**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Procedencia**

la Sala precisa que el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato. (…) Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

**IMPREVISTOS - Incumplimiento del contrato – Sobrecostos**

Si bien la Sala no desconoce que la redacción de la mencionada cláusula en el aparte analizado no es la más afortunada, debido a su textura abierta, lo cierto es que su literalidad, en todo caso atemperada por esta instancia a las reglas de interpretación de los contratos estatales, soportadas en la protección del principio de conmutatividad, permite desprender que los sobrecostos configurativos del riesgo que por su cuenta asumía el contratista habrían de circunscribirse a hechos que, hallándose en la órbita de su previsión, no fueron oportunamente advertidos, cuestión que de suyo descartaba, por un lado, la asunción del riesgo derivado de la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevisibles y ajenas a su voluntad y, por otro, aquellas que emanaran directamente de la voluntad de la administración contratante.

**HECHO DEL PRÍNCIPE - Equilibro económico del contrato – Ruptura**

De manera reiterada, esta Subsección ha enfatizado en que la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento. En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “*Hecho del Príncipe*” o en uso de sus facultades de entidad contratante a través de las potestades excepcionales “*Ius variandi”*, pero que en ningún caso se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante. Igualmente, el legislador ha establecido que dicha equivalencia debe garantizarse a ambas partes, en tanto no constituye un privilegio exclusivo del contratista particular.

**DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Procedencia - Matriz de riesgos**

No puede pasarse por alto que el componente económico del contrato debe consultar la asunción previa del riesgo y naturalmente debe atender a su estimación, en tanto la finalidad de su asignación estriba en que quien lo asuma incorpore en el precio ofrecido los rubros dirigidos a contener los efectos nocivos de su ocurrencia. En orden a articular lo plasmado respecto de la distribución de riesgos con la figura del equilibrio económicodel contrato, imperioso resulta advertir que la fractura de la ecuación financiera puede tener cabida en el escenario de un contrato con matriz de riesgos, cuando la concreción de su causa generadora desborde los límites de la asunción de quien lo padece.

**MATRIZ DE RIESGOS - Tipificación - Equilibrio económico del contrato - Ruptura – Improcedencia**

Si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada. [...] En esas condiciones, era al contratista al que le correspondía asumir las consecuencias derivadas de su concreción, en tanto era la ejecución de las actividades contratadas las que se reputaban como causa del impacto ambiental que repercutía en el ejercicio de la pesca, al margen de que en las reuniones se hubiera exigido la presencia inmediata de Cormagdalena o de que las peticiones o aspiraciones se hubieran dirigido a esa entidad pública, pues esta última situación en nada desplaza la responsabilidad que le asistía el contratista en la aplicación del plan de manejo ambiental y en el control que sobre su impacto en la comunidad pesquera debía ejercer[…].

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación: 080012333005201200305 01 (59546)**

**Actor: DRAGADOS HIDRÁULICOS S.A. Y OTRA**

**Demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA DEL RIO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL (Ley 1437 de 2011)**

Temas: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL / no se presentó una inobservancia del contenido obligacional del acuerdo – SUSPENSIÓN DEL DRAGADO POR SECTORES / atendía a las condiciones fluctuantes del suelo por vientos y mareas / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO EN EL ESCENARIO DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS / el paro de la comunidad de pescadores no constituyó una circunstancia imprevisible ajena a la órbita de control del contratista

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Oral A, el 17 de enero de 2017, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. Síntesis del caso**

La presente controversia gira en torno al incumplimiento del Contrato No. 0058 de 2010, celebrado entre Cormagdalena y las sociedades demandantes con el objeto de realizar las actividades de dragado en el Canal del Dique y en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla, incumplimiento que se atribuye a la entidad pública por haberse apartado de la cláusula contractual que establecía los supuestos de suspensión de las actividades de dragado. Igualmente se discute la ruptura del equilibrio económico de ese mismo acuerdo como consecuencia del paro de la comunidad de pescadores de Pasacaballos.

**1. La demanda**

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 5 de octubre de 2012 por las sociedades Dragados Hidráulicos S.A. e Intertug S.A. en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), contra la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, con el fin de que:

i) Se liquidara judicialmente el Contrato No. 0058-2010, celebrado entre Cormagdalena y la unión temporal Dragados-Intertug.

ii) Se condenara a Cormagdalena a pagar a las demandantes la suma de $75’653.136, correspondiente al Acta de Obra No. 09 contenida en la factura No. 008 con los intereses moratorios correspondientes.

iii) Se declarara el incumplimiento del Contrato No. 0058-2010, imputable a Cormagdalena como consecuencia de la orden de suspensión de las actividades de dragado en la trampa de sedimentos de Calamar y de la orden de mantener la draga Colombia disponible en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla.

iv) Como consecuencia de lo anterior, se condenara a Cormagdalena a pagar a la parte actora:

* la suma de $479’547.901, correspondiente a los costos directos e indirectos derivados de la “*disponibilidad en espera*” de la draga cortadora “*Río Magdalena*” en la trampa de sedimentos de Calamar, durante 28 días.
* la suma de $1.267’376.596, por concepto de costos directos e indirectos de la “*disponibilidad en espera*” de la draga tolva de succión en marcha “Colombia” en el canal de acceso a Barranquilla, por un interregno de 74 días.

v) se declarara que se presentó un evento de ruptura del equilibrio económico del Contrato 0058-2010, consistente en el paro de la comunidad de pescadores de Pasacaballos que paralizó las actividades de dragado entre los días 8 de octubre a 15 de noviembre de 2011.

vi) como consecuencia, se condenara a Cormagdalena a pagar a la parte actora la suma de $650’815.009, correspondiente a los costos directos e indirectos derivados de la “*disponibilidad en espera*” de la draga “*Heroica II*”, durante 38 días.

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos relevantes como sustento de sus pretensiones:

**2.1.** Que, el 1 de diciembre de 2010, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena Cormagdalena y la unión temporal Dragados – Intertug, conformada por las sociedades Dragados Hidráulicos S.A. e Intertug S.A. celebraron el Contrato No. 0058-2010, con el objeto de realizar “*por sus propios medios materiales, herramientas, equipos y personal en forma independiente y con plena autonomía técnica y administrativa hasta su total terminación y aceptación final, por el sistema de precios unitarios fijos y en los términos que señala este contrato, el pliego de condiciones el proceso de la licitación pública y la propuesta económica presentada por el CONTRATISTA el 3 de noviembre de 2010, la ejecución del ‘DRAGADO DEL RIO MAGDALENA A PARTIR DE CALAMAR, HASTA SUS DESEMBOCADURAS EN EL MAR CARIBE’*”. El valor del contrato se acordó en la suma de $6.944’377.250, pactado bajo el sistema de precios unitarios.

**2.2.** Que el plazo del contrato se estipuló en ocho meses a partir de la suscripción del acta de inicio, lo cual tuvo ocurrencia el 16 de diciembre de 2010.

**2.3.** Que, mediante Acta No. 1 del 3 de junio de 2011, las partes prorrogaron el plazo del contrato en tres meses, el cual venció el 15 de noviembre de 2011.

**2.4.** Que, durante la ejecución del acuerdo, Cormagdalena incurrió en conductas que configuraron incumplimiento contractual, en tanto desconocieron las cláusulas del Contrato No. 0058-2010, de conformidad con las cuales, si bien Cormagdalena podía ordenar la suspensión de trabajos, ello solo tendría lugar cuando no se estuvieran ejecutando con apego a las especificaciones técnicas, supuesto que no se presentó en este caso. Como sustento de su dicho explicó que:

* En julio de 2011, la entidad ordenó la suspensión de las obras de dragado en la trampa de sedimentos de calamar, aduciendo la necesidad de realizar batimetrías a fin de establecer la viabilidad de continuar dragando esa zona, lo que trajo consigo sobrecostos por *stand by* de la draga cortadora “*Río Magdalena*” por veintiocho días.
* En julio de 2011, la entidad dio la orden de mantener la draga “*Colombia*” disponible en el canal de acceso a Barranquilla, para atender cualquier “barra” que se presentara durante el tiempo de ejecución del contrato, cuestión que ocasionó sobrecostos por *stand by* de la draga tolva de succión en marcha “*Colombia*” por setenta y cuatro días.

**2.5.** Que el 8 de octubre de 2011, en plena ejecución de labores de dragado en el sector de Pasacaballos, la comunidad de pescadores irrumpió en las labores del Dragado, circunstancia que ocasionó la ruptura del equilibrio económico del contrato en razón a que condujo a la suspensión de actividades de la draga “*Heroica II*” desde el 8 de septiembre hasta el 15 de noviembre de 2011.

**2.6.** Que el Acta de Obra No. 09 contuvo el avance parcial hasta el 8 de octubre de 2011; no obstante, Cormagdalena la convirtió en acta final aduciendo que el paro de pescadores se dio hasta el 15 de noviembre de 2011, fecha en que terminó el plazo contractual, circunstancia que dilató su pago.

**3. Fundamentos de derecho**

Como apoyo jurídico de sus pretensiones, la parte demandante se fundamentó en los artículos 4.8, 4.9, 5.2, 13, 27, 28, 32.1 y 50 de la Ley 80 de 1993; en el numeral 8 del artículo 4 de esa misma ley, en armonía con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 679 de 1994.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** Por auto de 23 de octubre de 2012, el Tribunal Administrativo del Atlántico - Sistema de Oralidad admitió la demanda, ordenó su notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

**4.2. Contestación de la demanda**

La Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena – Cormagdalena contestó la demanda dentro de la oportunidad legal.

En su escrito de oposición negó algunos hechos y aceptó otros como ciertos, con las aclaraciones respectivas.

Se opuso a las pretensiones por considerar que no se configuró un incumplimiento atribuible a Cormagdalena. Al respecto, sostuvo que las órdenes impartidas por el interventor y ratificadas por Cormagdalena, cuyo objeto fue la suspensión de las actividades de dragado y traslado de las respectivas dragas a otro punto, hallaron su sustento técnico en la curva de niveles excedidos en la estación Calamar, cuya valoración fue efectuada por el IDEAM.

Sobre ese aspecto agregó que las medidas de suspensión reflejaron el ejercicio de las facultades establecidas en el contrato, de conformidad con las cuales resultaba viable ordenar la revisión de los niveles de profundidad para determinar si se continuaba o no con el dragado en un área específica.

Agregó que la liquidación bilateral del contrato no se llevó a cabo en razón a que no fue posible atender las pretensiones económicas desmedidas del contratista.

Finalmente, formuló las excepciones que denominó: “*fuerza mayor*” y “*principio de buena fe de la partes tanto en el período precontractual como contractual*”.

**4.3.** En escrito separado, solicitó el llamamiento en garantía de la Fundación Universitaria Valle del Cauca, solicitud que fue negada por el Tribunal de primera instancia en auto del 16 de julio de 2013[[1]](#footnote-1).

**4.4.** Posteriormente, la entidad demandada, mediante escrito del 17 de septiembre de 2013, solicitó que se vinculara a la Fundación Universitaria Valle del Cauca en condición de litisconsorte necesario por pasiva. Dicha petición fue negada a través de providencia del 20 de septiembre del 2013[[2]](#footnote-2), la cual, luego de ser objeto de recurso de apelación formulado por la parte demandada, fue confirmada por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado en auto del 3 de junio de 2014[[3]](#footnote-3).

**4.5.** El 9 de junio de 2014, Cormagdalena presentó a consideración del Tribunal *a quo* un documento contentivo de una transacción parcial celebrada el 27 de mayo de esa anualidad entre esa entidad y la demandante, en la cual transigieron las pretensiones primera y segunda, en el sentido de liquidar de común acuerdo el Contrato No. 0058-2010, para reconocer y pagar en favor de la demandante la suma de $75’653.136.oo, correspondiente al acta de obra No. 9 y contenida en la factura No. 0080-2012 y continuar el proceso respecto de las demás pretensiones invocadas en el líbelo introductorio.

**4.6.** La referida transacción parcial fue aprobada por el Tribunal de primera instancia en providencia del 10 de diciembre de 2014, decisión en la cual se declaró terminado el proceso respecto de la pretensión relativa al reconocimiento de la suma de $75’653.136 correspondiente al acta de obra No. 09 en relación con la cual se liquidó el contrato para reconocer en su contenido esa suma en favor del contratista y ordenó continuarlo respecto de las demás pretensiones[[4]](#footnote-4).

**4.7. Audiencia Inicial**

El 5 de mayo de 2015se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en la cual tuvo lugar la etapa de saneamiento. En esa oportunidad, se advirtió la inexistencia de causal de nulidad que viciara lo actuado y así quedó expresamente convalidado por los intervinientes.

Se puso de presente la ausencia de formulación de excepciones previas por resolver, pues las formuladas por la demandada apuntaban a atacar el fondo del asunto.

Luego, fijó el litigio y, tras excluir del problema jurídico las pretensiones primera y segunda, lo circunscribió a establecer: i) si se debía declarar el incumplimiento del contrato por causas imputables a Cormagdalena y si, como consecuencia de ello, se debía condenar a la demandada a pagar, a título de indemnización, la suma de $479’547.901, correspondiente a la parada de la draga cortadora “*Río Magdalena*” y la suma de $1.267’376.596, correspondiente a la parada de la draga tolva o de succión en marcha “*Colombia*”; y ii) si se debía declarar la ruptura del equilibrio económico del contrato con ocasión del paro de la comunidad de pescadores del corregimiento de Pasacaballos y si, por lo anterior, se debía condenar a la parte demandada a pagar la suma de $650’815.009.

Por último, el Tribunal se pronunció frente al valor de los elementos de prueba aportados al plenario y decretó las pruebas documentales, testimoniales y periciales solicitadas por las partes.

**4.4. Audiencia de pruebas**

El 18 de junio de 2015[[5]](#footnote-5) y el 4 de abril de 2016[[6]](#footnote-6) se adelantó la audiencia de pruebas, en desarrollo de la cual se recibieron los testimonios decretados, se allegó el dictamen pericial practicado y se escuchó la declaración del perito en la que rindió las explicaciones sobre la experticia.

**4.5. Alegatos de conclusión**

Por auto del 1 de septiembre de 2016[[7]](#footnote-7), el *a quo* corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. En el término concedido, las partes presentaron sus respectivos escritos de alegaciones, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en oportunidades procesales precedentes.

El Ministerio Público guardó silencio.

**4.6. La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda.

Después de efectuarel recorrido probatorio, el operador de primer grado concluyó que el régimen jurídico del contrato No. 0058 de 2010 fue el previsto en el Estatuto de Contratación Estatal.

En relación con el cargo de incumplimiento imputado a Cormagdalena, consideró que, de acuerdo con el clausulado contractual y lo ocurrido durante su ejecución, la suspensión del dragado fue producto de la revisión que debía realizarse de los niveles de profundidad para determinar si se continuaba con las labores de dragado, lo cual resultaba coherente con lo indicado por el IDEAM respecto del comportamiento de los niveles del río Magdalena, en tanto se aumentaron en 129% respecto de los históricos.

En consonancia con el oficio FUC 227-128, en el cual se indicó que, con arreglo a la batimetría realizada para completar la sección del diseño de la trampa de sedimentos se requería un volumen de aproximadamente 250.000 M y a que, de acuerdo con el volumen disponible del contrato, no se alcanzaría a obtener la sección del diseño, el Tribunal advirtió que la finalidad de la suspensión del dragado estuvo encaminada a reconocer como situación que impedía la ejecución temporal del dragado el comportamiento de los niveles del río Magdalena, por lo que la instrucción impartida en ese sentido no fue caprichosa.

Adujo, además, que el valor del contrato se convino bajo la modalidad de precios unitarios, lo que implicaba que variaría en función de las cantidades de obra efectivamente ejecutadas. Con base en ese razonamiento, estimó que no resultaba procedente el reconocimiento de los perjuicios solicitados con ocasión del *stand by* de las dragas “*Río de Magdalena*” y “*Colombia*”.

Por último, concluyó que las pretensiones de declaratoria de desequilibrio económico del contrato debían desestimarse, por cuanto en el clausulado contractual se indicaba que, si la suspensión no resultaba atribuible a la entidad contratante, no habría ninguna clase de reconocimiento por costos de espera y no daría lugar a que el contratista solicitara la reparación del equilibrio contractual.

**4.5. El recurso de apelación**

La parte demandada presentó oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Como sustento de su inconformidad expuso que el Tribunal de primera instancia incurrió en error al interpretar la cláusula décima segunda del contrato, alusiva al supuesto que daba cabida a su suspensión, frente a la cual reiteró que esa situación solo tendría lugar cuando no se estuvieran ejecutando las labores con apego a las especificaciones técnicas o a lo convenido en el alcance de los trabajos, supuestos que no guardaban correspondencia con la razón que aducía la interventoría para paralizar las labores de dragado y que en el caso consistieron en la necesidad de evaluar la batimetría.

Añadió que, en todo caso, las razones de tipo técnico aducidas por el Tribunal para proceder a la suspensión de los trabajos de dragado en la trampa de sedimentos de Calamar quedaron desvirtuadas con el dictamen practicado en la etapa probatoria.

De otra parte, para el apelante, el Tribunal dejó de lado el contenido y alcance del contrato en el que se incorporaban no solo sus cláusulas sino también los pliegos de condiciones, el plan de dragado realizado por el demandante en cumplimiento de las obligaciones contraídas y aprobado por la interventoría y la propuesta presentada por el contratista, en la que no se contempló que la draga de succión en marcha en el canal de acceso en el Puerto de Barranquilla quedara inactiva, en cuanto existiera material por dragar dentro de la sección de diseño en el Canal del Dique.

Advirtió que el fallo incurrió en incongruencia, en tanto el Tribunal no se pronunció sobre la pretensión de incumplimiento referida a la orden de mantener disponible la draga tolva “*Colombia*” para atender “las barras” que se pudieran presentar en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla. Al respecto, explicó que en el proceso se hallaba plenamente acreditado el incumplimiento señalado, a lo que agregó que en la propuesta presentada por el demandante, si bien se había previsto el riesgo de que los equipos ofrecidos quedaran inactivos en el canal del dique, lo cierto había sido que esa eventualidad no se previó respecto del canal de acceso al Puerto de Barraquilla, cuyas condiciones de volúmenes y temporalidades son aleatorias.

Así mismo, sostuvo que el fallo había incurrido en incongruencia por no haber decidido sobre el fundamento fáctico y jurídico propuesto en la demanda para fundar la pretensión asociada a la ruptura del equilibrio económico del contrato, la cual, a juicio del censor, debió analizarse desde la óptica de la teoría de la imprevisión y no del incumplimiento contractual, como erradamente lo abordó el *a quo.*

En lo sucesivo, reprodujo el escrito de alegaciones presentado en el trámite de la primera instancia, en el que se refirió puntualmente a cada uno de los hechos probados y a las consecuencias jurídicas que de allí se desprendían en relación con la prosperidad de las pretensiones invocadas.

**5. Actuación en segunda instancia**

**5.1.** Mediante providencia del 16 de agosto de 2017, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

**5.2.** Por medio de auto del 20 de septiembre de 2017, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, los sujetos procesales presentaron su escrito de alegaciones, en el cual, en esencia, reiteraron los argumentos que soportaron la causa y la contradicción.

El Ministerio Público, dentro del término de traslado especial, rindió concepto en el cual consideró que la sentencia merecía ser revocada para, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda. Indicó que en los documentos contractuales no estaba prevista la disposición en *stand by* de la draga en Puerto de Barranquilla, por lo que la orden de suspender sus actividades constituía un incumplimiento contractual.

Igualmente, consideró que el paro de la comunidad de pescadores de Pasacaballos era una circunstancia previsible para Cormagdalena, entidad que debió atender las reclamaciones de los solicitantes e impartir instrucciones al contratista para sortear esa eventualidad, lo cual no ocurrió. Con base en ello, estimó que debían reconocerse los perjuicios por concepto de *stand by* de la draga “*Heroica II”*.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción de controversias contractuales; **3)** legitimación en la causa: **3.1)** por activa; **3.2)** por pasiva; **4**) análisis del recurso: **4.1)** el incumplimiento contractual atribuido a Cormagdalena, por apartarse de las previsiones asociadas a los supuestos de suspensión de actividades de dragado; **4.2)** la ruptura del equilibrio económico del contrato, por la concurrencia de una circunstancia extraordinaria, imprevisible y ajena a la voluntad de las partes y **5)** costas.

**1.- Competencia del Consejo de Estado**

A continuación, la Sala verificará la competencia para conocer del recurso de apelación:

Se tiene presente que el artículo 104[[8]](#footnote-8) de la Ley 1437 expedida en 2011 (C.P.A.C.A.), vigente a partir de 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en los contratos “*sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas”*.

El contrato en el que se originó el asunto en debate fue celebrado entre la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena Cormagdalena y la unión temporal Dragados – Intertug.

Así las cosas, al ser la parte demandada, Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena Cormagdalena[[9]](#footnote-9), una persona jurídica pública de creación constitucional del orden nacional, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto.

1.2.- Con fundamento en el numeral 5 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 y teniendo en cuenta que el valor de la pretensión mayor[[10]](#footnote-10) resulta superior al monto equivalente a 500 salarios mínimos legales vigentes[[11]](#footnote-11) a la fecha de presentación de la demanda, se concluye que el proceso tiene vocación de doble instancia.

**2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción de controversias contractuales**

Se somete a consideración de la Sala la declaratoria de incumplimiento y de ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 0058 de 2010, aspectos que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 141 del C.P.A.C.A, corresponden ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

En secuencia con lo anterior, es de capital importancia realizar una breve precisión sobre el tránsito de legislación, teniendo en cuenta que en el presente caso el término fijado para la caducidad de la acción, comenzó a correr en vigencia del Código Contencioso Administrativo, 16 de mayo de 2012, lo que de suyo conduce a sostener que ese presupuesto se ha de regir por las disposiciones que estaban vigentes a esa fecha en materia de caducidad de la acción, esto es, el artículo 136 del referido estatuto[[12]](#footnote-12).

Lo dicho aplica aunque la demanda se hubiera presentado cuando ya se encontraba en vigor la Ley 1437 de 2011, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) y el proceso se rija por las normas de este último código[[13]](#footnote-13).

Pues bien, el plazo del Contrato 0058-2010 se pactó en ocho meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, hecho que ocurrió el 16 de diciembre de 2010, por lo que su plazo inicial vencía el 16 de agosto de 2011. Antes de finalizar el término estipulado en el contrato, las partes suscribieron el Acta No. 01 del 3 de junio de 2011[[14]](#footnote-14), por la que adicionaron su valor y extendieron su período en tres meses, los cuales vencieron el 16 de noviembre de 2011[[15]](#footnote-15).

Aclarado lo anterior, con sujeción a las reglas de oportunidad del C.C.A., se precisa que la fecha inicial del cómputo de caducidad corresponde al 16 de mayo de 2012, día en el cual se vencieron los seis meses para efectuar la liquidación, ya fuera bilateral o unilateral del contrato, sin que así se hubiese procedido. De ahí que, en principio, los dos años de caducidad de la acción habrían de cumplirse el 19 de mayo de 2014, por cuanto el 17 era sábado.

En este punto es imperativo señalar que el 27 de julio de 2012, faltando un año, nueves meses y 20 días para vencerse el plazo, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 118 Judicial II para Asuntos Administrativos, trámite que culminó el 13 de septiembre de 2012[[16]](#footnote-16), tras expedirse la constancia en la cual se daba cuenta de que la audiencia se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio. A partir del día siguiente se reanudó el término de un año, nueves meses y veinte días restantes para completar los cuatro meses, los cuales vencían el 3 de julio de 2014.

Corolario de lo plasmado, al haberse presentado la demanda el 5 de octubre de 2012, se concluye que su interposición fue oportuna.

**3.- Legitimación en la causa**

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de tal suerte que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria –aunque no suficiente-para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró o no la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

3.1. Por activa

Con base en estos conceptos, le asiste legitimación en la causa por activa a las sociedades Dragados Hidráulicos S.A. e Intertug S.A. para integrar el extremo demandante, en su condición de miembros de la unión temporal Dragados e Intertug, contratista dentro del negocio jurídico identificado con el número 0058 de 2010, escenario en el que se produjeron los supuestos de hecho que son materia de reclamación.

3.2. Por pasiva

Le asiste legitimación en la causa por pasiva a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena Cormagdalena para integrar el extremo demandado, dada su calidad de contratante del acuerdo en cuyo desarrollo se gestó la controversia.

**4. Análisis del recurso de apelación**

La Sala se pronunciará sobre los cargos del recurso de apelación formulado por la parte actora en el orden en que fueron planteados.

Así, analizará los cargos de incumplimiento que se le imputan a Cormagdalena por, supuestamente, haber desatendido la cláusula contractual comprensiva de los eventos en los que procedía la suspensión de las actividades de dragado que a la postre causaron el *stand by* de las dragas “*Rio Magdalena*” y “*Colombia*” y, seguidamente, examinará la ruptura del equilibrio económico del contrato que se habría ocasionado por causa de la paralización de las labores de dragado como consecuencia del paro de la comunidad pesquera de Pasacaballos, situación que le habría generado una mayor onerosidad por causa del *stand by* de la draga “*Heroica II*”.

**4.1. El incumplimiento contractual atribuido a Cormagdalena por apartarse de las previsiones asociadas a los supuestos de suspensión de actividades de dragado**

Son dos las situaciones que, según el apelante, fueron constitutivas de incumplimiento contractual: i) suspensión de las labores de dragado que generó perjuicios por *stand by* de la draga cortadora “*Rio Magdalena*” en la trampa de sedimentos de Calamar, durante 28 días; y ii) suspensión de las labores de dragado, lo cual ocasionó perjuicios por *stand by* de la draga tolva de succión en marcha “*Colombia*” en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla, durante 74 días.

La ocurrencia de las dos situaciones relatadas se atribuyó a la inobservancia de la cláusula décima segunda del acuerdo, alusiva a los casos en que procedía su suspensión, la cual, a juicio del demandante, solo tendría cabida cuando no se estuvieran ejecutando las labores de dragado con apego a las especificaciones técnicas o a lo convenido en el alcance de los trabajos, supuestos que no guardaban correspondencia con la razón aducida por la interventoría para paralizar las labores de dragado en las dos ocasiones mencionadas.

Para el recurrente, en todo caso, las razones de tipo técnico aducidas por el Tribunal para justificar la suspensión de los trabajos de dragado en la trampa de sedimentos de Calamar quedaron desvirtuadas con el dictamen practicado en la etapa probatoria.

En orden a resolver los argumentos de alzada, la Sala precisa que el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

Así mismo, tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral[[17]](#footnote-17).

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulados.

Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y, desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

Puesto de presente el contexto jurídico en el que descansa la reclamación, la Sala procede a referirse al panorama fáctico que, de manera general, sirvió de origen a la controversia que ahora se resuelve:

En septiembre de 2010, Cormagdalena dio apertura a la Licitación pública LP-006-10, con el objeto de seleccionar al contratista que habría de realizar los trabajos de dragado del río Magdalena, desde el Calamar hasta su desembocadura en el mar Caribe. Del pliego de condiciones que gobernó el mencionado procedimiento de selección se destacan las siguientes previsiones que interesan al proceso:

En el numeral 1.2. se estableció el alcance del objeto y cantidades de obra, el cual fue modificado por la adenda No. 2, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“El alcance de los trabajos a ejecutarse corresponde a los dragados sobre el río Magdalena desde Calamar (Bolívar), hasta sus desembocaduras en el mar Caribe el cual comprende los siguientes canales:*

* *Dragados en el canal del Dique desde su embocadura en Calamar hasta su desembocadura en la Bahía de Cartagena, con el fin de permitir la navegación permanente de naves hasta 6 pies o 1.83 metros de calado.*
* *Dragados en el canal de Acceso al Puerto de Barranquilla desde el K21 + 500 hasta su desembocadura en Bocas de Ceniza (K2) en aguas profundas, con el fin de mantener una navegabilidad en el canal de acceso con profundidades de 40 pies entre el K-2 hasta K+2; de 37.5 pies entre el K19+500 al K21+500 siempre y cuando el nivel del estrato coralino lo permita. Para tal efecto, CORMAGDALENA ordenará la ejecución de los mismos en el tiempo y oportunidad que se requiera”[[18]](#footnote-18)* (destaca la Sala).

Al pliego de condiciones se incorporaron dos anexos técnicos.

El primero se denominó anexo técnico parte I que correspondió a los “*DRAGADOS EN EL CANAL DEL DIQUE DESDE SU DESEMBOCADURA EN CALAMAR HASTA SU DESEMBOCADURA EN LA BAHIA DE CARTAGENA EN EL MAR CARIBE*”[[19]](#footnote-19).

El segundo se llamó anexo técnico parte II que correspondió a los “*DRAGADOS EN EL CANAL DE ACCESO AL PUERTO DE BARRANQUILLA DESDE EL K22 HASTA SU DESEMBOCADURA AGUAS PROFUNDAS EN BOCAS DE CENIZA EN EL MAR CARIBE*”[[20]](#footnote-20).

En cuanto al anexo técnico parte I se tiene que dentro de las actividades a cargo del contratista se previó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Los trabajos a ejecutar comprenden los dragados de mantenimiento, del acceso del río Magdalena al Canal del Dique, el dragado y mantenimiento de la trampa de sedimentos de Calamar (…).*

*“(…).*

*“2.2. TRAMPA DE SEDIMENTOS DE CALAMAR (K0+000 – K0+750)*

*“En el Canal del Dique en Calamar, entre las abscisas K0+000 a K0+750, se encuentra localizada una trampa de sedimentos para proteger el canal hacia aguas abajo. La sección de diseño de la trampa presenta las siguientes características. (…)”.*

En las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, modificado por la Adenda No. 2- Anexo Técnico parte II, se previó que los trabajos a realizar comprendían los dragados de mantenimiento del canal navegable de acceso al puerto de Barranquilla, por el mecanismo de metro cúbico dragado, entre el límite de aguas profundas en el mar caribe hasta el límite aguas abajo del muelle de la sociedad Portuaria Regional de Barranquilla para garantizar el ingreso y navegación segura de embarcaciones[[21]](#footnote-21).

Mediante Resolución No. 00361 del 29 de noviembre de 2010, Cormagdalena adjudicó la Licitación Pública No. LP-006-10 a la unión temporal Dragados - Intertug, por un valor de $6.944’377.250[[22]](#footnote-22).

Como consecuencia, el 1 de diciembre de 2010, Cormagdalena y la unión temporal Dragados – Intertug celebraron el Contrato No. 0058-2010, con el siguiente objeto[[23]](#footnote-23) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“*CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para CORMAGDALENA por sus propios medios materiales, herramientas, equipos y personal en forma independiente y con plena autonomía técnica y administrativa hasta su total terminación y aceptación final, por el sistema de precios unitarios fijos y en los términos que señala este contrato, el pliego de condiciones del proceso de la licitación pública y la propuesta económica presentada por el contratista el 3 de noviembre de 2010 para la ejecución del “DRAGADO DEL RIO MAGDALENA A PARTIR DEL CALAMAR HASTA SUS DESEMBOCADURAS EN EL MAR CARIBE* ”.

La cláusula relativa al valor quedó pactada en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“*CLÁUSULA CUARTA. VALOR DEL CONTRATO .- CORMAGDALENA pagará al contratista por la ejecución de las obras objeto de este contrato la suma de SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS ($6.944’377.250) INCLUIDO EL VALOR DEL IVA. Este valor podrá disminuir o aumentar de acuerdo con las cantidades de obra realmente ejecutadas y recibidas a satisfacción por parte del INTERVENTOR y multiplicadas por el precio unitario pactado que corresponde al presentado en su oferta económica del 3 de noviembre de 2010. Este valor cubre los gastos, la administración, imprevistos y utilidad del CONTRATISTA y el IVA a causa de la ejecución de los trabajos por cuanto corresponde al estudio cuidadoso de los documentos del pliego de condiciones, del alcance de los trabajos a ejecutar, su naturaleza, localización, condiciones sociales, políticas, hidrosedimentologicas, geológicas, hidrológicas, ambientales, meteorológicas, viales, limitaciones de espacio, instalaciones temporales, servicios públicos, equipos transporte, mano de obra, entre otros factores considerados por el CONTRATISTA, al formular su oferta, razón por la cual el CONTRATISTA renuencia a cualquier tipo de reajustes, compensación o indemnizaciones o reclamación que por estos factores se produzcan durante el desarrollo de los trabajos*”.

En las obligaciones a cargo del contratista se introdujo la siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“m) los sitios a dragar deben ser autorizados por el interventor y deberán contar con la aprobación previa de CORMAGDALENA.; n) Presentar al INTERVENTOR para su revisión y aprobación dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma del contrato un plan general de dragado”* (subraya la Sala).

El plazo se pactó en ocho meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, hecho que ocurrió el 16 de diciembre de 2010, por lo que su plazo inicial vencía el 16 de agosto de 2011.

Antes de finalizar el término estipulado en el contrato, las partes suscribieron el Acta No. 01 del 3 de junio de 2011[[24]](#footnote-24), por la que adicionaron el valor en $3.611’076.170 y ampliaron su plazo en tres meses, los cuales se cumplieron el 16 de noviembre de 2011[[25]](#footnote-25).

Al inicio de su ejecución, el 21 de enero de 2011, la unión temporal contratista remitió a la interventoría el plan de dragado actualizado de acuerdo con las batimetrías de pre dragado en el canal del Dique, en el cual se presentó la tabla de ubicación del equipo ofrecido, de conformidad con el sector de dragado[[26]](#footnote-26):

|  |  |
| --- | --- |
| *SECTOR* | *DRAGA* |
| ***Canal de acceso*** | ***DRAGA COLOMBIA*** |
| ***Calamar (Trampa de Sedimentos)*** | ***DRAGA COLOMBIA Y/O RIO MAGDALENA*** |
| *Pasacaballos (K116+800 a K116+625)* | *RIO MAGDALENA* |
| *Pasacaballos (K116+625 a K115+500)* | *TITAN* |
| *Santa Lucía (K9+500 – K10+000)* | *RIO MAGDALENA* |
| *Boquete (K3+275- K3+800)* | *RIO MAGDALENA* |

En acta No. 01 del 3 de junio de 2011, se consideró que era de suma importancia para el canal del acceso al Puerto de Barranquilla mantener disponible la draga “*Colombia*” para actuar en cualquier sector del canal navegable[[27]](#footnote-27). Esta determinación fue ratificada en reunión celebrada el 26 de julio de 2011, en la que se puso de presente la necesidad de mantener la draga “*Colombia*” en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla, para atender cualquier “barra” que se presentara durante el tiempo restante del contrato[[28]](#footnote-28).

El 21 de julio de 2011, la interventora, Fundación Universitaria del Valle, mediante oficio FUV-227-124 solicitó a la unión temporal contratista[[29]](#footnote-29) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Por medio de la presente, le estamos solicitando suspender las actividades de dragado en la trampa de sedimentos de Calamar, hasta tanto no se evalúen las batimetrías realizadas en el sector y se tome la decisión de la necesidad de continuar o no”.*

Mediante comunicación del 22 de julio de 2011, Cormagdalena informó a la unión temporal contratista y a la interventoría lo siguiente[[30]](#footnote-30)(se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Muy respetuosamente me permito manifestarles mi posición como supervisor de los contratos 0058 de 2010 y 0060 de 2010, sobre el tema de la suspensión o continuación del dragado en la trampa de sedimento de Calamar.*

*“Con el ánimo de tomar la mejor decisión para la ejecución de los contratos mencionados anteriormente, este tema lo discutiremos en el comité de obras que se realizará el día martes 26 de julio de 2011, con la presencia de CORMAGDALENA, UNIÓN TEMPORAL DRAGADOS HIDRÁULICOS – INTERTUG Y LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL VALLE. Por lo anterior le comunico al contratista y al interventor que la actividad de dragado en ese sector queda suspendida hasta el día martes 26 de julio de 2011, fecha en la que se realizará el comité de obra mencionado”.*

En oficio del 18 de agosto de 2011, Cormagdalena comunicó a la unión temporal Dragados – Intertug que[[31]](#footnote-31) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“En respuesta a su oficio DH-CO58-073-11 le ratifico lo acordado en el comité técnico del contrato de la referencia llevado a cabo el 26 de julio de 2011 en las oficinas de la interventoría en que dado que el contrato se encuentra ejecutado en un 95% se ejecutarían obras en los sectores de Pasacaballos y Canal de Acceso al puerto de Barranquilla, teniendo en cuenta que el nivel de agua en Calamar se encuentran en el rango del 10% y el 50% de frecuencias de niveles excedidos para esta época del año.*

*“Lo anterior se ratifica teniendo en cuenta los oficios de ASOPORTUARIA fechada 27 de julio de 2011 y de la interventoría Fundación Universidad del valle FUV-227-128 del 28 de julio de 2011, anexos a la presente”.*

El 3 de octubre de 2011, la interventoría indicó al contratista que autorizaba realizar el dragado en el sector de Pasacaballos hasta un volumen de 70.745 m3.

Del recuento probatorio que se ha dejado plasmado se desprende que el objeto de la Licitación No. LP-006-10 consistió en contratar la ejecución de las actividades de dragado en dos frentes, a saber: 1) el canal del Dique, en el cual se hallaba comprendido el sector de la trampa de sedimentos de Calamar y 2) el canal de acceso al Puerto de Barranquilla.

Luego de celebrado el Contrato No. 0058-2010, el contratista, en cumplimiento de su obligación contractual de presentar el plan de dragado para obtener la aprobación de la interventoría, respecto del primer frente, específicamente para la trampa de sedimentos, destinó la draga “*Rio Magdalena*”. Para el segundo, esto es, para el canal de acceso al Puerto de Barranquilla presentó la Draga Colombia.

Igualmente, se encuentra demostrado que dentro del plazo de ejecución del contrato se suspendieron las actividades de dragado respecto de dos sectores y en períodos distintos, así:

* En el sector trampa de sedimentos de Calamar, correspondiente al frente del Canal del Dique en el que se había ubicado la draga “*Río Magdalena*”, la actividad de dragado se suspendió entre el 22 de julio de 2011 -desde la confirmación efectuada por Cormagdalena frente a la solicitud de suspensión de actividades de dragado en ese sector elevada por la interventoría mediante oficio FUV-227-124- hasta el 18 de agosto de 2011 -fecha en que Cormagdalena ordenó continuar su ejecución en el sector de Pasacaballos y del canal de acceso al Puerto de Barranquilla-.
* En el sector canal de acceso al Puerto de Barranquilla, desde el 26 de julio de 2011 -día en que la entidad ordenó suspender el dragado en el sector marino del rio Magdalena y mantener disponible la draga “*Colombia*” para atender las “barras” que se pudieran presentar en el canal de acceso al puerto de Barranquilla[[32]](#footnote-32)- hasta el 3 de octubre de 2011 -fecha en que se dio la orden de iniciar la labor de dragado en el sector de Pasacaballos-.

Advierte el libelista que las razones que llevaron a las mencionadas suspensiones de actividades que le habrían ocasionado perjuicios por concepto de *stanb by* de las dragas “*Río Magdalena*” y “*Colombia*” durante los interregnos señalados, no se ajustó a los supuestos pactados contractualmente para dar paso a esa situación.

Sobre el particular, la Sala advierte que en la cláusula décima segunda se acordaron los supuestos en que procedería la suspensión del contrato, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“*CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: SUSPENSIÓN: a) Las interrupciones o suspensiones que se presenten en desarrollo de los trabajos, imputables al contratista o no imputables a CORMAGDALENA, en ningún caso se tendrán en cuenta como costos de espera ni dará lugar a que el CONTRATISTA solicite reparación del equilibrio contractual. b) El CONTRATISTA autoriza a CORMAGDALENA para ordenar la suspensión en todo o en parte de los trabajos contratados, cuando no se esté ejecutando dentro de las especificaciones técnicas a lo convenido en el alcance de los trabajos”*.

El contenido y alcance de la cláusula en comento merece varios comentarios.

Debe partirse de señalar que la disposición revisada contempla dos ideas centrales:

-. La primera establece la imposibilidad de elevar reclamaciones asociadas a costos por concepto de espera o de “*stand by*” y de ruptura del equilibrio económico, derivados de las suspensiones o interrupciones que se presentaran por causas imputables al contratista o por causas no imputables a Cormagdalena.

Al respecto, si bien la Sala no desconoce que la redacción de la mencionada cláusula en el aparte analizado no es la más afortunada, debido a su textura abierta, lo cierto es que su literalidad, en todo caso atemperada por esta instancia a las reglas de interpretación de los contratos estatales, soportadas en la protección del principio de conmutatividad[[33]](#footnote-33), permite desprender que los sobrecostos configurativos del riesgo que por su cuenta asumía el contratista habrían de circunscribirse a hechos que, hallándose en la órbita de su previsión, no fueron oportunamente advertidos, cuestión que de suyo descartaba, por un lado, la asunción del riesgo derivado de la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevisibles y ajenas a su voluntad y, por otro, aquellas que emanaran directamente de la voluntad de la administración contratante[[34]](#footnote-34).

Al amparo de este entendimiento surge la probabilidad de que se presentaran algunas circunstancias que, por su naturaleza, resultaran inherentes a las labores de dragado y que eventualmente podrían acarrear sobrecostos respecto de los valores estimados, caso en el cual correspondería preverlas al contratista por no escapar a su esfera de control. Esta idea será retomada y desarrollada enseguida.

Se agrega que, aunque en este punto específico no se está examinando la ruptura del equilibrio económico del contrato sino los perjuicios derivados del incumplimiento imputado a Cormagdalena por la indebida aplicación de la señalada cláusula, no sobra reiterar que el entendimiento dispensado por esta Subsección a las renuncias anticipadas en torno a los efectos derivados del desequilibrio económico del contrato, esto es, realizadas antes de que ocurra el supuesto de fractura, apunta a señalar que estas no estarían llamadas a producir efectos vinculantes. Sobre el particular, esta Sala ha sostenido que:

“*La posibilidad de acudir a los instrumentos de ajuste y revisión de precios refleja, entre otros, el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, propio de los contratos conmutativos onerosos (artículos 1496 a 1498 del C.C.), a cuya categoría pertenecen gran parte de los contratos estatales (artículo 28, Ley 80 de 1993), por cuanto están orientados a garantizar que la prestación intrínseca se mantenga inalterable, es decir, que no sea sustancialmente distinta de aquella prevista al momento de acordar el sinalagma funcional (plazo, precio y objeto). Esto significa que las partes no pueden renunciar, antes de que se presente el supuesto de ruptura, a que se restablezca el equilibrio económico- financiero del contrato. Nadie puede renunciar a lo que desconoce*;”( realza la Sala)*[[35]](#footnote-35).*

De ahí que no resultaría admisible desprender efectos absolutos e ilimitados de la renuncia a las reclamaciones derivadas de desequilibrio económico del contrato ante supuestos desconocidos. Cuestión distinta acontece cuando el supuesto que se concreta de manera sobreviniente a la ejecución ha sido un riesgo identificado y asumido de manera clara y precisa por alguno de los extremos del acuerdo, caso en el cual, ante su ocurrencia, no podrá sustraerse de las consecuencias económicas que de allí se desencadenan.

-. La segunda premisa que encierra la cláusula alude al supuesto fáctico que viabilizaba la suspensión o interrupción de los trabajos contratados, el cual se configuraba cuando no se estuvieran ejecutando con apego a las especificaciones técnicas y a lo convenido en el alcance de los trabajos.

Con todo, aun cuando, como se verá más adelante, esta no fue la situación que se presentó como causa justificativa de la suspensión de las actividades de dragado en el sector trampa de sedimentos de Calamar y en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla, lo cierto es que no por ello puede concluirse que la suspensión temporal del dragado en esos sectores determinados contravino lo convenido en el acuerdo de voluntades o se apartó de su contenido obligacional, no solo porque como, según se vio, en atención a la primera premisa general la suspensión podía presentarse por causas no imputables a Cormagdalena, sino porque su ocurrencia se hallaba directamente vinculada a la dinámica propia de su objeto.

Se encuentra acreditado que la causa que llevó a la suspensión de actividades de dragado en la trampa de sedimento de calamar, y por ende al *stand by* de la draga *“Rio Magdalena*”, según lo advertido por la Universidad del Valle, interventora del contrato, obedeció a la necesidad de evaluar las batimetrías realizadas en el sector.

En conexidad con lo anterior, se demostró que las causas que justificaron la suspensión temporal de actividades de dragado en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla y con ello al *stand by* de la draga “*Colombia”* estribaron en que, de acuerdo con las batimetrías realizadas al sector; se halló que presentaba profundidades que cumplían las características de diseño, advirtiendo en todo caso que, dadas las características cambiantes del río, se recomendaba mantener la draga Colombia disponible en el canal de acceso para atender cualquier “barra” que se presentara.

De conformidad con los documentos precontractuales y contractuales, los cuales se encuentran incorporados al contenido obligacional del acuerdo, la Sala evidencia que la realización de mediciones batimétricas periódicas se concibió como una actividad, no solo previa sino concomitante a la ejecución de dragado.

Las labores de dragado se encontraban vinculadas de manera interdependiente a la práctica constante de esos estudios, precisamente por los cambios permanentes de las condiciones del suelo que se habrían de presentar por efectos de las mareas y los vientos, circunstancia que, además de haber sido puesta de presente de entrada en la etapa precontractual, atendiendo a la experiencia del contratista en la realización de ese tipo de labor, debía ser conocida por él.

Así lo reflejan, las previsiones incorporadas en el anexo técnico parte I al establecer como obligación del contratista la de realizar un plan de dragado, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“10. PLAN DE DRAGADO*

*“El contratista deberá realizar los trabajos de dragado de tal forma que garantice la navegación permanente por el Canal del Dique, única vía fluvial de acceso al puerto de Cartagena.*

*“El proponente elaborará su propio plan de dragado para ser aprobado y/o modificado por el interventor sin perjuicio que el interventor tena bajo su responsabilidad previa la aprobación de Cormagdalena, el tomar la decisión de iniciar el Plan de Dragado. El plan de dragado propuesto por el contratista debe definir los volúmenes de dragado inicial o de capital y mantenimiento, para garantizar las profundidades especificadas en estos Pliegos de Condiciones.*

*“(…).*

*“Una vez aprobado el Plan de Dragado del contratista por la interventoría, será instrumento básico para el desarrollo y control del dragado en función del tiempo, y se utilizará como base para la firma del contrato (…). En caso que por razones técnicas sea necesario introducir modificaciones, el programa podrá ser variado con acuerdo del concedente, pero manteniendo los plazos establecidos para las tareas en cada una de las localizaciones”* (enfatiza la Sala).

En relación con las obligaciones a cargo del contratista respecto de la zona de acceso del río Magdalena al Canal del Dique y la trampa de sedimentos de Calamar se consignó la siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“11.1. MEDICIONES BATIMÉTRICAS DE MONITOREO*

*“Durante el tiempo de duración del contrato, el contratista realizará levantamientos semanales longitudinales del Canal del Dique entre la bifurcación del rio Magdalena (k0) y la desembocadura en la bahía de Cartagena (K116+750), referidos a los niveles del agua de todas las estaciones del IDEAM ubicados en el tramo medido. Adicionalmente, en los sitios que no cumplan con la cota de dragado, se realizarán secciones transversales cada 25 m.*

*“(…).*

*“La información sobre el estado semanal debe ser entregada por el contratista en plano en planta escala 1:25.000, incluyendo el perfil longitudinal para ser revisada inicialmente por el interventor y ya aprobada debe ser remitida a CORMAGDALENA”.* (Subraya la Sala).

Por otro lado, en el anexo técnico parte II, correspondiente a los dragados en el canal del acceso al Puerto de Barranquilla se estipuló (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“8.- CAPITULO. PLAN DE DRAGADO.*

*“Las actividades a cargo del contratista deben estar de acuerdo al Plan de Dragado elaborado por el contratista aprobado por el interventor con visto bueno de COORMAGDALENA, el cual logrará en el transcurso del contrato que garantice el acceso de embarcaciones hasta 9.1. m (30 pies) de calado y la optimización de los recursos disponibles.*

*“9. CAPITULO. EQUIPO DE DRAGADO.*

*“(…).*

*“Para el equipo propuesto o equipos de dragado propuestos deberá indicarse las producciones horarias mensuales previstas para el tipo de material de cada sector en que actuará y distintas distancias de descarga de material. El contratista en su propuesta especificará el precio del metro cúbico de dragado para cada sector asociado al sitio de botadero.*

*“****En ninguna de las alternativas se reconocerá stand by, listo para zarpe y otros similares****.*

*“Una vez concretada la adjudicación y con posterioridad a las mediciones generales de predragado, ajustará permanentemente su programa de trabajo al Plan de Dragado realizado por la interventoría, indicando los sectores y respectivo trazado del canal a dragar, sitio de botadero, un programa de trabajos con planos y gráficos en los que indique la secuencia para realizar las tareas, como así también los equipos de dragado y auxiliares asignados, a fin de dar cumplimiento a lo especificado en el pliego de condiciones.*

*“Previo a la iniciación de los trabajos, el contratista estará en libertad de realizar a su costa un estudio de suelos, para confirmar la información suministrada. En caso de encontrar condiciones diferentes a las suministradas por CORMAGDALENA, deberá presentar oportunamente los ajustes necesarios para la aprobación de la interventoría. Los ajustes no serán motivo de incremento de los costos del contrato.*

*“El plan de dragado ajustado será aprobado por la interventoría previo visto bueno de CORMAGDALENA, se constituye en la base para el desarrollo y control de dragado en función del tiempo, por parte del contratista”.* (Destaca la Sala)[[36]](#footnote-36).

A su turno, la interventoría, en oficio No. FUV-227-009 del 24 de diciembre de 2010, al revisar el plan de dragado presentado por el contratista en diciembre de 2010, explicó que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“volumen de Dragado:*

*“Se entiende que el volumen a dragar es estimado con base en las batimetrías finales del último contrato de dragado y las cuales fueron realizadas entre el 16 y el 18 de noviembre de 2010, le solicitamos anexa al Plan de Dragado dichos planos, tanto en físico como en magnético, adicionalmente se debe anexarla memoria del cálculo del volumen*”[[37]](#footnote-37). (Resalta la Sala).

Sobre este mismo punto se pone de presente que en el dictamen presentado por el perito ingeniero civil Absalón Prada, a petición de la parte actora y decretado en el auto de pruebas dictado por el tribunal de primera instancia, arrojó las siguientes conclusiones:

A la pregunta de si existían diferencias entre el plan de dragado entregado por el contratista a la interventoría para su aprobación y los términos en que efectivamente fue ejecutado el contrato, el ingeniero contestó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Solo presentan una diferencia en los cuadros de distribución del volumen a dragar. En el plan de dragado presentado con la oferta del 3 de noviembre de 2010 se estimaron unos volúmenes a dragar con base en batimetrías elaborados antes de la presentación de la oferta. El plan de dragado presentado dentro de la vigencia del contrato se basa en las batimetrías realizadas en el Canal del Dique y en la información de la interventoría en el Canal de Acceso al Puerto de Barranquilla y en este último entregado a la interventoría se acerca mas a la realidad teniendo en cuenta que ha sido elaborado con datos de batimetría mas reciente y se ajusta a la cantidad de material a dragar solicitado por Cormagdalena en el cuadro de pliego de condiciones de la licitación.*

*“Hay que tener en cuenta que el volumen es un estimativo para el año de dragado en los casos de dragado siempre es variable teniendo en cuenta el proceso de sedimentación y/o arrastre, que produce el agua a través de su paso o corriente.*

*“El anexo técnico parte 1 y 2, en numeral 3.2. establece que Cormagdalena e interventoría deberá entregarle al contratista la batimetría detallada y actualizada del Canal del Dique y canal de acceso de Barranquilla respectivamente. Dado que, a la fecha, no se tiene esta información, se toma la información de las batimetrías finales del último contrato de dragado realizadas entre el 16 y 18 de noviembre de 2010 donde se encontró una sedimentación en los siguientes sectores críticos para lo cual se tienen las siguientes características del dragado (…).*

*“El volumen de dragado antes relacionado es aproximado, el volumen real a dragar será el resultante de los cálculos sobre las batimetrías de predragado realizadas un día antes de iniciar los trabajos con las dragas de corte y las mediciones en tolva de la Draga de succión en Marcha”*. (Resalta la Sala).

Frente a la pregunta de si los planes de dragado se ajustaron a los requerimientos del pliego de condiciones de la Licitación Pública 006-10, respondió (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Si se ajustaron teniendo en cuenta que el volumen a dragar como lo dijimos anteriormente es variable con el tiempo, el caudal y la velocidad con que esta viene, además hay que tener en cuenta que el dragado se va a desarrollar durante un año a partir del acta de inicio razón por la cual las cantidades a dragar serán motivos de variación de acuerdo con la batimetría, pero se tendrá que cumplir con el contrato suscrito en cuanto a las condiciones pactadas de tiempo y cantidad de obra a ejecutar”.* (Destaca la Sala).

Como se aprecia, el plan de dragado, cuya elaboración se hallaba a cargo del contratista, debía ajustarse permanente a las condiciones variables del suelo, pues su fluctuación, por ser una cuestión connatural a su comportamiento, fue una situación constante, conocida y aceptada durante la ejecución del contrato e incluso antes de su celebración, al punto de que fue por cuenta de esa circunstancia que en el pliego de condiciones expresamente se indicó que en desarrollo de las actividades de dragado no se reconocerían sobrecostos por concepto de *stand by* de las dragas.

En efecto, en la audiencia de aclaración a los pliegos de condiciones definitivos, los aspirantes a participar en el procedimiento de selección formularon las siguientes observaciones:

La sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. advirtió (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*¿3. Con el objetivo de no generar un desequilibrio económico se solicita garantizar un volumen mínimo o el pago del stand by?*

*“3.- No es procedente la solicitud, dada la incertidumbre de los volúmenes y sectores en donde se requerirá el dragado en el canal de acceso al puerto de Barranquilla, no es posible precisar estos volúmenes (…)”.* (Subraya la Sala).

A su turno, la unión temporal Dragados - Intertug formuló la siguiente observación (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“16. Dicho análisis incluye alguna previsión para pago de equipos en stand by?”*

La respuesta de Cormagdalena fue la siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“16. En los análisis de precios unitarios para el presente proceso, no se incluyó la previsión para pago de equipos en stand by, por ello el condicionamiento de que la draga de tolva esté vinculada al dragado del Canal del Dique”[[38]](#footnote-38). (*Resalta la Sala).

Es claro así que la inviabilidad de reconocimiento de *stand by* de las dragas, fundamentada en la imposibilidad de determinar con exactitud y certeza los volúmenes que habrían de ser objeto de esa actividad, fue una circunstancia que se dejó sentada a lo largo del procedimiento de selección y así quedó inmersa en los documentos precontractuales, de tal suerte que los ofrecimientos de los interesados en celebrar el contrato debían ajustarse a esa realidad conocida y aceptada.

Es por ello que resulta a todas luces inadmisible el argumento del censor, según el cual en su propuesta no se incluyeron los sobrecostos derivados del *stand by* de las dragas y en tal virtud su falta de inclusión era vinculante para la entidad contratante y hacía procedente su reconocimiento en caso de que se causara.

Tal afirmación deja de lado el hecho de que era su propuesta económica la que debía ajustarse a los pliegos de condiciones, en tanto solo así se garantizaría el principio de selección objetiva, a lo que se suma que el mencionado argumento lo que procura es invertir la carga de diligencia que le asistía al contratista al estructurar su oferta y precaver en ella los efectos derivados de la ocurrencia de una circunstancia que le resultaba absolutamente previsible.

Atendiendo a una lógica similar, tampoco es de recibo el carácter vinculante que respecto del plan del dragado pretende derivar el demandante, en lo concerniente a la falta de consideración del *stand by* en su elaboración.

En ese sentido, cabe enfatizar en que la finalidad de la realización de un plan de dragado radicó en establecer, desde el punto de vista técnico, cómo se habría de llevar a cabo paulatinamente la ejecución de actividades, pero en manera alguna llevaba a admitir que a través del mismo fuera posible variar la fórmula económica de la oferta.

En esa misma línea, se tiene que la suspensión temporal de actividades de dragado en determinados sectores y el *stand by* de las dragas derivado de esa circunstancia, no puede considerarse como una situación en virtud de la cual la entidad se hubiera apartado o se alejara de las estipulaciones contractuales. Por el contrario, era la misma naturaleza del objeto contractual lo que llevaba a que ello fuera posible.

Ello es así en cuanto, de acuerdo con las batimetrías, era necesario aumentar las cantidades de obra en algunos sectores, como se reflejó en el acta No. 1, o que se presentara la situación opuesta, es decir, que se redujera en otros el volumen a dragar, lo que llevaba a que en determinado sector no se requiriera su realización.

En relación con este mismo aspecto, el recurrente sostuvo que tampoco era cierto que la suspensión de las labores de dragado en la trampa de sedimentos de Calamar hubiera obedecido a razones técnicas, concretadas en los resultados de las mediciones batimétricas, por cuanto las pruebas que reposaban en el plenario deban cuenta de que aun allí faltaba material por dragar.

Al respecto, la Sala observa que le asiste la razón al censor al sostener que, para la época en que se suspendieron las labores de dragado en la trampa de sedimentos de calamar, aún faltaba por dragar el volumen previsto en el contrato.

Acerca de esa cuestión, se evidencia que el 21 de enero de 2011 la unión temporal contratista remitió a la interventoría el plan de dragado actualizado, de acuerdo con las batimetrías de predragado en el canal del Dique[[39]](#footnote-39) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| SECTOR | ABSCISA INICIAL | ABSCISA FINAL | SOLERA | TALUD | COTE SOLERA (m bajo NR) | VOLUMEN |
| Canal de acceso | K0+000 | K-2+000 | 150 m | V | 12.20 m | 200.,000 m3 |
| Canal de acceso | K0+000 | K19+500 | 150 m | V | 11.40m | 100,000 m3 |
| Pasacaballos | K116+800 | K116+625 | 70 m | 1:2 | -3.50m | 29,000 m3 |
| Pasacaballos | K116+625 | K115+500 | 60 m | 1:2 | -3.50m | 72,500 m3 |
| **Trampa Calamar** | **K0+150** | **K0+725** | **65 m** | **1:2** | **-5.75m** | **225,000 m3** |
| Boquete | K3+275 | K3+800 | 60 m | 1:2 | -1.50m | 100,000 m3 |
| VOLUMEN TOTAL |  |  |  |  |  | 726,500 m3 |

Dicho volumen de dragado fue actualizado por la UT contratista mediante documento de junio de 2011, de conformidad con el contrato adicional y las cantidades de obra estimadas en ese acuerdo[[40]](#footnote-40) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| SECTOR | ABSCISA INICIAL | ABSCISA FINAL | SOLERA | TALUD | COTE SOLERA (m bajo NR) | VOLUMEN |
| Canal de acceso | K0+000 | K-2+000 | 150 m | V | 12.20 m | 250.,000 m3 |
| Canal de acceso | K0+000 | K19+500 | 150 m | V | 11.40m | 150,000 m3 |
| Pasacaballos | K116+800 | K115+500 | 70 m | 1:2 | -3.50m | 240,000 m3 |
| **Trampa Calamar** | **K0+150** | **K0+725** | **65 m** | **1:2** | **-5.75m** | **335,000 m3** |
| Boquete | K3+275 | K3+800 | 60 m | 1:2 | -1.50m | 85,600 m3 |
| Santa Lucía | K9+500 | K10+000 | 60m | 1:2 | -1.50m | 54,000 |
| VOLUMEN TOTAL |  |  |  |  |  | 1,114,947 |

En comunicación FUV-227-128 del 28 de julio de 2011, la Fundación Universitaria del Valle informó a Cormagdalena que, de acuerdo con la reunión celebrada el 26 de julio de 2011, se presentaban las siguientes conclusiones frente a su ejecución[[41]](#footnote-41) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“(…).*

*“Situación Actual Canal del Dique*

*Sector de Calamar*

*“De acuerdo a la batimetría realizada el día julio 15 de 2011, para completar la sección de diseño de la trampa de sedimentos se requiere de un volumen de aproximadamente 250.000 M3 y de acuerdo al volumen disponible del contrato no se alcanzaría a obtener la sección de diseño.*

*“Pese a lo anterior, el nivel de agua en Calamar se encuentra en 7.24, de acuerdo con los registros históricos de las curvas de excedencia y duración considerando una frecuencia de niveles excedidos entre el 10% y el 50% para esta época del año, podemos considerar que no presentaran inconvenientes con la navegación por el canal del Dique en el presente año.*

*“Considerando lo anterior el Comité recomendó suspender definitivamente las actividades en el sector de Calamar y se realicen los muestreos finales ambientales de este sector. Por lo cual el contratista podría realizar la desmovilización de las Dragas Río Magdalena y Heroica con todos sus equipos de apoyo localizados actualmente en Calamar.*

*“Sector de Pasacaballos*

*“De acuerdo con la última batimetría realizada el día Julio 22 de 2011, es necesario terminar la barra presentada en la boca de la margen derecha del canal con un volumen aproximado de 8.000 M3.*

*“Por lo cual, luego de terminar a satisfacción de la interventoría el dragado en la barra mencionada en el sector de Pasacaballos, el Comité recomendó se suspendan definitivamente las actividades en este sector, se realice los muestreos finales ambientales y la desmovilización de la draga Titán con sus equipos de apoyo para dar por terminado el dragado en el canal del Dique bajo este contrato.*

*“En el Comité se decidió que CORMAGDALENA oficiaría tanto al contratista como la interventoría la decisión final, una vez consultado el presente tema con las directivas de la entidad”.* (Destaca la Sala).

En oficio del 18 de agosto de 2011, Cormagdalena comunicó a la unión temporal Dragados – Intertug[[42]](#footnote-42) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“En respuesta a su oficio DH-CO58-073-11le ratifico lo acordado en el comité técnico del contrato de la referencia llevado a cabo el 26 de julio de 2011 en las oficinas de la interventoría en que dado que el contrato se encuentra ejecutado en un 95% se ejecutarían obras en los sectores de Pasacaballos y Canal de Acceso al puerto de Barranquilla, teniendo en cuenta que el nivel de agua en Calamar se encuentran en el rango del 10% y el 50% de frecuencias de niveles excedidos para esta época del año.*

*“Lo anterior se ratifica teniendo en cuenta los oficios de ASOPORTUARIA fechada 27 de julio de 2011 y de la interventoría Fundación Universidad del valle FUV-227-128 del 28 de julio de 2011, anexos a la presente”.* (Subrraya la Sala).

Por otro lado, el dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Absalón Prada, con base en la correspondencia cruzada entre las partes durante la ejecución del contrato, respecto de las cantidades que se dejaron de dragar en la trampa de sedimento de Calamar, concluyó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“En oficio DH.C058-060-11 del 7 de junio de 2011 la unión temporal entrega a la interventoría entre otros, el Plan de Dragado Actualizado de acuerdo con el adicional del contrato, en el cual se observa en su numeral 2 volúmenes de dragado un volumen programado para la Trampa de Calamar de 335.347 m3 cantidad que coinciden con el informe de avance interventoría No. 07 página 8.*

*“En el numeral 21 de las pruebas documentales aportadas con la demanda se encuentra la copia de oficio DH.C058-068-11 del 22 de julio de 2011. En ese oficio dice que para la trampa de calamar se tenía programado un volumen de 335.347 m3 y que para la fecha de 21 de julio de 2012 se habían ejecutado aproximadamente 233.000 m3. Lo anterior significa que en la Trampa de Sedimentos de Calamar estaba pendiente por dragar un volumen de 102.347 m3”.*

*“En el expediente (numeral 25) de las pruebas documentales aportadas con la demanda se encuentra la copia del oficio de CORMAGDALENA 2011001271 del FUV-227-128 de julio 28 de 2012 donde la interventoría dice: ‘De acuerdo a la batimetría realizada el 15 de julio de 2011, para complementar la sección de diseño en la trampa se requiere un volumen de aproximadamente 250.000 m3’[[43]](#footnote-43).*

*“(…).*

*“En el expediente (numeral 3) de las pruebas documentales aportadas con la contestación de la demanda se encuentra la copia del Informe de Avance 7 de la Interventoría el cual anexo. En su numeral 7.2 CANAL DEL DIQUE se presentan los resultados de las batimetrías realizadas en ese período y menciona lo siguiente: ‘El Canal navegable presenta los siguientes sectores con profundidades menores al diseño: Santa Lucía, Pasacaballos Calamar’. Según el informe, para el sector de Calamar se realizó una batimetría el 15 de julio de 2011 y dice: ‘La trampa de sedimentos se encuentra colmatada’.*

*“Con lo anterior se puede deducir, conforme al informe de la interventoría, que el Canal del Dique no se encontraba totalmente dragado a su sección de diseño”.* (Destaca la Sala).

Del anterior recuento, apreciado en conjunto y de manera armónica, surge que si bien, según la batimetría realizada en julio de 2011, en el sector de la trampa de sedimentos de Calamar aún se hallaba pendiente por dragar un volumen aproximado de 102,343 m3, la razón que, en esencia, condujo a que se suspendieran las actividades de dragado en ese lugar obedeció a que el faltante a dragar allí ascendía a 250.000 m3, cantidad superior al volumen disponible en el contrato para ese específico sector, cuestión que, no obstante ese hallazgo, no habría de afectar la navegabilidad por el corredor del Canal del Dique, puesto que, de manera simultánea, se presentó una creciente inusitada de las aguas que viabilizaba el paso de la flota marítima sin inconveniente.

Así lo corroboró la Dirección Ejecutiva de la Zona Portuaria de Barranquilla, en oficio del 27 de julio de 2011, al informarle a Cormagdalena lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“En el último comité de seguridad náutica se dio la información que el contrato 0058-2010 que actualmente está en ejecución le resta un saldo de 120.000 metros cúbicos.*

*“Teniendo en cuenta que dicho contrato atiende a dos sectores: el sector Calamar Bahía de Cartagena y el otro Calamar –Bocas de Cenizas, con toda atención y teniendo en cuenta como fundamento técnico que de aquí al mes de diciembre los niveles del río se incrementaran por efecto de las lluvias, lo cual no prevé problemas para la navegación en el Canal de Dique, le solicito muy respetuosamente que los 120.000 metros cúbicos restantes del contrato sean en su totalidad ejecutados en el mantenimiento del canal navegable, que este si se verá afectado por efectos de las lluvias y de los sedimentos de los arroyos que ello conlleva”[[44]](#footnote-44)* (enfatiza la Sala).

La misma conclusión se extrae de la certificación expedida por el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales IDEAM, expedida el 23 de junio de 2015, en relación con la curva de los niveles de la estación Calamar – Magdalena, para el mes de julio de 2011, se tiene que[[45]](#footnote-45) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“De acuerdo con los datos registrados en el mes de julio del año 2011 que se presentan en el cuadro No. 2 para el mes de julio de 2011 se registra un valor promedio mensual de nivel 780 cm (7.80 m) que supera los promedios históricos de 1971 – 2012 en un 129% y que se puede evidenciar en el gráfico No. 1.*

*“En conclusión se puede observar que los datos de niveles mensuales registrados en el rio Magdalena durante el año 2011 para la estación de CALAMAR, los niveles registran valores con excedencia del promedio mensual a partir de junio (2010) a Diciembre (2011) con 18 meses por encima de lo normal superando el 100%, (...).*

*“Ahora bien, para el año 2011 las estaciones del rio MAGDALENA, registraron valores por encima de los promedios multianuales, lo que indica que para el rio Magdalena, el comportamiento de los niveles año 2011 fue característica de un año húmedo durante todo el año superando el 100%”.*

Así pues, ante la falta de necesidad de continuar las labores de dragado en el sector de la trampa de sedimento de Calamar, las partes, atendiendo a las condiciones batimétricas del canal de acceso al Puerto de Barranquilla, decidieron continuar el dragado en este último lugar, en tanto allí su realización sí resultaba necesaria para garantizar la navegabilidad, al punto de que, con ese propósito, acordaron ampliar el plazo del contrato, adicionar su monto y dejar allí la draga Colombia en disponibilidad.

También lo evidenció el contenido del Acta No. 01, suscrita el 3 de junio de 2011, mediante la cual prorrogaron el contrato en tres meses, contados a partir del vencimiento del plazo inicial -15 de agosto de 2011- y adicionaron su valor en $3.611’076.170, lo cual tuvo sustento en las siguientes motivaciones (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“b) Que el 11 de Mayo de 2011, mediante comunicación DH-C058-055-11, el contratista solicitó a la interventoría unas modificaciones al contrato de obra. c) que mediante comunicación del 16 de Mayo de 2011, el Director de Interventoría, reporta la necesidad actual de realizar dragado por sectores, informando que dicha necesidad se basó en batimetrías de cada sector y las cantidades definidas en el sector del Canal de acceso al Puerto de Barraquilla son una provisión calculada de acuerdo al comportamiento del sector del contrato hasta la fecha, en conclusión recomienda a CORMAGDALENA la aprobación de adicionar el contrato en valor y prorrogarlo en tiempo, teniendo en cuenta que: -. Que en el sector del Canal del Dique en la actualidad existe una necesidad de dragado de 365.000 M3, que el volumen que tiene disponible el contrato no lo puede cubrir, adicionalmente mediante la descarga de los materiales dragados, se está colaborando a rellenar la berma de sitios susceptibles de fallas carreteables calamar las compuertas como son el boquete Santa Lucía –* ***Que es de suma importancia para el Puerto de Barraquilla mantener la draga Colombia disponible para actuar en cualquier sector del canal navegable****. d) que el 24 de mayo de 2011 el supervisor del contrato avaló la solicitud del interventor de incrementar las cantidades de obra al contrato de obra No. 0-0058-010 para el año 2011, para los dragados requeridos en la actualidad. E)* ***Que con el fin de continuar manteniendo la navegabilidad es necesario incrementar las cantidades de obra para el dragado en el sector del canal de acceso a Barranquilla y al Canal del Dique****, teniendo en cuenta que el volumen requerido es mayor al contratado, debido a las necesidades que se presentan actualmente”.* (Destaca la Sala).

En lo concerniente a esta misma situación, se advierte que mediante oficio del FUV-227-128 del 28 de julio de 2011, la Fundación Universitaria del Valle, interventora del Contrato No. 0058 de 2010, informó a Cormagdalena que, de acuerdo con la reunión celebrada el 26 de julio de 2011, se presentaban las siguientes conclusiones frente a su ejecución[[46]](#footnote-46) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“De acuerdo con las batimetrías realizadas el siguiente es el estado de cada sector:*

*“Situación actual Canal de Acceso al Puerto de Barranquilla:*

*“Actualmente no se requieren realizar labores de dragado, el canal de acceso presenta profundidades que cumplen las características de Diseño. Sin embargo, dadas las características cambiantes del rio, se recomienda mantener la Draga Colombia disponible en el canal de acceso para atender cualquier barra que se presente durante el tiempo restante del contrato o hasta agotar el volumen total del contrato.*

*Igualmente considerando que se tendrá la Draga Colombia disponible en el canal de acceso y no se utilizará el ítem de movilización de Draga de Succión desde Calamar hasta Barraquilla y viceversa, se recomienda realizar un Acta de Modificación de Cantidades para aumentar el volumen disponible a utilizar en el contrato”. (*Resalta la Sala).

Posteriormente, en el acta de avance mensual No. 7 suscrita por la interventoría, Fundación Universidad del Valle, en agosto de 2011 se concluyó[[47]](#footnote-47) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“En reunión con el Supervisor del Contrato, el contratista y la interventoría se analizó acelerada del Contrato en el presente mes, llegando al 95% de volumen establecido. Por lo anterior la interventoría y el Supervisor del Contrato, establecieron que en virtud de que no existen riesgos inminentes en cuanto a la navegación en el Canal del Dique debido a que en lo que resta del año se espera se mantengan los niveles del rio de medios a altos, lo más convenientes es que el saldo del volumen del contrato se destine al Canal del Acceso del Puerto de Barranquilla ante cualquier deterioro de las profundidades del sector en lo que resta del contrato”.*

A través del oficio del 5 de septiembre de 2011, la unión temporal Hidráulicos – Intertug manifestó a la interventoría lo siguiente[[48]](#footnote-48) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“El día 2 de septiembre Dragados Hidráulicos realizó una batimetría de control en el sector de Calamar entre K0 y el K2. Los resultados de esa batimetría. Corroboran los indicado en nuestros oficiosDH.C058-068-11 del 22 de julio y DH.C058-073-11 del 5 de agosto, con respecto a la necesidad de continuar el dragado en la trampa de sedimentos y evitar así la colmatación de la misma y la creación de nuevas barras aguas abajo.*

*“Como se puede ver en los planos y perfil anexo, la trampa de sedimentos está totalmente colmatada, se encuentran profundidades por encima del cero con cotas hasta de 2 metros. Lo anterior ha generado la creación de nuevas barras entre el K1 y K2 del canal, con cotas hasta de 1 metro.*

*“De acuerdo con el Canal de Diseño se determinaron los siguientes volúmenes a dragar:*

*“Volumen Trampa (K0+000 a K0+750) 331.810 m3*

*“Volumen Canal (K0+750 a K2+000) 83,508 m3*

*“Volumen Total 451.318 m3*

*“Es importante considerar que el volumen disponible dentro del contrato únicamente es de 70.745 m3, el cual no alcanza para realizar el mantenimiento de la trampa de sedimentos y por otro lado está limitado a realizar en el Canal de Acceso de acuerdo a orden impartida por Cormagdalena e interventoría”.*

En oficio del 22 de septiembre de 2011, la unión temporal contratista informó a la interventoría que[[49]](#footnote-49) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Luego de la batimetría realizada en el sector de Pasacaballos el día 14 de septiembre de 2011, en el canal entre el K116+000 y el K117+000 hay un volumen por dragar de 107,332 m3, lo que indica que se ha presentado, en menos de 2 meses, una sedimentación de más de 50.000 m3. Se anexa la batimetría realizada.*

*“Dragados Hidráulicos ha manifestado en varias oportunidades, las consecuencias que se generan por no realizar el dragado en la trampa de sedimentos de Calamar en los niveles altos, dado que es en niveles altos cuando entra mayor cantidad de sedimentos la trampa se colmata, deja de funcionar y genera la formación de barras en los diferentes sectores del canal hasta su desembocadura en la Bahía de Cartagena.*

*“Considerando que la Naviera Fluvial nos informó de varios inconvenientes que se les ha presentado en el paso por Pasacaballos y que el contrato tiene un volumen disponibles de 70,745 m3, solicitamos a la interventoría autorizar el dragado en este sector. Este volumen alcanza para dragar entre el K116+350 y el K117+000 donde se encuentra las menores profundidades”.*

En oficio FUV-227-151 del 3 de octubre de 2011, la interventoría indicó a la unión temporal contratista que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“De acuerdo a su comunicación DH. C058-085-11, en donde solicitan la autorización de dragar en el sector del Canal del Dique en el sector de Pasacaballos, le realizamos los siguientes comentarios:*

*“De acuerdo a la Batimetría realizada el 14 de septiembre de 2011, en este sector se presenta una sedimentación pronunciada y a la fecha hay un volumen por dragar de más de 100.000 M3.*

*“La Naviera Fluvial ha informado de varios inconvenientes que se les ha presentado en el paso por este sector.*

*“Por lo anterior lo autorizamos a realizar el dragado en el Sector de Pasacaballos hasta un volumen de 70.745 M3, el cual corresponde al saldo del volumen que queda disponible en el Contrato de acuerdo al Acta Modificativa No. 2.*

*“Le solicitamos que el dragado se realice a la mayor brevedad y con un equipo que nos garantice un rendimiento de 600 M3/hora.*

*“Por último le solicitamos que una vez se inicien las actividades de dragado se realice el monitoreo ambiental de seguimiento y se realice una reunión de socialización para informar a la comunidad el reinicio de las actividades”.*

Así pues, lo ocurrido en la fase contractual y que interesa al contrato se concreta en lo siguiente:

* Para la época en que se presentó la suspensión del dragado, en la trampa de sedimentos de Calamar aún se hallaba pendiente por dragar un volumen que ascendía a 250.000 m3, cantidad superior al volumen disponible en el contrato para ese específico sector.
* A pesar de lo anterior, la suspensión del dragado allí no habría de afectar la navegabilidad por el Canal del Dique, debido a que al tiempo se presentó una creciente inusitada de las aguas que permitía el paso de las naves sin dificultades.
* En consideración a la ausencia de necesidad de continuar las labores de dragado en el Canal del Dique, la supervisión del contrato y la interventoría consideraron que el saldo del volumen del contrato se destinaría a las actividades de dragado en el canal de acceso del Puerto de Barranquilla ante cualquier cambio en las profundidades del sector.
* En atención a los resultados de las batimetrías, las partes acordaron mantener disponible la draga “*Colombia*” en el canal de acceso al puerto de Barranquilla por las características cambiantes del río.
* Antes de finalizar el plazo del contrato, en octubre de 2011, ante las solicitudes elevadas por el contratista y los resultados de las batimetrías actualizadas, la interventoría autorizó continuar con el dragado en el Canal del Dique, exclusivamente, en el sector de Pasacaballos hasta un volumen de 70.745 M4, correspondiente al saldo del contrato.

Se extrae de lo expuesto que la dinámica que imperó en la fase de ejecución contractual se caracterizó por la variabilidad de las condiciones del suelo de los sectores en los que habrían de realizarse las labores de dragado.

Este mismo ejercicio que, cómo se acotó, resultaba inherente al objeto contractual fue el que determinó que, de entrada, se estableciera y aceptara la imposibilidad de reconocer el *stand by* de las dragas cuando en algún sector no se hiciera necesario continuar profundizando en la excavación, tal y como ocurrió respecto del sector trampa de sedimento de calamar con la draga “*Río Magdalena”*, pero al tiempo abrió paso a la posibilidad de aumentar las cantidades de obra y de adicionar el valor del contrato y de prorrogar su plazo en caso de que, por cambio en las condiciones en las profundidades del suelo, resultara indispensable extender la ejecución de labores.

Siguiendo el mismo esquema planteado, para la Sala resulta inadmisible que las partes hubieran acordado dejar en disponibilidad la draga “*Colombia*” en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla, consenso instrumentado en Acta No. 01, se acordara en dicho documento la adición del valor del contrato y su prórroga y luego el contratista pretendiera imputar tal acontecer al supuesto incumplimiento de la entidad contratante por haberse apartado de las previsiones contractuales, pues tal conducta resulta alejada de la buena fe contractual que se le demanda y constituye un abierto desconocimiento de sus propios actos.

Siendo ello así y, no habiéndose cuestionado la legalidad del Acta No. 01 en la que se puso de presente la necesidad de mantener la disponibilidad de la draga “*Colombia*”, debe concluirse que el mencionado acuerdo goza de validez y las estipulaciones allí contenidas están llamadas a producir plenos efectos. En ese orden, no resulta ajustado que en sede judicial se desconozca el libre consentimiento que en dicho acuerdo se depositó frente a la anuencia de mantener disponible la draga “*Colombia*” en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla.

Lo evidenciado hasta este punto no se altera por el hecho de que en el expediente reposen algunas piezas procesales que den cuenta de que el 26 de julio de 2011 se celebró el contrato No. 1179-2011 entre el Invías y Vasco Sucursal Colombia para la “relimpia” en la zona de influencia marítima del canal de acceso al Puerto de Barranquilla, respecto del cual, de acuerdo con el dictamen pericial, existió un traslape en las áreas a dragar en el sector marino comprendido en el objeto del contrato de la referencia, dado que aquella relación contractual surgió entre dos sujetos de derecho distintos a las partes de la presente controversia y se ignoran los estudios y especificaciones técnicas en que se estructuró la necesidad de su celebración.

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Sala considera que en el caso no se encuentra acreditado que el *stand by* de las dragas “*Río Magdalena*” y “*Colombia*” se hubiera generado como causa del incumplimiento que se le atribuye a la entidad contratante Cormagdalena. Por contera, los cargos de la apelación que en relación con ese punto se elevaron resultan infundados.

**4.2.** **La ruptura del equilibrio económico del contrato por la concurrencia de una circunstancia extraordinaria, imprevisible y ajena a la voluntad de las partes**

El siguiente cargo de la apelación apuntó a cuestionar el fallo por haber incurrido en incongruencia por no decidir sobre el fundamento fáctico y jurídico propuesto en la demanda para cimentar la pretensión asociada a la ruptura del equilibrio económico del contrato, la cual, a juicio del censor, debió analizarse desde la óptica de la teoría de la imprevisión y no del incumplimiento contractual, como erradamente lo habría abordado el *a quo.*

Al respecto, se recuerda que el supuesto fáctico de ruptura del equilibrio económico del contrato se centró en que, por la ocurrencia de una circunstancia extraordinaria, imprevisible, ajena a la voluntad de las partes y sobreviniente a la celebración del contrato, consistente en el paro de la comunidad pesquera de Pasacaballos, se paralizaron las labores de dragado en ese sector, lo cual generó sobrecostos por concepto de *stand by* de la draga “*Heroica II*” entre el 8 de octubre y el 15 de noviembre de 2011.

Para resolver este cargo de la apelación, la Sala evidencia que, a través del oficio C058-089-11 del 13 de octubre de 2011, la unión temporal Dragados – Intertug informó a Cormagdalena lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“El día sábado 8 de octubre, una cantidad considerable de pescadores del sector de pasacaballos rodearon la Draga Heroica II y pararon las operaciones de dragado, solicitando la presencia de Cormagdalena en el sector para una reunión y solución de sus peticiones”[[50]](#footnote-50).*

Posteriormente, mediante el oficio DH C058-095-11 del 15 de noviembre de 2011, la unión temporal informó a Cormagdalena acerca de la desmovilización de todo el equipo y el personal por la terminación del plazo del contrato y puso de presente que la acción de hecho realizada por los pescadores en el sector de Pasacaballos desde el 8 de octubre de 2011 generó la suspensión de labores. Informó que desde ese día se había tenido en espera la draga Heroica II, equipo de apoyo y el material disponible.

Adicionalmente, teniendo en consideración que en esa fecha se vencía el contrato, solicitó a Cormagdalena reconocer el valor de la disponibilidad de la draga “*Heroica II*” por los 38 días que permaneció inactiva en el sector de Pasacaballos[[51]](#footnote-51).

Lo anterior se soporta además en las actas de reuniones celebradas entre el contratista y la comunidad de pescadores de Pasacaballos entre los días 10 de octubre de 2011 y 1 de noviembre del mismo año[[52]](#footnote-52).

De esa situación también dan cuenta los testimonios recaudados en el debate probatorio de la primera instancia. En efecto, en la declaración rendida por la testigo Paola Andrea Rodríguez, quien para la época de los hechos se desempeñó como directora técnica de la unión temporal contratista, al preguntársele sobre el bloqueo de la comunidad de Pasacaballos contestó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“*Cuando nos cerraron, nos bloquearon, siempre pedían hablar con un funcionario de Cormagdalena. Que ellos habían hecho acuerdos y que nos les habían cumplido en los anteriores contratos también les decían que necesitaban cosas y no les cumplían y pedían hablar con Cormagdalena*”[[53]](#footnote-53).

En la declaración de Owen Jones Hugues, funcionario de Dragados Hidráulicos S.A., se señaló (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“PREGUNTADO: Que razones aducían los miembros de la comunidad de pescadores de Pasacaballos para impedir el dragado. CONTESTÖ: que Cormagdalena les había incumplido unos compromisos en contratos anteriores y en unas reuniones de concertación que habían tenido y exigían las presencia de un representante de Cormagdalena para solucionar estos temas”[[54]](#footnote-54).*

De esta manera se encuentra demostrado que entre los días 8 de octubre y 15 de noviembre de 2011 se suspendieron las actividades de dragado en el sector de Pasacaballos, debido a un bloqueo realizado por la comunidad de pescadores.

Para el apelante, la anterior situación es constitutiva de una causa de ruptura de equilibrio económico del contrato, que no de incumplimiento, como, erradamente en su criterio, lo analizó el *a quo*, cuyo estudio correspondía emprenderse desde la óptica de la teoría de la imprevisión, en tanto que se trataba de una circunstancia extraordinaria, imprevisible y ajena a la voluntad de las partes, que alteró la ecuación financiera del negocio jurídico.

Para abordar el examen del cargo, debe iniciarse por indicar que, de manera reiterada, esta Subsección ha enfatizado en que la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento.

En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “*Hecho del Príncipe*” o en uso de sus facultades de entidad contratante a través de las potestades excepcionales “*Ius variandi”*, pero que en ningún caso se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.

Igualmente, el legislador ha establecido que dicha equivalencia debe garantizarse a ambas partes, en tanto no constituye un privilegio exclusivo del contratista particular.

Ahora bien, este acontecimiento dará lugar a que la parte afectada solicite a su co-contratante la adopción de los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como la implementación de los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución del contrato.

En esa misma dirección, cuando el contratista, en su condición de afectado, acude ante la entidad pública con el propósito de que se le restablezca el equilibrio económico del contrato, alterado por algunas de las causas señaladas, el Estatuto de Contratación Estatal ha consagrado que ante la ausencia de respuesta expresa por parte de la Administración, podría eventualmente tener cabida la configuración del silencio administrativo positivo, siempre que se reúnan los supuestos establecidos en las disposiciones legales que lo consagran y cuyo alcance ha sido materia de precisión por la jurisprudencia de esta Corporación[[55]](#footnote-55). En todo caso, la parte afectada podrá acudir a la instancia judicial en búsqueda del restablecimiento de la ecuación económica fracturada.

De otra parte, la Sala puntualiza la importancia de poner de presente que el marco normativo al cual se sujetó el Contrato No. 0058 de 2010 correspondió al Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 de 1993, el cual, para la época de su celebración, ya había sufrido la modificación normativa introducida por la Ley 1150 de 2007, encargada de consagrar el imperativo de identificar, asignar y cuantificar los riesgos del contrato desde la etapa precontractual, ante la posibilidad de que durante la ejecución de todo negocio puedan sobrevenir circunstancias con vocación de impactarlo desde varios ángulos, al punto de entorpecer su cumplimiento en la forma y términos convenidos en la época de su celebración y hacerlo más oneroso.

La ocurrencia de dichas contingencias responde, en algunos casos, a situaciones atinentes al álea normal e inherente de su ejecución, aspecto que de suyo las convierte en previsibles- sobre todo desde la perspectiva del contratista, por considerarse el experto y conocedor de la materia- y, en otros tantos, llegan a exceder la órbita de la normalidad y trascienden al terreno de lo extraordinario y de lo imprevisible.

En atención a lo anterior, el diseño de la correspondiente matriz de riesgos llamados a regir la vía del contrato necesariamente se halla vinculado de manera estrecha y casi que interdependiente a la estructuración del precio del acuerdo.

No puede pasarse por alto que el componente económico del contrato debe consultar la asunción previa del riesgo y naturalmente debe atender a su estimación, en tanto la finalidad de su asignación estriba en que quien lo asuma incorpore en el precio ofrecido los rubros dirigidos a contener los efectos nocivos de su ocurrencia.

En orden a articular lo plasmado respecto de la distribución de riesgos con la figura del equilibrio económico[[56]](#footnote-56) del contrato, imperioso resulta advertir que la fractura de la ecuación financiera puede tener cabida en el escenario de un contrato con matriz de riesgos, cuando la concreción de su causa generadora desborde los límites de la asunción de quien lo padece.

Resulta que el desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente.

Por contera, si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada.

Explicado lo anterior, procede la Sala a indagar si el paro o bloqueo realizado por la comunidad de pescadores de Pasacaballos y que paralizó temporalmente las labores de dragado en ese sector constituyó una circunstancia extraordinaria, imprevisible y ajena a la voluntad de las partes con vocación para alterar la ecuación financiera del contrato.

Sobre el particular, se observa que en la etapa previa a la celebración del contrato, específicamente en la elaboración de la matriz de riesgos incorporada en la tabla plasmada en los estudios y documentos previos definitivos y ajustados para contratar el dragado del río Magdalena a partir del Calamar hasta sus desembocaduras en el mar Caribe, se estableció[[57]](#footnote-57) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“6. TIPIFICACIÓN, ESTIMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS.*

*“(…).*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *No.* | *RIESGO* | *ESTIMACION Y ASIGNACION DEL RIESGO* |  |
|  |  | *CONTRATISTA* | *CORMAGDALENA* |
| *4* | *Daños ambientales por inadecuadas prácticas del proceso de dragado* | *100%* |  |
| *5* | ***Daños a terceros por inadecuadas prácticas en la actividad de dragado, desde el punto de vista ambiental*** | *100%* |  |
| *6* | ***Paros sociales ocasionados por las comunidades por inadecuada disposición del material dragado.*** | *100%* |  |

En consonancia con lo anterior, una de las obligaciones asignadas al contratista consistió en la elaboración del Plan de Manejo Ambiental. Así se desprende del numeral 5.25 del pliego de condiciones en el que se evidencia (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“5.25 MEDIO AMBIENTE.*

*“(…).*

*“EL CONTRATISTA en los cinco (5) primeros días hábiles siguientes al inicio del proyecto debe presentar a EL INTERVENTOR el Plan de Manejo Ambiental –P.M.A. que pretende aplicar para la ejecución del proyecto. EL INTERVENTOR dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo debe informar a EL CONTRATISTA si aprueba o rechaza indicando las causas o sugerencias al P.M.A. Este P.MA. debe contemplar para su aplicación el Manual de Gestión Ambiental CRM -12 versión 1 de CORMAGDALENA.(…)”[[58]](#footnote-58).*

En desarrollo de dicha obligación, la unión temporal Dragados – Intertug presentó el Plan Operativo de Manejo Ambiental, dentro del cual incluyó el programa de asistencia técnica para la identificación, formulación y coordinación interinstitucional de proyectos de productividad pesquera de Pasacaballos, a partir de actividades destinadas a mejorar su actividad productiva y sus condiciones de vida, en el cual se previeron como impactos a controlar “*la actitud de rechazo al proyecto*” por parte de la comunidad[[59]](#footnote-59).

Siguiendo ese orden, se observa que, según informó el mismo contratista a la interventoría, mediante oficio CO58-089-11 (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“*Es importante recordar que Dragados Hidráulicos está dando cumplimiento al PMA, realizando todas las actividades allí contempladas como la socialización del proyecto, limpieza de canos, muestreos ambientales, etc. Por otro lado es claro que las operaciones del dragado no afectan la pesca en el sector, sin embargo los pescadores aducen esto para hacer unas peticiones desproporcionadas como se ve en el acta*”. (Destaca la Sala)[[60]](#footnote-60).

Así mismo, del acta elevada el 10 de octubre de 2011, en desarrollo de la reunión de acercamiento llevada a cabo con la comunidad de Pasacaballos, se desprende que sus representantes (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“… manifiestan su inconformismo por la forma en que se ha manejado los dragados anteriormente ignorando las peticiones y necesidades reales del pueblo, especialmente de la comunidad pescadora”[[61]](#footnote-61).*

Nuevamente en la reunión llevada a cabo el 12 de octubre de 2011 los representantes de la comunidad pesquera manifestaron (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“los programas de PMA no son los reales”.*

De otra parte, en el acta de socialización del proyecto de dragado con la comunidad de Pasacaballos, llevado a cabo el 14 de enero de 2011, se dejó constancia de que la comunidad se quejó[[62]](#footnote-62) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“… *sobre la ausencia de la señalización sobre la tubería. Para lo cual narraron un caso en que un pescados estaba siendo succionado por la turbulencia que se genera en el tubo de descarga ya que él se encontraba con su canoa arriba de la tubería y no existía ningún tipo de señal de aviso*”.

En ese orden, se tiene que lo ocurrido en relación con el paro y bloqueo de las actividades de dragado por parte de la comunidad de pescadores de Pasacaballos puede considerarse como una eventualidad cuyo supuesto fáctico podría encajar dentro de los consagrados en la matriz de riesgos y descritos como “*Daños a terceros por inadecuadas prácticas en la actividad de dragado, desde el punto de vista ambiental”*, los cuales en su integridad se asignaron al contratista.

En efecto, como se demostró, la razón principal que adujo la comunidad de pasacaballos como móvil de su bloqueo estribó en los daños causados por las actividades de dragado a la actividad pesquera.

Además, surge con claridad que lo ocurrido respecto del paro de la comunidad de pescadores de Pasacaballos era una eventualidad cuyo control se hallaba dentro de la órbita del gestión del contratista, tanto que así se previó dentro de los puntos a considerar en el Plan de Manejo Ambiental que debía ser elaborado por ese extremo.

En esas condiciones, era al contratista al que le correspondía asumir las consecuencias derivadas de su concreción, en tanto era la ejecución de las actividades contratadas las que se reputaban como causa del impacto ambiental que repercutía en el ejercicio de la pesca, al margen de que en las reuniones se hubiera exigido la presencia inmediata de Cormagdalena o de que las peticiones o aspiraciones se hubieran dirigido a esa entidad pública, pues esta última situación en nada desplaza la responsabilidad que le asistía el contratista en la aplicación del plan de manejo ambiental y en el control que sobre su impacto en la comunidad pesquera debía ejercer.

Así las cosas, se impone concluir que el suceso que, según el actor, fue constitutivo de una causa de ruptura de equilibrio económico del contrato, en realidad obedeció a un riesgo estimado, tipificado y cuya asunción fue del resorte del contratista íntegramente.

Sin perjuicio de lo dicho, incluso en el caso de considerar que el paro o bloqueo de los pescadores de la comunidad de Pasacaballos escapó a la órbita de previsibilidad y control del contratista, ciertamente en el caso no se encuentra acreditado el impacto económico negativo que supuestamente sufrió el contrato por cuenta de la ocurrencia de esta circunstancia.

En este punto cabe precisar que, aun cuando en el dictamen rendido por el ingeniero civil Absalón Prada Castillo se concluyó que los sobrecostos derivados del *stand by* de la draga “*La Heroica II*” por los 38 días que duró el paro ascendió a $621’803.901, para hallar ese resultado su experticia se limitó exclusivamente al examen de los documentos contractuales, como en el análisis de los precios unitarios de la propuesta, al cabo de lo cual con base en esos datos realizó un proyección estimada de sobrecostos en consideración al tiempo en que duró disponible la draga “*La Heroica II*”.

Es claro que la práctica de la prueba pericial no se sustentó en una información que reflejara la realidad económica del proyecto, aspecto cuyo análisis necesariamente abarcaba la revisión de los soportes contables que revelaran la erogación que en exceso se hizo respecto del costo de un día de disponibilidad de la draga y que, según la experticia, estuvo integrado por los conceptos de “*equipo y personal*”.

Para ese propósito debieron examinarse directamente los documentos atinentes al pago de personal, alquiler de maquinaria, equipos y todos aquellos que dieran cuenta de los demás costos que guardaran conexidad con la operación de la draga.

Sobre el particular, se recuerda que el contratista que, por estar dedicado al ejercicio de una actividad comercial, se encuentra obligado a llevar libros de contabilidad, tiene a su alcance la prueba de los costos reales en que incurrió en su actividad contractual y, por ello, su carga probatoria debe ser analizada en forma más estricta que aquella que se demandaría frente a un perjuicio ocasionado dentro de un contexto extracontractual.

Ciertamente, en el escenario del contrato estatal la prueba del daño, aunque no está sometida a una tarifa legal, se torna más exigente, puesto que -en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala- al contratista le corresponde allegar al proceso las pruebas de su ocurrencia, siendo una de ellas el mayor gasto en la ejecución del contrato, la cual debe acreditar con base en sus respectivos soportes y registros contables.

No bastaba entonces con solicitar la experticia para que con base en el pliego, en el contrato y en los documentos contentivos de la correspondencia cruzada se determinaran los mayores costos en que incurrió el contratista por causa del tiempo en que estuvo en disponibilidad la draga, sin aportar elementos concretos encaminados a establecer si los costos reclamados por el demandante realmente se efectuaron.

De esta manera, se concluye que el dictamen no aportó elementos de juicio para determinar la mayor onerosidad sufrida por el apelante.

Como consecuencia, el cargo de la apelación orientado a que se reconociera la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 0058-2010 se encuentra infundado.

Conclusión

En estas circunstancias, se impone despachar desfavorablemente los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirmar la sentencia proferida el 17 de enero de 2017, por el Tribunal Administrativo del Atlántico - Sala Oral “A”.

**5.- Costas**

El artículo 188 del C.P.A.C.A. consagra que “*la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.*

De esta manera, con independencia de la buena fe con que las partes hubieran obrado en el presente recurso, el extremo recurrente demandante habrá de ser condenado en costas en favor del demandado, por cuanto resultó vencido en juicio.

Así las cosas, la Sala condenará en costas a la parte actora, en los términos previstos por el artículo 366 del Código General del Proceso que impone su liquidación de manera concentrada por parte del Tribunal de origen. Para el efecto señalado, el *a quo* deberá atender las reglas previstas en dicho precepto.

A la luz del numeral 4 del citado artículo, para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Como consecuencia, la Sala procede a fijar las agencias en derecho atendiendo a los parámetros que al efecto establece el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto 5 de 2016, a cuyo tenor dispone que en las sentencias dictadas en procesos declarativos en segunda instancia se fijarán entre 1 a 6 S.M.M.L.V.

En adición, para esos propósitos deberá atenderse la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la parte actora fundamentó la apelación en argumentos que han sido desestimados y, en segundo, que además de que la defensa adelantó gestiones de manera activa en la segunda instancia, debido a que alegó de conclusión, por cuenta de la interposición de la alzada, el proceso se prolongó por un término superior, lo que condujo a que la vigilancia procesal ejercida sobre el mismo se extendiera en el tiempo.

Con base en lo dicho, la Sala procede a fijar tres (3) S.M.L.M.V por concepto de agencias en derecho. Las expensas del proceso serán liquidadas por Secretaría.

En mérito de lo 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,

**F A L L A**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** lasentencia proferida el 17 de enero de 201 por el Tribunal Administrativo del Atlántico - Sala Oral “A”, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO.- CONDENAR** a la parte actora a pagar las costas y las expensas del proceso. Como consecuencia, el Tribunal de origen deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso. Como agencias en derecho en esta instancia, se fija la suma equivalente a tres (3) SMLMV.

**TERCERO.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIAN MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Folios 529 a 530 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 549 a 550 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 557 a 559 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 616 a 621 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios. 655 a 661 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 963 a 963 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 983 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-7)
8. *“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo****.*** *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

   *“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

   *“(…).*

   *“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. Órgano de creación constitucional. “Artículo 331 de la Constitucional Política. Créase la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena encargada de la recuperación de la navegación, de la actividad portuaria, la adecuación y la conservación de tierras, la generación y distribución de energía y el aprovechamiento y preservación del *ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables.*

   *“La ley determinará su organización y fuentes de financiación, y definirá en favor de los municipios ribereños un tratamiento especial en la asignación de regalías y en la participación que les corresponda en los ingresos corrientes de la Nación”.*

   ## Mediante sentencia C-275 del 23 de junio de 1998, la Corte Constitucional, con ponencia de la magistrada Carmenza Isaza de Gómez, analizó la constitucionalidad del artículo 4º del Decreto 111 de 1996, en relación con el régimen presupuestal aplicable a las Corporaciones Autónomas Regionales y sobre su naturaleza jurídica concluyó que son:

   ## “…personas jurídicas públicas del orden nacional, que cumplen cometidos públicos de interés del Estado y que con la promulgación de Constitución de 1991, gozan de un régimen de autonomía”.

   [↑](#footnote-ref-9)
10. $1.267’376.596 por concepto de los costos directos e indirectos derivados de la “disponibilidad en espera” de la draga tolva “Colombia” durante 74 días. Folio 3 del cuaderno 1. Pretensión mayor, artículo 127 del C.P.C.A. [↑](#footnote-ref-10)
11. $283’350.000, con fundamento en el salario mínimo legal vigente el 5 de octubre de 2012 ($566.700 X 500 = $283’350.000). [↑](#footnote-ref-11)
12. Ley 153 de 1887. “*Artículo 40.  Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. *“Artículo**308. C.P.A.C.A. Régimen de transición y vigencia****.****El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.*

    *“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

    *“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.*

    [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 424 a 425 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 156 a 61 el cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 42 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-16)
17. Sobre el particular consultar sentencia proferida por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 144 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 97 a 110 del cuaderno1. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 111 a 121 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 112 a 121 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 766 a 769 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 777 a 783 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 424 a 425 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 156 a 61 el cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folios 835 a 845 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 424 a 425 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folios 773 a 774 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 300 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folio 301 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 314 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 167 a 169 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-32)
33. **Artículo 28º de la Ley 80 de 1993.-** “*De la Interpretación de las Reglas Contractuales*. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (subraya la Sala). [↑](#footnote-ref-33)
34. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 23 de noviembre de 2016, exp. 52.161. Actor: UT Publiestadios, Demandado: IDRD. [↑](#footnote-ref-34)
35. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 14 de marzo de 2013, exp: 20524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folios 118 a 120 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folios 292 a 294 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-37)
38. Folio 279 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folios 835 a 845 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folios 857 a 877 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folios 773 a 774 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-41)
42. Folio 314 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-42)
43. Folios 773 a 775 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-43)
44. Folio 776 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folios 667 a 671 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-45)
46. Folios 773 a 774 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-46)
47. Folios 791 a 832 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-47)
48. Folios 324 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-48)
49. Folio 326 a 327 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-49)
50. Folio 369 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-50)
51. Folio 170 del cuaderno. 1 [↑](#footnote-ref-51)
52. Folios 370 a 379 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-52)
53. CD audiencia de pruebas folio 645 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-53)
54. CD audiencia de pruebas folio 645 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-54)
55. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de marzo de 2000, expediente ACU-1199, C.P. Alier E. Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-55)
56. Ello sin dejar de insistir en que existen circunstancias generadoras de desequilibrio económico del contrato que depende de la voluntad de la parte contratante como el ejercicio ius variandi y el hecho del príncipe que no son materia de distribución en cabeza del contratista, por derivarse directamente del comportamiento exclusivo de la entidad. [↑](#footnote-ref-56)
57. Se precisa que según se desprende de las respuestas a las preguntas formuladas en la audiencia pública de aclaración de pliegos definitivos de la licitación pública la unión temporal UT Dragados Hidráulicos Intertug solicitó incluir la matriz de riesgos actualizada a lo cual Cormagdalena respondió: “*La matriz de riesgos actualizada se incluyó en el numeral 6. TIPÌFICACION, ESTIMACIÓN Y ASIGNACION DE LOS RIESGOS de los Estudios y Documentos Previos Definitivos del proceso*”. [↑](#footnote-ref-57)
58. Folio 188 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-58)
59. Folios 341 a 344 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-59)
60. Folio 369 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-60)
61. Folios 370 a 371 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-61)
62. Folio 500 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-62)