

DESEQUILIBRIO ECONÓMICO – Concepto – Causas – Culpa

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

Ahora bien, el hecho anormal debe ser inimputable a la parte que lo alega. Como la obligación de restablecer la ecuación contractual se fundamenta en hechos ajenos a las partes, o en expresiones de poder de la Administración, no es procedente cuando el desequilibrio es causado por actuaciones del contratista. Lo anterior, con fundamento en el principio bajo el aforismo latino *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede alegar a su favor su propia culpa).

LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO – Salvedades – Normativa

En el recurso de apelación, la parte demandante no hizo manifestación alguna en torno al argumento del a-quo conforme al cual en el presente caso el contratista no dejó salvedades en el acta de liquidación bilateral sobre el mayor costo del material granular y el mayor valor del acarreo, ni tampoco argumentó que la expresión referente a la ocurrencia de otros imprevistos que sucedieron durante la ejecución del contrato comprendiera estos conceptos.

[...] los conceptos relativos al mayor valor del material granular y del sobrecarreo con ocasión del cambio de fuente de materiales no fueron incluidos como factores de desequilibrio al momento de suscribir las salvedades en el acta de liquidación bilateral, lo cual además hizo fundamentado en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

[...] la liquidación de mutuo acuerdo (arts. 32 y 40 Ley 80 de 1993), constituye un negocio jurídico. Un acuerdo negocial entre personas capaces de disponer, regido por las reglas sobre el consentimiento libre de vicios –error, fuerza y dolo– (arts. 1502, 1508 a 1516 CC). Si no se dejan salvedades –concretas y específicas–, las reclamaciones respecto de las prestaciones pendientes de ejecutar no podrán ser reconocidas por el juez del contrato, dado que ello desconocería el contenido del negocio jurídico (arts. 1602 y 1603 CC).



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: UNIÓN TEMPORAL ICAT 2

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Concepto - Causas de la ruptura del equilibrio económico del contrato / SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Se reitera la exigencia de salvedades en el acta de liquidación bilateral, como requisito para conocer de las reclamaciones en el proceso judicial / SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Ausencia de salvedades sobre el mayor valor del material granular y el transporte de este insumo con ocasión del cambio de fuentes de materiales / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN - La ausencia de salvedades en los acuerdos modificatorios, otrosíes o contratos posteriores no impide conocer de fondo sobre las pretensiones / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA – Los costos alegados por concepto de mayor estancia en la obra no pueden inferirse por el solo hecho de haberse prolongado el término de ejecución del contrato, sino que debe acreditarse el concepto y la cuantía de cada uno de los rubros extraordinarios supuestamente cubiertos por el contratista con ocasión de su mayor permanencia / INEFICACIA DE LA PRUEBA PERICIAL - Los dictámenes periciales no se soportaron en las pruebas de los gastos que la unión temporal efectivamente realizó para sostener su mayor permanencia en la obra, relativos a los equipos, personal, materiales, entre otros / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - Los factores señalados como causantes de la mayor permanencia en la obra no fueron probados por inexistencia de condiciones de imprevisibilidad e inimputabilidad / INCREMENTO DEL PRECIO DEL ASFALTO / FALTA DE PRUEBA - Para evidenciar el impacto que el aumento de los precios generó en la economía del contrato, es indispensable corroborar, en primer lugar, el valor real de la adquisición de ese producto / INCREMENTO DEL PRECIO DEL ASFALTO – Se debe demostrar la existencia de un error técnico en las actas de reajuste de precios, derivado, por ejemplo, de una aplicación indebida de la fórmula de reajuste pactada o de yerros en los valores que la soportaron.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de junio de 2017, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Entre el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- y la Unión Temporal ICAT 2 se celebró el contrato de obra No. 1556 de 7 de septiembre de 2005, cuyo objeto consistía en el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de varios tramos en la vía San José de la Montaña-San Andrés de Cuerquia y en la vía Yarumal-



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

Angostura. El contrato fue objeto de varias modificaciones y ampliaciones del plazo, por razones de tipo administrativo, para evitar la paralización del servicio, por el aumento del régimen lluvioso de la zona y por la inclusión de la pavimentación de varios kilómetros en la vía Yarumal-Angostura.

La Unión Temporal ICAT 2 presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, por considerar que en el contrato de obra No. 1556 de 2005 se presentó la ruptura del equilibrio económico financiero, en atención a la mayor permanencia en obra, el incremento en el precio del asfalto y el mayor valor en el que tuvo que incurrir por el material granular y su transporte, con ocasión del cambio de fuente de materiales.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 16 de febrero de 2012 (fls. 3 a 35 c. 1), la Unión Temporal ICAT 2, conformada por las sociedades CASTRO TCHERASSI S.A. e ICM INGENIEROS S.A., por conducto de apoderado judicial (fls. 1 a 2 c. 1), interpuso demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, con el propósito de que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

Primera: Que se declare que el INVÍAS incumplió las obligaciones contractuales y legales que le eran exigibles en su calidad de entidad contratante durante la ejecución del contrato No. 1556 de 2005 que tuvo por objeto el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 3, en los siguientes tramos: TRAMO 1: vía San José de la Montaña-San Andrés de Cuerquia del k0+000 al k12+900 con una longitud de 12.9 kilómetros; TRAMO 2: vía Yarumal-Angostura del k0+000 al k5+000 y del k14+000 al k19+000 con una longitud de 10 kilómetros, en el departamento de Antioquia.

Segunda: Que se declare el rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato de obra y la medida de corrección a favor de la Unión Temporal ICAT 2, como consecuencia de la ocurrencia de hechos imprevistos e irresistibles, ajenos a la voluntad del contratista que hicieron para el mismo más onerosa la ejecución del contrato No. 1556 de 2005 y que afectaron de manera grave la economía de éste.

Tercera: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al INVÍAS a pagar a la Unión Temporal ICAT 2, la totalidad de los perjuicios sufridos tanto por concepto de daño emergente como de lucro cesante, pasado y futuro, así como los mayores costos asumidos por ésta durante la ejecución del contrato por la ocurrencia de los siguientes hechos imprevistos e irresistibles, ajenos a la voluntad del contratista y que ascienden a la suma de cuatro mil seiscientos sesenta y siete millones setecientos dieciséis mil trescientos ochenta y cinco pesos (\$4.667'716.385):



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

a) *Mayores costos de tipo administrativo que tuvo que asumir la Unión Temporal ICAT 2 con ocasión de la mayor permanencia en obra que se presentó durante la ejecución del contrato de obra aludido = Novecientos cuarenta y ocho millones ciento cuarenta y cuatro mil ciento veinticuatro pesos (\$948'144.124).*

b) *Mayores costos en los que tuvo que incurrir el contratista por el alza desproporcionada, grave e imprevista del material -asfalto sólido 80/100- que incidió en el valor del metro cúbico de mezcla densa en caliente MDC-2 entre otros ítems y que no fue compensado por la fórmula de reajuste = doscientos setenta y cinco millones ciento cuatro mil ochocientos veintiocho pesos (\$275'104.828).*

c) *Mayor valor del material granular que tuvo que asumir el contratista para la ejecución del contrato, con ocasión del cambio de fuente de materiales.*

d) *Sobreacarreos que tuvo que asumir la Unión Temporal durante la ejecución del contrato, con ocasión del cambio de fuentes de materiales.*

En todo caso, solicito de manera respetuosa, que el Tribunal Administrativo de Antioquia condene al pago de los perjuicios que realmente se acrediten en el presente proceso, así sean mayores a los solicitados.

Peticiones comunes a las anteriores pretensiones

1.- *Que se condene al INVÍAS a pagar debidamente actualizadas la sumas a que resulte condenado, actualizándolas entre la fecha en la que se incurrió en el sobre costo y la fecha de la sentencia y/o pago.*

2.- *Que para compensar el lucro ocasionado por las sumas de dinero no reconocidas oportunamente, se reconozca a favor del contratista una suma equivalente al interés moratorio o en su defecto al bancario corriente desde la fecha en que incurrió en el gasto o la fecha en que se debió haber pagado el precio, según sea el caso, y la fecha de la sentencia y/o pago.*

3.- *Que a partir de la ejecutoria de la sentencia se reconozcan intereses moratorios al máximo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.*

4.- *Que se condene al INVÍAS al pago de todas las costas del proceso contencioso y agencias en derecho.*

Como fundamento fáctico de la demanda se narró, en síntesis, lo siguiente:

Entre el INVÍAS y la Unión Temporal ICAT 2 se celebró el contrato de obra No. 1556 de 7 de septiembre de 2005, cuyo objeto consistía en el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía Grupo 3, en los siguientes tramos: Tramo 1: vía San José de la Montaña-San Andrés de Cuerquia del k0+000 al k12+900 con una longitud de 12.9 kilómetros, Tramo 2: vía Yarumal-Angostura del k0+000 al k5+000 y del k14+000 al k19+000 con una longitud de 10 kilómetros, en el departamento de Antioquia, por un valor de \$12.030'831.789 y un plazo de 21 meses contados a partir de la orden de iniciación.



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

Mediante comunicación No. SGT-044049 de 24 de noviembre de 2005, el INVÍAS impartió la orden de iniciación del contrato, de modo que las obras debían concluir el 23 de agosto de 2007.

Las imprevistas y torrenciales lluvias que se presentaron durante el segundo semestre del año 2006 y el primer semestre del año 2007, generaron que se afectaran en un alto porcentaje los rendimientos de los procesos constructivos en los tramos contratados.

A raíz de lo anterior, el 9 de julio de 2007 la Unión Temporal ICAT 2 solicitó a la interventoría una prórroga del contrato por el término de cuatro meses, la cual fue avalada por la Consultoría de Apoyo a la Gestión Zona 2, por lo que el 23 de agosto de 2007 se celebró entre las partes el adicional No. 1 al contrato No. 1556 de 2005, de modo que la fecha de vencimiento se prolongó hasta el 24 de diciembre de 2007.

La continuidad de las lluvias, las cuales superaron las estadísticas y proyecciones pluviométricas del contratista, afectaron notablemente el avance de la obra, por lo que luego de las gestiones pertinentes, el 21 de diciembre de 2007, se suscribió el adicional No. 2, con lo cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2007 y se adicionó el valor del contrato en la suma de \$1.031'844.866, por concepto de ajustes.

En consideración a los mismos antecedentes, las partes firmaron el adicional No. 3, el cual tenía por objeto prorrogar el plazo de ejecución del contrato por el término de 2 meses y 24 días, por consiguiente la fecha de vencimiento se extendió hasta el 24 de marzo de 2008.

A pesar de estar acopiados en los frentes de obra los materiales granulares necesarios para la construcción de la vía, las continuas lluvias no permitieron la colocación de los mismos, lo que influyó notablemente en el atraso del cronograma de obra. De otro lado, la inclusión en la pavimentación del sector comprendido entre las abscisas k7+737 y k8+137 del tramo Yarumal-Angostura, requirió mayor tiempo para la ejecución de la obra.

En virtud de lo anterior, el 11 de marzo de 2008 el contratista solicitó una ampliación del plazo para culminar el contrato, por lo que las partes firmaron el 14 de marzo de 2008 el adicional No. 4, el cual tenía por objeto prorrogar el plazo de ejecución en tres meses, por consiguiente, la nueva fecha de vencimiento se difirió hasta el 24 de junio de 2008.

El contrato terminó el 24 de junio de 2008, por lo que la etapa constructiva duró 31 meses y un día, es decir más de lo previsto y presupuestado en el contrato. El 23



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

de noviembre de 2009, las partes acordaron liquidar de manera bilateral el contrato de obra.

Según la demanda, en el primer trimestre del año 2005 el producto asfalto sólido 80/100 se comercializaba en la refinería de la Empresa ECOPETROL S.A. en la suma de \$489.187 la tonelada; sin embargo, para el 1º de julio de 2008 alcanzó la suma de \$1'014.699,81, es decir que mostró un alza porcentual desde la fecha de la presentación de la oferta hasta el mes de julio de 2008 equivalente al 89.95% y, en contraposición, el índice de ajuste de precios del contrato siempre fue inferior, lo que causó un desequilibrio económico.

Durante la etapa de estudios y diseños, la unión temporal determinó que las fuentes de materiales establecidas para la producción de las bases y sub-bases granulares no eran aptas, motivo por el cual le solicitó a la Interventoría cambiar la estructura del pavimento por una base estabilizada con cemento y, luego de 13 meses, mediante comunicación No. 09-03-07/2597-05 de 6 de marzo de 2007, se aprobaron esas especificaciones particulares.

Al ejecutar la obra con las nuevas especificaciones particulares, la unión temporal incurrió en sobrecostos no previstos, porque con la utilización de las canteras Villa Luz y la ESE el costo de la sub base sería de \$12.000 por tonelada, y con el cambio de especificaciones de la estructura, el costo real de la base y sub base fue de \$23.000 por tonelada.

Lo anterior representó igualmente unos sobrecostos exagerados en el acarreo del material granular, porque fue necesario transportarlo desde el municipio de Girardota hasta los frentes de obra en los tramos 1 y 2 a una distancia aproximada de 100 kilómetros, teniendo que incurrir además de manera imprevista en el pago de cinco peajes.

Las imprevistas lluvias, el tiempo invertido por la Interventoría para la aprobación de las nuevas especificaciones particulares y las prórrogas del plazo del contrato, implicaron que la unión temporal permaneciera en el sitio de las obras más de lo estipulado y proyectado financieramente, lo que le generó mayores costos de tipo administrativo.

2.- El trámite en primera instancia

La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante providencia del 22 de mayo de 2012, que se notificó en debida forma a la entidad demandada y al Ministerio Público (fl. 145 c. 1).



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

El Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y sostuvo que el contratista admitió en la propuesta haber visitado el sitio del proyecto, por lo que analizó las características y condiciones que pudieran afectar su ejecución; por tanto, las lluvias y la topografía de la zona no podían servir de excusa para reclamar mayores costos por permanencia en la obra.

Sostuvo que cuando el contratista decidió presentarse a la licitación debió analizar y escoger las fuentes que le proveerían los materiales para la obra, además fue quien propuso y escogió la alternativa de la estructura del pavimento con materiales granulares, luego no le podía endilgar responsabilidad al INVÍAS por su falta de previsión.

Agregó que no era cierto que la interventoría se demoró 13 meses para aprobar el cambio de especificación, porque el único responsable de cumplir con las especificaciones era el contratista quien nunca presentó el cambio antes del 3 de octubre de 2006.

Adicionalmente, propuso las siguientes excepciones:

“Buena fe del INVÍAS en la ejecución del contrato”, porque una vez precluida la etapa de aclaración, adición y modificación del pliego de condiciones en el proceso de selección, la entidad se abstuvo de cambiar las reglas del juego previamente establecidas.

“Ausencia de rompimiento del equilibrio contractual imputable al INVÍAS”, porque fue el contratista el único responsable de establecer las fuentes de materiales y quien solicitó cambiar las especificaciones del material de pavimentación.

“Cobro de lo no debido”, en consideración a que el INVÍAS no le adeudaba ninguna suma de dinero al contratista, sino que por el contrario, éste le debía la suma de \$512'989.587 por concepto de la multa por incumplimiento parcial del contrato que le fue impuesta mediante Resoluciones 1420 de 10 de abril de 2007 y 2979 de 11 de julio de 2007.

“Inexistencia de la obligación de pago de perjuicios”, por cuanto no hubo rompimiento del equilibrio económico del contrato.

“Imposibilidad de condena en costas y agencias en derecho”, en consideración a que se debía presumir su buena fe, a menos que se demostrara lo contrario, lo cual no ocurrió en el presente caso (fls. 160 a 178 c. 1).



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

En escrito separado, el INVÍAS solicitó que se llamara en garantía a la Sociedad JOYCO LTDA., porque en su calidad de interventora presentó los informes correspondientes sobre la ejecución del contrato No. 1556 de 2005 y profirió las autorizaciones para las diferentes adiciones del plazo, previo estudio y análisis de sus causas, por consiguiente, debía responder ante una eventual condena patrimonial en contra de la entidad, de conformidad con el contrato de interventoría No. 2597 de 2005 (fls. 196 a 198 c. 1).

El Tribunal Administrativo de Antioquia, a través de auto de 4 de febrero del 2013, admitió el llamamiento en garantía formulado por el INVÍAS (fls. 233 a 234 c. 1).

La Sociedad JOYCO LTDA., contestó la demanda y el llamamiento en garantía, para lo cual adujo que por el solo hecho de haber sido interventora del contrato, no se podía inferir su responsabilidad directa o indirecta por una supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato, cuando los sobrecostos en que incurrió el contratista fueron consecuencia de su propia negligencia.

Refirió que el contratista aceptó en la presentación de la propuesta haber visitado el lugar donde se realizaría el proyecto, analizó sus características y las posibles condiciones que podían afectar la ejecución del contrato, por lo que para reclamar unos aparentes sobrecostos no resultaban de recibo los argumentos expuestos sobre las condiciones climáticas o la dificultad en la obtención de los materiales requeridos para desarrollar la obra.

En concordancia con lo anterior, formuló las siguientes excepciones:

“Imposibilidad jurídica de aludir a la figura del desequilibrio económico en la ejecución del contrato para el reconocimiento de los sobrecostos en que incurrió la demandante”, en consideración a que el INVÍAS mantuvo en todo momento las condiciones pactadas, en ningún instante se negaron los derechos del contratista y se dio estricto cumplimiento a las cláusulas del contrato.

En adición a lo dicho, expuso que la Sociedad JOYCO LTDA dio cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato de interventoría y realizó todas las actividades previstas en orden a que la unión temporal cumpliera las que tenía a su cargo; sin embargo, no ejecutó las obras con la debida diligencia y en los términos establecidos, en atención a que solicitó prórrogas y cambio en los materiales; por tanto, no se rompió la igualdad en la ejecución del contrato por causas imputables al INVÍAS o al interventor, sino a la negligencia del contratista.

“La ocurrencia y pago de sobrecostos en la ejecución del contrato por causas del contratista no pueden exigirse como reembolso al contratante” (fls. 242 a 251 c. 1).



El 19 de agosto de 2013, el tribunal de primera instancia abrió el proceso a pruebas y, mediante auto del 20 de mayo de 2016, dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente (fls. 271 a 272; 825 c. 1).

En su intervención, la Unión Temporal ICAT 2 expresó que si bien el contratista tenía el deber de cumplir con el objeto del contrato y adelantar todas las acciones tendientes a garantizar la calidad y estabilidad de la obra, no tenía el deber de asumir los sobrecostos generados por los cambios imprevistos surgidos durante su ejecución (fls. 837 a 888 c. 3).

En esta oportunidad, el INVÍAS reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda referentes a que no se cumplieron los requisitos del desequilibrio económico del contrato, por cuanto las causas que lo provocaron eran imputables al contratista (fls. 829 a 831 c. 3).

Por su parte, la Sociedad JOYCO LTDA alegó que no procedía el llamamiento en garantía sí en la contestación de la demanda el llamante -INVÍAS-, señalaba que existía culpa exclusiva de la víctima -*contratista*-. Adicionó que no le asistía ningún tipo de responsabilidad, porque en su calidad de interventora siguió los lineamientos contenidos en los documentos precontractuales, contractuales y post contractuales determinados por el INVÍAS, así como los establecidos en el marco jurídico de la contratación estatal (fls. 833 a 836 c. 3).

3. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 12 de junio de 2017, el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior decisión, el *a quo* argumentó que la alteración de la ecuación financiera del contrato debía ser informada al INVÍAS, de conformidad con los criterios de oportunidad y buena fe contractual, esto es, en las oportunidades en las que fueron pactadas las adiciones o prórrogas contractuales, porque en esos momentos las partes revisaron las condiciones contractuales y pactaron las modificaciones que se estimaron necesarias para su cabal ejecución.

Para reforzar su posición, explicó que durante la ejecución del contrato la unión temporal procedió a convenir modificaciones a las cláusulas en punto a la precisión del objeto contractual, la forma de pago y el monto del anticipo, entre otros aspectos, además suscribió cuatro contratos adicionales, cuyo objeto común fue la ampliación del plazo de ejecución, y en una oportunidad con una adición del valor del contrato,



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

sin que en ninguna de esas oportunidades hubiera efectuado reclamaciones, salvedades o manifestaciones de inconformidad con la fórmula financiera convenida y mucho menos manifestó que su aplicación le generaba pérdidas considerables. En relación con cada una de las pretensiones consideró:

- Sobrecostos por mayor permanencia en la obra: Refirió que esta pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato no estaba llamada a prosperar, toda vez que la adición de los plazos convenidos en el contrato fue solicitada por el contratista, para lo cual adujo inconvenientes debido a la fuerte ola invernal que se presentó en la zona donde debía ejecutarse el contrato, sin que la unión temporal elevara alguna reclamación de tipo económico en virtud de los perjuicios derivados de tales prórrogas.

Precisó que para el momento en que se elevó la primera solicitud de ampliación del plazo y que derivó en la suscripción del contrato adicional No. 1, esto es, cuando había transcurrido casi un año y medio de ejecución de la obra, la unión temporal no puso de presente a la Administración los hechos imprevisibles a que alude como fundamentos de la mayor permanencia en la obra.

En las siguientes solicitudes de prórroga del plazo, fundadas igualmente en las condiciones meteorológicas de la zona de ejecución de las obras y que dieron lugar a los contratos adicionales Nos. 2, 3 y 4, éste último que también obedeció a la inclusión del sector k7-737 y k8-173, se hicieron igualmente a solicitud del contratista, sin que en estas oportunidades se informara al INVÍAS sobre la causación del menoscabo de tipo financiero que venía sufriendo durante la ejecución del objeto contractual.

- Mayores costos por el incremento del material “*asfalto sólido 80/100*” que incidió en el valor del metro cúbico de la mezcla densa en caliente MCD-2: El *a quo* concluyó que cuando la unión temporal advirtió que el valor de este insumo venía presentando un aumento desproporcionado, debió ponerlo en conocimiento del INVÍAS y buscar en las distintas adiciones al contrato que se revisara ese ítem, para tenerse como oportunamente invocada tal variación y no acudir a una simple anotación en el acta final de liquidación.

Sobre este aspecto destacó que, a pesar de las múltiples modificaciones que se convinieron entre las partes y que incluso se adicionó el valor del contrato por concepto de ajustes en la suma de \$13.434'010.877, la unión temporal se abstuvo de efectuar alguna reclamación o dejar alguna salvedad ante la Administración frente a este hecho que, a su juicio, alteró las condiciones pactadas inicialmente en el contrato.



- Mayor valor del material granular y por el transporte de este insumo con ocasión del cambio de fuentes de materiales. El *a quo* precisó que estos conceptos no fueron incluidos como factores de desequilibrio económico al momento de suscribir las salvedades en el acta de liquidación bilateral, sin que la expresión “*y otros imprevistos que sucedieron durante la ejecución del contrato*”, legitimara a la demandante a que presentara reclamaciones diversas a las expresamente consignadas a título de salvedades, toda vez que esa estipulación genérica, abstracta y carente de toda especificidad, carecía de valor jurídico, en atención a que no concretaba los conceptos, fundamentos y la cuantía de los mismos.

Con base en las anteriores consideraciones, el *a quo* concluyó que la unión temporal además de que desplegó conductas contrarias al deber de buena fe contractual, tampoco cumplió con el requisito de oportunidad para la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico del contrato en lo que respectaba a los perjuicios reclamados por mayor permanencia en la obra y el incremento del material asfalto sólido 80/100, a lo que se debía agregar que tampoco efectuó salvedades expresas en el acta de liquidación bilateral sobre mayores costos del material granular y el mayor valor de acarreo, con ocasión del cambio de materiales durante el desarrollo de la obra (fls. 894 a 916 c. ppal).

4. El recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, la Unión Temporal ICAT 2 interpuso recurso de apelación y como sustento manifestó que la Ley 80 de 1993 estableció el principio de ecuación contractual, pero no contempló que el contratista debiera solicitar su restablecimiento o incorporar salvedades, inconformidades o reclamaciones en el texto de los otrosíes, modificaciones, adiciones o prórrogas al contrato.

En adición a lo dicho, indicó que para obtener el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, en la Ley 80 de 1993 sólo se exigía la previa solicitud a la administración, pero no se consagraron las condiciones de modo y tiempo en que debía presentarse; por tanto, podía hacerse hasta la liquidación, mediante un derecho de petición, una reclamación administrativa o en la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

Controvirtió la decisión de primera instancia, porque el *a quo* no consideró que ninguna de las adiciones y modificaciones tuvo como causa un ajuste de cuentas, ni efectuar un balance del contrato, ni mucho menos revisar la ecuación económica; por tanto, la unión temporal nunca renunció al derecho que le otorgaba la Ley 80 de 1993 de reclamar el restablecimiento del equilibrio económico o de obtener la



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

reparación de los perjuicios que esa alteración le ocasionó para llegar al menos a un punto de no pérdida.

De otro lado, discutió que se encontraba probado el incumplimiento al deber de planeación frente al contrato objeto de controversia y a todos los que hacían parte del Plan 2500, porque el INVÍAS no realizó estudios previos idóneos y completos para cada una de las vías a intervenir y no se determinaron los verdaderos costos a precio de mercado, de modo que los participantes en la licitación se vieron obligados a presentar sus ofertas económicas sin la información suficiente para la correcta estructuración de la ecuación económica que habría de regir el contrato.

Cuestionó que era evidente que las cantidades e ítems de obra que de forma general se determinaron para todos los grupos de tramos de la licitación podían aumentarse o modificarse y, en consecuencia, el no haberse realizado unos estudios previos completos y veraces generó un cambio en las condiciones iniciales del mismo, que consecuentemente afectó el equilibrio de la ecuación económica del contrato y con ello al contratista, quien debió asumir los mayores costos generados por los mencionados cambios, sin que tuviera el deber legal de hacerlo.

Sobre este aspecto, puntualizó que en virtud del principio de transparencia establecido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se determinó la irrenunciabilidad al derecho a reclamar por la falta de planeación, porque no se definieron con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (fls. 918 a 939 c. ppal).

5. El trámite en segunda instancia

El recurso fue concedido el 24 de julio de 2017 y admitido el 3 de noviembre siguiente. Posteriormente, el 31 de enero de 2018 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fls. 940; 946; 977 c. ppal).

La Unión Temporal ICAT 2 reiteró en su integridad los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fls. 983 a 1001 c. ppal).

En su intervención, la llamada en garantía, Sociedad JOYCO LTDA, alegó que, una vez probado el desequilibrio económico del contrato, su restablecimiento debía ser solicitado en el momento en el que ocurrieron los hechos que lo ocasionaron, sin que en su calidad de interventora pudiera exigirle al contratista que lo realizara, porque su labor se circunscribía a velar por el cumplimiento de los fines del contrato (fls. 978 a 982 c. ppal).



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

La entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal (fls. 1002 c. ppal).

III. CONSIDERACIONES

1. Normatividad aplicable

La Sala estima necesario precisar que al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, toda vez que la demanda fue presentada el 16 de febrero de 2012, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara a regir la Ley 1437 de 2011, esto es, el 2 de julio de 2012, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados con anterioridad, conforme a la cual los mismos se seguirán rigiendo por el Código Contencioso Administrativo.

2. Presupuestos procesales

2.1. Competencia

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, y este por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzgaría las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. De esta manera, como el INVÍAS es un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Transporte, es una entidad pública del nivel nacional.

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, por tratarse de un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de doble instancia en razón de la cuantía, dado que la pretensión mayor (artículo 198 de la Ley 1450 de 2011) excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de presentación de la demanda¹.

2.2. Legitimación en la causa

Tanto el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- como la Unión Temporal ICAT 2, conformada por las sociedades CASTRO TCHERASSI S.A. e ICM INGENIEROS

¹ El salario mínimo vigente en Colombia para el 16 de febrero de 2012, fecha de presentación de la demanda, era de \$566.700 (que, multiplicado por 500, arroja como resultado: \$283.350.000). En las pretensiones, la parte actora solicitó como pretensión mayor la suma de \$948'144.124, monto que supera los 500 salarios mínimos exigidos por la norma para la segunda instancia.



S.A., se encuentran legitimados en la causa por activa y pasiva, respectivamente, toda vez que fungieron como parte contratante y parte contratista en el contrato de obra No. 1556 de 2005, cuya declaratoria de desequilibrio económico se debate.

Cabe precisar que el representante de la unión temporal -obrando en dicha calidad- y los representantes legales de las sociedades que la conforman, le otorgaron poder al apoderado judicial para interponer la presente demanda (fls. 1 c. 1). Por consiguiente, en los términos de la jurisprudencia contenida en la Sentencia de Unificación del 25 de septiembre de 2013², se entiende que la unión temporal goza de capacidad para obrar en este proceso.

2.3. Oportunidad de la demanda

La demanda que dio origen al presente proceso fue presentada el 16 de febrero de 2012, fecha para la cual la norma que consagró el término de caducidad era el artículo 136 del C.C.A., subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que establece diferentes puntos de partida para efectos de la contabilización del término de caducidad de la acción de controversias contractuales.

La regla general, consagrada en el numeral 10, es que, en las acciones relativas a contratos, el término de caducidad será de 2 años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. No obstante, dependiendo de si el contrato es susceptible o no de liquidación, la norma contempla otros hitos para la contabilización del término, así:

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 25 de septiembre de 2013, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 25000-23-26-000-1997-03930-01 (19.933). En esta providencia, se precisó: “A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales–, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –*legitimatío ad processum*–, por intermedio de su representante”.



c) *En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;*

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

e) *<Literal condicionalmente EXEQUIBLE> La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia".*

f) *La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento.*

En el *sub-lite*, el negocio jurídico objeto de la controversia, es un contrato de obra pública, razón por la cual, según lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, debía ser liquidado a su finalización³.

El contrato de obra No. 1556 de 2005 fue liquidado bilateralmente el 23 de noviembre de 2009, según se comprueba con el acta de liquidación No. 000082 (fls. 140 a 141 c. 1).

Así las cosas, el plazo para demandar a través de la acción de reparación directa vencía el 23 de noviembre de 2011; sin embargo, ese mismo día se formuló solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría No. 32 para Asuntos Administrativos de Antioquia, la cual se declaró fallida el 16 de febrero de 2012 (fl. 142 c. 1) y, como quiera que la demanda se presentó en esa fecha (fls. 3 a 35 c. 1), se impone concluir que se formuló en tiempo.

³ "Artículo 60. De su ocurrencia y contenido. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga (...)"



3. Objeto del recurso de apelación

Lo primero que se debe precisar es que frente al mayor valor del material granular y el transporte de este insumo con ocasión del cambio de fuentes de materiales, el *a quo* consideró que estos conceptos no fueron incluidos como factores de desequilibrio al momento de suscribir las salvedades en el acta de liquidación bilateral, sin que la expresión “*y otros imprevistos que sucedieron durante la ejecución del contrato*”, legitimara a la demandante a que presentara reclamaciones diversas a las expresamente consignadas a título de salvedades, toda vez que esa estipulación genérica, abstracta y carente de toda especificidad, carecía de valor jurídico, en atención a que no concretaba los conceptos, fundamentos y la cuantía de los mismos.

En el recurso de apelación, la parte demandante no hizo manifestación alguna en torno al argumento del *a-quo* conforme al cual en el presente caso el contratista no dejó salvedades en el acta de liquidación bilateral sobre el mayor costo del material granular y el mayor valor del acarreo, ni tampoco argumentó que la expresión referente a la ocurrencia de otros imprevistos que sucedieron durante la ejecución del contrato comprendiera estos conceptos.

El recurso de apelación se dirigió a argumentar que, contrario a lo afirmado por el *a-quo*, no era exigible que las salvedades, reclamaciones o solicitudes de restablecimiento se incluyeran en las modificaciones, otrosíes, adiciones o prórrogas efectuadas durante la ejecución del contrato.

Lo anterior impide entrar a analizar estas pretensiones porque la parte demandante no expuso argumento alguno tendiente a desvirtuar o rebatir las consideraciones del *a-quo* referentes a que los conceptos relativos al mayor valor del material granular y del sobreacarreo con ocasión del cambio de fuente de materiales no fueron incluidos como factores de desequilibrio al momento de suscribir las salvedades en el acta de liquidación bilateral, lo cual además hizo fundamentado en jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴.

En efecto, nada expuso la parte demandante en aras de demostrar por qué, en este caso concreto, el criterio expuesto en la sentencia de primera instancia no resultaba procedente, cuáles eran las razones por las que no le era exigible que, al suscribir el acta de liquidación bilateral tuviera que expresar en forma concreta sus requerimientos o reclamaciones económicas por unos supuestos sobrecostos

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de abril de 2016, exp. No. 46297. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



derivados del mayor valor del material granular y del sobreacarreo con ocasión del cambio de fuente de materiales.

La liquidación de mutuo acuerdo (arts. 32 y 40 Ley 80 de 1993), constituye un negocio jurídico⁵. Un acuerdo negocial entre personas capaces de disponer, regido por las reglas sobre el consentimiento libre de vicios –error, fuerza y dolo– (arts. 1502, 1508 a 1516 CC). Si no se dejan salvedades –concretas y específicas–, las reclamaciones respecto de las prestaciones pendientes de ejecutar no podrán ser reconocidas por el juez del contrato, dado que ello desconocería el contenido del negocio jurídico (arts. 1602 y 1603 CC).

En estas condiciones, el *ad-quem* carece de puntos de referencia para efectuar su tarea de contrastar la sentencia de primera instancia con los motivos de inconformidad de la parte apelante, toda vez que, en este punto específico, no fueron expuestos en su recurso que, por lo tanto, carece de sustentación en dicho aspecto.

Por lo tanto, resulta necesario reiterar que la competencia del *ad-quem* se encuentra restringida a los precisos términos del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal, pues la finalidad de dicho mecanismo de impugnación es la de permitir que la parte inconforme con lo decidido por el *a-quo* exprese de manera concreta los motivos de disenso frente a los razonamientos que llevaron a decidir en la forma en que lo hizo el juzgador de primera instancia. En consecuencia, serán esos motivos expuestos por el apelante los que deba confrontar el juez del recurso con la providencia impugnada, para establecer la procedencia o improcedencia de la revocatoria o modificación del fallo cuestionado, en la forma pedida en el recurso de apelación, sin que le sea dado al juez de la segunda instancia suponer o presumir cuáles pudieron ser esas razones de inconformidad.

Ahora bien, cabe precisar que el argumento referente a que se encontraba probado el incumplimiento al deber de planeación frente al contrato objeto de controversia y a todos los que hacían parte del Plan 2500, porque el INVÍAS no realizó estudios previos idóneos y completos para cada una de las vías a intervenir y no se determinaron los verdaderos costos de los bienes, obras o servicios para la ejecución del contrato, los cuales era evidente que pudieran aumentarse o modificarse y consecuentemente afectar el equilibrio económico del contrato, no fue planteado en la demanda y, por tanto, el *a quo* no realizó al respecto ningún pronunciamiento.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de agosto de 1984, exp. No. 3215. M.P. José Alejandro Bonivento Fernández.



En efecto, los argumentos de la demanda se centraron en la configuración del desequilibrio económico como consecuencia de la ocurrencia de hechos imprevisibles e irresistibles durante la ejecución del contrato.

Los fundamentos utilizados por el *a quo* en la sentencia de primera instancia se enfocaron en establecer que durante las modificaciones y adiciones del contrato la parte demandante no efectuó reclamaciones, salvedades o manifestaciones de inconformidad en lo atinente a los perjuicios reclamados por mayor permanencia en la obra y el incremento en el asfalto sólido, así como tampoco realizó salvedades expresas en el acta de liquidación bilateral sobre mayores costos del material granular y el mayor valor del acarreo, con ocasión del cambio de materiales, es decir que no se pronunció sobre el incumplimiento del deber de planeación en la etapa precontractual del contrato No. 1556 de 2005 y de todos los que hacían parte del Plan 2500; por tanto se trata de un aspecto que no fue discutido a lo largo del presente proceso.

En estas condiciones, este argumento no puede tenerse en cuenta para proferir una decisión de mérito en la segunda instancia, por cuanto existe una divergencia entre el fundamento de las pretensiones expresado en la demanda y las consideraciones fácticas y jurídicas enunciadas en el recurso de apelación.

Así las cosas, adoptar una decisión de fondo teniendo en cuenta el reparo específico a que se viene aludiendo, configuraría una modificación del juez a la *causa petendi* expresada en las consideraciones fácticas y jurídicas de la demanda, con lo cual se vulneraría el derecho de defensa de la entidad accionada y conllevaría una sentencia violatoria del principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil⁶.

En cuanto a la noción de *causa petendi* y su imposibilidad de modificación, la Subsección ha considerado⁷:

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido pacífica en considerar que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en las actuaciones que conoce, carece por completo de facultades para variar la causa petendi que se narra en la demanda, es decir, que en procesos de esta naturaleza la sentencia está irremediablemente abocada a resolver sobre si hay o no lugar a declarar la responsabilidad de la administración con base en los

⁶ “Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta (...)”.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 27 de septiembre de 2018, exp. 42769.



antecedentes fácticos descritos en la demanda o su modificación y a los medios de convicción regular y oportunamente agregados al plenario⁸.

Es así como cualquier variación o modificación del marco fáctico implicaría un desconocimiento flagrante del principio relativo al debido proceso, ya que, por una parte, sorprendería a la entidad pública demandada cuya defensa y medios exceptivos estarían enfocados a rebatir los hechos presentados en la demanda y, por otra, en atención a que esta jamás tendría opción de ejercer en ese caso el legítimo derecho de controvertir y de aportar pruebas tendientes a rebatir los elementos de juicio eventual base de la declaración de responsabilidad y consecuencial condena al pago de los perjuicios, por lo que el juez debe resolver sobre las pretensiones de la demanda, sus fundamentos fácticos y jurídicos con sustento en la prueba regular y oportunamente aportada al proceso como lo dispone el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

En ese contexto, dado que a la parte actora, o al juez, no les es dable variar el fundamento de la pretensión formulada en la demanda mediante la introducción de nuevas consideraciones que impliquen una variación de las bases argumentativas de las pretensiones, la Sala concluye que el reparo formulado en el recurso de apelación relacionado con la inobservancia del deber de planeación en la etapa precontractual no se abre paso, en atención a que se trata de un argumento constitutivo de una variación en la *causa petendi*.

Si bien en la primera pretensión de la demanda se solicitó que se declarara el incumplimiento del contrato, la Unión Temporal ICAT 2 no planteó que tuviera que ver con el deber de planeación, ni adujo que el INVÍAS desconociera alguna de las obligaciones contractuales a su cargo, sino que centró todos sus argumentos en la ocurrencia de circunstancias imprevistas e intempestivas que generaron el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

En efecto, señaló que durante la ejecución del contrato se presentaron lluvias imprevistas que generaron una mayor permanencia en obra y que de forma inesperada ocurrió un incremento exorbitante del precio del asfalto sólido 80/100 que le ocasionó mayores costos, además, aunque no es materia del análisis de segunda instancia, sostuvo que de manera intempestiva se agotaron los materiales granulares necesarios para la construcción de la estructura del pavimento, lo cual le produjo un sobre costo debido a su adquisición en otra cantera y a los mayores gastos de transporte.

Aunque en la demanda se afirmó que la fórmula de ajuste de precios establecida en el contrato no compensó el aumento del asfalto sólido, no argumentó que se debiera a un incumplimiento contractual, sino a que el precio del producto asfalto sólido

⁸ Consultar, por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de octubre de 2016, exp. 34357, C.P. Hernán Andrade Rincón.



experimentó un incremento exagerado entre la fecha de presentación de la oferta y la terminación del contrato.

En este sentido, señaló que el imprevisible y exagerado aumento del asfalto sólido *“no fue absorbido por la fórmula de ajuste establecida dentro del contrato; en otras palabras, la fórmula de ajuste no alcanzó a compensar el porcentaje real del aumento del precio del producto asfalto sólido. Esta situación condena a la cláusula de ajuste a ser ineficaz, pues no obstante la actualización de los precios lograda con la aplicación de la fórmula, la realidad económica del contrato se desbordó anormalmente y extraordinariamente en perjuicio del contratista”*.

Teniendo presente las anteriores consideraciones, la Sala no se pronunciará sobre la configuración de un incumplimiento contractual, sino que de conformidad con los argumentos expuestos por el *a quo* y los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, deberá establecer si era exigible, para la verificación del desequilibrio económico del contrato, que la Unión Temporal ICAT 2 efectuara durante las modificaciones y adiciones al contrato, salvedades, reclamaciones o manifestaciones de inconformidad en relación con la mayor permanencia en la obra y los mayores costos por el incremento del precio del asfalto sólido 80/100.

Al respecto, como reiteradamente lo ha manifestado la Sala⁹, la falta de salvedades por parte del contratista en las prórrogas y suspensiones, por sí sola, no se traduce automáticamente en la imposibilidad de reclamar ante la entidad por los sobrecostos que tales eventos le hubieren podido ocasionar, sino que resulta necesario estudiar cada caso para establecer cuáles fueron las circunstancias que rodearon la suscripción de esos acuerdos de voluntades y en las que se dieron esas

⁹ *“El principio de normatividad (Código Civil, artículo 1602) y el deber de las partes de actuar de buena fe (Código Civil, artículo 1603; Código de Comercio, artículo 871) se aplica a los contratos de las entidades estatales, estén o no sometidos a la Ley 80 de 1993. Con fundamento en esos postulados, la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que son improcedentes las reclamaciones que se fundan en acuerdos contractuales sobre la modificación del plazo si, al tiempo de suscribirlos, el contratista no manifestó salvedades para conservar su derecho a pedir el pago de los costos y gastos que la ampliación o suspensión puede significar. // Sin perjuicio de lo anterior, la Subsección ha precisado que “no acepta incorporar una tarifa interpretativa acerca del requisito formal de la salvedad, sino que en cada caso se parte del análisis del contenido del respectivo acuerdo y de sus antecedentes, para determinar el alcance de los otrosíes correspondientes” [Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de mayo de 2020. Exp. 64.701. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Fundamento jurídico 5.2.3.]. Así mismo, ha destacado que “la inexistencia de salvedades ha sido invocada como una de las reglas para la interpretación del alcance del otrosí de prórroga, [pero] la Sala advierte que su ausencia no impide el estudio de fondo de las respectivas reclamaciones y no constituye argumento suficiente para desechar las pretensiones correspondientes”¹³ [Además de la decisión anterior, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 5 de febrero de 2021. Exp. 46.726. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Fundamento jurídico 3.3.3]”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de septiembre de 2021, expediente 54004, C.P.: José Roberto Sáchica Méndez. Posición reiterada, entre otras, en sentencia de la misma Subsección, del 6 de julio de 2022, expediente 54319, C.P. María Adriana Marín.*



afectaciones del plazo contractual, cuál fue la conducta de las partes, qué relación hubo entre esas estipulaciones y las referidas circunstancias y qué conducta cabía esperar del contratista al momento de suscribirlas, para establecer si le son oponibles o no, como impedimento para proceder a los reconocimientos económicos reclamados.

Con criterios de unificación, esta Sección¹⁰ clarificó que la ausencia de salvedades en los acuerdos modificatorios, otrosíes o contratos posteriores no impedía conocer de fondo sobre las pretensiones. En este sentido esbozó los siguientes lineamientos:

Por ello, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en manera alguna establece una suerte de «requisito para la prosperidad de las pretensiones», según el cual, al suscribirse pactos adicionales durante la ejecución del contrato, el silencio de una de las partes frente a una determinada reclamación, genera una decisión contraria a sus pretensiones. El hecho de que el legislador propicie en esta norma acuerdos entre las partes, como lo hace en otros preceptos (p.ej. 4.9 y 25.14), no impide que puedan acudir al juez del contrato a resolver litigios y controversias, como derecho de los contratistas reconocidos en el artículo 5.3 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, pues, no establece «requisitos para la prosperidad de las pretensiones». Y al interpretar este artículo no pueden crearse requisitos de «oportunidad» para que prospere determinada pretensión o para reclamar los perjuicios que se derivan, por ejemplo, del incumplimiento del contrato, por el hecho de que durante su vigencia firmaron pactos que facilitaron su ejecución.

Tampoco pueden aplicarse, de manera extensiva, criterios jurisprudenciales que se han desarrollado respecto de la liquidación bilateral del contrato (art. 60 Ley 80). Como ya se precisó, la liquidación es un acuerdo de las partes en el que se declaran a paz y salvo. Los acuerdos (otrosíes o adiciones, vgr) que se pacten en desarrollo de la relación negocial, por el contrario, no tienen necesariamente, ese propósito, justamente porque la relación negocial continúa.

(...)

La buena fe, entonces, no habilita al juez para, vía jurisprudencia, crear «requisitos para la prosperidad de las pretensiones» o, a la manera de presupuestos procesales para dictar sentencia de mérito, implantar exigencias generales y abstractas, no establecidas en la ley (art 17 CC), que impidan estudiar el fondo de los conflictos sobre la ejecución del contrato -como lo son las «salvedades» en los acuerdos modificatorios-. El juez debe tener en cuenta lo expresado por las partes, valorar las pruebas e indagar el alcance de las modificaciones pactadas para determinar así, las responsabilidades que a cada una de ellas les atañen. Si no se resuelve de fondo la controversia, so pretexto de un silencio indeterminado derivado de la firma de acuerdos posteriores, se olvidaría que el deber fundamental del juez del contrato es desentrañar la intención de las partes y estudiar de fondo las pretensiones.

(...)

Si las entidades públicas no pueden exigir renunciaciones o desistimientos, el juez del contrato tampoco puede imponerlas mediante «requisitos para la

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 27 de julio de 2023, exp. No. 39121. M.P. Guillermo Sánchez Luque.



prosperidad de las pretensiones», como la constancia de desacuerdos mediante «salvedades», ni mucho menos interpretar el silencio como generador de disposiciones contractuales, sin que la ley lo prescriba o las partes así lo hayan acordado.

(...)

No se pueden, pues, extraer conclusiones a priori generales. En todo caso, en esa labor interpretativa, se reitera, el juez no podrá concluir del silencio de las partes la renuncia a un derecho. El juez no podrá negar las pretensiones porque no se deduce de lo pactado que se hubiera dejado abierta la posibilidad de reclamar. Tendrá que estar probado que la intención de las partes, expresa, en el texto de los acuerdos, adiciones otrosíes etc, posteriores, o desentrañada de acuerdo con las reglas previstas por la ley, fue zanjar la diferencia que ahora se reclama en la demanda. Si no es así, esto es, si no se acordó nada en la respectiva modificación y se guardó silencio al momento de su suscripción sobre esa pretensión, siempre quedará abierta la posibilidad de reclamar.

El juez se encargará, pues, caso por caso de determinar el alcance del pacto, de acuerdo con la intención de las partes, sin que el silencio de una de ellas en acuerdos modificatorios, contratos adicionales u otrosíes, constituya una renuncia automática e inmediata a la posibilidad de formular reclamaciones.

De conformidad con el anterior criterio jurisprudencial, considera la Sala que le asiste razón a la parte demandante porque la Ley 80 de 1993 no estableció como presupuesto procesal o como requisito de oportunidad para el examen de la prosperidad de las pretensiones que se tuvieran que dejar salvedades en los pactos adicionales durante la ejecución del contrato. El silencio de las partes en los acuerdos modificatorios, contratos adicionales u otrosíes, no constituye una renuncia automática e inmediata a la posibilidad de formular reclamaciones¹¹.

Por el contrario, 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 bilateral del contrato, quedando excluido aquello respecto de lo cual se hubiere guardado silencio.

Así las cosas, como las reclamaciones de la demanda que corresponden con las salvedades consignadas en el acta bilateral de liquidación son el valor generado en razón de los sobrecostos por la mayor permanencia en la obra y los mayores costos por el aumento del material asfalto sólido 80/100, la Sala se pronunciará únicamente frente a estas pretensiones; sin embargo, resulta relevante tener en cuenta previamente lo que sucedió en desarrollo del contrato.

¹¹ Cabe precisar que esta Corporación no se abstuvo de resolver de fondo las controversias en las que advirtió la ausencia de salvedades; por tanto, no se profirieron fallos inhibitorios, sino que se negaron las pretensiones de la demanda, con fundamento en el análisis de la conducta contractual de las partes al amparo del principio de buena fe o por considerar que los asuntos asociados a las pretensiones quedaron cobijados por un acuerdo al que se vinculó el demandante en el marco de su autonomía de la voluntad y que, por tanto, no podía ser desconocido por el juez.



4. Hechos probados

El 7 de septiembre de 2005, entre el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- y la Unión Temporal ICAT 2, integrada por las sociedades Castro Tcherassi S.A. y ICM Ingenieros LTDA., se suscribió el contrato de obra No. 1566 de 2005, cuyo objeto consistía en el *“diseño, la reconstrucción, la pavimentación y/o repavimentación de la vía Grupo 3, Tramo 1: vía San José de la Montaña-San Andrés de Cuerquia del k0+000 al k12+900 con una longitud de 12.9 kilómetros; Tramo 2: vía Yarumal-Angostura del k0+000 al k5+000 y del k14+000 al k19+000 con una longitud de 10 kilómetros, en el Departamento de Antioquia, de conformidad con los pliegos de condiciones de la licitación pública DG-164-2004, la propuesta presentada por el contratista corregida y aceptada por el Instituto y las cláusulas del presente contrato, a los precios unitarios para los diferentes ítems presentados en la propuesta.* El valor del contrato se estimó en la suma de \$12.030'831.789 y se estableció un plazo de 21 meses contados a partir de la fecha de la orden de iniciación, discriminados en 3 meses para la etapa de estudios y diseños, y 18 meses para la etapa de construcción (fls. 51 a 58 c. 1). De este modo las obras debían concluir el 23 de agosto de 2007.

El 12 de diciembre de 2005, las partes convinieron modificar el contrato No. 1566 de 2005, en lo referente al manejo y el valor del anticipo, así:

CLÁUSULA PRIMERA: para todos los efectos el literal b) del párrafo tercero de la cláusula séptima del contrato 1566 de 2005, quedará así: (...) b) Certificación bancaria (cuenta corriente), para el manejo del anticipo, cuenta que debe ser manejada en forma conjunta por el CONTRATISTA y/o su representante y por el interventor del contrato, contratado por el INSTITUTO. CLÁUSULA SEGUNDA: para todos los efectos el valor del anticipo se aumenta en (252'169.275,75) (fl. 309 c. 1).

Mediante Resolución No. 01420 de 10 de abril de 2007, el Ministerio de Transporte – INVÍAS resolvió declarar el incumplimiento parcial del contrato, en los siguientes términos:

Que queda clara la desatención por parte del contratista a los requerimientos realizados por el Instituto Nacional de Vías a través de la Interventoría y de la Consultoría de Apoyo a la Gestión Zona 2 -Centro Occidente- Plan 2500, y el incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, frente a lo cual proceden los incumplimientos.

Que a la fecha el contratista no se encuentra al día en el cumplimiento de las obligaciones por las cuales se le ha llamado reiteradamente la atención y que el contrato se encuentra atrasado por su causa ya que dentro de los descargos y demás comunicaciones remitidas por el contratista no se encuentra el motivo que le libere de su responsabilidad por incumplimiento en razón de la ocurrencia de un fenómeno constitutivo de fuerza mayor o de caso fortuito, o un hecho atribuible a la administración, la interventoría o un tercero.

(...)



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

Resuelve:

Artículo Primero: Declarar el incumplimiento parcial del contrato No. 1556 de 2005 suscrito entre el INVÍAS y la UNIÓN TEMPORAL ICAT 2 (INTEGRADA POR CASTRO TCHERASSI S.A. – ICM INGENIEROS LTDA), cuyo objeto es (...) atendiendo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

Artículo Segundo: De conformidad con lo dispuesto en el artículo primero de la presente resolución, declarar el incumplimiento parcial del contrato No. 1556 de 2005 al contratista UNIÓN TEMPORAL ICAT 2 (...) por la suma de QUINIENTOS DOCE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$512'989.587), de conformidad con la parte motiva del presente acto administrativo, correspondiente a: 1. Por el incumplimiento del programa de inversiones, el 10% respecto del valor total de las obras dejadas de ejecutar de acuerdo con las obras programadas en el mes correspondiente (fls. 184 a 195 c. 1).

El 5 de julio de 2007, se pactó la modificación No. 1 al contrato No. 1566 de 2005, para precisar el alcance contractual en el siguiente sentido:

CLÁUSULA PRIMERA: PRECISIÓN DEL ALCANCE CONTRACTUAL: Para todos los efectos legales la cláusula primera del contrato 1556 de 2005 quedará así: CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: El diseño, la reconstrucción, la pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 3: Tramo 1: vía San José de la Montaña-San Andrés de Cuerquia del k0+000 al k6+000 con una longitud de 6 kilómetros; Tramo 2: vía Yarumal-Angostura del k0+000 al k4+500 y del k14+670 al k19+000 con una longitud de 8.83 kilómetros en el Departamento de Antioquia. El tramo a liberar es el siguiente entre las abscisas k6+000 al k12+900 del Tramo 1 San José de la Montaña-San Andrés de Cuerquia y los sectores comprendidos entre las abscisas k4+500 a k5+000 y k14+000 a k14+670 del Tramo 2 Yarumal-Angostura (fls. 316 a 317 c. 1).

El 9 de julio de 2007, la Unión Temporal ICAT 2 solicitó a la firma Interventora JOYCO Ltda. una ampliación del plazo para la terminación de las metas físicas del contrato No. 1556 de 2005, con fundamento en las siguientes razones:

Como es de su conocimiento y del INVÍAS, el alto índice de lluvias que se han presentado en el sector de la obra que prevalecieron en el segundo semestre del año 2006 y que continuaron en el primer semestre del 2007, las cuales perjudican y afectan los cronogramas trazados y en un alto porcentaje los rendimientos de los procesos constructivos para las obras del asunto (difícil explotación de canteras, trituración por excesos de humedad en los materiales, derrumbes en la vía, construcción de obras de drenaje, saturación a nivel de subrasante y difícil colocación de capas granulares) situación que no nos ha permitido ejecutar las obras con la celeridad necesaria para mantener los rendimientos adecuados para la finalización de la construcción.

Adicionalmente la topografía montañosa de la zona incrementa aún más las dificultades para realizar las labores normales de construcción que se ve reflejado en la disminución de los rendimientos adecuados para la finalización de la construcción.

A partir de mediados del mes de enero, una vez se autorizó la utilización de las fuentes de materiales aledañas a las zonas del proyecto y con la adición de materiales de la zona de Girardota, se pudieron alcanzar rendimientos aceptables que redundan en que en cinco meses alcanzamos el 35% de la ejecución del contrato.



Por otra parte queremos resaltar que tenemos en obra todos los equipos necesarios e idóneos para la culminación de la totalidad de las obras contratadas en el plazo adicional solicitado de cuatro meses, equipos tales como las plantas de trituración de gran capacidad de producción, equipos de explotación y colocación de materiales al igual que el equipo necesario para el transporte del mismo los cuales nos garantizan que en los próximos meses en los que se prevé disminuya considerablemente la intensidad de las lluvias, obtengamos los rendimientos necesarios para el finiquito de las labores encomendadas (fls. 75 a 76 c. 1).

El 23 de agosto de 2007, fecha en la cual fenecía el plazo contractual inicialmente pactado, se suscribió entre las partes el contrato adicional No. 1 al contrato No. 1556 de 2005, con el objeto de prorrogar el plazo de ejecución en cuatro meses contados a partir del vencimiento del término inicial, consignándose como fecha de vencimiento del plazo el 24 de diciembre de 2007. En este sentido se expuso lo siguiente:

1) Que la firma constructora a través de comunicación RL-063-G03-02-07 del 9 de julio de 2007, dirigida a la interventoría del contrato, solicitó la prórroga del contrato 1556 de 2005, 2) La firma Interventora Consultoría de Apoyo a la Gestión Zona 2, señala lo siguiente (...) Sin embargo con el fin de terminar las inversiones inicialmente contratadas por el contratista ICAT2 esta interventoría aprueba la solicitud de prórroga pedida por la unión temporal ICAT2 por cuatro meses más y con una nueva fecha de terminación del plazo del 23 de diciembre de 2007 (...) 3) La Consultoría de Apoyo a la Gestión Zona 2, mediante comunicación P2500-Z2-132-4454-07 del 22 de agosto de 2007 avala la solicitud de prórroga del contrato 1556 de 2005 (...) 5) Que mediante formato de solicitud de prórroga de fecha 22 de agosto de 2007 suscrita por el contratista, la Interventoría, la Consultoría de Apoyo a la Gestión, el Supervisor del Departamento y el Asesor Dirección General – Plan 2500, se aprobó la presente prórroga, basada en las siguientes consideraciones: “De acuerdo con el estado actual del contrato de obra, en el cual el 99,67% del avance físico programado, solo se cuenta hasta la fecha con el 45,65% de avance físico, ejecutado en los 17,8 meses transcurridos de los 18 que se tienen previstos para la realización de la obra. Al cumplirse del contrato inicial hasta la fecha ya 20,8 meses incluido los estudios y diseños y de acuerdo con los actuales rendimientos de obra, no es posible la construcción del 54,33% de obra faltante por ejecutar, en el restante del plazo inicial. Por tal motivo y con el fin de invertir el valor contractual en la ejecución de las metas físicas ejecutables, se solicita una prórroga del contrato de obra por cuatro meses más, ya que los 14,83 hitos programados por construir, sólo se han facturado 3 (...) 7) Que de conformidad con el artículo 14 de la ley 80 de 1993, las entidades estatales al celebrar un contrato tendrá la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia del mismo, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación (...) CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. Prorrogar el plazo de ejecución del contrato principal 1556 de 2005 en cuatro (4) meses contados a partir del vencimiento del contrato principal, por lo tanto la nueva fecha de vencimiento del contrato es el 24 de diciembre de 2007. Parágrafo: La presente ampliación en plazo no implica adición en valor, por cuanto se ha efectuado la reprogramación con los recursos existentes del contrato incluyendo esta prórroga y se autoriza sin perjuicio de las acciones que pueda adelantar el INSTITUTO por los incumplimientos en que incurra o haya incurrido el CONTRATISTA en la ejecución del contrato (fl. 68 c. 1).



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

El 25 de octubre de 2007, la Unión Temporal ICAT 2 remitió a la firma Interventora JOYCO Ltda. el cuadro de control de lluvias diarias, lo cual imposibilitaba a su juicio las labores cotidianas de ejecución del contrato. En este sentido se expuso:

Como es de su conocimiento el invierno que azota el país durante este año se ha venido incrementando considerablemente, adjunto le envío reportes diarios a partir de la segunda quincena de abril hasta la fecha con el informe horario de las lluvias presentadas en la zona, como se puede apreciar el régimen lluvioso es diario y permanente lo cual nos ha imposibilitado las labores cotidianas de ejecución.

Les solicitamos analizar este gran inconveniente el cual nos conlleva a tener rendimientos muy bajos, constante saturación, pérdida de materiales granulares y la no colocación de pavimentos asfálticos (fl. 77 c. 1).

El 7 de noviembre de 2007, la Unión Temporal ICAT 2 solicitó nuevamente a la firma Interventora JOYCO Ltda. una ampliación del plazo para la culminación de las obras del contrato No. 1556 de 2005, con fundamento en el recrudecimiento del invierno en la zona donde se desarrollaba el proyecto. En este sentido se expuso lo siguiente:

Como complemento a nuestras comunicaciones RL-113-G03-02-07 y RL-114-G03-02-07 fechadas en octubre 25 y 30 de 2007 respectivamente y en relación con el asunto de la referencia, atentamente nos permitimos informarles a ustedes que a pesar de los ingentes esfuerzos que viene realizando la unión temporal que represento para dar cumplimiento con el programa de trabajo propuesto para la terminación de las obras, este se ha visto severamente afectado por el recrudecimiento del invierno en la zona donde se desarrolla el proyecto y que afecta en general a todo el país, superando ampliamente las estadísticas pluviométricas de la zona. Si bien es cierto que en el pasado mes de agosto de 2007 de común acuerdo entre las partes se convino adicionar el plazo en tres meses más para la terminación de las obras para el próximo mes de diciembre de 2007, hoy dadas las condiciones climáticas en la región, este plazo propuesto es de imposible cumplimiento.

(...)

Basados en las consideraciones expuestas anteriormente y poniendo de presente que el IDEAM ha pronosticado que el invierno en el país continuará con igual o mayor intensidad hasta finales del mes de diciembre de 2007 o incluso principios de enero del 2008, queremos de la manera más comedida someter a su consideración nos sea concedido un plazo adicional de tres meses más para la culminación de las obras objeto de este contrato, dadas las razones expuestas en esta. Sabrán entender ustedes que basamos nuestra solicitud con el convencimiento que una vez entrado el verano y con los recursos que tenemos a disposición de este contrato, daremos finiquito a las obras tan necesarias para esta comunidad que seguramente impulsarán el desarrollo en las regiones y por ende en el crecimiento del país y de la seguridad social.

Sin embargo y en caso de que el invierno continúe con esta misma intensidad, solicitamos de la manera más atenta, que de común acuerdo entre las partes se estudie la posibilidad de cambiar la colocación de mezcla densa en caliente, por otra alternativa que haga más viable la terminación del contrato, ya sea en concreto rígido o mezcla en frío, tal y como ya lo ha hecho el INVÍAS en otras zonas del país con problemas climáticos similares a esta región (fls. 85 a 86 c. 1).



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

El 21 de noviembre de 2007, se suscribió la modificación No. 3 al contrato No. 1556 de 2005, en el sentido de modificar la forma de pago, así:

CLÁUSULA PRIMERA: Modificar el literal b) de la cláusula séptima del contrato principal No. 1556 de 2005, el cual para todos los efectos quedará así: FORMA DE PAGO: el INSTITUTO pagará al CONTRATISTA el valor de este contrato de la siguiente forma: (...) b) Obra ejecutada: El cien por ciento (100%) del valor de la etapa de construcción se pagará, previa presentación de las respectivas actas de obra por medio hito (de 0.5 km) de la vía terminada completa, ejecutado y debidamente recibido por la Interventoría, quien verificará como requisito de aprobación, la total ejecución del plan de manejo ambiental (fls. 318 a 319 c.).

El 23 de noviembre de 2007, se convino la modificación No. 4 al contrato No. 1556 de 2005, en lo atinente al anticipo, así:

CLÁUSULA PRIMERA: Para todos los efectos la cláusula octava será modificada así: CLÁUSULA OCTAVA: ANTICIPO. Se aumenta el valor del anticipo otorgado en la suma de (\$5'954.721.634,75) que corresponde al cincuenta por ciento (50%) del valor básico del contrato (fls. 320 a 321 c.).

El 21 de diciembre de 2007, se firmó entre las partes el contrato adicional No. 2 al contrato No. 1556 de 2005, mediante el cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2007 y se adicionó su valor en la suma de \$1.031'843.867, para un valor total acumulado de \$13.434'010.877, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que la firma constructora a través de la comunicación RL-117-G03-02-07 del 7 de noviembre de 2007 dirigida a la Interventoría del contrato, solicitó la prórroga y la adición del contrato 1556 de 2005, con base en las siguientes justificaciones: (...) Basados en las consideraciones expuestas anteriormente y poniendo de presente que el IDEAM ha pronosticado que el invierno en el país continuará con igual o mayor intensidad hasta finales del mes de diciembre de 2007 o incluso principios de enero del 2008, queremos de la manera más comedida someter a su consideración nos sea concedido un plazo adicional de tres meses más para la culminación de las obras objeto de este contrato (...) Así mismo mediante comunicación RL-125-G03-02-07 del 20 de noviembre de 2007 solicita el pago de los ajustes de 2007. (...) La Consultoría de Apoyo a la Gestión Zona 2 mediante comunicación P2500-Z2-132-5221-07 del 12 de noviembre de 2007 avala la solicitud de prórroga del contrato 1556 de 2005, señalando lo siguiente (...) manifestamos que según lo conceptualizado con los documentos requeridos, el contratista requiere una prórroga por tres meses contados a partir de la fecha de terminación actual del contrato, es decir hasta el 24 de marzo de 2008. Las causales de la solicitud presentada obedecen al aumento considerable del régimen lluvioso en la zona. Por lo anterior la Consultoría de Apoyo considera prudente una prórroga de tres meses a partir de la fecha de terminación del citado contrato (...) una vez revisada la solicitud, la Consultoría de Apoyo encuentra aceptable las justificaciones presentadas por la interventoría y el contratista, por lo cual da su aval para una adición por ajustes por un valor total de \$1.031'843.866 (...) 7) Que por concepto de actualización de precios del 2006, se le reconoció al contratista por medio de acta del 23 de octubre de 2006, un valor de 371'335.222, incluido IVA, suma que será tenida en cuenta para determinar el valor acumulado del contrato. 8) Que por concepto de actualización de precios del 2007, le será reconocido al contratista el valor de 1'031'843.866, incluido IVA, suma que será tenida en cuenta para determinar el valor acumulado del contrato (fls. 322 a 323 c. 1).



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

El 28 de diciembre de 2007, se firmó el contrato adicional No. 3 al contrato No. 1556 de 2005, mediante el cual se prorrogó el plazo contractual en dos meses y veinticuatro días calendario, por lo que quedó con nueva fecha de vencimiento el 24 de marzo de 2008. Lo anterior con fundamento en la misma solicitud del contratista referente al aumento considerable del régimen lluvioso de la zona (fls. 71 a 72 c. 1).

El 11 de marzo de 2008, la Unión Temporal ICAT 2 solicitó nuevamente a la firma Interventora JOYCO Ltda. una ampliación del plazo para la culminación de las obras del contrato No. 1556 de 2005, por la inclusión de la pavimentación de un sector en el tramo 2 vía Yarumal-Angostura y las constantes lluvias, con fundamento en las siguientes razones:

De acuerdo a diversas reuniones sostenidas en el INVÍAS en las cuales se planteó realizar la pavimentación del tramo comprendido entre Yarumal-Angostura en el sector k7+737 al k8+137 y luego de realizar una evaluación exhaustiva de los alcances a ejecutar, se aprobó la pavimentación de este sector.

A partir de la prórroga otorgada en el mes de diciembre de 2007, en la cual se esperaba una disminución considerable del invierno en esta zona del país, disminución que no se ha presentado como se esperaba, de acuerdo a los informes de lluvias presentados (anexos), sin embargo, la ejecución de los trabajos que se vienen realizando en cada uno de los frentes nunca se han paralizado a pesar de las limitaciones por las constantes lluvias diarias presentadas.

En cada uno de los frentes se encuentran acopiados todos los materiales granulares necesarios para la culminación de las obras, que estos granulares no se han podido colocar en su totalidad por el régimen lluvioso que se ha venido presentando.

Por lo anteriormente enunciado y teniendo en cuenta el tiempo faltante para la terminación del contrato les solicitamos estudiar nos adicionen una prórroga de tres meses para poder culminar el contrato en referencia y la pavimentación del tramo entre el k7+737 y el k8+137 (fls. 87 a 88 c. 1).

El 14 de marzo de 2008, se firmó el contrato adicional No. 4 al contrato No. 1556 de 2005, mediante el cual se prorrogó el plazo contractual en tres meses, por lo que quedó con nueva fecha de vencimiento el 24 de junio de 2008, con fundamento en la inclusión de la pavimentación del sector del k7+737 al k8+137 del tramo Yarumal-Angostura y en el aumento considerable del régimen lluvioso en la zona. En el párrafo primero se precisó que la ampliación del plazo se concedía por solicitud del contratista y no implicaba adición en el valor para el INVÍAS, por lo que la unión temporal no presentaría reclamación alguna por mayor permanencia en el sitio de los trabajos.

Que la firma constructora a través de la comunicación RL-024-G03-02-08 del 11 de marzo de 2008 dirigida a la Interventoría del contrato, solicitó la prórroga del contrato 1556 de 2005, con base en las siguientes justificaciones: (...)



“teniendo en cuenta el tiempo faltante para la terminación del contrato le solicitamos estudiar nos adicionen una prórroga de tres meses para poder culminar el contrato en referencia (...) 2) la firma interventora, JOYCO Ltda., mediante comunicación número 11-03-08/2597-05 del 11 de marzo de 2008, dirigida a la Consultoría de Apoyo a la Gestión Zona 2, aprueba la solicitud de prórroga del contratista. 3) El Supervisor del contrato – la Consultoría de Apoyo a la Gestión Zona 2 mediante comunicación P2500-Z2-132-5827-08 del 12 de marzo de 2008 avala la solicitud de prórroga del contrato 1556 de 2005, señalando lo siguiente (...) “manifestamos que según lo conceptuado por los documentos requeridos, el contrato de obra requiere de una prórroga por tres meses contados a partir de la fecha de terminación actual del contrato, es decir hasta el 24 de junio de 2008. Las causales de la solicitud presentada obedecen a la inclusión de la pavimentación del sector del k7+737 al k8+137 del tramo Yarumal-Angostura, con lo cual queda totalmente pavimentada la vía que comunica a los mencionados municipios y al aumento considerable del régimen lluvioso en la zona. Por lo anterior la consultoría de apoyo considera prudente una prórroga por tres meses a partir de la fecha de terminación del citado contrato” (...) PARÁGRAFO PRIMERO: La presente ampliación en plazo se concede por solicitud del contratista y no implica adición en el valor para el INVÍAS, por lo que el contratista no presentará reclamación alguna por mayor permanencia en el sitio de los trabajos que tengan como causal la prórroga concedida, por cuanto se ha efectuado la reprogramación con los recursos existentes del contrato incluyendo esta prórroga (fls. 73 a 74 c. 1).

El 13 de junio de 2008, se convino la modificación No. 5 al contrato No. 1556 de 2005, con el objeto de precisar el alcance contractual, en los siguientes términos:

CLÁUSULA PRIMERA: PRECISIÓN DEL ALCANCE CONTRACTUAL: Para todos los efectos legales la cláusula primera del contrato 1556 del 2005, quedará así: **CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO:** El diseño, la reconstrucción, la pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 3: Tramo 1: vía San José de la Montaña-San Andrés de Cuerquia del k0+000 al k6+000 con una longitud de 6 kilómetros; Tramo 2: vía Yarumal-Angostura del k0+000 al k4+500, del k14+670, del k7+737 al k8+137 y del k14+670 al k19+000 con una longitud de 9.23 kilómetros en el Departamento de Antioquia. El tramo a incluir es el siguiente: entre las abscisas k7+737 y el k8+137 del Tramo 2 Yarumal-Angostura. **PARÁGRAFO:** Se aclara que la presente inclusión del tramo no genera costos adicionales para el INVÍAS (fls. 310 a 311 c. 1).

El 23 de noviembre de 2009, se suscribió el acta de liquidación bilateral No. 000082, en la que luego de las firmas de las partes, la Unión Temporal ICAT 2 dejó las siguientes salvedades:

Balance general del contrato

Descripción	Valores	Valores
Valor total ejecutado por actas parciales de obra	\$12.111'382.691	
Valor total pagado por actas parciales de obra		\$12.111'282.691
Valor total ajustes	\$774'426.465	
Valor pagado por ajustes		\$774'426.465



Valor correspondiente a IVA	\$125'351.353	
Valor pagado por IVA		\$125'351.353
Sumas iguales	\$13.011'160.509	\$13.011'160.509
Valor no ejecutado del contrato	\$422'850.509	

La presente acta de liquidación se suscribe por la UNIÓN TEMPORAL ICAT 2, sin renunciar al derecho que le asiste para obtener el reconocimiento de los conceptos de i) Sobrecostos por la mayor permanencia en obra, ii) Mayor valor cancelado debido a la ineficacia de la fórmula de ajuste frente al aumento exagerado del asfalto sólido necesario para el ítem "mezcla densa en caliente" y otros imprevistos que sucedieron durante la ejecución del contrato no imputables al contratista. Esta nota de salvedad se coloca después de las firmas por indicación del INVÍAS (fls. 140 a 141 c. 1).

5. El equilibrio económico del contrato

El equilibrio económico del contrato es una figura consagrada en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual "[e]n los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre [los] derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento".

Adicionalmente, la conmutatividad económica del contrato encuentra su fundamento en los artículos 4 y 5 de la Ley 80 de 1993, que regulan los derechos y los deberes de la entidad estatal y del contratista. Ciertamente, el artículo 4 establece que la entidad pública podrá solicitar la actualización o revisión de precios cuando ocurran fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato. De igual manera, podrá adoptar las medidas necesarias para mantener, durante el desarrollo y ejecución del contrato, las condiciones económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar, dependiendo de si se surtió o no un procedimiento de selección.

Por su parte, el artículo 5 determina que el contratista tiene derecho a que se le pague la remuneración de manera oportuna, y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. Por lo tanto, la Administración deberá restablecer el equilibrio de la ecuación contractual a un punto de no pérdida, cuando se presenten situaciones imprevistas e imputables al contratista.



La jurisprudencia de esta Subsección ha explicado esta figura en los siguientes términos:

[...] si bien es cierto que, en principio, en materia de contratos funge el principio del pacta sunt servanda, esta exigencia de cumplimiento exacto de lo pactado, opera en la medida en que las condiciones existentes al momento de celebrar el contrato, se mantengan incólumes, por lo que se recurrió al principio del rebus sic stantibus, conforme al cual, las condiciones originales del contrato se deben mantener, siempre y cuando se conserve durante la etapa de ejecución o cumplimiento la situación de cargas y beneficios que soportaban las partes en el momento de su celebración, pero no se puede ni debe mantener, cuando esa situación sufre modificaciones entre el momento en que se trabó la relación negocial y una época posterior durante la ejecución del contrato; con fundamento en dicho principio, se abrió paso el derecho de la parte afectada por una situación imprevista y sobreviniente durante la ejecución de las prestaciones, a que se le restablezca la ecuación contractual, cuando haya sido gravemente afectada¹².

Es de precisar que no cualquier situación fractura la ecuación contractual, en tanto ello exige la concurrencia de ciertos presupuestos, los cuales se explicarán a continuación.

El primero de ellos consiste en la ocurrencia, con posterioridad a la celebración del contrato, de un hecho anormal, extraordinario y excepcional, o a la expedición, por parte de la entidad contratante -en ejercicio de sus funciones administrativas-, de una medida de carácter general que afecte a su propio contratista, o de un acto contractual en ejercicio del *ius variandi*. Por ello, la entidad estatal no tiene la obligación de reconocer las pérdidas causadas por *áleas* normales u ordinarias, pues todo negocio contempla riesgos inherentes a la actividad contractual, que el contratista, en razón de su profesión, oficio y actividad habitual, está en el deber de conocer y de prever.

Se aclara que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que no es suficiente con que dichas situaciones se presenten, puesto que estas deben, además, hacer significativamente más gravosa la ejecución del contrato. En concreto, la Subsección A ha sostenido:

*Por otra parte, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del *álea* normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato (subraya fuera de texto)¹³.*

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2020, exp. No. 46.057. M.P: María Adriana Marín.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de febrero de 2013, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 76001-23-31-000-1999-02622-01 (24.996).



Asimismo, el hecho en cuestión debe rebasar lo que normalmente las partes hubiesen podido prever al momento de suscribir el contrato, y de efectuar la correspondiente estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. Bajo esta lógica, solo dará lugar al rompimiento del sinalagma contractual aquellos riesgos que no fueron valorados en la etapa precontractual, o que desbordaron aquellos que lo fueron.

Ahora bien, el hecho anormal debe ser inimputable a la parte que lo alega. Como la obligación de restablecer la ecuación contractual se fundamenta en hechos ajenos a las partes, o en expresiones de poder de la Administración, no es procedente cuando el desequilibrio es causado por actuaciones del contratista. Lo anterior, con fundamento en el principio bajo el aforismo latino *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede alegar a su favor su propia culpa).

Finalmente, el *álea* debe ser sobreviniente, imprevisto o imprevisible -no necesariamente en sus causas sino en sus efectos-, es decir, se debe presentar con posterioridad a la celebración del contrato, debe tratarse de un hecho que no fue previsto por el afectado a la hora de proponer o de contratar y que, además, no era razonablemente previsible.

6. Resolución del caso concreto

6.1. Sobrecostos por mayor permanencia en la obra

La mayor permanencia en obra corresponde a los costos que se ocasionan por la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato que deben ser reconocidos por la entidad, porque tienen su origen en circunstancias no imputables al contratista¹⁴. En efecto, la ampliación del plazo puede aumentar los valores de la estructura de costos –administrativos, de personal y equipos– prevista inicialmente¹⁵. Por ello, el contratista puede reclamar los perjuicios derivados de la disponibilidad de equipo, los costos de personal y los costos administrativos – y en general los que se produzcan– por la mayor permanencia en obra, siempre que estén debidamente demostrados y no sean causados por hechos que le sean imputables. En todo caso, deberán acreditarse los sobrecostos reales en que incurrió, porque no es dable suponerlos¹⁶.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, exp. No. 18.080. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. No. 17.031. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004, exp. No. 10779. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.



Cabe precisar que no hay lugar a reconocer como sobrecostos por mayor permanencia en obra los ítems de obra adicional o mayores cantidades de obra contratada, porque su fundamento jurídico es diverso y tienen su propia estructura de económica de remuneración que impide considerarlos como tales. En efecto, los primeros requieren concertar el análisis de precios unitarios -APU- y llevarlos a un contrato adicional donde se prevé el AIU respectivo; y los segundos cuentan con una regla de costos desde el inicio del contrato que autoriza las mayores cantidades.

En la demanda se adujo que las constantes e imprevistas lluvias, la inclusión de la pavimentación de un sector en el Tramo Yarumal-Angostura y el tiempo que la Interventoría utilizó para aprobar las especificaciones particulares de las bases granulares y para autorizar el uso de la mezcla compuesta de la cantera de Girardota, afectaron los rendimientos del proceso constructivo e implicaron mayor tiempo de ejecución de la obra, circunstancias que obligaron a la unión temporal a solicitar varias prórrogas del contrato.

En este sentido, explicó que *“las prórrogas en tiempo suman en conjunto 331 días, tiempo en el cual el contratista tuvo que permanecer en el sitio de la obra conservando toda una organización administrativa, mucho más de lo estipulado y proyectado financieramente al momento de presentar su propuesta, lo que generó para la Unión Temporal contratante, un inmenso costo de tipo administrativo no previsto ni imputable, ocasionando de esta forma la ruptura de la ecuación financiera y económica del contrato”*.

Pese a lo expresado, la parte actora no demostró la causación de los sobrecostos de tipo administrativo que adujo en la demanda, puesto que no los discriminó, ni los describió, ni acreditó la cuantía de cada uno de los conceptos que supuestamente debió cubrir como consecuencia de la prolongación del contrato.

La parte actora pretendió demostrar la mayor permanencia en la obra alegando con la demanda las cuatro adiciones al contrato No. 1556 de 2005 y las solicitudes de ampliación del plazo que elevó con fundamento en el incremento de las lluvias y la inclusión de la pavimentación de un sector en el tramo (fls. 68 a 88 c. 1); sin embargo, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha insistido en que los costos alegados por concepto de mayor estancia en la obra no pueden inferirse por el solo hecho de haberse prolongado el término de ejecución del contrato ni establecerse por simple conjetura sobre la base del mero paso del tiempo¹⁷, sino que debe acreditarse el concepto y la cuantía de cada uno de los

¹⁷ Ver, entre otras, las sentencias dictadas por el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A el 8 de marzo de 2017, exp. N° 25000-23-36-000-2013-00249-01(50890), C.P. Marta Nubia



rubros extraordinarios supuestamente cubiertos por el contratista con ocasión de su mayor permanencia, v. gr., la inversión en personal y en maquinaria y el monto de los gastos, al tiempo que debe probarse su relación causal con la prolongación de las obras, todo lo cual se echa de menos en el presente caso.

En el proceso obra el dictamen pericial rendido el 8 de julio de 2014 por el ingeniero civil Pascual Julio Henao Ospina, en el que sobre el factor de mayor permanencia de la obra, determinó lo siguiente:

De acuerdo a las pruebas documentales que obran en el expediente, los incrementos en los plazos del contrato 1556/05, se presentaron, en orden de importancia, por i) El aumento considerable del régimen lluvioso en la zona, ii) Para evitar la paralización del servicio y asegurar su adecuada prestación, iii) Por la inclusión de la pavimentación del sector del k7+737 al k8+137 del tramo Yarumal-Angostura. Todas ellas ajenas a la voluntad del contratista.

Para los que hemos incursionado por largo tiempo en el campo de la contratación, es claro que la mayor permanencia se presenta cuando al incrementarse el plazo del contrato, el valor de la obra ejecutada no se incrementa en esa misma proporción, en consecuencia el contratista no alcanza recuperar totalmente sus costos indirectos conformados por la administración, los imprevistos y las utilidades, más conocido como AIU.

(...)

Trabajaremos con el valor básico inicial y final, sin incluir los estudios y diseños, porque estos fueron ejecutados dentro del plazo. Tampoco tendremos en cuenta los reajustes, dado que el valor lo obtendremos a la fecha de cierre de la licitación, esto es 14 de marzo de 2005. También se excluirá el IVA, para obtener el resultado antes de impuestos.

Vi = Costo básico inicial = \$6.908'874.306 + \$4.723'686.524 = \$11.632'533.830

Pi = Plazo inicial para la construcción = 18 meses

Vf = Plazo final = 18 meses + 10 meses = 28 meses

AIU = 25%

-\$1.252'570.150

El valor anterior está en pesos del 14 de marzo de 2005, fecha de presentación de la licitación. Como dio negativo, es favorable a las pretensiones del contratista.

En consecuencia la mayor permanencia ascendió a \$1.252'570.150 del 14 de marzo de 2005 a favor del contratista ICAT 2 (fls. 862 a 898 c. 3).

Aunque el dictamen pericial rendido en el proceso refirió que se presentó una mayor permanencia en la obra por un término que excedió al inicialmente pactado, lo cierto es que los cálculos efectuados sólo se soportaron en el valor inicial y final del negocio jurídico y el porcentaje que del mismo se estimó para la administración, imprevistos y utilidades, pero no en la prueba de los gastos que la Unión Temporal ICAT 2 efectivamente realizó para sostener su mayor permanencia en la obra en detrimento del equilibrio económico contractual. En este dictamen pericial no se

Velásquez Rico, y la sentencia de la Subsección B, proferida el 30 de noviembre de 2016, exp. N° 25000-23-26-000-1993-08717-01(29368), C.P. Danilo Rojas Betancourth.



relacionaron ni probaron los conceptos y la cuantía de cada uno de los rubros extraordinarios supuestamente cubiertos por el contratista con ocasión de su mayor estancia en la obra.

En el proceso obra igualmente el dictamen pericial rendido el 15 de febrero de 2016 por el contador público John Jairo González, el cual tenía por objeto determinar los gastos realizados por la Unión Temporal ICAT 2 como consecuencia de la ejecución del contrato, además de detallar las cuentas y facturas pagadas a los proveedores, las cuentas por pagar y los pagos cobrados al INVÍAS, para poder establecer, entre otros aspectos, la mayor permanencia en la obra.

Los costos de obra en esta contabilidad incorporan los gastos administrativos, no se presenta un valor por gastos administrativos y determinarlo se sale del objeto del dictamen. Se establece un techo en los gastos de administración, el mismo AIU por \$3.295'571.333, el cual establece el equilibrio administrativo. Se determina en el cuadro costo recuperado en contabilidad. La diferencia entre los costos directos ejecutados en contabilidad y los costos recuperados en la liquidación pagada determina una pérdida en la ejecución de la obra por \$2.873'601.520,49, ésta con la pérdida administrativa del contrato por \$718'409.502,40, determinan la pérdida total por \$3.592'011.022,89.

(...)

La mayor permanencia a nivel administrativo, se vincula con el AIU. Contablemente se determinó el AIU del 25% sobre el costo total ejecutado por \$3.295'571.333, de este valor se recupera en la liquidación y pagos \$2.577'161.831, la diferencia genera un desequilibrio contable con el AIU \$718'409.502, valor inferior a la pretensión de la demanda en \$948'144.124. Si hacemos el procedimiento con el contrato inicial de los \$12.030'831.789 se toman los costos sin impuesto por \$11.911'714.642 al 25%, a 21 meses, el valor día es de \$3.781.496, 306 días da un AIU \$1.157'137.993, que para la A de 15% quedaría en \$694.282.796, inferior al valor pretendido, por mayor valor en el costo base y por mayor número de días. Para el procedimiento del peritaje se tomará el valor contable de \$718'409.502 (fls. 984 a 1011 c. 3).

Como se puede apreciar en este dictamen pericial se concluyó que no se presentó un valor por gastos administrativos en la contabilidad de la unión temporal, sin embargo, como sucedió con el dictamen anterior, el perito contador público concluyó que ocurrió una pérdida administrativa, para lo cual tuvo como fundamento la diferencia entre los costos directos ejecutados y los costos recuperados en la liquidación, lo cual hizo extensivo al AIU, pero no se soportó en las pruebas de los gastos que la Unión Temporal ICAT 2 efectivamente realizó para sostener su mayor permanencia en la obra, relativos a los equipos, personal, materiales, entre otros, además de que no evidenció las actividades o ejecuciones que aparentemente generaron la causación de dichos valores extraordinarios.

Para acreditar esos perjuicios resulta indispensable probar los sobre costos reales en los que incurrió la parte demandante, toda vez que no es dable suponerlos como lo hizo el perito mediante el cálculo del costo día de ejecución del contrato, con



fundamento en el valor del mismo, deducido del porcentaje correspondiente al A, del A.I.U. de la propuesta, toda vez que frente a contratos celebrados y ejecutados, estos factores pierden utilidad porque ya existe una realidad contractual que se impone y debe analizarse¹⁸, de ahí que resultaba necesario determinar, enunciar, describir y/o individualizar los sobrecostos causados durante la ejecución del contrato y por tanto dicho dictamen no tiene vocación para probar la existencia material de los mismos.

Esta falla probatoria impide tener por demostrada la ruptura del equilibrio contractual, pues no es posible calcular si la prolongación del término del contrato ocasionó las alegadas erogaciones anormales que sobrepasaron los márgenes aceptados en la propuesta y en el contrato mismo, en consideración a que la Unión Temporal ICAT 2 no probó los sobrecostos reclamados, esto es, que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda.

Ahora bien, en la demanda se señaló que, durante la ejecución del contrato, las imprevistas lluvias generaron una mayor permanencia en la obra; sin embargo, conviene precisar que la primera prórroga obedeció a la necesidad de terminar las inversiones inicialmente contratadas y evitar la paralización o la afectación grave del servicio público y asegurar su adecuada prestación, toda vez que en la fecha en la que fenecía el plazo inicialmente pactado solo se tenía el 45.65% del avance físico programado y, por tanto, no era posible la construcción del 54,33% de obra faltante por ejecutar, luego no se trató de una situación no imputable al contratista, sino que por el contrario, fue causada por sus actuaciones, debido al retraso en la construcción de las obras programadas, por lo que, incluso, se le había declarado el incumplimiento parcial del contrato mediante Resolución No. 01420 de 10 de abril de 2007.

Las tres siguientes prórrogas del contrato se hicieron por solicitud del contratista a raíz de los altos índices de lluvias según los pronósticos del IDEAM y la topografía montañosa de la zona. Al respecto sostuvo que *“el contratista, durante el proceso de preparación de su propuesta, previó un ligero aumento en el régimen de lluvias, teniendo en cuenta las estadísticas pluviométricas y la topografía montañosa de la zona; pero la realidad es que, dicho aumento sobrepasó de manera absoluta e irresistible todas las previsiones posibles que una persona con ayuda de las estadísticas y de las reglas de la experiencia puede prever”*.

¹⁸ En este sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de octubre de 1994, exp. No. 8092. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.



Sin embargo, en el proceso obra la certificación expedida el 4 de octubre de 2013 por la Subdirección de Meteorología del IDEAM, en la que se evidencia el comportamiento mensual de precipitación y su respectivo índice durante los años comprendidos entre 2005 y 2008, de acuerdo con la información disponible en la base de datos de las estaciones meteorológicas San Andrés de Cuerquia y Yarumal, lugares donde se desarrollaron las obras. En esta se señalaron los siguientes índices de precipitación:

0-30 lluvias muy por debajo de lo normal (mes extremadamente seco)
31-60 lluvias moderadamente por debajo de lo normal (mes muy seco)
61-90 lluvias ligeramente por debajo de lo normal (mes seco)
91-110 lluvias normales para el mes
111-140 lluvias ligeramente por encima de lo normal (mes lluvioso)
141-170 lluvias moderadamente por encima de lo normal (mes muy lluvioso)
Mayor de 170 lluvias muy por encima de lo normal (mes extremadamente lluvioso)

A partir del mes de septiembre de 2005, fecha de celebración del contrato, se presentaron los siguientes índices de precipitación: (sep: 69.0), (oct: 85.6), (nov: 115.0), (dic: 49.8). En el año 2006 se presentaron los siguientes índices de precipitación: (ene: 50.2), (feb: 104.5), (mar: 122.6), (abr: 97.8), (may: 167.7), (jun: 109.5), (jul: 101.7), (ago: 73.1), (sep: Dato no disponible), (oct: Dato no disponible), (nov: 138.0), (dic: 85.1).

En el año 2007 se presentaron los siguientes índices de precipitación: (ene: 117.7), (feb: <30), (mar: 160.6), (abr: 68.7), (may: >170), (jun: 122.1), (jul: 109.4), (ago: 119.1), (sep: 78.2), (oct: 86.4), (nov: 79.9), (dic: 53.4). En el año 2008 se presentaron los siguientes índices de precipitación: (ene: 63.4), (feb: >170), (mar: 82.3), (abr: 37.4), (may: 97.8), (jun: 96.8), (jul: 102.1), (ago: 107.4), (sep: 78.5), (oct: 85.9), (nov: 154.4), (dic: 34.4). (fls. 279 a 283 c. 1).

Como se puede apreciar, no se presentaron altos índices de lluvias durante todos los meses en los que se ejecutó el contrato y, por el contrario, prevalecieron las lluvias ligeramente por debajo de lo normal (mes seco) y las lluvias normales para el mes; solo en el mes de mayo de 2007 y febrero de 2008 se alcanzó un índice por encima de lo normal (mes extremadamente lluvioso).

En estas condiciones, no resulta acertado afirmar, como lo hizo la Unión Temporal ICAT 2 que “el IDEAM ha pronosticado que el invierno en el país continuará con igual o mayor intensidad hasta finales del mes de diciembre de 2007 o incluso principios de enero del 2008”, cuando esta entidad certificó en esos meses lluvias moderadamente por debajo de lo normal (mes muy seco) y lluvias ligeramente por debajo de lo normal (mes seco un mes muy seco).



Lo anterior demuestra que el régimen lluvioso no constituía un factor irresistible ni que impidiera la ejecución del contrato, habida cuenta de que la misma Unión Temporal ICAT 2 aceptó en una de las solicitudes de prórroga que *“la ejecución de los trabajos que se vienen realizando en cada uno de los frentes nunca se ha paralizado a pesar de las limitaciones por las constantes lluvias diarias presentadas”* (fls. 87 a 88 c. 1).

Tampoco era una circunstancia imprevisible, como se evidencia en la primera modificación que hicieron las partes al contrato, antes de que se impartiera la orden de iniciación de la etapa de construcción, en la que se advirtió que debían adelantarse los trabajos de construcción en la época de verano. En este sentido se expuso:

Adicionalmente, la zona donde se adelantarán las obras tiene un comportamiento pluviométrico que depara dos épocas bien definidas, a saber, una época seca comprendida entre diciembre y marzo y una época lluviosa entre abril y noviembre (con algunos tiempos secos en los meses de julio y agosto). Resulta entonces beneficioso para las partes que se puedan anticipar los trabajos de construcción en la época seca venidera, lo cual permitirá adelantar la explotación de los materiales y la conformación de los rellenos de las vías, de tal manera que en la época de invierno los movimientos de tierra se encuentren bien adelantados esperando que reste en ciertos sectores sólo la colocación de las capas superiores que soportan en mejor condición las lluvias (fl. 309 c. 1).

Así las cosas, según la certificación expedida por el IDEAM, las lluvias presentadas no fueron permanentes ni excedieron las estadísticas pluviométricas de la zona, como lo afirmó en la demanda la Unión Temporal ICAT 2.

En esa medida, las lluvias que se presentaron durante algunos meses y la topografía montañosa de la zona no podía constituirse en un hecho imprevisible, toda vez que se trata de un factor que el constructor, habiendo acreditado experiencia en el sector materia de la contratación, debía tener presente, más aún cuando en la carta de presentación de la propuesta afirmó que *“hemos visitado el sitio del proyecto y tomado atenta nota de sus características y de las condiciones que puedan afectar su ejecución”* (fls. 331 a 332 c. 1), es decir que desde el principio el contratista conoció la ubicación de la obra y sus condiciones topográficas y meteorológicas.

Bajo este orden de consideraciones, no se acreditó que las lluvias que se presentaron durante la ejecución del contrato y la topografía montañosa de la zona generaran un desequilibrio económico, porque además de que no constituían circunstancias imprevistas, la mayor permanencia en la obra guarda más identidad



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

con los atrasos de la Unión Temporal ICAT 2 en la ejecución de las obras programadas.

La inclusión de la pavimentación de un sector en el Tramo Yarumal-Angostura, tampoco puede constituirse como un factor que generó una mayor permanencia en la obra, porque las partes acordaron en la adición No. 4 que la ampliación del plazo se concedía por solicitud del contratista para poder terminar el contrato y además la unión temporal se comprometió a no presentar reclamación alguna por mayor permanencia en el sitio de los trabajos, porque la reprogramación se efectuaba con los recursos existentes del contrato.

Cabe destacar que en relación con esta ampliación del plazo ni siquiera habría lugar a estimar si se presentaron sobrecostos o causas generadoras de ruptura del equilibrio económico del contrato, toda vez que se consignó por la Unión Temporal ICAT 2 una renuncia expresa a reclamar por mayor permanencia en obra, de modo que prevalece la fuerza vinculante de esa renuncia expresa y la obligación del contratista de ceñirse a los actos propios.

Finalmente, en lo que respecta al tiempo que la interventoría utilizó para aprobar las especificaciones particulares de las bases granulares y para autorizar el uso de la mezcla compuesta de la cantera de Girardota, se debe indicar que no se trata de una circunstancia imprevisible, porque fue la misma Unión Temporal ICAT 2 la que propuso y escogió la alternativa de la estructura del pavimento con materiales granulares y las fuentes de materiales próximas al sitio de la obra, de modo que si luego tuvo que solicitar que se cambiara la estructura por bases estabilizadas, porque las canteras cercanas presentaban deficiencias, era una circunstancia que debió prever antes de celebrar el contrato, más aún cuando en la carta de presentación de la propuesta afirmó haber visitado el sitio de la obra y conocer las circunstancias en las que se adelantarían los trabajos correspondientes y las condiciones que podían afectar su ejecución.

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que hubiera tenido que adquirir materiales de una fuente distinta a la que en principio se estableció para efectos de dar cumplimiento a los requerimientos técnicos de la obra, no era imprevisible para el contratista cuando elaboró su oferta para participar en la licitación y, por tal razón, no puede alegarse como fuente del rompimiento del equilibrio económico del contrato, si se tiene en cuenta que, una de las exigencias para la procedencia de su reconocimiento es que se haya presentado un álea extraordinaria con posterioridad a la celebración del contrato, un hecho imprevisto e imprevisible, que se haya traducido en una onerosidad excesiva para una de las partes y, en el presente caso, no se puede pregonar tal imprevisibilidad.



Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala concluye que era imperativo demostrar en cuáles aspectos concretos y en qué proporción se produjeron los sobrecostos de tipo administrativo, carga probatoria que no cumplió la parte demandante, ni tampoco acreditó que los factores que señaló como causantes de la mayor permanencia en la obra y, por ende, de un desequilibrio económico del contrato, le resultaran imprevisibles e inimputables.

7. Mayores costos por el incremento del material asfalto sólido

En la demanda se señaló que el material asfalto sólido 80/100 mostró un incremento porcentual exorbitante desde la fecha de la presentación de la oferta hasta la terminación de las obras y, en contraposición, el índice de ajuste siempre fue inferior, lo que causó un desequilibrio económico del contrato.

Explicó que el imprevisible y exagerado aumento del asfalto sólido *“no fue absorbido por la fórmula de ajuste establecida dentro del contrato; en otras palabras, la fórmula de ajuste no alcanzó a compensar el porcentaje real del aumento del precio del producto asfalto sólido. Esta situación condena a la cláusula de ajuste a ser ineficaz, pues no obstante la actualización de los precios lograda con la aplicación de la fórmula, la realidad económica del contrato se desbordó anormalmente y extraordinariamente en perjuicio del contratista”*.

Para demostrar los sobrecostos derivados del aumento del asfalto sólido 80/100, la parte actora allegó con la demanda los documentos expedidos por ECOPETROL denominados *“Productos Petroquímicos”*, en los que registró los precios vigentes para diferentes materiales, entre ellos, el asfalto, desde el 1 de enero de 2005 y hasta el 1 de julio de 2008. Según estos documentos, el precio del asfalto por tonelada, tanto facturado de contado, como a 30 días, comenzó a incrementarse desde enero de 2006, alcanzando un precio de \$1'014.699,81 (el máximo registrado) el 1 de julio de 2008 (fls. 89 a 129 c. 1).

Cabe señalar que se trata de los precios reportados en la página oficial de Ecopetrol pero no de los productos adquiridos por la Unión Temporal ICAT 2 en esta empresa; por tanto, estos documentos no demuestran si el contratista, efectivamente, compró este material, ni tampoco las cantidades y los tiempos en los que lo hizo.

Si bien en el plenario está demostrado que el precio del asfalto aumentó desde la suscripción del contrato, encontrando su máximo incremento durante su ejecución, esta situación, por sí sola, no acredita que la parte demandante se hubiese visto afectada, pues para evidenciar el impacto que el aumento de los precios generó en la economía del contrato, era indispensable corroborar, en primer lugar, el valor real



de la adquisición de ese producto. En otras palabras, no bastaba con comprobar, a través de los listados de precios oficiales, el valor del asfalto para una determinada fecha, sino que se debía justificar cuánto se pagó por él.

El 19 de noviembre de 2013, rindió su declaración en el presente proceso el señor Simón Malkun Zarur, quien se desempeñaba como director de obra en el contrato No. 1556 de 2005, el cual sobre el incremento del material asfalto, manifestó lo siguiente:

Preguntado: Qué materiales hacen parte del ítem mezcla densa en caliente tipo MDC-2. Contesto: Los materiales son arenas, triturados y asfalto. Preguntado: Qué sucedió respecto de los precios del producto asfalto ofertado por el contratista respecto de los precios del insumo asfalto durante la ejecución del contrato. Contesto: Cuando se ofertó el contrato el precio del asfalto fue el que estaba vigente en ese momento por parte de Ecopetrol, pero debido a razones que desconozco Ecopetrol aumentó el precio del producto asfalto de una manera desmedida en los tiempos en que se ejecutó el contrato. Preguntado: Ante el aumento del precio del asfalto se aumentaba el costo del ítem mezcla densa en caliente tipo MDC-2. Contesto: Sí, ya que este material o insumo es el que más tiene peso o importancia dentro del ítem mezcla densa en caliente tipo MDC-2 (fls. 840 a 841 c. 3).

En su declaración el director de la obra afirmó que el producto asfalto sólido aumentó de precio de manera desmedida entre la oferta y la ejecución del contrato; sin embargo, no hizo alusión al precio, la cantidad y el tiempo en el que fue adquirido este insumo por la Unión Temporal ICAT 2.

Sobre el incremento del asfalto sólido y la incidencia en la economía del contrato, en el dictamen pericial rendido el 8 de julio de 2014, el ingeniero civil Pascual Julio Henao Ospina señaló lo siguiente:

En promedio, el 12,65% del volumen de la mezcla MDC-2 es de asfalto sólido 85/100 cuyo precio en la fecha de cierre de la licitación, marzo 14 de 2005, estaba en \$489.187 por tonelada FOB instalaciones de Ecopetrol. La densidad de este material fluctúa de 1000 a 1050 kilos por m³. Para efectos de los cálculos que haremos a continuación tomaremos el promedio: 1025 para preparar 1 m³ de MDC-2 se requieren 0.1265 m³ de asfalto sólido 85/100.

(...)

Constituyéndose en el insumo más costoso para la preparación de la mezcla MDC-2. Para la fecha de terminación del contrato, el precio por tonelada estaba en \$971.088, incidiendo en el precio del MDC-2.

(...)

Que el precio anterior se duplicó en menos de tres años.

El contrato se reajustó con base en los índices de costos de construcción pesada ICCP. Veamos en cuanto se incrementó entre la fecha de cierre de la licitación y la fecha de entrega de la obra. Los índices ICCP los tomamos de la página del DANE.

(...)



O sea que el precio del asfalto sólido 85/100, en el período mencionado y descontando los reajustes con el ICCP, tuvo un incremento real del 74.84%. Esto implica que se presente un desequilibrio en contra de los intereses del Consorcio ICAT 2, el cual debe restablecerse, en consideración a que se produjo por razones ajenas a su voluntad.

(...)

En el anexo 1 en Excel, adjunto al presente, se presentan los cálculos para obtener el reajuste adicional imputable al incremento por encima del ICCP, del asfalto 85/100, suministrado por Ecopetrol a la planta productora de concreto asfáltico Áridos de Antioquia, ubicada en Girardota, donde la Unión Temporal ICAT 2 obtuvo la mezcla MDC-2 para los dos tramos de pavimentación ejecutados.

(...)

Hechas las operaciones descritas, el reajuste adicional de la mezcla MDC-2 por haberse presentado un incremento en el precio del asfalto 85/100 por encima del ICCP, asciende a \$171'984.789 a favor de la Unión Temporal ICAT 2

(...)

Dicho aumento lo debió cubrir la fórmula de reajuste de precios, basada en la aplicación del índice de costos de la construcción pesada ICCP. El asfalto 85/100 se incrementó muy por encima del ICCP afectando los intereses de la unión temporal (fls. 862 a 898 c. 3).

Lo primero que se debe destacar es que el dictamen pericial se efectuó sobre un producto con características diferentes al utilizado en la obra, toda vez que en la demanda se reclama un sobre costo por el incremento del producto asfalto sólido 80/100, en tanto que la experticia se calculó sobre el aumento del valor del producto asfalto sólido 85/100.

En el dictamen pericial se concluyó que el precio del producto asfalto 85/100 se incrementó en Ecopetrol por encima de la fórmula de ajuste de precios del contrato establecida con base en el índice de costos de la construcción pesada -ICCP-; sin embargo, tampoco se estableció el valor, la cantidad y la fecha en la que fue adquirido este insumo por la Unión Temporal ICAT 2, aunado a que no se relacionaron los soportes que demuestren la compra efectiva del producto.

En el dictamen pericial que rindió el 15 de febrero de 2016 el contador público John Jairo González, el cual también tenía por objeto establecer el aumento exorbitante del producto asfalto sólido, se concluyó lo siguiente:

Los mayores proveedores son los consorciados, quienes debieron facturar la mayor permanencia de los mayores materiales, ya que los mayores materiales de la pretensión de la demanda, no se observa como adquisición directa por ICAT 2 en estos centros de costos. La falta de descripción de los registros en el sistema por el concepto apropiado a manejar, así como la falta de campos para la facturación de terceros, no ayuda a agilizar el proceso de auditoría y de cruce de información en sentido bilateral.

(...)



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

El tiempo adicionado al contrato es del 32%; los costos de obra contables en materiales, transporte y peajes durante la mayor permanencia en promedio es de 56% con relación al costo total del contrato 1556-2005, superior a los tiempos, indica un incremento del 23%; el reajuste inicial al valor del contrato por el 10,8%, se liquidó al 7,5% con IVA, lo que queda reducido al 6% en las cifras contables, el manejo de estas situaciones refleja un desequilibrio contractual, con un mayor valor en los costos de ejecución en un 26,6% con relación al valor legalizado y liquidado del contrato reajustado, en valores absolutos indica una pérdida contable por \$3.592'011.022,89 (fls. 984 a 1011 c. 3).

Como se puede apreciar, en el dictamen no se pudo verificar que la adquisición de los materiales de construcción se hubiera realizado por la Unión Temporal ICAT 2, además, en el ítem “cargos a inventarios por conceptos manejados” se relacionaron varios productos, entre los que se destacan cementos y concretos asfálticos; sin embargo, no se puede establecer si se trata específicamente del producto asfalto sólido 80/100, la cantidad, la fecha y el valor en el que fue adquirido, así como tampoco se identificaron las facturas mediante las cuales este insumo fue aparentemente comprado. En la contabilidad por concepto de obra se relacionaron varios proveedores, pero no se precisó a cuál de ellos se le compró el producto asfalto sólido 80/100.

Finalmente, se estableció una sumatoria de “facturación de proveedores por servicios” por la suma de \$6.061.807.820, correspondiente a costos de obra, transporte y peajes, sin precisar específicamente a qué proveedores se les compró el producto asfalto sólido 80/100.

Cabe señalar que en el dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Pascual Julio Henao Ospina se señaló que el asfalto 85/100 fue suministrado por Ecopetrol a la planta productora de concreto asfáltico “Áridos de Antioquia”, en la que la Unión Temporal ICAT 2 obtuvo la mezcla MDC-2; sin embargo, en la relación de proveedores expresada en el dictamen del contador público John Jairo González no figura ninguna de estas empresas.

Así las cosas, ni la unión temporal demandante ni los peritos en sus correspondientes dictámenes identificaron o relacionaron los proveedores y las facturas de compra que permitan establecer cuándo, qué cantidad y a qué precio se compró el producto asfalto sólido 80/100; por consiguiente, no era suficiente con indicar cual había sido la evolución del precio del asfalto, sino que debían probarse las condiciones en las que se adquirió dicho insumo. Incluso, era posible que la parte demandante hubiera comprado todo el asfalto desde el inicio del contrato, pero pretendiera en esta instancia judicial acceder al pago de un incremento.



Como no existe constancia real de la totalidad del asfalto sólido 80/100 supuestamente adquirido por el contratista para la ejecución de la obra, no puede tenerse por cierta la invocada fractura del sinalagma contractual, por cuanto se desconoce por completo cuándo fue comprado y a cuánto ascendió su valor.

En complemento con el argumento anterior, tampoco está demostrado que ese incremento en los precios fuera razonablemente imprevisible, ya que el contratista, como experto en el área de la construcción vial, debía contemplar la posibilidad de que los precios se incrementaran. Por ello, cuando se celebró el contrato, la unión temporal debió tener presente que la fluctuación de los precios de los insumos podía ser ascendente, y las variables que podían incidir en dicha situación.

Partiendo de esto, para acceder a la pretensión de restablecimiento, no era suficiente con demostrar que el precio oficial del asfalto fue uno al momento de la celebración del contrato y que este era diferente al de la ejecución, en tanto se debía corroborar que tal acontecimiento rebotó el álea normal del mercado y del contrato. Como no hay pruebas que demuestren que el incremento suscitado sobrepasó el riesgo asumido por el contratista, no es posible determinar la existencia de la ruptura de la economía del contrato¹⁹.

Ahora bien, en el proceso obra el acta de actualización de precios de 23 de octubre de 2006, mediante la cual se reconoció al contratista un valor de \$371'335.222, según la cláusula séptima del contrato; por concepto de pavimento flexible, en el tramo 1: San José de la Montaña – San Andrés de la Cuerquia, en el ítem correspondiente a “mezcla densa en caliente MDC-2” se reconoció la suma de \$49'605.000. Para el tramo 2: Yarumal-Angostura se reconoció al contratista un valor de \$46'577.940 (fls. 312 a 314 c. 1).

Asimismo, se tiene en el plenario el acta de actualización de precios de 23 de mayo de 2007, mediante la cual se reconoció al contratista un valor de \$830'897.282, según la cláusula séptima del contrato; por concepto de pavimento flexible, en el tramo 1: San José de la Montaña – San Andrés de la Cuerquia, en el ítem correspondiente a “mezcla densa en caliente MDC-2” se reconoció la suma de \$92'531.556. Para el tramo 2: Yarumal-Angostura se reconoció al contratista un valor de \$76'644.000 (fls. 741 a 745 c. 1).

En el mismo sentido obra en el expediente el acta de actualización de precios de 19 de noviembre de 2007, mediante la cual se reconoció al contratista un valor de

¹⁹ En este sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 22 de octubre de 2021, exp. 55541



\$1.031'843.866, según la cláusula séptima del contrato; por concepto de pavimento flexible, en el tramo 1: San José de la Montaña – San Andrés de la Cuerquia, en el ítem correspondiente a “mezcla densa en caliente MDC-2” se reconoció la suma de \$92'531.556. Para el tramo 2: Yarumal-Angostura se reconoció al contratista un valor de \$113'330.034 (fls. 730 a 737 c. 1)²⁰.

De acuerdo con las pruebas, la entidad demandada realizó el correspondiente ajuste de precios; por tanto, a la unión temporal demandante le correspondía probar que la liquidación contenida en las actas de actualización de precios no correspondía a los valores que realmente se debían con ocasión de ese reajuste.

No obra ninguna prueba que permita establecer que existió un error técnico en las actas de reajuste de precios, derivado, por ejemplo, de una aplicación indebida de la fórmula de reajuste pactada o de yerros en los valores que la soportaron. Tampoco se probó una variación negativa de los costos distinta a la contenida en las actas de ajustes y de existir, si la misma tuvo impacto en los componentes del precio unitario, que permita una liquidación diferente a la calculada en aplicación de la fórmula prevista en el contrato.

Bajo estos términos, y dado que la parte actora no logró acreditar los perjuicios invocados en la demanda, no hay lugar a ordenar el restablecimiento del equilibrio económico y, por tanto, la sentencia de primera instancia será confirmada, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

8. Condena en costas

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

²⁰ En el expediente obran las actas de ajuste por actualización de precios de 29 de marzo de 2007, tramo 1 -\$47'903.386- (fls. 429 a 430 c. 4), tramo 2 -\$36'394.940 (fls. 434 a 435 c. 4), 2 de agosto de 2007, tramo 1 -\$37'380.862.- (fls. 461 a 462 c. 4), tramo 2 -\$37'778.534- (fls. 466 a 467 c. 4), 10 de octubre de 2007, tramo 1 -\$39'408.580- (fls. 483 a 484 c. 4), 10 de diciembre de 2007, tramo 2 -\$5'345.811 (fls. 507 a 508 c. 4), tramo 2 -\$5'254.973- (fls. 516 a 517 c. 4), tramo 2 -\$4'769.441- (fls. 532 a 533 c. 4), 28 de abril de 2008 tramo 1 -\$41'886.169 (fls. 550 a 551 c. 4), 28 de abril de 2007, tramo 2 -\$40'421.567 (fls. 565 a 566 c. 4), tramo 2 -\$39'768.706- (fls. 580 a 581 c. 4), 5 de septiembre de 2008, tramo 2 -\$30'715.289 (fls. 630 a 631 c. 4), tramo -\$30'853.789 (fls. 643 a 644 c. 4), tramo 1 -\$4'340.443 (fls. 656 a 657 c. 4), tramo 1 -\$24'096.232 (fls. 669 a 670 c. 4), tramo 2 -\$17'627.826 (fls. 682 a 683 c. 4), dentro de las cuales se incluyó el ítem: pavimento flexible – mezcla densa en caliente tipo MDC2-.



Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00254-01 (59961)

Actor: Unión Temporal ICAT 2

Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-

Referencia: Apelación sentencia - Acción de reparación directa

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 12 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: 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 suscribe 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 enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF