**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Cambio de régimen jurídico – Contratos adicionales**

Primeramente, cabe precisar que el contrato 0654 del 20 de noviembre de 1989, está sometido al régimen prescrito en el Decreto Ley 222 de 1983, para los contratos de obra pública, en cuanto se suscribió durante su vigencia.

Ahora, vale indicar que el hecho de que todas las adiciones en valor y algunas prórrogas se produjeron en vigencia de la Ley 80 de 1993, no mutó su régimen jurídico ni del contrato sub judice, pues “sería tanto como invertir el principio general, según el cual, lo principal sigue la suerte de lo accesorio e ir en contravía de las disposiciones sobre la interpretación de la ley en el tiempo que consagra la [L]ey 153 de 1887, cuya vigencia es indiscutible”. La jurisprudencia de esta Sección, en tal sentido señala: Pero en este caso surge el interrogante ¿qué pasa con los contratos adicionales suscritos en vigencia de la ley 80 de 1993 pero que adicionan un contrato principal celebrado bajo la vigencia del decreto ley 222 de 1983? ¿cuál es el régimen contractual aplicable a esos contratos adicionales si éste se concibe como un nuevo contrato?

La respuesta a dichos interrogantes la suministran las mismas disposiciones de los distintos estatutos contractuales precitados porque ambos ordenamientos claramente disponen y coinciden en que los contratos que se estuvieren tramitando continuarían contractualmente sometidos a la norma anterior vigente o que los contratos en curso continuarían sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.

Queda claro entonces que frente a los contratos adicionales, sin perjuicio de su independencia frente al contrato principal, se rigen por el estatuto contractual vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia - mas no su validez - como contratos adicionales a aquel que se encuentra en curso o en trámite; por lo tanto, como se observa en materia de existencia y regulación contractual es obvio que los contratos adicionales deben ir bajo la misma norma que reguló el inicial, con mayor razón si se tiene en cuenta que por regla general el contrato adicional se sigue por las estipulaciones del contrato principal en aquellas cláusulas en las cuales no se adicionó. Es bueno destacar que el artículo 38 de la ley 153 de 1887 exceptúa a la regla relativa a que en “todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” salvo: a) Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y b) Las que señalan penas para el caso de la infracción de lo estipulado; la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01826-01(24898)**

**Actor: MARIO ALBERTO HUERTAS COTES**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 26 de marzo de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual resolvió (fl. 155, c. ppal 2):

*1. Niéganse las pretensiones de la demanda.*

*2. No hay lugar a condena en costas.*

1. **ANTECEDENTES**

**1.1. LA DEMANDA**

El 18 de junio de 1998 (fl. 27, c. ppal), el señor Mario Alberto Huertas Cotes presentó demanda en contra del Instituto Nacional de Vías, en adelante INVÍAS (fls. 1 a 27, c. ppal).

**1.1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 4 a 13, c. ppal):

1.1.1.1. El FONDO VIAL NACIONAL, hoy INVÍAS y el señor Mario Alberto Huertas Cotes celebraron el contrato 654 de 1989 para ejecutar, por el sistema de precios unitarios, las obras necesarias para la rehabilitación del sector (k.0+00) – K.25+000 de la carretera Mosquera – Girardot*.*

1.1.1.2. El referido contrato fue adicionado en nueve oportunidades para prorrogar el plazo, ampliar las fianzas, el valor y nuevos programas de trabajo e inversión.

1.1.1.3. En la cláusula séptima se pactó una fórmula matemática de ajuste de precios unitarios con base en el índice de costos de construcción de carreteras para los grupos de obra correspondientes.

1.1.1.4. El actor consideró que *“[d]esde la iniciación del contrato y hasta la ejecución de la última acta de obra la fórmula de ajuste de precios prevista en la cláusula SÉPTIMA – PARÁGRAFO SEGUNDO –AJUSTES- del contrato No. 654 de 1989 reflejó sólo una parte de las alzas de los precios y de la devaluación monetaria, por la circunstancia de que los índices a que se refiere el contrato quedaron por debajo del I.P.C., fijado por el DANE, por lo cual los precios unitarios iniciales del contrato No. 654 de 1989 comenzaron a decrecer o disminuir, mientras la prestación del CONTRATISTA permanecía igual a la inicial, circunstancia ésta indicada por los índices del I.P.C.”* (fl. 7, c. ppal).

1.1.1.5. El INVÍAS se benefició de la entrega a satisfacción, sin embargo lo expuesto desequilibró la ecuación financiera en contra del contratista, a tal punto que, ante las continuas reclamaciones, la demandada se vio obligada a cambiar la fórmula de reajuste utilizada en los nuevos contratos de obra.

**1.1.2. Las pretensiones**

En armonía con los hechos relacionados, el actor deprecó las siguientes pretensiones (fls. 3 y 4, c. ppal):

*PRIMERA: Que la conmutatividad y el equilibrio económico del contrato No. 654 de 1989 y sus adicionales, celebrado entre el FONDO VIAL NACIONAL, hoy, INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS y el Doctor MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, para la rehabilitación del sector Mosquera (k.0+000) –k.25+000 de la carretera Mosquera – Girardot, se rompieron por cuanto la fórmula de ajuste de precios prevista en su cláusula SÉPTIMA – PARÁGRAFO SEGUNDO – AJUSTES, no conservó el valor inicial de los precios unitarios durante el plazo contractual.*

*SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior y para restablecer la conmutatividad y el equilibrio económico del contrato No. 654 de 1989, el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS debe pagar al demandante la diferencia de los precios ajustados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) –Total Nacional- certificados por el DANE y los precios ajustados y pagados con la fórmula prevista en la cláusula SEPTIMA (sic) – PARAGRAFO (sic) SEGUNDO – AJUSTES del contrato No. 654 de 1989.*

*TERCERA: Que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS debe pagar al demandante la diferencia de los precios a que hace referencia el punto anterior, en valores actuales y con los intereses legales.*

*CUARTA: Que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS debe pagar las costas del proceso.*

**1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El INVÍAS (fls. 39 a 47, c. ppal) sostuvo que el índice de precios al consumidor y el de costos para la construcción de carreteras son indicadores con aplicaciones distintas, de los que no se derivan las diferencias reclamadas, al punto que el actor no elevó reclamo alguno por este aspecto durante la ejecución contractual.

Igualmente, sostuvo que como en concepto del 17 de mayo de 1994, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del magistrado Jaime Betancur Cuartas se sostuvo que cada contrato adicional es un nuevo acuerdo de voluntades y, en ese orden, si la pérdida del actor se produjo a partir de la primera acta de obra (sic), debe entenderse que, desde ese momento hasta la presentación de la demanda, transcurrieron más de los dos años, de que trata el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

**1.3. LOS ALEGATOS**

Las partes reiteraron sus argumentos (fls. 114 a 127, c. ppal).

1. **LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 26 de marzo de 2003 (fls. 138 a 156, c. ppal 2), el *a quo,* negó las pretensiones y para el efecto sostuvo:

*Aunque la entidad accionada no propuso expresamente la excepción de caducidad, debe precisarse, que no le asiste razón a ésta, dado que el actor podía incoar la acción dentro de los dos años siguientes a la terminación del contrato, que fue según el folio 19 del cuaderno No. 2, el 20 de diciembre de 1996, luego para el día 18 de junio de 1998 (folio 27 del cuaderno No. 1), dicho plazo aún no había concluido, teniendo en cuenta el último inciso del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.*

*No se puede predicar, que en el sub lite exista rompimiento del equilibrio contractual, toda vez que el demandante recibió como precio del contrato (folios 750 a 752 c. 3) lo que esperaba recibir de acuerdo a lo convenido en la referida cláusula.*

*Dentro del acervo probatorio no se encuentra ninguna comunicación en la que la contratista haya demostrado su inconformidad frente a dicha operación, así como tampoco que haya hecho alguna salvedad sobre el aspecto del precio, cuando se acordó en reiteradas oportunidades ampliar el término del contrato.*

*Por otra parte, no existe certeza de que el contrato haya presentado un desfase por el monto que reportan los peritos ingenieros (folios 609 a 620 del cuaderno No. 2) y contadores (folios 12 a 21 del cuaderno No. 3), ya que estos se limitaron a actualizar el valor de las actas con el IPC, procedimiento que es distinto a lo que ocurre cuando se trata de mantener los precios en el contrato de obra pública, donde incide el alza en los componentes del precio unitario en los componentes del precio unitario (mano de obra, materiales, combustibles, etc.) y es lo que justifica el ajuste de los mismos. Lo que debieron hacer los referidos auxiliares es acreditar que la fórmula matemática prevista en el contrato resultaba suficiente (sic) para mantener su equilibrio económico y con fundamento en tal presupuesto, cuantificar los perjuicios del contratista* (fls. 298 y 299, c. ppal 2).

1. **SEGUNDA INSTANCIA**

**3.1. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el actor interpone recurso de apelación (fls. 159 a 164, c. ppal 2), toda vez que la omisión de presentar reclamación por desequilibrio contractual no comporta la pérdida de tal derecho, pues éste, en los términos del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, tiene el carácter de irrenunciable y su reclamación es procedente ante situaciones que alteren la ecuación económica del contrato, como sucede en el *sub lite*, tal como quedó plasmado en las conclusiones de los peritos, quienes, contrario a lo sostenido por el tribunal *a quo,* dictaminaron que existía una diferencia a favor del actor. En todo caso, solicita que, en el evento de no encontrarse demostrado el monto del perjuicio reclamado, se proceda a condenar en abstracto.

**3.2. ALEGATOS**

La actora reiteró los argumentos de su apelación (fls. 173 y 174, c. ppal 2).

1. **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**4.1. COMPETENCIA**

Esta Corporación es la competente para desatar el presente asunto, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos[[1]](#footnote-1).

4.2. CADUCIDAD

La entidad demandada alude en la contestación de la demanda a la oportunidad con que se la convoca al juicio, dado que la demanda se presentó transcurridos más de dos (2) años, contados a partir de la primera acta de reajuste; no obstante, es preciso advertir que el contrato 0654 del 20 de noviembre de 1989[[2]](#footnote-2), corresponde a la modalidad de obra definida en el artículo 81 del Decreto Ley 222 de 1983[[3]](#footnote-3), en tanto se concreta en la restauración de una vía pública y, en esa medida, sometido al trámite de liquidación, como la mencionada disposición lo previo[[4]](#footnote-4).

Ahora, si bien en el Decreto Ley 222 de 1983 no se estableció un término para proceder a liquidar, vía jurisprudencial se indicó que las partes debían convenir en la liquidación bilateral en cuatro (4) meses siguientes a la terminación, vencidos los cuales y en los dos (2) meses siguientes tendría que proceder unilateralmente la administración, oportunidad fenecida en todo caso con la caducidad de la acción[[5]](#footnote-5). Ahora, el cómputo para proceder en tal sentido, en el caso particular del contrato de obra, iniciaba *“una vez que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos”*[[6]](#footnote-6).

En el presente asunto, es claro que el acta de recibo definitivo por parte de la interventoría del contrato suscrita el 6 de noviembre de 1996 (fls. 30 a 32, c. 2)[[7]](#footnote-7) da por cumplidas las obligaciones, de modo que como el contrato no fue liquidado, debido a la pérdida de competencia temporal para el efecto (fl. 290, c. 6), con sólo tomar esa fecha, es claro que para el 18 de julio de 1998 (fl. 27, c. ppal), aún no vencía el término de dos años para acudir a esta jurisdicción, como lo dispone el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

4.3. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en establecer el efecto vinculante de la cláusula séptima convenida entre el Fondo Nacional de Vías, en la actualidad INVÍAS y el contratista Mario Alberto Huertas Cotes para efectos de actualización, contenida en el contrato 0654 del 20 de noviembre de 1989, en tanto la parte actora discrepa su pertinencia para efectos de mantener el equilibrio económico del contrato.

**4.4. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA CLÁUSULA DE REAJUSTE**

4.4.1. Primeramente, cabe precisar que el contrato 0654 del 20 de noviembre de 1989, está sometido al régimen prescrito en el Decreto Ley 222 de 1983, para los contratos de obra pública, en cuanto se suscribió durante su vigencia.

Ahora, vale indicar que el hecho de que todas las adiciones en valor y algunas prórrogas[[8]](#footnote-8) se produjeron en vigencia de la Ley 80 de 1993[[9]](#footnote-9), no mutó su régimen jurídico ni del contrato *sub judice*, pues *“sería tanto como invertir el principio general, según el cual, lo principal sigue la suerte de lo accesorio e ir en contravía de las disposiciones sobre la interpretación de la ley en el tiempo que consagra la [L]ey 153 de 1887, cuya vigencia es indiscutible”[[10]](#footnote-10)*. La jurisprudencia de esta Sección, en tal sentido señala[[11]](#footnote-11):

*Pero en este caso surge el interrogante ¿qué pasa con los contratos adicionales suscritos en vigencia de la ley 80 de 1993 pero que adicionan un contrato principal celebrado bajo la vigencia del decreto ley 222 de 1983? ¿cuál es el régimen contractual aplicable a esos contratos adicionales si éste se concibe como un nuevo contrato?.*

*La respuesta a dichos interrogantes la suministran las mismas disposiciones de los distintos estatutos contractuales precitados porque ambos ordenamientos claramente disponen y coinciden en que los contratos que se estuvieren tramitando continuarían contractualmente sometidos a la norma anterior vigente o que los contratos en curso continuarían sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.*

*Queda claro entonces que frente a los contratos adicionales, sin perjuicio de su independencia frente al contrato principal, se rigen por el estatuto contractual vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia - mas no su validez - como contratos adicionales a aquel que se encuentra en curso o en trámite; por lo tanto, como se observa en materia de existencia y regulación contractual es obvio que los contratos adicionales deben ir bajo la misma norma que reguló el inicial, con mayor razón si se tiene en cuenta que por regla general el contrato adicional se sigue por las estipulaciones del contrato principal en aquellas cláusulas en las cuales no se adicionó. Es bueno destacar que el artículo 38 de la ley 153 de 1887 exceptúa a la regla relativa a que en “todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” salvo:*

*a) Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y*

*b) Las que señalan penas para el caso de la infracción de lo estipulado; la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.*

4.4.2. Las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas por las partes en las oportunidades correspondientes, en los términos del artículo 254 numerales 1 y 2 del Código de Procedimiento Civil, en consecuencia, serán valoradas sin otra consideración.

4.4.3. En lo pertinente, las partes pactaron:

*CLAÚSULA SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO. EL FONDO VIAL pagará al CONTRATISTA por la ejecución de las obras objeto de este contrato la suma de UN MIL TRESCIENTOS TRES MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS ($1.303.668.384) MONEDA CORRIENTE (…). CLÁUSULA SÉPTIMA: (…) El valor del acta por la obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra, de acuerdo con el Parágrafo: Ajustes, de esta misma Cláusula. (…)* ***PARÁGRAFO SEGUNDO****:* ***AJUSTES.*** *El valor del acta por la obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra de acuerdo con la siguiente fórmula: P1= Po x I/IO. En el cual los componentes de la fórmula tienen los siguientes significados: Pl= Valor ajustado del acta para cada grupo de obra. Po= Valor básico del acta para cada grupo de obra, calculado según las cantidades de obra ejecutada a los precios unitarios consignados en la “Lista de Cantidades de Obra, Precios Unitarios y Valor Total de la Propuesta”.* ***I= Valor del “Índice de costos de construcción de carreteras”*** *para el correspondiente grupo de obra. El valor del Índice será calculado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte según lo establecido en las Proposiciones Nos. 6757 y 6758 del 18 de agosto de 1965 de la Junta de Licitaciones, Contratos y Precios Unitarios, y la Resolución No. 10001 del 26 de noviembre de 1976. (…) Io= Valor de “I” para cada grupo de obra, correspondiente al mes de septiembre de 1989. Elaborada oportunamente el acta mensual de obra y presentada la cuenta con el lleno de todos los requisitos, dentro del término previsto en el Parágrafo “Actas de Obra” de este contrato, se ajustará aquella con el índice correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada cuando ésta corresponda al menos a la cuarta parte del programa de inversiones aprobado o se trate de obra ejecutada en forma adelantada. Cuando la obra ejecutada no corresponda al menos a dicha cuota parte, el índice de ajuste será el correspondiente al mes en que ha debido ejecutarse la obra de acuerdo con el programa de Inversiones. Los ajustes se consignarán en actas que suscribirán las partes, y EL FONDO VIAL se compromete a incluir las partidas necesarias para su pago en el proyecto anual de gastos. Si por alguna razón los índices de las fórmulas de ajuste no se obtienen oportunamente, los ajustes se podrán hacer con “Índices Provisionales”, los que mensualmente serán suministrados por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Cuando se obtengan los “índices definitivo”, se harán los ajustes correspondientes. EL CONTRATISTA* ***no podrá*** *hacer reclamaciones por los resultados de los ajustes al aplicar los índices definitivos. Cuando el contrato entre en liquidación EL CONTRATISTA puede aceptar la liquidación de los ajustes con los índices provisionales,* ***renunciando a cualquier reclamación*** *posterior por este concepto* (se destaca)(fls. 4, 5 y 6, c. 2).

4.4.4. El 13 de marzo de 1992 se vencía el plazo original del contrato, sin embargo, éste se prorrogó hasta el 31 de octubre de 1996[[12]](#footnote-12) y tuvo tres adiciones en valor[[13]](#footnote-13) (fl. 26, c. 2).

4.4.5. Respecto de las diferencias arrojadas por el cálculo de los ajustes con base en la cláusula séptima del contrato en estudio y con el I.P.C. certificado por el DANE, se rindieron dos dictámenes sobre el mismo punto el 4 de abril y el 13 de octubre de 2000 (fls. 609 a 623, c. 2 y c. 3), sin que mediara incidente de objeciones, situación proscrita por el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil[[14]](#footnote-14).

En todo caso, la Sala llama la atención sobre el hecho de que los peritajes coindicen en determinar un saldo a favor del contratista con el I.P.C. certificado por el DANE[[15]](#footnote-15); sin embargo, el INVÍAS observó que la cuestión no tiene que ver con la diferencia entre una u otra fórmula de actualización, sino sobre si la pactada resultaba viable, en orden a mantener el equilibrio del contrato; que por tratarse de un asunto de fondo corresponde al juez definir no a los peritos (fl. 87, c. ppal).

4.4.6. Frente al tema de la cláusula en estudio, es preciso distinguir entre reajuste e indexación. En tal sentido, esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos[[16]](#footnote-16):

*Ahora sobre otro punto deben diferenciarse “el reajuste y revisión de precios” por las partes de “la actualización o indexación monetaria”; mediante ésta se trata de preservar la equivalencia o representación monetaria del valor del contrato con el valor representativo real al momento del pago; recuérdese que en la mayoría de las veces por el transcurso del tiempo uno es el momento de ejecución y otro es el momento del pago.* ***La actualización compensa, mediante la corrección, el efecto inflacionario de la moneda, generalmente, hasta el momento en el que se efectúe el pago. Se dice generalmente porque habrá casos en los cuales no procederá la indexación, por situaciones imputables al contratista****.*

*Volviendo al tema de la revisión y reajuste de precios, tratado en artículo 86 del decreto ley 222 de 1983, se aprecia que aunque el legislador autorizó el pacto de fórmulas contractuales para el reajuste de precios (matemáticas o no) no las reguló en si mismas, terreno de vacío que lo suplen las partes dentro de la autonomía de la voluntad y respetando las bases de la realidad económica.*

*Queda claro entonces que la revisión de precios por las partes es consecuencia de su propia previsión en el contrato y de acuerdo con la fórmula acordada, cuando ocurra en la realidad la variación de los costos determinantes de los precios. Esto no significa que si durante la ejecución del contrato varían los costos determinantes de los precios que no podían ser previsibles al momento de ofertar o de celebrar el contrato - que eran imprevisibles - el afectado no pueda reclamar el restablecimiento económico. Se reitera así la jurisprudencia de la Sala* (se destaca y subraya)*.*

De lo anterior es posible concluir que la actualización opera por el simple efecto del tiempo en el poder adquisitivo de la moneda. Mientras que el reajuste de precios supone la revisión periódica del contrato a efectos de constatar la variación de los costos determinantes y, si es el del caso, aplicar la fórmula contractual, matemática o no, para superar dicha situación. Entonces, la cláusula que aquí se cuestiona es una cláusula de indexación o actualización para prevenir que el efecto inflacionario afectara el equilibrio contractual, esto como quiera que las partes convinieron en que cada mes “*El valor del acta por la obra ejecutada”* se ajustaría de acuerdo con la fórmula matemática acordada, es decir, el precio se mantendría, pero traído a valor presente, contrario a lo que sucede en el reajuste y revisión donde se requiere, además de una revisión periódica, la variación real y determinante del precio[[17]](#footnote-17).

En esos términos, partiendo *“de la base de que los efectos finales del negocio jurídico son el resultado no solo de lo estipulado por las partes, sino igualmente de lo ordenado por la ley, dentro de lo que conoce la doctrina como el fenómeno de la "integración del contrato”[[18]](#footnote-18)*, es pertinente señalar que frente al índice para actualizar o indexar cuentas en materia contractual, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983[[19]](#footnote-19), normatividad que, como se explicó, rige el presente contrato, no existía ningún imperativo que impusiera la utilización del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, sin que ello comporte que la Sala desconozca su común utilización. De manera que se trataba de un aspecto sujeto a la autonomía contractual, es decir, las partes resolvieron la fórmula que utilizarían para mantener el precio, sin perjuicio de la inflación. Al punto que una vez convenido, el juez no puede, salvo vicios palmarios de vulneración de dicha autonomía, alterarlo. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado[[20]](#footnote-20):

*Pero, de manera adicional y dada la compatibilidad que en esta situación se admite para acumular a éstos réditos la corrección monetaria, tal como ha quedado analizado, es procedente, contrario a lo sostenido por el a quo, disponer que se actualice la condena pecuniaria, para lo cual no existe un (sic) metodología legal imperativa y se le permite al juzgador escogerla, como lo tiene establecido la Sala cuando manifiesta:*

*“(…) Dejando de lado esos supuestos que excepcionalmente consagra de manera explícita la ley,* ***lo cierto es que en los demás casos, dada la ausencia de regulación normativa, incumbe a las partes, y en su caso a juzgadores, enderezados a efectuar el reajuste monetario de las obligaciones*** *que se ven afectadas por la depreciación de la moneda, punto en el cual es deseable que unos y otros acojan mecanismos que reflejen de un modo fiel tal fenómeno cual sucede, por ejemplo, con el que toma en consideración el IPC. No obstante, es dable buscar, cuando las exigencias del caso lo impongan y dependiendo de la naturaleza del asunto, la equivalencia de la obligación dineraria envilecida por el transcurso del tiempo fijando como establecer los criterios pertinentes referente un metal, un signo monetario extranjero fuerte, tasas de interés, entre otros, parámetros estos cuya adopción debe sujetarse a los principios generales del derecho, particularmente a la equidad, con miras a evitar enriquecimientos torticeros. En efecto, en todas las hipótesis en las cuales el ordenamiento no consagre explícita y expresamente la aplicación imperativa de un parámetro de corrección monetaria, el juzgador podrá aplicar el que mejor se ajuste a la naturaleza de la relación obligatoria, tipo negocial celebrado por las partes, el designio de éstas, la función práctica o económica social del acto dispositivo, la equidad y simetría prestacional, naturalmente dentro con un ponderado, razonable y prudente análisis, consultando el marco de circunstancias y los usos imperantes en el tráfico jurídico, los cuales al tenor del artículo 1621 inciso 2 del Código Civil, se entienden incluidos sin necesidad de estipulación a propósito (accidentalia negotia) e integran el contenido del contrato (naturalia negotia), sentencia N° 133 de 21 de noviembre de 2007, expediente 029976-01”.*

Así las cosas, no queda duda que en el *sub lite* las partes bien podrían haber acogido el I.P.C. certificado por el DANE para mantener el valor del precio, corrigiendo así los efectos inflacionarios, pero, como ello no fue así, pues convinieron hacerlo con base en el *“Índice de costos de construcción de carreteras”*, ello no compromete el equilibrio contractual, pues fue un aspecto establecido en el contrato y, como nada se dijo al respecto, huelga concluir que el índice acordado coincide con el previsto en los pliegos y la oferta. De manera que las condiciones no pueden variar a la postre y con el argumento de que otro sistema de reajuste podría haber sido más beneficioso para el contratista, pues falta a la lealtad contractual debida, pretender modificar las condiciones consultando a uno sólo de los extremos de la relación.

Tampoco es de recibo para la Sala, el hecho de que en otros contratos se hubiera pactado un acuerdo sobre los ajustes como el que aquí se reclama[[21]](#footnote-21), pues, se insiste, el contrato debe cumplirse en los términos convenidos –*pacta sunt servanda-* a menos que las condiciones iniciales varíen sustancialmente –*rebus sic stantibus-*, situación que en el presente asunto carece de respaldo probatorio. Un entendimiento diferente, significaría socavar el contenido de los principios de libertad de configuración de las partes y de lealtad contractual. Lo último si se considera que el experticio objeto de valoración no dictaminó que la fórmula de reajuste acordada fuera errada, sino que el uso de otra habría dado un resultado diferente, a favor del contratista, sin que ello *per se* resulte indicativo de un desequilibrio contractual frente a lo originalmente pactado.

En esos términos, se impone confirmar la sentencia de primera instancia.

De otro lado, no habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado 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 “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L L A**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 26 de marzo de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

**SEGUNDO: SIN COSTAS**,toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Presidente Magistrada

1. El numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, imponía el conocimiento en primera instancia a los Tribunales Administrativos de los procesos referentes a contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, celebrados por la Nación y las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuya cuantía, cuando se presentó la demanda, esto es, el 18 de junio de 1998, superaran los $18.850.000. En el *sub lite,* la pretensión del actor es por $2.232.360.789,77, que corresponde *“al ajuste correcto de los precios del contrato No. 654 de 1989”* (fl. 26, c. ppal). [↑](#footnote-ref-1)
2. Según la cláusula primera, el objeto de dicho contrato consistía en la *ejecución “por el sistema de precios unitarios [de] las obras necesarias para la rehabilitación del sector Mosquera (K.0+000) – k.25+000 de la carretera Mosquera – Girardot, de acuerdo con los planos y especificaciones suministrados por el FONDO VIAL y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato”* (fl. 4, c. 2). [↑](#footnote-ref-2)
3. *“DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS DE OBRAS PUBLICAS. Son contratos de obras públicas los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. En efecto, el artículo 287 disponía: *“DE LOS CASOS EN QUE PROCEDE LA LIQUIDACION. Deberá procederse a la liquidación de los contratos en los siguientes casos: (…) Además de los casos señalados, y si a ello hubiere lugar, los contratos de suministros y de obras públicas deberán liquidarse una vez que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos* (se destaca)*”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 15239. En dicha oportunidad, recordó: *“Más tarde precisó [se refiere a la jurisprudencia de la época] que el procedimiento para la liquidación del contrato debía cumplirse en un plazo perentorio de seis (6) meses, los cuales debían contarse a partir del vencimiento del plazo convencional, así: cuatro (4) meses para la liquidación por mutuo acuerdo y dos (2) para efectuar la liquidación de manera unilateral, por parte de la Administración. También señaló la jurisprudencia que aunque el término para adelantar la liquidación no era perentorio, vale decir, que bajo esa normatividad no se perdía la competencia para liquidar el contrato a pesar de que hubieren transcurrido los referidos seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo contractual, dicha “facultad subsiste sólo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual.”* [↑](#footnote-ref-5)
6. Inciso final del artículo 287 del Decreto Ley 222 de 1983. [↑](#footnote-ref-6)
7. Valga aclarar que si bien el tribunal *a quo* computó el término de caducidad desde el 20 de diciembre de 1996, lo cierto es que esa fecha corresponde a la de la suscripción del acta de recibo definitivo entre la interventoría del contrato en estudio y el Ministerio de Transporte (fls. 19 a 24, c. 2), mientras que la contenida en esta providencia contiene la entrega definitiva de las obras entre las partes. [↑](#footnote-ref-7)
8. (fls. 8 a 18, c. 2). [↑](#footnote-ref-8)
9. La primera adición en valor fue por $198.535.312, mediante contrato 0781 del 13 de diciembre de 1994 (fls. 12 y 13., c. 2); por contrato 654-7-89 del 1 de septiembre de 1995 se adicionó por $375.418.291 (fls. 15 y 16, c. 2) y el contrato 654-8-89 del 24 de abril del último año en cita lo adicionó por $408.895.689 (fl. 17, c. 2). [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de diciembre de 2004, rad. 1614, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

    [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2004, exp. 14.578, M.P. María Elena Giraldo Gómez. Cabe advertir que esta Corporación, en la Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 1994, rad. 601, M.P. Jaime Betancur Cuartas, ha sostenido lo contrario: *“2) El artículo 58 del Decreto - Ley 222 de 1983 contemplaba la posibilidad de modificar los contratos que regulaba en cuanto al plazo y al precio; pero a la vez prescribía que no podrán "pactarse prórrogas automáticas" (inciso 6o. ibídem). Además aunque la mencionada disposición se refería en su epígrafe a "los contratos adicionales", en realidad no regulaba las adiciones a los mismos sino su reforma en relación con el pla­zo y el precio. Las adiciones, por lo mismo, debían ser objeto de nuevos contratos. La misma disposición, teniendo en cuenta que la reforma de los contratos implicaba un nuevo acuerdo de voluntades, que debía comple­tar el contrato, disponía que para efectuarla se debía suscribir "un con­trato adicional" que en realidad era una reforma del original. De donde se infiere que la reforma del contrato, que autorizaba el artículo 58 del Decreto - Ley 222 de 1983, necesariamente implicaba un nuevo acuerdo de voluntades, diferente del contrato original. Solamente los contratos de las entidades públicas, como los de las empresas industriales y comerciales y de las asimiladas a ellas, cuando no se regían por el Decreto 222 de 1983 sino por el derecho privado, podían estipular prórrogas automáticas. 3) Si el tránsito de legislación implica que los contratos ya ce­lebrados y en vigor se rigen por las correspondientes cláusulas con­tractuales y "las Leyes vigentes al tiempo de su celebración" (la Sala destaca), las reformas o adiciones a esos mismos contratos, en cuanto implican nuevos acuerdos de voluntades, no se rigen por los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 78 de la Ley 80 de 1993, sino por la nueva legislación: si la ley garantiza los convenios o contratos celebrados, para que se rijan por la ley vigente en la fecha de su perfeccionamiento, los nuevos convenios, adiciones reformas o prórrogas de los mismos, no están comprendidos por este tratamiento de excepción y se rigen por la nueva legislación. La mejor prueba de ello consiste en verificar que las prórrogas, reformas o adiciones de los contratos se pueden convenir o no, sin que ellos pierdan su propia entidad; lo que permite concluir que las reformas y adiciones son sobrevinientes o posteriores al contra­to original.* [↑](#footnote-ref-11)
12. En efecto, las adiciones en tiempo fueron las siguientes: (i) contrato 045 del 14 de febrero de 1992, prorroga el plazo hasta el 15 de marzo de 1993 (fls. 8 y rev., c. 2); (ii) contrato 083 del 10 de marzo del año siguiente, extiende el plazo hasta el 15 de agosto de 1994 (fls. 9 y rev., c. 2); (iii) contrato 0061 del 11 de marzo del último año en cita, hasta el 15 de agosto de 1994 (fls. 10 y rev., c. 2); (iv) contrato 376 del 11 de julio de 1994, la terminación se fija para el 30 de marzo de 1995 (fls. 11 y rev., c. 2); (v) contrato 0062 del 7 de marzo del mismo año, se adiciona en tiempo hasta el 30 de septiembre de dicha anualidad (fls. 14 y rev., c. 2); (vi) por contrato 654-7-89 del 1 de septiembre de 1995 se adicionó hasta el 31 de mayo de 1996 (fls. 15 y rev., c. 2) y mediante contrato 654-9-89, suscrito en la fecha en que se vencía la última adición, finalmente el contrato se prorrogó hasta el 31 de octubre de 1996 (fls. 18 y rev., c. 2). [↑](#footnote-ref-12)
13. La primera adición en valor fue por $198.535.312, mediante contrato 0781 del 13 de diciembre de 1994 (fls. 12 y 13., c. 2); por contrato 654-7-89 del 1 de septiembre de 1995 se adicionó por $375.418.291 (fls. 15 y 16, c. 2) y el contrato 654-8-89 del 24 de abril del último año en cita lo adicionó por $408.895.689 (fl. 17, c. 2). [↑](#footnote-ref-13)
14. *“Sobre un mismo punto no se podrá decretar en el curso del proceso, sino un dictamen pericial, salvo en el incidente de objeciones al mismo, en el que podrá decretarse otro”*. Lo cierto es que el *a quo* decretó dos experticios, uno, para los efectos arriba indicados, solicitado por la parte actora (fl. 25, c. ppal) y, otro, con el fin de verificar si el actor había obtenido utilidades derivadas de su ejecución contractual, a petición de la demandada (fl. 46, c. ppal). Pese a que éste último no se practicó, la parte interesada al momento de correr traslado para alegar de conclusión nada dijo al respecto. [↑](#footnote-ref-14)
15. No obstante, los valores a reconocer, incluidos intereses moratorios, en uno son del orden de $2.188.611.499.98 (fl. 620, c. 2), mientras que en el otro corresponden a $1.622.276.320.06 (fl. 21, c. 3). [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2002, exp. 12.924, M.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-16)
17. En efecto, el artículo 86 del Decreto Ley 222 de 1983, norma vigente a la fecha de la suscripción del contrato, disponía: *“En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios,* ***se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.*** *// Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma que lo determine el reglamento. // En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática. // Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato”.*  [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de enero de 1999, exp. ACU-552, M.P. Daniel Suárez Hernández. [↑](#footnote-ref-18)
19. El artículo 1 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, frente a la actualización para el reconocimiento de intereses moratorios, prescribe: *De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4, numeral 8 de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos”.* Dicha norma fue recientemente recogida en el Decreto 734 de 2012, artículo 8.1.1. [↑](#footnote-ref-19)
20. Sala de Casación Civil, sentencia del 1 de febrero de 2009, exp. 1300131030051995-11208-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. [↑](#footnote-ref-20)
21. Por ejemplo en el contrato 0690 del 16 de diciembre de 1996, suscrito entre la Unión Temporal Aguilar y Cía. Ltda. Construcciones, Mario Alberto Huertas Cotes, ATOMst –Alta Tecnología EM *Operacao* e *Manutencao* de Sistemas de Transporte Sc; Diseños Interventoría y Servicios Ltda. D.I.S. Ltda. y Pavimentos Colombia Ltda. y el INVÍAS, se pactó que los ajustes se harían con base en el I.P.C. certificado por el Gobierno Nacional (fl. 71, c. 2). [↑](#footnote-ref-21)