

ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO – Acreditación

Consideró la sociedad demandante que no se reconocieron cuarenta y cinco [45] días de administración y gastos de personal, lo cual le produjo un desequilibrio patrimonial. [...] La sociedad demandante no demostró que hubiera incurrido en costos adicionales imprevistos no reconocidos en las actas anteriores, así como tampoco probó que se hubiera generado una onerosidad extraordinaria de la cual pueda inferirse el alegado desequilibrio económico en su contra. En consecuencia, la Sala no accederá a esta pretensión.

SOBRECOSTOS – Reajuste de precios – Desequilibrio económico

En el asunto objeto de estudio, la transacción obra en documento escrito suscrito por el Gerente del ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA, entidad de orden territorial, que por razón de su autonomía no requería de autorización del Gobierno Nacional. Por otra parte, al celebrarse la transacción casi año y medio antes de la presentación de la demanda, no queda duda que se está ante un acto dispositivo del derecho de litigio, mediante el cual la sociedad actora renunció a la discusión judicial sobre el precio del concreto y demás mezclas asfálticas. En este sentido, resulta importante señalar que en cuanto la transacción en estudio se celebró antes de promoverse la demanda de la referencia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a juicio de la Sala no se encontraba sometida a los dictados y requisitos establecidos en el artículo 218 del C.C.A., puesto que dicha norma regula el allanamiento a la demanda y la transacción como modos de terminación de un proceso judicial, por lo tanto en este caso el acuerdo que concluyeron las partes, con efectos de cosa juzgada, cuando ni siquiera existía el presente proceso judicial, como es natural, no requería de la autorización previa de los alcaldes que integran el Área Metropolitana de Bucaramanga, sino que bastaba con su suscripción por parte del representante legal de dicho ente, porque, bueno es reiterarlo, la transacción extrajudicial se rige por las normas propias del contrato de transacción a que hizo referencia la Sala.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 68001-23-15-000-1997-12539-01(25971)

Actor: SOCIEDAD BELTRAN PINZON Y CIA S. A.

Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE OCNTROVERSIAS CONTRACTUALES

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el veinticuatro (24) de abril de dos mil tres (2003), mediante la cual se dispuso:

“NIÉGANSE las súplicas de la demanda.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 19 de diciembre de 1996 (folios 79 a 105 cuaderno 1), la sociedad BELTRÁN PINZÓN Y CIA S.A., CONSTRUCCIONES, por intermedio de apoderado, solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“2.1. Que en la ejecución del contrato 0228 de 1993 y sus adicionales Nros. 1 y 5 celebrados para la Construcción y Pavimentación del Viaducto La Flora entre el Área Metropolitana de Bucaramanga, como Contratante y, la sociedad Beltrán Pinzón y Cia Ltda., Ingenieros Civiles, hoy Beltrán Pinzón & Cia. S. A. Construcciones, como Contratista, se rompió el equilibrio económico del mismo.

2.2. Que el rompimiento de la Ecuación Contractual a que alude la pretensión anterior lo fue en perjuicio del Contratista Beltrán Pinzón & Cia S.A. Construcciones, por causas no imputables a él.

2.3. Que se hace necesario restablecer el equilibrio económico del contrato 0228 de 1993, para lo cual se dispone, que el Área Metropolitana de Bucaramanga pague a Beltrán Pinzón & Cia S. A., Construcciones los valores que se determinan a continuación, debidamente indexados desde la fecha indicada al pie de cada uno y hasta el día del pago real y material, tomándose para ello la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor Nivel Nacional Para Empleados que certifique el Dane o el organismo que haga sus veces para ese período, más los intereses a la tasa del 12% anual o al corriente bancario, de los dos el más benéfico al acreedor, sobre el valor histórico actualizado:

2.3.1. Treinta y nueve millones trescientos tres mil trescientos sesenta y cuatro pesos (\$39'303.364) del plazo del contrato en los términos del Contrato Adicional # 1 y el Acta # 005 del 22 de febrero de 1994 que le sirvió de soporte, suma que será indexada a partir del 17 de marzo de 1994, fecha del Contrato y hasta el día del pago.

2.3.2. Once millones quinientos cincuenta y ocho mil seiscientos seis pesos (\$11.558.606) correspondiente al desequilibrio generado por la ampliación del plazo del contrato en los términos del Contrato Adicional # 5 y el Acta # 096 del 26 de julio de 1996 que le sirvió de soporte, suma que será indexada a partir del 28 de julio de 1994, fecha del Contrato y hasta el día del pago.

2.3.3. Noventa y dos millones seiscientos cuarenta mil novecientos noventa y nueve pesos (\$ 92.640.999) correspondiente al mayor valor de los Concretos, indexados a partir del 30 de Agosto de 1995, fecha en la cual quedó concluida la ejecución de éste ítem.

2.3.4. Ciento sesenta y tres millones doscientos noventa y dos mil ciento treinta y nueve pesos (\$ 163'292.139) correspondiente al menor valor contractual liquidado en el ítem cables de tensionamiento, indexados a partir del 30 de junio de 1995, fecha en la cual quedó concluida la ejecución de éste ítem.

2.3.5. Tres millones Quinientos Mil pesos (\$ 3'500.000) valor de la compra de la mejora o indemnización pagada a Luis Antonio Sandoval por la mejoras (mediagua) que obstruía la construcción de la pila # 8, indexados a partir del 26 de enero de 1994, fecha en la cual el Demandante canceló ese valor.

2.4. Se condene en costas al organismo demandado.”

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

- La sociedad BELTRÁN PINZÓN Y CIA S.A., CONSTRUCCIONES y el ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA celebraron el Contrato de obra pública No. 0228 del 11 de octubre de 1993, con el objeto de efectuar la “*construcción y pavimentación del viaducto La Flora*”.
- Durante la ejecución del contrato de obra se presentaron cinco (5) adiciones, en tiempo, cantidades de obra y obras accesorias que fueron suscritas por los contratantes.
- Mediante acta del 21 de noviembre de 1995 se efectuó la liquidación bilateral del contrato No. 0228 de 1993, en cuyo texto el contratista plasmó expresamente algunas salvedades relacionadas con la mayor permanencia en obra, el precio de los concretos y mezclas asfálticas, el costo de los cables de tensionamiento y la compra de unas mejoras.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

La demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones: **i)** los artículos 29, 83, 90 y 209 de la Constitución Política; **ii)** los artículos 1, 82, 87, 129, 132-8, 135, 136, 137, 139, 141, 142, 149, 150, 151, 168, 178, 179, 206, 207, 209, 210, 211, 212, 265 y 267 del Código Contencioso Administrativo; **iii)** El Decreto-ley 222 de 1983; **iv)** La ley 80 de 1993; y **v)** los artículos 8 y 38 de la Ley 153 de 1887. Concretó el concepto de violación en el siguiente argumento:

“A la sociedad Beltrán Pinzón & Cia S. A., Construcciones, se le ha vulnerado uno de los fines de la contratación estatal, cual es la obtención de utilidades por parte del particular; protección que garantiza el Estado tal y conforme se consagra expresamente en el inciso segundo del art. 3º de la Ley 80. Y se ha violado este derecho porque al negársele la liquidación de los ítems como el de los cables, por el procedimiento contractualmente acordado, se le impide la obtención de utilidades en la ejecución de las obras correspondientes (...) Para que el A. I. U., del Contratista permanezca inalterado y corresponde a lo propuesto en la oferta, depende del no incremento del término de ejecución del contrato, o en el evento de ampliación del plazo, que él corresponda a mayores cantidades de obra adicional, accesorias o extra que implica una mayor remuneración y así esa prolongación es recompensada; pero cuando esa ampliación del plazo no lleva aparejada una recompensación, reporta pérdida y una afectación del A. I. U., del Contratista.”

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda por auto del 21 de marzo de 1997 (folios 107 y 108 cuaderno principal).

5. Contestación de la demanda.

El Área Metropolitana de Bucaramanga presentó extemporáneamente un memorial con el cual pretendía dar contestación a la demanda.

5.1. Se ordenó la apertura y práctica de pruebas mediante providencia del 21 de octubre de 1997 (folios 139 a 141 cuaderno principal).

5.2. Mediante autos del 11 de marzo de 1999 (folios 198 a 201 cuaderno 1) y el 13 de julio de 1999 (folios 209 a 212 cuaderno 1), el Tribunal *a quo* decretó la práctica de pruebas de oficio.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En auto del 21 de octubre de 1998, el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión (folio 185 del primer cuaderno).

6.1. Parte demandante (folios 788 a 814 cuaderno 1). Ratificó los argumentos planteados en la contestación de la demanda, referidos a los siguientes puntos: **i)** mayor estadía en obra; **ii)** mayor valor de los concretos; **iii)** cables de tensionamiento; y **v)** mayor costo en que hubo de incurrir el contratista por negligencia de la entidad estatal contratante al no adquirir la propiedad o mejoras en el sitio de construcción de la pila 8.

La entidad pública demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones con apoyo, esencialmente, en los siguientes razonamientos (folios 264 a 304 cuaderno principal):

a) Sobre la mayor permanencia en obra:

“De acuerdo con las probanzas reseñadas, no se configura entonces el rompimiento del equilibrio económico cuya restitución se solicita en la demanda por mayor duración del contrato debido al atraso por causa no imputable al contratista, en la medida en que “el atraso” de 40 días más en la ejecución de la obra fue compensado mediante la reprogramación solicitada por el Área Metropolitana al contratista.”

b) Sobre el concreto consumido:

“Sin perjuicio de la parte jurídica del Contrato, al comparar los costos pagados realmente por el Contratista contra los costos que arroja la fórmula del reajuste, esta última favorece al Contratista, por lo tanto no es conveniente para el Contratista esta reclamación.”

c) Sobre el menor valor liquidado en el ítem cables de tensionamiento:

“(…) tampoco está llamada a prosperar la pretensión por concepto de liquidación en el ítem cables de tensionamiento, toda vez que la unidad de medida del cable de alta resistencia instalado fue el metro tonelada aproximada a la unidad, en concepto de la interventoría y de acuerdo con lo estipulado en el pliego de

condiciones (cuaderno anexo), conforme al cual debió elaborarse la propuesta, considerando que se pactó a precios unitarios.”

d) Sobre el mayor costo en que incurrió el contratista para adquirir la propiedad o mejoras en el sitio de construcción de la pila 8:

“De acuerdo con lo consignado, la reprogramación del proyecto incluía los reajustes contractuales en los términos del Acta No. 005 del 22 de febrero de 1994, sin que proceda la reclamación formulada por el contratista.”

8. El recurso de apelación.

La sociedad demandante cuestionó la decisión del Tribunal *a quo* por las siguientes razones (folio 316 a 327 cuaderno principal):

“Un cuestionamiento general a la decisión del Tribunal radica en:

El desconocimiento de su parte de los efectos jurídicos de la falta de contestación de la demanda por parte del Área Metropolitana de Bucaramanga y la aceptación de las partes (falta de objeción) de los dictámenes periciales.

El circunscribir la prueba de los hechos y fundar su conclusión solamente en los conceptos de la interventoría del contrato, otorgando a ella el don de la sapiencia técnica y la verdad revelada, cuando respecto de esos temas existen en el proceso otros elementos de prueba que contradicen la posición de aquella.

*Negar todo mérito o valor probatorio a los dictámenes rendidos por los peritos Emiliano Díaz Mateus y Rudecindo Gómez Otero de una parte, y Víctor Hugo Sepúlveda y Alberto Roa Hernández de otra, cuando ellos se ciñeron al cuestionario que se le sometió a su concepto, con indicación de lo que sería objeto de examen, lo que los primeros citan en el experticio como “Fuentes de información” y el Tribunal ahora. La posición del *a quo* frente a esta prueba radica en una valoración eminentemente subjetiva, de la cual no se expresa el juicio que la contiene, pues lo mantiene en reserva, omitiendo una crítica jurídica y valoración objetiva.”*

9. Actuación en segunda instancia.

9.1. La parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* el 2 de julio de 2003 (folio 310 cuaderno principal).

9.2. Por auto del 28 de noviembre de 2003, esta Corporación dispuso el traslado para la sustentación de los recursos (folio 315 cuaderno principal).

9.3. Mediante auto del 30 de enero de 2004 se admitió el recurso de apelación presentado por el demandante (folio 329 cuaderno principal).

9.4. A través de providencia del 25 de febrero de 2004 se dispuso el traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (folio 331 cuaderno principal).

10. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

10.1. El demandante (folios 332 a 341 cuaderno principal). Reiteró los planteamientos presentados en el recurso de apelación.

La entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis* se abordarán los siguientes temas: **i)** competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **ii)** las pruebas recaudadas; **iii)** el equilibrio económico en los contratos; y **iv)** análisis del caso concreto.

1. Competencia del Consejo de Estado.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75¹ de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto el Área Metropolitana de Bucaramanga tiene el carácter de entidad pública del orden territorial, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, es claro que las controversias que se propongan por razón o con ocasión de los contratos en cuya celebración intervenga dicha entidad estatal son de conocimiento de esta Jurisdicción especializada.

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

“De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que

¹ Artículo 75, Ley 80 de 1993: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”² (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...).”³

² Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

³ Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y **los municipios**; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (...).”

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, define el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. (Negrillas fuera de texto)

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.” (Negrillas fuera de texto)

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete “juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”, en lugar de “juzgar las controversias y litigios administrativos”, como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.”

Esta competencia se mantiene con la expedición de la Ley 1437 de 2011, que en su artículo 104, numeral 2º, preceptúa que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos *“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”*.

2. Las pruebas aportadas al proceso.

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo⁴ señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía⁵ que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, la cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normativa.

Bajo esta perspectiva resulta necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.⁶, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en

⁴ Artículo 168, C.C.A.: *“PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”*

⁵ Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

⁶ Artículo 253, C. de P. C.: *“Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”*

los siguientes casos⁷: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas.

⁷ El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que se invoca en este caso para el análisis de las copias de documentos privados, corresponde al texto vigente para el día 30 de marzo de 2000, fecha del auto que decretó las pruebas en el presente proceso. No obstante se advierte que el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, a cuyo tenor: *“En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.”*

De esta manera, las copias de los documentos privados se presumen auténticos bajo el nuevo régimen probatorio de acuerdo con la ley 1395 de 2010. No sobra anotar que el artículo 11 citado, aplica de forma inmediata, a partir de su vigencia, (julio 12 de 2010), teniendo en cuenta en cada caso la fecha en que fue decretada la respectiva prueba de conformidad con los artículos 39 y 40 de la Ley 153 de 1887 que prescriben, en su orden:

“Artículo 39. Los actos o contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para su justificación, pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere.”

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, a su vez modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de agosto 17 de 2012 dispone: *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de la formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad.”

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

Previo a examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, se requiere revisar las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados y su respectiva calificación probatoria:

2.1. Documentos aportados en original o en copia auténtica.

Los siguientes documentos, debidamente decretados como pruebas, se allegaron al proceso en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas:

2.1.1. Acta de Liquidación bilateral del contrato No. 0228 celebrado entre BELTRÁN PINZÓN & CIA S.A. CONSTRUCCIONES, con el ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA, del 21 de noviembre de 1995 (folios 1 a 11 cuaderno 3):

“Por expresa manifestación de la sociedad Beltrán Pinzón & Cia S.A. Construcciones se deja constancia de no afectar la presente liquidación los derechos que el Contratista reclama ante el Contratante y que en la actualidad se encuentran sometidos al trámite de la conciliación prejudicial ante el Procurador 16 Delegado ante el Tribunal Administrativo de Santander, de conformidad con los términos de la solicitud de conciliación prejudicial de la cual se remitieron sendas copias a los señores Director del Área Metropolitana de Bucaramanga y Alcalde de Bucaramanga, en la que se reclaman aspectos atinentes al costo financiero por el no pago de anticipos del contrato 0228 sus adicionales 001 y 004 y accesorio 02, teniendo en cuenta el valor del contrato y no su valor fiscal; costo financiero por el no pago oportuno de las cuentas de cobro o facturas correspondientes a las actas de obra mensual; mayor valor de los concretos por incremento imprevisible en su precio; mayor valor que corresponde a la errónea liquidación del ítem cables de tensionamiento; indemnización por la mayor estadía en la obra por parte del Contratista en la afectación del A. I. U., del contrato y el tiempo muerto de los equipos; el reembolso de la mejora adquirida para la construcción de la pila 8, y el costo financiero de los rubros adquiridos en las pretensiones anteriores a partir del 16 de Octubre de 1995.

Que en caso de no existir conciliación prejudicial, el Contratista acudirá a las acciones Jurisdiccionales correspondientes.”

2.1.2. Oferta presentada por la sociedad Beltrán Pinzón & Cia S.A. Construcciones en la Licitación Pública No.005-93, para la Construcción y Pavimentación del Viaducto “La Flora” (cuaderno 4 en 115 folios).

2.1.3. Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No.005-93, para la Construcción y Pavimentación del Viaducto “La Flora”, Volumen I (cuaderno 5 en 86 folios).

2.1.4. Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No.005-93, para la Construcción y Pavimentación del Viaducto “La Flora”, Volumen II (cuaderno 6 en 37 folios).

2.1.5. Concepto sobre la reclamación de Beltrán Pinzón & Cia., respecto del contrato No. 0228/93 emitido por el interventor del contrato el 20 de febrero de 1996 (cuaderno 7 en 40 folios).

2.1.6. Contrato de obra pública No. 0228 del 11 de octubre de 1993, celebrado entre la sociedad Beltrán Pinzón & Cia S.A. Construcciones y el Área Metropolitana de Bucaramanga con el objeto de ejecutar la “*construcción y pavimentación del viaducto La Flora*”. (folios 1110 a1126 cuaderno 2).

2.1.7. Acta de ampliación de plazo del 16 de septiembre de 1994 en 84 días calendario, desde el 7 de diciembre de 1994 hasta el 28 de febrero de 1995 (folios 1102 a 1104 del cuaderno 2).

2.1.8. Acta de iniciación de trabajos del 1 de diciembre de 1993 (folio 1100 cuaderno 2).

2.1.9. Contrato de obra accesoria No. 02 al contrato principal No. 0228 suscrito por las partes el 30 de junio de 1995 por un valor de \$226'569.530 y cuyo objeto se convino en los siguientes términos (folios 1074 a 1079 cuaderno 2):

“EL ÁREA METROPOLITANA encarga al CONTRATISTA y este se obliga a ejecutar para aquella la construcción de las obras accesorias que se requieren para la Construcción del Viaducto La Flora, según los términos del Acta No. 43 de fecha Noviembre 25 de 1994 y 067 de abril 10 de 1995. El presente es un contrato Administrativo accesorio de obra pública a precios unitarios, y por lo tanto, los riesgos que implique su ejecución están a cargo del CONTRATISTA y no del ÁREA METROPOLITANA.”

2.1.10. Contrato adicional No. 005 al contrato No. 0228 de 1993, suscrito el 28 de junio de 1995, por medio del cual las partes acordaron modificar el plazo del contrato en 45 días hábiles contados a partir del 31 de julio de 1995 hasta el 13 de septiembre de ese mismo año (folio 1053 cuaderno 2).

2.1.11. Acta de pago de obra ejecutada No. 003 del 30 de septiembre de 1993, por valor de \$21'013.218 (folios 979 a 1052 cuaderno 2).

2.1.12. Contrato adicional No. 001 al contrato No. 0228 de 1993, suscrito el 17 de marzo de 1994, por medio del cual se adicionó el valor inicial del contrato en \$90'861.555 (folio 920 cuaderno 2).

2.1.13. Acta No. 007 de fijación de precios y cantidades no previstos en el contrato original firmado por la partes el 25 de febrero de 1994, por valor de \$11'678.436 (folios 886 a 909 cuaderno 2).

2.1.14. Acta de pago de obra ejecutada No. 008 del 5 de marzo de 1994, por valor de \$152'341.203 (folios 872 a 876 cuaderno 2).

2.1.15. Acta de pago de obra ejecutada No. 009 del 4 de abril de 1994, por valor de \$66'102.635 (folios 866 a 871 cuaderno 2).

2.1.16. Acta de pago de obra ejecutada No. 010 del 18 de abril de 1994, por valor de \$42'848.437 (folios 863 a 870 cuaderno 2).

2.1.17. Acta de pago de obra ejecutada No. 011 del 13 de abril de 1994, por valor de \$6'496.172 (folios 852 a 869 cuaderno 2).

2.1.18. Acta de entrega del anticipo por valor de \$629'099.999 del 1 de diciembre de 1993 (folio 934 a 937 cuaderno 2).

2.1.19. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 005 del 18 de febrero de 1994, por valor de \$549.774 (folios 925 a 930 cuaderno 2).

2.1.20. Acta de ampliación del valor del contrato No. 005 del 22 de febrero de 1994, por valor de \$90'861.555 (folios 921 a 924 cuaderno 2).

2.1.21. Acta de pago de reajuste parcial de obra ejecutada No. 006 del 18 de febrero de 1994, por valor de \$2'779.049 (folios 914 a 919 cuaderno 2).

2.1.22. Acta de pago de obra ejecutada No. 004 del 8 de febrero de 1994, por valor de \$96'324.020 (folios 910 a 913 cuaderno 2).

2.1.23. Acta de pago de obra ejecutada No. 012 del 2 de mayo de 1994, por valor de \$84'818.790 (folios 845 a 851 cuaderno 2).

2.1.24. Acta de pago de obra ejecutada No. 014 del 11 de mayo de 1994, por valor de \$15'401.294 (folios 841 a 844 cuaderno 2).

2.1.25. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 013 del 11 de mayo de 1994, por valor de \$2'779.049 (folios 839 a 843 cuaderno 2).

2.1.26. Acta de pago de reajuste parcial de obra ejecutada No. 015 del 11 de mayo de 1994, por valor de \$19'196.832 (folios 827 a 838 cuaderno 2).

2.1.27. Acta de pago de obra ejecutada No. 016 del 17 de mayo de 1994, por valor de \$21'925.597 (folios 817 a 826 cuaderno 2).

2.1.28. Acta de pago de reajuste parcial de obra ejecutada No. 017 del 17 de mayo de 1994, por valor de \$6'903.654 (folios 812 a 816 cuaderno 2).

2.1.29. Acta de pago de reajuste parcial de obra ejecutada No. 018 del 17 de mayo de 1994, por valor de \$3'352.608 (folios 807 a 815 cuaderno 2).

2.1.30. Acta de pago de obra ejecutada No. 019 del 16 de junio de 1994, por valor de \$175'009.383 (folios 805 a 806 cuaderno 2).

2.1.31. Acta de pago de reajuste parcial de obra ejecutada No. 020 del 16 de junio de 1994, por valor de \$40'451.160 (folios 795 a 804 cuaderno 2).

2.1.32. Acta de pago de obra ejecutada No. 021 del 16 de junio de 1994, por valor de \$12'816.875 (folios 789 a 794 cuaderno 2).

2.1.33. Acta de fijación de precios y cantidades de obra no previstos en el contrato original No. 023 del 5 de julio de 1994, por valor de \$25'662.671 (folios 781 a 788 cuaderno 2).

2.1.34. Acta de pago de obra ejecutada No. 024 del 6 de julio de 1994, por valor de \$119'062.894 (folios 773 a 780 cuaderno 2).

2.1.35. Acta de pago de reajuste parcial de obra ejecutada No. 025 del 6 de julio de 1994, por valor de \$27'603.924 (folios 766 a 779 cuaderno 2).

2.1.36. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 027 del 6 de julio de 1994, por valor de \$16'977.556 (folios 750 a 757 cuaderno 2).

2.1.37. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 028 del 6 de julio de 1994, por valor de \$7'571.387 (folios 745 a 756 cuaderno 2).

2.1.38. Acta de pago de reajuste parcial de obra ejecutada No. 029 del 6 de julio de 1994, por valor de \$2'264.763 (folios 740 a 744 cuaderno 2).

2.1.39. Acta de pago de obra ejecutada No. 030 del 4 de agosto de 1994, por valor de \$65'442.791 (folios 733 a 739 cuaderno 2).

2.1.40. Acta de pago de reajuste parcial de obra ejecutada No. 031 del 4 de agosto de 1994, por valor de \$16'810.104 (folios 724 a 732 cuaderno 2).

2.1.41. Acta de pago de reajuste parcial de obra ejecutada No. 032 del 22 de agosto de 1994, por valor de \$21'853.966 (folios 716 a 733 cuaderno 2).

2.1.42. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 033 del 22 de agosto de 1994, por valor de \$46'292.870 (folios 708 a 715 cuaderno 2).

2.1.43. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 034 del 22 de agosto de 1994, por valor de \$28'523.894 (folios 700 a 707 cuaderno 2).

2.1.44. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 035 del 22 de agosto de 1994, por valor de \$17'261.941 (folios 691 a 699 cuaderno 2).

2.1.45. Acta de pago de obra ejecutada No. 036 del 13 de septiembre de 1994, por valor de \$16'359.366 (folios 684 a 690 cuaderno 2).

2.1.46. Acta de pago de obra ejecutada No. 040 del 20 de octubre de 1994, por valor de \$44'693.492 (folios 676 a 683 cuaderno 2).

2.1.47. Acta de pago de obra ejecutada No. 042 del 25 de noviembre de 1994, por valor de \$35'766.530 (folios 668 a 675 cuaderno 2).

2.1.48. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 044 del 25 de noviembre de 1994, por valor de \$46'727.060 (folios 661 a 674 cuaderno 2).

2.1.49. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 056 del 9 de febrero de 1995, por valor de \$2'621.132 (folios 653 a 660 cuaderno 2).

- 2.1.50.** Acta de aprobación de movilización de cerchas metálicas del 12 de octubre de 1994 (folios 625 a 626 cuaderno 2).
- 2.1.51.** Contrato de obra accesoria No. 01 al contrato principal No. 0228 de 1993 del 14 de diciembre de 1994 (folios 607 a 623 cuaderno 2).
- 2.1.52.** Contrato adicional No. 002 al contrato principal No. 0228 de 1993 del 27 de septiembre de 1994 (folio 603 cuaderno 2).
- 2.1.53.** Acta de fijación de precios y cantidades no previstos en el contrato original del 11 de octubre de 1994 (folios 601 y 602 cuaderno 2).
- 2.1.54.** Acta para la toma de muestras de acero de refuerzo del 13 de octubre de 1994 (folios 599 y 600 cuaderno 2).
- 2.1.55.** Acta No. 043 de fijación de precios y cantidades no previstos en el contrato original del 25 de noviembre de 1994 (folios 549 a 564 cuaderno 2).
- 2.1.56.** Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 045 del 25 de noviembre de 1994, por valor de \$35'856.112 (folios 540 a 548 cuaderno 2).
- 2.1.57.** Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 046 del 25 de noviembre de 1994, por valor de \$21'338.922 (folios 525 a 539 cuaderno 2).
- 2.1.58.** Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 047 del 25 de noviembre de 1994, por valor de \$14'652.367 (folios 518 a 524 cuaderno 2).
- 2.1.59.** Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 048 del 25 de noviembre de 1994, por valor de \$8'112.732 (folios 510 a 523 cuaderno 2).
- 2.1.60.** Acta de transacción de reconocimiento de reajustes No. 049 del 12 de diciembre de 1994 (folios 506 a 508 cuaderno 2).
- 2.1.61.** Acta de iniciación de trabajos No. 050 del 19 de diciembre de 1994 (folio 505 cuaderno 2).
- 2.1.62.** Acta de entrega del Anticipo No. 051 del 20 de diciembre de 1994, por valor de \$58'500.000 (folio 504 cuaderno 2).
- 2.1.63.** Acta de pago de obra ejecutada No. 052 del 26 de diciembre de 1994, por valor de \$7'907.404 (folios 493 a 503 cuaderno 2).
- 2.1.64.** Acta de pago de obra ejecutada No. 053 del 26 de diciembre de 1994, por valor de \$18'474.900 (folios 487 a 492 cuaderno 2).
- 2.1.65.** Contrato adicional No. 003 al contrato principal No. 0228 de 1993, del 29 de diciembre de 1994 (folios 480 a 486 cuaderno 2).
- 2.1.66.** Acta de pago de obra ejecutada No. 054 del 31 de enero de 1995, por valor de \$198'080.378 (folios 470 a 479 cuaderno 2).
- 2.1.67.** Acta aclaratoria al pago del ítem 1.01 del 6 de febrero de 1995 (folios 468 a 469 cuaderno 2).

2.1.68. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 056 del 9 de febrero de 1995, por valor de \$2'621.138 (folios 461 a 467 cuaderno 2).

2.1.69. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 057 del 9 de febrero de 1995, por valor de \$6'716.059 (folios 453 a 460 cuaderno 2).

2.1.70. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 058 del 9 de febrero de 1995, por valor de \$68'839.961 (folios 435 a 452 cuaderno 2).

2.1.71. Acta de pago de obra ejecutada No. 059 del 28 de febrero de 1995, por valor de \$174'982.800 (folios 431 a 434 cuaderno 2).

2.1.72. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 026 del 6 de julio de 1994, por valor de \$35'205.914 (folios 422 a 430 cuaderno 2).

2.1.73. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 060 del 28 de febrero de 1995, por valor de \$61'563.688 (folios 420 a 421 cuaderno 2).

2.1.74. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 061 del 21 de marzo de 1995, por valor de \$4'263.121 (folios 411 a 419 cuaderno 2).

2.1.75. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 062 del 21 de marzo de 1995, por valor de \$15'251.583 (folios 402 a 410 cuaderno 2).

2.1.76. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 063 del 21 de marzo de 1995, por valor de \$9'611.772 (folios 393 a 401 cuaderno 2).

2.1.77. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 064 del 27 de marzo de 1995, por valor de \$2'964.211 (folios 385 a 400 cuaderno 2).

2.1.78. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 065 del 27 de marzo de 1995, por valor de \$7'989.353 (folios 376 a 384 cuaderno 2).

2.1.79. Acta No. 66 de fijación de precios y cantidades no previstos en el contrato original (parcial del acta No. 043) del 30 de marzo de 1995 (folios 370 a 375 cuaderno 2).

2.1.80. Acta No. 67 de fijación de precios y cantidades no previstos en el contrato original de 10 de abril de 1995 (folios 361 a 369 cuaderno 2).

2.1.81. Acta No. 068 de ampliación del plazo de los trabajos del 10 de abril de 1995 (folios 355 a 357 cuaderno 2).

2.1.82. Contrato adicional No. 004 al contrato principal No. 0228 de 1993 (folios 349 a 354 cuaderno 2).

2.1.83. Acta de pago de obra ejecutada No. 069 del 10 de abril de 1995, por valor de \$162'642.145 (folios 343 a 348 cuaderno 3).

2.1.84. Acta No. 070 de balance de cantidades de obra del 10 de abril de 1995, por medio de la cual se acordó ampliar el valor del Acta No. 043 en \$5'858.685 (folios 337 a 342 cuaderno 3).

2.1.85. Acta de entrega de anticipo No. 071 del 25 de abril de 1995, por valor de \$89'995.812.30 (folios 333 a 336 cuaderno 3).

2.1.86. Acta No. 072 de balance y pago de reajustes de la obra ejecutada a febrero de 1995, fechada el 25 de abril de 1995, por valor de \$6'601.734 (folios 324 a 332 cuaderno 3).

2.1.87. Acta de pago de obra ejecutada No. 074 del 27 de abril de 1995, por valor de \$85'949.347 (folios 312 a 320 cuaderno 3).

2.1.88. Acta No. 075 de balance y pago de reajustes de la obra ejecutada a febrero de 1995, fechada el 3 de mayo de 1995, por valor de \$172.543 (folios 304 a 311 cuaderno 3).

2.1.89. Acta de pago de obra ejecutada No. 076 del 30 de abril de 1995, por valor de \$18'330.000 (folios 295 a 303 cuaderno 3).

2.1.90. Acta de pago de obra ejecutada No. 077 del 3 de mayo de 1995, por valor de \$5'890.289 (folios 295 a 302 cuaderno 3).

2.1.91. Acta No. 078 de Aclaración al acta No. 049 de transacción de reconocimiento de reajustes para los ítems de mezclas asfálticas (folios 292 a 294 cuaderno 3).

2.1.92. Acta de reconocimiento de reajustes No. 079 del 4 de mayo de 1995, por valor de \$7'189.126 (folios 281 a 293 cuaderno 3).

2.1.93. Acta de reconocimiento de reajustes No. 080 del 4 de mayo de 1995, por valor de \$12'562.107 (folios 277 a 280 cuaderno 3).

2.1.94. Acta de reconocimiento de reajustes No. 081 del 4 de mayo de 1995, por valor de \$9'630.666 (folios 273 a 276 cuaderno 3).

2.1.95. Acta de pago de obra ejecutada No. 082 del 5 de mayo de 1995, por valor de \$193'663.931 (folios 267 a 272 cuaderno 3).

2.1.96. Acta de pago de reajuste de obra ejecutada No. 083 del 5 de mayo de 1995, por valor de \$106'272.120 (folios 256 a 266 cuaderno 3).

2.1.97. Acta de pago de reajuste parcial de obra ejecutada No. 084 del 7 de mayo de 1995, por valor de \$1'823.035 (folios 252 a 255 cuaderno 3).

2.1.98. Acta de pago de obra ejecutada No. 085 del 20 de junio de 1995, por valor de \$22'912.500 (folios 248 a 251 cuaderno 3).

2.1.99. Acta de pago de obra ejecutada No. 086 del 20 de junio de 1995, por valor de \$12'016.054,70 (folios 242 a 247 cuaderno 3).

2.1.100. Acta de iniciación de trabajos No. 087 del 6 de julio de 1995 (folio 239 cuaderno 3).

2.1.101. Acta de entrega de anticipo No. 088 del 6 de julio de 1995, por valor de \$113'284.765 (folios 235 a 238 cuaderno 3).

2.1.102. Acta de pago de reajuste parcial de obra ejecutada No. 089 del 7 de julio de 1995, por valor de \$7'441.026 (folios 221 a 234 cuaderno 3).

2.1.103. Acta de pago de reajuste total de obra ejecutada No. 090 del 7 de julio de 1995, por valor de \$4'737.892 (folios 207 a 220 cuaderno 3).

2.1.104. Acta de pago de reajuste parcial de obra ejecutada No. 091 del 7 de julio de 1995, por valor de \$7'453.653 (folios 194 a 206 cuaderno 3).

2.1.105. Acta No. 092 de fijación de precios y cantidades no previstos en el contrato original, del 14 de julio de 1995 (folios 181 a 193 cuaderno 3).

2.1.106. Acta No. 093 del procedimiento de la prueba de carga del 14 de julio de 1995 (folios 169 a 180 cuaderno 3).

2.1.107. Acta No. 094 de la prueba de carga del 16 de julio de 1995 (folios 162 a 168 cuaderno 3).

2.1.108. Acta de pago de obra ejecutada No. 095 del 18 de julio de 1995, por valor de \$13'747.500 (folios 157 a 161 cuaderno 3).

2.1.109. Acta de pago de obra ejecutada No. 097 del 31 de agosto de 1995, por valor de \$104'971.971 (folios 148 a 156 cuaderno 3).

2.1.110. Acta de pago de reajuste parcial de obra ejecutada No. 098 del 31 de agosto de 1995, por valor de \$83'003.444 (folios 128 a 147 cuaderno 3).

2.1.111. Acta No. 099 de reconocimiento de reajustes del 31 de agosto de 1995, por valor de \$2'270.808 (folios 120 a 140 cuaderno 3).

2.1.112. Acta No. 101 de reconocimiento de reajustes del 31 de agosto de 1995, por valor de \$7'039.192 (folios 114 a 119 cuaderno 3).

2.1.113. Acta No. 100 de reconocimiento de reajustes del 31 de agosto de 1995, por valor de \$2'575.584 (folios 108 a 113 cuaderno 3).

2.1.114. Acta No. 102 de reconocimiento de reajustes del 5 de septiembre de 1995, por valor de \$2'892.941 (folios 98 a 107 cuaderno 3).

2.1.115. Acta No. 103 de pago de reajuste total de obra ejecutada del 5 de septiembre de 1995, por valor de \$158.844 (folios 88 a 97 cuaderno 3).

2.1.116. Acta No. 104 de pago de reajuste total de obra ejecutada del 5 de septiembre de 1995, por valor de \$3'289.600 (folios 77 a 87 cuaderno 3).

2.1.117. Acta No. 106 de reconocimiento de reajustes del 5 de septiembre de 1995, por valor de \$297.907 (folios 70 a 76 cuaderno 3).

2.1.118. Acta No. 109 de entrega y recibo de obra ejecutada del 5 de septiembre de 1995 (folios 62 a 69 cuaderno 3).

2.1.119. Acta No. 108 de entrega y recibo de obra ejecutada del 5 de septiembre de 1995 (folios 60 a 61 cuaderno 3).

2.1.120. Acta No. 107 de entrega y recibo de obra ejecutada del 5 de septiembre de 1995 (folios 58 a 59 cuaderno 3).

2.1.121. Acta No. 105 de reconocimiento de reajustes del 5 de septiembre de 1995, por valor de \$109.002 (folios 56 a 57 cuaderno 3).

2.1.122. Acta No. 111 de devolución del fondo de reserva al contratista del 1 de diciembre de 1995, por valor de \$78'659.788 (folios 37 y 38 cuaderno 3).

2.1.123. Acta No. 112 de devolución del fondo de reserva al contratista del 1 de diciembre de 1995, por valor de \$2'581.892 (folios 29 y 30 cuaderno 3).

2.1.124. Acta No. 111 de devolución del fondo de reserva al contratista del 1 de diciembre de 1995, por valor de \$3'510.000 (folios 27 y 28 cuaderno 3).

2.2. Los dictámenes periciales.

2.2.1. Dictamen de los ingenieros EMILIANO DÍAZ MATEUS y RUDECINDO GÓMEZ OTERO (folios 169 a 175 cuaderno principal). De acuerdo con el auto de pruebas sus objetivos eran los siguientes:

“5.3. Dictamen pericial: Se ordene la práctica del siguiente dictamen pericial sobre los siguientes puntos a saber: Por parte de Ingenieros Civiles, para que con base en el Contrato 0228/93, sus accesorios y adicionales, la documentación aportada con la demanda, la que debe entregar el Área Metropolitana de Bucaramanga, las certificaciones del Dane sobre variación del IPC, y todos los demás documentos que consideren útiles, determinen los siguientes puntos:

5.3.1. La existencia de la mayor estadía en obra de que tratan los hechos 3.5, 3.5.1 y 3.5.2 de la demanda; si el reconocimiento por este concepto de que trata el acta 005 del 22 de febrero de 1994 que dió lugar a la celebración del contrato adicional 1, en efecto fue pagada por el Área a Beltrán Pinzón, o tan sólo reconocida pero no pagada, así como se determine el costo real de la obra adicional que se generó con ese contrato adicional simulando con ella el pago de la mayor estadía, y en caso de no haberse sido (sic) pagada o incluida en la obra adicional, se determine el costo para el contratista de esa mayor estadía en obra, así como la que tuvo lugar a raíz del contrato adicional 5. Los peritos deberán indexar esos valores que arroje el avalúo de la mayor estadía aplicando la variación porcentual del IPC, para lo derivado del acta 1 desde el 17 de marzo de 1994 y para lo del acta 5 desde el 38 (sic) de julio de 1994 y liquidar intereses a la tasa del 12% anual sobre el valor histórico actualizado.

5.3.2. Se determine si hubo incremento imprevisto del precio de los concretos, tomando como base los precios de la Oferta el Contratista, frente a los precios reales a los cuales lo adquirió Beltrán Pinzón de Concretos Premezclados S.A., sin tener en cuenta el descuento del 10% (este lo será para acumular al precio a favor del Contratista); señalen el porcentaje de esa alza imprevista en este rubro; determinen cuál fue la cantidad de concreto consumido en la obra del Viaducto La Flora para el Contrato 0228/93 y sus adicionales y accesorios; determinen cuál fue el monto del mayor valor que por este rubro debió asumir el contratista, actualizando ese valor con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor a partir del 30 de agosto de 1995, y liquidando sobre el valor histórico actualizado un interés del 12% anual. Este punto es lo atinente a los hechos 3.6.1, 3.6.2 y 3.6.3 de la demanda. Los peritos para rendir este dictamen, examinarán la contabilidad de Beltrán Pinzón y en lo pertinente la de Concretos Premezclados S.A., a fin de determinar cantidades y precios.

5.3.3. Se determine si en el pliego de condiciones de la licitación que generó el contrato 0228/93 para la construcción del Viaducto La Flora y en el texto del contrato mismo se determinó alguna fórmula o procedimiento para la liquidación del Ítem, Cables de Tensionamiento (Vigas de Concreto post – tensado) o si por el contrario fue tan sólo en la oferta del contratista, donde se señaló la forma de liquidación y pago del ítem. En uno u otro caso los peritos determinarán la fórmula establecida o en su defecto, si en ninguna parte se estableció expresa o implícitamente, cuál es la usualmente utilizada; harán la liquidación de ese ítem y en caso de ser superior el resultado a lo pagado por el Área al Contratista, actualizarán esa suma con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor a partir de junio de 1995, y liquidando sobre el valor histórico actualizado a un interés del 12% anual. Para lo anterior se tendrán en cuenta los hechos 3.7.1, 3.7.3, 3.7.4 y 3.7.5, de la demanda.

5.3.4. Determinen los peritos, con relación al hecho 3.8 de la demanda, si era imperioso para el cumplimiento del contrato 0228/93 la compra de las mejoras que se hallaban en el lugar de construcción de la pila 8, qué efectos hubiera traído para el contrato la no adquisición de ellas en el momento en que Beltrán Pinzón lo hizo por el Área Metropolitana. Igualmente, que tomen el valor de los \$ 3'500.000 y procedan a su actualización con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor a partir del 26 de enero de 1994, y liquidando sobre el valor histórico actualizado un interés del 12% anual.

5.3.5. Con base en los anteriores análisis, determinen los peritos si en la ejecución del contrato 0228/93 respecto de los puntos tratados, se rompió o no la ecuación económica del contrato en relación con el momento de su celebración, y por tanto, sumando los diferentes rubros estudiados, hagan una valoración general de ese desequilibrio, debidamente indexada y con los intereses a la tasa del 12% anual.”

Mediante escrito del 11 de junio de 1998 determinaron que los valores reclamados debidamente indexados ascendían al monto de \$747'842.008, resumidos en los siguientes términos:

“RESUMEN VALORES ACTUALIZADOS

Estadía No. 1ª	\$108'262.333
Estadía No. 2ª	\$ 23'681.270
Mayor valor concretos	\$261'309.188
Tensionamiento de cables	\$344'420.910
Compra de casa	\$ 10'168.307
Valor reclamación	\$747.842.008”

Durante el término de traslado dispuesto en el auto del 17 de julio de 1998 (folio 177 cuaderno principal), las partes guardaron silencio.

2.2.2. Dictamen de VÍCTOR HUGO SEPÚLVEDA ARIZA y ALBERTO ROA HERNÁNDEZ (folios 241 a 260 cuaderno principal). El Tribunal a quo decretó de oficio este dictamen, mediante auto del 13 de julio de 1999, con el fin de que se respondiera el siguiente cuestionario (folios 209 y 210 cuaderno principal):

“1º Establecer el esfuerzo efectivo a que fueron sometidos los torones o cables de tensionamiento.

2º ¿Cuántas fueron las toneladas aplicables en el gato para llegar al esfuerzo efectivo en los cables de tensionamiento?

3º ¿Cuánto fue la cantidad reconocida por el Área Metropolitana de Bucaramanga para el ítems por cables de tensionamiento y cuánta fue la cantidad ejecutada por el contratista por este ítems?

4º ¿Cuánto se le pagó al contratista por la ejecución de los ítems cables de tensionamiento de acuerdo a las actas de obra ejecutada y cuánto correspondía pagarle de acuerdo al esfuerzo efectivo a que fueron sometidos los torones?

5º Precisar si el término instalado a que se refiere el numeral 14 del Pliego de Condiciones de la Licitación 005 de 1993, Vigas de Concreto Post-Tensado, especificación VL – F4, Numeral 14.4., exigía que el contratista hubiera calculado el ítems cables de tensionamiento considerando toneladas efectivas.

6º ¿Cuáles fueron las bases que tuvo el Área Metropolitana para pagar el ítem cables de tensionamiento (es decir si reconoció sobre cantidades efectivas o en el gato) y en qué se diferencia esta liquidación de la que debió efectuarse si se tiene en cuenta la propuesta formulada por el contratista? (analizar si la propuesta fue sobre toneladas efectivas o en el gato).

7º Precisar si la propuesta presentada por el contratista valoró el ítem cables de tensionamiento medidos en el gato o de acuerdo a las toneladas efectivas.

8º Precisar la diferencia entre la medida toneladas efectivas y en el gato.

9º Especificar si en el pliego de condiciones en el ítems 5.11 de precios unitarios se estableció el precio de los cables de tensionamiento sobre las toneladas efectivas o en el gato.

10. Analizar si hay lugar al reconocimiento del costo financiero y en caso afirmativo, qué resultado arroja dicho cálculo.”

Mediante documento presentado el 25 de septiembre de 2001, los peritos respondieron el cuestionario de la siguiente forma (folios 242 a 260 cuaderno principal):

“1º. ... Analizados los planos de construcción del viaducto se encontró que se fabricaron 91 vigas POSTENSADAS con un TENSIONAMIENTO EFECTIVO de 1.191.157,7 T-M

2. ... Las toneladas aplicadas en el gato en cada cable de diámetro ½” es de 14,1 Toneladas que multiplicadas por la longitud total de los cables, que es aproximadamente de 121, 547 metros para las 91 vigas, resulta un total de 1,713,808,5 T-M aplicadas en el gato.

(...)

3. ... El Área Metropolitana de Bucaramanga reconoció 1,191,157,7 T-M efectivas. La cantidad ejecutada por el contratista fue 1,713,808,5 T-M en el gato.

4. ... a) Al contratista según actas de obra ejecutadas se le cancelaron \$266.819.325.00 por concepto del ítem cables de tensionamiento, valor que

corresponde al costo de las toneladas metro efectivas ejecutadas, de acuerdo con el cálculo que a continuación presentamos.

(...)

b) Según el esfuerzo efectivo a que fueron sometidos los cables de tensionamiento correspondía pagarle 1,191,157,7 T-M (ver cuadro No. 1 del punto No. 1), para un costo total de \$266'819.325.00; valor que coincide exactamente con el pagado en actas de obra ejecutada.

5. ... El término *INSTALADO* es un término inapropiado para determinar la forma de pago y medida del cable de alta resistencia, puesto que el tensionamiento puede cuantificarse solamente mediante dos vías: a) en los extremos de las vigas, en el *GATO*; o b) de manera *EFFECTIVA*, en el centro de la viga, mediante fórmulas matemáticas, teniendo en cuenta el alargamiento del cable y otros factores. Por consiguiente *la especificación* para la medida y pago del cable necesariamente debería haber indicado claramente que se pagara en **TONELADAS EFECTIVAS.**

Lo anterior indujo al proponente al momento de confeccionar el precio unitario correspondiente al ítem 5.11 de su propuesta, a considerar la cantidad de torón en Toneladas metro en el gato, apreciación que no fue incorrecta y que fue aceptada por el Área Metropolitana de Bucaramanga, al adjudicarle el contrato, pues es claro que el cálculo en el precio unitario está elaborado basado en una fuerza de tensionamiento de 14.11 toneladas en el gato y no de 9.8 como hubiera sido si la consideración tomada para el precio unitario fuera en toneladas efectivas; lo que hubiera dado en consecuencia una mayor cantidad de torón y por consiguiente un valor mayor del precio unitario presentado en la propuesta del contratista que fue de \$244.00 para el ítem 5.11.

6. ... El Área Metropolitana de Bucaramanga reconoció las toneladas-metro como efectivas.

La diferencia de la liquidación entre T-M efectivas y T-M gato es de aproximadamente 522.650 T-M de más, que en costo representaría una suma equivalente de \$117'073.779,00.

(...)

7. ... Siguiendo el análisis del precio unitario como se enunció en la respuesta anterior, el contratista valoró el ítem como T-M en el gato.

8. Las toneladas en el gato es la fuerza de tensión que se le aplica en los extremos a las vigas mediante unos gatos hidráulicos que tienen unos manómetros para cuantificar fuerzas.

Las toneladas efectivas son las toneladas esperadas después de pérdidas en el centro de la luz de las vigas y que se determina mediante fórmulas matemáticas.

9. ... No se establecen toneladas efectivas.

(...)

10. ... Como la cantidad de la obra no cancelada fue de 522.650.8 T-M con un costo de \$117'073.779, aplicando la fórmula anterior, con unos índices de I de 171.0 y lo de 122.6, se obtiene un valor de reajuste de \$46'218.360.

A partir de este mes [junio de 1995] como no se canceló se deberá reconocer un costo financiero desde el mes de junio de 1995.

Valor obra no cancelada	\$117'073.779.00
Reajuste al mes de Junio/95	\$ 46'218.360.00
SUB TOTAL	\$163'292.139.00

Para determinar el valor indexado a la fecha tomamos como referencia la variación de precios al consumidor durante este periodo.”

Durante el término de traslado dispuesto en el auto del 24 de octubre de 2001 (folio 262 cuaderno principal), las partes guardaron silencio.

3. El equilibrio económico del contrato y la revisión de precios en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983.

Antes de analizar las particularidades del caso, conviene recordar el desarrollo jurisprudencial que esta Corporación ha efectuado sobre el equilibrio económico o financiero de los contratos en el marco de las disposiciones del Decreto-ley 222 de 1983, vigente para la época de celebración del contrato en estudio. Para ello se retomará lo expuesto en la sentencia proferida el 3 de mayo de 2001, en el cual se puntualizó:

“El concepto del equilibrio económico o financiero del contrato nació de la jurisprudencia y de la doctrina como una necesidad de proteger el aspecto económico del contrato, frente a las distintas variables que podrían afectarlo para garantizar al contratante y al contratista el recibo del beneficio pactado. Respecto del contratista dicho equilibrio implica que el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a su ejecución del objeto del contrato; si no es así surge, en principio, su derecho a solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables”⁸.

En el caso concreto que ahora se examina, tal como ya se indicó, cuando BELTRÁN PINZÓN y CIA. S.A., y el ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA celebraron el contrato de Obra No. 0228 de 1993 se encontraba vigente el Estatuto de Contratación Administrativa contenido en el Decreto-ley 222 de 1983, en el cual se hizo expresa referencia al tema del equilibrio financiero en dos eventos de causalidad diferente: **i)** cuando hubiere lugar a la modificación del contrato, bien por acuerdo entre los contratantes o bien por la determinación

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 3 de 2001, exp.12.083, Alier Eduardo Hernández Enríquez.

unilateral de la Administración; y **ii)** cuando se tratara del reajuste de precios. En ese Estatuto se aludió al equilibrio económico financiero del contrato de la siguiente manera:

*“Artículo 20. **Modificación Unilateral.** Cuando el interés público haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos, se observarán las siguientes reglas:*

- a) No podrán modificarse la clase y objeto del contrato.*
- b) Deben mantenerse las condiciones técnicas para la ejecución del contrato.*
- c) Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista.*
- d) **Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes.***
- e) **Deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación.***

*Artículo 21. **Procedimiento para la modificación unilateral.** En los pliegos de condiciones deberán contemplarse las modificaciones de los contratos, **que sean previsibles** y la manera de asegurar el equilibrio financiero de los mismos. Cuando en el curso de la ejecución de un contrato el interés público demande la variación del mismo, la entidad pública correspondiente propondrá al contratista el procedimiento para llevarla a efecto, la manera de acreditar y **reconocer los nuevos costos, o de disminuir los que no vayan a causarse**, según el caso, mediante las evaluaciones técnicas pertinentes y **el señalamiento de los nuevos precios**, si a ello hubiere lugar.*

Se sentará un acta con los términos de la propuesta; si el contratista no acepta y la entidad pública considera indispensable para el interés público y el mejor cumplimiento del contrato introducir las modificaciones propuestas, lo decidirá así por medio de resolución motivada, que se notificará conforme al decreto ley 2733 de 1959 o a las normas que lo sustituyan.

Contra la resolución que ordena la modificación unilateral procederá únicamente el recurso de reposición, sin perjuicio de las acciones contencioso administrativas que pueda intentar el contratista; en firme la decisión, la modificación se tendrá como parte integrante del contrato y surtirá efectos a partir de ese momento, pero podrá haber alteración de los plazos de cumplimiento y reajuste de las fianzas, si fuere pertinente.

***Parágrafo 1º.** La resolución de modificación unilateral no podrá dictarse sin previa consulta al Consejo de Ministros, cuando la cuantía de la modificación sea o exceda de cien millones de pesos (\$100.000.000) a los Consejos de Gobierno o a las Juntas o Consejos Directivos, según el caso.*

***Parágrafo 2º.** No podrán hacerse modificaciones distintas de las que fueron contempladas como previsibles en los pliegos de condiciones.” (Se subraya y resalta)*

La norma legal transcrita determinaba que en **el acto jurídico de modificación del contrato**, causado sólo en hechos previsibles, las partes o en su defecto la Administración deban guardar el equilibrio financiero del contrato para ambas partes o reconocerle al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación.

En otra de sus normas, el mencionado Estatuto de Contratación Administrativa determinó:

Capítulo 1º. Contratos de obras públicas.

“Artículo 86. De la revisión de precios.

En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.

Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma que determine el reglamento.

En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, **a menos que la fórmula pactada fuere matemática.**

Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada, cuando esta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato”. (Se subraya)

Dicha norma contempló que ante la variación de los factores determinantes de los costos, en los contratos de obra pública celebrados en la modalidad de precio global o por el sistema de precios unitarios, así como en los contratos de suministro, habría lugar a pactar revisiones periódicas de los precios, para cuyo propósito, cuando ello fuere posible, se acudiría a la aplicación de fórmulas matemáticas que deberían ser incorporadas en el texto de respectivo contrato.

En este punto resulta importante poner de presente la diferencia conceptual existente entre “la revisión de precios” por oposición a su “reajuste, actualización o indexación monetaria”, puesto que a través de esta última se trata de preservar la equivalencia o representación monetaria del valor del contrato con el valor representativo real al momento del pago, comoquiera que en la mayoría de las veces por el sólo transcurso del tiempo uno es el momento de ejecución y otro es el momento del pago. Así pues, la actualización compensa, mediante la corrección, el efecto inflacionario de la moneda, generalmente hasta el momento en el que se efectúe el pago.

Ahora bien, retomando el tema del reajuste de precios al que se refería el artículo 86 del Decreto-ley 222 de 1983, se aprecia que aunque el legislador autorizó el pacto de fórmulas contractuales para la materialización de tales reajustes de precios (matemáticas o no), no las reguló en sí mismas, aspecto que correspondía precisarlo a las partes dentro de la autonomía de su voluntad y respetando las bases de la realidad económica.

Queda claro entonces que el *reajuste de precios convenido por las partes* resulta ser consecuencia de su propia *previsión* en el contrato y de acuerdo con la fórmula acordada, en cuanto ocurra en la realidad la variación de los costos determinantes de los precios; esto no significa que si durante la ejecución del contrato se presenta una variación de los costos determinantes de los precios que no podían ser previsibles al momento de ofertar o de celebrar el contrato, según el caso, por factores *-no previsibles-* el afectado no pudiera reclamar el restablecimiento económico.

En este sentido la Sala ha señalado en oportunidades anteriores:

“(...) el mantenimiento de esas condiciones de ejecución dictadas desde el perfeccionamiento del negocio jurídico, en un momento dado puede resultar especialmente lesivo para una de las partes por la ocurrencia de sucesos imprevistos, posteriores, ajenos a su voluntad y no imputables a incumplimiento del otro contratante, pero que le reportan una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, y en consecuencia, se pierde esa equivalencia que se había formado a partir de la celebración del contrato”⁹

Ahora bien, en relación con la teoría de la imprevisión cabe señalar que su aplicación surgió dentro del ámbito de la contratación administrativa por vía jurisprudencial. Al respecto ha explicado la Sección Tercera de esta Corporación:

“La teoría de la imprevisión persigue que las cosas vuelvan a su estado inicial cuando las bases económicas del contrato se afecten por hechos posteriores que revistan las características anotadas y sean de tal magnitud que ocasionen una ruptura grave de la simetría o igualdad de los derechos y obligaciones existentes al tiempo de su celebración, y aunque no impidan su cumplimiento, hacen excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes y, correlativamente, generan una ventaja indebida o en exceso para la otra.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, los requisitos para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato que dé lugar a un reconocimiento económico a favor del contratista¹⁰ son los siguientes:

(i) Que con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho extraordinario, ajeno o exógeno a las partes, es decir, no atribuible a ninguna de ellas sino que provienen o son generados por terceros. No cabe invocar esta teoría cuando el hecho proviene de la entidad contratante, dado que ésta es una de las condiciones que la distinguen del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad.

(ii) Que ese hecho altere de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de septiembre de 2003, Radicación: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119), Actor. Sociedad Castro Tcherassi y Compañía Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁰ La jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido los requisitos expuestos como configurativos de la teoría de la imprevisión. Ver entre otras las sentencias de 18 de abril de 1989, expediente 5426; 29 de junio de 1989, exp. 5295; de 16 de abril de 1991, exp. 6102; de 27 de junio de 1991, expediente 3600; de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, y de 29 de mayo de 2003, exp. 14577.

(iii) Que esa nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible, esto es, que no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes, pues no es aplicable ante la falta de diligencia o impericia de la parte que la invoca, toda vez que nadie puede beneficiarse de su propia culpa. En otros términos, el hecho excede los cálculos que las partes pudieron hacer al contratar y que incluyen, normalmente, el álea común a toda negociación, que el cocontratante particular está obligado a tomar a su cargo.

(iv) Que esa circunstancia imprevista dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación. La ayuda estatal procede sobre la base de que la situación sea parcial y temporal, de suerte que el contratista no suspenda la ejecución del contrato y continúe prestando el servicio. El hecho debe ser posterior a la celebración de un contrato, cuyas prestaciones no estén enteramente concluidas, pues el reconocimiento de la imprevisión busca que se brinde una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones, y esa es la razón del apoyo económico.

Es decir, los efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión son compensatorios, limitados a un apoyo parcial y transitorio que se le da al contratista para solventar el quebranto o déficit que el hecho económico le origina en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, sin que, por tanto, haya lugar al reconocimiento de beneficios diferentes a los mayores gastos, costos o pérdidas que resulten de soportar la circunstancia imprevisible, extraordinaria, grave y anormal y que haya podido sufrir el cocontratante, o sea, como señala la doctrina, de llevarlo a un punto de no pérdida y no de reparar integralmente los perjuicios.”¹¹

Por otra parte, debe tenerse presente que la Jurisprudencia de la Sección reiteradamente ha sostenido que el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato¹², sino que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato:

“Habría que concluir entonces que las variaciones que eventualmente podrían sucederse dentro de una operación normal, bien sean favorables o desfavorables a los intereses económicos del concesionario, corresponderían a su riesgo negocial, es decir, al álea normal de los negocios y, por lo tanto, en manera alguna podría trasladarse los déficit respectivos a la entidad pública contratante, ni tampoco podría exigírsele al concesionario la entrega del superávit a la entidad concedente cuando los resultados superaren las proyecciones iniciales, puesto que tales medidas no resultan congruentes en un negocio en el cual los riesgos que cada una de las partes asume deben quedar definidos desde antes de la celebración del contrato, para que, de esta manera, cada una de ellas tenga

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de junio de 2012, exp. 21990, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pg. 524: “Debe recordarse que en la celebración y ejecución de los contratos, siempre hay una contingencia de ganancia o pérdida, un cierto grado de riesgo, es decir, un álea que es normal y que las partes deben asumir, como consecuencia de su decisión voluntaria de obligarse. En cambio, el “Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato”

*suficiente claridad sobre los mismos y adopte los mecanismos necesarios para cubrirlos. Es claro que las deficiencias de una propuesta ni el álea normal del negocio pueden trasladarse a la entidad contratante so pretexto del rompimiento del equilibrio financiero del contrato (...)*¹³

Así pues, dentro de la referida perspectiva Jurisprudencial, ha de concluirse entonces que las partes se obligan a través del contrato y en los términos del mismo después de haber analizado las circunstancias existentes al momento de celebrarlo o de presentar de la respectiva oferta, según el caso, en todos los aspectos razonablemente previsibles que pueden tener incidencia en la ejecución de sus obligaciones. Así mismo, pactan las condiciones de ejecución del contrato teniendo en cuenta los riesgos que en el momento de su celebración podían – bueno es reiterarlo- razonablemente preverse.

Con base en toda esta información las partes hacen sus proyecciones y sus cálculos y acuerdan el contenido de sus respectivas obligaciones; es decir, se fija el contenido de las prestaciones y contraprestaciones: lo que una de las partes debe realizar y el precio que por ello recibirá de la otra parte y que, en consecuencia, considerará como equivalente. Se traba entonces una doble relación: en primer lugar, cada una de las partes considerará que existe una equivalencia entre los costos y gastos en que incurrirá y el beneficio o utilidad que para ella se derivará de la ejecución del contrato y, en segundo lugar, que es equivalente la obligación que cada una de ellas asume frente a la contraprestación a cargo de la otra parte, lo que da lugar al surgimiento de la ecuación contractual que se debe mantener a lo largo de toda la ejecución contractual. En este orden de ideas, puede el contratista invocar el restablecimiento del equilibrio contractual respecto de las prestaciones efectivamente ejecutadas, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos o elementos para que prospere o se abra paso la pretensión de restablecimiento.

4. El caso concreto.

La Sala resolverá los aspectos presentados en el recurso de alzada en el siguiente orden: **i)** los efectos jurídicos de la no contestación de la demanda; **ii)** la valoración de los dictámenes periciales; **iii)** la mayor permanencia en obra; **iv)** el sobrecosto del concreto asfáltico; **v)** el sobrecosto en los cables de tensionamiento; y **vi)** la compra de mejoras por parte del contratista.

4.1. La contestación extemporánea de la demanda. Como lo ha señalado esta Corporación de tiempo atrás¹⁴, la no contestación de la demanda o su contestación extemporánea puede ser considerado como indicio grave en contra de la entidad demandada, en los términos señalados en el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil¹⁵; sin embargo debe puntualizar que ello no constituye plena prueba acerca de la responsabilidad contractual o de allanamiento a las pretensiones de la demanda, puesto que se trata de un elemento indiciario que debe ser valorado en conjunto con el material probatorio que obre en el proceso.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, exp. 15.475.

¹⁴ Entre otras sentencias, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de noviembre de 2005, exp. 27.324, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁵Código de Procedimiento Civil, artículo 95: “La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciadas por el juez como indicio grave en contra del demandado, salvo que la ley le atribuya otro efecto.”

4.2. La valoración de los dictámenes periciales. En relación con la prueba pericial, ha dicho la Sala:

“(...) el numeral 6° del artículo 237 del C.P.C.-aplicable en los procesos contencioso administrativos por expresa remisión del art. 168 del CCA-, conforme al cual el dictamen rendido por los peritos debe ser claro, preciso y detallado, y en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones a las que lleguen los auxiliares de la justicia.

En virtud de lo anterior, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 241 ibidem, que consagra el deber del juez de tener en cuenta, a la hora de apreciar el dictamen, la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso, la Sala no le otorgará valor probatorio alguno al referido peritazgo.

Y es que no se puede olvidar la finalidad de este medio de prueba¹⁶:

*“...su función tiene indispensablemente un doble aspecto: verificar hechos **que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos** que escapan a la cultura común del juez y de las gentes, **sus causas y sus efectos**, y suministrar **reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos**, para formar la convicción del juez sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente”. (Las negrillas son de la Sala).*

*A través de la prueba pericial, se pretende llevar al juez el convencimiento sobre la existencia y naturaleza de las cosas y de los hechos que requieren especiales conocimientos y experiencia, lo cual sólo se logra en la medida en que resultan convincentes las explicaciones que los expertos aportan sobre los elementos de juicio que utilizaron para llegar a una conclusión; el dictamen rendido en el **sub-lite**, carece por completo de sustentación científica, por cuanto el auxiliar de la justicia no expuso fundamentación alguna para las conclusiones que plasmó en su informe pericial, pretendiendo simplemente que el juzgador acepte como ciertas sus afirmaciones, siendo ello absolutamente improcedente, pues al funcionario encargado de decidir, le compete analizar el mérito probatorio que les corresponde a los distintos medios de prueba obrantes en el proceso; y específicamente en relación con el mérito probatorio de la prueba pericial¹⁷:*

*“Como ocurre con el testimonio (...), el fundamento del mérito probatorio de la peritación radica en una presunción concreta, para el caso particular, de que el perito es sincero, veraz y posiblemente acertado, cuando es una persona honesta, capaz, experta en la materia de que forma parte el hecho sobre el cual dictamina, **que además ha estudiado cuidadosamente el problema sometido a su consideración, ha realizado sus percepciones de los hechos o del material probatorio del juicio con eficiencia y ha emitido su concepto sobre tales percepciones y las deducciones que de ellas se concluyen, gracias a las reglas técnicas, científicas o artísticas de la experiencia y que conoce y***

¹⁶ [5] DEVIS ECHANDIA, Hernando; Teoría General de la Prueba Judicial. T. II. Víctor P. de Zavalia Editor, Buenos Aires, 1970. pg. 291.

¹⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando; ob. cit., pg. 321.

aplica para esos fines, en forma explicada, motivada y convincente” (la Sala resalta)¹⁸.

De acuerdo con lo anterior y siguiendo la doctrina sobre el tema, se ha catalogado a la prueba pericial entre dos posturas: **i)** aquella que la configura como un verdadero medio de prueba, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos, y **ii)** aquella que la entiende como un mecanismo auxiliar del juez, porque no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración¹⁹.

En el presente caso, el dictamen que rindieron los ingenieros EMILIANO DÍAZ MATEUS y RUDECINDO GÓMEZ OTERO no aporta hechos distintos que puedan catalogarse como pruebas, sino que asumen como ciertos los hechos planteados en la demanda y a partir de tales premisas procedieron a efectuar una liquidación de perjuicios, porque esa fue la tarea que les encomendó el Tribunal *a quo* en concordancia con lo solicitado por la parte actora. En este orden de ideas, la liquidación efectuada por los expertos de ninguna manera se constituye en prueba de que se presentó un desequilibrio económico, toda vez que correspondía a la parte actora probar la certeza de los hechos a partir de los cuales los peritos efectuaron la liquidación de perjuicios, hechos que, como expondrá la Sala más adelante, no fueron demostrados dentro del proceso.

Ahora bien, en cuanto al fin del dictamen rendido por los expertos VÍCTOR HUGO SEPÚLVEDA ARIZA y ALBERTO ROA HERNÁNDEZ por decreto oficioso del Tribunal *a quo*, encuentra la Sala que tampoco se dirige a demostrar hechos distintos de los discutidos en el proceso, sino que respondió a cuestiones técnicas acerca del tensionamiento de cables, para que fueran valorados por el juzgador; si bien es cierto que se emite una crítica sobre la redacción del pliego de condiciones en este aspecto y de allí se derivan las conclusiones de los expertos, ello no quiere significar que el fallador deba aceptarlos forzosamente pues, se reitera, el experticio está sometido a la valoración del Juez junto con los demás elementos de prueba recaudados. En este punto resulta importante precisar que la no objeción del dictamen pericial no convierte sus resultados en una verdad incontrovertible que no pueda ser cuestionada por el juzgador, sino que le permite disponer de un elemento de juicio más que deberá ser tenido en cuenta en conjunto con las otras pruebas recaudadas.

4.3. Mayor permanencia en obra acarreada por el contrato adicional No. 5.

Consideró la sociedad demandante que no se reconocieron cuarenta y cinco (45) días de administración y gastos de personal, lo cual le produjo un desequilibrio patrimonial.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 22011, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁹ Sobre el particular en la Sentencia T-554 de 2003 la Corte Constitucional señaló: *“Tradicionalmente la prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencia que el juez no posee o puede no poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto de debate.*

También ha sido concebida como el medio de prueba consistente en la declaración de conocimiento que emite una persona que no es sujeto procesal acerca de los hechos, circunstancias o condiciones personales inherentes al hecho punible, conocidos dentro del proceso y dirigida al fin de la prueba para la que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos. De tal suerte que la prueba pericial es considerada como una ‘prueba de auxilio judicial’ encaminada a suplir la ausencia de conocimientos científicos, técnicos o culturales de los jueces”.

Según lo acordado en el contrato adicional No. 005 del 28 de julio de 1995, encuentra la Sala lo siguiente (folio 1053 cuaderno 2):

“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- Modificar [el] plazo convenido en el contrato principal No. 0228 de 1993 y adicionales Nos. 001, 002, 003, y 004 de 1995. **SEGUNDA: PLAZO.-** Modificar plazo convenido en el contrato principal No. 0228 de 1993 y adicionales Nos. 001, 002, 003, y 004 de 1995, en cuarenta y cinco (45) días calendario, contado a partir del 31 de julio de 1995 y hasta el 13 de septiembre de 1995. **TERCERA: VALOR.-** El presente contrato no modifica valor. **CUARTA:** Los demás términos y condiciones del Contrato No. 0228 de 1993 y adicionales 001, 002, 003 y 004 no modificados en el presente contrato adicional, continúan en vigor. **QUINTA: PERFECCIONAMIENTO.-** el presente Contrato Adicional se perfecciona con la suscripción, aprobación de la aprobación de las garantías según su nuevo plazo y la publicación en la Gaceta Departamental.”

A su vez, la justificación de esta ampliación del plazo se encuentra contenida en el oficio del 27 de julio de 1995, en la cual el contratista acepta adelantar obras de pavimentación (folio 1058 cuaderno 2), así:

“Al respecto queremos manifestarle que, a pesar de todo lo desfavorable que resultaría para nosotros ejecutar dichas obras, por los bajos precios unitarios y los sobrecostos de mayor permanencia en obra, estamos dispuestos a hacerlo, si se incluyen en el acta respectiva las siguientes condiciones:

- 1. Se define una fecha cierta para la iniciación de trabajos, teniendo en cuenta la interferencia con las obras que adelanta el otro contratista y a aspectos constructivos que impidieron su ejecución.*
- 2. El Área Metropolitana de Bucaramanga nos cancele[n] todas las sumas causadas y adeudadas a la fecha, por concepto de actas de obras, reajustes y pago de costos financieros.*
- 3. A partir del cumplimiento de lo estipulado en los dos numerales anteriores, consideramos que se necesita un plazo de treinta días para su ejecución.”*

Ahora bien, de acuerdo con los documentos aportados al expediente se encuentra demostrado que el Área Metropolitana de Bucaramanga le reconoció al contratista el pago de las obras ejecutadas hasta el 31 de agosto de 1995 y sus correspondientes reajustes, de conformidad con las siguientes actas:

• Acta No. 098 del 31 de agosto de 1995	\$83'003.444
• Acta No. 099 del 31 de agosto de 1995	\$ 2'270.808
• Acta No. 100 del 31 de agosto de 1995	\$ 2'575.584
• Acta No. 101 del 31 de agosto de 1995	\$ 7'039.192
• Acta No. 105 del 5 de septiembre de 1995	<u>\$ 3'289.600</u>
TOTAL	\$ 98'178.628

Por el contrario, la sociedad demandante no demostró que hubiera incurrido en costos adicionales imprevistos no reconocidos en las actas anteriores, así como tampoco probó que se hubiera generado una onerosidad extraordinaria de la cual

pueda inferirse el alegado desequilibrio económico en su contra. En consecuencia, la Sala no accederá a esta pretensión.

4.4. El sobrecosto del concreto y mezclas asfálticas. Consideró la sociedad demandante que si bien es cierto no se efectuó un pago en dinero, se encuentra demostrado el pago del mayor valor al proveedor mediante otras prestaciones que sustitutivamente cumplió a favor de este.

Al efectuar una revisión detallada del contrato en examen, encuentra la Sala que efectivamente durante el desarrollo de la obra se presentó una real variación negativa de los precios del concreto asfáltico (hecho objetivo) que afectaba al contratista, sin embargo, en el Acta No. 43 del 12 de diciembre de 1994 las partes reconocieron dicha situación y adoptaron los correctivos pertinentes mediante una transacción (folios 506 a 508 cuaderno 2), de conformidad con los siguientes términos:

“CONSIDERANDO

- 1. Que los Ítems de Suministro y Colocación de Base Granular y Mezclas asfálticas, tienen un amplia incidencia en el contrato.*
- 2. Que los precios comerciales de la Base Granular y Mezclas Asfálticas ha tenido un incremento considerablemente mayor a los calculados según los índices del Ministerio de tal forma que los índices no cubren las alzas de los mismos.*
- 3. Que es necesario hacer el reconocimiento de los incrementos de tal forma que se logre el propósito de mantener el equilibrio económico del contrato para los citados ítems.*

ACUERDAN

- 1. El cálculo para la diferencia de reajustes en las mezclas asfálticas aplicadas se evaluará así:*

(...)

- 2. El cálculo para la diferencia de reajuste en la base granular se evaluará así:*

(...)

Las diferencias de reajustes así evaluadas serán reconocidas por el Área Metropolitana de Bucaramanga al contratista BELTRÁN PINZÓN Y CIA LTDA., para lograr el equilibrio económico del contrato.

- 3. Las actas mensuales por obra ejecutada se liquidarán con los valores básicos del contrato, los reajustes contractuales y el equilibrio económico se liquidará a partir de enero de 1.994 multiplicando las cantidades de obra debidamente ejecutadas por las diferencias de reajustes aprobada en la presente acta y de acuerdo con el programa de trabajo.*

4. En virtud de lo acordado en la presente acta de transacción, BELTRÁN PINZÓN Y CIA LTDA INGENIEROS CIVILES, renuncia irrevocablemente a formular cualquier tipo de reclamación judicial o extrajudicial contra el ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA, por los incrementos en el precio comercial de la base granular y mezclas asfálticas, objeto de transacción en

la presente acta, y en general por las peticiones que directa o indirectamente se deriven del tema de transacción, habida cuenta de los reconocimientos que en ella se hacen.”(Resalta la Sala)

La transacción efectuada por las partes fue objeto de aclaración mediante el Acta No. 78 del 4 de mayo de 1995, en la cual se estipuló (folios 292 y 293 cuaderno 3):

"CONSIDERANDO

1. Que los precios comerciales de las Mezclas Asfálticas han tenido un incremento considerablemente mayor a los calculados según los índices del Ministerio de tal forma que los índices no cubren las alzas de los mismos a Enero de 1995.

2. Que los ítems de Mezclas Asfálticas se desarrollarán a partir de Enero de 1995.

3. Que en el Acta No. 049, al fijar como se evaluará el reajuste de la Base Granular se hace referencia al CD como el Costo Directo establecido en la oferta presentada en septiembre de 1.994 en lugar de septiembre de 1.993 fecha en que realmente fue presentada la oferta.

ACUERDAN

1. El cálculo para la diferencia de reajustes en las mezclas asfálticas, se evaluará así:

(...)

En el cálculo para la diferencia de reajuste en la base granular el término CD se refiere:

CD: Costo directo establecido en la oferta presentada en septiembre de 1.993.

Dejar vigente todo lo mencionado en el acta No. 49 que no se encuentre estimado en esta acta.”

Si bien es cierto la excepción de transacción no fue propuesta por el ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA, la Sala debe declararla probada de oficio en relación con las reclamaciones referidas al concreto y otras mezclas asfálticas, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, “en la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada”²⁰.

Aunque existen variadas posturas doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de la transacción, lo cierto es que el derecho colombiano la define como contrato en el artículo 2469 del Código Civil y, adicionalmente, como un modo de extinción de las obligaciones, según las voces del artículo 1625 *ibídem*. En la misma dirección se ha pronunciado de tiempo atrás la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

²⁰ Esta norma también la recogió la Ley 1437, tanto en el numeral 6 de su artículo 180 como, particularmente, en el inciso 2º de su artículo 187, dispuso de manera mandatoria, que “[e]n la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus”.

“(...) [el acuerdo transaccional] se encamina principalmente a disipar la duda y a regular y dar certeza a la relación sustancial que la motiva y porque, en razón de esta finalidad primordial, la ley considera y trata como una convención y como un modo de extinguir las obligaciones (...)”²¹

De otro lado, aunque la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia siempre consideró, con ciertos matices, la transacción como un acto meramente dispositivo, en la sentencia del 26 de mayo de 2006²² modificó su postura para definirla como eminentemente declarativa:

“La transacción en sí no es más que un acuerdo para acabar con un litigio, o precaver uno futuro, caracterizado porque las partes renuncian a la exclusividad de los derechos en disputa y prefieren más bien ceder parcialmente sus aspiraciones recíprocas. Acordados en eso, la transacción es perfecta a los ojos de la ley. La transacción es eminentemente declarativa, en cuanto comporta el anuncio de que ya no se quiere más pendencia, de suerte que si la disputa está judicializada, las partes tienen que someterse a los requisitos que para el efecto establece el código de procedimiento civil, para que el juez decida con conocimiento de causa su aprobación. Esta injerencia del juez hace que la transacción dentro del proceso repudie todavía más el exigir unas solemnidades, pues el asentimiento transaccional ha sido dirigido al funcionario y depende de éste su aceptación.”

En este punto resulta importante destacar que a diferencia de lo regulado por el Código de Procedimiento Civil, en los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la transacción **no requiere aprobación judicial**, tal y como lo señala el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo:

“ARTICULO 218. ALLANAMIENTO DE LA DEMANDA - TRANSACCION. Cuando el demandado sea persona de derecho privado, sociedad de economía mixta o empresa industrial y comercial del Estado, podrá allanarse a la demanda en los términos de los artículos 93 y 94 del Código de Procedimiento Civil.

La Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional; las demás entidades públicas sólo podrán allanarse previa autorización expresa y escrita del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde que las represente o a cuyo despacho estén vinculadas o adscritas.

En el evento de allanamiento se dictará inmediatamente la sentencia.

Con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso por transacción.” (Se subraya)

De acuerdo con lo anterior, respecto de las transacciones judiciales que se formalizan en los procesos de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el Juez únicamente efectúa una **verificación** y **constatación** del contrato celebrado entre las partes y los requisitos formales exigidos en el aludido artículo 218 del C.C.A., para proceder entonces a la terminación del proceso, a

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de mayo de 1966, citado por Carlos Ignacio Jaramillo J., en el artículo titulado: “La transacción en del derecho colombiano”, publicado en: *derecho de las obligaciones*, Volumen 2, Tomo II, Uniandes- Temis, 2010, pp. 421.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de mayo de 2006, exp. 1987-07992-01, M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

diferencia de lo que ocurre con la conciliación judicial o extrajudicial, siempre sometida al examen y aprobación del Juez de lo Contencioso Administrativo. Sobre el particular ha indicado la Sala:

“De conformidad con lo anterior, es evidente que para la aprobación de la transacción, se deben verificar única y exclusivamente el cumplimiento de los requisitos formales a que hace el artículo 218 ibídem, sin que sea necesario remitirse al Código de Procedimiento Civil. En esa perspectiva, y como quiera que la disposición sólo hace referencia al acatamiento de requisitos formales, el juez no debe ahondar el contenido del acuerdo de voluntades, sino, simplemente, limitarse a establecer si es procedente declarar la terminación del proceso por transacción, en la medida que se cumplan las formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el juez de lo contencioso administrativo no debe aprobar o improbar la transacción, sino que, por el contrario, debe circunscribir su análisis a las exigencias de tipo formal que establece la ley, para que si se logra constatar su acatamiento, sea posible declarar la terminación del proceso”²³

Ahora bien, siguiendo la opinión de autorizados doctrinantes²⁴, considera la Sala que el carácter de traslativo, dispositivo, declarativo, constitutivo o dispositivo no puede catalogarse como indicativo de la naturaleza jurídica del contrato de transacción, sino que habrá de evaluarse en cada caso la forma y la manera en que el contrato fue pactado y, evidentemente, la voluntad real de las partes, para determinar con precisión si el acuerdo transaccional fue meramente declarativo o si, por el contrario, implicó la extinción de derechos y obligaciones, que a su vez pongan fin a cualquier disputa judicial sobre el particular.

En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia de la Corporación ha considerado la procedencia de la transacción en los términos de las normas civiles, pero con la diferencia de la solemnidad del contrato en materia de contratación estatal:

“En esta perspectiva, el Consejo de Estado, con base en la normativa civil, ha considerado que la transacción es un contrato²⁵ y no ha dudado en la procedencia de las transacciones bajo el imperio de las normas civiles por parte de entidades estatales, con la sola diferencia de que en materia de contratación estatal el contrato es solemne y no consensual, lo que implica que la ausencia del documento escrito conlleva a que se miren como no celebrados²⁶; además debe ser suscrito por quien tenga la representación legal de la entidad, quien es el único

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 21 de mayo de 2008, exp. 25049, M.P. Enrique Gil Botero. También se encuentra esta posición en el Auto del 5 de diciembre de 2008, exp. 25512 y en el Auto del 28 de septiembre de 2007, exp. 23676, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁴ José Alejandro Bonivento Fernández, *Los principales contratos civiles y comerciales*, Tomo I, Librería del Profesional, 2002, pp. 110: “(...) la transacción no siempre tiene el carácter de declarativo; también puede comprender actos constitutivos o dispositivos en cuanto sirve para crear, modificar o extinguir relaciones propias de los contratos y de los llamados actos constitutivos. No se debe confundir la oponibilidad con la función declarativa.”

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de marzo de 1998, exp. 11911, M.P. Daniel Suarez Hernández.

²⁶ Los artículos 18 y 39 del decreto ley 150 de 1976, 26 y 51 del decreto ley 222 de 1983 y 41 de la ley 80 de 1993 -según el caso-, han impuesto, perentoriamente y por regla general, la solemnidad del escrito para instrumentar la relación jurídico contractual, constituyéndose así en requisito *ad substantiam actus* y *ad probationem*. Vid. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de noviembre de 2006, exp. 16855, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

que tiene la competencia para vincularla contractualmente y debe cumplir con las formalidades previstas en la ley para su procedencia, entre ellas la autorizaciones de ley.”²⁷

En el asunto objeto de estudio, la transacción obra en documento escrito suscrito por el Gerente del ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA, entidad de orden territorial, que por razón de su autonomía no requería de autorización del Gobierno Nacional. Por otra parte, al celebrarse la transacción casi año y medio antes de la presentación de la demanda, no queda duda que se está ante un acto dispositivo del derecho de litigio, mediante el cual la sociedad actora renunció a la discusión judicial sobre el precio del concreto y demás mezclas asfálticas. En este sentido, resulta importante señalar que en cuanto la transacción en estudio se celebró antes de promoverse la demanda de la referencia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a juicio de la Sala no se encontraba sometida a los dictados y requisitos establecidos en el artículo 218 del C.C.A., puesto que dicha norma regula el allanamiento a la demanda y la transacción como modos de terminación de un proceso judicial, por lo tanto en este caso el acuerdo que concluyeron las partes, con efectos de cosa juzgada, cuando ni siquiera existía el presente proceso judicial, como es natural, no requería de la autorización previa de los alcaldes que integran el Área Metropolitana de Bucaramanga, sino que bastaba con su suscripción por parte del representante legal de dicho ente, porque, bueno es reiterarlo, la *transacción extrajudicial* se rige por las normas propias del contrato de transacción a que hizo referencia la Sala.

4.5. El sobrecosto en el tensionamiento de los cables. Señaló la parte actora que se encuentra su propuesta acorde con lo señalado en el pliego de condiciones y fue el interventor del contrato quien interpretó indebidamente que debía pagarse por fuerza de toneladas efectivas y no por las toneladas en el gato.

De acuerdo con el dictamen rendido por los ingenieros VÍCTOR HUGO SEPÚLVEDA ARIZA y ALBERTO ROA HERNÁNDEZ, el tensionamiento de los cables solamente puede cuantificarse por dos vías:

“a) en los extremos de las vigas, en el GATO; o b) de manera EFECTIVA, en el centro de la viga, mediante fórmulas matemáticas, teniendo en cuenta el alargamiento del cable y otros factores”

Quiere significar lo anterior que no se está ante una situación imprevista o imprevisible por parte de los contratistas, pues en la oferta se debía acudir a uno o a otro de los dos únicos métodos técnicamente posibles.

Ahora bien, según la propuesta presentada por la sociedad demandante el costo unitario por tonelada-metro de cables de tensionamiento fue de \$205 (folio 11 cuaderno 4):

ITEM	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	ESPECIFICACIONES		CANTIDAD	PRECIO UNITARIO	VALOR PARCIAL
			A.M.B.	M.O.P. T			

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de febrero de 2011, exp. 28.281, Ruth Stella Correa Palacio.

5.1	Cables de	Ton-m	VLF-	X	1,060,000	205.00	217'300.00
1	tensionami ento		4.4 y 4.5.		,00		0.00

En concordancia con lo ofrecido por el contratista, la entidad demandada liquidó al contratista el cable de tensionamiento a un precio unitario de \$224, según el esfuerzo efectivo tal y como lo señalaron los peritos en su dictamen (folio 246 cuaderno 1):

“a) Al contratista según actas de obra ejecutadas se le cancelaron \$266'819.325.00 por concepto del ítem cables de tensionamiento, valor que corresponde al costo de las toneladas metro efectivas ejecutadas, de acuerdo al cálculo que a continuación presentamos:

*Toneladas – metro efectiva ejecutadas: 1,1991,157,7 T- M
Valor tonelada metro: \$ 224.00
Costo Toneladas metro (1,191,157,7 x 224): \$266'819.325.00*

(...)

b) Según el esfuerzo efectivo a que fueron sometidos los cables de tensionamiento correspondía pagarle 1,1991,157,7 T- M (ver cuadro No. 1 del punto No. 1), para un costo total de \$266'819.325.00; valor que coincide exactamente con el pagado en actas de obra ejecutadas.”

Por otra parte, no advierte la Sala que durante la ejecución del contrato se hubiere presentado reclamación o controversia respecto de la manera en que se liquidaba el precio unitario del cable de tensionamiento, por lo cual resulta evidente que las partes estaban de acuerdo en que el precio unitario de los cables de tensionamiento se cuantificaba por el esfuerzo efectivo. El hecho de que la liquidación por el otro procedimiento –en el gato- pudiera arrojar un precio superior al pagado al contratista, de manera alguna puede considerarse constitutivo de un desequilibrio económico o dar lugar a su configuración, pues resulta claro que tanto la entidad territorial, como el contratista al denominar la unidad de cable de tensionamiento por tonelada – metro y cuantificar su valor unitario en un precio aproximado -\$205 en la oferta y \$224 el efectivamente pagado- se referían de manera implícita al esfuerzo efectivo y no al precio en gato, que según el dictamen pericial con este último método se habría generado un sobreprecio de \$117'073.779.00, que obviamente hubiera sido advertido por las partes contratantes desde la evaluación de la oferta, pues se reitera, se trataba de una situación absolutamente previsible, puesto que forzosamente para la cotización debía acudir a cualquiera de los dos únicos métodos de cálculo posibles para dicho ítem.

La anterior conclusión, a que llega la Sala, se sustenta en la obligación que le corresponde al juez de aplicar y acatar las reglas de interpretación de los contratos, en virtud de las cuales se tiene que “[c]onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (artículo 1618 del Código Civil), a lo cual se agrega que “[l]as cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad” (artículo 1622 del Código Civil), todas ellas dirigidas a resolver la ambigüedad que en el presente caso concreto se registra respecto del método para cuantificar el precio unitario del cable de tensionamiento, con el fin de alcanzar el sentido razonable en que el negocio jurídico pueda producir la plenitud de sus efectos.

En consecuencia la Sala negará esta pretensión.

4.6. La compra de mejoras. Para la firma demandante resulta evidente en el dictamen pericial que se tuvieron que adquirir mejoras a un particular con el fin de construir la pila No. 8 del viaducto y que dicho costo no fue reconocido por la entidad territorial demandada.

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso y relacionadas en esta providencia, no encuentra la Sala documento alguno que acredite que la sociedad demandante hubiere pagado al señor LUIS ANTONIO SANDOVAL la suma de \$3'500.000, por concepto de mejoras; menos aún aparece prueba alguna que permita sostener o concluir que dicha compra de mejoras hubiera tenido alguna relación con la ejecución del contrato de obra, puesto que no se precisan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho. Se agrega a lo anterior que la parte actora no demostró que el pago de dichas mejoras alterara de manera grave y extraordinaria la ecuación financiera del contrato. En consecuencia, no se accederá a la pretensión.

5. La condena en costas.

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

En mérito de lo 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.- MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el veinticuatro (24) de abril de dos mil tres (2003), la cual quedará así:

1. DECLARAR probada de oficio la excepción de transacción de la pretensión

referida a las reclamaciones relacionadas con el precio del concreto y demás mezclas asfálticas.

2. NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA