

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO – Obligaciones

[...] El incumplimiento consiste en una desatención de las obligaciones del contrato imputable a la parte obligada, mientras que el desequilibrio ocurre cuando se altera la equivalencia entre derechos y obligaciones que surgió al momento de contratar o proponer.

El incumplimiento del contrato tiene causa, entonces, en que, de manera imputable a ella, una de las partes no cumple con sus obligaciones contractuales. Se pone especial énfasis en el hecho de que la conducta de incumplimiento exige la imputabilidad a la parte, pues es precisamente esto lo que permite diferenciarla de un no-cumplimiento contractual; que podría ocurrir porque la desatención de las obligaciones no es imputable a la parte, por ejemplo, por la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito.

DESEQUILIBRIO ECONÓMICO – Jurisprudencia – Cláusulas excepcionales

El desequilibrio económico del contrato, tal y como este es concebido en Colombia con fuente de inspiración en la jurisprudencia francesa, es una alteración grave de las condiciones pactadas por las partes que puede ocurrir por una de tres causas: el *ius variandi*, la teoría de la imprevisión, y el hecho del príncipe.

El *ius variandi* surge como consecuencia del ejercicio de las cláusulas excepcionales por parte de la entidad estatal. El equilibrio económico del contrato actúa como el contrapeso de las prerrogativas públicas otorgadas a las entidades estatales. Busca, en ese sentido, poner al contratista en la misma situación en la cual se encontraba antes del ejercicio de la prerrogativa; al menos desde la perspectiva económica.

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN – Causa – Finalidad

La teoría de la imprevisión, por su parte, ocurre cuando existe una desproporción grave entre lo planeado y lo efectivamente ejecutado, que conduce al contratista a pérdidas en la ejecución del contrato y tiene como causa un hecho imprevisible al momento de contratar. La imprevisión comprende una multiplicidad de hechos, en la concepción actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que va desde la ocurrencia de hechos de la naturaleza, hechos causados por un tercero, o incluso cambios normativos y regulatorios; siempre y cuando estos no sean causados por la entidad estatal co-contratante.

hecho del príncipe acaece por un cambio normativo o regulatorio, pero comprende, a diferencia de la imprevisión, solamente aquellos cambios por medio de actos administrativos de contenido general adoptados por la entidad estatal co-contratante.

EQUILIBRIO ECONÓMICO – Restablecimiento – Teoría de la imprevisión

[...] el restablecimiento del equilibrio económico del contrato varía en correspondencia con la causa que la origina. Así, en la teoría de la imprevisión se lleva al contratista a punto de no pérdida, mientras que cuando el desequilibrio es ocasionado por el *ius variandi* o el hecho del príncipe se reconoce también la utilidad dejada de percibir.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD – Obligaciones – Modalidad de pago

La autonomía de la voluntad ha sido expresamente reconocida a las entidades estatales y es especialmente relevante en el desarrollo normativo que hizo la Ley 80 de 1993. En ese marco, las entidades pueden, como lo ha reconocido esta corporación, pactar la modalidad de pago que de mejor manera se ajuste a sus necesidades y a la realidad del proyecto a contratar. Por lo mismo, es

válido entre otras, pactar las modalidades de pago a precio global, precios unitarios, administración delegada, reembolso de gastos, y llave en mano. También se encuentra dentro de lo jurídicamente posible pactar que algunas obligaciones serán remuneradas, por ejemplo, a precios unitarios y otras a precio global.

No obstante, la elección de la modalidad de pago y la celebración del contrato en esos términos por el contratista no está ausente de consecuencias. Por el contrario, esta elección contiene una asunción de deberes de conducta, de obligaciones, que son relevantes para resolver este caso.

Así, a manera de ejemplo, en los contratos a precios unitarios la entidad asume la obligación de pagar las mayores cantidades de obra y el contratista asume, en principio, la ejecución, a los precios propuestos; tanto de aquello que fue inicialmente previsto, como de las mayores cantidades de obra. De otro lado, en los contratos a precios globales, la obligación de mayores cantidades de obra es asumida, en principio, por el contratista, pues el precio pactado remunera todas las actividades necesarias para ejecutar el contrato.

ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Defectos de planeación – Obligaciones

La existencia de “*defectos de planeación*” imputables a la entidad y el rompimiento del equilibrio económico del contrato, no son circunstancias que puedan medirse en abstracto. Lo anterior es especialmente cierto para la teoría de la imprevisión en donde lo previsible o imprevisible puede variar de conformidad con el tipo contractual y las obligaciones asumidas por cada una de las partes.

También derivada de la autonomía de la voluntad, siempre que se cumplan los deberes legales, las entidades pueden celebrar contratos típicos, atípicos, nominados o innominados. Y, una vez más, pueden incluir obligaciones de diversos contratos típicos. Por ello pueden, como se hizo en este caso, incluir obligaciones propias del contrato de consultoría, como la elaboración de estudios y diseños, y obligaciones propias del contrato de obra, como la gestión social, predial, o ambiental, y el mejoramiento de una vía.



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

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 11 de septiembre de 2024

Radicación: 15001-23-33-000-2017-00076-02 (68810)
Demandante: Unión Temporal Transversal de Boyacá
Demandada: Instituto Nacional de Vías – Invías
Referencia: Controversias contractuales

Temas: controversias contractuales – salvedades - efectos en el tiempo de una Sentencia de Unificación - incumplimiento y desequilibrio económico - causas del desequilibrio - reparos concretos - modalidad de pago del contrato - precios unitarios - tipo contractual y riesgos - riesgos en un contrato estatal - riesgos tipificados y asumidos por el contratista - mayores cantidades de obra - mayor permanencia en obra - indebida planeación - falta de prueba

Síntesis: Un contratista solicitó la declaratoria de incumplimiento o de rompimiento del equilibrio económico del contrato con base en varias circunstancias que ocurrieron durante la ejecución del contrato; entre ellas, una mayor distancia en las fuentes de material necesario para la obra, la variación de diseños de talud a voladizos, el aumento de lluvias, y el incremento de precios en ciertas unidades ocasionado por las mayores cantidades de obra ejecutadas

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida el 14 de mayo de 2020 por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹, que negó las pretensiones de la demanda.

Contenido: 1. Antecedentes. 2. Consideraciones. 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante. 1.2. Posición de la parte demandada. 1.3. Sentencia de primera instancia. 1.4. Recurso de apelación.

1.1. Posición de la parte demandante

1. La Unión Temporal Transversales de Boyacá (en adelante la Unión Temporal o la Contratista) presentó **demanda**², en ejercicio del medio de control de **controversias contractuales**, en contra del Instituto Nacional de Vías – Invías (en adelante el Invías), con las siguientes **pretensiones** (se transcribe):

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer del presente asunto, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en un proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

² El 27 de enero de 2017, cuaderno principal, folio 1-97.

DECLARATIVAS

PRIMERA. Que se declare que el Instituto Nacional de Vías – INVIAS incumplió con su deber de planear el contrato 780 de 2009 y que como consecuencia el acarreo de materiales desde la fuente varió de 60 km establecidos en el pliego de condiciones hasta la distancia real a la que hallaron las fuentes de la cual se obtuvo los materiales para la producción del pavimento de concreto hidráulico, esto es 121 Km, generando con esto el desequilibrio económico del contrato.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN. Que se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS INVIAS Incumplió su deber de planear el contrato No. 780 de 2009 y que como consecuencia el acarreo de materiales desde la fuente varió de 60 km establecidos en el pliego den condiciones hasta la distancia real a la que se hallaron las fuentes de la cual se obtuvo los materiales para la producción del pavimento de concreto hidráulico, esto es 121 Km, generando con esto daños y perjuicios a la Unión Temporal Transversal de Boyacá, que el INVIAS está obligado a pagar.

SEGUNDA. Que se declare que se alteraron las condiciones técnicas y económicas inicialmente previstas al suscribir el contrato No. 780 de 2009, en lo relativo a un aumento desproporcional de las cantidades de obra inicialmente pactadas para el ítem 211.01 Remoción de derrumbes, con ocasión a un hecho constitutivo de la teoría de la imprevisión, generando con esto el desequilibrio económico del contrato.

TERCERA. Que se declare que se alteraron las condiciones técnicas y económicas inicialmente previstas al suscribir el contrato No. 780 de 2009, en lo relativo a un aumento desproporcional causado por la decisión de la Entidad de modificar las principales actividades a ejecutar, y en general por las razones aducidas en los fundamentos de hecho de esta demanda, de las cantidades de obra inicialmente pactadas para los ítems de pago i) 610.2 Material granular Filtrante, ii) 630.4 Concreto clase D, iii) 630.6 Concreto clase F, iv) 630.7 Concreto clase G, y v) 211.01 Remoción de derrumbes, generando con esto el desequilibrio financiero del contrato.

CUARTA. Que se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS modificó unilateralmente las condiciones técnicas del contrato, al variar el alcance del objeto del contrato mediante la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de la estructuras en voladizos y su construcción, generando con esto el desequilibrio financiero del contrato, representado en el sobrecosto en los ítems de pago de los concretos clase A, C, D, F y G y el de pilotes preexcavados (caisson) que requieren de los concretos clase C y clase F para su construcción, lo que obligó al contratista a la instalación de tres plantas industriales.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN CUARTA. Que se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS incumplió el contrato No. 780 de 2009, al variar el alcance del objeto del contrato mediante la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de la estructura en voladizos y su construcción, luego de haberse fijado aquel (el alcance) mediante la aprobación de los diseños para la construcción y mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico, generando con esto el desequilibrio financiero del contrato, representado en el sobrecosto generantes de pago de los concretos clase A, C, D, F y G y el de pilotes preexcavados (caisson) que requieren de los concretos clase C y clase F para su construcción, lo que obligó al contratista a la instalación de tres plantas industriales.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN CUARTA. Que se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIAS incumplió el deber de planeación durante la ejecución del contrato y su deberes asociados a la dirección general del contrato, al haber dado la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de las estructuras en voladizos y su construcción, luego de haberse aprobado los diseños para la construcción y mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico, modificando con esto las actividades principales del contrato y generando con esto el desequilibrio financiero del contrato, representado en el sobrecosto en los ítems de pago de los concretos clase A, C, D, F y G y el de pilotes preexcavados (caisson) que requieren

de los concretos clase Cy clase F para su construcción, lo que obligó al contratista a la instalación de tres plantas industriales.

QUINTA. Que se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS modificó unilateralmente las condiciones técnicas del contrato, al variar el alcance del objeto del contrato mediante la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de las estructuras en voladizos y su construcción, generando con esto el desequilibrio financiero del contrato, representado en una pérdida desproporcionada (o suma dejada de percibir) ocasionada por el aumento excesivo de los ítems de pago 630.1 concreto clase A y 621p pilotes Preexcavado (Caissons).

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN QUINTA. Que se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS incumplió el contrato No. 780 de 2009, al variar el alcance del objeto del contrato mediante la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de la estructuras en voladizos y su construcción, luego de haberse fijado aquel (el alcance) mediante la aprobación de los diseños para la construcción y mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico, generando con esto el desequilibrio financiero del contrato, representado en una pérdida desproporcionada (o suma dejada de percibir) ocasionada por el aumento excesivo de los ítems de pago 630.1 concreto clase A y 621p pilotes Preexcavado (Caissons).

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN QUINTA. Que se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS incumplió el deber de planeación durante la ejecución del contrato y su deberes asociados a la dirección general del contrato, al haber dado la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de la estructuras en voladizos y su construcción, luego de haberse aprobado los diseños para la construcción y mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico, modificando con esto las actividades principales del contrato y generando con esto el desequilibrio financiero del contrato, representado en una pérdida desproporcionada (o suma dejada de percibir) ocasionada por el aumento excesivo de los ítems de pago 630.1 concreto clase A y 621p pilotes Preexcavado (Caissons)

SEXTA. Que se declare que el desequilibrio económico del contrato representado en los sobrecostos administrativos por la mayor permanencia de obra en virtud de la extensión de la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción del contrato, generado por la modificación unilateral del alcance del objeto del contrato mediante la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de la estructuras en voladizos y su construcción por parte del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS, así como la decisión adoptada por el INVÍAS respecto de la modificación de las vigencias presupuestales del contrato No. 780 de 2009 de los años 2011 y 2012, y/o debido a la orden tardía (o después de luego de haberse aprobado los diseños para la construcción y mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico) dada por la Entidad Contratante de elaborar los estudios y diseños de las estructura en voladizo, y su correspondiente construcción, de conformidad con lo expresado en el presente documento.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEXTA. Que se declare que el desequilibrio económico del contrato representado en los sobrecostos administrativos por la mayor permanencia de obra en virtud de la extensión de la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción del contrato, ocasionado por el incumplimiento de la entidad contratante al contrato No. 780 de 2009, al variar el alcance del objeto del contrato mediante la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de la estructuras en voladizos y su construcción, luego de haberse fijado aquel (el alcance) mediante la aprobación de los diseños para la construcción y mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEXTA. Que se declare que el desequilibrio económico del contrato representado en los sobrecostos administrativos por la mayor permanencia de obra en virtud de la extensión de la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción del contrato, ocasionado por el incumplimiento de la entidad contratante deber de planeación durante la ejecución del contrato y su deberes asociados a la dirección general del contrato, al haber dado

orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de la estructuras en voladizos y su construcción, luego de haberse fijado aquel (el alcance) mediante la aprobación de los diseños para la construcción y mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico.

SÉPTIMO. Que se declare que, ante las anteriores situaciones que generaron el desequilibrio económico del contrato, el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS incumplió con su deber de utilizar los mecanismos de ajuste y revisión de precios, o de acudir a los procedimientos de revisión y corrección del contrato, a efectos de garantizar la equivalencia de las prestaciones y la sinalagmatía contractual.

OCTAVA. Que se liquide el contrato judicialmente toda vez que las partes no lo hicieron en el término de 4 meses pactado contractualmente para hacerlo de mutuo acuerdo, ni lo realizó el INVIAS unilateralmente en el término contractual de 2 meses fijado para ello.

DE CONDENA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones:

PRIMERO. Que se ORDENE al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS que PAGUE a la UNIÓN TEMPORAL TRAVERSAL BOYACÁ, en su calidad de contratista, los sobrecostos o mayores gastos de transporte para los ítems Pavimento de Concreto estructurales (concreto clase A, (caisson), la suma de DIEZ MIL QUINIENTOS NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS MICTE (\$10.590'419.879), en razón al rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, causado por la imposibilidad de hallar fuentes para la extracción de material de arena y triturado para la producción de pavimento en concreto hidráulico, a la distancia fijada por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS- en el pliego de condiciones en el que se fundamentó el contrato No. 780 de 2009, de conformidad con lo expresado en el presente documento, debidamente actualizado a la fecha de su pago efectivo.

SEGUNDO. Que se ORDENE al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS que PAGUE a la UNIÓN TEMPORAL TRASVERSAL BOYACA, en su calidad de Contratista, por concepto de sobrecostos generados por el montaje de tres plantas industriales, ocasionado por la decisión adoptada por el INVÍAS relacionada con la construcción de las estructuras en voladizos, que generó el aumento de las cantidades de los ítems de los concretos estructurales clase A, C, D, F y G y el de pilotes preexcavados (caisson) que requieren de los contratos clase C y clase F para su construcción, la suma de DOS MIL CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS m/cte (\$2.124'041.364), debidamente actualizado a la fecha de su pago efectivo. Lo anterior debido a que, iniciada la ejecución del contrato, elaborados los estudios y determinado el alcance de las obras, las cantidades de los concretos estructurales se incrementaron de tal manera que no era posible su fabricación en el periodo de ejecución contemplado en el contrato No 780 de 2009, con la utilización de mezcladoras manuales, como lo dispuso el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVÍAS- en el pliego de condiciones en el que se fundamentó el contrato de obra mencionado, lo que conllevó a que la UTTB se viera obligada al montaje de tres plantas industriales de fabricación de concreto con el fin de cumplir con los plazos de ejecución del contrato, de conformidad con lo expresado en el presente documento.

TERCERO. Que se ORDENE al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS que PAGUE a la UNIÓN TEMPORAL TRASVERSAL BOYACA, en su calidad de Contratista, la afectación económica generada por el incremento de las cantidades de los ítems de pago 630.1 concreto clase A y 621p pilotes Preexcavados (caissons), ocasionado por la decisión adoptada por el INVÍAS respecto de la construcción de las estructuras en voladizos, la suma de NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTISEIS MILLONES CIENTO TREN DOSCIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$9.526'130.261), debidamente actualizado a la fecha de su pago efectivo.

CUARTO. Que se ORDENE al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS que PAGUE a UNION TEMPORAL TRASVERSAL BOYACA, en su calidad de Contratista, la afectación económica generada por el incremento de las cantidades de los ítems de pago, 610.2 Material granular Filtrante,

630.4 Concreto clase D, 630.6 Concreto clase F y 630.7 Concreto clase G, según los hechos presentados en esta demanda, la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO OCHENTA PESOS (\$434.196.180), debidamente actualizado a la fecha de su pago efectivo.

QUINTO. Que se ORDENE al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS que PAGUE a la UNIÓN TEMPORAL TRASVERSAL BOYACA, en su calidad de Contratista, la afectación económica generada por el incremento de las cantidades del ítem de pago, 211.01 remoción de derrumbes, la suma de QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTIUN PESOS m/cte (\$593.873.721), ocasionado por la temporada invernal de los años 2010-2011, de conformidad con lo expresado en el presente documento, debidamente actualizado a la fecha de su pago efectivo.

SEXTO. Que se ORDENE al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS que PAGUE a la UNIÓN TEMPORAL TRASVERSAL BOYACA en su calidad de Contratista, la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO PESOS m/cte (\$2.400.493.528) debidamente actualizado a la 17 fecha de su pago efectivo, por concepto de mayor permanencia en el sitio de las obras en virtud de la extensión de la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción, debido a la decisión adoptada por el INVÍAS respecto de la modificación de las vigencias presupuestales del contrato No. 780 de 2009 de los años 2011 y 2012 y a la orden de la Entidad Contratante de elaborar los estudios y diseños las estructura y voladizo y su correspondiente construcción, de conformidad con lo expresado en el presente documento.

SÉPTIMO. SE CONDENE al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS a RECONOCER y PAGAR frente a las sumas de dinero indicadas en las pretensiones de condena primera a sexta, intereses moratorios del 12% efectivo anual, a partir de la fecha en que la entidad debió pagar tales sumas, o la fecha que se pruebe en el proceso, y hasta que se realice efectivamente el pago, debidamente indexados. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2 del numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993

2. La parte demandante basó sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes **hechos**:

3. 1) Luego de un procedimiento de licitación pública, las partes celebraron, el 3 de julio de 2009, el contrato 780 de 2009, cuyo objeto fue ejecutar las actividades necesarias para la realización del proyecto “estudios y diseños, gestión social, predial, ambiental y mejoramiento del proyecto transversal Boyacá”, por el sistema de precios unitarios con ajustes. El valor estimado del contrato fue de \$120.865.437.576, incluido IVA. El plazo de ejecución pactado fue de 48 meses.

4. 2) Durante la ejecución del contrato, las partes celebraron múltiples acuerdos contractuales que modificaron, entre otros, el valor del contrato hasta un monto de \$152.994.630.194,53 y el plazo hasta el 30 de octubre de 2009.

5. 3) Durante la ejecución del contrato se presentaron eventos que alteraron la ecuación financiera del contrato. Los eventos se relacionaron con:

6. i) Mayores cantidades de obra concreto clase A y pilotes (ítems de obra incrementados para la construcción de voladizos).

- a. En este caso, el contratista indicó que *“ofertó un precio menor al del mercado (...) bajo el presupuesto de que siendo mínimas las cantidades de ejecución de aquellas, el costo que la Unión Temporal debía asumir con la oferta presentada, no impactaría la ecuación financiera del contrato, ni la utilidad esperada”*. Sobre ello, la demandante señaló que *“se trata de un incremento tal que supera el cálculo económico realizado, y por lo tanto generó un desequilibrio económico del contrato, dado que obligó”* a asumir costos desproporcionados en razón del porcentaje del incremento en cada unidad.
 - b. Sostuvo que la causa de dicho incremento fue imprevista, pues *“obedece a la decisión del INVIAS relacionada con la construcción de estructuras en voladizos en aproximadamente 4km, ubicados entre el PR 14 y el PR 42 de la ruta 6007”*. Durante la ejecución del contrato, el contratista presentó, para el tramo referenciado, dos alternativas constructivas: una a través de los cortes de los taludes y otra con voladizos. Finalmente, el 7 de diciembre las partes se reunieron y decidieron *“construir voladizos donde éstos salgan más económicos y hacer los cortes donde esta solución sea más barata”*, como consta en comunicación del 10 de diciembre.
 - c. El 31 de agosto de 2011 se suscribió el formato MSE-FR-04, correspondiente al acta de aprobación de estudios, diseños, geotécnicos, estructurales y geométricos de las estructuras en voladizos ubicadas entre el PR42 y el PR 14 de la ruta 60007.
 - d. *“El pago de los estudios y diseños de las estructuras en voladizos fue reconocido por la entidad contratante mediante la modificación 5 del contrato”*.
 - e. Las partes suscribieron el adicional 5, y agregaron \$27.473.000.000, para la finalización de las obras priorizadas, lo cual incluía *“las estructuras en voladizos”*.
7. ii) el rendimiento de equipos para la producción de los concretos estructurales.
- a. En la etapa precontractual, la entidad había previsto para los concretos estructurales A, C, D, F, y G, mezcladoras manuales.
 - b. Sin embargo, como consecuencia de la modificación a los diseños que incluyó la construcción en voladizos *“fue necesaria la utilización de centrales de fabricación de concreto”* para las clases A, C, D, F y G.
 - c. La interventoría negó, durante la fase de ejecución del contrato, el reconocimiento de mayores valores, pues el nuevo método debió implicar reducción de costos, a que se trató de una decisión autónoma del contratista, entre otras.
8. iii) Sobrecosto por acarreo de agregados en concreto

- a. La entidad había dispuesto en su pliego para el transporte de materiales para concreto, lo siguiente:
 - i. Pavimento de concreto hidráulico: 60 km
 - ii. Concreto clase A: 60 km
 - iii. Concreto clase C: 60 km
 - iv. Concreto clase D: 60 km
 - v. Concreto clase F: 60 km
 - b. La Unión Temporal había ofrecido, en distancia, lo siguiente:
 - i. Pavimento de concreto hidráulico: 15 km
 - ii. Concreto clase A: 40 km
 - iii. Concreto clase C: 25 km
 - iv. Concreto clase D: 25 km
 - v. Concreto clase F: 30 km
 - c. La distancia a la cual se obtuvo efectivamente el material requerido fue de 121 km.
 - d. Sobre la solicitud de incremento de precios, la interventoría sostuvo que se trató de un riesgo asignado al contratista.
9. iv) Mayores cantidades de obra material granular filtrante, concreto clase D, concreto clase F y concreto clase G
- a. Las cantidades indicadas por la entidad eran bajas, *“por lo que ofertó y pactó un precio bajo y menor al estipulado en el APU”*.
 - b. Sin embargo, durante la ejecución del contrato se incrementaron las cantidades y precios de estas unidades, por lo que estos costos exceden los cálculos inicialmente realizados por el contratista.
10. v) Mayores cantidades de obra de remoción de derrumbes
- a. La Unión Temporal *“ofertó y pactó un precio bajo y menor al estipulado en el APU”* debido a las cantidades inicialmente señaladas en los documentos precontractuales.
 - b. En el caso, alegó la Contratista, se presentó un invierno que afectó a todo el país, lo que incrementó la frecuencia e intensidad de las lluvias y, con ello, los derrumbes ocurridos en la zona del proyecto. La interventoría aceptó tal incremento y recomendó al Invías pactar un nuevo precio. Sin embargo, la entidad no profirió pronunciamiento alguno sobre el asunto.
11. vi) La extensión de la etapa de construcción.
- a. En entender de la contratista se presentaron costos adicionales que deben ser sufragados por la entidad, como consecuencia de la extensión de la etapa de construcción. Entre las causas de tal extensión, la Unión Temporal alegó la falta de aprobación de diseños en voladizos, que no se autorizaron nuevos frentes de obra, y la ola invernal. Igualmente, indicó como causa que no se definieron tempranamente las obras que debían adelantarse en la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción.

1.2. Posición de la parte demandada

12. El Invías **contestó la demanda**³ y solicitó que se negaran las pretensiones. Los argumentos pueden resumirse de la siguiente manera:

13. Los incrementos de cantidades de obra son normales y hacen parte, justamente, de la naturaleza de los contratos pactados a precios unitarios, luego, la demandante reclamó precisamente por los términos en los cuales pactó.

14. Existió como lo reconoció la Contratista un problema de planeación suyo, pues la oferta presentada consistió solamente en reducir en un 18% todos los precios que hacía parte del pliego de condiciones. Sin embargo, ninguno de tales precios obedeció a valores de mercado.

15. Es parte de la ejecución normal del contrato lo que sucedió. El contrato incluía la obligación de elaborar los estudios y diseños por parte de la Contratista, los cuales debían determinar exactamente las obras a realizar. En ese sentido, podía cambiar la modalidad constructiva de corte de taludes a voladizos, tal y como ocurrió.

16. La propuesta de construcción en voladizos *“nació del mismo constructor y fue avalada por la Interventoría”*.

17. *“No se presentaron circunstancias extraordinarias que alteraran los precios y consecuentemente el equilibrio contractual”*.

18. En relación con los traslados, la demandada puso de presente que existía una fuente de material *“San Antonio”* que no fue usada por la Contratista, pese a que le fue señalada expresamente por la Interventoría el 23 de marzo de 2010.

19. Con base en lo anterior, se propusieron las excepciones de *“contrato no cumplido”*, pues el contratista cometió diversos errores e incumplimientos durante la ejecución del contrato; *“no agotamiento en debida forma del requisito de procedibilidad”*, pues no todas las pretensiones hicieron parte de la conciliación; *“ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales”* por las mismas razones que la excepción anterior; *“Temeridad y mala fe”*, pues contra la demandante se adelantaba un procedimiento administrativo sancionatorio con el que se buscaba declarar el incumplimiento definitivo del contrato, en ese procedimiento se había declarado el incumplimiento y se encontraba pendiente la resolución del recurso de reposición; *“cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Instituto”*; e *“Inexistencia de supuestos fácticos que permitan acceder a las pretensiones del medio de control”*.

³ F. 114 cuaderno principal.

1.3. Sentencia recurrida

20. El 14 de mayo de 2020, el Tribunal Administrativo de Boyacá profirió **Sentencia**⁴, en la cual negó las pretensiones. La decisión fue adoptada, en síntesis, con base en los siguientes argumentos:

21. Luego de hacer consideraciones generales sobre la jurisprudencia relacionada con las salvedades que hizo carrera durante algún tiempo en esta corporación, determinó que existía un requisito denominado “oportunidad de las reclamaciones”. Con base en ello concluyó lo siguiente:

Conforme a lo expuesto en precedencia, la Sala precisa en este punto, que respecto de las pretensiones de la demanda relacionadas con (i) La modificación del contrato 780 de 2009 con ocasión de la construcción de las estructuras de voladizos en la ruta 6007 (mayores cantidades de obra en los ítems concreto Clase A y pilotes pre excavados y rendimiento de equipos para la producción de los concretos estructurales); (ii) Sobrecostos por acarreo de agregados en concreto (fuentes de extracción de materiales para producción de concreto estructural) (iii) Mayores cantidades de obra en la producción de material granular filtrante, y concretos estructurales clase D, F, y G y (iv) Extensión de la etapa de construcción del contrato 780 de 2009, no se cumplió con una de las causales contemplados por la jurisprudencia contenciosa de cara a invocar la prosperidad de los pedimentos encaminados a la declaratoria del desequilibrio financiero del contrato, relacionadas con la realización de las reclamaciones dentro de los criterios de oportunidad

22. De otro lado, en relación con la pretensión relativa al aumento de las cantidades de obra de remoción de derrumbes, el Tribunal consideró que no se había configurado la teoría de la imprevisión con base en las siguientes consideraciones: si bien en los informes de interventoría se daba cuenta de la ocurrencia de una ola invernal “*tal circunstancia no resulta suficiente para determinar (...) que hubo una temporada de fuertes lluvias en todo el tiempo de ejecución y que la misma fue de tal impacto respecto del ítem de remoción de derrumbes que implicó mayores cantidades de obra a las que se hace referencia en los hechos de la demanda*”. Adicionalmente, se decidió que no se había demostrado el impacto del incremento en las cantidades de obra en la economía del contrato. Particularmente se dijo que el perito no tuvo acceso a la información contable de la demandante para analizar el incremento de costos alegados.

23. A continuación, se puede leer la parte resolutive de la Sentencia recurrida (se transcribe):

*“PRIMERO: **Denegar** las súplicas de la demanda presentada por la Unión Temporal Transversal de Boyacá contra el Instituto Nacional de Vías, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

⁴ Cuaderno principal ante el Consejo de Estado, F. 472-496.

SEGUNDO: **Condenar** en costas a la parte demandante. Estas serán liquidadas por Secretaría siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente dejando las constancias del caso.

1.4. Recurso de apelación

24. La parte demandante presentó **recurso de apelación**⁵ en contra de la Sentencia de primera instancia. Los argumentos, en síntesis, fueron:

25. *“Así las cosas, el tratar de imponer como absoluta una regla jurisprudencial contentiva de un factor de oportunidad para efectos de consignar reclamaciones económicas, teniendo en cuenta la evolución y cambio de la línea jurisprudencial adoptadas por el Consejo de Estado, es un error en la interpretación y aplicación de los preceptos legales y jurisprudenciales que generan una vulneración no solo a la seguridad jurídica de mi representada sino a una tutela judicial efectiva (...)”.*

26. La aplicación del factor oportunidad constituye un asunto que, como fue aplicado a este caso, implica la prevalencia del derecho procedimental sobre el sustancial en contravía de los mandatos constitucionales sobre la materia.

27. De igual manera, el apelante ahondó en argumentos relativos a la necesidad de reconocer, jurídica y fácticamente, que o bien el requisito no era necesario, o bien se había satisfecho.

28. Finalmente, en lo que se refiere al ítem de remoción de derrumbes, sostuvo:

Contrario a lo que concluye el Despacho, y reiterando lo que se advirtió en la demanda, los fenómenos ocurridos en el año 2010 y siguientes, sí constituyen un evento imprevisible para el territorio colombiano, incluyendo, a la Unión Temporal Transversal de Boyacá. Por ello, los fundamentos de derechos asociados a la teoría de la imprevisión como causa de la materialización del desequilibrio financiero del contrato, representado en las mayores cantidades de obra pactadas para el ítem remoción de derrumbes durante la ejecución del contrato 780 de 2009, resulta no solo probada sino que las pruebas que la soportan tienen naturaleza de hecho notorio en virtud del artículo 167 del CGP.

29. Así, la parte demandante consideró que estaba demostrada la ola invernal y su impacto en el contrato, por lo cual debía accederse a las pretensiones.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo. 2.2. Sobre la condena en costas.

2.1. Análisis sustantivo

⁵ Expediente digital Samai índice 81 del proceso en primera instancia.

30. Le corresponde a la Sala decidir si la entidad demandada es responsable por el incumplimiento del contrato, o existió un desequilibrio económico, causado por una indebida planeación, los cambios de diseño, y el incremento en las lluvias; lo que llevó a la ejecución de mayores cantidades de obra en exceso de lo previsto por el contratista, costos adicionales por acarreos, y costos adicionales por mayor permanencia en obra. Y, como consecuencia de lo anterior, si la entidad se encuentra obligada a indemnizar los perjuicios sufridos por el incumplimiento, o compensar los efectos del desequilibrio. Para decidir, la Sala deberá estudiar si, como lo indicó el Tribunal, era necesario que la contratista consignara salvedades en los negocios jurídicos celebrados durante la ejecución del contrato para cumplir con el requisito de "oportunidad" de las reclamaciones con la finalidad de que resultaran prósperas sus pretensiones.

31. La Sala decidirá sobre la existencia y vigencia del requisito de "oportunidad", para lo cual deberá aclarar el alcance y los efectos de la Sentencia de Unificación de la Sección Tercera sobre salvedades. De igual manera, analizará cada una de las alegaciones constitutivas de incumplimiento o desequilibrio, de manera independiente, con especial atención a la modalidad de pago pactada en el contrato y las causas de los presuntos incumplimientos o del desequilibrio.

2.1.1. El desequilibrio económico y el incumplimiento del contrato

32. La Sala considera indispensable aclarar, como se ha hecho en otras oportunidades⁶, que el incumplimiento y el desequilibrio económico del contrato son dos instituciones diferentes. El incumplimiento consiste en una desatención de las obligaciones del contrato imputable a la parte obligada, mientras que el desequilibrio ocurre cuando se altera la equivalencia entre derechos y obligaciones que surgió al momento de contratar o proponer.

33. En la demanda aparecen de manera amalgamada incumplimientos y desequilibrios, en ocasiones incluso se indica que la causa del desequilibrio es un incumplimiento, con lo cual aparece una fusión de dos instituciones que, esta corporación ha aclarado, son diferentes.

34. El incumplimiento del contrato tiene causa, entonces, en que, de manera imputable a ella, una de las partes no cumple con sus obligaciones contractuales. Se pone especial énfasis en el hecho de que la conducta de incumplimiento exige la imputabilidad a la parte, pues es precisamente esto lo que permite diferenciarla de un no-cumplimiento contractual; que

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 26 de febrero de 2014, Exp 24169; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 6 de julio de 2020, Exp. 48438; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2022, exp. 6489

podría ocurrir porque la desatención de las obligaciones no es imputable a la parte, por ejemplo, por la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito.

35. El desequilibrio económico del contrato, tal y como este es concebido en Colombia con fuente de inspiración en la jurisprudencia francesa, es una alteración grave de las condiciones pactadas por las partes que puede ocurrir por una de tres causas: el *ius variandi*, la teoría de la imprevisión, y el hecho del príncipe⁷.

36. El *ius variandi* surge como consecuencia del ejercicio de las cláusulas excepcionales por parte de la entidad estatal. El equilibrio económico del contrato actúa como el contrapeso de las prerrogativas públicas otorgadas a las entidades estatales. Busca, en ese sentido, poner al contratista en la misma situación en la cual se encontraba antes del ejercicio de la prerrogativa; al menos desde la perspectiva económica.

37. La teoría de la imprevisión, por su parte, ocurre cuando existe una desproporción grave entre lo planeado y lo efectivamente ejecutado, que conduce al contratista a pérdidas en la ejecución del contrato y tiene como causa un hecho imprevisible al momento de contratar. La imprevisión comprende una multiplicidad de hechos, en la concepción actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que va desde la ocurrencia de hechos de la naturaleza, hechos causados por un tercero, o incluso cambios normativos y regulatorios; siempre y cuando estos no sean causados por la entidad estatal co-contratante.

38. El hecho del príncipe acaece por un cambio normativo o regulatorio, pero comprende, a diferencia de la imprevisión, solamente aquellos cambios por medio de actos administrativos de contenido general adoptados por la entidad estatal co-contratante.

39. Es importante señalar que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato varía en correspondencia con la causa que la origina. Así, en la teoría de la imprevisión se lleva al contratista a punto de no pérdida, mientras que cuando el desequilibrio es ocasionado por el *ius variandi* o el hecho del príncipe se reconoce también la utilidad dejada de percibir⁸.

2.1.2. La jurisprudencia sobre salvedades, la Sentencia de Unificación de la Sección Tercera y sus efectos en el tiempo

40. La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre salvedades indicaba que estas debían consignarse en los negocios jurídicos celebrados por las

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de mayo de 2024, exp. 56495; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de marzo de 2024, exp. 59638.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de junio de 2012, exp. 21990; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 16 de agosto de 2022, exp. 55284

partes durante la ejecución del contrato. En la jurisprudencia existían posiciones que variaban desde la necesidad absoluta de consignar salvedades en otrosíes, prórrogas, suspensiones, adicionales, etc., hasta el análisis particular de los efectos del negocio jurídico sobre lo petitionado judicialmente para determinar la necesidad de las salvedades⁹.

41. Tal posición fue revisada por una Sentencia de Unificación del Consejo de Estado¹⁰ que unificó la jurisprudencia en el siguiente sentido (se transcribe):

“Cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución de un contrato, el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos. El deber del juez será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, las normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato. Conforme a dichas reglas, establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado”.

42. Así las cosas, la jurisprudencia actual del Consejo de Estado exige que se estudien las pretensiones, aun cuando la parte no haya consignado una salvedad en el negocio jurídico y el juez debe, en cada caso, desentrañar cuál fue el acuerdo o acuerdos de las partes y su alcance sobre lo reclamado judicialmente.

43. Este caso plantea, como otros, un problema jurídico recurrente, relacionado con los efectos de las Sentencias de Unificación en el tiempo. Esta Sala quiere señalar expresamente que con esta decisión no dirime de manera general, ni busca hacerlo, la problemática recién referida. Sin embargo, a efectos de adoptar una decisión, y cumplir con su deber de administrar justicia, resulta necesario determinar los efectos que tiene la citada Sentencia de Unificación sobre el caso, por ser parte del problema jurídico central planteado por la apelante.

44. Para poner en contexto lo anterior, es necesario hacer notar que la Sentencia de primera instancia fue proferida el 14 de mayo de 2020, la apelación fue presentada el 29 de abril de 2022, mientras que la Sentencia de Unificación fue adoptada por la Sala Plena de la Sección Tercera el 27 de julio de 2023. Es decir, la Sentencia de Unificación es posterior a la

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 24809; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de julio de 2015, exp. 37613; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2022, exp. 64897.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, Exp. 39121.

Sentencia de primera instancia y a la apelación presentada en su contra. En consecuencia, no le era exigible, por razones lógicas y cronológicas, al Tribunal o a la parte apelante conocer y citar la referida decisión.

45. No obstante, las decisiones de unificación que profiere el Consejo de Estado, salvo aquellas para “sentar jurisprudencia”, se expiden, por regla general, sobre la base de que existen posiciones jurisprudenciales divergentes entre las cuales el Consejo de Estado, o sus secciones, deben decidir cuál adoptar de manera unificada. Así las cosas, una Sentencia de Unificación escoge la posición que la mayoría de la corporación considera más ajustada al derecho positivo vigente. Por lo mismo, se trata del mismo derecho positivo que se encontraba vigente con anterioridad a la expedición de la Sentencia de Unificación. Lo anterior, se aclara, con independencia de la fuerza creadora de derecho que tiene la jurisprudencia en general y la existencia de reglas jurisprudenciales que, a ojos de la Sala, son verdaderas reglas de derecho.

46. A la luz de lo señalado, resulta aplicable, a este caso, la regla jurisprudencial unificada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en materia de salvedades. Lo anterior, pese a que para el momento de la adopción de la Sentencia de primera instancia y la presentación de la apelación no se había adoptado la Sentencia de Unificación de 27 de julio de 2023 y, por lo mismo, existían sobre la materia posturas divergentes en esta corporación.

47. Por lo anterior, la Sala considera, a diferencia de lo señalado por el Tribunal, que no era necesario cumplir con el requisito denominado de “oportunidad”, en virtud del cual hubiera debido dejar salvedades en cada uno de los negocios jurídicos celebrados durante la ejecución del contrato objeto de la controversia. A la luz de lo señalado, se procede a estudiar las alegaciones presentadas por la parte demandante en su recurso de apelación.

2.1.3. La modalidad de pago en los contratos estatales y la asignación de riesgos

48. La autonomía de la voluntad ha sido expresamente reconocida a las entidades estatales y es especialmente relevante en el desarrollo normativo que hizo la Ley 80 de 1993. En ese marco, las entidades pueden, como lo ha reconocido esta corporación¹¹, pactar la modalidad de pago que de mejor manera se ajuste a sus necesidades y a la realidad del proyecto a contratar. Por lo mismo, es válido entre otras, pactar las modalidades de pago a precio global, precios unitarios, administración delegada, reembolso de gastos, y llave en mano. También se encuentra dentro de lo

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de abril de 2021, Exp. 52085. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2022, exp. 64897; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2022, exp. 64190.

jurídicamente posible pactar que algunas obligaciones serán remuneradas, por ejemplo, a precios unitarios y otras a precio global¹².

49.No obstante, la elección de la modalidad de pago y la celebración del contrato en esos términos por el contratista no está ausente de consecuencias. Por el contrario, esta elección contiene una asunción de deberes de conducta, de obligaciones, que son relevantes para resolver este caso.

50.Así, a manera de ejemplo, en los contratos a precios unitarios la entidad asume la obligación de pagar las mayores cantidades de obra y el contratista asume, en principio, la ejecución, a los precios propuestos; tanto de aquello que fue inicialmente previsto, como de las mayores cantidades de obra. De otro lado, en los contratos a precios globales, la obligación de mayores cantidades de obra es asumida, en principio, por el contratista, pues el precio pactado remunera todas las actividades necesarias para ejecutar el contrato.

51.De cualquier manera, es necesario consultar el alcance de los riesgos pactados contractualmente, lo consignado en el pliego de condiciones y en la matriz de riesgos. Documentos estos con base en los cuales el contratista presenta su propuesta.

52.Sin embargo, en uno y otro caso, la asunción de las obligaciones contractuales encuentra un límite cuando los costos adicionales encuentran causa en ciertos eventos que exceden lo previsto contractualmente. Por ejemplo, cuando sean consecuencia de falencias en la planeación atribuibles a la entidad o cuando se configure un rompimiento del equilibrio económico del contrato.

53.En lo que interesa al caso, si se generó un desequilibrio económico del contrato, o las fallas de planeación variaron las condiciones de lo ejecutado, eventualmente podrían ser compensables los incrementos en el costo de los ítems en un contrato a precios unitarios. Lo anterior, precisamente, porque existe un hecho que excede lo acordado y previsto en el contrato.

2.1.4. El tipo contractual y las obligaciones asumidas por el contratista

54. La existencia de “defectos de planeación” imputables a la entidad y el rompimiento del equilibrio económico del contrato, no son circunstancias que puedan medirse en abstracto. Lo anterior es especialmente cierto para la teoría de la imprevisión en donde lo previsible o imprevisible puede variar de conformidad con el tipo contractual y las obligaciones asumidas por cada una de las partes.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de abril de 2021, Exp. 52085

55. También derivada de la autonomía de la voluntad, siempre que se cumplan los deberes legales, las entidades pueden celebrar contratos típicos, atípicos, nominados o innominados. Y, una vez más, pueden incluir obligaciones de diversos contratos típicos. Por ello pueden, como se hizo en este caso, incluir obligaciones propias del contrato de consultoría, como la elaboración de estudios y diseños, y obligaciones propias del contrato de obra, como la gestión social, predial, o ambiental, y el mejoramiento de una vía.

56. A la luz de lo recién señalado, resulta obvio que en un contrato que incluye la elaboración o perfeccionamiento de estudios y diseños, en una fase ulterior a aquella en la cual la entidad los entregó al contratista, estos son susceptibles de cambios o modificaciones; por lo mismo, en principio, su sola variación no resulta imprevisible.

2.1.5. No se presentaron reparos concretos en contra de la decisión del Tribunal sobre las mayores cantidades de obra de la unidad de remoción de derrumbes

57. El Tribunal rechazó las pretensiones relacionadas con las mayores cantidades de obra de la unidad de remoción de derrumbes con base en dos argumentos. En primer lugar, indicó que no se demostró que las mayores cantidades de obra hubieran sido ocasionadas por la fuerte temporada de lluvias, al respecto indicó *“no hay prueba suficiente que permita a la Sala determinar de manera precisa, los periodos de tiempo en los cuales tuvo lugar la temporada invernal, y el nivel de impacto de la misma en la zona en la que se ejecutaba el contrato y de manera específica, en la variación de las cantidades de obra a la remoción de derrumbes”*.

58. En segundo lugar, sostuvo que no se había demostrado el desequilibrio económico, pues el perito no tuvo acceso a la información contable de la demandante para analizar el incremento de costos y su presunto impacto en la economía del contrato. Sobre el particular dijo *“la Sala tampoco encuentra la prueba que determine la ejecución onerosa de la actividad de remoción de derrumbes en los términos en que reclama la UT demandante (...) [el dictamen] “que tenía por objeto determina el nivel de costos en los que había incurrido la UT respecto de cada uno de los ítems mencionados en la demanda-incluido el de remoción de escombros-, el auxiliar no tuvo acceso a la información contable de la demandante y de sus integrantes, específicamente a la contabilidad de costos - análisis de precios unitarios - a efectos de determinar el porcentaje de ingresos y de costos en que incurrió la UT con ocasión de la ejecución de la actividad de remoción de derrumbes; e igualmente (...) precisó que tampoco había tenido acceso a la información financiera y contable de uno de los integrantes de la” UT.*

59. En su recurso de apelación, la parte demandante se concentró en resaltar la coincidencia entre la temporada de lluvias, que consideró hecho notorio, y las fechas de incremento de cantidades de obra en la unidad de remoción de derrumbes. Sin que ello signifique que la Sala no echa de menos una prueba directa del impacto de las lluvias sobre el incremento en las cantidades de obra, lo cierto es que el demandante no presentó reparos concretos en contra de los argumentos probatorios del Tribunal relacionados con la ausencia de demostración de un desequilibrio desde el punto de vista financiero y contable.

60. En consecuencia, de conformidad con lo normado por los artículos 320 y 328 del CGP, esta Sala no cuenta con competencia para revocar la decisión adoptada sobre el punto; pues el recurrente no presentó reparos concretos en contra de los argumentos del Tribunal relacionados con la falta de pruebas sobre la configuración del desequilibrio económico; y confirmará la Sentencia sobre la negatoria de la pretensión segunda.

2.1.6. Las mayores cantidades de obra del material granular filtrante, y los concretos clases D, F y G, ítems pactados en el contrato: una obligación asumida por el contratista

61. Como se indicó en otro aparte de esta Sentencia, en los contratos a precios unitarios, el riesgo de mayores cantidades de obra, en relación con el pago, lo asume la entidad. Sin embargo, el contratista asume la obligación de ejecutar esas mayores cantidades de obra a los precios ofertados en el contrato, salvo que exista una razón válida para que no deba asumirla. Tal sería el caso, como se dijo, de una indebida planeación de la entidad o del rompimiento del equilibrio económico del contrato.

62. Sin embargo, para los ítems material granular filtrante y los concretos clases D, F, y G, los argumentos de la demandante fueron exclusivamente que el incremento fue de tal magnitud que *“genera un desequilibrio económico del contrato”*. Sobre el punto sostuvo que el desequilibrio se podía generar no solo por incumplimientos o hechos que configuraran la teoría de la imprevisión o el hecho del príncipe, sino también (se transcribe) *“que no se requiere que la causa sea una situación generada en la administración, o que sea imprevisible, sino que el mecanismo de reajuste o revisión de precios es procedente aun demostrando la alteración de las condiciones iniciales no imputables a la parte que lo alega, así como la incidencia en el contrato de forma grave”*.

63. Sobre este tema, la Sala ha dejado, en apartes anteriores de esta Sentencia y en otras decisiones¹³, su posición: las partes deben cumplir el

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de abril de 2021, Exp. 52085. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2022, exp. 64897; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2022, exp. 64190.

contrato en los términos acordados y se obligan a aquello que plasman en el contrato y en esos términos. En consecuencia, en ausencia de una causa que lo justifique, la parte se encuentra obligada a ejecutar el contrato en los términos acordados. Así las cosas, el solo incremento de las cantidades de obra en un contrato con modalidad de pago a precios unitarios no da lugar a un reajuste, revisión, ruptura, o incumplimiento; es necesario demostrar la ocurrencia de una circunstancia que permita entender que lo ejecutado excede lo previsible al momento del pacto o un incumplimiento de la contraparte. El aumento en las cantidades de obra en un contrato a precios unitarios es, por regla general, un alea normal del contrato. En adición, en la cláusula segunda del contrato las partes acordaron explícitamente que *“las cantidades de obra son aproximadas y por lo tanto se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra (...)”*. En ese orden de ideas, la Sala confirmará la Sentencia de primera instancia en el sentido de negar la pretensión tercera de la demanda.

2.1.7. Costos adicionales por acarreo de agregados en concreto: un riesgo asumido expresamente por el contratista

64. Durante la fase de selección, la entidad determinó un costo de unidad para el transporte por material que contemplaba 60 km. La contratista ofreció distancias menores que variaban de 15-40 km. Finalmente, la contratista obtuvo el material a una distancia de 121 km, lo que causa la reclamación de la demandante.

65. Sobre este asunto, la Sala observa que en la matriz de riesgos, que hizo parte del procedimiento de selección, se indicó que había un riesgo denominado *“cambios en las fuentes de materiales autorizados”* y este riesgo fue asumido por la contratista. También existía un riesgo denominado *“escasez de cualquier tipo de material para la ejecución de la obra”*, también asumido expresamente por la contratista. De igual manera, en el apéndice sobre riesgos se incluyó el riesgo de *“mejoramiento, rehabilitación, construcción y mantenimiento”*, en este apéndice, que hace parte del contrato, se indicó que *“[e]l riesgo por la disponibilidad, importación, transporte y suministro de los equipos y materiales requeridos para la ejecución del contrato, deberán ser asumidos por el contratista”*.

66. Así las cosas, si la parte demandante consideraba que la concreción del riesgo de variación de fuentes de material excedió no solo lo pactado contractualmente como obligación, sino también la asunción de riesgos realizada, debió demostrar que se trató de un riesgo que tenía tales connotaciones por su carácter extraordinario. No obstante, en el proceso se concentró en demostrar la variación de las fuentes de material y el incremento en la distancia entre lo pactado y lo ejecutado (100%). Este era un riesgo que había sido asignado a la contratista y había expresamente sido aceptado por esta con la suscripción del contrato. Por lo tanto, la demandante debía asumir las consecuencias de la concreción del riesgo,

ausente una razón que permitiera considerar que se había concretado un riesgo más allá de lo previsible: un riesgo extraordinario.

67. La Sala considera importante poner de presente que el solo incremento en porcentaje, sin otros elementos de juicios que permitan concluir que el riesgo era imprevisible y por lo tanto extraordinario, no es suficiente. Lo anterior es así, pues el impacto de la concreción del riesgo (100% de incremento en la distancia) da cuenta de ello, el impacto, pero nada dice sobre la imprevisibilidad del riesgo.

68. En conclusión, el riesgo de variación en las fuentes de materiales fue asumido por la contratista y no se demostró que se concretó un riesgo extraordinario, lo que lleva a confirmar la Sentencia recurrida en relación con la negatoria de las pretensiones primera y primera subsidiaria de la pretensión primera.

2.1.8. Mayores cantidades de obra concreto clase A y pilotes, mayor permanencia en obra y rendimiento de los equipos para la producción de concretos causados por la variación del método de construcción de corte por taludes a voladizos: no existió modificación unilateral, ni incumplimiento del contrato

69. Como se indicó, la previsibilidad o imprevisibilidad de la ocurrencia de un hecho no puede medirse en abstracto, la asunción de un riesgo y sus efectos sobre el contrato tampoco puede hacerse de esa manera. Resulta necesario evaluar todas las circunstancias que obran en el contrato y las circunstancias que rodearon su celebración para determinar los efectos que una situación tiene sobre este.

70. En el caso que ocupa a la Sala, el contrato desde el punto de vista obligacional incluía la elaboración de estudios y diseños y una fase de preconstrucción, cuya finalidad era precisamente entregar parte de los estudios y diseños. Si un contrato además de la ejecución del contrato de obra, en este caso “*mejoramiento*”, incluye una etapa de elaboración de estudios y diseños, resulta connatural al contrato una variación de aquellos que fueron presentados por la entidad. De lo contrario, sería un contrato de obra tradicional sin obligaciones relacionadas con los estudios y diseños, propias del contrato de consultoría.

71. Lo anterior no quiere decir, claro está, que si la obra varía el contratista está obligado siempre y en todos los casos a asumir los costos adicionales; pues podremos estar, como se ha explicado, frente a un verdadero defecto de planeación o la ocurrencia de una de las causas de ruptura del equilibrio económico del contrato.

72. La demandante alegó que en el caso existió una modificación unilateral del contrato por parte de la entidad y solicitó que así se

deklarara. Como subsidiaria de tal pretensión solicitó que se deklarara el incumplimiento del contrato por variar el alcance al aprobar el método constructivo por voladizos. Y, finalmente, solicitó que se deklarara la ruptura como consecuencia del incumplimiento al deber de planeación. Cada causa será analizada de manera independiente a continuación.

73. Una vez revisadas las pruebas que obran en el expediente, la Sala advierte que existió una variación en el método constructivo que fue propuesto como alternativa por parte de la contratista, en ejecución de sus obligaciones relacionadas con los estudios y diseños, por lo que no existió ni formal ni materialmente una modificación unilateral ordenada por la entidad. Con base en ello se confirmará no haber accedido a las pretensiones cuarta, quinta y sexta de la demanda.

74. De otra parte, el contratista no indicó cuál obligación consideraba vulnerada por la aprobación de sus propios diseños. Sin embargo, revisado el contrato, no es posible advertir ninguna obligación incumplida y, por el contrario, se observa la conducta usual de las partes en ejecución de un contrato que incluye obligaciones tanto de diseño como de construcción. No se llega a una conclusión diferente por el hecho de que se hubiera aprobado un diseño, según el decir del contratista, y luego las partes hubieran acordado otro. Lo anterior lleva a la Sala a confirmar la negatoria de las pretensiones primera subsidiaria de la cuarta, primera subsidiaria de la quinta y, primera subsidiaria de la sexta.

75. Finalmente, en este caso, no existen pruebas que demuestren defectos en la planeación por parte de la entidad. Como se ha señalado en otras ocasiones¹⁴, la sola variación del diseño durante la ejecución de un contrato no es suficiente para dar por acreditados los defectos o deficiencias en la planeación y estructuración del proyecto. Lo anterior es especialmente cierto en contratos que, como el de obra, han sido catalogados como contratos incompletos por la doctrina económica especializada en la materia¹⁵ debido a la imposibilidad de prever todos los eventos que pueden sobrevenir durante la ejecución. Ello se acentúa aún más, si el contrato incluye, como en este, obligaciones de elaboración de estudios y diseños al lado de la ejecución de la obra.

76. Por lo tanto, la Sala no encuentra acreditado un incumplimiento de la entidad de su deber de planeación, o en la obligación, derivada de los artículos 1603 y 871 del Código de Comercio, de suministrar estudios y diseños de conformidad con la calidad media de las prácticas del sector correspondiente¹⁶. Como consecuencia de lo señalado, la Sala confirmará la negatoria de las pretensiones segunda subsidiaria de la cuarta, segunda subsidiaria de la quinta y, segunda subsidiaria de la sexta.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 23 de noviembre de 2022, Exp: 66661; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 2 de agosto de 2024, Exp: 62090.

¹⁵ Eggleston, Karen, Eric A. Posner, and Richard Zeckhauser. "The design and interpretation of contracts: why complexity matters." *Nw. UL Rev.* 95 (2000): 91.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 23 de noviembre de 2022, Exp: 66661.

77. Asimismo, la Sala confirmará la negación de las demás pretensiones por ser consecuenciales de las anteriores o por no haberse presentado ningún reparo concreto sobre ellas.

2.2. Sobre la condena en costas

78. De conformidad con el artículo 188 del CPACA y el numeral 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en esta instancia en costas a la parte demandante. Estas deberán ser tasadas y liquidadas por el Tribunal de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida el 14 de mayo de 2020 por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la Unión Temporal Transversal de Boyacá a favor del Instituto Nacional de Vías. Estas deberán ser tasadas y liquidadas por el Tribunal de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Aclaración de voto

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA