**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Controversias contractuales – Desequilibrio económico del contrato – Acto de liquidación del contrato – Nulidad – Ineptitud sustantiva de la demanda – Criterio de oportunidad**

[…] El criterio de oportunidad reiterado por esta Sección según el cual el contratista debe realizar las reclamaciones por desequilibrio económico en caso de presentarse contratos adicionales o prórrogas al contrato principal, pues de no hacerlo e intentar una reclamación luego de finalizar el contrato va en contra de la buena fe contractual. (…) esta Sección ha considerado que la demanda es inepta cuando se pretende la declaratoria de incumplimiento o desequilibrio económico de un contrato estatal, pero se omite la solicitud de nulidad de resoluciones que resolvieron en sede administrativa tales peticiones, verbigracia el acto de liquidación unilateral del contrato. Lo anterior debido a la presunción de legalidad que rige los actos administrativos, pues en esos casos la estimación de las pretensiones implicaría un estudio de dichos actos, pero al no ser demandados impiden al juez un pronunciamiento de fondo.

**APELACIÓN DE SENTENCIA – Congruencia – Límites de la apelación – Demanda en forma – Fallo de fondo – Non reformatio in pejus**

En el presente asunto la Sala encuentra restringida su competencia de conformidad con lo preceptuado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en sede contencioso administrativo por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, según el cual el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo que es desfavorable al apelante y en caso de que sea apelante único, el ad quem, no podrá hacer más gravosa su situación, principio al que se le ha denominado de la non reformatio in pejus. (…) La demanda en forma, es un presupuesto procesal, para que el juez pueda dictar un fallo de fondo o de mérito. Así pues, si la demanda es confusa y contiene una indebida acumulación de pretensiones, de suerte que el juez no la puede interpretar, se impone un fallo inhibitorio”. En ese sentido, la demanda en forma es un requisito para que el juez profiera la sentencia. Esta tesis no significa, per se, que la demanda en debida forma conlleve inevitablemente a que se acceda a las súplicas de la misma, ya que bien se puede presentar, prima facie, la primera, y sin embargo, el ejercicio de hermenéutica del administrador de justicia puede llevarlo a colegir que las peticiones de la misma no están llamadas a prosperar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

### Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

### Bogotá, D. C, veinticinco (25) de febrero de dos dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2005-02718-01(41901)**

**Actor: PUCALPA CONSTRUCCIONES LTDA. Y OTRO**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**

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

**Tema: Ineptitud sustantiva de la demanda. Demanda en forma. Necesidad de demandar la nulidad de acto de liquidación unilateral. Oportunidad de reclamaciones y salvedades en contratos estatales. Modificaciones inoponibles a la Entidad contratante.**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 14 de abril de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en la cual declaró probada la excepción de *improcedencia de las pretensiones frente a la acción incoada* y negó las demás pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**
	* + 1. **La demanda.**

En ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., las sociedades Pucalpa Construcciones Ltda. y Constructora Global S.A., actuando por conducto de apoderado judicial, en escrito del 30 de noviembre de 2005[[1]](#footnote-1), instauraron demanda en contra del Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, elevando las siguientes *pretensiones*:

*“Primera: Que se declare la existencia de un desequilibrio económico que afectó el contrato No. 0831 de 2002 suscrito entre el INVIAS y la Unión Temporal P y G.*

*Segunda: Que dicho desequilibrio económico fue ocasionado por causas ajenas a la voluntad del contratista Unión Temporal P y G y/o sus miembros.*

*Tercera: Que a efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato No. 0831 de 2002, el INVIAS reconozca a la Unión Temporal P y G, representada en sus miembros, las siguientes sumas de dinero:*

1. *La suma establecida mediante un peritazgo contable y financiero por concepto de permanencia de personal y equipo (stand by) entre el 17 de febrero y el 21 de mayo de 2003, según la información que repose en los libros de contabilidad de la Unión Temporal P y G y demás documentos relacionados con el contrato No. 0831 de 2002.*
2. *Una suma no inferior a CIENTO SESENTA MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL SETECIENTOS SETENTA pesos M/cte ($160`308.770.oo) derivada de la disminución en la cantidad ejecutada del ítem correspondiente a cemento asfáltico.*
3. *Una suma no inferior a TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS VEINTISEIS pesos M/cte ($365`375.256.oo) derivada de la disminución en la cantidad ejecutada del ítem correspondiente a mezcla densa en caliente tipo MDC-2.*

*Tercera Subsidiaria: En defecto de lo anterior, me permito solicitar al Despacho lo siguiente:*

*Que a efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato No. 0831 de 2002, el INVIAS reconozca a la Unión Temporal P y G, representada en sus miembros, las siguientes sumas de dinero:*

1. *La suma establecida mediante un peritazgo contable y financiero por concepto de permanencia de personal y equipo (stand by) entre el 17 de febrero y el 21 de mayo de 2003, según la información que repose en los libros de contabilidad de la Unión Temporal P y G y demás documentos relacionados con el contrato No. 0831 de 2002.*
2. *La suma resultante del valor de la utilidad proyectada por la Unión Temporal P y G en su oferta, derivada de la ejecución del ítem correspondiente a cemento asfáltico.*
3. *La suma resultante del valor de la utilidad proyectada por la Unión Temporal P y G en su oferta, derivada de la disminución en la cantidad ejecutada del ítem correspondiente a mezcla densa en caliente tipo MDC-2.*

*Cuarta: Que las anteriores sumas se actualicen a la fecha en que el INVIAS efectúe el pago respectivo.*

*Quinta: Que las anteriores sumas devenguen los intereses comerciales y de mora de conformidad con los establecido en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.*

*Sexta: Que se condene en costas a la entidad demandada”.*

* + - 1. Hechos.

La parte actora soportó su demanda en los hechos que a continuación se sintetizan:

2.1. Mediante Resolución Nro. 002388 del 12 de junio de 2002, el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS- ordenó la apertura de la Licitación Pública Nro. SCV-080-2002 con el fin de adjudicar un contrato estatal para el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Totor- Inza la Plata Sector Totoro – Gabriel López, del PR 35 al PR 43, ruta 2602.

2.2. Con el fin de participar en la licitación, las sociedades Pucalpa Construcciones Ltda. y Constructora Global S.A. conformaron la Unión Temporal PG, la cual fue favorecida con la adjudicación.

2.3. El 24 de diciembre de 2002, el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS y la Unión Temporal PG suscribieron el contrato Nro. 0831 cuyo objeto era la ejecución a precios unitarios fijos, del mejoramiento y mantenimiento de la carretera Totoro- Inza la Plata Sector Totoro – Gabriel López, del PR 35 al PR 43, ruta 2602. El plazo del contrato era de 5 meses y el valor del total de las obras se pactó en la suma de $1.390`184.603.oo, el cual se discriminaba en varias actividades, cuyos valores y cantidades eran las se señalaban en el pliego de la licitación.

2.4. La orden de inicio se verificó el 10 de febrero de 2003, por lo que en principio el plazo de ejecución vencía el 10 de julio de dicha anualidad. Sin embargo, se presentaron tres prórrogas en el contrato y fue suspendido en dos oportunidades, por lo que el acta de recibo del contrato fue suscrita el 26 de enero del 2004.

2.5. Durante los primeros 5 meses de ejecución contractual, varias circunstancias alteraron el equilibrio económico del contrato; se evidenciaron falencias en el diseño de los tramos a intervenir, por lo que se realizó un estudio de suelos a cargo del contratista para que el INVÍAS determinara el diseño definitivo del pavimento.

2.6. El 7 de marzo de 2003, el contratista entregó a la interventoría el estudio de suelos, donde se establece que la mezcla de cemento y aditivo establecidas en el pliego de condiciones y en el contrato 0831 no eran convenientes. Por lo anterior, la Unión Temporal contratista propuso un cambio de diseño y la utilización de pavimento tradicional.

2.7. El INVÍAS aceptó la propuesta del contratista el 21 de mayo de 2003, momento a partir del cual la Unión Temporal pudo iniciar las obras, pues antes de ello se limitó a realizar estudios geotécnicos, levantamientos topográficos y vallas informativas.

2.8. Debido al cambio de diseño, era necesario un cambio en el material inicialmente pactado, por lo que la Unión Temporal el 28 de mayo remitió a la interventoría la nueva programación según el cambio de diseño. Además con posterioridad solicitó la ampliación del plazo.

2.9. En comunicación del 19 de junio de 2003, el contratista informó a la interventoría los sobrecostos incurridos para la consecución del material según los nuevos diseños.

2.10. Debido al cambio de diseño se modificaron las cantidades de obra ejecutada con relación a lo pactado en el contrato Nro. 0831, además que dos de los ítems relacionados – cemento asfaltico y mezcla densa- no fueron ejecutados por la Unión Temporal contratista, disminuyéndose el valor facturado.

2.11. El cambio de los diseños alteró el equilibrio económico del contrato, pues desde el 17 de febrero al 21 de mayo de 2003, mientras se definía el diseño definitivo, la Unión Temporal contratista incurrió en costos administrativos y de maquinaria, e implicó que el INVÍAS, para no exceder el presupuesto asignado al contrato, disminuyera la cantidades de obra de cemento asfaltico y mezcla densa, ajustando así el presupuesto en detrimento del contratista.

2.12. Una vez se requirió a la Unión Temporal para la liquidación del contrato, su representante legal manifestó el deseo de reclamar por el desequilibrio económico, razón que llevo a que el INVIAS liquidara el contrato 0831 de 2002 unilateralmente mediante la Resolución 5692 del 21 de diciembre de 2004.

2.13. Contra la anterior resolución fue interpuesto recurso de reposición, el cual fue desatado mediante la Resolución 5679 del 23 de junio de 2005, a través de la cual el INVIAS confirmó en todas sus partes la resolución recurrida.

3. Actuación Procesal.

3.1. Mediante decisión del 9 de marzo del 2006[[2]](#footnote-2), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A admitió la demanda y dispuso la notificación personal al director del Instituto Nacional de Vías - INVÍAS y al agente del Ministerio Público.

3.2. La parte demandada, Instituto Nacional de Vías – INVÍAS contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, sostuvo que no se presentó desequilibrio económico en la ejecución del contrato, además que la demora en la ejecución del objeto contratado era imputable a la Unión Temporal contratista, además propuso las excepciones *de “contrato liquidado unilateralmente a través de acto administrativo debidamente ejecutado*”, e “*improcedencia de las pretensiones frente a la acción incoada*” y falta de competencia[[3]](#footnote-3).

3.4. A través de proveído del 2 de noviembre de 2006[[4]](#footnote-4), el *a quo* abrió a pruebas el proceso de la referencia. Fenecida la etapa probatoria, se corrió traslado para alegar de conclusión mediante auto del 3 de junio de 2010[[5]](#footnote-5).

3.6. La parte demandada, Instituto Nacional de Vías, en escrito de alegatos de conclusión reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda[[6]](#footnote-6).

3.7. Por su parte, el Ministerio Público emitió concepto en el cual solicitó desestimar las pretensiones de la demanda pues, a su juicio, las diversas condiciones que sobrevinieron dentro de la ejecución del contrato 0831 fueron generadas por el contratista, por lo que no hay lugar a restablecer el equilibrio contractual dentro de un contrato cuya ecuación financiera no resultó alterada[[7]](#footnote-7).

**4. La sentencia apelada.**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A en sentencia proferida el 24 de febrero de 2011[[8]](#footnote-8), luego de declarar no probada la excepción de falta de competencia, señaló que la liquidación del contrato estatal cierra la relación contractual pues clausura todas las vicisitudes relacionadas con el desarrollo y ejecución del mismo, por lo que una vez liquidado el contrato, cualquier pretensión – incumplimiento o desequilibrio- debe ir acompañada de la impugnación del acto administrativo liquidatorio.

Por lo anterior, el *a quo*, declaró probada la excepción de *improcedencia de las pretensiones frente a la acción incoada* y negar las pretensiones de la demanda, dado que el contrato 0831 fue objeto de liquidación unilateral y dicho acto fue impugnado, circunstancia que impide pronunciamiento sobre el posible desequilibrio económico del contrato 0831.

5. El recurso de apelación.

La parte demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la anterior decisión, a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se accedan a las súplicas de la demanda[[9]](#footnote-9).

Manifestó el recurrente que la impugnación del acto de liquidación del contrato estatal deviene obligatoria siempre y cuando dicho acto contenga manifestaciones que afecten al contratista. Sin embargo, señaló que en el caso del contrato 0831, la resolución de liquidación unilateral simplemente realiza un balance general del contrato, sin pronunciarse sobre la reclamación por mayores cantidades de obra, por lo que al no tener la parte demandante reparo alguno sobre dicho acto no hay razón para demandar tal resolución.

6. Actuación en segunda instancia.

El recurso fue admitido el 14 de septiembre de 2011[[10]](#footnote-10), posteriormente por auto del 5 de octubre del mismo año, se ordenó el traslado para alegar de conclusión[[11]](#footnote-11), término aprovechado por la parte demandada- Instituto Nacional de Vías - INVÍAS[[12]](#footnote-12) para solicitar la confirmación de la sentencia de instancia.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración a través del siguiente esquema: 7. competencia; 8. hechos probados; 9. caso concreto.

1. **Competencia**

7.1. El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón al recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, dado que, conforme al artículo 40 de la Ley 446 de 1998–vigente para el momento de interposición del recurso de apelación-, la cuantía exigida en el 2005 para que el asunto fuera susceptible de doble instancia, debía superar los 500 SMMLV ($190.750.000) y en el presente asunto las pretensiones – sumadas conforme al artículo 3º de la Ley 1395 de 2010- ascendían a $525.684.296

7.2. En el presente asunto la Sala encuentra restringida su competencia de conformidad con lo preceptuado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en sede contencioso administrativo por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, según el cual el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo que es desfavorable al apelante y en caso de que sea apelante único, el *ad quem,* no podrá hacer más gravosa su situación, principio al que se le ha denominado de la *non reformatio in pejus*.

1. **Medios de prueba.**

**8.1. De las copias simples.**

La Sala valorará los documentos allegados en copia simple, de acuerdo al criterio acogido en la sentencia de unificación del veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013)[[13]](#footnote-13) de la Sección Tercera de esta Corporación, según la cual es posible apreciar las copias simples si las mismas han obrado a lo largo del plenario y han sido sometidas a la contradicción y de defensa de las partes, conforme a los principios de la buena fe y lealtad que deben conducir toda la actuación judicial.

**8.2.** Del material probatorio allegado al presente proceso la Sala destaca:

1. Copia auténtica del pliego de condiciones de la licitación pública Nro. SCV-080-2002[[14]](#footnote-14).
2. Copia auténtica de la oferta presentada por la Unión Temporal PG – Integrada por Pucalpa Construcciones Ltda. y Constructora Global S.A.- en la licitación pública Nro. SCV-080-2002[[15]](#footnote-15).
3. Copia auténtica de la Resolución Nro. 004930 mediante la cual el Instituto Nacional de Vías adjudicó la licitación pública Nro. SCV-080-2002 a la Unión Temporal PG[[16]](#footnote-16).
4. Copia auténtica del contrato de obra pública Nro. 0831 de 2002, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS y la Unión Temporal PG cuyo objeto consistía en el “mejoramiento y mantenimiento de la carretera Totoró – Inza – La Plata sector Totoró – Gabriel López del PR35 al PR43 Ruta 2602”. Se destaca:

*“****CLAUSULA SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO.-*** *El presente contrato es un contrato a precios unitarios fijos. El precio final del contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por EL CONTRATISTA y recibidas a satisfacción por EL INSTITUTO, por los precios unitarios relacionados en la Lista de Cantidades de Obra, Precios Unitarios y valor Total de la Propuesta, de que trata la Cláusula Vigésima Tercera del presente contrato. Para los efectos de este contrato se aceptan las cantidades de obra indicadas en el Pliego de condiciones, como aproximadas, bajo cuyas condiciones se establece el precio de este contrato en la suma de UN MIL TRESCIENTOS NOVENTA MILLONES CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS TRES PESOS ($1.390`184.603.oo) MONEDA CORRIENTE, sin incluir el valor del IVA, equivalentes a 4.498,98 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si durante la ejecución del contrato hay necesidad de adicionar el valor del mismo por las causales previstas en el parágrafo de la cláusula sexta del presente contrato, tal adición se hará mediante un contrato adicional”[[17]](#footnote-17).*

1. Copia auténtica de la orden de inicio de obra del contrato Nro. 0831 de 2002, del 3 de febrero de 2003[[18]](#footnote-18).
2. Copia auténtica del contrato adicional Nro. 1 al contrato Nro. 0831 de 2002, suscrito el 9 de julio de 2003[[19]](#footnote-19):

*“****CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.-*** *Prorrogar el plazo de ejecución del contrato principal No. 0831 de 2002 hasta el diez (10) de septiembre de 2.003.*

*PARAGRAFO: No obstante la prórroga que se acuerda en esta adicción, las partes declaran que el valor del contrato permanece inalterable y el Contratista manifiesta en forma expresa que no presentará reclamación alguna por mayor permanencia en obra que tenga como causa la prorroga acordada en esta adición”.*

1. Copia auténtica del acta de suspensión Nro. 1 del contrato Nro. 0831 suscrita el 12 de agosto de 2003[[20]](#footnote-20).
2. Copia auténtica del acta de reiniciación de obras del contrato Nro. 0831 de 2002 suscrita el 5 de septiembre de 2003[[21]](#footnote-21).
3. Copia auténtica del contrato adicional Nro. 2 al contrato Nro. 0831 de 2002, fechado el 3 de octubre de 2003[[22]](#footnote-22):

*“****CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.-*** *Prorrogar el plazo de ejecución del contrato principal No. 0831 de 2002 hasta el nueve (9) de noviembre de 2.003.*

*PARAGRAFO: No obstante la prorroga que se acuerda en esta adición, las partes declaran que el valor del contrato permanece inalterable y el CONTRATISTA manifiesta en forma expresa que no presentará reclamación alguna por mayor permanencia en obra que tenga como causa la prorroga acordada en esta adición”.*

1. Copia auténtica del acta de suspensión temporal de la ejecución del contrato Nro. 0831 suscrita el 5 de diciembre de 2003[[23]](#footnote-23).
2. Copia auténtica del acta de reiniciación de obras del contrato Nro. 0831 de 2002 suscrita el 22 de diciembre de 2003[[24]](#footnote-24)
3. Copia auténtica del contrato adicional Nro. 3 al contrato Nro. 0831 de 2002, suscrito el 10 de noviembre de 2003[[25]](#footnote-25):

*“****CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.-*** *Prorrogar el plazo de ejecución del contrato principal No. 0831 de 2002 hasta el veinte (20) de diciembre de 2.003.*

***PARÁGRAFO:*** *No obstante la prorroga que se acuerda en esta adición, las partes declaran que el valor del contrato permanece inalterable y el CONTRATISTA manifiesta en forma expresa que no presentará reclamación alguna por mayor permanencia en obra que tenga como causa la prorroga acordada en esta adición”.*

1. Copia simple del acta de recibo definitivo del contrato de obra pública Nro. 0831 signada el 26 de enero de 2004. En esta se establece que el valor total de la obra incluido ajustes e IVA corresponde a $1.398.715.589.oo[[26]](#footnote-26).
2. Copia auténtica del acta Nro. 01 del 17 de febrero de 2003, sobre aclaración de dudas a la iniciación del contrato Nro. 0831, suscrita por el contratista y la firma Interventora – Consorcio Dual Escobar-[[27]](#footnote-27). Se resalta:

*“1. Por no estar determinado a la fecha el Diseño a seguir en los diferentes tramos y existir la intención por parte del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS de utilizar el Diseño de pavimento de larga vida, hemos acordado realizar un estudio de suelos en cada sector a cargo del contratista, el cual deberá ser entregado el día 03 de marzo de 2003, con este se procederá a Diseñar teniendo en cuenta el conteo de trafico realizado por la Administración Vial y la carga máxima definida por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, este diseño de la alternativa contractual deberá ser entregado por los contratistas a mas (sic) tardar el 07 de marzo de 2003, así mismo el Diseño de Pavimento Tradicional deberá ser entregado en esta misma fecha por la Interventoría. Será enviado el estudio de suelos pertinentes basado en los datos entregados por los contratistas de cada tramo al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS el día 03 de marzo por parte de la Interventoría con el fin de que aquellos contraten el Diseño de Pavimento de Larga Vida.”*

1. Copia simple – sin firma- del oficio fechado 2 de abril de 2003, mediante el cual el Ingeniero Residente de la Unión Temporal PG presentó un presupuesto de cantidades adicionales sobre el contrato de mejoramiento y mantenimiento de la carretera Totor-Inza- La Plata – Sector Totoro – Gabriel Lopez[[28]](#footnote-28).
2. Copia simple del documento referenciado como “acta de liquidación final del contrato Nro. 0831 de 2002”, el cual es signado únicamente por el representante legal de la Unión Temporal PG. El representante legal consignó las siguientes salvedad: *“Actuando en nombre de la UT PG como representante legal manifiesto no estar de acuerdo con la presente liquidación toda vez que en la ejecución del contrato se presento (sic) desequilibrio económico. Por lo anterior me reservo el derecho a reclamar pre y judicialmente los mayores costos en los que la UT incurrió para la cabal ejecución del proyecto*”[[29]](#footnote-29).
3. Copia simple de la Resolución Nro. 005692 de 2004, mediante la cual el INVÍAS liquidó unilateralmente el contrato Nro. 0831 de 2002[[30]](#footnote-30). La Sala resalta:

*“(…)*

*Que la nota de inconformidad consignada en el acta de liquidación no hace claridad sobre los hechos que muestran que se presentó desequilibrio económico durante la ejecución del contrato y que las comunicaciones en las que el contratista hace alusión, fueron respondidas por el instituto a través de la Territorial y la interventoría, según comunicaciones mencionadas en el párrafo anterior, donde se niega totalmente las pretensiones del contratista.*

*En virtud de los considerandos anteriores, el Instituto Nacional de Vías procede a liquidar unilateralmente el contrato precitado, en cumplimiento a lo señalado en el Artículo 61 de la Ley 80 de 1993, el cual establece: “Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdos sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”.*

1. Copia simple de la resolución Nro. 002679 de 2005 por la cual el INVIAS, resolvió el recurso de reposición contra la Resolución Nro. 005692 de 2004, decidiendo confirmarla en su integridad[[31]](#footnote-31). Se resalta:

“(…) que el recurso interpuesto por el Contratista – UNIÓN TEMPORAL PG tiene como pretensión que no se aplique la Resolución 005692 de 2004, con base en los argumentos que a continuación se resumen:

1. Modificación del diseño del pavimento a utilizarse en el tramo a intervenir por parte de la Unión Temporal P y G, lo que llevo (sic) a que se hiciera un estudio de suelos para la definición del respectivo diseño.
2. La Unión Temporal envía a la Interventoría cuadros comparativos con las cantidades de obra adicional y las cantidades de pavimento resultantes del nuevo diseño propuesto por el contratista.
3. Teniendo en cuenta la fijación del nuevo diseño, fue necesario un cambio del material inicialmente ofertado por la Unión Temporal, toda vez que ya no se iba a trabajar el diseño contractual, sino una estructura de pavimento tradicional.

Por esta razón, la mencionada Unión Temporal solicita a la Interventoría que se aprobaran nuevas cantidades de obra lo que implicaba nuevos precios.

1. La Unión Temporal pone en conocimiento de la Interventoría acerca de los sobrecostos generados por el nuevo diseño de pavimento.
2. La Unión Temporal argumenta no poder ejecutar la obra en el término inicialmente pactado debido a que tiempo después de recibir la orden de inicio, se conoció el diseño definitivo del pavimento, a partir de lo cual se comenzó a tramitar la licencia ambiental y la cotización de las nuevas cantidades de obra.
3. Se argumenta por parte del contratista, que el cambio de diseños alteró el equilibrio económico del contrato, solicitando al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS se le reconozca los valores generados durante el tiempo que el contrato no pudo ejecutarse por la falta de definición del diseño del pavimento y la consecuente disminución de la ganancia prevista por la Unión Temporal...

(…)

Que revisados cada uno de los argumentos presentados por los recurrentes en sus escritos, el INSTITUTO concluye que no existen razones de hecho o de derecho que conduzcan a la decisión de revocar el acto administrativo impugnado, y por el contrario se afirman los motivos que sustentaron la liquidación unilateral del contrato 0831 de 2002, por lo que se confirmará en todos sus apartes la Resolución 005692 de Diciembre 21 de 2004 por cuanto:

1. De acuerdo a la comunicación enviada el día nueve (9) de Marzo de 2005 con radicación Invías No. 13018, por parte del Señor FERNANDO DUQUE CERON – Representante Legal del Consorcio Dual Escobar e Interventor del Contrato 0831 de 2002, se establece que el contratista – UNION TEMPORAL PG y la interventoría pactaron de común acuerdo un cronograma de trabajo en el cual el contratista debía entregar el diseño contractual del proyecto, situación que no ocurrió y por el contrario presentó un concepto teórico donde argumentaba que la mezcla de cemento y aditivo prevista en el respectivo pliego no era la más conveniente para el suelo, por las características de humedad predominantes en el sector. Por esta razón, la Unión Temporal considero conveniente hacer una modificación en el diseño.
2. Respecto a esta modificación propuesta por el Contratista – UNIÓN TEMPORAL PG, se debía llevar a cabo un primer diseño contractual consistente en la estabilización con suelo, cemento y aditivo para que con este diseño y el diseño de pavimento flexible, demostrarle al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, la necesidad de la modificación.
3. El Contratista – UNIÓN TEMPORAL PG, desde el día veintinueve (29) de Abril de 2003, fue notificado de la aprobación del nuevo diseño y por esto no es cierto que solo hasta el día veintiuno (21) de mayo de Mayo de 2003, se le hizo conocer por parte de la Interventoría el cambio en el respectivo diseño.
4. Con base en lo anterior, la Interventoría reafirma que el Contratista – UNIÓN TEMPORAL PG fue quien solicitó el cambio de diseño al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, y que la demora en la definición del diseño fue generada por la Unión Temporal por cuanto en el Oficio No. UT PG PPY -044 – 03, reconoce su equivocación en el planteamiento del tiempo para la realización del diseño contractual.
5. Por otra parte, mediante Memorando – Invías No. DT – CAU 11939 del día doce (12) de Abril de 2005, la Dirección Territorial del Cauca – Director José Adrián Valencia Castrillón, señala que : “ …. Si bien es cierto que se presentaron demoras en la ejecución del contrato en las diferentes etapas del contrato y como lo indica el Doctor Edgar Alberto Portilla, Representante Legal de la Unión Temporal PG, y específicamente en los primeros cinco meses de ejecución del contrato, estas son imputables al contratista, pues si miramos la programación presentada se indica que en el primera (sic) mes se llevaran a cabo las actividades de visión de diseños y ajustes de cantidades, transporte de equipos e instalación de campamento, permisos y acciones ambientales…” Mediante esto se concluye que la demora en la entrega de los diseños fue por parte de la UNIÓN TEMPORAL PG, los cuales revisaron, corrigieron y se presentaron por parte del contratista el día veintitrés (23) de Abril de 2003, recibiendo aprobación de cambio por parte de la subdirección de Conservación del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, el día veintinueve (29) de abril de 2003.
6. Para el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, es claro que el plazo del contrato estaba estipulado en cinco (5) meses y que el contratista programó para los últimos meses la fase de colocación de la estructura de pavimento, situación que no ocurrió, debido a los atrasos que se presentaron. El contratista justifica este atraso en el Oficio UT PG – PPY – 048 -03 del día veinticinco (25) de Junio de 2003 mediante el cual solicito ampliación del plazo en mención y acepta que la programación realizada por él, no fue la más (sic) indicada por cuanto considero (sic) un menor tiempo en el diseño inicial, y en la obtención de las licencias.
7. El INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, por lo anteriormente expuesto y como ya se ha establecido, considera que con el cambio del diseño propuesto por la Unión Temporal P y G no debía sufrir variación el valor del contrato por cuanto se había dispuesto que no se contaba con recursos adicionales para ello. Por esta razón, la Dirección Territorial de Cauca informa lo siguiente: “…Es preciso igualmente mencionar que los precios propuestos y los no previstos aprobados por la entidad eran precios de mercado, los cuales incluyen un margen aceptable de utilidad, lo que debió permitirle al contratista mantener el equilibrio económico del contrato..”
8. Copia auténtica del estudio de suelos para la definición del diseño del pavimento dentro del contrato Nro. 0831 de 2002 efectuado por la firma Citec Ltda.[[32]](#footnote-32)
9. Copia auténtica del oficio Nro. 0549-2003 del 21 de mayo de 2003, en el que la interventoría certifica que el diseño de pavimento a realizar en el contrato de Nro. 0831 de 2002 “será pavimento asfáltico que consta de subbase, (sic) base y carpeta y una capa de material afirmado, para conformar la rasante existente. Lo anterior modifica las cantidades contractuales de estos materiales, quedando aproximadamente los siguientes valores:
10. Subbase 5.500 M3
11. Base 4.500 M 3
12. Afirmado 1.800 M3[[33]](#footnote-33).
13. Testimonio de la señora Rosa Nirma Sanchez Mujica, supervisora del proyecto del Contrato Nro. 0831 de 2002[[34]](#footnote-34)
14. Testimonio del señor Uriel Blas Paez Chinchilla, como supervisor técnico del contrato Nro. 0831 de 2002[[35]](#footnote-35).
15. Testimonio del señor Fernando duque cerón, como representante legal del consorcio Dual Escobar, interventor del contrato Nro. 0831 de 2002[[36]](#footnote-36)
16. Dictamen pericial rendido por María Nohema Medina pescador[[37]](#footnote-37)
17. **Caso concreto.**
	1. En el plenario se encuentra demostrado que el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS dio inicio a la licitación pública Nro. SCV-080-2002, con el objeto de mejorar y mantener la carretera Totoró – Inza – La Plata sector Totoró – Gabriel López del PR35 al PR43 Ruta 2602.

En virtud de tal invitación, la Unión Temporal PG – conformada por las sociedades Pucalpa Construcciones Ltda. y Constructora Global S.A.- presentó oferta que resultó adjudicataria de la licitación. Por lo anterior fue celebrado entre el INVÍAS y la Unión Temporal PG el Contrato Nro. 0831 del 24 de diciembre de 2002, con el objeto arriba señalado y a precios unitarios fijos.

A pesar que para la ejecución del contrato se establecieron 5 meses, el mismo fue prorrogado en tres oportunidades mediante contratos adicionales y suspendido en dos ocasiones, por lo que el acta de recibo final de obra data del 26 de enero de 2004. La prolongación en la ejecución del contrato se debió, en parte, al cambio en el diseño del pavimento, lo cual ocurrió por el acuerdo al que llegaron la Unión Temporal contratista y la firma interventora el 17 de febrero de 2003, y fue con posterioridad al estudio de suelos que la firma interventora certificó el 21 de mayo de 2003, el diseño de pavimento a realizar en la ejecución del contrato Nro. 0831 de 2002.

En junio de 2004, el INVÍAS y la Unión Temporal PG, se reunieron con el fin de liquidar el contrato Nro. 0831 de 2002, sin embargo y ante las salvedades consignadas por el Representante Legal de la Unión Temporal relativas al desequilibrio económico del contrato, no llegaron a un acuerdo pues como constancia se tiene que la mencionada acta no fue firmada por el Subdirector de la Red Nacional de Carreteras, requisito necesario para la existencia del acta de liquidación bilateral, dado su carácter eminentemente negocial. Por lo anterior, el INVÍAS liquidó unilateralmente el contrato mediante la Resolución 005692 de 2004 y con ocasión del recurso de reposición interpuesto por la Unión Temporal PG, tal acto fue confirmado por la Resolución Nro. 002679 de 2005.

* 1. Las sociedades Pucalpa Construcciones Ltda. y Constructora Global S.A., incoaron demanda en ejercicio de la acción contractual –art. 87 C.C.A-, solicitando la declaratoria de desequilibrio económico del contrato Nro. 0831 de 2002, consistente en la mayor permanencia de personal y equipo en la obra del 17 de febrero al 21 de mayo de 2003 y la disminución en las cantidades ejecutadas de cemento asfáltico y mezcla densa en caliente, debido al cambio de diseño en el pavimento con relación a lo señalado en el pliego de condiciones de la licitación y el contrato. Sin embargo, el Tribunal de origen declaró la excepción de *improcedencia de las pretensiones frente a la acción incoada*, pues el contrato Nro. 0831 de 2002 había sido liquidado unilateralmente mediante la resolución 005692 de 2004 y confirmado por la Resolución Nro. 002679 de 2005, por lo que cualquier reclamación debía pretender primeramente la nulidad de tales actos administrativos.
	2. La parte demandante se alzó contra la sentencia de instancia argumentando que la impugnación del acto de liquidación es obligatoria cuando dicho acto contiene manifestaciones que afecten al contratista, pero que la resolución de liquidación unilateral del contrato Nro. 0831 de 2002 solo realiza un balance general del contrato sin pronunciarse sobre la reclamación por mayores cantidades de obra, por lo que no hay razón para pretender su nulidad.
	3. Conforme a los hechos que se encontraron probados y a los argumentos del recurso de apelación, corresponde a la Sala dilucidar como problema jurídico, si era necesario para la declaratoria de desequilibrio económico del contrato Nro. 0831 de 2002 pretender la nulidad de la Resolución 005692 de 2004 mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato y su confirmatoria Nro. 002679 de 2005 expedidas por el INVÍAS.
	4. Precisa la Sala que la demanda fue presentada por las Pucalpa Construcciones Ltda. y Constructora Global S.A., quienes conformaban la Unión Temporal PG.

Se trata, entonces, de sujetos de derecho que formularon una propuesta en forma conjunta dentro de una licitación pública, situación que faculta a cada uno de ellos para ejercer el derecho de acción encaminado ala declaratoria de un derecho subjetivo individual y concreto.

Como la demanda se presentó por las personas antes citadas, debe considerase que estas actúan como personas independientes y el proceso debe resolverse con ellas, en el entendido de que formulan pretensiones formuladas como sujetos individualmente considerados, porque las personas que integran la unión temporal son titulares de derechos subjetivos sustanciales autónomos y del correspondiente derecho de acción que, de conformidad con lo explicado, pueden ejercitarlas individualmente, tal como ocurre en este caso[[38]](#footnote-38).

* 1. ***“****La demanda en forma, es un presupuesto procesal, para que el juez pueda dictar un fallo de fondo o de mérito. Así pues, si la demanda es confusa y contiene una indebida acumulación de pretensiones, de suerte que el juez no la puede interpretar, se impone un fallo inhibitorio*”[[39]](#footnote-39). En ese sentido, la demanda en forma es un requisito para que el juez profiera la sentencia. Esta tesis no significa, *per se*, que la demanda en debida forma conlleve inevitablemente a que se acceda a las súplicas de la misma, ya que bien se puede presentar, *prima facie*, la primera, y sin embargo, el ejercicio de hermenéutica del administrador de justicia puede llevarlo a colegir que las peticiones de la misma no están llamadas a prosperar.

Frente a la presentación de la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Corporación ha sintetizado sus requisitos así:

*“El legislador ha establecido los requisitos que debe reunir toda demanda presentada ante la jurisdicción contencioso administrativa, entre los cuales se encuentra la exposición de los fundamentos de derecho de las pretensiones, que, en el caso de la impugnación de actos administrativos, reviste una mayor exigencia, en la medida en que se impone la indicación de las normas violadas y la explicación del concepto de la violación (art. 137, num. 4º, C.C.A), lo que significa expresar de manera concreta cuáles son los artículos y de qué ley, que se consideran vulnerados por el acto administrativo demandado y explicar en qué consiste dicha violación, es decir por qué se considera que el acto administrativo vulnera esas normas. Y este planteamiento de los cargos, constituye el marco de acción del juez, quien deberá resolver sobre la validez del acto demandado dentro de esos precisos límites establecidos en la demanda, es decir con fundamento en los cargos allí esgrimidos.”[[40]](#footnote-40)*

Del anterior extracto jurisprudencial se tiene que la demanda debe contener de manera explícita la argumentación de los motivos de derecho que son fundamento de las pretensiones. Así las cosas, se configura una inepta demanda cuando ha sido formulada de forma insuficiente, de tal manera que al realizarse una interpretación del elemento teleológico de sus pretensiones, no se infiera de una forma lógica la posibilidad de que se acceda a las mismas en una providencia de fondo. En ese sentido, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha indicado que la demanda es inepta cuando mediante la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho se ejerce el derecho de acción contra el acto administrativo mediante el cual se rechaza una solicitud de devolución de los dineros pagados por concepto de impuesto de industria y comercio, pero no es objeto de la demanda el acto administrativo que resuelve el recurso de reconsideración impetrado contra el acto inicial.[[41]](#footnote-41)

En idéntica posición, la Sección Primera de esta jurisdicción se pronunció dilucidando que al demandarse mediante nulidad y restablecimiento del derecho el acto administrativo que niega el registro de una marca al estimarla similar a otra ya registrada, y al omitirse la inclusión en la misma del acto administrativo que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto inicial, se está en el evento de una ineptitud sustantiva de la demanda[[42]](#footnote-42).

Por su parte, esta Sección ha considerado que la demanda es inepta cuando se pretende la declaratoria de incumplimiento o desequilibrio económico de un contrato estatal, pero se omite la solicitud de nulidad de resoluciones que resolvieron en sede administrativa tales peticiones, *verbigracia* el acto de liquidación unilateral del contrato. Lo anterior debido a la presunción de legalidad que rige los actos administrativos, pues en esos casos la estimación de las pretensiones implicaría un estudio de dichos actos, pero al no ser demandados impiden al juez un pronunciamiento de fondo.

Sobre el particular ha señalado esta subsección:

*“Esto significa que las decisiones que adoptó el Invías durante la ejecución del contrato quedaron sin control, y con presunción de legalidad, porque no es posible para el juez declarar que se desconocieron obligaciones contractuales -por parte de la entidad- en el pago tardío de las actas, y en general que existió una ruptura del equilibrio económico del contrato, al tiempo que la legalidad de los actos administrativos –sobre los que se basa el incumplimiento y la estabilidad financiera- permanecen incólumes.*

*Por esta razón, la Sala declarará, oficiosamente, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, porque aun si fuera cierto que la entidad incumplió el contrato –por el pago tardío de las actas- o que existe un desequilibrio económico, lo determinante sería anular los actos administrativos; pero la parte demandante no solicitó su nulidad, a pesar de exteriorizar su inconformidad, así que aún se presumen válidos.*

*En efecto, Invías expidió varios actos administrativos por medio de los cuales negó el pago de la contribución especial contenida en la Ley 104 de 1993, asimismo, negó el reconocimiento por la disponibilidad de los equipos derivados de la suspensión de las obras de explanación en 1994, rechazó el pago de los intereses derivados de la mora en el pago de las actas de obra y, finalmente, desestimó la reclamación por la congelación de ajustes de obra. No obstante, en la demanda no se pretendió la nulidad de estas decisiones, así que para considerar la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda basta verificar que la negativa de la entidad tiene una relación inescindible con lo pretendido en la acción contractual (…)”*[[43]](#footnote-43).

* 1. De las pretensiones de la demanda, la Sala advierte que las sociedades demandantes realizan una reclamación por supuesto desequilibrio económico en la ejecución del contrato Nro. 0831 de 2002 consistente en la mayor permanencia de personal y equipo en la obra del 17 de febrero al 21 de mayo de 2003 y la disminución en las cantidades ejecutadas de cemento asfáltico y mezcla densa en caliente.

Ahora bien, del material probatorio allegado al expediente se tiene que durante el trámite de la liquidación del contrato Nro. 0831 la Unión Temporal PG realizó reclamación por el presunto desequilibrio económico que afecto el contrato. Ello se evidencia en la constancia dejada por el representante legal de la Unión Temporal PG en el documento que iba a ser el acta de liquidación bilateral del contrato, pero que no lo fue debido a la falta del acuerdo de voluntades entre los contratantes. Además, en la Resolución Nro. 002679 de 2005 – confirmatoria de la Nro. 005692 de 2004- el INVÍAS resume los argumentos del recurso de reposición contra la Resolución 005692, al respecto señala:

*“(…) que el recurso interpuesto por el Contratista – UNIÓN TEMPORAL PG tiene como pretensión que no se aplique la Resolución 005692 de 2004, con base en los argumentos que a continuación se resumen:*

1. *Modificación del diseño del pavimento a utilizarse en el tramo a intervenir por parte de la Unión Temporal P y G, lo que llevo (sic) a que se hiciera un estudio de suelos para la definición del respectivo diseño.*
2. *La Unión Temporal envía a la Interventoría cuadros comparativos con las cantidades de obra adicional y las cantidades de pavimento resultantes del nuevo diseño propuesto por el contratista.*
3. *Teniendo en cuenta la fijación del nuevo diseño, fue necesario un cambio del material inicialmente ofertado por la Unión Temporal, toda vez que ya no se iba a trabajar el diseño contractual, sino una estructura de pavimento tradicional.*

*Por esta razón, la mencionada Unión Temporal solicita a la Interventoría que se aprobaran nuevas cantidades de obra lo que implicaba nuevos precios.*

1. *La Unión Temporal pone en conocimiento de la Interventoría acerca de los sobrecostos generados por el nuevo diseño de pavimento.*
2. *La Unión Temporal argumenta no poder ejecutar la obra en el término inicialmente pactado debido a que tiempo después de recibir la orden de inicio, se conoció el diseño definitivo del pavimento, a partir de lo cual se comenzó a tramitar la licencia ambiental y la cotización de las nuevas cantidades de obra.*
3. *Se argumenta por parte del contratista, que el cambio de diseños alteró el equilibrio económico del contrato, solicitando al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS se le reconozca los valores generados durante el tiempo que el contrato no pudo ejecutarse por la falta de definición del diseño del pavimento y la consecuente disminución de la ganancia prevista por la Unión Temporal... (…)”*

Se observa entonces que la Unión Temporal contratista en sede administrativa hizo los mismos reclamos por desequilibrio económico que ahora pretende mediante acción contractual, y los cuales fueron rechazados por el INVÍAS en la Resolución Nro. 002679 de 2005 – confirmatoria de la Nro. 005692 de 2004, sin embargo la parte demandante no controvierte los citados actos administrativos, es decir no pidió su nulidad.

Así las cosas, las decisiones que adoptó el INVÍAS durante la ejecución del contrato quedaron sin control, y con presunción de legalidad, por lo que al ser inescindibles los actos administrativos con las pretensiones de la demanda, se debió pedir la nulidad de esos actos.

Por esta razón, la Sala declarará, oficiosamente, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, que es como técnicamente se denomina la excepción propuesta por la parte demandada y declarada por el *a quo*, pues si fuera cierto el desequilibrio económico del contrato, lo procedente sería anular los actos administrativos, pero la parte demandante no solicitó su nulidad, así que se presumen válidos.

* 1. Para finalizar y si en gracia de discusión se admitiese examinar el fondo de las pretensiones de la demanda, no sería otra la decisión que la negar las mismas. Lo anterior se debe al criterio de oportunidad reiterado por esta Sección según el cual el contratista debe realizar las reclamaciones por desequilibrio económico en caso de presentarse contratos adicionales o prórrogas al contrato principal, pues de no hacerlo e intentar una reclamación luego de finalizar el contrato va en contra de la buena fe contractual.

Sobre el particular esta Subsección ha manifestado:

“Para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, es necesario que el factor de oportunidad no la haga improcedente.

En efecto, en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo *“los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar…*”, tal y como, posteriormente, lo recogió la Ley 80 de 1993, artículos 16 y 27.

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

Y es que el principio de la buena fe contractual, que es la objetiva lo impone, *“consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia” [[44]](#footnote-44)* (Se subraya).

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”[[45]](#footnote-45).

Como se ve, el contrato Nro. 0831 fue adicionado en tres oportunidades en las cuales la Unión Temporal contratista omitió realizar reclamación por desequilibrio económico que ahora pretende, por lo que se considera que perdió la oportunidad de realizar tal reclamación en tiempo.

Adicionalmente, se tiene que las modificaciones en el diseño y la disminución en la cantidad de algunos Ítems; entre estos de cemento asfáltico y mezcla densa en caliente, se debió a acuerdos entre la Unión Temporal Contratista y la Firma Interventora – Consorcio Dual Escobar-, lo cual se aprecia en los siguientes documentos:

1. Acta Nro. 01 del 17 de febrero de 2003, sobre aclaración de dudas a la iniciación del contrato Nro. 0831, suscrita por el contratista y la firma Interventora – Consorcio Dual Escobar-[[46]](#footnote-46)
2. Oficio Nro. 0549-2003 del 21 de mayo de 2003 en el que la interventoría certifica el diseño de pavimento a realizar en el contrato de Nro. 0831 de 2002[[47]](#footnote-47).
3. Actas de modificación a las cantidades de obra Nro. 4 y 2, suscritas por el Ingeniero Residente de la Unión Temporal PG y la firma Interventora. En estas se disminuyen las cantidades de cemento asfaltico y mezcla densa en caliente[[48]](#footnote-48).

Las cantidades y especificaciones técnicas son aspectos sustanciales del contrato de obra pública, por ende cualquier cambio en estos elementos requiere modificación del contrato; por parte del acuerdo entre la entidad contratante y el contratista – en este caso el Invías y el Consorcio PG- o del ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral en cabeza del primero.

El contrato Nro. 0831 de 2002 establece en su cláusula séptima:

“*VIGILANCIA.- EL INSTITUTO vigilará el cumplimiento de las obligaciones del CONTRATISTA por conducto de un interventor contratado para tal fin. La Subdirección de Conservación designó un funcionario de la misma como Supervisor del proyecto; el Supervisor del contrato será el Director Regional de Cauca o el Funcionario que este designe, de conformidad con la Resolución No. 001166 del 14 de marzo de 2.002”*

Para la Sala, esta cláusula no contiene un acto de delegación de las facultades del INVÍAS al interventor para modificar el contrato, y si de forma expresa la anterior clausula estipulase tal delegación tampoco existiría pues la delegación debe ser expresa y mediante acto administrativo que faculte al delegado para ejercer la facultad del delegante.

Por ende se tiene que el Invías no participó en la modificación del contrato en cuanto al diseño y la disminución de cantidades en algunos Ítems, por lo cual dicha modificación es inoponible a la administración y más aún cualquier reclamo por desequilibrio económico carece de sustento pues el contratista – parte demandante- actuó culposamente en dicha modificación.

1. **La condena en costas**

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Sub-Sección se abstendrá de condenar en costas.

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

**FALLA:**

**MODIFICAR** la sentencia de 14 de abril de 2011, proferida por la Sección Tercera, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así:

**PRIMERO.** Declarar probada de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda, en los términos expuestos en los considerandos de este proveído.

**SEGUNDO.** Sin costas.

**TERCERO.** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sala**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

### Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

### Bogotá, D. C, veinticinco (25) de febrero de dos dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2005-02718-01(41901)**

**Actor: PUCALPA CONSTRUCCIONES LTDA. Y OTRO**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**

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

Temas: Decisión inhibitoria-No demandar nulidad de acto administrativo.

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRDO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

Como la ineptitud sustantiva de la demanda implica una decisión inhibitoria, la Sala no debió pronunciarse sobre el fondo de la litis, esto es, el desequilibrio económico del contrato.

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

1. Folios 1 a 23 C. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 26 Ibídem. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 29 a 39 Ibídem. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 98 Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 160 Ibídem. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 178 a 188 Ibídem. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 162 a 177 Ibídem. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios190 a 201 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 207 a 215 Ibídem. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 221 Ibídem. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 223 Ibídem. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 290 a 323 Ibídem. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia De Unificación Del Veintiocho (28) De Agosto De Dos Mil Trece (2013). Radicación: 05001233100019960065901. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 1 a 132 c3 [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 133 a 347 c3 [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 348 a 354 c3 [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 355 a 361 c3. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 372 a 381 c3 [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 363 y 364 c3. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 365 c3. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 366 c3. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 367 c3. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 368 c3 [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 369 c3. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 370 Y 371 c3. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folios 8 a 13 c2. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 374 y 375 c3. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folios 20 a 41 c2. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folios 67 a 69 c2. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folios 75 a 79 c2. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 80 a 86 c2. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 382 a 416 c3 [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 439 c3 [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 93 a 98 c2. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folios 140 a 147 c2. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folios 162 a 166 c2 [↑](#footnote-ref-36)
37. Cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sentencia 5 de julio de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, expediente: 23087. MP. Olga Mélida Valle de De la Hoz [↑](#footnote-ref-38)
39. Manual de Derecho Procesal Civil, Parte General, Conforme con el Código General del Proceso, de Luis Jaime Osorio Rincón, Editorial LEYER, 2014, página 134. [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, Sentencia del 9 de diciembre de 2011, Radicación Nro. 11001-03-26-000-2001-00030-01, Nro. Interno 20410, Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourt. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 28 de Agosto de 2013, Radicación Nro. 08001-23-31-000-2012-01145-01, Nro. Interno 19034, Consejera Ponente Martha Teresa Briceño De Valencia. [↑](#footnote-ref-41)
42. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 12 de Mayo de 2011, Radicación Nro. 11001-03-24-000-2001-00157-01, Consejero Ponente Marco Antonio Velilla Moreno. [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 3 de diciembre de 2014, Radicación Nro. 18001-23-31-000-2001-00342-01 (28.833), Consejero Ponente Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-43)
44. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-44)
45. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de mayo de 2015, expediente 760012331000200100145 01 (35.625), Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa [↑](#footnote-ref-45)
46. Folios 374 y 375 c3. [↑](#footnote-ref-46)
47. Folio 439 Ibídem. [↑](#footnote-ref-47)
48. Folios 66 a 69 y 127 y 128 c4. [↑](#footnote-ref-48)