

MAYORES CANTIDADES DE OBRA – Alcance – Precios unitarios – Reconocimiento

Las mayores cantidades de obra que se enunciaron en los diferentes documentos contractuales eran esenciales para cumplir con el objeto contractual -para que los pozos fueran funcionales-, al tiempo que solo implicaron la modificación de las cantidades originalmente previstas -sin que se alterara el precio unitario de cada ítem o se incluyera alguno nuevo-. Por este motivo, para la Sala es evidente que el contratista tenía derecho a que se le pagaran esas mayores cantidades de obra, pues su reconocimiento se desprendía de la aplicación de esta modalidad del precio, la cual fue incluida en el contrato 2057 de 2010. Tal y como se planteó en el recurso de apelación, la modalidad del precio que fue definida en el contrato objeto de controversia implicaba que se le pagara al contratista las cantidades de obra que realmente fueron ejecutadas, siempre que las mismas resultaran necesarias para el cumplimiento de las prestaciones, lo cual, como ya se dijo, se encuentra acreditado en esta oportunidad. En complemento de esta idea, en el plenario también está probado que el contratista actuó en todo momento de manera diligente, por cuanto puso en conocimiento de la entidad contratante la necesidad de aumentar las cantidades de algunas unidades de obra, sin que recibiera respuesta por parte del departamento.

ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Salvedades – Alcance

Las salvedades, según el criterio de la Sección Tercera, deben ser claras, expresas y concretas, lo cual es un requisito lógico, por cuanto aquellas tienen como propósito poner en conocimiento de la contraparte las inconformidades que se tienen en relación con el negocio jurídico suscrito. (...) [L]a Sala colige que las salvedades incluidas en el acta de liquidación fueron lo suficientemente claras y concretas -por lo que las pretensiones de la demanda podían ser estudiadas-, ya que le permitían al departamento conocer los motivos y el objeto de las diferencias del contratista con el contenido del acuerdo liquidatorio. Tanto es así que, en el mismo documento contractual, la entidad pública justificó las razones por las que no cancelaría las mayores cantidades de obra



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 85001-23-33-000-2015-00211-01 (58.634)

Actor: INTEGRANTES DEL CONSORCIO MATAVEN PERFORACIONES (EMPRESA LCCAVILA E.U., FUNDACIÓN SALVEMOS AL MEDIO AMBIENTE - FUNAMBIENTE- Y SOCIEDAD SERVINTEGRAL A.C. LTDA. -SIAC-)

Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: VALOR DEL CONTRATO BAJO EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS: En esta modalidad del precio, el valor del contrato es indicativo o estimativo, ya que el valor total se desprenderá de multiplicar las cantidades verdaderamente ejecutadas por los precios unitarios acordados desde un comienzo – MAYORES CANTIDADES DE OBRA: Implican aumentar las cantidades de los ítems de obra que fueron contratados desde un inicio.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia del 24 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare (fls. 432 – 442, c. ppl.), por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 14 de julio de 2015, los integrantes del Consorcio Mataven Perforaciones presentaron demanda (fls. 1 – 23, c1), en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, en contra del departamento de Casanare, con la pretensión de que se les pagaran las mayores cantidades de obra efectivamente ejecutadas en el contrato 2057 de 2010, que tenía por objeto la construcción de 12.950 metros lineales de pozos profundos y el suministro e instalación de 259 equipos de bombeo mecánico, para mejorar la producción agropecuaria en la zona de sabana de los municipios de Yopal, Nunchía, Maní, Paz de Ariporo y Trinidad.



II. ANTECEDENTES

1. La demanda:

Mediante demanda radicada ante los juzgados administrativos de Yopal, el 14 de julio de 2015 (fls. 1 – 23, c1), la empresa LCCAVILA E.U., la Fundación Salvemos al Medio Ambiente -Funambiente-, y la sociedad Servintegral A.C. Ltda. -SIAC-, como integrantes del Consorcio Mataven Perforaciones, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, previsto en el artículo 141 del C.P.A.C.A., se dirigieron en contra del departamento del Casanare, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se condene al Departamento de Casanare a realizar el pago a favor de mis representados por la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES CIENTO CUARENTA MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$443.140.459.00), que constituye la cifra que a manera de salvedad se consignó en el acta de liquidación de fecha 19 de diciembre de 2013 (sic), del contrato de obra civil No. 2057 de 2010 y que corresponde a mayores cantidades de obra ejecutadas y recibidas por el Departamento según el acta de recibo final del mismo contrato de fecha 13 de noviembre de 2012.

2. Que el Departamento de Casanare realice el pago de los intereses legales moratorios sobre la cifra insoluta señalada en la primera pretensión, dando aplicación al art. 4 de la Ley 80 según el cual las entidades estatales: “Sin perjuicios (sic) de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al 1.5 del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. El pago de estos intereses se solicita desde la fecha en que aquella cifra se hizo exigible, esto es la suscripción del acta de liquidación de fecha 3 de diciembre (sic) de 2013 y hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago.

3. Que se condene al Departamento al pago de las costas del proceso, conforme lo disponga en la decisión final el despacho (fls. 1 – 2, c1).

1.1 Los fundamentos de hecho:

El actor sustentó sus pretensiones en los fundamentos fácticos, que, en síntesis, se expresan a continuación:

En el mes de noviembre de 2010, el departamento de Casanare inició el proceso de licitación pública No. CAS-SAGYMA-LP-061-2010, que tenía por finalidad realizar la construcción de 12.950 metros lineales de pozos profundos y suministrar e instalar 259 equipos de bombeo mecánico, para mejorar la producción agropecuaria en la zona de sabana de los municipios de Yopal, Nunchía, Maní, Paz de Ariporo y Trinidad.



El Consorcio Mataven Perforaciones presentó oferta para el anterior proceso, aceptando, con ello, cada una de las estipulaciones del futuro contrato definidas en el pliego de condiciones. Una de las estipulaciones aceptadas fue, justamente, la contenida en el Anexo 1, *Condiciones técnicas para la ejecución del contrato*, el cual señalaba que el contratista estaba en la obligación de ejecutar las mayores cantidades de obra, las cuales se realizarían a los mismos precios de la propuesta, hasta la cuantía contemplada en la Ley 80 de 1993, salvo una afectación del equilibrio económico del contrato.

El departamento de Casanare expidió la Resolución 353 del 29 de diciembre de 2010, por medio de la cual adjudicó el contrato al consorcio demandante. Como consecuencia de lo anterior, las partes suscribieron el contrato de obra 2057 de 2010, cuyo objeto consistía en construir los pozos y suministrar los equipos de bombeo referidos con anterioridad.

Según las especificaciones técnicas del contrato, el rango de profundidad de los pozos estaba comprendido entre los 30 y los 70 metros. A pesar de lo anterior, y ya en desarrollo de las actividades, se evidenció la necesidad de realizar perforaciones que superaran los 70 metros, pues era la única forma de garantizar la captación de aguas con acuíferos productivos en cualquier época del año. Los soportes de esta situación acompañaron la elaboración del acta parcial No. 1.

El aumento en la profundidad de los pozos, derivó en que aumentaran otros ítems de la obra, como la tubería de 4" o la gravilla libre de calcáreos. Toda esta situación también se consignó en el acta parcial No. 1 y en los documentos soporte de la misma.

En atención al referido aumento de los trabajos, el consorcio contratista presentó el oficio CMP-007 del 30 de septiembre de 2011, por medio del cual solicitó la adición del contrato. Esta solicitud fue avalada por la interventoría y por la supervisión, sin que fuera resuelta por el departamento, pese a los efectos que se habrían derivado en virtud del numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Conforme a las actividades ejecutadas en el proyecto, se evidenció que los siguientes ítems contemplaron mayores cantidades de obra: (i) *"Perforación y reperforación y/o ampliación de prueba en diámetro de 8.5"* -se ejecutaron 14.843



metros lineales, pese a que se habían contratado 12.950 ml-; (ii) “*suministro e instalación de tubería acampanada en PVC RDE 21 diámetro 4”*” -de 9.065 ml contratados, se ejecutaron 11.018 ml-, y (iii) “*suministro e instalación de relleno grava lavada y libre de calcáreos para filtro de 1/32” 1”*” -se ejecutaron 423,46 m3, pese a que fueron contratados 259 m3-¹.

El 18 de octubre de 2012, se suscribió el acta de terminación del contrato, en la cual se dio fe de la ejecución a conformidad de las mayores cantidades de obra. El 13 de noviembre siguiente, se suscribió el acta de recibo final, en la que se hizo entrega de la obra a entera satisfacción. En el acápite de observaciones se indicó que la totalidad de los pozos fueron ejecutados, y que las mayores cantidades de obra obedecieron a que los promedios de perforación superaron los originalmente previstos por la entidad.

Además de lo anterior, se suscribió con cada uno de los beneficiarios de los pozos un acta de entrega, consignando el correcto funcionamiento de los mismos.

El 2 de diciembre de 2013, se suscribió el acta de liquidación. La parte actora indicó que no se declaraba a paz y salvo, puesto que el departamento debía cancelar la suma de \$443'140.459.

1.2 Fundamentos de derecho:

El accionante invocó como fundamento de sus pretensiones, los siguientes argumentos:

-Luego de abordar el concepto de la liquidación del contrato, resaltó la importancia de consignar salvedades en el acta de liquidación bilateral, como requisito necesario para acudir a la jurisdicción.

-Las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista, pero no pagadas por el departamento, constituyeron un enriquecimiento sin causa a favor del Estado. Dicha situación genera un desequilibrio contractual, el cual debe subsanarse por medio de la presente acción judicial.

¹ La cantidad final ejecutada de cada ítem fue consignada en el acta de recibo final, las cuales son diferentes a las que se acaban de anotar.



-Recordó que, una vez suscrito el contrato, el pliego de condiciones pasa a ser una cláusula contractual, por lo que la entidad debió darle aplicación a lo consignado en el precitado Anexo 1. En otros términos, debieron reconocerse aquellas cantidades de obra adicional que fueron avaladas por la interventoría.

-El contrato 2057 fue a precios unitarios, siendo evidente que se cumplieron los presupuestos jurisprudenciales requeridos para el reconocimiento de las mayores cantidades de obra, esto es, las actividades adicionales correspondían a ítems previstos en el contrato; las mismas no obedecieron a la simple iniciativa del contratista, y fueron recibidas a satisfacción, al ser consignadas en el acta de recibo final.

-La finalidad del contrato era asegurar la captación de aguas con acuíferos productivos en cualquier época del año en cada uno de los pozos construidos. Por ello, si para cumplir con dicho propósito, era necesario realizar mayores cantidades de obra, el contratista tiene el derecho de recibir la remuneración por esas actividades.

-Si no se le paga al contratista la realización de estas actividades, reiteró, se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad.

2. Trámite procesal:

2.1 Actuaciones procesales de primera instancia:

El Juzgado Primero Administrativo de Yopal, mediante auto del 24 de septiembre de 2015 (fl. 355, c2), declaró la falta de competencia en razón a la cuantía, y ordenó remitir el proceso al Tribunal Administrativo de Casanare -las pretensiones de la demanda superaban los 500 SMLMV-.

En decisión del 29 de octubre de 2015 (fls. 361 – 362, c2), el Tribunal Administrativo de Casanare admitió la demanda; ordenó su notificación a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; fijó los gastos de notificación, y le reconoció personería a la apoderada de la parte demandante.



2.2 Contestación de la demanda:

El 29 de febrero de 2016, el departamento de Casanare contestó la demanda (fls. 378 – 382, c2), oponiéndose a las pretensiones de la misma, por carecer de fundamento fáctico y jurídico. Afirmó que los valores consignados como mayores cantidades de obra por el demandante no correspondían con las actas oficiales. Además, precisó que, en el acta de liquidación, la administración se negó a reconocer las mayores cantidades de obra.

Presentó como excepciones, las siguientes: (i) *“La administración no autorizó la ejecución de mayores cantidades de obra”*: aseguró que la mera liberalidad del contratista no es suficiente para obligar a la administración, por lo que una modificación en relación con las mayores cantidades de obra debía contar con la autorización del representante legal del departamento o de su delegado. Resaltó que no existió un adicional celebrado entre las partes, y que era errado considerar que dicho aval fue otorgado por la Oficina Asesora Jurídica, por cuanto tal dependencia carecía de competencia para ello.

(ii) *“La variación de cantidades de obra se contempló como un riesgo previsible y se asignó al contratista”*: en el pliego de condiciones se le asignó al contratista el riesgo relacionado con la variación de las cantidades de obra. Frente a este tema, el consorcio no solicitó modificación, por lo que se estima consentido y aceptado, siendo plenamente aplicable el principio de que el contrato es ley para las partes.

(iii) *“Imposibilidad jurídica de autorización de mayores cantidades de obra por parte de la interventoría o la supervisión”*: la jurisprudencia y la normativa interna del departamento son claras en señalar que el interventor o el supervisor no pueden comprometer el patrimonio del ente territorial, ni ordenar adiciones, reajustes de precios, prórrogas o suspensiones.

(iv) *“Mala fe del contratista de la administración”*: los integrantes del consorcio contratista eran idóneos para la suscripción del contrato, y no era el primer proceso en el que participaban. Por tanto, resulta sospechoso que, pese a tal situación, “[...] procedan de la forma en que lo hicieron y ahora se respalden en las decisiones del interventor o en los supuestos avales recibidos por la Oficina Asesora Jurídica del departamento” (fl 381, c2).



Finalmente, y al presentar los fundamentos de la defensa, aseveró que no existían pruebas del desequilibrio alegado por el actor, además de que lo ocurrido durante la ejecución del contrato implicó la concreción de un riesgo asignado al mismo, y no contó con la autorización del departamento.

2.3 Pronunciamiento frente a las excepciones:

El 28 de marzo de 2016, la parte actora se pronunció frente a las excepciones del departamento (fls. 390 – 392, c2), indicando: (i) los contratos a precios unitarios, según la jurisprudencia, permiten que se aumenten las cantidades de obra sin necesidad de que se suscriba un otrosí. En el pliego de la licitación objeto de debate se había contemplado la posibilidad y la necesidad de ejecutar mayores cantidades de obra, y justamente en desarrollo de tal estipulación negocial, y luego de informarle a la entidad por medio del interventor, se procedió con la ejecución de tales cantidades adicionales, que eran necesarias para lograr la funcionalidad de las obras. (ii) Aunque se le asignó al contratista el riesgo relativo a las variaciones en las cantidades de obra, no se determinó el porcentaje de estimación de impacto de dicho riesgo, lo cual, en compañía con las disposiciones del pliego, impedía que tal estipulación fuera aplicable. (iii) En este caso, no se trató de una autorización por parte del interventor, sino que, por conducto de él, se le dio cumplimiento a una prescripción del pliego, que contemplaba la posibilidad de que se ejecutaran mayores cantidades de obra (numeral 8 del Anexo 1). (iv) La ejecución de las mayores cantidades de obra no fue un hecho de mala fe, sino que fue el resultado del alea propio de este contrato y de las limitaciones de los estudios geoelectricos desarrollados por la entidad.

2.4 Audiencia inicial:

El 14 de junio de 2016, se llevó a cabo la audiencia inicial, prevista en el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fls. 402 – 404 y CD, fl. 408, c2). Inicialmente, el tribunal *a quo* estimó que no se habían presentado vicios en el trámite procesal -no existían reparos de las partes ni irregularidades que se percibieran de oficio-, por lo que no se adoptaron medidas de saneamiento.

Al analizar las excepciones del departamento, coligió que estas no tenían la naturaleza de previas, por lo que serían decididas en el fallo. Previo a relatar los



hechos acreditados², afirmó que el asunto litigioso consistía en determinar si el departamento de Casanare debía pagarle al actor \$443'140.459, por concepto de mayores cantidades de obra realizadas durante la ejecución del contrato 2057 de 2010, más los intereses moratorios.

Pese a que el tribunal invitó a las partes a conciliar, estas no tuvieron ánimo conciliatorio. Finalmente, ordenó tener como prueba los documentos aportados por las partes, y estimó innecesario recurrir a un peritaje, pues todo lo relativo a la medición de los pozos ya se había acreditado con las pruebas documentales.

Como no habían hechos pendientes de prueba, el Tribunal Administrativo de Casanare cerró el periodo probatorio, prescindió de la audiencia de pruebas, y convocó a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegaciones finales y rendir su concepto, respectivamente, de manera escrita.

2.5 Alegatos de conclusión:

El departamento de Casanare presentó sus alegaciones finales el 27 de junio de 2016 (fls. 409 – 410, c2), en las que reiteró los argumentos de etapas procesales anteriores. Aseveró: *“En las actas de entrega final de cada uno de los beneficiarios de los pozos se observa que sólo en 26 de los 251 casos que se acreditan en la demanda, la profundidad del pozo superó los 70 ml, es decir que el riesgo previsible a cargo del contratista se materializó en el 10,3% de los pozos entregados. Metraje adicional que suma 329 ml”* (fl. 409, c2). Así, como el objeto del contrato abarcaba 12.950 ml, el riesgo previsible asumido por el contratista solo se materializó en un 2,5% (329 ml). Sumado a ello, insistió en que el contratista pudo observar o solicitar la modificación de los documentos previos en la etapa precontractual, por lo que no es de recibo que en la actualidad presente reclamaciones ante el juez.

El 28 de junio de 2016, el actor presentó sus alegatos de conclusión (fls. 411 – 423, c2), reiterando que: (i) el contrato 2057 se celebró a precios unitarios; (ii) la construcción de las mayores cantidades de obra no obedeció a la simple iniciativa autónoma del contratista, sino a la aplicación de una estipulación contractual

² El tribunal de primer grado estableció que las partes y la evidencia concordaban en que: (i) se hicieron los trabajos; (ii) estos fueron recibidos por la administración y los beneficiarios; (iii) se ejecutaron mayores cantidades de obra autorizadas por la interventoría; (iv) no se suscribieron modificaciones al contrato, en lo relativo al valor y al plazo, y (v) hubo expresa distribución de riesgos en el pliego de condiciones.



(numeral 8 del Anexo 1); (iii) como las mayores cantidades eran necesarias para cumplir con el fin del contrato, existía la obligación a cargo del contratista de construirlas, mientras que existía la correlativa obligación del departamento de pagarlas, y (iv) resulta imposible la aplicación del riesgo previsible -porque no se cuantificó la afectación que el mismo generaría en el valor del contrato-.

3. La sentencia impugnada:

El Tribunal Administrativo de Casanare profirió la sentencia del 24 de noviembre de 2016 (fls. 432 – 442, c. ppl.), por medio de la cual decidió:

1° DENEGAR las pretensiones de los integrantes del CONSORCIO MATAVEN PERFORACIONES (contrato de obra 2057 de 2010) contra el DEPARTAMENTO DE CASANARE, por las razones indicadas en la motivación.

2° Sin costas en la instancia.

3° Reconocer personería al abogado Andrés Sierra Amazo, titular de la T.P. 103.576 del C.S. de la J., para actuar en nombre y representación del departamento de Casanare, acorde con el mandato que obra a folio 425.

4° En firme lo resuelto, líbrense las comunicaciones legales; devuélvase excedente (sic) de gastos procesales, si lo hubiere, a quien los depositó, actualícese registro y archívese el expediente (fl. 442, reverso, c. ppl.).

Para sustentar la anterior decisión, explicó los fundamentos dogmáticos de las técnicas de protección del precio en la contratación estatal, denominadas también como equilibrio económico y financiero del contrato. Luego, aseguró que el restablecimiento de la ecuación contractual contemplaba varios presupuestos o requisitos, entre ellos: (i) la distribución, implícita o explícita, de los riesgos; (ii) la imposibilidad del contratista para trasladarle al Estado los efectos adversos de sus propios errores; (iii) el riesgo económico que es propio de la ejecución de cualquier contrato, y (iv) la ponderación de los efectos adversos generados por el desequilibrio.

Precisó que la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que “[...] la parte contratante que pretenda hacer valer el restablecimiento de la economía del contrato debe haber observado comportamiento diligente en las etapas de negociación y de ejecución, pues esa técnica se orienta a salvaguardar que se logren los objetivos de la contratación estatal, más que a la garantía del patrimonio particular; no se trata de sacrificar este al servicio de aquellos, sino de la



armonización necesaria, la que presupone debida diligencia y oportuna reclamación, incluso antes de la liquidación [...]” (fl. 437, c. ppl.)³.

Afirmó, luego de enunciar las normas que regulaban la asignación de los riesgos, que resultaba inadmisibles predicar la ineficacia de la distribución de los mismos, en consideración a que no se fijó el cálculo exacto en el pliego, en la audiencia de asignación o en la minuta del contrato. Si a pesar de esta omisión, algún proponente presentaba su oferta, sin haber solicitado una precisión al respecto, asumía los riesgos que se le hubieran asignado -si estos fueron con algún grado de imprecisión-

Aseveró, además, que reñía con la buena fe que, cerrado el negocio y ejecutadas las actividades, el contratista elevara salvedades en el acta de liquidación relacionadas con el clausulado contractual, pues aquellas devenían en extemporáneas.

Indicó que no era suficiente con que se probara que el contratista ejecutó mayores cantidades de obra para que estas fueran reconocidas, dado que se requería la concurrencia de tres condiciones: (i) que se afectara de manera grave la utilidad o el patrimonio del contratista; (ii) que se expidiera la autorización administrativa, y (iii) que se realizara la adición correspondiente.

Frente al segundo y tercer punto mencionado, explicó que las mayores cantidades de obra deben ser autorizadas por el ordenador del gasto, sin que el supervisor o el interventor puedan expedir dicha autorización, salvo que medie delegación expresa. Asimismo, aclaró que el restablecimiento debe perfeccionarse en una modificación al contrato, la cual debe estar elevada a escrito.

Al abordar el caso concreto, aseveró que el impacto económico de las mayores cantidades de obra no reconocidas por la administración equivalían al 13.03% del

³ También dijo: “La citación de línea que antecede permite fijar las siguientes premisas para abrir la discusión subsiguiente: i) la modalidad del precio pactado por sí misma no excluye las técnicas de protección del mismo; ii) todo contrato conmutativo lleva implícita la distribución de riesgos entre las partes; iii) quien contrata con el Estado toma unos riesgos normales y goza de la garantía constitucional a la propiedad particular para que, frente a lo extraordinario, pueda transferir a la Administración contingencias que pueden menoscabar su justa utilidad y hasta su patrimonio personal o empresarial; iv) dichas técnicas de preservación del precio no se idearon para remediar propuestas artificialmente bajas, ni los errores de planeación del proponente ni eventual ejecución defectuosa de sus propias obligaciones; y v) pactada una determinada manera de distribuir el riesgo ordinario del contrato, ha de estarse a ello” (fl. 438, c. ppl.).



valor del contrato, que era inferior al valor de A+I -que era del 25%- y del AIU en general -que era el 30%-. Lo anterior significaba que el valor de la administración y de los imprevistos superaba con creces lo pretendido por el actor.

Por ello, coligió que no existió una erosión de la utilidad del contratista, y menos de su patrimonio, que era un presupuesto necesario para ordenar el restablecimiento de la economía del contrato. A lo expuesto, debía sumarse que no existió autorización del ordenador del gasto, ni adición del contrato, que justificaran las mayores cantidades de obra, o que modificara la distribución de los riesgos⁴.

4. Recurso de apelación:

El 13 de diciembre de 2016, el actor interpuso el recurso de apelación en contra de la anterior decisión, solicitando que la misma fuera revocada, y que, en su lugar, se concedieran las pretensiones (fls. 444 – 467, c. ppl.).

Afirmó que la demanda se relacionaba con el pago de las mayores cantidades de obra, que era un hecho probado en el proceso, mas no con el restablecimiento de la ecuación económica del contrato -pues las pretensiones no se referían a un reajuste de precios, ni a una pérdida de utilidad, ni buscaban que se llegara a un punto de no pérdida-. Por ello, resultó desatinado que el *a quo* abordara los problemas jurídicos con base en esta institución. Así, aseveró:

Tal escenario de impertinencia conceptual e inadecuada formulación de las preguntas problemas en el fallo que se impugna, ocasiona que el despacho de primera tome una decisión desacertada e inconexa con los argumentos jurídicos que ha señalado la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa debe abordarse el tema del reconocimiento de las mayores cantidades en contrato de obra pactados a precios unitarios, los cuales son (i) la existencia de pacto expreso y con ello la autorización de la entidad contratante, (ii) la necesidad funcional de esas actividades y que por ello no correspondan a un simple (sic) iniciativa del contratista, (iv) (sic) que hayan sido recibidas a satisfacción por la entidad (fl. 446, c. ppl.).

Aseguró que el tribunal, al estudiar las mayores cantidades de obra, solo hizo mención del ítem relacionado con la perforación y la reperfusión, sin valorar el suministro e instalación de la tubería acampanada y el suministro e instalación del

⁴ Literalmente, indicó: “Consecuencia de lo expuesto tiene que ser denegar las pretensiones, pues la parte actora no probó: i) alteración grave de la economía del contrato; ii) pacto modificador de la distribución de riesgos; iii) autorización legítima para ejecutar mayores cantidades de obra; ni iv) modificación del contrato en cuanto estipuló la distribución aludida en precedencia” (fl. 442, c. ppl.).



relleno de grava lavada y libre de calcáreos. De este modo, definió un costo directo equivocado -ya que no tuvo en cuenta los tres ítems-, al tiempo que empleó el concepto de no pérdida, enfrentando aquel costo directo con el del AIU, pese a que dichas instituciones son propias del equilibrio económico.

Precisó que fueron inadecuadas las consideraciones relacionadas con el comportamiento precontractual del contratista, dado que este era consciente de que el contrato 2057 de 2010 era a precios unitarios, y que era su obligación ejecutar las mayores cantidades de obra, mientras que era deber de la entidad pagarlas. En otros términos, la parte accionante reprochaba las imprecisiones de los estudios y diseños elaborados por la entidad en relación con las cantidades de obra.

Posteriormente, reiteró que este contrato era a precios unitarios, por lo cual era equivocado el entendimiento del tribunal, que en algunos apartes afirmó que el valor se pactó con un sistema global fijo. Así, dado el modelo económico de este negocio, era impreciso que se entendiera a las mayores cantidades de obra como riesgos previsibles, pues la intención de las partes era incluir esas mayores cantidades en la ejecución de los trabajos⁵.

Luego de citar lo prescrito en el Anexo 1, *condiciones técnicas para la ejecución del contrato*, precisó que el juez de primer grado erró al estimar que no existía autorización por parte de la entidad, ya que, desde el contrato original -insistió en ello-, se había previsto la obligación a cargo del contratista de ejecutar las mayores cantidades obra -lo cual permite la aplicación del artículo 1618 del Código Civil, en el sentido de que se conocía la intención de los contratantes-.

Afirmó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido, como presupuestos del reconocimiento de las mayores cantidades de obra, lo siguiente: (i) la existencia del pacto expreso y la autorización de la entidad contratante; (ii) la necesidad funcional de las actividades, y (iii) que las mismas sean recibidas a satisfacción por

⁵ La literalidad del recurso reza: *"La referencia alude a que jurídicamente no tiene cabida jurídica que, en un contrato de obra pactado por sistema de precios unitarios, sea procedente la identificación, estimación y asignación como riesgo previsible la mayor cantidad de obra, pues precisamente, la intención, móvil de la utilización de ese sistema, se refiere y así, desde la misma celebración del contrato, se prevé por las partes, a la posibilidad contractual de ejecución de esas mayores cantidades.*

"Es decir que, desde la misma celebración bajo aquel sistema, las partes renuncian, por así decirlo, a tener como un riesgo previsible la mayor cantidad de obra, pues la intención de la ejecución comprende en sí esa mayor cantidad y es precisamente la filosofía que predica la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa sobre la utilidad y alcance de ese sistema" (fl. 459, c. ppl.).



la entidad. Por tanto, concluyó que los tres presupuestos se encontraron probados en el plenario, lo cual daba lugar a que el juez concediera las pretensiones.

5. Trámite de segunda instancia:

En proveído del 12 de enero de 2017 (fl. 469, c. ppl.), el Tribunal Administrativo de Casanare concedió el recurso de apelación, y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para que decidiera sobre su admisibilidad. Por medio del auto del 23 de febrero de 2017 (fls. 474 – 475, c. ppl.), el despacho del magistrado sustanciador admitió el recurso.

A través del auto del 23 de marzo de 2017 (fl. 485, c. ppl.), se corrió traslado a las partes, por el término de 10 días, para presentar sus alegatos de conclusión. Vencido este término, se dio traslado del expediente al Ministerio Público para que rindiera su concepto, de conformidad con el numeral 4 del artículo 247 del C.P.A.C.A.

El 17 de abril de 2017, el departamento de Casanare presentó sus alegaciones finales (fls. 488 – 490, c. ppl.), en las que reiteró los argumentos de etapas procesales anteriores, insistiendo en que el contratista realizó las obras adicionales sin autorización de la entidad y en que no hubo pronunciamiento expreso frente a la asignación de los riesgos.

El 4 de mayo siguiente, el actor presentó sus alegatos (fls. 491 – 502, c. ppl.), reiterando los planteamientos del recurso de apelación. No obstante, el término concedido a las partes para presentar los alegatos corrió entre el 3 y el 21 de abril de 2017 (fl. 503, c. ppl.), por lo que las alegaciones del actor fueron extemporáneas. El Ministerio Público guardó silencio (fl. 503, c. ppl.).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado:

Como la demanda y el recurso de apelación se presentaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021, este proceso se rige por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su texto original.



De ese modo, el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, en los términos del artículo 150 del C.P.A.C.A.

Por otra parte, el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocería, como regla general, de las controversias y de los litigios originados en los contratos, independientemente de su régimen, en los que fuera parte una entidad pública, naturaleza que ostenta el ente territorial demandado.

También le asiste competencia a la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, por tratarse de un proceso iniciado en ejercicio del medio de control de controversias contractuales con vocación de doble instancia en razón de la cuantía, dado que la pretensión mayor (artículo 157 del C.P.A.C.A.) excede los 500 SMLMV a la fecha de presentación de la demanda⁶.

2. Legitimación en la causa:

2.1 Por activa:

La Sala encuentra que los integrantes del Consorcio Mataven Perforaciones están legitimados en la causa por activa, pues fueron los contratistas del contrato 2057 de 2010, cuyo pago por mayores cantidades de obra se solicita.

2.2 Por pasiva:

De igual manera, el departamento de Casanare se encuentra legitimado en la causa por pasiva, por ser la otra parte del negocio jurídico objeto de la controversia.

⁶ El 14 de julio de 2015, fecha de presentación de la demanda, el salario mínimo en Colombia era igual a \$644.350 (que, multiplicado por 500, da como resultado: \$322'175.000). La pretensión mayor de la demanda asciende a \$443'140.459, monto que supera los 500 salarios mínimos exigidos por la norma para la segunda instancia ante esta Corporación.



3. Ejercicio oportuno de la acción:

La caducidad es la consecuencia jurídica prevista en la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda, pudiendo ser declarada, incluso, de oficio.

El ordinal iii) del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A. prescribe:

Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: [...]

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...]

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así: [...]

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta; [...].

Las partes suscribieron el acta de liquidación bilateral el 2 de diciembre de 2013 (fls. 91 – 101, c1). Por tanto, el término de caducidad -2 años- comenzó a correr al día siguiente, hasta el 3 de diciembre de 2015. Como la demanda se presentó el 14 de julio de 2015, se colige que fue oportuna.

Al margen de lo anterior, la parte actora presentó la solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público el 20 de febrero de 2015. Esta diligencia se llevó a cabo el 18 de marzo siguiente, siendo declarada fallida, conforme al acta de ese día (fls. 352 – 353, c2).

4. Hechos probados y material probatorio relevante:

En el *sub-lite* se aportó el siguiente material probatorio, que resulta relevante para el estudio del caso. Dada la gran cantidad de documentos que reposan en el expediente, solo se hará referencia a aquellos que contribuyen a la solución del litigio.



4.1 En el plenario obra el pliego de condiciones definitivo de la licitación pública No. CAS-SAGYMA-LP-061-2010 (fls. 33 – 73, c1), del cual se desprende lo siguiente:

En el numeral 1.3 -consultas y aclaraciones sobre los pliegos- se indicó que, si no se presentaban solicitudes de aclaración, se entendía que los oferentes estaban de acuerdo con lo consignado en los documentos previos. Por tanto, “[...] no se aceptarán posteriormente reclamos fundamentados en discrepancias, errores, omisiones o dudas de estos Pliegos de Condiciones, salvo la solicitud de aclaraciones adicionales” (fl. 37, c1).

El numeral 2.6.4.1 precisó que los proponentes debían elaborar y entregar los análisis de precios unitarios.

En el capítulo IV se realizó la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsible, conforme a lo prescrito en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007. Entre los riesgos previsible, se encontró el de “*variación de cantidades de obra*”, el cual fue tipificado de la siguiente forma: “*Son los efectos derivados de las condiciones técnicas o del proceso constructivo, que incrementen o disminuyan las cantidades necesarias para la ejecución de las obras*” (fl. 51, c1), siendo asignado al contratista.

Otro riesgo fue el de “*modificación de estudios, diseños y especificaciones técnicas*”, que fue tipificado así: “*Ocurre cuando se presentan efectos originados por cambios necesarios para la correcta ejecución y operación de las obras*” (fl. 51, c1), el cual fue asignado al departamento.

Según las especificaciones técnicas del proceso, capítulo V, el rango de profundidad de los pozos a perforar estaba comprendido entre los 30 y los 70 metros.

El Anexo No. 1, condiciones técnicas para la ejecución del contrato, precisaba:

[...] 8. CANTIDADES DE OBRA

Las cantidades de obra por ejecutar, indicadas en el ANEXO No. 4, son aproximadas y están calculadas con base en los Diseños del Proyecto; por lo tanto, podrán aumentar, disminuir o suprimirse durante la ejecución de los trabajos, pero tales variaciones no viciarán ni invalidarán el contrato que se derive de esta licitación. El CONTRATISTA está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten, a los mismos precios de la oferta,



hasta la cuantía contemplada en la Ley 80 de 1993, salvo que se presenten circunstancias imprevisibles que afecten el equilibrio económico del contrato.

9. ACTAS DE OBRA

El CONTRATISTA y el Interventor dejarán sentadas las cantidades de obra realmente ejecutadas en cada mes, y sus valores correspondientes. Para el pago de cada acta parcial no se aceptarán cantidades medidas en plano y las medidas por topografía deben estar debidamente soportadas.

El CONTRATISTA y la Interventoría deberán elaborar el acta mensual dentro de los diez (10) días calendario del mes siguiente al de ejecución de las obras. El valor del acta será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas y aprobadas por el Interventor, por los precios unitarios estipulados en la propuesta, o si es del caso, por los precios unitarios acordados para nuevos ítem (sic) (obra extra) que resulten del desarrollo del contrato.

Las actas de obra tendrán carácter provisional en lo que se refiere a las cantidades y calidad de la obra. El Interventor podrá, en actas posteriores, hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las actas anteriores aprobadas por él, y deberá indicar el valor correspondiente a la parte o partes de los trabajos que no se hayan ejecutado a su entera satisfacción, a efectos de que el DEPARTAMENTO DE CASANARE se abstenga de pagarlos al CONTRATISTA o realice los descuentos correspondientes, hasta que les dé el visto bueno. Ninguna constancia de parte del Interventor que no sea la de recibo definitivo de la totalidad o de parte de las obras, podrá considerarse como constitutiva de aprobación de algún trabajo u obra.

10. TRABAJOS EXTRAS Y ADICIONALES

Se entiende por trabajo extra aquel que, además de no estar incluido en los planos de la licitación, ni en las especificaciones, ni en el formulario de cantidades de obra de la propuesta, no puede clasificarse, por su naturaleza, entre los previstos en dichos documentos; el que sí pueda serlo, aunque no esté determinado en forma expresa en tales documentos, será trabajo adicional.

El DEPARTAMENTO DE CASANARE podrá ordenar trabajos extras o adicionales, y el CONTRATISTA estará obligado a ejecutarlos y a suministrar los materiales necesarios, siempre que los mismos hagan parte inseparable de la obra contratada o sean necesarios para ejecutarla o para protegerla, para lo cual se suscribirá un contrato adicional o cambios de obra.

La obra adicional se pagará a los correspondientes precios unitarios establecidos en el contrato.

Las obras extras se liquidarán a los precios unitarios que se convengan entre la INTERVENTORÍA y el CONTRATISTA, previo visto bueno del DEPARTAMENTO DE CASANARE, para lo cual se tendrán en cuenta los precios reales del mercado para materiales, transporte, equipos y mano de obra. Si no se llegare a un acuerdo entre las partes acerca de los precios unitarios para las obras extras, el DEPARTAMENTO DE CASANARE está facultada (sic) para contratar con un tercero la ejecución del trabajo, y tomará como base el costo directo más el porcentaje de Administración de la propuesta.



11. CAMBIOS DE OBRA

Se podrán ordenar cambios de obra durante la ejecución del contrato en las siguientes circunstancias:

- Para compensar ítem deficitados por ítem en superávit.
- Para ejecutar alguna actividad necesaria y omitida, por ítem en superávit.
- Para mejorar alguna especificación.
- En otros eventos en que, a juicio del el DEPARTAMENTO DE CASANARE se requieran para mejorar la calidad del trabajo.

Los cambios de obra se harán mediante la suscripción de Actas de Modificación de cantidades de Obra, suscritas por el INTERVENTOR y el CONTRATISTA, siempre y cuando no impliquen modificación del objeto, el valor y el plazo del contrato (fls. 55 – 56, c1).

4.2 El departamento de Casanare y el Consorcio Mataven Perforaciones celebraron el contrato No. 2057 del 30 de diciembre de 2010 (fls. 74 – 81, c1), cuyo objeto era: “Realizar la construcción de 12950 metros lineales de pozos profundos, suministro e instalación de 259 equipos de bombeo mecánico para suministro de agua con el fin de mejorar la producción agropecuaria en zona de sabana de los municipios de Yopal, Nunchía, Maní, Paz de Ariporo y Trinidad en el departamento de Casanare” (fl. 75, c1), con un valor de \$3.401’883.804 (cláusula quinta)⁷, y con un plazo de 6 meses (cláusula séptima).

La cláusula segunda definía las actividades a cargo del contratista, entre ellas, el cumplimiento de las especificaciones, valores, y demás ítems que se presentaron en la propuesta económica. De los ítems en mención, se resaltan los siguientes:

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UN	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
1.2	Perforación, reperforación y/o ampliación de prueba en diámetro 8.5”.	ML	12.950,00	60.795,00	787.295.250,00
1.4	Suministro e instalación de tubería acampanada PVC RDE 21 diámetro = 4”.	ML	9.065,00	62.822,00	569.481.430,00
1.5	Suministro e instalación de relleno grava lavada y libre de calcáreos para filtros de 1/32”-1”.	M3	259,00	727.559,00	188.437.781,00

⁷ El párrafo primero de la cláusula quinta estipulaba que: “El valor del contrato incluye todos los gastos directos e indirectos en que deba incurrir EL CONTRATISTA para la ejecución del mismo” (fl. 77, c1). La cláusula sexta, por su parte, señalaba: “FORMA DE PAGO: Se cancelará un anticipo del 15,789% del valor del contrato a la suscripción del acta de iniciación, y desembolsos mediante actas parciales hasta el 90% del valor del Contrato, según avances del mismo, con amortización del anticipo y el restante 10% una vez se suscriba el acta de liquidación y certificación del interventor respectivo” (fl. 77, c1).



En esta misma cláusula se pactó una administración del 18% -\$471'030.065-, unos imprevistos del 7% -\$183'178.359-, y una utilidad del 5% -\$130'841.685⁸.

4.3 El 18 de octubre de 2012, se suscribió el acta de terminación del contrato (fls. 82 – 86, c1). En este documento, al abordar las obras ejecutadas dentro del presupuesto, se señaló que las cantidades finales de los ítems que son objeto de la controversia fueron las siguientes:

ÍTEM	CANTIDAD INICIAL	CANTIDAD FINAL ⁹
Perforación, reperfusión y/o ampliación de prueba en diámetro 8.5”.	12.950,00	13.167,75
Suministro e instalación de tubería acampanada PVC RDE 21 diámetro = 4”.	9.065,00	9.807,75
Suministro e instalación de relleno grava lavada y libre de calcáreos para filtros de 1/32”-1”.	259,00	375,71

En el cuadro denominado “*Obra ejecutada mayores cantidades*” se indicó que los valores por este concepto ascendían a \$443'140.459. Adicionalmente, en las observaciones de la interventoría, se dijo: “*Se presentaron mayores cantidades de obra debido a que los promedios de perforación aumentaron considerablemente; las profundidades de los pozos se definieron puntualmente teniendo en cuenta las litologías de cada uno de ellos para así garantizar la captación de aguas de acuíferos que sean productivos en cualquier época del año. Las mayores cantidades de obra equivalen a [...] \$443.140.458,00 (sic) muy a pesar que el valor inicialmente solicitado era superior. Estas obras fueron debidamente solicitadas en término y avaladas para su realización teniendo en cuenta que los alcances del objeto contractual resultaban imposible cumplir (sic), razón por la cual resulto (sic) necesaria la realización de las mayores cantidades de obra para el cumplimiento de la meta física establecida en el estudio de necesidad, oportunidad y conveniencia. La razón de las mayores cantidades de obra fueron claramente definidas por la Oficina Asesora jurídica mediante concepto 120 10-02 No. 0300 dirigido a la firma interventora mediante radicado No 04953 de 29 de marzo de 2012 donde señalo (sic) que en el caso del contrato 2057 de 2010 ‘estaríamos frente a mayores*

⁸ El acta de iniciación del contrato fue suscrita el 11 de febrero de 2011 (fls. 628 – 629, tomo 3, del CD, fl. 384, c2). No obstante, se suscribió otra acta de iniciación el 22 de marzo siguiente (fls. 635 – 636, tomo 3, del CD, fl. 384, c2). En los demás documentos contractuales, esta última fue la que se tuvo en cuenta para efectos de contabilizar el plazo.

⁹ De la lectura del acta de liquidación (numeral 4.5), se colige que las cantidades referidas en esta columna corresponden a las reconocidas por el departamento, sin que en ellas se sumen las cantidades definidas en el cuadro de mayores cantidades de obra.



cantidades de obra' y agregó *'en estas circunstancias, lo procedente es, simplemente, con fundamento en la justificación técnica efectuar por la administración misma, un movimiento presupuestal para cubrir ese mayor costo de ejecución del contrato'* (fl. 84, c1).

También se aclaró que, pese a que el contratista solicitó y el interventor avaló una adición del valor, el departamento no emitió una respuesta sobre el tema.

4.4 El 13 de noviembre de 2012, el representante del consorcio, el interventor y la supervisora suscribieron el acta de recibo final del contrato de obra (fls. 87 – 90, c1), en la que se reafirmó que la fecha de terminación fue el 18 de octubre de 2012¹⁰. Luego de reiterar que se incurrió en mayores cantidades de obra, se aseveró: *"Las observaciones dentro del acta de liquidación es un derecho del contratista según lo prescrito en el art. 60 de la ley 80 de 1993 y fallos [...] de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Teniendo en cuenta que existen valores por reclamar relacionados con las mayores cantidades de obra y su (sic) correspondientes actualizaciones por el paso del tiempo, el Consorcio Mataven Perforaciones se reserva el derecho a efectuar las reclamaciones que estime necesarias en sede administrativa o judicial tendientes a exigir el pago de las mayores cantidades de obra ejecutada"* (fl. 89, c1).

4.5 El 2 de diciembre de 2013, el representante del consorcio contratista, el interventor, la supervisora, el secretario de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente y la directora de Desarrollo Rural suscribieron el acta de liquidación del contrato (fls. 91 – 101, c1). En el numeral 7 de este documento, se precisó que no se reconocerían las mayores cantidades de obra (aunque sí se incluyó el cuadro resumen que contiene dichas mayores cantidades). Sumado a ello, se registró la misma salvedad plasmada en el acta de recibo final.

También se dijo: *"Al avanzar en la ejecución de la obra, efectivamente se corroboró que las profundidades de perforación eran mayores a las proyectadas, lo que se tradujo en mayor profundidad de perforación, mayor cantidad de tubería de 4"*,

¹⁰ Además, se plasmó: *"Las obras fueron ejecutadas conforme a lo estipulado en las especificaciones técnicas de construcción para suministro de agua con el fin de mejorar la producción agropecuaria en zona de sabana de los municipios de Yopal, Nunchía, Maní, Paz de Ariporo y Trinidad en el departamento de Casanare, para 255 beneficiarios de los 259 estipulados en el contrato.*

"Realizada la inspección total de la obra, se constató que los trabajos terminados se encuentran ejecutados a entera satisfacción de acuerdo con lo establecido en el contrato. en (sic) consecuencia, el contratista hace entrega real y efectiva de la obra ejecutada a la interventoría" (fl. 89, c1),



mayor cantidad de gravilla libre de calcáreos para empaquetar los pozos, lo que indicaba a las claras (sic) que con el presupuesto inicial, no se alcanzaría a construir las doscientas cincuenta y nueve perforaciones y suministro de equipos de bombeo a ese número de beneficiarios indicados en el objeto contractual, por las mayores cantidades de obra originadas por encontrarse los acuíferos a mayor profundidad de la estimada” (fl. 97, c1).

Posteriormente, se planteó: *“Sin embargo la solicitud para este contrato para cubrir las mayores cantidades de obra no han tenido repercusión. Por otra parte, el contratista una vez habilitado ejecutó las mayores cantidades de obra requeridas para la puesta en funcionamiento de la totalidad de los pozos, de conformidad por lo planeado en el Estudio Previo sobre recibir pozos totalmente terminados y en funcionamiento, y, basados en el concepto emitido por la oficina asesora jurídica del departamento en Marzo 23 de 2012 (ver párrafo No.5) y recibido en Interventoría el once (11) de Abril de 2012, donde se informa que habría que hacer un movimiento presupuestal para cubrir ese mayor costo de ejecución del contrato” (fl. 98, c1).*

Finalmente, se concluyó que el consorcio no se declaraba a paz y salvo por un valor de \$443'140.459, con ocasión de las mayores cantidades de obra, que fueron debidamente ejecutadas y entregadas a la parte demandada. No obstante, se manifestó: (i) el contratista, con la presentación de la oferta y la suscripción del contrato, asumió la variación y el incremento en las mayores cantidades de obra, por cuanto este era un riesgo previsible tipificado en el pliego de condiciones; (ii) la ejecución de obras adicionales requería de la suscripción de un contrato adicional, el cual debía contar con la aquiescencia directa del departamento de Casanare, sin que el interventor o el supervisor tuvieran facultades para comprometer al ente territorial; (iii) el concepto de la Oficina Asesora Jurídica no puede entenderse como una autorización previa por parte del departamento, pues en él no se registró ninguna autorización y, de haberse consignado, tal dependencia no tenía competencia para ello, y (iv) si bien el interventor y la supervisora recibieron mayores cantidades de obra, el secretario de Agricultura y la directora de Desarrollo Rural no avalaron tal situación, por cuanto no medió un otrosí, no existía disponibilidad de recursos y el acta de recibo final no cuenta con la firma del funcionario delegatario.

4.6 En el expediente físico obran las actas de entrega final de los pozos a los beneficiarios, en las cuales se registra el nombre e identificación de los mismos, la



profundidad total de cada pozo y los materiales empleados en su construcción (fls. 102 – 250, c1 y 251 – 351, c2). Los tomos 10 a 14 de uno de los CD (fl. 385, c2) recogen todo lo relacionado con la entrega de los pozos a los beneficiarios (se aclara que en los demás tomos de los CD también reposan documentos relativos a las actas de entrega a los beneficiarios y a la comunidad).

4.7 En el plenario obran dos CD (fls. 384 y 385, c2), con los antecedentes administrativos del contrato 2057 de 2010. Del expediente magnético, se resalta:

4.8 El 3 de diciembre de 2010, el departamento de Casanare adelantó la audiencia de asignación de riesgos, sin que ningún oferente acudiera a la misma, tal y como consta en el acta de esa fecha (fl. 127, tomo 1, del CD, fl. 384, c2).

4.9 El 13 de diciembre de 2010, se suscribió el acta de la visita obligatoria, que estaba programada para el día 11 de ese mes y año. Se aseveró que el consorcio contratista no presentó observaciones (fl. 181, tomo 1, del CD, fl. 384, c2).

4.10 Las partes suscribieron el otrosí aclaratorio No. 1 del 13 de abril de 2011 (fls. 656 – 657, tomo 3, del CD, fl. 384, c2), por medio del cual se precisó el contenido de la cláusula novena, relativa a la imputación presupuestal. En dicho documento, se aclaró la cifra que se afectaría de cada uno de los certificados de vigencias futuras, sin que se modificaran aspectos relacionados con el valor del contrato.

4.11 El contrato 2057 de 2010 fue objeto de las siguientes suspensiones:

NÚMERO DE LA SUSPENSIÓN	FECHA	TIEMPO DE LA SUSPENSIÓN	MOTIVO
Acta 1 de suspensión del contrato (fls. 652 – 654, tomo 3, del CD, fl. 384, c2).	5/04/2011.	2 meses.	El trámite de un otrosí aclaratorio, relacionado con la cláusula novena (que define los rubros a los que se imputa el valor del contrato); el excesivo invierno, y la escasez de grava.
Ampliación 1 a la suspensión 1 del contrato (fls. 662 – 664, tomo 3, del CD, fl. 384, c2).	3/06/2011.	1 mes.	Alistar el equipo adquirido para poder trabajar en terreno inundado, el cual es producido por el exceso de lluvias.
Ampliación 2 a la suspensión 1 del contrato (fls. 670 – 672, tomo 3, del CD, fl. 384, c2).	3/07/2011.	1 mes y 15 días ¹¹ .	Excesivo periodo invernal.

¹¹ A pesar de que, al inicio de esta acta, se dice que la ampliación será por un mes, al plasmar las causas de la misma, se precisa que la ampliación fue aprobada por 1 mes y 15 días. En todo caso,



Acta de reinicio (fls. 673 – 674, tomo 3, del CD, fl. 384, c2).	18/08/2011.		
Acta 2 de suspensión del contrato (fls. 941 – 943, tomo 4, del CD, fl. 384, c2).	29/11/2011.	1 mes y 15 días.	Excesivo periodo invernal.
Ampliación 1 a la suspensión 2 del contrato (fls. 1453 – 1455, tomo 5, del CD, fl. 384, c2).	12/01/2012.	1 mes.	Dificultades en las condiciones de acceso a las zonas más apartadas.
Ampliación 2 a la suspensión 2 del contrato (fls. 1456 – 1458, tomo 5, del CD, fl. 384, c2).	13/02/2012.	1 mes.	Dificultades de acceso debido a las lluvias.
Acta de reinicio (fls. 1459 – 1460, tomo 5, del CD, fl. 384, c2).	12/03/2012.		
Acta 3 de suspensión del contrato (fls. 1461 -1463, tomo 5, del CD, fl. 384, c2).	23/04/2012.	2 meses.	Incremento de la temporada invernal, que dificultaba la entrega de los pozos a los beneficiarios.
Ampliación 1 a la suspensión 3 del contrato (fls. 2427 – 2429, tomo 8, del CD, fl. 385, c2).	22/06/2012.	2 meses.	Condiciones climáticas que dificultaban la entrega de los pozos a los beneficiarios.
Ampliación 2 a la suspensión 3 del contrato (fls. 2430 – 2432, tomo 8, del CD, fl. 385, c2).	22/08/2012.	2 meses.	Condiciones climáticas que dificultan la movilidad a los predios más alejados (afectando la entrega a los beneficiarios).
Acta de reanudación (fls. 2458 – 2460, tomo 8, del CD, fl. 385, c2).	12/10/2012.		

4.12 El consorcio y el interventor suscribieron el acta modificatoria de obra No. 1 del 21 de marzo de 2012 (fls. 2442 – 2443, tomo 8, del CD, fl. 385, c2), que cambió las cantidades de obra de los ítems objeto de debate, así:

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD ORIGINAL	CANTIDAD ACTUALIZADA
1.2	Perforación, reperfusión y/o ampliación de prueba en diámetro 8.5”.	12.950,00	12.930,00
1.4	Suministro e instalación de tubería acampanada PVC RDE 21 diámetro = 4”.	9.065,00	8.863,32
1.5	Suministro e instalación de relleno grava lavada y libre de calcáreos para filtros de 1/32”-1”.	259,00	337,53

En este documento se precisó: *“Las cantidades iniciales variaron ya que inicialmente se programaron (sic) la construcción de doscientos cincuenta y nueve pozos de una profundidad aproximada de 50 M.L. pero debido a que las muestras litológicas han mostrado ser muy escasas para la producción de agua con estos promedios de profundidad para algunos casos, se tomo (sic) la determinación de*

en el acta de terminación del contrato se reitera que la ampliación 2 de la suspensión 1 del 3 de julio de 2011 fue por este último término.



perforar hasta encontrar zonas productoras que garanticen la productividad del pozo. Los promedios de perforación se han incrementado lo que implica que el metraje total objeto del contrato no es suficiente para cumplir con el objeto contractual de 259 pozos” (fl. 2442, tomo 8, del CD, fl. 385, c2).

La variación en las diferentes cantidades de obra no implicó una alteración del precio. En todo caso, la interventoría recomendó que las partes celebraran una adición y una prórroga del negocio.

4.13 Posteriormente, el 12 de octubre de 2012, se suscribió el acta de modificación de obra No. 2 (fls. 2527 – 2528, tomo 9, del CD, fl. 385, c2), por medio de la cual se modificaron las cantidades analizadas de la siguiente manera:

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD ORIGINAL	CANTIDAD ACTUALIZADA
1.2	Perforación, reperforación y/o ampliación de prueba en diámetro 8.5”.	12.950,00	13.167,75.
1.4	Suministro e instalación de tubería acampanada PVC RDE 21 diámetro = 4”.	9.065,00	9.807,75.
1.5	Suministro e instalación de relleno grava lavada y libre de calcáreos para filtros de 1/32”-1”.	259,00	375,71.

4.14 El 16 de octubre de 2012, se suscribió el acta de modificaciones de obra No. 3 (fls. 2446 – 2447, tomo 8, del CD, fl. 385, c2):

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD ORIGINAL	CANTIDAD ACTUALIZADA
1.2	Perforación, reperforación y/o ampliación de prueba en diámetro 8.5”.	12.950,00	14.843,00.
1.4	Suministro e instalación de tubería acampanada PVC RDE 21 diámetro = 4”.	9.065,00	11.018,00.
1.5	Suministro e instalación de relleno grava lavada y libre de calcáreos para filtros de 1/32”-1”.	259,00	423,46.

Allí se consignó que las mayores cantidades de obra ascendían a \$443'140.458 (aunque solo se transcribieron los cambios de cantidades de tres de los ítems, la totalidad de los mismos fue objeto de incremento en relación con lo que se había definido en el acta No. 2).

Adicionalmente, se dijo: “es necesario aprobar las mayores cantidades propuestas en la presente acta para dar por recibidos doscientos cincuenta y cinco pozos



construidos por el contratista dentro del contrato de la referencia” (fl. 2447, tomo 8, del CD, fl. 385, c2).

4.15 La Oficina Asesora Jurídica del departamento de Casanare emitió el concepto 120 10-02 No. 0300 del 23 de marzo de 2012 (fls. 2607 – 2608, tomo 9, del CD, fl. 385, c2), por medio del cual se le indicó al interventor:

[...] Ahora, si para alcanzar el objeto contractual se hace necesario buscar alternativas frente a los eventos no previstos como los expuestos aquí, la administración está en el deber jurídico de adecuar las condiciones para la consecución del objeto, así ello implique la ejecución de una mayor cantidad de obra y el desarrollo de obras adicionales al objeto contractual, en atención a la funcionalidad de la obra contratada y en aras de maximizar el proyecto, esto contando con los recursos económicos necesarios para ello.

Lo anterior además, sin perjuicio de las posibles investigaciones que puedan surgir en el evento de establecerse deficiencia en la planeación al momento de la confección de los Estudios Previos.

Precisado lo anterior, tenemos que para el caso en estudio se tendría que si para encontrar los acuíferos con la cantidad de agua requerida se necesita realizar una mayor perforación, por que (sic) al parecer el alcance de lo acordado es insuficiente, estaríamos frente a mayores cantidades de obra, esto para el caso de contrato 2057-2010, pues al parecer se requieren mayores cantidades de obra frente a los ítems descritos por usted y que se encuentran contemplados en el contrato, en estas circunstancias, lo procedente es, simplemente, con fundamento en la justificación técnica, efectuar por la administración misma, un movimiento presupuestal para cubrir ese mayor costo de ejecución del contrato, bastando para ello únicamente la autorización del respectivo del funcionario (sic), conforme a las directrices del decreto Departamental No. 032 del 17 de Febrero de 2012 [...].

5. Problema jurídico:

Le corresponde a la Sala determinar si el departamento de Casanare está en la obligación de reconocer y pagar las mayores cantidades de obra del contrato 2057 de 2010, las cuales fueron avaladas por la interventoría y recibidas a satisfacción por la administración.

Para el efecto, se analizará el alcance del sistema a precios unitarios y la manera en la que aplican las mayores cantidades de obra en esta específica forma de pactar el precio de un contrato estatal.

Ahora bien, aunque el tribunal de primer grado fundó gran parte de sus consideraciones en la teoría del equilibrio económico, lo cual fue reprochado en el recurso -dado que el actor insiste en que esta figura no es aplicable-, la Sala



entiende que la controversia no se enfoca en el desequilibrio del sinalagma contractual con fundamento en actuaciones lícitas de la administración, o en hechos anormales, extraordinarios, imprevistos y ajenos a las partes, sino en si se cumplen los requisitos establecidos por esta Corporación para el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra. Se aclara que, en todo caso, las consideraciones del *a quo* emanaron, también, de algunas imprecisiones de la demanda, que invocaba el no pago de las mayores cantidades como fuente del rompimiento de la economía del contrato.

5.1 Cuestión previa: las salvedades en el acta de liquidación bilateral:

Antes de abordar el problema jurídico propuesto, es necesario analizar la claridad y suficiencia de la salvedad plasmada por el actor en el acta de liquidación bilateral, dado que esta Corporación ha sido enfática en explicar que, en procesos como el de la referencia, “[...] *las pretensiones de la demanda solamente pueden prosperar cuando el demandante ha dejado, en relación con ellas, constancias o salvedades en la liquidación del contrato*”¹².

Dichas salvedades, según el criterio de la Sección Tercera, deben ser claras, expresas y concretas, lo cual es un requisito lógico, por cuanto aquellas tienen como propósito poner en conocimiento de la contraparte las inconformidades que se tienen en relación con el negocio jurídico suscrito. Sobre este punto, la Subsección C de esta Corporación ha aseverado:

En este sentido, constituye requisito para la prosperidad de las pretensiones de la acción contractual la existencia de la inconformidad, que debe estar expresa y escrita en el acta de liquidación bilateral. Por esto considera la Sala –

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 9 de julio de 2021, C.P.: Alberto Montaña Plata. Rad.: 88001-23-33-000-2013-00008-01 (52.045).

Esta Subsección, por su parte, ha afirmado: “La Sección Tercera de esta Corporación, de manera uniforme y reiterada ha considerado que una vez el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en el que consta la misma contiene un consenso de los extremos contratantes que no puede ser desconocido posteriormente ante la instancia judicial por parte de quien lo suscribe, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o se deje expresa constancia de la existencia de salvedades o discrepancias respecto del cruce de cuentas que allí se consigna. // De igual modo, su contenido también puede ser controvertido por la parte cuando de allí se desprenda algún vicio que afecte su validez, como ocurriría por ejemplo en el evento de existir falta de competencia, falta de capacidad, u objeto o causa ilícita. // En atención a esa lógica, la prosperidad de la acción contractual se encuentra circunscrita a la posibilidad de controvertir exclusivamente aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el accionante hubiere manifestado expresamente su disconformidad en el acto de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, quedando excluido aquello respecto de lo cual se hubiere guardado silencio” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de noviembre de 2021, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Rad.: 25000-23-36-000-2013-02201-01 (56.023)).



sentencia de julio 6 de 2005, exp. 14.113- que: "... la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión de contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad..."¹³.

En el caso *sub-examine*, el acta de liquidación bilateral fue suscrita el 2 de diciembre de 2013 (fls. 91 – 101, c1), y en ella se plasmó la siguiente salvedad, que ya había sido transcrita en el acta de recibo final:

La inclusión de observaciones dentro del acta de liquidación es un derecho del contratista según lo prescrito en el art. 60 de la ley 80 de 1993, reiterados fallos de la sección tercera del Consejo de Estado [...]. Teniendo en cuenta que existen trabajos ejecutados por pagar por parte de la administración departamental relacionados con las mayores cantidades de obra y su correspondientes (sic) actualizaciones por el paso del tiempo, el Consorcio Mataven Perforaciones se reserva el derecho de efectuar las reclamaciones que estime necesarias en sede administrativa o judicial tendientes a exigir su pago efectivo (fl. 97, c1).

Posteriormente, se indicó: *"Se concluye que la firma Mataven Perforaciones en su calidad de contratista NO se declara a paz y salvo por un valor presente de \$443.140.459,00 con el Departamento de Casanare con relación a las mayores cantidades de obra debidamente ejecutadas dentro del contrato de obra No 2057 de 2010, estas aparecen consignadas en el acta de terminación y fueron debidamente entregadas en el acta de recibo final las cuales serán objeto de reclamación en conciliación y/o judicialmente para su reconocimiento y pago con la respectiva actualización e intereses"* (fl. 98, c1).

Partiendo de lo expuesto, la Sala colige que las salvedades incluidas en el acta de liquidación fueron lo suficientemente claras y concretas -por lo que las pretensiones de la demanda podían ser estudiadas-, ya que le permitían al departamento conocer los motivos y el objeto de las diferencias del contratista con el contenido del acuerdo liquidatorio. Tanto es así que, en el mismo documento contractual, la entidad pública justificó las razones por las que no cancelaría las mayores cantidades de obra (ver numeral 4.5 de los hechos probados).

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 10 de septiembre de 2014, C.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 05001-23-31-000-1996-00451-01 (27.648).



5.2 La noción de los contratos a precios unitarios:

La cláusula del precio, conforme a lo establecido por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, es un elemento de la esencia de los contratos estatales onerosos, el cual puede ser pactado, por regla general, a precio global, a precios unitarios o por administración delegada.

El contrato pactado a precios unitarios, que es el que llama la atención de la Sala en esta oportunidad, implica individualizar el valor de cada uno de los ítems requeridos para llevar a cabo la obra o el proyecto -el cual se deriva, a su vez, de apreciar todos los componentes necesarios¹⁴ para la ejecución de la unidad de medida del ítem correspondiente (metro lineal, metro cúbico, metro cuadrado, etc.)-. Por lo mismo, el precio será el resultado de multiplicar la cantidad finalmente ejecutada por el valor unitario respectivo. Esta figura no se encuentra prevista en la Ley 80 de 1993, razón por la que, para efectos ilustrativos, resulta pertinente recurrir a la definición que, en su momento, contuvo el derogado artículo 89 del Decreto 222 de 1983, el cual prescribía:

Los contratos a precios unitarios son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.

El contratista es el único responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos y la adquisición de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado que la esencia del contrato a precios unitarios consiste en que, “[...] ante la imposibilidad de establecer con exactitud, previamente a la ejecución del negocio jurídico, los montos totales que resultarán de realizar la obra contratada, la entidad tanto en los pliegos como en el contrato aproxima un cálculo estimado de la cantidad o unidades de obra que se requerirá ejecutar para que el proponente establezca en su propuesta unos valores unitarios respecto de cada unidad de obra prevista por el ente contratante, de tal manera que el valor final del contrato será el resultado de sumar todos los productos que a su turno surjan de multiplicar los precios unitarios

¹⁴ Entre ellos, las horas de trabajo de la mano de obra, el tipo de herramientas o maquinaria y la cantidad de algunos insumos.



definidos en la propuesta –y aceptados por la entidad contratante, claro está- por las cantidades de obra final y efectivamente ejecutadas”¹⁵.

Por supuesto, dada la naturaleza de este sistema de precios, que contempla la posibilidad de variar las cantidades e ítems originalmente previstos entre las partes, en la jurisprudencia se han desarrollado los conceptos de *mayores cantidades de obra* y de *obras extras o adicionales*. La diferencia entre ambos, tal y como se abordará de mejor manera en el título siguiente, radica en que, el primero, implica aumentar las cantidades de los ítems pactados desde el comienzo, mientras que el segundo exige incluir obras o actividades que no habían sido convenidas, pero que, de todos modos, son indispensables para el cumplimiento del objeto.

5.3 Las mayores cantidades de obra y las obras extras o adicionales:

Las mayores cantidades de obra y las obras adicionales son dos figuras perfectamente aplicables en la contratación estatal, las cuales facilitan la gestión contractual y permiten que se cumplan los fines del Estado, sin necesidad de dilaciones o entorpecimientos injustificados.

-Las mayores cantidades de obra, se repite, se presentan cuando las partes deben aumentar las cantidades de algunos ítems que sí estaban contemplados en el contrato, pero que su cálculo preliminar resultó insuficiente. Así, por ejemplo, si en un contrato de obra se habían previsto y contratado 100 metros cúbicos de excavación, pero, en la etapa de ejecución, se determinó que este número no era suficiente, las partes pueden incrementar los metros que deberán excavarse, en atención a que dicho aumento resulta esencial para cumplir la finalidad pública que se perseguía con la contratación. Sobre este tema, la Subsección B de la Sección Tercera ha dicho:

34. La Sala comparte que no es necesaria la celebración de modificaciones contractuales en materia de mayores cantidades de obra en contratos a precios unitarios. Lo anterior, pues este tipo de contratos es a precio determinable y la cláusula de valor es meramente indicativa. Sin embargo, esto no se opone a lo señalado anteriormente, pues una cosa es la necesidad de una modificación y otra que se requiera una autorización. Exigencia esta última (sic) que, además,

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 29 de julio de 2015, C.P.: Hernán Andrade Rincón (E). Rad.: 68001-23-31-000-2002-02796-01 (41.008).



se puede evidenciar en los conceptos referidos por el apelante y que no resulta contradictoria con el precio determinable que caracteriza a estos contratos¹⁶.

-Por otro lado, las obras extras o adicionales son aquellas que no estaban convenidas en el contrato, y que, por lo tanto, implican una modificación del mismo, que debe ser pactada por las partes y, en cuanto deriven en un mayor valor -dado que se pueden compensar con cantidades de obras acordadas que ya no se vayan a ejecutar-, ameritarán la celebración de un contrato adicional en valor, fundado en la estipulación de los nuevos precios unitarios. Las obras extras también se encuentran permitidas en la contratación estatal, y son procedentes cuando las mismas resultan esenciales para el cumplimiento del objeto¹⁷. En relación con este asunto, la Corporación explicó:

20. Para resolver el punto de apelación, es preciso distinguir lo que esta Corporación ha definido como obras adicionales. Las obras adicionales se consideran obras distintas de las inicialmente previstas en el objeto contractual, o ítems no previstos pero cuya ejecución se torna necesaria para cumplirlo a cabalidad, en tal sentido su reconocimiento implica variación del contrato.

20.1. En armonía con esta noción, su reconocimiento a través de la acción de controversias contractuales, implica que la entidad contratante las haya autorizado, se consagren en el contrato a través de modificación de mutuo acuerdo, de manera unilateral o bien en la forma prevista en el respectivo

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 9 de julio de 2021, C.P.: Alberto Montaña Plata. Rad.: 88001-23-33-000-2013-00008-01 (52.045).

La Sección Tercera también ha manifestado sobre este asunto, lo siguiente: “6.3.2. Sobre la particular, ha de mencionarse que en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en que ella fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual. // La mayor cantidad de obra, ha dicho la Sala, ‘que resulte del estimativo inicial en los contratos celebrados a precios unitarios no implica, en principio, en forma alguna cambio de objeto ni cambio de su valor, porque en este tipo de contratos solo podrá hablarse de este último cambio cuando la modificación se hace en alguno o alguno (sic) de los precios unitarios convenidos’” (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Rad.: 05001-23-26-000-1992-01369-01 (17.031)).

¹⁷ La Sala puntualiza lo siguiente: recientemente, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-214 de 2022 (M.P.: Jorge Enrique Ibáñez Najjar), en la que, en ejercicio de la revisión eventual de una acción de tutela presentada en contra de la Corte Suprema de Justicia, determinó que aplicaría la jurisprudencia del Consejo de Estado vigente al momento de los hechos objeto de estudio (año 2004), por lo que afirmó que las obras extras conllevan a una modificación del objeto, lo cual debe ser producto de un proceso contractual independiente. En concreto, expuso: “Esas conclusiones, además, se obtuvieron por las demandadas a partir de la aplicación de la jurisprudencia vigente para ese momento de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que ya había señalado que la ejecución de ítems no previstos en los pliegos de condiciones y en los contratos pactados por el sistema de precios unitarios implicaba una modificación del objeto contractual que debía efectuarse mediante un contrato adicional producto de un proceso de contratación independiente”. Aunque el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional reiteró que esta decisión se adoptaba con fundamento en la tesis del Consejo de Estado imperante en el año 2004, esta Subsección debe aclarar que, en la actualidad, la Sección Tercera entiende que las obras extras o adicionales son válidas, y no requieren de un proceso de selección independiente, pero siempre que estos ítems nuevos sean indispensables para el efectivo cumplimiento del contrato inicial.



contrato y en todo caso que no obedezcan a la iniciativa del contratista de realizarlas sin consentimiento de la entidad¹⁸.

Posteriormente, se aseveró:

70. La Sala recuerda que es necesario que exista una modificación para que se condene a una entidad contratante a pagar obras adicionales. Ello es así, puesto que solamente con la modificación se entiende que el contratista tiene la obligación de ejecutarlas y la entidad la correlativa obligación de pagarlas. Esta es una consecuencia de la solemnidad que se exige para los contratos estatales y sus modificaciones; deben constar por escrito. Por tanto, en el caso concreto no puede accederse a esta pretensión, pues se trató, como reconoció el contratista, de obras que “no tenía contratadas”¹⁹.

Como se observa, no hay duda de que, cuando las partes estimen necesario incluir una obra extra que comprenda aumentar el valor del contrato, se deberá suscribir un contrato adicional, que formalice tal modificación, dado que, de lo contrario, no podrá reconocerse su pago.

5.4 Solución al caso concreto:

Lo primero que debe precisarse es que el contrato 2057 de 2010, según un análisis sistemático de sus cláusulas y de los demás documentos contractuales, era a precios unitarios, como lo reiteró insistentemente el actor. Aunque el párrafo primero de la cláusula quinta disponía que el valor del contrato incluía todos los gastos directos e indirectos necesarios para la ejecución, esta estipulación contractual debe armonizarse con la cláusula segunda, que, al definir las actividades del contratista, enunció la descripción, unidad de medida, cantidad y valor unitario de cada uno de los ítems del acuerdo, los cuales, junto con el A.I.U., equivalían al precio -el monto de la cláusula quinta se desprendía de los precios unitarios señalados en la cláusula segunda-²⁰.

Partiendo de este escenario, era posible que se modificaran las cantidades de obra, dado que la naturaleza del contrato permitía variar la estimación inicialmente realizada por las partes.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 4 de junio de 2019, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Rad.: 73001-23-31-000-2008-00741-01 (39.974).

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 18 de noviembre de 2021, C.P.: Alberto Montaña Plata. Rad.: 47001-23-33-001-2013-00363-01 (61.641).

²⁰ Como refuerzo de esta idea, el numeral 9 del Anexo 1 del pliego de condiciones disponía que el valor de las actas parciales de obra sería el resultado de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas y aprobadas por el interventor por los precios unitarios cristalizados en la propuesta.



Conforme a lo indicado en líneas precedentes, el valor del contrato en el sistema a precios unitarios es indicativo o estimativo, motivo por el cual el valor real dependerá de las cantidades que final y efectivamente sean ejecutadas, multiplicadas por los precios unitarios que hayan sido pactados. Por lo mismo, en principio, el reconocimiento de las mayores cantidades de obra no es más que la aplicación de la forma de precio y pago estipuladas en el contrato, es decir, la implementación del procedimiento convenido por las partes para calcular el valor final del negocio jurídico: cantidades ejecutadas por valor de ítem acordado.

En línea con lo anterior, es pertinente tener en cuenta que, justamente, la modalidad de pago a precios unitarios se caracteriza porque su determinación final impone establecer las cantidades verdaderamente ejecutadas, multiplicándolas por los precios unitarios; de ahí que lo vinculante en estos casos no sea propiamente el valor total inicialmente estimado, ni las cantidades inicialmente previstas, sino los valores unitarios que las partes acordaron aplicar a cada uno de los ítems.

A diferencia de lo que ocurre con los contratos a precio global, en los que el precio se delimita al margen de las cantidades que se ejecuten y de su valor unitario, en el sistema de precios unitarios el contratista no asume el riesgo de las mayores cantidades de obra, ni la entidad el de las menores, pues lo que deberá pagarse o cancelarse se desprenderá de lo que indiscutiblemente se haya ejecutado.

La modalidad del precio que se está estudiando es empleada, comúnmente, en los contratos de obra, toda vez que en esta tipología contractual es poco probable -o, por lo menos, bastante difícil- fijar con exactitud las cantidades de obra que deberán realizarse para cumplir con el objeto. Por tal razón, cuando lo que se pacta es el contrato a precios unitarios, la multiplicación de las cantidades ejecutadas por los precios unitarios plasmados desde el comienzo no supone nada más que la aplicación de las estipulaciones definidas por las partes.

Lo expuesto hasta este punto, no significa que el contratista pueda adelantar cualquier mayor cantidad de obra sin ningún tipo de límite, debido a que solamente podrá construir aquello que sea imprescindible para cumplir con el objeto. En estos casos, la entidad deberá ejercer un riguroso control, en atención a las cantidades que se están ejecutando, puesto que deberá verificar, antes de proceder con el pago, que las mismas sí eran indispensables para finiquitar o culminar con las



obligaciones a cargo del contratista. De cualquier manera, las partes podrán estructurar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, mecanismos de control adicionales, como autorizaciones con requisitos especiales (en caso de que, por ejemplo, las cantidades superen el valor inicialmente estimado).

Si se descienden estos planteamientos al caso concreto, se puede concluir que las mayores cantidades de obra que se enunciaron en los diferentes documentos contractuales eran esenciales para cumplir con el objeto contractual -para que los pozos fueran funcionales-, al tiempo que solo implicaron la modificación de las cantidades originalmente previstas -sin que se alterara el precio unitario de cada ítem o se incluyera alguno nuevo-. Por este motivo, para la Sala es evidente que el contratista tenía derecho a que se le pagaran esas mayores cantidades de obra, pues su reconocimiento se desprendía de la aplicación de esta modalidad del precio, la cual fue incluida en el contrato 2057 de 2010²¹.

Tal y como se planteó en el recurso de apelación, la modalidad del precio que fue definida en el contrato objeto de controversia implicaba que se le pagara al contratista las cantidades de obra que realmente fueron ejecutadas, siempre que las mismas resultaran necesarias para el cumplimiento de las prestaciones, lo cual, como ya se dijo, se encuentra acreditado en esta oportunidad.

En complemento de esta idea, en el plenario también está probado que el contratista actuó en todo momento de manera diligente, por cuanto puso en conocimiento de la entidad contratante la necesidad de aumentar las cantidades de algunas unidades de obra, sin que recibiera respuesta por parte del departamento²². Es decir, si bien

²¹ Según este sistema de precios y las razones que lo justifican, la obligación de calcular el valor final del contrato en función de las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, surge desde el momento mismo de la celebración del negocio jurídico, en función a las modalidades de precio y pago estructuradas por los cocontratantes.

²² El director de obra del proyecto le envió al interventor el oficio CMP-004 del 2 de septiembre de 2011 (fls. 2566 – 2570, tomo 9, del CD, fl. 385, c2), en el que informó: “[...] En primera instancia me permito comunicar que la proyección de profundidades promedio que se estableció en los estudios previos del contrato tiene como base estudios de geo eléctrica que son muy generales y que no garantizan ni definen puntualmente la profundidad exacta de cada uno de los pozos proyectados para ser perforados. // [...] Con la práctica asimilada de los pozos construidos en la llanura de la Orinoquia se puede establecer que hay diferencia de profundidades a lo largo del territorio debido a diferentes factores que nos dan terrenos que no muestran homogeneidad en la consecución de aguas subterráneas. // [...] En algunos sectores las perforaciones se producen en terrenos arcillosos hasta profundidades superiores a los promedios establecidos teóricamente lo que implica la necesidad de perforar hasta encontrar reservorios de agua en zonas de arenas que nos garanticen un buen acuífero. Como es de su conocimiento las permeabilidades de las arcillas son nulas y no son productoras de agua”.

De igual modo, el 30 de septiembre de 2011, el representante del contratista le envió al interventor el oficio CMP-007 (fl. 2563, tomo 9, del CD, fl. 385, c2), por medio del cual solicitaba una adición y



el demandante pretendió comunicarle a la entidad lo que estaba aconteciendo en el marco de la ejecución contractual, esta se abstuvo de emitir alguna consideración al respecto, sin aclararle cómo debía proceder ante la evidente exigencia de aumentar los metros lineales de perforación. Ese comportamiento, sumado a la naturaleza del sistema de precios unitarios, impide que, en sede judicial, el contratante pueda negarse u oponerse a pagar las cantidades de obra que, al final, se requerían para lograr los fines perseguidos con esta contratación.

Así, y como este contrato se pactó bajo el sistema de precios unitarios; las mayores cantidades de obra se requerían para garantizar la captación de aguas con acuíferos productivos en cualquier época del año; tal situación fue puesta en conocimiento de la entidad; las mayores cantidades fueron ejecutadas; fueron avaladas por la interventoría y por la supervisión, y finalmente fueron recibidas a

una prórroga del contrato 2057 de 2010, con el fin de dar cobertura al 100% de los beneficiarios del proyecto.

El 29 de febrero de 2012, a través de oficio CMP-015 (fl. 2554, tomo 9, del CD, fl. 385, c2), el consorcio le elevó al interventor una nueva solicitud de adición y prórroga, por valor de \$1.692'082.856 y por un plazo de 10 meses. Esta se justificó en "[...] las difíciles condiciones de acceso de las obras que estarían pendientes en caso de ser aprobada dicha adición".

El 23 de abril de 2012, el interventor le envió al departamento un oficio (fls. 2594 – 2595, tomo 9, del CD, fl. 385, c2), señalando: "El Consorcio Mataven Perforaciones, presento (sic) a la interventoría una solicitud de Adicional en cuantía y plazo del contrato de la referencia [2057 de 2010] el día veintitrés (23) de Marzo de 2012, con el fin de dar cumplimiento al objeto del contrato [...]. // El adicional se requiere para poder construir treinta y seis (36) pozos para completar los 259 contratados, es por la suma de [...] (\$560'333.745,00) y por un lapso de tres (03) meses, ya que por mayor profundidad de perforación a la presupuestada en el cuadro de cantidades inicial, se incrementaron los costos de la perforación, la gravilla y más tubería. // La Interventoría ha revisado minuciosamente dicha solicitud y la aprueba tanto en cuantía como en plazo, para así cumplir con el objeto contractual y llevar beneficio a la comunidad".

El interventor le remitió al departamento el oficio CONT-INTERV 0260-2057-010 del 10 de abril de 2013 (fls. 2598 – 2599, tomo 9, del CD, fl. 385, c2), que decía: "[...] El Consorcio Mataven Perforaciones, representado legalmente por el Ing Luis Carlos Cantor Ávila, presento (sic) a la firma Interventora DIARCO LTDA el día treinta (30) de Septiembre de 2011 mediante oficio CPM-007 (sic) una solicitud de adición en valor y plazo, al contrato de la referencia, ya que se había comprobado en el terreno que la profundidad estimada en el estudio previo como promedio de perforación de los pozos profundos y como base para el valor del contrato, no concordaban y esta era mayor. Lo anterior, incrementó la perforación, la cantidad de tubería, la cantidad de gravilla para empaquetar los pozos, lo que originó que el presupuesto inicial no fuera suficiente para cumplir con el objeto contractual o sea el suministro e instalación de doscientos cincuenta y nueve (259) equipos de bombeo mecánico. // La interventoría revisó y avaló dicha solicitud y la entrego (sic) a la Ingeniera CLAUDIA PATRICIA JARA ADAN, Supervisora contratada para que ella a su vez hiciera los trámites pertinentes ante la SAGYMA y la Gobernación de Casanare y a su vez, cumplir con el suministro e instalación de los doscientos cincuenta y nueve sistemas de bombeo. // En virtud a que no se recibe respuesta oficial alguna, la firma contratista, Consorcio Mataven Perforaciones, el día veintitrés (23) de Marzo de 2012, mediante oficio CPM-015 (sic) renueva la solicitud de aprobación de un contrato adicional en valor y plazo, la Interventoría lo revisa y lo avala, y lo radica en la Gobernación de Casanare el día veintitrés (23) de Abril de 2012 con el número de radicado 07523. Allí se solicitan [...] (\$560'333.745,00) y un plazo de tres (03) meses. // En momento alguno, luego de la presentación de estas solicitudes de adición en cuantía y plazo presentadas por el contratista y avaladas por la Interventoría, hubo respuesta oficial afirmativa o negativa sobre esta solicitud; // En la respectiva Acta de Terminación, de fecha 18/10/2012 (hoja 2 de 4) está sintetizada la cantidad de obra ejecutada para llegar al valor contractual, o sea la cantidad de [...] (\$3.401.883.804,00); en la hoja 3 de 4 de la misma Acta, está la mayor cantidad de obra ejecutada que suma [...] (\$443.140.458,00). [...]"



satisfacción por el departamento, la Subsección procederá a revocar el fallo de primera instancia, en tanto la demandada estaba en la obligación, se insiste en ello, de reconocer y pagar el valor correspondiente a las mayores cantidades de obra.

Como en el acta de liquidación bilateral se consignó que las referidas mayores cantidades de obra ascendieron a \$443'140.459, este será el monto que se le reconocerá al demandante. Por supuesto, en atención a la devaluación normal del valor del dinero, la Sala procederá a actualizarlo, así:

$$Vp= Vh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Vp: Corresponde al valor presente.

Vh: Es el valor histórico o inicial (esto es, el monto de las mayores cantidades de obra a reconocer: \$443'140.459).

Índice Final: Es el IPC vigente a la fecha de este fallo o el último del que se tiene conocimiento = 134,45 (julio de 2023).

Índice inicial: Es el IPC vigente a la fecha de liquidación del contrato -2 de diciembre de 2013-, pues este era el último momento con el que contaban las partes para hacer los reconocimientos económicos correspondientes = 79,56 (diciembre de 2013).

$$Vp= \$443'140.459 \times \frac{134,45}{79,56} = \$748'871.728,41.$$

$$Vp= \quad \quad \quad \mathbf{\$748'871.728,41.}$$

Para terminar, se advierte que, sobre la anterior suma de dinero, no se reconocerán intereses moratorios, toda vez que la exigibilidad de su pago se deriva de la presente condena.

En efecto, las órdenes que se desprenden de esta providencia surgieron del análisis del caso concreto, con apoyo en los elementos de prueba que obran en el proceso y en la aplicación de la jurisprudencia de esta Corporación, razón por la que, en estricto rigor, no corresponden a una obligación clara que se derive del acta de liquidación o de los demás documentos contractuales suscritos por el contratista y el interventor o por las partes.



6. Costas:

El Tribunal Administrativo de Casanare no condenó en costas en primera instancia, porque consideró que, a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, dicha condena exigía valorar el comportamiento procesal de las partes.

Empero, la Sala estima que, en consideración a lo consagrado en el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso -en virtud del cual *“Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”*-, es procedente que en esta providencia se fijen las costas de ambas instancias, por cuanto la sentencia de primer grado será revocada.

Ciertamente, según los artículos 188 del C.P.A.C.A. y 365 del CGP, para el caso particular -se reitera- es procedente la condena en costas a cargo de la parte vencida en juicio, esto es, la demandada.

El artículo 361 del CGP, por su parte, establece que las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

La liquidación de las costas la hará de manera concentrada el tribunal *a quo*, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso. En este caso, se encuentra acreditada la gestión de la parte actora, en ambas instancias, pues presentó la demanda e interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado. En tal sentido, la Subsección estima suficiente dicha gestión para que se disponga la fijación de las agencias en derecho en la liquidación de las costas, en favor del demandante, según lo previsto en los mencionados artículos 365 y 366 del CGP.

Diferente a lo afirmado por el tribunal, bajo las reglas de la normativa vigente, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le impondrán, toda vez que dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, siempre que exista prueba de su causación.



En línea con lo anterior, y con apego a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo 1887 de 2003, vigente cuando se presentó la demanda, en materia de tarifas de agencias en derecho se tiene en cuenta lo siguiente:

ACUERDO No. 1887 DE 2003

(Junio 26)

“Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”

[...] ARTÍCULO SEGUNDO.- Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento.

ARTÍCULO TERCERO.- Criterios. El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este Acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones. [...]

ARTÍCULO CUARTO.- Fijación de tarifas. Las tarifas máximas de agencias en derecho se establecen en salarios mínimos mensuales legales vigentes, o en porcentajes relativos al valor de las pretensiones de la demanda reconocidas o negadas en la sentencia. [...]

ARTÍCULO SEXTO. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: [...]

III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. [...]

3.1.2. Primera instancia. [...]

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. [...]

3.1.3. Segunda instancia. [...]

Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

A partir de lo expuesto, la Sala fijará las agencias en derecho de ambas instancias, que estarán a cargo del departamento de Casanare, y a favor del consorcio accionante, teniendo en consideración la suma de las pretensiones reconocidas en esta sentencia²³.

²³ El numeral 5) del artículo 365 del CGP estipula que, cuando la demanda prospere parcialmente, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o emitirá una condena parcial. En este caso, si bien se negó la pretensión del reconocimiento de intereses moratorios, lo cierto es que la pretensión principal, es decir, el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra, sí prosperó, razón por la cual el monto de las costas se calculará con base en el valor de las pretensiones efectivamente concedidas.



En relación con la primera instancia, se fijan en el 1% de \$748'871.728,41, que equivale a \$7'488.717. Asimismo, las de segunda instancia se definen en el 1% de \$748'871.728,41, es decir, \$7'488.717.

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

FALLA:

REVOCAR la sentencia del 24 de noviembre de 2016 (fls. 432 – 442, c. ppl.), proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare y, en su lugar:

PRIMERO: DECLARAR que el departamento de Casanare debe pagarle al consorcio Mataven Perforaciones la suma de **\$748'871.728,41**, por concepto de mayores cantidades de obra ejecutadas en el marco del contrato 2057 de 2010.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR a la parte demandada a pagar las costas de ambas instancias del proceso. Como consecuencia, el tribunal de origen deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso.

-Como agencias en derecho de primera instancia, se fija la suma equivalente a \$7'488.717.

-Como agencias en derecho de segunda instancia, se define la suma de \$7'488.717.

CUARTO: El cumplimiento de la presente sentencia deberá realizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: Para el cumplimiento de esta sentencia, **EXPEDIR**, con destino a las partes, las copias auténticas con las constancias previstas en la ley procesal. Las copias destinadas a la parte demandante serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.



Radicación número: 85001-23-33-000-2015-00211-01 (58.634).
Actor: Consorcio Mataven Perforaciones.
Demandado: Departamento de Casanare.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

SEXTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al tribunal de origen para lo de su competencia.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN
Aclaración de voto

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF