar la oferta que presenta a la entidad contratante con la finalidad de que sea acogida por esta y de que sobre la base de sus contenidos –y también, naturalmente, de los parámetros fijados por la entidad en los pliegos de condiciones, términos de referencia o documento equivalente, según la modalidad de selección que corresponda–, se perfeccione el vínculo contractual.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Improcedente – Libertad de fijar valor del contrato – Costos adicionales no previsto en oferta – Principio de planeación – Contratista**

[…] los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en tal tipo de eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal. (…) A juicio de la Sala y con fundamento en todo cuanto hasta ahora se ha dejado expuesto, el aquí bajo examen no es un caso en el cual resulten aplicables los postulados derivados del principio de equilibrio financiero del contrato con el fin de establecer que el mismo se ha visto roto en detrimento de la parte actora y menos aún un supuesto para cuya resolución puedan ser empleados los parámetros, igualmente aludidos dentro de esta providencia, de la teoría de la imprevisión. Ello en consideración a que ni uno solo de los eventos alegados por la sociedad actora como fuente de causación de los daños cuya reparación reclama, puede catalogarse como imprevisible, ajeno al conocimiento, a la capacidad y a la diligencia que se le presupone a un constructor de tanta experiencia como el contratista VICON S.A., –los mismos documentos por este aportados para participar en la licitación previa a la celebración del contrato ST–060–01, que obran en este expediente, así lo demuestran– y que, por consiguiente, escapara al que constituye el álea normal de todo negocio jurídico en el cual cada una de las partes asume y gestiona, de la mejor forma que le resulta posible, una serie de riesgos inherentes y consustanciales a la actividad que entraña el giro ordinario de sus negocios.

**PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Incumplimiento – No prever condiciones de adquisición de materiales – Riesgo previsible – Incluidos en ecuación económica del contrato**

El gran inconveniente que suscitó la problemática de la cual este litigio trae causa, radicó en que la sociedad actora no previó –habiendo, sin dificultad, podido y debido hacerlo– que las condiciones físicas, naturales o económicas que podrían determinar la adquisición de los materiales, ya en el momento de ejecución de las obras, eran susceptibles de variar, que las fuentes de extracción de materiales o de adquisición de los elementos posiblemente no estarían en condiciones de ofrecerlos durante todo el tiempo en el que se los necesitare y que, en consecuencia, se tornaba necesario adelantar averiguaciones suficientes antes de preparar la oferta y prever alternativas que impidieran que pudiese dificultar o, peor aún, suspender la marcha de los trabajos, como infortunadamente acaeció en el evento que esta ocasión se decide. Los costos de esas averiguaciones y de la inclusión de las mencionadas alternativas debieron verse reflejados en las ofertas –los pliegos de condiciones en el asunto sub examine, de hecho, expresamente invitaban a que así ocurriese– y pasar a integrar la ecuación financiera del contrato, pues en modo alguno pueden catalogarse, los aquí concernidos, como eventos o riesgos imprevisibles o ajenos a la actividad propia de las partes; al contrario, la disponibilidad de los elementos requeridos para construir tramos de carretera, los sistemas de acueducto, la mutabilidad de las circunstancias geológicas en las canteras, entre otros, son asuntos que sin mayores problemas pueden y deben ser anticipados por los profesionales del ramo y la sociedad aquí demandante, a no dudarlo, se presentó como experta en la ejecución de obras similares. (…) Mal podía, entonces, la parte actora, escudarse en su propia impericia, ligereza o imprudencia a la hora de formular su oferta, para reclamar el reconocimiento de gastos que eran perfectamente previsibles y que pudieron anticiparse con base en un adecuado examen de los documentos contractuales, de la zona de las obras –la cual se tuvo posibilidad de visitar como parte del procedimiento administrativo de selección del contratista– y de las fuentes de obtención de los materiales necesarios para ejecutar el contrato, todo con apoyo en una inasumible invocación de la teoría de la imprevisión a fin de que se aplicara, sin haber lugar a ello, el principio de equilibrio financiero del contrato.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000–2003-01742-01(34454)**

**Actor: VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. – VICON S.A.**

**Demandado: METROVIVIENDA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL DISTRITO CAPITAL**

**Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de mayo de 2007 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual, en su parte resolutiva, dispuso:

“PRIMERO.– SE DENIEGAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

“SEGUNDO.– SIN CONDENA EN COSTAS.

“TERCERO.– SE LE RECONOCE personería a la doctora NATALIA ANDREA LEWINNEK como apoderada de METROVIVIENDA, en los términos y con los alcances del poder que obra en el folio 186 del C. 1”.

**1.** **ANTECEDENTES**

**1.1 Lo que se demanda.**

Mediante escrito presentado el 22 de agosto de 2003, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, la sociedad VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A., instauró demanda en contra de METROVIVIENDA, empresa industrial y comercial del Distrito Capital, con el fin de que a la sociedad demandante le sea reconocido el valor de los sobrecostos que, a su entender, para ella se derivaron de la ejecución del Contrato No. St–060–01 del 20 de diciembre de 2001.

Como pretensiones de la demanda, entonces, fueron elevadas las siguientes:

**1.** Que se declare la nulidad de la Resolución No. 035 del 23 de abril de 2003, proferida por el Gerente General de METROVIVIENDA, mediante la cual dicha entidad negó a VICON S.A., cualquier reconocimiento económico por el desequilibrio financiero presentado en la ejecución del contrato No. ST–060–01.

**2.** Que se declare la nulidad de la Resolución No. 056 del 20 de junio de 2003, mediante la cual se confirmó en todas sus partes el acto administrativo citado en el párrafo anterior.

**3.** Que se declare que METROVIVIENDA incumplió el contrato No. ST–060–01 y su único adicional.

**4.** Que la entidad demandada pague a la demandante a título de indemnización, las sumas que se demuestren en el proceso por concepto de los sobrecostos en los cuales, con diverso origen, tuvo que incurrir VICON S.A., para cumplir con el objeto del contrato No. ST–060–01 y su único adicional, sumas que deben devengar intereses en los términos de ley entre la fecha de la sentencia y la del pago efectivo.

**5.** Que METROVIVIENDA sea condenada a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho[[1]](#footnote-1).

La parte actora modificó la demanda, en escrito posterior, fechado el 25 de septiembre de 2003, con el fin de adicionar la pretensión consistente en que se declare la nulidad parcial del acta de liquidación del contrato de fecha 23 de abril de 2003, *“pero exclusivamente en cuanto METROVIVIENDA no incluyó el reconocimiento y pago de los mayores costos en que incurrió el contratista por causas ajenas a él con motivo de la ejecución del contrato No. ST–060–01”[[2]](#footnote-2).*

**1.2 Los hechos.**

Se narró en el libelo introductorio del proceso cuanto a continuación se sintetiza:

**1.** El 20 de diciembre de 2001, se suscribió entre la sociedad VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A. –en adelante VICON S.A. o el contratista– y METROVIVIENDA, empresa industrial y comercial del Distrito Capital –en adelante METROVIVIENDA o la entidad contratante– el Contrato No. ST–060–01, cuyo objeto era*“la construcción de la tercera etapa de las obras de urbanismo secundario para la ciudadela El Recreo y la Avenida Bosa, entre la Ciudadela El Recreo y la Avenida Tintal inclusive, localidad Bosa”*. El plazo inicial de ejecución se acordó en 7 meses contados a partir del 9 de enero de 2002, fecha en la cual se suscribió el acta de iniciación de los trabajos.

**2.** El 15 de julio de 2002 se suscribió una única ampliación al contrato, hasta el 23 de septiembre de 2002.

**3.** La ejecución del contrato le generó al contratista mayores costos originados en los siguientes rubros:

a. Sobrecostos por el cambio de botadero.

El Contratista, al presentar su propuesta, identificó como escombrera o lugar para depósito de los desechos de la obra, el lugar denominado *Ramada Baja,* por ser el más próximo al proyecto. Sin embargo, el 16 de enero de 2002 la Dirección Técnica de Malla Vial del IDU informó a la Subdirección Técnica de Mantenimiento de dicha Entidad de *“la medida preventiva impuesta por la CAR a la escombrera Ramada Baja, razón por la cual no era posible seguir permitiendo disponer escombros en este sitio, haciéndose necesario informar a los contratistas acerca de este acontecimiento”.*

El cierre de la citada escombrera obligó a VICON S.A., a utilizar otros botaderos, especialmente los de *Cantarrana* y *Panamá*, ubicados a una mayor distancia del proyecto, lo que generó un sobrecosto de $208’128.865, por la disposición de desechos. Por tal razón, el contratista formuló una solicitud a METROVIVIENDA para que le fueran reconocidos los sobrecostos en los cuales incurrió por este concepto; sin embargo, mediante la Resolución No. 035 del 23 de abril de 2003, la entidad contratante estimó que era una obligación del contratista *“considerar una zona para botar los desechos (…), correspondiendo al interesado efectuar los cálculos respectivos una vez determine el lugar a utilizar”* y que por tanto, el cierre del botadero no se puede considerar como un *“imprevisto que modifique el equilibrio del contrato”.*

b. Sobrecostos por sub–base y base granular.

Para la fecha en que fue necesario tener la disponibilidad del material con destino al ítem *“3b. Rellenos con material seleccionado para sustitución”*, al contratista no le fue posible obtener los materiales que cumplieran con las especificaciones suministradas por la contratante comoquiera que no los estaban extrayendo de las vetas, de por sí variables, que en ese momento se explotaban en las canteras aledañas; esa situación motivó la comunicación VCN–587–02 del 12 de abril de 2002 dirigida por parte del contratista al consorcio interventor, en la cual propuso la utilización de otros materiales y solicitó la *“mayor colaboración para que nos permita emplear materiales de la zona de Soacha, que aunque no cumplan totalmente con las características establecidas en la Especificaciones Técnicas, sean adecuados como sub–base y base granulares en un todo, respetando y asegurando la calidad de los trabajos ejecutados”.*

En respuesta al precitado pedimento, el consorcio interventor emitió la comunicación No. C061–065–01 del 18 de abril de 2002, en la cual informó a VICON S.A., que debía cumplir con las especificaciones técnicas fijadas en los pliegos de condiciones, “*en su totalidad”.* Asimismo, en la comunicación C061–071–02 del 3 de mayo de 2002, la interventoría insistió en que las especificaciones técnicas de la base y sub–base granular debían cumplirse a cabalidad e instó al contratista a buscar zonas o fuentes en las cuales pudiera disponerse de los materiales que reunieran las especificaciones técnicas requeridas.

El 21 de mayo de 2002, mediante la comunicación VCN–802–02, VICON S.A., le informó al interventor que el material propuesto para ser usado *“cumplía las exigencias de METROVIVIENDA, por cuanto ya había sido utilizado en las dos etapas anteriores de ese mismo proyecto”* y, por tanto, solicitó el cambio de las especificaciones técnicas del material a ser utilizado. En respuesta a este requerimiento, el 22 de mayo de 2002 el consorcio interventor ratificó una vez más lo expresado en sus comunicaciones anteriores en punto de la *“obligación de Vicon S.A. de suministrar en la obra el material de sub base granular que cumpla absolutamente con todas las especificaciones que para este material consagran los pliegos”*.

El 27 de mayo de 2002, mediante la comunicación VCN–835–02, el contratista informó tanto a la empresa industrial y comercial del Distrito METROVIVIENDA, como a la interventoría de la obra, de la imposibilidad de encontrar materiales que cumplieran con los requisitos técnicos exigidos en los pliegos e invitó a que a través de la *“AMIGABLE COMPOSICIÓN**lleguemos a una solución del problema actual de falta de suministro de materiales de sub–base, con el nombramiento de unos árbitros por la Sociedad colombiana de Ingenieros, quienes decidirán técnicamente el camino a seguir”*. Sin embargo, esta propuesta del contratista no obtuvo respuesta ni de METROVIVIENDA, ni de la Interventoría.

El 27 de mayo de 2002 –prosigue el relato de la demanda–, a través de la comunicación C061–091–02, el consorcio interventor aceptó cambiar las especificaciones técnicas en comento y agregó que esos cambios *“no causarán ningún sobrecosto para Metrovivienda ya que la especificación correspondiente es de obligatorio cumplimiento por parte de Vicon S.A. a los precios contractuales”.*

Ante las amenazas de multa por parte de la Interventoría, el contratista procedió a usar el material de la cantera El Boquerón de Chipaque, el cual había sido declarado apto por la interventoría siempre y cuando se le agregara arena de río hasta el 30%; el contratista dejó claro que se reservaba el derecho a reclamar el mayor costo que implicaba la construcción de la sub–base con ese material.

El 6 de junio de 2002 se efectuó una reunión entre VICON S.A., y la interventoría, en la cual esta última reconoció la inexistencia de los materiales que cumplieran exactamente con las especificaciones establecidas por METROVIVIENDA para la ejecución del proyecto, conclusión arrojada por la recolección *“de muestras de materiales de numerosas canteras de los alrededores de Bogotá según las cuales ninguno de éstos cumple con todas las especificaciones contractuales en especial la referente al Equivalente de Arena”.* Con base en lo anterior, se aceptó la modificación del contrato en lo atinente a las especificaciones de los materiales. No obstante, la ejecución del ítem sub base en las condiciones finalmente dispuestas por la interventoría, implicó un sobrecosto para el Contratista por valor de $80’666.491. Adicionalmente, la sociedad demandante dispuso para la construcción de la sub base y base granular, de equipos que permanecieron paralizados o subutilizados por las indefiniciones y anomalías imputables a METROVIVIENDA, circunstancia que generó un sobrecosto adicional por la suma de $156’020.883.

c. Tubería.

El contratista suministró la tubería prevista en su oferta, es decir, la NOVAFORT fabricada por PAVCO S.A., la cual cumple con la norma NTC 3722 y con la rigidez 57 PSI, ajustándose de esta manera a los requerimientos contemplados en la especificación 8.10 de los pliegos de condiciones del Contrato. No obstante, la tubería fue rechazada por METROVIVIENDA comoquiera que la entidad contratante estimó que existía una diferencia en el diámetro interno de la misma, comparado con el indicado en los pliegos de condiciones. Para dirimir esta controversia, PAVCO S.A., fabricante de los tubos, se ofreció a revisar los diseños y solicitó que le fueran suministradas las planillas de cálculo, no obstante lo cual, estas no fueron entregadas ni por METROVIVIENDA, ni por la interventoría.

Mediante la comunicación VCN–613–02 del 16 de abril de 2002, el contratista le preguntó a la interventoría qué tubería debía ser empleada en la obra; la interventoría dio respuesta al Contratista por medio de la comunicación C061–066–01 del 18 de abril de 2002, en la cual reafirmó el rechazo de la tubería suministrada por VICON S.A., por no cumplir *“con los diámetros interiores especificados en los planos de Diseño, con diferencias entre 1 y 3”* y señaló que no disponía de las memorias de los diseños, toda vez que las mismas estaban en poder de HIDROESTUDIOS, firma autora de dicho trabajo. Finalmente, la interventoría afirmó que la *“falta de estas tuberías está ocasionando retrasos en las obras del sector 3B–Tapón de Bosa, retrasos que son absoluta responsabilidad del Contratista”.*

A su turno, mediante la comunicación VCN–667–02, el Contratista aseguró que se le estaba exigiendo *“una tubería que simplemente no se fabrica en el país”* y dejó constancia de que la indefinición respecto del ítem de la tubería *“está causando atrasos en el normal desarrollo de las obras y sobrecostos que no son responsabilidad del contratista”*. El 3 de mayo de 2002, a través del Memorando Manuscrito No. M–061–090, firmado por el señor Nelson Bastilla, ingeniero residente de la Interventoría, se dio solución a la controversia de la tubería, de suerte que se autorizaron como diámetros permitidos, los mismos que se encontraban en el comercio. Sin embargo, la parte actora expresó que la indefinición en cuanto al punto de la tubería a ser usada generó unos atrasos de un mes en el cronograma de la obra e hizo que surgieran sobrecostos, cuyo valor no fue especificado.

d.Sobrecostos por mayor permanencia en obra.

El contrato tuvo que prorrogarse por cuarenta y cinco días calendario, circunstancia que generó un aumento en los costos indirectos del proyecto, debido a que se ejecutó el mismo valor de la obra en un período mayor; el valor de estos sobrecostos asciende a la suma de $163’776.559.

e. Varios.

Se señaló en la demanda que como consecuencia tanto de las acciones como de las omisiones imputables a METROVIVIENDA o a su interventor, la obra tuvo un sobrecosto total de aproximadamente $700’000.000.

Una vez el contratista solicitó que le fuera reconocido y pagado el valor de dichos sobrecostos, mediante la Resolución No. 053 del 23 de abril de 2003, confirmada por medio de la Resolución No. 056 del 20 de junio de 2003, la entidad demandada se negó a su reconocimiento. De igual forma, METROVIVIENDA omitió responder las solicitudes formuladas por el contratista en el sentido de hacer uso de la figura del amigable componedor en orden a solucionar los problemas que hoy se someten a la decisión del juez.

Finalmente, por medio del acta del 23 de abril de 2003, se liquidó unilateralmente el contrato, sin que METROVIVIENDA reconociera los sobrecostos en los cuales el contratista, aquí demandante, entiende haber incurrido, razón por la cual VICON S.A., manifestó su discrepancia para con dicha liquidación por la falta de inclusión de los mencionados sobrecostos y se reservó el derecho a ejercer las acciones legales respectivas[[3]](#footnote-3).

**1.3 Normas violadas y concepto de la violación.**

Lo hizo consistir el accionante en la transgresión de lo previsto por los artículos 6, 25, 38, 58, 83 y 90 de la Constitución Política; 4, numerales 3, 8 y 9; 5, numerales 1 y 3; 26, numerales 1 y 4; 27 y 28 de la Ley 80 de 1993; 1602, 1603, 1613, 1614, 1617 y 1649 del Código Civil y 830, 831 y 871 del Código de Comercio.

Argumentó de manera conjunta la vulneración que los actos administrativos enjuiciados acarrean –en su sentir–, por considerar que la parte demandada eludió el pago de unos mayores costos ciertos y evidentes en los cuales hubo de incurrir la contratista, causados por hechos y circunstancias que le son imputables a METROVIVIENDA y que liberan de toda responsabilidad a VICON S.A., como se desprende de lo normado por las disposiciones antes citadas[[4]](#footnote-4).

**1.4. Trámite de la primera instancia.**

**1.4.1** Mediante providencia calendada el 16 de octubre de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió tanto la demanda como la corrección de la misma realizada por la parte actora[[5]](#footnote-5).

**1.4.2** Notificado el auto admisorio de la demanda a la entidad pública accionada, ésta le dio oportuna contestación por medio escrito en el cual se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones que se exponen en el libelo introductorio del litigio, toda vez que, desde su punto de vista, no hubo incumplimiento alguno de una sola de las obligaciones a cargo de METROVIVIENDA.

Aseguró que METROVIVIENDA estableció las condiciones concretas respecto de la disposición de escombros en los pliegos de condiciones, una de las cuales fue la fijación por los proponentes de un precio unitario por la utilización de las zonas de desechos, es decir que dejó en absoluta libertad a los oferentes para tomar las previsiones que fueren del caso tanto para la selección del botadero como para el cálculo del correspondiente precio.

Prosiguió el apoderado de la entidad accionada con la afirmación en el sentido de que tanto los presupuestos de hecho como los argumentos propuestos por el accionante en torno al alegado sobrecosto de la sub base y base granular, son acomodaticios y alejados de la verdad, pues en relación con este extremo lo que ocurrió es que VICON S.A., pretendió cambiar las especificaciones técnicas durante la ejecución del contrato. Indicó que desde el procedimiento de selección se había dejado claro que las especificaciones técnicas debían cumplirse. Más aún, el apoderado de la demandada aseguró que participar en una licitación ofreciendo precios que no pueden sostenerse y procurar después obtener más dinero a través de la calificación de su propia culpa como asunto de fuerza mayor o sobrecosto no previsible, constituye una conducta que atenta contra la lealtad profesional y contractual que debe regir en la contratación pública.

METROVIVIENDA observó que VICON S.A., no realizó las actividades necesarias para que se cumpliera con las especificaciones exigidas en los términos de referencia y que ella misma ofreció cumplir; asimismo, aseguró que las especificaciones técnicas para la base y la sub base no fueron arbitrariamente seleccionadas por METROVIVIENDA, sino que corresponden a las Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras del Instituto Nacional de Vías para dichos materiales. En igual sentido, la accionada afirmó que la posibilidad de adicionar arena a los materiales de la sub base y base granular era una circunstancia previsible para un contratista de la experiencia de VICON S.A.

Y en relación con los pretendidos sobrecostos en la tubería, METROVIVIENDA sostuvo que las condiciones técnicas estuvieron siempre fijadas en los términos de referencia del contrato y que no es cierto que los parámetros técnicos exigidos no resultaran de posible satisfacción en el mercado colombiano, pues el contratista pudo, finalmente, suministrar la tubería con las especificaciones que se le habían solicitado.

Enseguida, el apoderado de la parte demandada propuso las siguientes excepciones de mérito:

a. *Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones*: señaló el memorialista que la parte inicial del escrito de demanda se refiere a la instauración de una acción contractual; empero, posteriormente se solicita la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. 035 del 23 de abril de 2003 y No. 056 del 20 de junio de 2003, así como el consecuente restablecimiento del derecho. Afirmó que no resulta procedente que el juez reconozca prosperidad al pedimento de nulidad de los actos acusados y, al mismo tiempo, declare el incumplimiento contractual con la correspondiente indemnización de perjuicios, todo a través del mismo cauce procesal.

b. *Cumplimiento por parte de la demandada de todas y cada una de sus obligaciones contractuales*: METROVIVIENDA subrayó que hizo cumplido pago de todos los valores contractualmente a su cargo y a favor del contratista; adicionalmente, señaló que VICON S.A., presentó las cuentas de cobro sin hacer jamás mención de sobrecosto alguno.

c. *Mala fe en la presentación de la oferta, en la ejecución del contrato, en la posterior reclamación y en la instauración de la demanda que origina el presente litigio*: se indicó que la demandante tuvo la oportunidad, al igual que los demás oferentes, de conocer las especificaciones técnicas de los pliegos, así como de valorar y de prever todas las variables que podían incidir en los precios unitarios, razón por la cual no resulta jurídicamente admisible que en la ejecución del contrato pretenda el reconocimiento de precios más altos.

d. *Ausencia de vicio invalidante alguno en las resoluciones acusadas*: estas fueron expedidas por el funcionario competente y con el lleno de los requisitos tanto formales como sustanciales normativamente exigidos, de suerte que no se configura respecto de dichos actos administrativos una sola de las causales que el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo prevé para que las decisiones de la Administración puedan ser declaradas nulas.

e. *Falta de legitimación en la causa por activa*: para alegar el incumplimiento contractual de una de las partes, solamente está legitimado el contratista cumplido, pero en el presente asunto VICON S.A., incumplió varios de sus compromisos contractuales.

f. *Ausencia de los requisitos exigidos para la aplicación de la teoría de la imprevisión*: son requisitos para que se pueda deprecar la aplicación de la teoría de la imprevisión, los siguientes: *(i)* Que se trate de un contrato de tracto sucesivo, como el de concesión o el de obra; *(ii)* Que se trate de un evento excepcional, ajeno a la voluntad de la parte que alega la imprevisión y que altere temporalmente la economía del contrato; *(iii)* Que se trate de un acontecimiento imposible de prever para las partes; *(iv)* Que el evento haga especialmente onerosa la ejecución del negocio jurídico y *(v)* Que el contratante no haya suspendido la prestación del servicio. Sin embargo, a juicio de la parte demandada el único requisito de los anteriormente mencionados que concurre en el presente caso, es el primero y, por tal razón, las pretensiones afincadas en la operatividad del fenómeno jurídico de la imprevisión no pueden estar llamadas a prosperar.

g. *Cobro de lo no debido*: como ninguna de las sumas cuyo reconocimiento y pago se solicita en la demanda es imputable al incumplimiento de METROVIVIENDA y tampoco corresponde a eventos imprevisibles que alteraran el equilibrio contractual, no hay obligación alguna por la cual la entidad demandada deba responder[[6]](#footnote-6).

**1.4.3** Mediante auto de fecha 29 de julio de 2004, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes[[7]](#footnote-7). Una vez expirado el período probatorio, por medio de auto fechado el 19 de abril de 2006 se corrió traslado para alegar de conclusión[[8]](#footnote-8).

El apoderado de la parte actora presentó en sus alegatos de conclusión, en lo sustancial, los mismos argumentos expuestos en la demanda, si bien hizo especial hincapié en el mérito demostrativo del dictamen pericial practicado en el proceso, el cual arrojó la conclusión consistente en que el valor a reconocer a VICON S.A., asciende a la suma de $812’531.479.55[[9]](#footnote-9).

La apoderada de la parte demandada presentó en tiempo sus alegatos de conclusión y en ellos ratificó tanto sus excepciones de mérito como los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda[[10]](#footnote-10).

* 1. **La sentencia apelada.**

El 23 de mayo de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tras efectuar un recuento de los hechos y realizar el correspondiente análisis del caudal probatorio recaudado en el plenario, negó las pretensiones de la demanda.

Como problema jurídico central el Tribunal Administrativo *a quo* examinó si en el presente caso tuvo lugar, o no, el rompimiento del equilibrio económico. La desestimación de las pretensiones de la demanda se sustentó en que, a juicio del Tribunal Administrativo *a quo*, no hubo tal desbalance en la ecuación financiera del contrato que pudiera configurarse por alguna de las circunstancias alegadas por la parte actora.

En primer lugar, en lo atinente a la necesidad de cambiar el lugar para la disposición de los desechos de la obra, el *a quo* concluyó que la falta de previsión del contratista a ese respecto no puede servirle de argumento para solicitar el restablecimiento del equilibrio económico.

En segundo lugar, por cuanto atañe al alegado sobrecosto derivado de la obtención del material necesario para la sub base y base granular, el sentenciador de primera instancia encontró que el contratista incumplió con las obligaciones a su cargo, por cuanto en la audiencia de aclaración de pliegos dentro de la Licitación Pública No. 005 de 2001 que dio origen al Contrato No. ST–060–01, VICON S.A., debió solicitar que se cambiaran las especificaciones exigidas para los materiales de sub base y base granular o debió aumentar el valor del precio ofertado teniendo en cuenta las dificultades y los costos que implicaba la obtención de algunos de los elementos necesarios para la realización de la obra, pero lo que en ningún caso debió esperar fue a la suscripción del contrato para pretender un cambio en las condiciones negociales respecto del precio acordado, proceder que marcha en contra del principio de buena fe que debe regir el comportamiento de las partes tanto dentro de la etapa precontractual como en el decurso de la fase contractual.

Y, en tercer y último término, como corolario de lo anterior, a propósito de los alegados sobrecostos derivados de la mayor permanencia de la obra a la cual se vio precisado el demandante, en la sentencia apelada se concluyó que si bien es verdad que efectivamente se produjo una mayor permanencia en la obra, no es menos cierto que la misma obedeció realmente a circunstancias imputables a la sociedad demandante, razón por la cual no resulta posible reconocer la compensación reclamada por VICON S.A[[11]](#footnote-11).

**1.6 El recurso de apelación.**

Inconforme con lo decidido en la sentencia de primera instancia, el 4 de junio de 2007, la parte demandante interpuso el recurso de apelación con el fin de que se revoque dicho fallo y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. En su recurso de alzada, el demandante manifestó que en la providencia impugnada no se hizo un estudio adecuado, completo y con observancia de las exigencias legales, de las pruebas que obraban en el expediente –en especial del dictamen pericial regularmente recaudado, ampliamente complementado y aclarado por el perito–, lo cual derivó en un desconocimiento de los derechos reclamados por VICON S.A.

Además de la reiteración de los argumentos expuestos por la parte actora tanto en el libelo introductorio del litigio como en los alegatos de conclusión en la primera instancia, en su recurso de alzada el impugnante destacó que, en cuanto a las conclusiones a las cuales se arribó respecto de la necesidad de ubicar un nuevo botadero de escombros, de ninguna manera se hubiera podido incluir el kilometraje existente entre la obra y el botadero alterno en orden a determinar el precio del ítem, toda vez que habría resultado absurdo que se sumaran los kilometrajes de distancia al botadero habilitado y al alterno o el promedio de los mismos, para definir el valor de dicho rubro; en el sentir del recurrente, por lo demás, resulta censurable del fallo del *a quo* que, con el pretexto de invocar la amplia experiencia del contratista, se adscriba a este la carga de tener que imaginar, considerar y asumir el costo de todas las soluciones alternas necesarias para hacer frente a cuanto obstáculo o dificultad se le presentare en el curso de la ejecución del objeto contractual, lo cual dejaría al contratista inerme e indefenso para reclamar la salvaguarda de sus derechos e intereses frente al acaecimiento de situaciones imprevistas de toda índole.

Adicionalmente, en el escrito contentivo del recurso de apelación se expuso que los precios unitarios son unas sumas que resultan del análisis de condiciones precisas del respectivo ítem, de suerte que el deber de todo concursante es asignarles un valor partiendo de las realidades conocidas en la fecha de presentación de la oferta; según lo entiende el apoderado de VICON S.A., lo contrario, es decir ofrecer diversos y desconocidos precios, propiciaría tal desorden en el proceso licitatorio, que haría imposible la selección objetiva[[12]](#footnote-12).

**1.7 Trámite de la segunda instancia.**

El recurso de apelación fue concedido a través de auto de fecha 18 de julio de 2007[[13]](#footnote-13) y admitido mediante providencia del 7 de septiembre de la misma anualidad[[14]](#footnote-14), toda vez que fue oportunamente presentado y sustentado por la parte demandante. A través de proveído del 5 de octubre de 2007 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión[[15]](#footnote-15).

La parte recurrente presentó idénticos pedimentos y formuló los mismos argumentos que esgrimió tanto en el escrito contentivo de su alegato de conclusión en la primera instancia como en el recurso de alzada, haciendo especial énfasis en los errores de apreciación en los cuales, a su entender, incurrió el Tribunal Administrativo *a quo* a la hora de analizar y de estudiar las pruebas pericial y testimonial recaudadas en el proceso, las cuales determinaban, desde su perspectiva, el éxito de sus pretensiones[[16]](#footnote-16).

La parte demandada reafirmó los pilares sobre los cuales descansaron los argumentos que fueron esgrimidos en el escrito de contestación de la demanda, en el alegato de conclusión en la primera y acogidos en buena parte por el Tribunal *a quo*[[17]](#footnote-17).

En este estado del proceso y sin que se observe la configuración de causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

**2. CONSIDERACIONES**

**2.1 Lo que se debate.**

Teniendo en cuenta el panorama que se ha dejado expuesto, para resolver el asunto que se somete a su consideración dentro del presente proceso, la Sala, previa la definición de su competencia, se ocupará de examinar: i) la idoneidad del cauce procesal elegido por la parte actora; ii) el material probatorio que obra en el expediente; iii) los conceptos de equilibrio financiero y la teoría de la imprevisión; iv) el caso concreto y, v) costas.

**2.2** **La competencia de la Sala para pronunciarse de fondo en el asunto *sub judice*.**

**2.2.1** Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión por perjuicios e indemnizaciones se estimó en la suma de $700’000.000, valor que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($166’000.000)[[18]](#footnote-18), exigida en la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005[[19]](#footnote-19), para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia[[20]](#footnote-20).

**2.2.2** Ahora bien, resulta menester señalar, en punto de la naturaleza jurídica de la entidad demandada –factor determinante para catalogar como estatal, o no, el contrato celebrado entre las partes en disputa– que, como se indicó en el acápite de antecedentes del presente pronunciamiento, METROVIVIENDA tiene la condición de persona jurídica, en tanto que se trata de de un ente descentralizado por servicios –empresa industrial y comercial del Distrito Capital–, circunstancia que resulta de trascendencia a la luz de lo dispuesto por los artículos 2º y 75 de la Ley 80 de 1993[[21]](#footnote-21), por cuya virtud la competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; a ese respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, habida cuenta de que la normativa vigente prohijó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico para efectos de determinar la condición de estatal del vínculo negocial, de modo que habrán de reputarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza.

Todo lo expuesto implica, en el asunto *sub lite*, que habida cuenta de que METROVIVIENDA tenía la condición de empresa industrial y comercial del Estado, con personería jurídica, dicho negocio jurídico participa de la naturaleza de contrato estatal y los litigios derivados de su ejecución constituyen materia de la cual debe conocer el Juez de lo Contencioso Administrativo.

**2.3. Idoneidad del cauce procesal elegido por la parte actora para ventilar sus pretensiones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**

La de controversias contractuales, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, es una acción instituida para diversos tipos de pretensiones, esto es, que bajo su égida pueden ser planteadas al juez toda la variedad de situaciones problemáticas que pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales de las entidades estatales.

De acuerdo con lo anterior, para la Sala resulta claro que bien podía el accionante, como lo hizo en el presente caso, acumular las pretensiones de declaratoria de nulidad de actos administrativos –las resoluciones mediante las cuales METROVIVIENDA rehusó acceder a las peticiones de reconocimiento de sobrecostos elevados por VICON S.A.– con la de declaratoria de nulidad del acta de liquidación del contrato estatal en el cual tiene su origen la presente controversia, así como la de reparación de perjuicios derivados de la alegada ruptura de la ecuación financiera del contrato, razón por la cual es procedente que la Sala se ocupe de fondo de examinar la vocación de prosperidad de todos los aludidos pedimentos.

**2.4 El material probatorio recaudado en el proceso.**

Dado que algunos de los documentos arrimados al expediente lo han sido en copia simple, se impone invocar la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación acerca de la valoración de las pruebas aportadas en copia simple[[22]](#footnote-22). Así pues, en aplicación de la postura unificada de la Sección Tercera, se valorarán los documentos aportados en copia simple.

Los siguientes son los elementos acreditativos de los cuales se ha hecho acopio en el presente proceso, cuya valoración debe llevarse a cabo con el propósito de resolver los problemas jurídicos que se han dejado planteados en precedencia:

**2.4.1** En los Términos de Referencia de la Licitación Pública 005 de 2001, que se inició por parte de METROVIVIENDA, Empresa Industrial y Comercial del Distrito Capital, con el objeto de contratar la construcción de la tercera etapa de las obras de urbanismo secundario para la Ciudadela El Recreo, ubicada en la localidad de Bosa, se destacan los apartes que corresponden a la modalidad de precios unitarios fijos, con fórmula de reajuste*[[23]](#footnote-23)* y los documentos de contenido técnico de la evaluación. Entre los costos a cargo de la contratista se establecieron: *“los que se requieran para conseguir, adquirir, elaborar, clasificar, transportar, almacenar y colocar todos los materiales destinados al contrato”*. En igual forma, de acuerdo con el documento contentivo de los términos de referencia, se indicó a cargo de la contratista *“la consecución y utilización de las zonas de desecho de los materiales sobrantes”* y el análisis y autorización de la autoridad ambiental para el botadero.

En relación con las redes de acueducto se lee la especificación de las tuberías requeridas con la información de los diámetros variables y la longitud total estimada. Asimismo, se establecieron las especificaciones técnicas exigidas para los materiales a emplear con el fin de ejecutar la base y sub base del pavimento.

**2.4.2** En su propuesta para participar en la Licitación Pública regulada por los parámetros a los cuales se viene de hacer alusión, la sociedad demandante Vías y Construcciones S.A., formuló oferta por cantidades y precios unitarios para los rubros requeridos por la parte convocante[[24]](#footnote-24).

**2.4.3** Contrato de Obra ST–060–01 celebrado entre VICON S.A., y METROVIVIENDA.

**2.4.4** Modificación 01 del contrato de obra precedentemente citado, suscrita entre las partes el 15 de julio de 2002, contentiva de la modificación de plazo, sin adición de valor [[25]](#footnote-25).

**2.4.5** Memorando de fecha 16 de enero de 2002 suscrito por el Director Técnico de Malla Vial (E) del Instituto de Desarrollo Urbano, en el cual se informó sobre la medida preventiva impuesta por la CAR a la escombrera Ramada Baja[[26]](#footnote-26).

**2.4.6** Carta fechada el 14 de marzo de 2002, suscrita por el Gerente de VICON S.A., mediante la cual solicitó al Consorcio Interventor el cambio de las especificaciones del material ofrecido en el proceso licitatorio para construir la sub base del pavimento[[27]](#footnote-27).

**2.4.7** Comunicación del 12 de abril de 2002, suscrita por el Gerente de VICON S.A., mediante la cual solicitó al Consorcio Interventor el cambio de las especificaciones del material de la sub–base granular para el proyecto[[28]](#footnote-28).

**2.4.8** Comunicación de 16 de abril de 2002, suscrita por el Gerente de VICON S.A., mediante la cual solicitó al Consorcio Interventor un cambio técnico en la definición de la tubería a utilizar en el proyecto [[29]](#footnote-29).

**2.4.9** Comunicación fechada el 18 de abril de 2002 y suscrita por el Director del Consorcio Interventor, mediante la cual se dio respuesta a VICON S.A., en relación con su solicitud de cambio de especificaciones del material de sub–base granular. En esa comunicación se lee que “*el material de sub base granular debe cumplirse en su totalidad, en especial lo relativo al Equivalente de Ar*ena[[30]](#footnote-30).

**2.4.10** Comunicación calendada el 18 de abril de 2002, suscrita por el Director del Consorcio Interventor, mediante la cual se dio respuesta a VICON S.A., en relación con las especificaciones de las tuberías a utilizar en el proyecto y manifestó el rechazo de la tubería presentada “*porque no cumplía con los diámetros interiores especificados en los planos de Diseño*”[[31]](#footnote-31).

**2.4.11** Comunicación del 23 de abril de 2002, suscrita por el Gerente de VICON S.A., mediante la cual presentó al Consorcio Interventor observaciones sobre la tubería para el alcantarillado*[[32]](#footnote-32)*.

**2.4.12** Comunicación del 3 de mayo de 2002, suscrita por el Director del Consorcio Interventor, mediante la cual se requirió a VICON S.A., para que diera cumplimiento a las especificaciones de los materiales para la construcción del pavimento[[33]](#footnote-33).

**2.2.13**. Carta fechada el 6 de mayo, suscrita por el Gerente de VICON S.A., mediante la cual informó al Consorcio Interventor acerca de la suspensión de las actividades de instalación de las tuberías, de acuerdo con las instrucciones de la Interventoría[[34]](#footnote-34).

**2.4.14** Memorando manuscrito de fecha 3 de mayo de 2002, dirigido por un ingeniero del consorcio interventor al ingeniero residente de obra de VICON S.A., en el cual reseñó los tramos y diámetros requeridos en las tuberías a instalar*[[35]](#footnote-35)*.

**2.4.15** Comunicación calendada el 22 de mayo de 2002, suscrita por el Director del Consorcio Interventor, mediante la cual este requirió a VICON S.A., para que diera cumplimiento a las especificaciones técnicas de los materiales para la sub–base granular y advirtió que *“en ninguna parte de los Pliegos de Condiciones, de las Especificaciones Técnicas ni del contrato se limita a que los materiales para sub–base granular deban ser del área de Soacha ni de ningún tipo específico”[[36]](#footnote-36).*

**2.4.16** Misiva del 24 de mayo de 2002, suscrita por el Director del Consorcio Interventor, mediante la cual se requirió nuevamente a VICON S.A., para que diera cumplimiento a las obligaciones contractuales y se relacionó el atraso en la ejecución de las obras[[37]](#footnote-37).

**2.4.17** Comunicación de fecha 27 de mayo de 2002, suscrita por el Gerente de VICON S.A., mediante la cual este presentó al Consorcio Interventor algunas observaciones sobre los materiales de la sub–base granular para la estructura del pavimento y alegó el caso fortuito o fuerza mayor[[38]](#footnote-38).

**2.4.18** Escrito de fecha 29 de mayo de 2002, firmado por el Director del Consorcio Interventor, mediante el cual se informó a VICON S.A., que no se aceptaría ninguna disminución en las especificaciones del material de la sub–base granular.

**2.4.19** Carta calendada el 30 de mayo de 2002, suscrita por el Gerente de VICON S.A., mediante la cual se dio respuesta al Consorcio Interventor en relación con los materiales de la sub–base granular para la estructura del pavimento[[39]](#footnote-39).

**2.4.20** Comunicación datada el 31 de mayo de 2002, suscrita por el Gerente de VICON S.A., mediante la cual se solicitó al Consorcio Interventor la ampliación del plazo del contrato de obra ST–060–01[[40]](#footnote-40).

**2.4.21** Acta de reunión suscrita el 14 de junio de 2002, entre representantes del Consorcio Interventor y de VICON S.A., en la que consta el compromiso asumido por parte del contratista, en el sentido de utilizar el material para la construcción de la sub base atendiendo a los parámetros allí descritos[[41]](#footnote-41).

**2.4.22** Comunicación de fecha 19 de junio de 2002, suscrita por el Gerente de VICON S.A., mediante la cual le solicitó al Consorcio Interventor el cambio de las especificaciones del *“Equivalente de Arena”* en la estructura del pavimento[[42]](#footnote-42).

**2.4.23** Carta suscrita por el Director del Consorcio Interventor, de fecha 20 de junio de 2002, mediante la cual informó a VICON S.A., sobre la imposibilidad de aceptar el cambio de las especificaciones del material requerido para la obra, toda vez que no cumplía con la exigencia de ser el “*Equivalente a la Arena*”, de acuerdo con lo especificado para el proyecto[[43]](#footnote-43).

**2.4.24** Comunicación del 25 de junio de 2002, suscrita por el Director (E) de METROVIVIENDA, a través de la cual se informó a VICON S.A., sobre las solicitudes enviadas por el Consorcio Interventor para la imposición de multas por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contractuales[[44]](#footnote-44).

**2.4.25** Misiva del 20 de febrero de 2003, suscrita por el Gerente de VICON S.A., en la cual se presentó a METROVIVIENDA una valoración y una petición de reconocimiento de los sobrecostos que según el contratista, este debió asumir como consecuencia de la ejecución del contrato ST–060–01[[45]](#footnote-45).

**2.4.26** Acta de Liquidación del Contrato de Obra ST–060–01, suscrita por METROVIVIENDA, VICON S.A. y el Consorcio Interventor, el día 23 de abril de 2003, en la cual se dejó constancia de las salvedades detalladas acerca del desequilibrio económico del contrato, por razón del cambio de botadero, sobrecosto de materiales y mayor permanencia en obra[[46]](#footnote-46).

**2.4.27** Resolución No. 035 de fecha 23 de abril de 2003, proferida por el Gerente General de METROVIVIENDA, a través de la cual se resolvió en forma negativa la reclamación de restablecimiento del equilibrio económico del contrato CST060–01, elevada por VICON S.A., previo análisis de cada uno de los puntos objeto de reclamación[[47]](#footnote-47).

**2.4.28** Resolución No. 056 de fecha 20 de junio de 2003, proferida por el Gerente General de METROVIVIENDA, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por VICON S.A., contra la Resolución No. 035 de 2003.

**2.4.29** Acta de Recibo Final de Obra a Satisfacción, suscrita el 10 de marzo de 2003, de una parte, por Guillermo Tamayo Lara, Director de Obra y Alfonso Vejarano Gallo, Representante Legal de Vías y Construcciones S.A., y, de otra, por Ricardo Gómez Roa, Director de Interventoría y Alejandro Barreto Obregón, Representante Legal de Consorcio ACI LTDA – SEDIC S.A.*[[48]](#footnote-48)*.

**2.4.30** Constancia de ejecutoria expedida por la parte demandada respecto de las decisiones que resolvieron la reclamación interpuesta por el actor *[[49]](#footnote-49)*.

**2.4.31** Obran en el expediente los **testimonios** rendidos por los señores Fernando Corredor Moreno, Guillermo Alfonso Tamayo Lara, Ernesto Millán Ochoa, Jorge Luis Abisambra Rusconi e Iván Darío Padilla, así como el **interrogatorio de parte** resuelto por el señor Alfonso Vejarano Gallo, en su condición de representante legal de VICON S.A., quienes expresaron todo cuanto recordaban respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon tanto la fase previa a la celebración del contrato que origina el presente litigio, como la ejecución del mismo, sin adicionar al plenario, en términos generales, información relevante diferente de la consignada ya en las pruebas documentales a las cuales se ha hecho alusión en precedencia dentro de este acápite[[50]](#footnote-50).

**2.4.32** Solicitud de concepto técnico, de fecha 26 de febrero de 2004, elevada ante el Consorcio ACI LTDA–SEDIC S.A., por parte de la Secretaría General de METROVIVIENDA[[51]](#footnote-51).

**2.4.33** Concepto rendido por el representante legal del Consorcio ACI LTDA–SEDIC S.A, interventor en el contrato estatal en el cual tiene su origen el presente litigio, en respuesta a la solicitud elevada por METROVIVIENDA –referida en el numeral anterior–[[52]](#footnote-52).

**2.4.34** **Dictamen Pericial**

El dictamen pericial de fecha 2 de junio de 2005, rendido dentro del presente proceso por el Ingeniero Civil José Antonio Alférez, presentó las siguientes conclusiones:

“**CONCLUSIONES**

“Por Respuesta **1.** Sí existió cambio de botadero y por tanto, mayor distancia de acarreo de los materiales depositados, así (…).

“Por Respuesta 2. Al haber cambio de botaderos, el contratista tuvo que recorrer un kilometraje diferente al propuesto en su oferta el cual se evaluó con el siguiente resultado:(…).

“Por Respuesta 3. El valor básico por la mayor distancia de acarreo de los materiales fue de $198’216.868.62, cuya actualización según el IPC se muestra a continuación: (…).

“Por Respuesta 4.1 El Contratista investigó y realizó ensayos de laboratorio a los materiales provenientes de alrededor de treinta y tres (33) canteras y fuentes de materiales localizadas en diferentes sitios o lugares cerca y alejados de la obra, sin que esos materiales cumplieran con la exigencia de la especificación para ser utilizados como sub–base y base granulares. Los ensayos respectivos fueron costeados por el Contratista que en ningún momento facturó con cargo a la firma contratante.

“Por Respuesta 4.1.1. En la reunión del 6 de Junio de 2002 cuya Acta se anexa, la Interventora manifestó estar de acuerdo con el estudio realizado por el Contratista sobre las canteras y fuentes de materiales, llegando igualmente a manifestar que los materiales provenientes de dichas canteras y fuentes no cumplían con los requisitos especificados y por ende, disminuyó el equivalente de arena exigido (25% para la sub–base granular a 16–17%).

“Por Respuesta 4.2 METROVIVIENDA no previó durante la etapa de diseño y licitación el empleo de materiales de base granular y sub–base granular proveniente de canteras lejanas; lo anterior significa que tampoco estimó un sobreprecio por transporte de estos materiales desde las fuentes hasta el sitio de las obras.

“Por Respuesta 4.3 METROVIVIENDA no realizó ningún estudio de canteras durante la etapa de diseño y licitación para verificar que los materiales cumplieran con las especificaciones exigidas. Al parecer, tampoco elaboró los Análisis de Precios Unitarios correspondientes para conocer el valor de su presupuesto para estos materiales. Por lo tanto, METROVIVIENDA no contaba con información para conocer el valor real de los ítems 4c y 4d.

“Por Respuesta 4.4 Los siguientes son los valores de los mayores costos incurridos por el contratista para el suministro, colocación y compactación de materiales para sub–base y base granulares de acuerdo con la evaluación realizada anteriormente (…).

“Por Respuesta 4.5 Como ya se dijo, ni en los pliegos de la licitación ni en las especificaciones se nombran materiales de relleno tipo 4 y tipo 5; tampoco había forma de correlacionar estos rellenos con los materiales de sub–base y base granulares.

“Por Respuesta **5.** Sí existió un valor dejado de percibir o recibir para el contratista debido al empleo por parte del mismo de mayor tiempo al inicialmente previsto en la propuesta. Los valores dejados de percibir fueron los siguientes (…).

“Por Respuesta 6. En esta Respuesta, solamente se consideran los mayores costos indirectos que sufrió el contratista, ya que los costos directos (por equipo) se evaluaron en la respuesta 5”[[53]](#footnote-53).

En escrito de fecha 16 de junio de 2005, la parte demandada solicitó aclaración del dictamen pericial rendido por el Ingeniero Civil José Antonio Alférez Vargas.

Mediante auto de fecha 27 de julio de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró procedente dar trámite a la solicitud de aclaración del dictamen pericial[[54]](#footnote-54). Empero, a través de auto de fecha 19 de abril de 2006, el *a quo* declaró el desistimiento de la solicitud de adición y complementación del dictamen elevada por la parte demandada, toda vez esta que no allegó al expediente la constancia de cancelación de las expensas fijadas al perito[[55]](#footnote-55).

Sin embargo, mediante auto de fecha 21 de junio de 2006, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada contra la decisión del 19 de abril de dicha anualidad –antes aludida–, revocó la decisión que declaró desistida la solicitud de aclaración y complementación del dictamen pericial, por cuanto se constató que sí obraba en el expediente el comprobante de pago de las expensas ordenadas por el Despacho. Igualmente, se advirtió que de la respectiva aclaración del dictamen se corrió traslado a las partes a través de auto del 19 de octubre de 2005, oportunidad en la cual los interesados guardaron silencio[[56]](#footnote-56).

Como consecuencia de lo anterior, el 19 de septiembre de 2015, el Ingeniero José Antonio Alférez presentó ante el *a quo* y a solicitud de la parte demandada, según antes se explicó, el documento de aclaración y complementación del dictamen pericial rendido, del cual se extraen los siguientes apartes:

“RESPUESTA 2.1.: En los términos de referencia de la licitación No. 005/01 que dio origen al contrato suscrito entre METROVIVIENDA y VICON S.A. no se nombra específicamente un botadero determinado. En el capítulo 2c de las especificaciones de construcción se establece que “…el botadero deberá tener aprobación por el DAMA o la autoridad ambiental competente”.

“Por consiguiente, la obligación del contratista era depositar los sobrantes de excavación en un botadero autorizado y en el Análisis de Precio Unitario para el ítem 2.c ‘Acarreo a distancia mayor a 2 kilómetros’ cuyo precio es por m3, el contratista estimó una distancia al botadero de 9.33 km. (véase folio 33 del experticio), la cual representa aproximadamente la distancia entre la obra de la Tercera Etapa de METROVIVIENDA y la escombrera denominada Ramada Baja o Las Palmas.

“Por consiguiente, hay suficientes bases para concluir que en la estructuración de la propuesta, el Contratista estimó emplear el botadero de Ramada Baja para el depósito de los materiales sobrantes de las excavaciones, tal y como el contratista lo manifestó mediante correspondencia enviada a la Interventoría. (véase oficio VCN– 211– 03 de Febrero 20 de 2003, anexo a folio 47 del experticio).

“Adicionalmente debo decir que con fecha 16 de Enero de 2002 la Dirección Técnica de Malla Vial del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, mediante memorando DTMV–4000–0036, informó sobre la medida preventiva adoptada por la CAR en contra de la escombrera Ramada Baja y la imposibilidad de seguir depositando escombros allí, razón que obligó al contratista a cambiar de escombrera a las denominadas CANTARRANA Y PANAMA, escombreras situadas a una mayor distancia de la obra que la escombrera Ramada Baja, también llamada Tintal o Las Palmas.

“Por consiguiente, para depositar el material sobrante de las excavaciones en las escombreras CANTARRANA y PANAMA, el contratista debió recorrer un kilometraje diferente al estimado en el momento de estructuración de su propuesta, kilometraje que fue debidamente evaluado en el experticio.

“(…)

“PREGUNTA 4.1.2. El perito deberá aclarar su respuesta e indicar lo que las partes manifestaron en relación con los costos que acarrearía el nuevo material, acorde con el Acta de Reunión celebrada el 6 de Junio de 2002, aportada a folios 45 y 46 de la experticia.

“RESPUESTA 4.1.2: Para absolver esta pregunta, es necesario transcribir los párrafos 7 y 8 del Acta de Reunión celebrada el 6 de Junio de 2002: (párrafo 7): (…).

“De los anteriores párrafos, se puede concluir que los representantes del contratista, en este caso, quienes suscribieron el Acta de Acuerdo, ingenieros Guillermo Tamayo Lara, Director de Obra y Ernesto Millán Ochoa, Ingeniero Residente, no decidieron acerca de aspectos contractuales como sobrecostos, sino solamente de aspectos técnicos relacionados con las características del material a ser utilizado como sub base para el proyecto.

“PREGUNTA 4.1.3: Igualmente deberá aclarar si las especificaciones acordadas sobre el material fueron una imposición de la firma interventora o un acuerdo de mutuo consentimiento.

“RESPUESTA 4.1.3: En el párrafo 4 del Acta de Reunión celebrada el 6 de Junio de 2002, folios 45 y 46 del experticio, se lee que las características del material a utilizar son un acuerdo entre las partes y no una imposición de la lnterventoría. Estas características son de tipo técnico, por lo que se repite lo expuesto en la respuesta anterior que los representantes del contratista que asistieron a la reunión susodicha, acordaron con la lnterventoría aspectos técnicos solamente.

“(…)

PREGUNTA 4.2

“4.2.1: Se servirá aclarar el perito como puede deducir los factores tenidos en cuenta por METROVIVIENDA teniendo en cuenta que en los términos de referencia sólo se suministró al contratista un valor global correspondiente al presupuesto oficial?

“RESPUESTA 4.2.1: Durante la estructuración de este experticio se ofició a METROVIVIENDA para absolver la pregunta formulada por el apoderado de la parte demandante (folios 73 y 74) y a su vez METROVIVIENDA ofició a la firma C.I.C. Consultores de Ingeniería y Cimentaciones Ltda. quien elaboró el presupuesto oficial para la licitación 05–01 (folios 75 y 76). Esta última firma dio contestación en Febrero 21 de 2002 mediante su carta 278/11246 en la cual informa los factores tenidos en cuenta por METROVIVIENDA. Por lo tanto, no es deducción mía como perito, sino información recibida por parte de METROVIVIENDA a través de su diseñador. Se aclara que de todas maneras la respuesta del diseñador fue evasiva.

“PREGUNTA 4.2.2: Se servirá aclarar cómo concluye a partir de la respuesta del diseñador, qué factores estaban y qué factores no estaban previstos en el diseño arquitectónico; el estudio de suelos; el estudio de pavimentos y los precios del mercado con los respectivos APU realizados.

“RESPUESTA 4.2.2: En el experticio, a folio 11, solamente se transcribe la respuesta dada por METROVIVIENDA. En este aspecto, se repite lo indicado por el diseñador: ‘Los diversos factores previstos para la conformación del presupuesto oficial fueron: el diseño arquitectónico; el estudio de suelos; el estudio de pavimentos, con base en las especificaciones y tipologías de vías del IDU; precios del mercado con los respectivos APU realizados’.

“PREGUNTA 4.2.3: Se servirá complementar esta pregunta una vez examine los términos de referencia completos y la oferta.

“RESPUESTA 4.2.3: Ni en los términos de referencia de la licitación 005/01 ni en la propuesta presentada por VICON S.A. se indican los factores tenidos en cuenta para estructurar el presupuesto oficial. En los términos de referencia, solamente se informa el presupuesto oficial global y se da el listado de actividades o ítems con sus respectivas cantidades.

“Cada proponente llenó el espacio correspondiente al precio unitario y al total.

*“PREGUNTA 4.2.4: Se servirá aclarar la siguiente afirmación: ‘*Al parecer, tampoco se elaboraron los respectivos análisis de Precios Unitarios ya que no fueron suministrados en las respuestas dadas’*.*

“RESPUESTA 4.2.4: Para contestar a la pregunta 4.2 formulada por el apoderado del demandante, METROVIVIENDA debería haber aportado el Análisis de Precios Unitarios para los ítems 4c ‘Suministro, colocación y compactación de material granular para base de pavimento’ y 4d ‘Suministro, colocación y compactación de material granular para sub–base de pavimento’ por cuanto es en estos Análisis donde se encuentran los datos solicitados, tales como valor de cada uno de los factores considerados y distancias de acarreo de los materiales. La información suministrada por METROVIVIENDA: En relación en este punto, se confirma que se consideraron los costos normales y comerciales de estos materiales, puestos en obra, independientemente del sitio donde fueron extraídos o explotados(…).

“PREGUNTA 4.3

“4.3.1.: Se servirá aclarar su respuesta a esta pregunta con base en las mismas anotaciones hechas a la PREGUNTA 4.2 y deberá explicar sus respuestas teniendo en cuenta que los valores dados a los ítem 4c y 4d son los que tienen que llenar los proponentes en la etapa de licitación y para el caso de VICON S.A. el formulario de precios unitarios fue completamente diligenciado en estos rubros (Folio 105 del experticio CANTIDADES Y PRECIOS UNITARIOS, Página 1 de 10).

*“(…).*

“La pregunta se refiere a los estudios y diseños desarrollados por METROVIVIENDA en la etapa de preparación de la licitación 005/01 y no tiene nada que ver con el precio unitario presentado por cada uno de los proponentes.

“En la respuesta dada, METROVIVIENDA no da la información solicitada.

“PREGUNTA 4.5

*“4.5.1 El perito se servirá aclarar porqué en el párrafo 1 de la respuesta 4.5 dice: ‘*A la vez no puedo decir que estas características de materiales de relleno (4 y 5) tengan que ver con los materiales que son sustanciales para la base y la sub–base granular (…)’.

“RESPUESTA 4.5.1 La pregunta del apoderado del demandante se refería a si existía relación entre unos rellenos nombrados tipo 4 y tipo 5 por un proponente diferente a VICON S.A. (CONALVIAS) con los materiales constitutivos de la sub–base y base granular. La respuesta dada en el experticio es clara al manifestar que no es posible su relación por cuanto ni en los pliegos, ni en las especificaciones, ni en ningún otro documento consultado dado a los proponentes en el momento de la licitación, se nombra ningún relleno tipo 4 ni ningún relleno tipo 5.

“PREGUNTA 4.5.2: El perito deberá aclarar entonces cuáles son los materiales sustanciales para la base y la sub–base granular.

“(…).

“RESPUESTA 4.5.3: Acorde con la solicitud planteada por la abogada de la demandada, se volvieron a revisar los Formularios de Preguntas y Respuestas de la licitación 05–01, encontrándose que efectivamente en el FORMULARIO DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS No. 3 la firma CONALVIAS S.A. hizo la siguientes preguntas mediante comunicación del 10 de Octubre de 2001 y obtuvo las siguientes repuestas de parte de METROVIVIENDA: (…).

“(…).

“Nótese que las preguntas 1 y 2 formuladas por la firma CONALVIAS S.A. se refieren a rellenos tipo 4 y tipo 5 y, ni en las preguntas, ni en las respuestas dadas por METROVIVIENDA en el mismo Formulario de Preguntas y Respuestas No. 3 se correlacionan estos rellenos con los materiales de sub–base granular y de base granular. Si METROVIVIENDA hubiera creído que los rellenos tipo 4 y 5 estaban relacionados con la sub–base y la base granular, hubiera sido fácil en sus repuestas haber aclarado este punto a todos los proponentes, para no inducir a error, sin embargo, como se concluye de las respuestas dadas, METROVIVIENDA no aclaró el punto.

“(…).

“Por otra parte, yo como perito no tengo, la información para poder responder el por qué la firma CONALVIAS hizo las preguntas anteriormente indicadas en el proceso licitatorio.

“(…).

“CONCLUSIÓN GENERAL

“Como perito asignado en este proceso, me ratifico en todas las partes de las conclusiones del experticio presentado, al igual que los cálculos incluidos en él sobre la valoración pericial decretada por el Tribunal”[[57]](#footnote-57) (subrayas añadidas).

En relación con la valoración del dictamen pericial, el juez dispone de la facultad ⎯que siempre ha de ser ejercida de manera razonada, con la pertinente y debida justificación⎯ de apreciar libremente tanto las constataciones como las conclusiones, juicios y conceptos que forman parte del dictamen pericial, de manera que si lo encuentra referido a asuntos que escapan al objeto posible de una experticia técnica, insuficientemente justificado, incorrectamente soportado o conducente a conclusiones irrazonables o carentes de la apropiada demostración, no tiene la obligación de acogerse a él sino, al contrario, de apartarse de su contenido.

También es claro que el examen o estudio de extremos de naturaleza puramente jurídica, por regla general, se encuentra excluido como objeto posible de un dictamen pericial toda vez que la interpretación de la ley o la aplicación del derecho constituye función del resorte exclusivo del juez, eso sí con el muy significativo matiz consistente en que en aquellos eventos –cada vez más frecuentes– en los cuales el legislador utilizó términos científicos, técnicos o propios de cualquier área del arte o del saber especializado, cuyo adecuado entendimiento escapa a la cultura normal del funcionario, nada impediría recurrir al auxilio de peritos para que contribuyan, con su experticio, a precisar el exacto significado del dispositivo normativo en cuestión, correspondiéndole al juez ⎯como en todos los casos⎯ la libre valoración del dictamen respectivo.

En el presente caso, como fácilmente se desprende de buena parte del contenido tanto del dictamen pericial inicialmente rendido dentro de este encuadernamiento, cuanto del objeto de varias de las peticiones de aclaración del mismo, así como de algunas de las respuestas dadas por el perito a dichos pedimentos, un significativo número de los razonamientos y de las conclusiones ofrecidas por el auxiliar de la justicia tienen que ver con lo que en su entender constituye, de un lado, la interpretación que debe dársele a las previsiones plasmadas en el pliego de condiciones o a las estipulaciones del contrato mismo y, de otro, la extensión de la responsabilidad asumida por el contratista con base en la propuesta que presentó y en las prestaciones a cuyo cumplimiento se comprometió con base en la celebración del contrato ST–060–01 con METROVIVIENDA.

Sin embargo, a juicio de la Sala el análisis relativo al alcance o a la extensión de la responsabilidad asumida por las partes con fundamento en la ley, en los documentos de la licitación o en las estipulaciones contractuales constituye materia de naturaleza eminentemente jurídica que, por razón de todo cuanto precedentemente se expuso en punto del objeto de la prueba pericial, se trata de un asunto cuyo examen resulta del exclusivo resorte y competencia de la autoridad judicial, sin que el cometido de la experticia pueda o deba extenderse a la valoración de tales cuestiones de índole claramente jurídica.

Por consiguiente, al dictamen pericial rendido dentro del presente litigio deberá reconocérsele mérito demostrativo únicamente en cuanto aluda a cuestiones de índole estrictamente técnica relacionadas con la ejecución del contrato estatal de marras, sin que las observaciones y menos las conclusiones del auxiliar de la justicia en relación con los alcances de la responsabilidad asumida por las partes en esta controversia, deban ser consideradas por y menos vinculen a la Sala, pues, de hecho, en muy importante medida tal es el objeto del pleito al cual a través del presente pronunciamiento se pone fin.

**2.5 El equilibrio financiero del contrato, la teoría de la imprevisión y su posibilidad de aplicación a eventos como el *sub judice***.

**2.5.1** Como es bien sabido, la actividad contractual de las entidades estatales tiene como finalidad apoyar y/o procurar la prestación de los servicios públicos, el ejercicio de las funciones a cargo del Estado y, por consiguiente, la satisfacción de los intereses generales; este rasgo distintivo de la contratación estatal determina que en la cumplida ejecución del objeto de tales vínculos negociales se encuentren en juego cardinales principios e intereses cuya protección concierne al Estado Social de Derecho y tal es la razón por la cual en las normas jurídicas que gobiernan la materia se han previsto diversos mecanismos encaminados a conjurar los efectos derivados de contingencias que puedan conducir a la paralización o a la inejecución del contrato en el que una de sus partes es una entidad del Estado.

Uno de tales mecanismos es precisamente aquel que permite que puedan ajustarse las condiciones económicas pactadas por las partes de suerte que, manteniéndose el valor y equilibrio real entre ellas en el decurso de la relación negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones, se lleve a feliz término la ejecución del contrato y la entidad contratante pueda cumplir con los fines esenciales del Estado. De allí que el fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifique sobre la base del equilibrio, de la igualdad o de la equivalencia proporcional y objetiva entre las prestaciones asumidas por las partes, lo cual comporta la exigencia consistente en que las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato se preserven durante su ejecución e, incluso, como en su liquidación, manteniéndose a lo largo de esas etapas las obligaciones y derechos originalmente convenidos, así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, con lo cual en caso de evidenciarse circunstancias o vicisitudes que afecten el equilibrio que garantiza el Legislador, este deba restablecerse para que no se vean afectados los mencionados propósitos que justifican la actividad contractual del Estado.

Empero, lo anterior no necesariamente significa que en todas las hipótesis el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él, pues no cualquier imprevisto que merme su ventaja patrimonial tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico; así pues, solo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera del negocio tienen vocación para constituirse en el fundamento de la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del vínculo obligacional, pues si las anotadas condiciones de recuperación de la ecuación financiera del negocio no se exigiesen, se vería menoscabado el interés público que debe prohijarse con ocasión de la contratación estatal. Lo expuesto fuerza la conclusión de acuerdo con la cual en el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente, en realidad, es el interés general que se persigue satisfacer con la celebración y cabal ejecución del contrato estatal.

Ello explica que resulte reiterada la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el sentido de exigir que el deber de restablecer la ecuación contractual solo pueda ser impuesta cuando el desbalance en la economía del negocio obedezca a circunstancias no atribuibles al contratista o a eventualidades con efectos desfavorables para su patrimonio que el mismo no se encuentre en el deber jurídico de soportar. A su vez, al amparo de dicha jurisprudencia, se exige que el desequilibrio de las cargas contractuales tenga impacto o entidad suficiente como para provocar la ruptura del equilibrio entre prestaciones recíprocas definido desde el surgimiento del vínculo[[58]](#footnote-58).

La Sección Tercera de esta Corporación igualmente ha llamado la atención respecto de que, tanto a efectos de aplicar el principio de equilibrio financiero del contrato como, en general, de interpretar la normas jurídicas en materia contractual y el contenido mismo de los negocios jurídicos, debe tenerse en cuenta el postulado por cuya virtud los contratos deben ser ejecutados de buena fe por las partes, una buena fe cualificada que puede catalogarse como *“buena fe objetiva”*, en la medida en que no resulta suficiente, para avenirse a los dictados del referido postulado de la buena fe, con la mera convicción de las partes, en el sentido de encontrarse obrando en conformidad con el ordenamiento jurídico, lo cual, naturalmente, también tiene incidencia en la manera de identificar los alcances del principio de equilibrio contractual, precisiones que revisten sustancial importancia para la resolución del caso *sub lite*[[59]](#footnote-59)*.*

El Consejo de Estado ha identificado las causas y los requisitos que al amparo de la normatividad aplicable en materia de contratación de las entidades públicas pueden dar lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato estatal, en los siguientes términos:

“El equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, a saber: i) actos o hechos de la entidad estatal contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo –ius variandi–, sean éstas abusivas o no; ii) actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato; y **iii)** factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos los eventos antes referidos surge la obligación para la entidad estatal contratante de auxiliar a su contratista colaborador asumiendo, bien mediante una compensación –llevarlo hasta el punto de no pérdida–, o bien indemnizándolo integralmente, según el caso, previo cumplimiento de los requisitos señalados para cada figura”[[60]](#footnote-60) (subrayas añadidas).

Puntualmente en cuanto tiene que ver con la denominada teoría de la imprevisión, cuya aplicación en el presente caso pretende el contratista demandante, los presupuestos de operatividad de la misma según lo que ha explicado la Sección Tercera de esta Corporación son los siguientes:

“De tiempo atrás se ha reconocido que la  ecuación financiera del contrato puede alterarse durante su ejecución por las siguientes causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, por incumplimiento de las obligaciones contractuales; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

“La teoría de la imprevisión, se caracteriza porque se presenta una situación extraordinaria ajena a la voluntad de las partes contratantes, que no podía preverse al momento de la celebración del contrato y que afecta gravemente la economía del mismo, sin impedir su ejecución”[[61]](#footnote-61) (subrayas añadidas).

Respecto de la denominada teoría de la imprevisión también se ha expresado lo siguiente en punto de su contenido y alcances:

“La teoría de la imprevisión “regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4° numeral 3° y 8°; 5° numeral 1°; 25 numeral 14; 27 y 28”[[62]](#footnote-62).

“En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible. No obstante, las partes contratantes pueden prever la ocurrencia de dichos imprevistos, y convenir el mecanismo de reajuste o revisión de precios al que se refiere el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993[[63]](#footnote-63).

“Con esto se pretende, pues, mantener la ecuación contractual cuando se presentan aumentos en los costos del contrato. Al efecto, “Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso”[[64]](#footnote-64).

**2.5.2** La recta inteligencia e identificación de los alcances del principio de equilibrio financiero del contrato, en general, y de la teoría de la imprevisión, en particular, tornan imperativo deslindar el espectro de supuestos en los cuales los aludidos postulados resultan aplicables, del de aquellos otros casos con los que ciertamente comparten un territorio común que es el de la no obtención de las utilidades esperadas por el contratista, pero también –y no menos importantes– múltiples y muy significativas diferencias en cuanto a la etiología y a las consecuencias atribuibles a ese otro tipo de vicisitudes a las que ahora se hará referencia y que no son otras que las derivadas de la desatención, por parte de los sujetos de la relación negocial pero, especialmente, del particular contratista, de las cargas de diligencia, de cuidado, de rigor y de seriedad que le resultan exigibles al momento de estructurar la oferta que presenta a la entidad contratante con la finalidad de que sea acogida por esta y de que sobre la base de sus contenidos –y también, naturalmente, de los parámetros fijados por la entidad en los pliegos de condiciones, términos de referencia o documento equivalente, según la modalidad de selección que corresponda–, se perfeccione el vínculo contractual.

A este último grupo de casos, vale decir a aquellos en los cuales la Administración contratante deja en relativa libertad de configuración de su propuesta a los oferentes, se ha referido de manera exhaustiva y detallada la Sección Tercera del Consejo de Estado, para subrayar la importancia que reviste la observancia, por parte del particular proponente, de las exigencias que le imponen las cargas de diligencia, de rigor y de seriedad antes aludidas, pues si la desatención de las mismas, ya en el curso de la ejecución del negocio jurídico, desencadena consecuencias económicamente desfavorables para el contratista, tal circunstancia no podrá ser invocada por este como fundamento de pretensiones resarcitorias dirigidas en contra de la entidad contratante, apoyadas en una pretendida ruptura de la ecuación financiera del contrato.

Concretamente, en el caso que se citará extensamente a continuación, por la pertinencia de los argumentos expuestos en la providencia respectiva de cara a la resolución del presente litigio, la entidad contratante, en evidente paralelismo con lo acontecido en el asunto *sub examine*, había dispuesto en los pliegos de condiciones de la licitación realizada para escoger al particular que celebrara un contrato de obra pública para la construcción y mantenimiento de una vía, que los proponentes tendrían libertad para definir las fuentes de extracción de los materiales –siempre que estos se ajustaran a las especificaciones técnicas exigidas por la entidad– y para reflejar el impacto de tal decisión en la estructuración económica de la oferta; al mismo tiempo, en los pliegos se dispuso la realización de una visita a la zona de las obras, previamente a la presentación de las ofertas, como escenario que posibilitara a los licitantes familiarizarse con las condiciones del área en la cual habrían de ser realizados los trabajos.

En el evento decidido por la Sección Tercera en aquella ocasión, el contratista reclamaba que le fueran reconocidos los sobrecostos originados en el hecho de que para cumplir con las especificaciones técnicas de los materiales recogidas en los pliegos, tendría que transportarlo desde un lugar más distante del que originalmente había previsto al diseñar y formular su ofrecimiento. Los razonamientos expuestos por la Sección Tercera en ese caso, dada la evidente analogía fáctica que desde el descrito punto de vista aquel guarda con el presente, son del mayor interés y pertinencia con miras a definir la controversia que ahora ocupa la atención de la Sala:

“Síguese de lo anterior que los interesados en licitar, además de encontrarse en libertad de proponer o de abstenerse de hacerlo, disponían de un considerable margen de libertad de configuración de sus propuestas en punto a la elección de las fuentes de extracción de materiales; pero, en el caso de decidirse a presentar oferta, debían ceñirse a las condiciones establecidas en el pliego que reglaba la licitación pública y, en el evento de existir alguna ambigüedad o previsión en dicho pliego que vulnerase los principios de igualdad, transparencia, proporcionalidad, razonabilidad o cualquier otro que imposibilitase la selección objetiva de la oferta más conveniente para la Administración, así debió planteársele oportunamente a ésta, con el propósito de que fuera despejada cualquier duda o subsanada cualquier irregularidad presente en el acto administrativo general regulador de las condiciones del procedimiento administrativo de selección y de la posterior contratación, mediante la expedición de la respectiva adenda. // (…).// “Sin embargo, la oportunidad de la cual disponían los proponentes en la licitación para sugerir esta alternativa no era después de adjudicada la misma ni de firmado el contrato, sino en el momento en el cual cada uno presentó su propuesta, como claramente lo dispuso el pliego de condiciones.

“(…).

“Por consiguiente, al entonces proponente ⎯aquí accionante⎯ le correspondía incluir en su propuesta el costo que le implicaría el suministro de arena desde el lugar en donde dicho elemento realmente se encontrase disponible, como quiera que **resulta elemental que en toda obra de infraestructura se requiere de arena y de cemento para adelantar su construcción, circunstancia sin duda conocida por cualquier persona del común y, con mayor razón, por un constructor experimentado**”[[65]](#footnote-65) (énfasis añadido).

**2.5.3** En otra oportunidad en la cual la Sala tuvo que estudiar la vocación de prosperidad de las pretensiones de restablecimiento de la ecuación financiera de un contrato a lo largo de cuya ejecución el contratista reclamaba –como lo hizo la accionante en el *sub judice*– que en la estructuración del precio no habían quedado reflejados todos los rubros que debieron ser tenidos en cuenta, falencia de la cual se derivaba el derecho que –en su opinión– le asistía a que el daño sufrido le fuese reparado, merece la pena subrayar que tales pedimentos indemnizatorios fueron desestimados en consideración a que se entendió que no

resultaba jurídicamente admisible que el contratista invocase su propia culpa –en la forma como propició la fijación del precio del negocio– como fundamento para reclamar, habida cuenta de que el establecimiento del valor del mismo fue una cuestión que dependió de las determinaciones del propio contratista en mención; para abundar en paralelismos con el caso *sub examine*, en el que ahora se cita las partes también convinieron una ampliación del plazo contractual, a iniciativa del contratista, con la expresa estipulación en el sentido de que dicha modificación al contenido del vínculo obligacional no entrañaría costo alguno para la Administración contratante:

“Así las cosas, no procede la reclamación del desequilibrio económico por este concepto, teniendo en cuenta que el defecto en la formación del precio, si existió, no fue ajeno a la conducta del contratista y, por el contrario, fue objeto de reclamación y **negociación que se realizó con base en sus propios cálculos**, amén de que su impacto habría sido insuficiente para ocasionar una ruptura del equilibrio contractual, de acuerdo con las cifras objeto de la negociación referida.

“(…).

“Ahora bien, en el caso sub lite, se encuentra que la mayor permanencia en obra derivada de la ampliación del plazo contractual, se atribuye al consorcio contratista y, por lo tanto, no puede dar lugar a restablecimiento de la ecuación financiera del contrato. Lo anterior se funda en que el plazo inicial del contrato fue libremente convenido, su ampliación fue solicitada por el contratista invocando hechos imputables a su ejecución y le fue autorizado bajo acuerdo expreso de que no causaría costos a cargo de ECOPETROL”. (negrilla y subrayas añadidas)[[66]](#footnote-66).

También resulta pertinente traer a colación para decidir el presente asunto, los razonamientos realizados por la Sección Tercera en el sentido de que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en tal tipo de eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal[[67]](#footnote-67).

**2.6 El caso concreto.**

A juicio de la Sala y con fundamento en todo cuanto hasta ahora se ha dejado expuesto, el aquí bajo examen no es un caso en el cual resulten aplicables los postulados derivados del principio de equilibrio financiero del contrato con el fin de establecer que el mismo se ha visto roto en detrimento de la parte actora y menos aún un supuesto para cuya resolución puedan ser empleados los parámetros, igualmente aludidos dentro de esta providencia, de la teoría de la imprevisión.

Ello en consideración a que ni uno solo de los eventos alegados por la sociedad actora como fuente de causación de los daños cuya reparación reclama, puede catalogarse como imprevisible, ajeno al conocimiento, a la capacidad y a la diligencia que se le presupone a un constructor de tanta experiencia como el contratista VICON S.A., –los mismos documentos por este aportados para participar en la licitación previa a la celebración del contrato ST–060–01, que obran en este expediente, así lo demuestran– y que, por consiguiente, escapara al que constituye el álea normal de todo negocio jurídico en el cual cada una de las partes asume y gestiona, de la mejor forma que le resulta posible, una serie de riesgos inherentes y consustanciales a la actividad que entraña el giro ordinario de sus negocios.

En el presente caso, al contrario, estima la Sala que lo que arroja el plenario es, cuando menos, la incuria y la falta de diligencia de VICON S.A., para estructurar la oferta con la cual participó en la licitación pública en la cual se vio favorecido como adjudicatario y posterior parte en el contrato ST–060–01 tantas veces aquí mencionado, pues no solo en lo atinente a la elección del lugar en el cual se dispondría de los escombros, sino también en lo relacionado con las especificaciones técnicas del material a emplear para la construcción de la base y de la sub base del pavimento, de un lado y con las de la tubería, de otro, las previsiones de los pliegos resultaban claras y no daban lugar a hesitación o confusión alguna.

En cuanto tiene que ver con la escogencia del botadero, los documentos contractuales –y, con base en ellos, el resto del material probatorio recaudado en el plenario– resultaron claros al dejar en manos del proponente la elección del mismo, con la consecuente y correlativa responsabilidad de prever los costos que tal actividad comportaría e incluirlos integralmente en la propuesta. Los documentos contractuales incluían la exigencia para el oferente de gestionar las autorizaciones y permisos que fueren menester con este propósito, de ser el caso, por parte de las autoridades ambientales, lo que, a no dudarlo, trasladaba al interesado en presentar oferta una mínima carga de diligencia encaminada a identificar los posibles sitios habilitados a este efecto, así como su capacidad y su disponibilidad para la época de las obras, entre otros.

En ese orden de ideas, la circunstancia de que algún basurero o lugar destinado a la disposición de desechos dejase de operar dentro de determinado período de tiempo, comoquiera que se trata de espacios que cuentan siempre con una capacidad finita, constituye una eventualidad que debe ser prevista por los profesionales del ramo, quienes a la hora de cuantificar costos y de ponderar riesgos, deben prever tales vicisitudes y considerar suficientes alternativas para la disposición de los residuos, de suerte que las erogaciones por este concepto, plenamente previsibles, se vean íntegramente reflejadas en la propuesta de negocio jurídico y pasen a formar parte de la ecuación financiera del mismo.

Otra comprensión en este sentido –como la subyacente al *petitum* de la demanda, el cual descansa sobre la base del peregrino argumento de conformidad con el cual los proponentes no tienen ni la posibilidad ni el del deber de prever y de anticipar las consecuencias de extremos como los recién aludidos– conduciría a patrocinar comportamientos irresponsables de parte de los interesados en participar en procedimientos administrativos de selección de contratistas, toda vez que se extendería un aval a que los postulados derivados del principio de planeación –que también los vinculan– pudieren resultar desatendidos por ellos, las propuestas carecer de rigor y de seriedad al poder venir estructuradas sin la suficiente previsión e inclusión de todos los costos previsibles que deben integrarlas, con la expectativa –no solo infundada sino, especialmente, contraria a carísimos principios inherentes a la contratación estatal como la buena fe o la igualdad– de que cualquier déficit a ese respecto podría ser compensado, ya después de celebrado el contrato, a través de una espuria y a todas luces improcedente aplicación del principio de equilibrio financiero del contrato a supuestos que claramente no se encuentran comprendidos bajo su égida.

Algo muy similar a lo que se viene de exponer podría afirmarse en relación tanto con el material para la construcción de la sub base y la base del pavimento, como en lo que tiene que ver con la tubería necesaria para la ejecución de las obras, elementos respecto de los cuales las previsiones de los pliegos establecían las especificaciones claras y concretas. Observa la Sala que resultaba plenamente razonable que el constructor tuviera a su cargo la escogencia de los materiales correspondientes en la ejecución de la obras, pues era el responsable del proceso constructivo y le correspondía asumir el riesgo de idoneidad de los materiales y del buen resultado de las pruebas de laboratorio para cumplir con las especificaciones del pliego de condiciones, por manera que las demoras que sufrió estaban bajo su propio riesgo.

En reiteradas ocasiones el personal o los representantes de la parte actora pusieron de presente su conocimiento acerca de la circunstancia que se comenta, toda vez que tanto en sede administrativa como judicial, señalaron que esos materiales obtuvieron cotizaciones y constancias de disponibilidad al preparar la oferta o que podrían o de hecho pudieron disponer de ellos con posterioridad, ya una vez en curso de ejecución del contrato.

El gran inconveniente que suscitó la problemática de la cual este litigio trae causa, radicó en que la sociedad actora no previó –habiendo, sin dificultad, podido y debido hacerlo– que las condiciones físicas, naturales o económicas que podrían determinar la adquisición de los materiales, ya en el momento de ejecución de las obras, eran susceptibles de variar, que las fuentes de extracción de materiales o de adquisición de los elementos posiblemente no estarían en condiciones de ofrecerlos durante todo el tiempo en el que se los necesitare y que, en consecuencia, se tornaba necesario adelantar averiguaciones suficientes antes de preparar la oferta y prever alternativas que impidieran que pudiese dificultar o, peor aún, suspender la marcha de los trabajos, como infortunadamente acaeció en el evento que esta ocasión se decide.

Los costos de esas averiguaciones y de la inclusión de las mencionadas alternativas debieron verse reflejados en las ofertas –los pliegos de condiciones en el asunto *sub examine*, de hecho, expresamente invitaban a que así ocurriese– y pasar a integrar la ecuación financiera del contrato, pues en modo alguno pueden catalogarse, los aquí concernidos, como eventos o riesgos imprevisibles o ajenos a la actividad propia de las partes; al contrario, la disponibilidad de los elementos requeridos para construir tramos de carretera, los sistemas de acueducto, la mutabilidad de las circunstancias geológicas en las canteras, entre otros, son asuntos que sin mayores problemas pueden y deben ser anticipados por los profesionales del ramo y la sociedad aquí demandante, a no dudarlo, se presentó como experta en la ejecución de obras similares.

Mal podía, entonces, la parte actora, escudarse en su propia impericia, ligereza o imprudencia a la hora de formular su oferta, para reclamar el reconocimiento de gastos que eran perfectamente previsibles y que pudieron anticiparse con base en un adecuado examen de los documentos contractuales, de la zona de las obras –la cual se tuvo posibilidad de visitar como parte del procedimiento administrativo de selección del contratista– y de las fuentes de obtención de los materiales necesarios para ejecutar el contrato, todo con apoyo en una inasumible invocación de la teoría de la imprevisión a fin de que se aplicara, sin haber lugar a ello, el principio de equilibrio financiero del contrato.

Por lo demás, el abundante material probatorio recaudado y valorado en este encuadernamiento –especialmente el ingente cruce epistolar entre las partes y la interventoría– evidencia que la actitud asumida tanto por la entidad contratante como por la interventoría, lejos de encaminarse a obstaculizar la labor del contratista aquí demandante, buscó facilitarla hasta donde lo permitían los límites del ordenamiento jurídico, de los documentos y de las estipulaciones contractuales, pues los muchas veces injustificadamente reiterados e improcedentes pedimentos de VICON S.A., –en tanto que, como se ha dicho, estaban encaminados a que se le autorizase apartarse de las razonables y previamente establecidas especificaciones técnicas fijadas para la ejecución del objeto contractual–, siempre fueron atendidos rápida y oportunamente por la interventoría; esta y METROVIVIENDA postergaron al máximo el ejercicio de la potestad sancionatoria, con el fin de forzar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones y buscaron de modo constante el arribar a soluciones negociadas, al punto que, de hecho, tanto en lo que atañe a la sub base y base del pavimento, como en lo que respecta a las tuberías, se acabaron por acoger fórmulas parcialmente distintas de las establecidas en los documentos contractuales, pero que garantizaran la estabilidad de las obras y la vigencia y cumplida eficacia de los principios de la contratación estatal.

Todo lo expuesto conduce a concluir que a la sociedad demandante no le fue causado un daño antijurídico, esto es, que no se encuentre en el deber jurídico de soportar, sino todo lo contrario. Las posibles consecuencias desfavorables derivadas de su inadecuado manejo de las responsabilidades y deberes a su cargo desde la propia formulación de su oferta, hacen que deba la parte actora entender que sí le es atribuible el deber de asumir los efectos nocivos derivados de su propio reprochable quehacer en el presente caso; las pretensiones de la demanda, por tanto, no están llamadas a prosperar y ello debe ineluctablemente conducir a que en este sentido sea confirmado el fallo de primera instancia proferido en el *sub lite* por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**2.7 Costas**

Habida cuenta de que para el momento en el cual se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes ha actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

**PRIMERO: Confirmar** la sentencia proferida en primera instancia, esto es la dictada el 23 de mayo de 2007 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en consecuencia, **negar** las súplicas de la demanda.

**SEGUNDO:** Sincondena en costas.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fl. 13, c. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls. 21-23, c. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls. 1-26, c. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls. 11-13, c. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Fls. 32-33, c. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls. 36-87, c. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fls. 95-98, c. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fl. 172, c. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls. 198-209, c. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls. 176-197, c. 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fls. 211-217, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls. 219-221, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls. 223-224, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-13)
14. Fl. 228, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-14)
15. Fl. 230, ídem. [↑](#footnote-ref-15)
16. Fls. 231-246, ibídem. [↑](#footnote-ref-16)
17. Fls. 247-250, ejusdem. [↑](#footnote-ref-17)
18. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente del año 2003 ($332.000), toda vez que la demanda se presentó el 22 de agosto de 2003 y el recurso de apelación se interpuso el 18 de julio de 2007, en vigencia de la Ley 954 de 2005. [↑](#footnote-ref-18)
19. Diario Oficial 45.983. [↑](#footnote-ref-19)
20. Fls. 13-14, c. 1. [↑](#footnote-ref-20)
21. Disposición cuyo tenor literal es el siguiente: *“Artículo 75. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”*. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013; Expediente: 25.022; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-22)
23. Fl. 120, c. 8. [↑](#footnote-ref-23)
24. Fls. 853, 854, 857, 859, c. 8. [↑](#footnote-ref-24)
25. Fls. 8 y 9, c. 2. [↑](#footnote-ref-25)
26. Fl. 17, c. 2. [↑](#footnote-ref-26)
27. Fls. 48-49, c. 2. [↑](#footnote-ref-27)
28. Fls. 52-54, c. 2 [↑](#footnote-ref-28)
29. Fl. 55, c. 2. [↑](#footnote-ref-29)
30. Fl. 57, c. 2. [↑](#footnote-ref-30)
31. Fl. 58, c. 2. [↑](#footnote-ref-31)
32. Fls. 59-60, c. 2. [↑](#footnote-ref-32)
33. Fl. 63, c. 2. [↑](#footnote-ref-33)
34. Fl. 64, c. 2. [↑](#footnote-ref-34)
35. Fls. 65-66, c. 2. [↑](#footnote-ref-35)
36. Fls. 89-92, c. 2. [↑](#footnote-ref-36)
37. Fls. 93-94, c. 2. [↑](#footnote-ref-37)
38. Fls. 95-96, c. 2. [↑](#footnote-ref-38)
39. Fls. 107-108, c. 2. [↑](#footnote-ref-39)
40. Fls. 109-110, c. 2. [↑](#footnote-ref-40)
41. Fls. 122-123, c. 2. [↑](#footnote-ref-41)
42. Fls. 125-126, c. 2. [↑](#footnote-ref-42)
43. Fl. 127, c. 2. [↑](#footnote-ref-43)
44. Fl. 140, c. 2. [↑](#footnote-ref-44)
45. Fls. 10-13, c. 2. [↑](#footnote-ref-45)
46. Fls. 145-146, c. 2. [↑](#footnote-ref-46)
47. Fls. 150-160, c. 2. [↑](#footnote-ref-47)
48. Fl. 264, c. 9. [↑](#footnote-ref-48)
49. Fl. 2334, c. 10 [↑](#footnote-ref-49)
50. Fls. 175-206, c.2 [↑](#footnote-ref-50)
51. Fls. 271-272, c. 8. [↑](#footnote-ref-51)
52. Fls. 273-277, c. 8. [↑](#footnote-ref-52)
53. Fls. 20-22, c. 6. [↑](#footnote-ref-53)
54. Fl. 148, c. 1. [↑](#footnote-ref-54)
55. Fl. 159, c. 1. [↑](#footnote-ref-55)
56. Fl. 174, c. 1. [↑](#footnote-ref-56)
57. Fls. 3-10 y 13, c. 7. [↑](#footnote-ref-57)
58. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gomez, sentencia de 13 de febrero de 2013, radicación: 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996), actor: Carlos Arturo Campo, demandado: Emcali E.I.C.E., referencia: apelación sentencia - acción contractual. [↑](#footnote-ref-58)
59. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; Sentencia de 18 de marzo de 2015; Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Radicación: 730012331000200402147 01 (33223). [↑](#footnote-ref-59)
60. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gomez, sentencia de 13 de febrero de 2013, radicación: 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996). [↑](#footnote-ref-60)
61. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012; Consejera ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz; Expediente: 20.459. [↑](#footnote-ref-61)
62. Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente No. 1952, M.P. Enrique Arboleda Perdomo.

 [↑](#footnote-ref-62)
63. Nota original de la sentencia citada: Numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993: *“Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que hubiere realizado licitación (o concurso), o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán al os procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios (…)”.* [↑](#footnote-ref-63)
64. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 22952, M.P. Alier Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-64)
65. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de junio cinco (5) de dos mil ocho (2008); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente Nº: 15001233100019880843101- 8031; Radicación Nº: 8431; Actor: Constructores Limitada; Demandado: Fondo Vial Nacional. [↑](#footnote-ref-65)
66. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 2 de julio de 2015; Consejero ponente (e): Hernán Andrade Rincón; Radicación: 68001231500019961131101; Expediente: 34518. [↑](#footnote-ref-66)
67. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; Sentencia del 18 de marzo de 2015; Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Radicación: 730012331000200402147 01 (33223). [↑](#footnote-ref-67)