**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Imprevistos – Pago**

De acuerdo con lo expresamente acordado por las partes en el texto del contrato […] el pago de las obras extras no incluía los imprevistos, las partes convinieron una liquidación de mutuo acuerdo con el interventor sobre la base del análisis de los precios unitarios de la oferta del contratista más el correspondiente porcentaje de administración y utilidad, pero, no se introdujo un reconocimiento sobre imprevistos. [S]i el interventor y contratista no llegaban a un acuerdo sobre el precio de las obras extras, en el contrato se estableció que el pago se haría sobre el costo real directo de la obra, con la inclusión del porcentaje correspondiente a la administración y utilidad indicados en la propuesta del contratista […]. [N]o procede la petición de incumplimiento en los términos propuestos por el consorcio actor en contra del departamento de Antioquia en cuanto tiene que ver con la falta de reconocimiento y pago del ítem de imprevistos sobre las obras extras ejecutadas dentro del contrato.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Ruptura del equilibrio económico**

De acuerdo con lo expresamente acordado por las partes en el texto del contrato no. 005-DAV-96 el pago de las obras extras no incluía los imprevistos, las partes convinieron una liquidación de mutuo acuerdo con el interventor sobre la base del análisis de los precios unitarios de la oferta del contratista más el correspondiente al

porcentaje de administración y utilidad, pero, no se introdujo un reconocimiento sobre imprevistos.

Incluso, si el interventor y contratista no llegaban a un acuerdo sobre el precio de las obras extras, en el contrato se estableció que el pago se haría sobre el costo real directo de la obra, con la inclusión del porcentaje correspondiente a la administración y utilidad indicados en la propuesta del contratista. Sobre este preciso punto resalta la Sala que se trata de un asunto de manejo y libre disposición de las partes, ya que hace relación a una cláusula del contrato que el contratista conoció desde el mismo momento en que presentó su propuesta y eligió participar en la licitación pública que lo llevó a la suscripción del contrato no. 005- DAV-96.

Conforme lo anterior, no procede la petición de incumplimiento en los términos propuestos por el consorcio actor en contra del departamento de Antioquia en cuanto tiene que ver con la falta de reconocimiento y pago del ítem de imprevistos sobre las obras extras ejecutadas dentro del contrato.

# ESCUDO diseñado FINAL 2-03REPÚBLICA DE COLOMBIA

**CONSEJO DE ESTADO**

# SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022).

# Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ Expediente:

**05001-23-31-000-2003-01625-01 (54.266) Demandante: CONSTRUCCIONES Y TRACTORES SA (CONYTRAC**

# COBACO SA)

**Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA**

# Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES –

**INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO**

# Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA

*Síntesis del caso: la demanda se circunscribe a la discusión sobre los incumplimientos en el pago de los imprevistos en las obras extras y adicionales durante la ejecución del contrato no. 005-DAV-96 suscrito por el departamento de Antioquia y el consorcio Conytrac-Cobaco;*

*adicionalmente, la actora solicita la declaratoria de desequilibrio económico por cuenta del no reconocimiento de los mayores costos de administración, mayor permanencia en obra y equipo disponible durante los tiempos de suspensión del contrato, las cuales siempre se dieron por falta de recursos del departamento.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 8 de julio de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se inhibió para pronunciarse sobre el fondo de la controversia (fls. 3859 a 3871 vlto. cdno. ppal.), en los siguientes términos:

*“****PRIMERO: DECLARAR*** *probada la excepción de* ***CADUCIDAD*** *de la acción, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*

***SEGUNDO:*** *En consecuencia,* ***INHIBIRSE*** *para proferir decisión de fondo.*

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

***CUARTO:*** *En firme esta providencia archívese el expediente”* (fl. 3871 vlto

*ibidem* – negrillas y mayúsculas fijas del texto original).

# ANTECEDENTES

1. **La demanda**

Mediante escrito radicado el 22 de mayo de 2003 en la secretaría del Tribunal

Administrativo de Antioquia las sociedades Construcciones y Tractores SA (CONYTRAC) y Cobaco SA actuando por intermedio de apoderada judicial interpusieron demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales (fls. 3408 a 3439 cdno. no. 1) con las siguientes pretensiones:

*“****PRIMERO:*** *Que el Departamento de Antioquia incumplió el contrato No 96-CO-21-005 (antes No 005-DAV-96) cuyo objeto era la ampliación, rectificación y pavimentación de la Carretera Puente Gavino Gómez Plata Carolina, suscrito con la firma* ***CONYTRAC S.A.****(Antes CONYTRAC LTDA) y* ***COBACO S.A.*** *(Antes COBACO LTDA), firmas las cuales se asociaron en CONSORCIO conformando el* ***CONSORCIO CONYTRAC – COBACO,*** *incumplimiento basado en las siguientes razones:-*

* 1. *Por no haber reconocido y pagado a las convocantes en su calidad de consorciadas a partir del Acta No. 28 de fecha julio de 1998 el valor de los imprevistos respecto de la obra extra pactada en su cantidad y precio en las Actas de Fijación de Precios no previstos suscrita entre las partes, determinándose el pago de un AIU del (33%). Obras las cuales fueron incorporadas al contrato.*
	2. *Por no haber reconocido y pagado a las convocantes en su calidad de consorciadas el valor correspondiente al equipo cesante durante el tiempo que duró suspendido el contrato No 96-CO-21-005 (Antes No 005-DAV-96) como también el no cancelar el valor la administración en que incurrió el Consorcio Conytrac-Cobaco durante las suspensiones.*
	3. *Por no cancelar la mayor permanencia en obra de la planta trituradora y de asfalto y por los equipos de riego y compactación.*
	4. *Por no haber cancelado a la fecha de presentación de esta demanda la suma de $4.426.000.00 correspondiente al Acta No 58B por ajustes la cual fue presentada al Departamento de Antioquia para su pago en fecha el 23 de mayo de 2001.*
	5. *Por no haber liquidado el contrato a la fecha de la presentación de la presente demanda.*

***SEGUNDA:*** *Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene el restablecimiento del derecho de nuestras representadas y se condene al* ***DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA*** *a pagar a las sociedades* ***CONYTRAC S.A.*** *(Antes CONYTRAC LTDA) y* ***COBACO S.A.*** *(Antes COBACO LTDA) integrantes del* ***CONSORCIO CONYTRAC-COBACO****,*

*en razón de la ejecución del contrato No. 96-CO-21-056 (antes No. 005- DAV-96) de fecha 15 de febrero de 1996 las siguientes sumas:*

1. *Por concepto de imprevistos causados desde el acta No 28 de julio de 1998 la suma de $25.808.156.00.*
2. *Por concepto del equipo cesante durante el tiempo de las suspensiones la suma de $1.921.999.128.*
3. *Por mayor administración durante las suspensiones $587.001.547.00.*
4. *Por la mayor permanencia en obra de la planta trituradora la suma de*

*$99.597.600.*

1. *Por la mayor permanencia en obra de la planta de asfalto y el equipo de riego y compactación la suma de $346.981.152.*
2. *El saldo de $4.426.000.00 correspondiente al Acta No 58B por ajustes la cual fue presentada al Departamento de Antioquia para su pago en fecha el 23 de mayo de 2001.*

***TERCERA:*** *Que como consecuencia de la anterior declaración y para restablecimiento de manera integral el equilibrio financiero afectado por el incumplimiento del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA al no pagar las sumas indicadas en la petición anterior, se ordene además, con el indicado fin y a título de restablecimiento del derecho de nuestras poderdantes, que el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA cancelen* (sic) *además a nuestras poderdantes, el valor de actualización que se cause entre la fecha en que se hicieron exigibles las referidas sumas hasta la fecha de pago de las mismas tal como lo ordena el artículo 4º numeral 8º de la Ley 80 de 1993 y la Ley 598 de 2000.*

***CUARTA:*** *Que como consecuencia de la anterior declaración y para restablecer la descompensación del equilibrio financiero generada por el incumplimiento del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA al no pagar las sumas indicadas en la petición anterior, se ordene además, para el restablecimiento del derecho de nuestras poderdantes el valor de los intereses establecidos en el artículo 4º numeral 8º de la Ley 80 de 1993 y en el Decreto 679 del 28 de marzo de 1994 en su artículo 1º y la Ley 598 de 2000 desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, hasta la fecha de pago efectivo de las sumas reclamadas.*

***QUINTA:*** *En caso de prosperar el pago de cualquier suma a favor de las firmas consorciadas convocantes* ***CONYTRAC S.A.*** *(Antes CONYTRAC LTDA) y* ***COBACO S.A.*** *(Antes COBACO LTDA), se ordene el pago por parte del DEPARTAMENTO DE ANQIOQUIA de las costas y agencias en derecho.*

***SEXTA:*** *Las demás que queden demostradas en el transcurso del proceso.”* (fls. 324 a 326 cdno. no. 1 - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

# Hechos

Como fundamento fáctico, la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda (fls. 3408 a 3439 cdno. no. 1), en síntesis, lo siguiente:

1. El 15 de febrero de 1996 el Departamento de Antioquia y el consorcio Conytrac- Cobaco suscribieron el contrato no. 005-DAV-96, luego identificado como contrato no. 95-CO-21-005, por un valor de $10.800`121.968, a precios reajustables con un plazo de 24 meses*.*
2. Durante la ejecución del contrato las partes pactaron obras adicionales sobre las que el departamento canceló lo correspondiente a administración y utilidad, pero no los imprevistos, específicamente en las actas de acuerdo de precios números 28, 50 y 51, pues, en las demás actas suscritas el departamento reconoció el AUI competo sobre un 33% e incluso en el acta de 4 de abril de 2000 el AUI fue del 36,68%.
3. Se presentaron varios retrasos en el cronograma de obra por cuenta de las demoras en la entrega de las franjas de terreno en donde se desarrollaría el proyecto.
4. El contrato fue suspendido en varias oportunidades por razón de falta de recursos económicos para poder ejecutar las obras, lo cual conllevó a que el plazo final de la obra culminara hasta el 24 de enero de 2001, fecha en la que la obra fue recibida a satisfacción.
5. Durante tales suspensiones el consorcio incurrió en gastos administrativos, mayor cantidad de obra, mayor permanencia de equipos y falta de pago de imprevistos en las obras extras, sin que el departamento reconociera tales dineros.
6. Entre las partes no se logró una liquidación bilateral ni el departamento adelantó la liquidación unilateral.

# Posición de la parte demandada

Mediante escrito radicado el 30 de noviembre de 2004 presentó contestación de la demanda donde se opuso a las pretensiones y solicitó que estas fueran negadas (fls. 3456 a 3466 cdno. no. 1), con los siguientes argumentos:

1. El contrato se duplicó tanto en valor como en plazo, por lo que no tiene sustento el reclamo de la actora por concepto de una mayor permanencia, tanto es así que el valor inicial del contrato era de $10.818.121.968 y, finalmente, la contratista recibió la suma de $20.716.972.643.
2. El contrato fue suspendido 4 veces por falta de recursos para continuar con la

obra, situación que está claramente expuesta en cada acta de suspensión.

1. Desde la suscripción del contrato adicional las partes establecieron que la remuneración de las obras extras solo cubría costos directos, administración y utilidad, sin que en modo alguno se incluyeran los imprevistos, razón por la que carece de fundamento el pedimento del consorcio.
2. Propuso la excepción denominada *“*[g]*enérica”,* en virtud de la cual el juez declara las excepciones que de oficio encuentre probadas.

# La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, en providencia de 8 de julio de 2013 (fls. 3859 a 3871 vlto. cdno. ppal.) declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se inhibió para resolver el fondo de la controversia, con base en el siguiente razonamiento:

1. El contrato no. 005-DAV-96 inició el 3 de abril de 1996 y finalizó, luego de las suspensiones y adición el 24 de enero de 2001, en tanto que la demanda se formuló el 22 de mayo de 2003.
2. El literal d) del artículo 136 del CCA modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, en materia de caducidad determina que la acción de controversias contractuales deberá ejercerse dentro de los dos (2) años siguientes a la ocurrencia del hecho que sirva de fundamento.

El cómputo de los 2 años para formular la demanda, en los casos en los que no se acude con la pretensión de liquidar judicialmente el contrato, debe contarse desde la fecha del hecho o derecho que sirvió de fundamento, y como en el presente asunto solo se solicita la declaratoria de incumplimiento del departamento, el término comienza a contarse desde la finalización del contrato, es decir, la demanda debió radicarse a más tardar el 24 de enero de 2003 y como finalmente fue presentada el 22 de mayo de 2003 la acción se encuentra caducada.

# El recurso de apelación

El consorcio actor interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 3873 a 3882 cdno. ppal.) el cual fue concedido por el *a quo* mediante auto de 23 de agosto de 2013 (fl. 3883 *ibidem*), impugnación que fue sustentada en los siguientes términos:

1. La demanda fue presentada con observancia de los términos con los que contaba el departamento de Antioquia para liquidar el contrato, esto es, 4 meses para intentar la liquidación bilateral y 2 meses para la unilateral, en ese sentido, la demanda fue radicada con el suficiente tiempo, conforme lo prevé el artículo 136 del CCA.
2. Si bien en las pretensiones de la demanda no se invocó en forma expresa la solicitud de liquidar el contrato, no es menos cierto que en la relación de hechos de la demanda se indicó que al momento de presentar la demanda el contrato no había sido liquidado, por lo que en aras de no sacrificar lo sustancial sobre lo formal, se solicita integrar la demanda de manera tal que no se impida el logro de los objetivos del derecho sustancial.

# Actuación surtida en segunda instancia

1. Por auto de 10 de febrero de 2016 (fl. 3887 cdno. ppal.) se admitió el recurso de apelación y, posteriormente, el 13 de abril de 2016 (fl. 3889 *ibidem*) se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días, y vencido este, por el mismo lapso correr traslado al Ministerio Público para emitir el respectivo concepto.
2. En dicho término las partes presentaron sendos escritos con alegatos de conclusión (fls. 3894 a 3896 y 3897 a 3912 cdno. ppal.); el Ministerio Público guardó silencio (fl. 3892 *ibidem*).

# CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) análisis de la impugnación, 3) condena en costas.

# Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

El objeto de la controversia planteada consiste en la discusión sobre los incumplimientos en el pago de los imprevistos en las obras extras y adicionales durante la ejecución del contrato no. 005-DAV-96 suscrito por el Departamento de Antioquia y el consorcio Conytrac-Cobaco, adicionalmente, la actora solicita la declaratoria de desequilibrio económico por razón del no reconocimiento de los mayores costos de administración, mayor permanencia en obra y equipo disponible durante los tiempos de suspensión del contrato, los cuales siempre se dieron por falta de recursos del departamento.

El Tribunal Administrativo de Antioquia declaró probada de oficio, la excepción de caducidad de la acción y se inhibió de resolver el fondo de la litis.

En el presente caso la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia por cuanto a su juicio, la demanda fue formulada dentro del plazo establecido en el artículo 136 del CCA, contando dentro del plazo los 6 meses de liquidación del contrato; adicionalmente, solicita que la demanda se analice integralmente pues, si bien no se solicitó dentro de las pretensiones la liquidación del contrato, sí se especificó en los hechos que el contrato no había sido liquidado, por tanto debió aplicarse el principio constitucional de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

La Sala encuentra que la decisión de primera instancia de declarar probada de oficio la excepción de caducidad de la acción no es conforme con lo expresamente dispuesto en el literal d) del artículo 136 del CCA, por lo tanto, la revocará para en su lugar negar las súplicas de la demanda.

# Análisis de la impugnación

En esa directriz, estudiadas las pruebas obrantes en el proceso se tiene acreditado lo siguiente:

1. El 15 de febrero de 1996 el Departamento de Antioquia suscribió con el consocio CONYTRAC-COBACO el contrato no. 005-DAV-96 con el objeto de *“ejecutar por el sistema de precios unitarios todas las obras necesarias para la Ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera `Puente Gavino – Gómez Plata - Carolina*” (fl. 3467 cdno. no. 1), en un plazo de 24 meses y por un valor de

$10.818`121.968.

1. En la cláusula décima primera del negocio jurídico en comento, las partes estipularon expresamente que *“*[s]*on obras adicionales, aquellas cuya descripción figura en la lista de cantidades y precios, pero exceden las allí previstas. Sonobras extras, aquellas que no figuran en la lista de cantidades y precios, pero que siendo de la naturaleza de la obra contratada, su ejecución, se requiere para la completa terminación, adecuado funcionamiento y entrega de la obra”* (fl. 3476 *ibidem).*
2. En la cláusula vigésima cuarta del contrato las partes acordaron que el contrato se liquidaría *“de común acuerdo (…), a más tardar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato, o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación o a la fecha del acto que la disponga (…). Si EL CONTRATISTA no concurriere a la liquidación o no allegare los documentos requeridos, o las partes no llegaren a un acuerdo sobre el contenido de la liquidación, esta será practicada directa y unilateralmente por EL DEPARTAMENTO-VALORIZACIÓN y se adoptará por resolución motivada, contra la cual procederá el recurso de reposición”* (fl.s 3484 y 3485 cdno. no. 1).
3. El 9 de febrero de 1998 las partes acordaron suspender el plazo del contrato, porque era necesaria su adición y *“hasta tanto no se perfeccione la adición en valor”* (fl. 3507 *ibidem)* no podía continuarse con la ejecución, máxime si se tiene en cuenta que el plazo general del contrato iba hasta el 3 de abril de 1998.
4. El 1º de junio de 1998 se adicionó el contrato no. 96-CO-21-05 en $3.727`200.000 y en 6 meses el plazo de ejecución y se reanudó la ejecución del contrato, con una redefinición del plazo hasta el 23 de enero de 1999.
5. El 15 de octubre de 1998 el Departamento de Antioquia manifestó adelantar las gestiones necesarias para disponer del dinero para la continuación de la obra; sin embargo, hasta tanto se lograra las partes convinieron lo siguiente:

*“Suspender el plazo del contrato Nº 96-CO-21-005, para la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera `Puente Gavino – Gómez Plata – Carolina`, a partir del 15 de octubre de 1998, y hasta tanto no se perfeccione la adición en valor.*

*Que el contratista podrá disponer de los recursos técnicos, humanos y administrativos utilizados en la obra con un fin diferente a ésta en el periodo de suspensión.*

*Que el Departamento De* (sic) *Antioquia – Valorización dará un tiempo prudencial al Consorcio Constructor para su nueva instalación una vez reanudado el plazo del contrato, en caso de ser necesario.*

*Para efectos específicos de esta suspensión, efectuada de común acuerdo, no habrá motivo para reclamaciones posteriores”* (fl. 3512 cdno. no. 1).

1. El contrato se reanudó el 1 de julio de 1999; luego, el 19 de marzo de 1999 las partes suscribieron el adicional al contrato no. 96-CO-21-052, con el fin de acrecentar al valor del contrato la suma de $615`000.000 y alcance de obra al mismo.
2. El 29 de julio de 1999 las partes suspendieron el contrato hasta el perfeccionamiento de una nueva adición en valor y plazo, con la manifestación expresa de que *“*[p]*ara efectos específicos de esta suspensión, efectuada de común acuerdo, no habrá motivo para reclamaciones posteriores”* (fl. 3518 cdno. no. 1).
3. El 1º de septiembre las partes adicionaron el contrato no. 96-CO-21-05 en

$918.699.360 y en 3 meses el plazo del mismo, y el 6 de septiembre siguiente reanudaron la ejecución del contrato.

1. Posteriormente, adicionaron únicamente el plazo en 22 y 45 días mediante adicionales de 9 de diciembre de 1999 y 24 de noviembre de 2000.
2. Las partes suspendieron nuevamente el contrato el 29 de diciembre de 1999, hasta 8 de mayo de 2000.
3. El 4 de abril de 2000 las partes suscribieron el acta de acuerdo debido a que para esa fecha el contratista había ejecutado la suma de $15.926`399.905 y se le había pagado efectivamente la suma de $15.926`399.905, lo cual fue definido en los siguientes términos:

*“4. Que el contratista ha presentado a la fecha reclamaciones por la suma total de $691.592.278,oo, mediante los escritos radicados con los números 128673 y 134690, por concepto de cantidades que sobrepasaron el 125% en la suma de $433.763.339 y por concepto de intereses moratorios en la suma de $257.828.939,oo.*

* 1. *Que el Departamento de Antioquia-Valorización revisó las reclamaciones y tuvo en cuenta los precios unitarios hasta el acta Nº 45, considerando un porcentaje de administración real presentada por el contratista del veintinueve por ciento (29%), generada durante la ejecución del contrato y AIU del treinta y siete por ciento (37%), que se aplicó a los ítems que sobrepasaron el 125%, obteniendo un resultado actualizado a la fecha en favor del contratista por la suma de*

*$136.041.244,oo, y con respecto a los intereses de mora se consideró la renuncia del contratista a los intereses generados por las actas que tenían hasta 11 días de mora, según acta de acuerdo del 29 de marzo de 2000 suscrita entre las partes, obteniendo un valor total actualizado a la fecha de $128.467.162,oo, obteniendo como resultado la suma de “264.508.406.*

* 1. *Que en consecuencia con lo anterior las partes,*

***ACUERDAN:***

***PRIMERO:*** *Adicionar el contrato Nº 96-CO-21-005, suscrito con el Consorcio ConytracLtda – Cobaco Ltda en la suma de $4.568.951.315 y prorrogar su plazo en siete (7) meses más.*

***SEGUNDO:*** *Reconocer al contratista la suma de doscientos sesenta y cuatro millones quinientos ocho mil cuatrocientos seis pesos ($264.508.406), por concepto de las reclamaciones presentadas a la fecha relacionadas con el pago de intereses de mora generados a la fecha de suscripción de la presente acta y por reconocimiento de las cantidades que sobrepasaron el 125% (…).*

***QUINTO:*** *Los precios unitarios de las cantidades a ejecutar en la adición, tendrán un AIU del 39.68%, aplicado al costo directo de cada uno de los ítems de la propuesta original”.* (fls. 3553 y 3554 cdno. no. 1 – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

1. Mediante oficios números 098478 de 25 de julio de 2001 y 158250 de 31 de octubre de 2001 el Departamento de Antioquia negó el reconocimiento de mayor

permanencia, pago de imprevistos en obras extras, equipos y administración disponibles durante las suspensiones, pues precisamente con el acuerdo de 4 de abril de 2000 *“se equilibró el contrato”* (fl. 3531 *ibidem*).

1. Obra en el expediente un dictamen pericial financiero, el cual, luego de la solicitud de aclaración y complementación, determinó que el valor total de la reclamación de la parte actora correspondía a la suma total de $10.964.485.680,27 (fls. 3627 a 3657 y 3801 a 3814 cdno. no.1).

# La caducidad de la acción

En un primer escenario, es preciso señalar que la figura de la caducidad es de orden público y en tal virtud es de carácter irrenunciable y puede ser declarada de oficio por el juez competente cuando la encuentre probada.

En relación con la oportunidad para el ejercicio de la acción de controversias contractuales, en la que se ventilen las pretensiones encaminadas a la declaratoria de incumplimiento se aplica lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

La normatividad en comento es del siguiente tenor:

*“****d)*** *En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe.* ***Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar****”* (resalta la Sala)*.*

En el presente asunto, luego de las suspensiones y adiciones en valor y plazo, el contrato culminó el 24 de enero de 2001, sin que a la fecha de presentación de la demanda las partes hubieran acordado la liquidación bilateral del contrato o el Departamento de Antioquia decidiera liquidarlo unilateralmente (tal como lo señaló la parte actora en los numerales 34, 35 y 36 del acápite de los hechos de la demanda).

En ese sentido, los seis (6) meses que las partes tenían para liquidar el contrato, bilateral y unilateralmente, vencían el 25 de julio de 2001, por lo tanto los dos (2) años a los que se refiere el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA para ejercer oportunamente la acción de controversias contractuales terminaban el 26 de julio de 2003, fecha para la cual la demanda ya había sido formulada.

Como la demanda fue presentada ante la secretaría del Tribunal Administrativo de Antioquia el 22 de mayo de 2003, lo fue dentro del término legalmente prestablecido para el efecto.

Por lo anterior, la decisión adoptada por el tribunal de primera instancia no resulta conforme a derecho, por consiguiente será revocada.

En ese sentido, la Sala procede a resolver el fondo las súplicas elevadas con la demanda1.

# El incumplimiento del Departamento de Antioquia

El consorcio actor señala concretamente que el incumplimiento del Departamento de Antioquia se centra en los siguientes aspectos:

1. No reconocer los imprevistos sobre las obras extras pactadas y legalizadas a partir del acta 28 de julio de 1998,
2. No reconocer y pagar el costo del equipo cesante, de administración, mayor permanencia en obra de los equipos y maquinaria en los que incurrió el consorcio durante el tiempo de suspensión del contrato.

1 En el presenten asunto, el recurso contra la sentencia de primera instancia fue formulado el 13 de agosto de 2013, fecha para la cual no había entrado en vigencia aún el Código General del Proceso, motivo por el cual, la competencia de esta Corporación en este caso concreto se rige por lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil. En ese sentido, se tiene que, la sociedad actora interpuso recurso de apelación con oposición únicamente frente a la decisión de declarar de oficio la caducidad de la acción, pero, como para este caso particular la ley procesal aplicable es el Código de Procedimiento Civil, el juzgador de segunda instancia *“deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante”,* pues, como consecuencia de la declaratoria de caducidad el *a quo* se inhibió para resolver el fondo de la controversia.

1. No pagar al consorcio el valor de los ajustes convenidos por el monto de

$4`426.000 y no haber liquidado el contrato.

Por lo anterior, la Sala a continuación resolverá cada uno de los temas formulados, en el mismo orden en que fueron propuestos.

# Imprevistos en las obras extras

En cuanto a las obras extras en la cláusula décima primera del contrato no. 005- DAV-96 se pactó:

*“****DÉCIMA PRIMERA: OBRAS EXTRAS Y ADICIONALES. Son obras***

***adicionales cuya descripción figura en la lista de cantidades y precios, pero exceden las allí previstas. Son obras extras, aquellas que no figuran en la lista de cantidades y precios, pero que siendo de la naturaleza de la obra contratada, su ejecución, se requiere para la completa terminación, adecuado funcionamiento y entrega de la obra.***

*EL DEPARTAMENTO – VALORIZACIÓN podrá ordenar obras extras y adicionales, EL CONTRATISTA está obligado a ejecutarlas y a suministrar los materiales necesarios, siempre y cuando los trabajos ordenados hagan parte inseparable de la obra contratada o sean necesarios para ejecutar esta obra o para protegerla. Toda obra extra o adicional deberá ser ordenada por escrito por EL DEPARTAMENTO – VALORIZACIÓN. Dicha orden deberá incluir el objeto del trabajo que se va a realizar, así como su plazo de ejecución y forma de pago. Toda obra adicional, se pagará de acuerdo con los precios unitarios correspondientes y establecidos en la propuesta, teniendo en cuenta lo dispuesto en la cláusula cuarta, y los reajustes estipulados en la cláusula octava.* ***Las obras extras se liquidarán a los precios unitarios que convengan El Interventor y El CONTRATISTA, mediante actas de precios no previstos que se someterán a aprobación del Director del Departamento Administrativo de Valorización, basados en los precios, rendimientos materiales, mano de obra, porcentajes de administración y utilidad indicados por EL CONTRATISTA en su análisis de precios unitarios presentados en la propuesta, y se ajustarán de acuerdo con la fórmula estipulada en la cláusula octava; si no llegare a un acuerdo entre las partes acerca de los precios de las obras extras, su pago se hará por su costo real directo, más el porcentaje de la administración y utilidad indicado por EL CONTRATISTA en el análisis de precios unitarios de su propuesta.”*** (negrillas de la Sala).

De acuerdo con lo expresamente acordado por las partes en el texto del contrato no. 005-DAV-96 el pago de las obras extras no incluía los imprevistos, las partes convinieron una liquidación de mutuo acuerdo con el interventor sobre la base del análisis de los precios unitarios de la oferta del contratista más el correspondiente

porcentaje de administración y utilidad, pero, no se introdujo un reconocimiento sobre imprevistos.

Incluso, si el interventor y contratista no llegaban a un acuerdo sobre el precio de las obras extras, en el contrato se estableció que el pago se haría sobre el costo real directo de la obra, con la inclusión del porcentaje correspondiente a la administración y utilidad indicados en la propuesta del contratista.

Sobre este preciso punto resalta la Sala que se trata de un asunto de manejo y libre disposición de las partes, ya que hace relación a una cláusula del contrato que el contratista conoció desde el mismo momento en que presentó su propuesta y eligió participar en la licitación pública que lo llevó a la suscripción del contrato no. 005- DAV-96.

Conforme lo anterior, no procede la petición de incumplimiento en los términos propuestos por el consorcio actor en contra del departamento de Antioquia en cuanto tiene que ver con la falta de reconocimiento y pago del ítem de imprevistos sobre las obras extras ejecutadas dentro del contrato.

# Equipos y maquinaria cesantes y costos de administración por los periodos de suspensión del contrato no. 005-DAV-96

La demanda aduce que los mayores costos por razón de la administración, los equipos y maquinaria cesante durante los plazos de suspensión del contrato deben ser resarcidos, pues, las suspensiones se dieron por falta de recursos del Departamento de Antioquia para las adiciones y obras extras requeridas.

De acuerdo con lo acreditado en el expediente es claro que el contrato se suspendió cuatro (4) veces y en todas, salvo en la primera, las partes expresamente estipularon *“*[q]*ue el contratista podrá disponer de los recursos técnicos, humanos y administrativos utilizados en la obra con un fin diferente a ésta en el periodo de suspensión (…)”* y que *“*[p]*ara efectos específicos de esta suspensión, efectuada de común acuerdo, no habrá motivo para reclamaciones posteriores (…)”* (fls. 3506 a 3526 cdno. no. 1).

En el proceso está documentado que las suspensiones del contrato fueron suscritas por las partes sin que en modo alguno el contratista hubiera dejado consignado en tales documentos su inconformidad sobre tales decisiones.

Adicionalmente, con el acta de acuerdo suscrita por las partes el 4 de abril de 2000, se zanjó la discusión respecto de las reclamaciones sobre mayores cantidades de obra, equipo y maquinaria cesante, y mayores costos de administración durante los tiempos de suspensión del contrato, documento contractual este sobre el que tampoco el contratista consignó inconformidad o salvedad alguna.

Al respecto, se pone de presente que la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación ha reiterado la prevalencia del deber de lealtad de las partes frente a las reclamaciones que surjan por cuenta de la ejecución de los negocios.

En síntesis la tesis reiterada señala2:

*“(…) el principio de la buena fe en cuanto tal es una fuente de derecho que cumple la función de integrar o suplir lagunas de todo el ordenamiento jurídico, y el ámbito la contratación pública no es la excepción.* ***Así las cosas, el silencio que guardó la contratista demandante al momento de suscribir los adicionales, respecto de las reclamaciones que había hecho; en contraste con las reclamaciones inmersas en las pretensiones de la demanda, constituye una vulneración al principio de la buena fe objetiva que rige los contratos****. (...) Como Corolario la Sala determina que las pretensiones de la demanda están llamadas al fracaso, por cuanto si se le causó un daño al contratista este fue producto de su propia conducta, porque al suscribir varios negocios jurídicos (contratos adicionales), sin salvedades en el momento de firmarlos; aceptó que estos reunían las condiciones necesarias para satisfacer sus pretensiones económicas al no dejar reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico, ya que de no haber sido así, simplemente no los habrían suscrito. Por lo tanto, no puede venir ahora en esta instancia a alegar un restablecimiento de la ecuación contractual y del equilibrio económico por ser extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual*”3 (negrillas fuera del texto original).

2 Sentencia de la Sección Tercera de la Subsección B del Consejo de Estado de 7 de septiembre de 2020 MP Alberto Montaña Plata expediente número 2012-00145-01(55204).

3 Sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 27 de enero de 2016 con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa en el expediente no. 25000-23-26- 000-2011-01069-01 (53288).

En esa perspectiva, es claro entonces que el comportamiento de las partes durante la ejecución de sus negocios es determinante para la prosperidad de sus pedimentos en el escenario judicial.

El contrato no. 005-DAV-96 no fue liquidado entre las partes ni de manera unilateral, por lo que el balance general de las obligaciones está puesto de presente con el material probatorio que conforma el expediente, de lo cual sobresalen los documentos aportados por ambas partes y el dictamen pericial financiero practicado, aspecto sobre el cual la Sala se pronunciará más adelante.

Sin perjuicio de lo anterior, al expediente fueron allegados los documentos contractuales contentivos del cruce de comunicaciones entre las partes durante la ejecución del contrato, así como los otrosí, adicionales y suspensiones realizadas, documentación toda esta que acredita precisamente los inconvenientes iniciales y que sustentaron la necesidad de suspensión del contrato en cuatro distintas oportunidades.

Así entonces, está probado precisamente que para evitar retrasos, dilaciones y pérdidas económicas por cuenta de los retrasos del departamento en el cumplimiento de algunas de sus obligaciones es que las partes suscribieron las cuatro suspensiones al contrato, situación que, se insiste, se zanjó entre las partes con al acuerdo de 4 de abril de 2000 en el que se adicionó el contrato en la suma de $4.568.951.315, se prorrogó el plazo general del mismo y se reconoció al contratista la suma de $264.508.406 por concepto de las reclamaciones.

Adicionalmente, resalta la Sala que, si bien con la primera suspensión del contrato no. 005-DAV-96 de 9 de febrero de 1998 las partes no manifestaron nada en relación con la renuncia expresa a reclamaciones posteriores por motivo de la suspensión, así como tampoco se señaló en favor del contratista la libertad de uso de la maquinaria y equipo durante el plazo cesante, lo cierto es que el consorcio actor no probó en el proceso que precisamente entre el 9 de febrero y 1º de junio de 1998 tal suspensión le generó daños económicos resarcibles por concepto de su maquinaria, equipos y administración cesante, lo cual no es posible tener por acreditado con la copia de los balances económicos del contratista, documentos que sirvieron de base para el análisis del dictamen financiero.

En ese sentido, para la Sala no existe sustento alguno que permita demostrar que el Departamento de Antioquia incumplió sus obligaciones por la falta de reconocimiento y pago de las reclamaciones presentadas durante la ejecución del contrato por motivo de unos supuestos mayores costos de maquinaria, equipos y administración durante las suspensiones del contrato, pues, de una parte se acreditó que las partes pactaron en las suspensiones no presentar reclamaciones futuras por tales eventos y, de otra parte, acordaron zanjar tales reclamaciones con el reconocimiento de mayor valor y plazo en favor del contratista, así como un reconocimiento expreso en dinero por cuenta de las reclamaciones de este, razón por la cual esta precisa petición no tiene vocación de prosperidad.

# Valoración del dictamen pericial

El consorcio CONYTRAC SA – COBACO SA en condición de parte actora solicitó la práctica de un peritaje financiero para establecer lo siguiente en relación con los perjuicios reclamados con la demanda:

*“. El lucro cesante y el daño emergente correspondiente al equipo en que incurrió el Consorcio Conytrac-Cobaco durante el tiempo en que estuvo suspendido el contrato.*

*. El lucro cesante y el daño emergente correspondiente a los gastos administrativos en que incurrió el Consorcio Conytrac-Cobaco durante el tiempo en que estuvo suspendido el contrato.*

*. El lucro cesante y daño emergente correspondiente a la planta trituradora, a la planta de asfalto y al equipo de riego y compactación por la mayor permanencia en obra.*

*. Determinar el valor de los imprevistos respecto a las obras extras.*

*. Verifique el no pago hasta la fecha de la suma de el saldo de*

*$4.426.000.00 correspondiente al Acta No. 58B por ajustes la cual fue presentada al Departamento de Antioquia para su pago en fecha el 23 de mayo de 2001.*

*. Actualizar las anteriores sumas desde las fechas en que se causaron hasta la fecha de rendir la correspondiente experticia y liquiden los intereses moratorios o en su defecto a la luz de ley 598 de 2000 el equivalente al DTF sobre las mismas sumas”.* (fl. 3438 cdno. no. 1).

Al respecto, la Sala precisa que el perito se centró únicamente en los *“balances de prueba”* de las empresas que conformaban el consorcio durante los periodos de suspensión del 9 de febrero de 1998 al 1º de junio de 1998, 15 de octubre de 1998 al 23 de marzo de 1999, 29 de junio de 1999 al 6 de septiembre de 1999 y de 29 de

diciembre de 1999 al 7 de mayo de 2000, sin que en modo alguno se pudiera establecer con certeza si durante tales tiempos efectivamente se hubiera incurrido en los costos que ahora reclama la parte actora del proceso.

Es preciso llamar la atención en el cálculo del daño emergente que realizó el dictamen, pues parte de los equipos registrados y personal dispuesto para ellos en la contabilidad, sin si quiera analizar si esos gastos que registraron fueron causados como consecuencia de tales suspensiones, máxime si se tiene en cuenta que desarrolla una operación matemática que toma como daño emergente el costo de propiedad sobre tales equipos, el cual define como *“toda erogación continua, por concepto de depreciación, intereses, seguros, estacionamiento y bodegaje, factores que afectan un gasto para la empresa”* (fl. 3638 cdno. no. 1)..

Al peritaje no se aportaron como anexos los soportes contables y documentes que dieran certeza sobre los valores allí tomados, así como tampoco se allegaron las facturas o cuentas de cobro con las que se pudiera establecer que durante las referidas suspensiones del contrato se generaron costos de maquinaria o administración adicionales o superiores.

Sobre ese particular, en relación con la pertinencia y alcance de la prueba pericial esta Corporación ha señalado la siguiente directriz:

*“****En criterio de la jurisprudencia****, el contador público –quien ejerce la ciencia de la contabilidad– concentra sus funciones en asesorar y colaborar a los particulares obligados a llevar el registro pormenorizado de sus actividades así como una relación de sus estados financieros. Luego, en el ámbito de la comprobación de la ruptura de la ecuación contractual,* ***las pruebas técnicas contables en las que intervienen estos profesionales se dirigen a demostrar la gravedad y el impacto que el desarrollo del contrato tuvo para las finanzas internas del extremo que alega el desequilibrio en su contra, siendo pertinente para evidenciar el grado de afectación que tuvo, en sus intereses jurídicamente tutelados, la ejecución excesivamente gravosa de los compromisos contractuales. En otras palabras, la prueba pericial contable se encamina a acreditar el daño contractual.***

*Empero,* ***el dictamen contable de la parte que alega el desequilibrio no puede ser tomado como prueba directa ni exclusiva de los sobrecostos de la obra****. En sintonía con lo anteriormente expuesto,* ***la reparación del desequilibrio financiero del contrato, cualquiera sea su motivo, exige probar que los valores suplicados fueron efectivamente invertidos en la confección de la obra, en cada uno de los ítems y cantidades de obra que se reclaman, en la construcción***

***que constituyó el objeto contractual. Así las cosas, la prueba pericial contable podrá dar cuenta de la trascendencia perjudicial que tuvo el desarrollo del contrato*** *en el desempeño económico interior del contratista,* ***pero no necesariamente dará cuenta, por sí sola, de la inversión real y efectiva de las sumas denunciadas como sobrecostos en los trabajos contratados, ya que un ejercicio contable que arroje pérdidas del particular contratista no necesariamente tiene relación o nexo con la ejecución del contrato supuestamente desbalanceado****.”4* (negrillas de la Sala).

Revisados las conclusiones y resultados a los que llegó el perito no es posible de modo cierto, necesario e inequívoco establecer sí ese daño emergente y lucro cesante por razón de los costos de obra, administración y equipos fueron realmente destinados al cumplimiento del objeto contratado por el Departamento de Antioquia, así como tampoco puede acreditarse que son consecuencia directa de las referidas suspensiones del contrato que se comenta.

# Falta de pago de los ajustes convenidos y liquidación del contrato

En el relato de hechos presentado por la parte actora en la demanda, específicamente en el numeral 35, esta puso de presente lo siguiente en relación con este punto de la controversia:

*“****35.*** *Por oficio de fecha 20 de junio de 2001 radicado con el No 080185 el Consorcio devolvió el acta de recibo de obras firmada aduciendo además asuntos con relación a la póliza de estabilidad, devolviendo además el Acta de liquidación del contrato sin firmar en razón a no haberse a dicha fecha definido los valores reclamados.*

*En dicha acta de liquidación consta adeudar el Departamento al Consorcio la suma de $4.426.000.00 correspondiente al Acta No. 58B por ajustes la cual fue presentada al Departamento de Antioquia para su pago en fecha el 23 de mayo de 2001. Por oficio Nº 136391 de fecha 25 de septiembre de 2001 el Consorcio reclamó su pago al Director de Valorización del Departamento de Antioquia.*

*Respecto a la póliza de estabilidad el Departamento contestó con el oficio de fecha 5 de julio de 2001 No 087979”* (fl. 3423 cdno. no. 1).

El Departamento de Antioquia en la oportunidad procesal correspondiente se opuso a las pretensiones de la demanda, y en cuanto al hecho 35 en comento señaló *“Es cierto”* (fl. 3460 *ibidem),* sin hacer pronunciamiento ni análisis alguno al respecto.

4 Sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 13 de agosto de 2013 con ponencia del Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas en el expediente 2008-00453-01 (51.833)

En cuanto a la forma de pago, las partes acordaron expresamente en la cláusula séptima del contrato no. 005-DAV-96 lo siguiente:

*“****SÉPTIMA: FORMA DE PAGO.*** *Dentro de los diez (10) primeros días calendario de cada mes siguiente al de la iniciación de los trabajos,* ***El Interventor hará los recibos de obra ejecutada a satisfacción de EL DEPARTAMENTO – VALORIZACIÓN en el mes anterior y procederá con EL CONTRATISTA a efectuar las liquidaciones correspondientes por medio de actas, las cuales serán canceladas por intermedio de la caja de Valorización Departamental, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes,*** *precio el pago de estampilla, ajustándolo al múltiplo superior de diez pesos ($10.00), cuando a ello hubiere lugar. (…)*

***Parágrafo 2o.: La última acta de recibo de obra, ejecutada se incorporará al acta de liquidación del contrato y el saldo crédito o débito, se cubrirán conforme a los dispuesto, en el acta de liquidación. Si por razones no imputables a EL CONTRATISTA, la liquidación del contrato se demorare más de dos (2) meses, contados a partir de la fecha en que se haya hecho entrega de todos los documentos necesarios, EL DEPARTAMENTO – VALORIZACIÓN cancelará el valor de la última acta****. El valor de esta acta no podrá ser inferior al uno por ciento (1%) del valor total del contrato (…)”* (negrillas adicionales).

Revisado el expediente, en particular los folios 1449 y 1450 del cuaderno no. 20, consta que el consorcio demandante allegó una copia simple de la factura no. 152 de 21 de mayo de 2001 sin que sobre la misma se evidencie sello de recibido por parte del Departamento de Antioquia o número de radicación de la misma.

De igual manera, en los folios 1523 a 1525 del cuaderno número 24 del expediente obra una copia simple del acta de recibo de obra del contrato, documento en el que las partes consignaron el siguiente acuerdo:

*“Que las obras de Ampliación de la carretera Puente Gavino – Gómez Plata – Carolina fueron ejecutadas a cabalidad y acorde con lo estipulado en el pliego de condiciones, al manual de contratos de la Secretaría de Obras Públicas (Decreto 1231 de 1976), a las Normas Generales para la Construcción de Pavimentos del Área Metropolitana del Valle de Aburrá y a las Especificaciones Generales de Construcción del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.*

*Por lo tanto las partes,*

***ACUERDAN***

***Recibir las obras del contrato no 96-CO-21-005 de la Ampliación de la carretera Puente Gavino – Gómez Plata – Carolina, quedando pendiente realizar las reparaciones ordenadas por la interventoría y***

***contenidas en el informe final de obras, antes de la liquidación del contrato*** *(…)”.* (fl. 1525 cdno. no. 24 - Resalta la Sala).

En efecto, la Sala encuentra que la obligación de pago que el consorcio actor aduce en la demanda como pendiente, correspondiente al saldo de ajustes del acta no. 58B por la suma de $4.426.000 no es exigible, pues, según lo acordado en la cláusula séptima del contrato los pagos se realizaban previa elaboración de la correspondiente acta de recibo de obra, liquidación que sobre la misma realizaba el contratista y la constancia del pago de los impuestos.

Ahora bien, en el presente asunto se hace referencia al último pago, y en cuanto al trámite de pago para esta última acta expresamente el parágrafo segundo de la cláusula séptima en comento determina que esa última acta de pago se adjuntaba a la liquidación del contrato, y si no se lograba la liquidación del contrato el departamento procedía con el pago del acta.

Sin perjuicio de lo anterior, al expediente no se aportó el acta de recibo de las obras que se dejaron como pendientes en el acta de recibo final de la obra, documento en el que además las partes señalaron que tales conclusiones debían realizarse previamente a la liquidación del contrato.

En tales condiciones, con lo allegado al expediente la Sala no obtiene la certeza de la existencia y exigibilidad de la obligación, pues, las partes en el contrato establecieron que se requerían una serie de actas, liquidaciones y constancias con las que no está acreditado el cumplimiento de la condición de la obligación de pago5.

Es preciso anotar además que las facturas de cobro aportadas al expediente omiten la firma de quien las expide, constancia de recibido por parte de la entidad demandada, en este caso, el Departamento de Antioquia, situación esta que hace imposible determinar si tales facturas en efecto fueron radicadas a órdenes del departamento o no.

De otra parte, en cuanto al supuesto incumplimiento del departamento de liquidar el contrato, muy contrario a lo expuesto en las pretensiones de la demanda, el propio

5 Al respecto puede consultarse el auto de la Sección Tercera de esta Corporación del 24 de enero de 2007 expediente con radicación no. 28.755, MP Ruth Stella Correa Palacio.

consorcio actor en la enunciación de los hechos relata que el departamento elaboró y presentó a este la correspondiente liquidación del contrato, solo que el contratista la devolvió por no incluir en ese proyecto de liquidación los reclamos por mayores valores.

Sobre ese aspecto de la controversia en los folios 1528 a 1530 del cuaderno no. 24 obra en copia simple un proyecto de liquidación bilateral en el que las partes se declaraban a paz y salvo, y como resultado del balance general del contrato quedaba un saldo en favor del contratista por el valor de $4.426.000 correspondiente a los ajustes pendientes.

En ese sentido, para la Sala es claro que el departamento demandado no incumplió su obligación de liquidación del contrato, solo que el contratista no estuvo de acuerdo y se negó a su suscripción.

Por lo anterior, carece de fundamento la petición de pago por cuenta del ajuste del acta no. 58B y declaratoria de incumplimiento del Departamento de Antioquia por la supuesta falta de liquidación del contrato, por consiguiente tales pretensiones se negarán.

# La ruptura del equilibrio económico

Esta corporación en otras ocasiones ha tenido la oportunidad de establecer las diferencias entre los incumplimientos contractuales y los eventos de ruptura del equilibrio económico, como se trascribe a continuación:

*“****La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido, de tiempo atrás, las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que dicho equilibrio puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual****. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe” y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y, paralelamente, en la “teoría de la previsibilidad”.* ***Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que ese equilibrio puede verse alterado por el ejercicio del poder, dentro del marco de la legalidad, o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación, pero en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato, es decir, por el incumplimiento contractual****.*

*La fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso.*

*El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, el cual asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa con ello un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar.*

***El incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido****, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.”* (negrillas adicionales).6

De acuerdo con la sentencia antes citada, cuando el hecho se refiere a desequilibrio económico del contrato ello es por cuenta de actos de la administración, por fenómenos externos a su decisión o extraños a las partes contractuales, pero, no como consecuencia del incumplimiento de una de las partes, pues, tratándose de incumplimientos contractuales el legislador con las estipulaciones previstas en el Código Civil, concretamente en los artículos 1546 y 1613 a 1616, determinó que el camino está en dos decisiones a tomar ya sea persiguiendo el cumplimiento de la obligación o la rescisión del negocio jurídico, ambas con sus correspondientes indemnizaciones.

En relación entonces con tal hipótesis es claro que, contrario a lo precisado por la jurisprudencia de esta Corporación, en este asunto el apelante insiste en la declaratoria de desequilibrio económico del contrato por motivo de unos supuestos incumplimientos endilgados como responsabilidad del Departamento de Antioquia, que, como ya se estableció en los acápites anteriores, no se acreditó incumplimiento alguno, por consiguiente estas pretensiones de desequilibrio económico formuladas por el consorcio actor tampoco tienen vocación de prosperidad y serán denegadas.

6 Sentencia de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 26 de febrero de 2014 con ponencia del Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera en el expediente 1999-00522-01 (24.169).

# Conclusiones

Para la Sala es claro que la demanda fue formulada sobre la base de un supuesto incumplimiento por parte del Departamento de Antioquia en calidad de entidad contratante, sin que en modo alguno se lograra demostrar que las consecuencias económicas negativas, al parecer ocurridas en contra del contratista, fueron causadas por cuenta de las suspensiones del contrato.

Ahora bien, en relación con las suspensiones del contrato es evidente que las cuatro se dieron antes de la suscripción del acuerdo de 4 de abril de 2000, adecuaciones contractuales que las partes de mutuo acuerdo pactaron con el objeto de superar los inconvenientes de orden económico presentados en la ejecución del contrato.

Según lo demostrado en el proceso no existe prueba alguna que permita declarar el incumplimiento del Departamento de Antioquia, así como tampoco que con la decisión conjunta de las partes de suspender el contrato se hubiera generado en cabeza del demandante contratista un desequilibrio económico, en consecuencia la Sala negará las pretensiones de declaración de incumplimiento y restablecimiento formuladas con la demanda.

En consonancia con lo expuesto, como el consorcio Conytrac – Cobaco, en la condición de apelante, logró acreditar que la demanda fue presentada en tiempo, la Sala revocará la sentencia apelada mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción, para en su lugar denegar las súplicas de la demanda.

# Condena en costas

Por último, no habrá de condenarse en costas a la actora porque no está probada en la actuación una conducta temeraria, situación cualificada exigida por la regulación procesal contenida al respecto en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 para tal decisión.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

# F A L L A

**1º) Revócase** la sentencia de 8 de julio de 2013 proferida por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia y, en su lugar, se dispone lo siguiente:

*“****PRIMERO: Deniéganse*** *las pretensiones de la demanda.*

***SEGUNDO:*** *En firme esta providencia,* ***archívese*** *el expediente”.*

**2º) Abstiénese** de condenar en costas.

**3º)** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen con las correspondientes constancias.

# NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

|  |
| --- |
| **ALBERTO MONTAÑA PLATA****Presidente de la Subsección****(firmado electrónicamente)** |
| **FREDY IBARRA MARTÍNEZ****Magistrado Ponente****(firmado electrónicamente)** | **MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ****Magistrado****(firmado electrónicamente)** |

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados integrantes de la Sala de decisión en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 del Decreto Legislativo 806 de 2020.