

DICTAMEN PERICIAL - Valor probatorio

Esta Sala difiere de las apreciaciones del demandante, pues no se trató de un rechazo in limine de los dictámenes por la presunta o potencial parcialidad de los peritos, dada la relación de colaboración empresarial previa a la experticia con la Unión Temporal y algunos de sus integrantes en el caso del contador Lozano Fuentes, ni de la ausencia de experiencia anterior en la formulación de dictámenes del señor Rojas García, sino de incongruencias en la aproximación al objeto del dictamen contable, y de la insuficiencia de revisión del objeto en el dictamen técnico, las causas que privan a ambas experticias de aptitud probatoria.

Por lo tanto, aunque la falta de experiencia en la rendición de dictámenes periciales no es un motivo para descartar su aptitud probatoria, en el caso del informe técnico es la falta de objetividad la causa que impide que, por sí sólo, ese medio de convicción acredite las condiciones técnicas y defectos que aduce el apelante, por lo que el cargo fracasa, sin perjuicio de las precisiones que hará la Sala en torno a esos aspectos bajo el análisis de los restantes medios probatorios.

CONTRATO DE OBRA – Stand By – Mayor permanencia en obra

En el ámbito de la gestión y ejecución de proyectos de construcción y otras obras técnicas, el "*stand by*" de equipos se refiere a la situación en la que las máquinas o equipos de construcción se encuentran en espera, sin ser utilizados activamente, pero disponibles para cuando se necesiten. Esto puede suceder debido a pausas en el proyecto, cambios en el cronograma, falta de permisos o por espera de otros recursos. Esta condición genera costos, ya que se está pagando por la disponibilidad de los equipos sin que estén en pleno uso, lo cual afecta la eficiencia del presupuesto y planificación. Por otro lado, la "*mayor permanencia en obra*" se asocia a un período extendido de tiempo que los equipos y trabajadores pasan en el sitio de la obra debido a retrasos en el proyecto. Esto puede suceder por cambios en el alcance del proyecto, problemas climáticos, problemas logísticos o falta de insumos. La mayor permanencia en obra impacta directamente en los costos generales del proyecto, ya que no solo involucra el costo de los equipos en "*stand by*", sino también el pago de salarios y posibles gastos operativos adicionales. Mientras que el "*stand by*" se centra en la inactividad de los equipos, la mayor permanencia en obra se refiere a la extensión del tiempo total del proyecto y sus implicaciones económicas y de planificación.

CONTRATOS – Reajuste de precios – Precios unitarios

Esta Corporación ha explicado que, aunque en los contratos se pacte un sistema de pago por precios unitarios sin fórmula de reajuste como en el contrato 612 de 2013 (cláusula IV), el contratista puede solicitar judicialmente la actualización de los precios si acredita que su variación ha afectado el equilibrio económico del contrato, es decir, siempre que demuestre que surgió con posterioridad a su

celebración, que impactó grave y negativamente la estructura de costos del negocio, que no hubiera podido ser prevista razonablemente, y que el alza provenga de una circunstancia ajena a las partes.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A
Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024)

Expediente: 81001-23-39-000-2018-00035-02 (68858)
Demandante: Unión Temporal Complejo Ferial Arauca
Demandada: Departamento de Arauca
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: *DICTAMEN PERICIAL - Debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado, y consignar los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, así como los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones. / MAYOR PERMANENCIA Y STAND BY DE EQUIPOS – Las ampliaciones y suspensiones del plazo no determinan un reconocimiento automático a favor del contratista por estos conceptos, quien tiene la carga de probar los sobrecostos asumidos. / LLUVIAS Y SUMINISTRO DE MATERIALES E INSUMOS – Correspondían en el caso concreto a riesgos previsibles a cargo del contratista, quien tenía a su cargo mitigarlos y asumir las consecuencias de su materialización. / REVISIÓN DE PRECIOS – Aun en los casos en que no se ha pactado una fórmula de reajuste, el contratista puede solicitar la actualización de los precios si acredita que su variación surgió con posterioridad a la celebración del contrato, que impactó grave y negativamente su estructura de costos, que no hubiera podido ser prevista razonablemente, y que el alza provino de una circunstancia ajena a las partes.*

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La controversia gira en torno a los perjuicios derivados del supuesto incumplimiento y desequilibrio de un contrato de obra, cuyo objeto fue la construcción de la segunda etapa del Complejo Ferial del Municipio de Arauca.

I LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión adoptada el 24 de junio de 2022 por el Tribunal

Administrativo de Arauca que liquidó el contrato 612 de 2013 y negó las demás pretensiones formuladas¹ por la Unión Temporal Complejo Ferial Arauca (en adelante la parte actora o el contratista) en contra del departamento de Arauca (en adelante la entidad contratante o el departamento), cuyos hechos principales y pretensiones se enuncian a continuación.

Hechos

² La Unión Temporal Complejo Ferial Arauca y el departamento de Arauca celebraron el contrato 612 de 2013, el cual tuvo por objeto la construcción de la segunda etapa del Complejo Ferial del municipio de Arauca. El valor convenido fue de \$8.530.397.203, y el plazo de ejecución de 12 meses a partir del 16 de diciembre de 2013. El contratista se comprometió con la ejecución de la obra conforme a los planos y especificaciones técnicas entregada por el Departamento, bajo el sistema de precios unitarios, y éste, a su vez, a entregar la referida información técnica y a pagar el valor del contrato en actas parciales y un pago final tras su liquidación.

³ El contratista expuso que durante la ejecución del contrato se presentaron circunstancias configurativas de incumplimiento del Departamento (entrega de planos y diseños errados e incompletos, y el pago tardío de las actas de obra) junto con otras constitutivas de imprevisión (lluvias intensas, manifestaciones en el área de obra y variación alcista del dólar), las cuales causaron retrasos y suspensiones traducidas en ⁽ⁱ⁾ sobrecostos por mayor permanencia y “*stand by*” de maquinaria, personal y equipos por los 225 días en que se alargó el plazo del contrato y los 150 que duró suspendido; ⁽ⁱⁱ⁾ obras adicionales no previstas, ejecutadas y no pagadas necesarias para el proyecto; ⁽ⁱⁱⁱ⁾ sobrecostos por incremento de valor de los materiales importados; ^(iv) sobrecostos financieros por demoras en el pago y por falta de actualización de precios; e, ^(v) intereses moratorios.

Pretensiones

⁴ La parte actora solicitó que: ⁽ⁱ⁾ se declare el incumplimiento del contrato 612 de 2013 por parte del Departamento y se le condene al pago con la correspondiente actualización, de sobrecostos, perjuicios, y restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato o, subsidiariamente, que se declare el enriquecimiento sin causa del Departamento y se le ordene pagar una compensación; ⁽ⁱⁱ⁾ se le condene a pagar intereses moratorios sobre la indemnización debida; ⁽ⁱⁱⁱ⁾ se liquide definitivamente el contrato y; ^(iv) se condene al pago de costas del proceso y agencias en derecho.

¹ Demanda presentada el 14 de marzo de 2018 (folio 2777).

Contestación de la demanda

5. El Departamento admitió los hechos relacionados con el trámite de la licitación pública, la firma del contrato y su ejecución, pero señaló que debían negarse las pretensiones porque las condiciones alegadas eran riesgos que debían ser gestionados por el contratista, toda vez que en el contrato se había previsto la posibilidad de que variaran los diseños, luego no era circunstancia desconocida y, en todo caso, no había prueba de que los cambios hubieran afectado gravemente el proyecto. En el contrato también se definió que el contratista era el responsable de gestionar los imprevistos que podía presentar la obra, por eso las manifestaciones y lluvias no eran excusa para justificar las dificultades en la adquisición de materiales, la mayor permanencia, el “*stand by*” ni los demás sobrecostos; además, en las actas de suspensión y prórroga se dejó constancia de que el tiempo adicional no implicaba un mayor costo para el Departamento ni daba lugar a reclamaciones. No había evidencia de que las obras adicionales ejecutadas fueran estrictamente necesarias, por lo que no era exigible su pago, mientras que los costos adicionales derivados de la fluctuación de la tasa de cambio eran riesgos que debía asumir el contratista, al ser riesgos inherentes a la ejecución del negocio jurídico. Si bien hubo retrasos en el pago de algunas actas de obra, se debió a problemas administrativos que no configuraron un incumplimiento sustancial y no podían pagarse compensaciones porque el contrato definía que el riesgo financiero era del contratista y no las preveía.

Alegatos en primera instancia

6. Agotado el período probatorio², la Unión Temporal argumentó los incumplimientos del Departamento de Arauca, los perjuicios y sobrecostos sufridos, y la improcedencia de los argumentos de defensa de la parte demandada. Por su parte, el Departamento de Arauca, cuestionó los dictámenes periciales y testimonios aportados por la parte demandante, resaltó las resoluciones de multa y de incumplimiento adoptadas en contra de la Unión Temporal, y señaló el incumplimiento generalizado del contratista. El Ministerio Público guardó silencio.

² Las pruebas que se incorporaron fueron las siguientes: Contrato de Obra 612 de 2013: 3 de diciembre de 2013; Acta de Inicio de Obra: 16 de diciembre de 2013; Acta de Terminación de Obra por Mutuo Acuerdo: 23 de diciembre de 2015; Acta de Recibo Final de Obra: 22 de abril de 2016; Resolución de Incumplimiento: 15 de enero de 2018; Resoluciones de Multa: 2015-2016; Oficios entre el Departamento, la Interventoría y el Contratista: 2014-2015; Acta de Suspensiones y Adiciones de Tiempo: 25 de agosto de 2015 y 24 de septiembre de 2015; Informes de Avance de Obra por la Interventoría: 2014-2015; Informes de Supervisión del Contrato: 2014-2015; correspondencia cruzada entre el contratista, la interventoría y el Departamento, las declaraciones de varios testigos, entre ellos, Jennifer Paola Gil Sánchez, Silvia Viviana González Rodríguez (empleadas del contratista), Gustavo Gamboa Granados, Aldo Fernando Figueroa Ortiz, Ana Lida Méndez Cedeño, el dictamen pericial contable y financiero realizado por Roberto Lozano Fuentes, el dictamen pericial técnico elaborado por Jairo Rojas García.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

7. El Tribunal administrativo de Arauca negó las pretensiones, salvo la de liquidación judicial del contrato a la cual accedió, en los siguientes términos:

“PRIMERO. LIQUIDAR el contrato de obra 612 de 2013, suscrito entre la Unión Temporal Complejo Ferial Arauca y el Departamento de Arauca en la forma en la que se estableció en el numeral 4.5. de las consideraciones.

Y en consecuencia, CONDENAR a Rodrigo Cárdenas García, a Eme Ingeniería S.A. y a Santiago Sánchez Vesga, integrantes de la Unión Temporal Complejo Ferial Arauca, a pagarle dentro de los 30 días siguientes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, al Departamento de Arauca, la suma de \$622.656.924.

SEGUNDO. ORDENAR que el Departamento de Arauca, Rodrigo Cárdenas García, Eme Ingeniería S.A. y Santiago Sánchez Vesga, integrantes de la Unión Temporal complejo Ferial Arauca, en forma individual o conjunta, tramiten y obtengan que dentro de los 30 días siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, se le consignen al Departamento de Arauca los rendimientos financieros que se hayan obtenido y estén pendientes de girarle a esta entidad estatal por el fideicomiso que administró el anticipo del contrato.

2.1. Y ORDENAR que de la suma que se le impone en el numeral primero de esta parte resolutive a los integrantes de la Unión Temporal Complejo Ferial Arauca, se le computen a su favor y se le descuenten los pagos totales o parciales que hayan efectuado o se les haya retenido por concepto de la multa que se les impuso y de la declaratoria de la cláusula penal pecuniaria que se adoptó por parte del Departamento de Arauca”.

8. Los razonamientos expuestos para la decisión del Tribunal fueron los siguientes:

9. Los dictámenes contable-financiero y técnico o de ingeniería no tenían validez probatoria. En el primero, el perito tenía vínculos laborales y financieros con el demandante, no tenía experiencia en la elaboración de dictámenes periciales, incluyó gastos duplicados, sobrecostos no justificados, y costos ajenos al contrato y no presentó respaldos suficientes. En el caso del segundo, el perito admitió en la audiencia que era su primer dictamen pericial, se basó únicamente en documentos proporcionados por el demandante, y realizó declaraciones sobre problemas estructurales sin respaldo científico.

10. Los testimonios de Jennifer Gil, Silvia González y Gustavo Gamboa eran valorables, aunque todos fueran empleados de la parte demandante; no obstante, sus declaraciones presentaban contradicciones con la documental que restaban fuerza a su eficacia probatoria. De igual forma los testimonios de Aldo Figueroa y Ana Méndez

-supervisores del Departamento- también eran valorables a pesar de haber mantenido un vínculo contractual con el demandado, sin tener mayores repercusiones, pues sus apreciaciones coincidían con el contenido general de la documental.

11. En cuanto a las inconsistencias en planos y diseños, consideró que no había pruebas suficientes ni informes de la interventoría que confirmaran su gravedad. Además la modificación a los ítems y cantidades de obra que las partes convinieron, se produjo por petición del contratista y en ningún momento fue atribuido a problemas de diseño, sin que en las restantes adiciones y prórrogas contractuales el demandante hubiera hecho constar lo contrario.

12. Frente a las lluvias y manifestaciones que alteraron el orden público, explicó que eran circunstancias que integraban los riesgos ordinarios de la ejecución de la obra, de ahí que siendo el contratista el responsable de la gestión del proyecto, debió prever y planificar las posibles interrupciones que de allí se derivaran y, en todo caso, no había evidencia de que las citadas condiciones hubieran tenido una magnitud relevante o grave como para imposibilitar el cumplimiento del contrato. Además, durante la ejecución se firmaron varias actas de suspensión y adición de plazo y dinero, pero ninguna de ellas se motivó en dificultades por lluvias o protestas, y en su lugar se consignó que el contratista no haría reclamos por sobrecostos, desequilibrio económico o mayor permanencia en obra, al paso que en las actas de reinicio no se hizo constar ninguna salvedad o reclamación. Con base en estos dos argumentos, consideró que los sobrecostos por mayor permanencia en obra y “*stand by*” no eran reconocibles.

13. En relación con el alza del dólar, precisó que no era una condición justificativa de reclamo pues el contrato no contenía disposiciones que obligaran a ajustar precios según la fluctuación de la divisa; tampoco había evidencia de que el demandante estuviera obligado a importar materiales o que efectivamente hubiera realizado compras en dólares, y los documentos y facturas revisados no respaldaban de manera consistente que el aumento hubiera generado sobrecostos reales en la obra, por lo que no tenía derecho a compensación por reajuste de precios ni al pago de sobrecostos por materiales importados.

14. En relación con las obras adicionales ejecutadas, no previstas y no pagadas, determinó que no existían documentos, aprobaciones autorizaciones o firmas de la interventoría que validaran que estas obras fueran oficialmente reconocidas como adicionales o necesarias, y que hubieran sido recibidas bajo las condiciones que el contrato demandaba.

15. No había lugar a declarar un enriquecimiento sin justa causa, pues no existió

empobrecimiento injustificado del demandante que pudiera atribuirse al Departamento; el beneficio obtenido por éste estaba justificado por el cumplimiento de las obligaciones del contrato y no existía enriquecimiento adicional ni ventaja indebida a favor de la entidad pública.

16. Finalmente, señaló que era procedente la liquidación judicial del contrato en tanto se había pactado y no se había efectuado. Consideró que el contratista tenía a su favor \$2.263'307.598 producto de las obras ejecutadas y reconocidas en el acta de recibo final, pero de ahí debía descontarse el valor del anticipo pendiente de compensar de \$2.120'599.770.91, los rendimientos financieros generados, la suma de \$316'672.230.44 por la multa impuesta, y \$197'716.219.24 por la cláusula penal pecuniaria definida en la Resolución 10 de 2018, cuya legalidad no se cuestionó, todo lo cual, arrojaba un saldo a favor del Departamento y en contra del demandante de \$371'680.622.59, suma que, indexada, alcanzaba los \$622'656.924.41.

El recurso de apelación

17. La parte demandante solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Afirmó que el Tribunal no analizó todas las pretensiones presentadas, tanto las principales como las subsidiarias, pues desconoció la presencia del incumplimiento contractual y del rompimiento de la ecuación económica del contrato por hechos ajenos a la Unión Temporal e imputables a la entidad contratante. Lo anterior, teniendo en cuenta que: ⁽ⁱ⁾ rechazó injustificadamente las pruebas periciales bajo argumentos carentes de justificación e imparcialidad, pese a que demostraban las deficiencias de diseño y todas las consecuencias técnicas que tuvo que afrontar el contratista; ⁽ⁱⁱ⁾ dejó de valorar los testimonios; ⁽ⁱⁱⁱ⁾ confundió la mayor permanencia en obra y el "*stand By*", omitiendo que el contratista no renunció al reclamo por esos conceptos en una valoración errada de las suspensiones, adiciones y prórrogas del contrato, pues si bien guardó silencio en tales acuerdos, la jurisprudencia exige que las renunciaciones sean expresas; ^(iv) descartó el reajuste de precios, pese a que el contrato se ejecutó en dos vigencias distintas; ^(v) reconoció un valor inferior al que correspondía por obras ejecutadas y no pagadas; ^(vi) incluyó en la liquidación judicial el cobro de multas y cláusulas penales sin evaluar su procedencia; y, ^(vii) dejó de tener en cuenta los intereses de mora causados por el retardo en el pago de actas de obra.

II CONSIDERACIONES

Problema jurídico

22. Corresponde a la Sala establecer si se presentó un incumplimiento contractual del Departamento y un desequilibrio financiero adverso al contratista, tomando como base las acusaciones de error en la valoración probatoria efectuada por el *a quo*.

Principales consideraciones respecto del contrato objeto de la controversia

23. El departamento de Arauca es una entidad estatal en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Estatuto General de Contratación para la Administración Pública – EGCAP, cuyo régimen contractual corresponde a las normas contenidas en este Estatuto y en lo no previsto, en las normas comerciales y civiles pertinentes, conforme con el artículo 13 *ibidem*, siendo estas las normas aplicables al contrato 612 de 2013 motivo de controversia.

24. El negocio jurídico tuvo como objeto la “*CONSTRUCCIÓN SEGUNDA ETAPA DEL COMPLEJO FERIAL DEL MUNICIPIO DE ARAUCA, DEPARTAMENTO DE ARAUCA*”. El contratista se obligaba a ejecutar todas las actividades constructivas bajo las condiciones técnicas y cantidades de obra expresadas en el pliego de condiciones y documentos anexos, por un valor estimado de \$8.530'397.203, con un anticipo del 50% y un plazo de 12 meses, mientras que el Departamento se obligó a pagar lo ejecutado por el contratista a través de un sistema de precios unitarios, mediante actas parciales de obra aprobadas por la interventoría por las cuales se haría el pago del 90% contratado, y, un acta final de obra para el pago del 10% restante³.

25. El contrato inició el 16 de diciembre de 2013⁴ y terminó el 23 de diciembre de 2015⁵. Durante su ejecución, las partes celebraron los siguientes acuerdos.

26. Adiciones de tiempo que en total sumaron 225 días:

(i) Adicional 1 del 15 de diciembre de 2014⁶. A petición del contratista, las partes convinieron agregar 15 días al plazo inicial, con vencimiento final el 30 de diciembre de 2014, para mitigar los efectos en el cronograma de “*las condiciones climatológicas presentadas en la región desde el mes de mayo de 2014, que generaron condiciones adversas para la normal ejecución de la obra, así como también el paro agrario realizado por las comunidades campesinas*”.

(ii) Adicional 2 del 27 de marzo de 2015⁷. Las partes pactaron adicionar 2 meses, que permitieran ejecutar los nuevos ítems, unidades y cantidades de obra que resultaban necesarios para el proyecto, dadas “*las necesidades y/o solicitudes de ajustes realizadas a través de oficios y discutidas en el comité de obra realizado el 13 de junio de 2014 y la solicitud de ajustes de la veeduría conformada por el comité de*

³ Folio 176 y ss.

⁴ Folio 213 y 214.

⁵ Acta de terminación y recibo de obra por mutuo acuerdo, folio 608 y ss.

⁶ Folios 497 y ss.

⁷ Folios 515 y ss.

ganaderos”.

(iii) Adicional 3 del 28 de mayo de 2015⁸. A petición del contratista, las partes acordaron adicionar 90 días, *“a raíz que los ítems nuevos del adicional en valor 01 y plazo 02 suscritos el pasado 27 de marzo de 2015, incluye actividades que preceden la ejecución de ítems del contrato principal y que a su vez impiden la ejecución de ítems tales como: la estructura de la cubierta y la instalación de la cubierta misma de áreas tales como el coliseo de ferias”*.

(iv) Adicional 4 del 24 de septiembre de 2015⁹. A petición del contratista, las partes convinieron sumar 60 días al plazo total, para superar las consecuencias derivadas de la *“escases (sic) de cemento en el mes de julio ... posteriormente la cantera San Luis de placa minera ... que suministra el material de relleno, durante 45 días no pudo suministrar material debido al mal estado de las vías de acceso y dificultad de carga generada por la gran temporada de lluvias, y sumada la gran temporada de lluvias de los últimos 4 meses, no se pudieron desarrollar actividades que en su mayoría son ejecutadas al aire libre”*.

27. Adición del valor del contrato, para un presupuesto total de \$9.370'436.930,82. Mediante el adicional 2 del 27 de marzo de 2015¹⁰, además del plazo indicado y a petición del contratista, las partes convinieron agregar \$840'039.727,82, que contemplaba la ejecución de nuevos ítems, unidades y cantidades de obra, que permitieran atender *“las necesidades y/o solicitudes de ajustes realizadas a través de oficios y discutidas en el comité de obra realizado el 13 de junio de 2014 y la solicitud de ajustes de la veeduría conformada por el comité de ganaderos”*.

28. Suspensiones del plazo, que sumaron 150 días en total:

(i) Suspensión 1 del 22 de diciembre de 2014¹¹. A petición del contratista, las partes pausaron la ejecución de las obras por un mes, debido a que *“durante el mes de diciembre la gran mayoría de proveedores no despachan materiales, ya sea por cierre de inventario o el simple hecho de que las compañías que proveen los materiales y prestan el servicio de transporte brindan a sus empleados vacaciones colectivas”*.

(ii) Prórroga 1 a la suspensión 1, firmada el 21 de enero de 2015¹². A petición del contratista, se acordó extender la suspensión por un mes más, por persistencia en las circunstancias de la suspensión.

⁸ Folios 550 y ss.

⁹ Folio 603.

¹⁰ Folios 515 y ss.

¹¹ Folios 505.

¹² Folio 507 y 508.

(iii) Prórroga 2 a la suspensión 1, suscrita el 20 de febrero de 2015¹³. A petición del contratista, las partes acordaron extender la suspensión por un mes más, por persistencia en las circunstancias de la suspensión. La suspensión se levantó de común acuerdo mediante acta de reinicio 1 del 20 de marzo de 2015¹⁴, cuando las partes estimaron que las causas que le dieron origen habían cesado.

(iv) Suspensión 2 del 25 de agosto de 2015¹⁵. A solicitud del contratista, las partes interrumpieron el plazo de ejecución por 15 días, debido a que *“se presentó escases (sic) de cemento en la ciudad de Arauca, así mismo, las canteras que suministran los materiales pétreos y sus derivados, debido a la temporada invernal han disminuido su explotación por no contar con las condiciones físicas y ambientales adecuadas y además que estas condiciones lluviosas también han entorpecido el desarrollo de actividades que se ejecutan al aire libre en el sitio del proyecto”*.

(v) Prórroga 1 a la suspensión 2, firmada el 9 de septiembre de 2015¹⁶. A petición del contratista, se extendió la pausa en obras debido a la persistencia de las causas que la originaron. La suspensión se levantó de común acuerdo mediante acta de reinicio 2 del 24 de septiembre de 2015¹⁷, cuando las partes estimaron que las causas que le dieron origen habían cesado.

(vi) Suspensión 3 del 16 de noviembre de 2015¹⁸. A petición del contratista, los contratantes convinieron pausar el plazo de ejecución por un mes, *“para esperar el despacho de cemento y otorgar a los ganaderos el plazo prudente para las actividades preliminares o de preparación de la feria, para el desarrollo de la misma y para ejecutar las actividades de limpieza posteriores a la feria”*. Esta suspensión se levantó de común acuerdo mediante acta de reinicio 3 del 16 de diciembre de 2015¹⁹, cuando las condiciones originales fueron superadas.

29. Modificaciones a los términos contractuales:

(i) Modificadorio 1 del 24 de octubre de 2014²⁰. Las partes acordaron el ajuste de los ítems inicialmente pactados y definieron los impactos en las cantidades de obra. Como resultado, el precio total del contrario presentó un aumento de \$9.299 respecto del valor inicial (pasó de \$8.530'387.904,95 a \$8.530'397.203).

(ii) Modificadorio 2 del 5 de noviembre de 2015. Se convino el ajuste de algunos

¹³ Folio 509.

¹⁴ Folio 511.

¹⁵ Folio 593 a 595.

¹⁶ Folio 596.

¹⁷ Folios 604 y 605.

¹⁸ Folio 606 y 607.

¹⁹ Folio 608.

²⁰ Folio 2889.

aspectos del componente eléctrico del proyecto. Este documento no está en el expediente; no obstante, es citado en los anexos de la interventoría y en el proyecto de acta de obra 6 realizado por el contratista.

30. Actas de entrega y recibo de obra.

(i) Acta parcial 1 del 24 de julio de 2014, por valor de \$1.760.854.954; se pagaron al contratista \$880.427.477.00 y la diferencia se descontó como amortización del anticipo.

(ii) Acta parcial 2 del 31 de octubre de 2014, por valor de \$771.448.867; se pagaron al contratista \$385.724.433.50 y la diferencia se descontó como amortización del anticipo.

(iii) Acta parcial 3 del 30 de noviembre de 2014, por valor de \$626'714.250; se pagaron al contratista \$313'357.125 y la diferencia fue descontada como amortización del anticipo.

(iv) Acta parcial 4 del 25 de abril de 2015, por valor de \$1.386'988.755; se pagaron al contratista \$693'494.377.50 y la diferencia se descontó como amortización del anticipo.

(v) Acta parcial 5 del 15 de agosto de 2015, por valor de \$583'230.563, con la cual se pagaron al contratista \$291'615.281.50 y se descontó la diferencia como amortización del anticipo.

(vi) Acta de terminación y recibo de obra por mutuo acuerdo del 23 de diciembre de 2015²¹. No se hicieron reconocimientos económicos y se consignó que se recibía la obra en las siguientes condiciones: (a) sin constatar el funcionamiento de las plantas de tratamiento de aguas residuales; (b) sin la certificación RETIE del componente eléctrico del complejo ferial; (c) con ítems faltantes que no fueron ejecutados por el contratista y (d) con varias observaciones a las obras recibidas que debían ser atendidas por el contratista en un término de 3 meses. Se aclaró que quedaría pendiente un acta de recibo final de obra, que en su momento la interventoría proyectó²², pero no fue firmada.

Los dictámenes periciales y su valor probatorio

31. Con la demanda la parte actora aportó un dictamen pericial contable – financiero y un dictamen técnico o de ingeniería. El primero fue rendido por Roberto Lozano

²¹ Folio 2770.

²² Folio 2889.

Fuentes y el segundo por Jairo Rojas García.

32. El Tribunal estimó que el dictamen contable – financiero no tenía vocación probatoria porque el señor Lozano Fuentes no tenía experiencia previa, fue empleado y recibió pagos de la Unión Temporal así como de uno de sus integrantes (Santiago Sánchez Vesga), durante la ejecución del contrato fungió como contador de aquella forma empresarial, y además, en su informe el perito *“no probó las cifras ni los conceptos que menciona, no expresó ninguna sustentación ni analizó de alguna forma y menos de manera razonada la base o causa de su inclusión, como tampoco sustentó ni demostró costos, sobrecostos y pagos ya que se limitó a adjuntar meros cuadros y relaciones de datos con documentos no suscritos ni legales ni pertenecientes al contrato por el que se reclama en este proceso”*.

33. Igualmente, el *a quo* determinó que el dictamen técnico tampoco era válido porque el perito Rojas García no tenía experiencia previa en rendición de experticias, en audiencia recayó en vaguedades y dudas en su exposición, y su informe adolecía de fechas imprecisas que no correspondían a la real ejecución del contrato, exponía aprobaciones de obra de la interventoría falsas, expresaba opiniones sobre puntos de derecho y, además de que no visitó la obra, tampoco respaldó sus apreciaciones, pues *“no presentó ninguna sustentación ni pruebas, ni expresó de manera fundada la razón de sus apreciaciones, como tampoco sustentó ni demostró costos, sobrecostos y pagos que aduce se le causaron a la contratista, con lo que el informe no está debidamente fundamentado y sus conclusiones no fueron respaldadas en forma debida ni son conducentes en relación con los hechos que debía probar, al tiempo que se acreditó que varias afirmaciones suyas eran contrarias a la realidad”*.

34. El apelante considera que es errado el descarte probatorio del primer dictamen porque, en su sentir, *el a quo “no realizó un análisis objetivo, imparcial y serio del dictamen pericial contable”*, de sus análisis y, sobre todo, de los abundantes soportes contables en los que el señor perito Lozano Fuentes soportó todas sus cuantificaciones, e infundadamente, tuvo como base de su exclusión la falta de dictámenes previos y la supuesta cuestionable objetividad del perito, así como un vínculo laboral que no existió, pues los pagos realizados por uno de los integrantes de la Unión Temporal a éste provinieron de una asesoría externa que no compromete su imparcialidad, además que la presencia de algunos errores no causaba la exclusión de la integralidad de la experticia.

35. Asimismo, en relación con el dictamen técnico, afirmó el apelante que el perito demostró la suficiente experiencia e idoneidad en ingeniería civil para rendir la experticia, fue coherente con la realidad contractual y el informe que rindió era plenamente objetivo, imparcial y está adecuadamente fundado en comunicaciones, actas de obra, memorias de cálculo, ensayos de laboratorio, registro fotográfico y sus

propios conocimientos y experiencia, sin que quepa un cuestionamiento por el hecho de no haber visitado la obra.

36. Esta Sala difiere de las apreciaciones del demandante, pues no se trató de un rechazo *in limine* de los dictámenes por la presunta o potencial parcialidad de los peritos, dada la relación de colaboración empresarial previa a la experticia con la Unión Temporal y algunos de sus integrantes en el caso del contador Lozano Fuentes, ni de la ausencia de experiencia anterior en la formulación de dictámenes del señor Rojas García, sino de incongruencias en la aproximación al objeto del dictamen contable, y de la insuficiencia de revisión del objeto en el dictamen técnico, las causas que privan a ambas experticias de aptitud probatoria.

37. En el caso concreto, el dictamen contable debía recaer únicamente sobre la realidad económica y financiera de la Unión Temporal frente al contrato de obra 612 de 2013. No obstante, revisado su contenido, el perito dedicó sus esfuerzos a analizar sin posibilidad de discriminar, todos los gastos que presentaban los integrantes de la Unión Temporal en el giro ordinario de sus negocios, de manera que, por ejemplo, tuvo en cuenta pagos por donación de trofeos, arreglos florales, bonificaciones por cumpleaños o dotación de equipos de fútbol, asuntos que no se relacionaban con la ejecución del negocio jurídico.

38. Así mismo, en la cuantificación de la mayor permanencia, el perito contable consideró gastos como auxilios de alimentación y alquileres de baños portátiles, sin explicar su relación con el proyecto y fundamentado en sumas distintas a las que demuestran las facturas adjuntas, incluyendo además múltiples salarios de empleados de los integrantes de la Unión Temporal que trabajaban en otros proyectos según los asientos contables, e incluyó gastos de la señora Silvia González correspondientes a 2015, cuando la citada persona declaró haber trabajado hasta 2014; también agregó gastos por mora en el pago de la seguridad social de trabajadores, lo cual es responsabilidad del contratista, y añadió pagos de préstamos de los integrantes de la Unión Temporal adquiridos dos años antes a la suscripción del contrato 612 de 2013, por lo que tampoco se relacionaban con el contrato cuyos sobrecostos debía establecer.

39. En punto al *stand by*, el perito contable consideró el arrendamiento de maquinaria en tiempos en los que el contrato estuvo en ejecución, y en la determinación de sobrecostos por inconsistencias en planos y diseños, tuvo en cuenta un sinnúmero de facturas de las cuales solo una constaba como paga, mientras que el análisis de las obras adicionales se fundó en un proyecto de acta elaborado por la Unión Temporal con cuadros de diseño, pero sin un solo documento que soportara las erogaciones que supuestamente tuvo el demandante. En cuanto a los sobrecostos por variación del dólar, no explicó la fuente de los valores de esa divisa, y en los

sobrecostos financieros, se limitó a presentar una serie de cuadros sin soporte alguno.

40. Si bien al apelante le asiste razón en cuanto a que la relación de colaboración empresarial del perito Lozano Fuentes con la Unión Temporal y algunos de sus integrantes, así como la ausencia de experiencia previa en la rendición de dictámenes, aunque demandan del fallador una mayor rigurosidad en su evaluación por el posible interés que pueda asistir al experto y por las eventuales imprecisiones que pueda presentar por su falta de experiencia en este tipo de encargos judiciales, no son razones para excluir como prueba el dictamen pericial, sin embargo, en este caso no son esos los motivos de tal consecuencia, sino las incongruencias y deficiencias en la evaluación del objeto del dictamen las que impiden que éste tenga la eficacia probatoria que reclama el apelante.

41. Por otro lado, analizado el informe técnico, la Sala también comprueba la presencia de inconsistencias en la evaluación del ingeniero Rojas García y en sus apreciaciones.

42. En lo que a los aspectos técnicos del contrato concierne, el reclamo del demandante se afirma en la existencia de planos y diseños errados que causaron la necesaria ejecución de obras no previstas y efectivamente ejecutadas que, según el actor, eran técnicamente imprescindibles, del orden de reforzamientos estructurales en columnas, techos, paredes, sin dejar por fuera las que no lo eran, pero que fueron igualmente exigidas por la interventoría, como ejecución de acabados no convenidos en el contrato.

43. En su informe, el perito afirmó la deficiencia de diseños, determinó que los entregados no cumplían la normativa técnica contenida en la Resolución 240 de 2013, que hacía falta el estudio de suelos, indicó que los verticales y horizontales de vigas no concordaban con las figuras y sus cortes, que se presentaban vigas donde no las había y no estaban definidas las cotas de arranque, las dimensiones de los pedestales, tampoco las notas técnicas para determinar el concreto a utilizar; afirmó también que las coordenadas estaban erradas, las columnas existentes estaban deficientemente construidas y no contaban con el coeficiente de resistencia necesario, que las dimensiones y calibres de tubería y cerchas era equivocado, el peso del techo era discordante, y en general, que el proyecto presentaba un sin número de condiciones técnicas erradas que, según indicó, fueron corregidas forzosamente por el contratista a través de análisis técnicos y rediseños. Sin embargo, a pesar de tan específicas afirmaciones, el perito en ningún momento revisó los planos y diseños del contrato, como tampoco realizó algún tipo de medición, ensayo o prueba técnica sobre las obras realizadas, ya que sus afirmaciones se basaron únicamente en las afirmaciones que el contratista efectuaba a través de las comunicaciones a la interventoría y al Departamento, tal como reconoció en audiencia

de contradicción del dictamen²³.

44. Asimismo, el perito técnico afirmó que existió *stand by* de personal y equipos, y dificultades en obra por condiciones climáticas en detrimento del contratista conforme con las misivas remitidas, pero no ofreció un fundamento soportado y verificable para tal afirmación, como tampoco estudio o análisis alguno respecto de cuáles fueron los impactos de tales circunstancias para corroborar su gravedad e influencia en la ejecución del proyecto. Así mismo, el perito refirió a obras no previstas como las relacionadas en el proyecto de acta de obra No. 6, que finalmente no fue suscrita por las partes, pero sin ningún respaldo corroborativo de la efectiva ejecución de las mismas.

45. En este sentido, el informe del ingeniero Rojas García no presenta un análisis técnico de la estructura construida, no contiene un cotejo con la información contenida en los planos y diseños del proyecto que refleje la realidad técnica de ejecución contractual, transitando por la verificación y validación de la supuesta impertinencia de la planimetría y la aducida necesidad de replanteo y ejecución de obras adicionales, pues se basa única y exclusivamente en la revisión documental de oficios y comunicaciones del demandante, sin al menos considerar la documentación de la interventoría y el Departamento, por lo que sus conclusiones están basadas en el dicho de la parte actora, mas no en análisis técnicos objetivos y evidencias que sustenten su certeza, la cual se pone en entredicho, particularmente cuando el perito ni siquiera se trasladó al área de la obra.

46. Por lo tanto, aunque la falta de experiencia en la rendición de dictámenes periciales no es un motivo para descartar su aptitud probatoria, en el caso del informe técnico es la falta de objetividad la causa que impide que, por sí sólo, ese medio de convicción acredite las condiciones técnicas y defectos que aduce el apelante, por lo que el cargo fracasa, sin perjuicio de las precisiones que hará la Sala en torno a esos aspectos bajo el análisis de los restantes medios probatorios.

Los testimonios fueron valorados y no varían las condiciones probadas en primera instancia

47. La Sala descarta el argumento del apelante según el cual, en la sentencia de primera instancia no se analizaron, valoraron, ni se tuvieron en cuenta los testimonios que se practicaron en el proceso, a pesar de que con ellos “*se encuentran completamente probados los incumplimientos contractuales*”, en tanto el Tribunal sí tuvo en cuenta los testimonios solicitados y recaudados por las partes, tanto los pedidos por el actor, esto es, los de Jennifer Gil, Silvia González y Gustavo Gamboa, como los solicitados por el demandado, a saber, Aldo Figueroa y Ana Méndez, y

²³ Folio 2972-2977 C. 1.

concluyó que estos resultaban insuficientes por sí mismos para acreditar el incumplimiento de la entidad, respecto de lo cual la Sala coincide, y aunque el apelante manifiesta no estar de acuerdo, no allega argumentos para sustentar su disenso.

48. Aun cuando la Sala constata la potencial parcialidad de las declaraciones testimoniales, dada la relación laboral de los testigos con el contratista, la entidad y la interventoría, el Tribunal dejó claro que las declaraciones de Silvia González presentaban falencias, pues afirmó haber trabajado en el proyecto hasta 2014, pero según la información contable allegada tuvo pagos hasta julio y agosto de 2015; las declaraciones de Jennifer Gil también presentaba incoherencias, pues afirmaba que la interventoría recibió a satisfacción las obras en el acta de recibo final, pero en dicha acta no se consignó lo que ella afirma, por el contrario, se hicieron 64 observaciones y en ningún aparte se consignó un recibo a satisfacción; por su parte, las afirmaciones del señor Gustavo Gamboa, Aldo Figueroa y Ana Méndez se hallaban reflejadas en las actas de obra suscritas por el contratista y la interventoría así como en las comunicaciones cruzadas.

49. Frente a estas apreciaciones del *a quo*, el apelante no expuso ningún motivo concreto que explique por qué son infundadas y cuáles son los hechos que se acreditan con los testimonios, por lo que no entrega a la Sala razones para el escrutinio de los testimonios practicados.

50. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala corrobora que tanto las declaraciones de Gustavo Gamboa, Aldo Figueroa y Ana Méndez, como la de Silvia González²⁴, ingeniera civil, que afirmó haber sido la directora administrativa de obra de la Unión Temporal a cargo de la gestión, supervisión y control técnico del proyecto, son claras en señalar que sus relatos sobre las dificultades técnicas en la realidad del proyecto y la necesidad de adecuaciones en planos y diseños durante la ejecución, se consignaron en las actas de modificación de obra, las actas parciales de obra y en las comunicaciones cruzadas con la interventoría. Además, cotejados sus dichos con estos documentos y con los términos del contrato, se advierte que:

(i) En el pliego de condiciones se consignó que los oferentes debían hacer una revisión de los planos y diseños e información técnica, advirtiendo de forma previa cualquier circunstancia que pudiera derivarse de ellos, y que *“En consecuencia se entiende que, aunque el proponente tiene experiencia en la ejecución de esta clase de objeto contractual, debe prever todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que incidan en la ejecución del objeto del contrato. Por lo anterior, no habrá lugar a reconocimiento de reclamación alguna por parte de quien resulte adjudicatario del*

²⁴ DVD folio 297520190510C15.

contrato cuando se presenten imprevistos que perfectamente había podido prever".

(ii) Aunque se presentaron dificultades con los planos y diseños, éstos no fueron de mayor gravedad y tampoco consistieron en la causa del *stand by* de equipos por el que se reclaman sobrecostos, ya que los motivos fundantes de las suspensiones que suscribieron las partes fueron las lluvias, la falta de materias primas y la vacancia de los proveedores de materiales y los cierres de sus inventarios, aspectos que eran propios de los riesgos del contratista. Los problemas en los diseños tampoco generaron la mayor permanencia en obra que reclama el contratista, pues las adiciones o prórrogas al plazo de ejecución se motivaron también en las condiciones climáticas, en las dificultades logísticas para la consecución de materiales y en el paro agrario, ninguna de ellas imputable a la entidad demandada.

(iii) A pesar de que el dictamen pericial técnico no permite tener certeza de cuáles eran las modificaciones necesarias para sortear las dificultades en los planos y diseños, pues el perito técnico no lo revisó, lo cierto es que las partes solventaron esa situación mediante el adicional 2 del 27 de marzo de 2015²⁵, en el que el contratista y el Departamento convinieron agregar al contrato la suma de \$840'039.727,82, que contemplaba la ejecución de nuevos ítems, unidades y cantidades de obra, lo cual permitía atender "*las necesidades y/o solicitudes de ajustes realizadas a través de oficios y discutidas en el comité de obra realizado el 13 de junio de 2014 y la solicitud de ajustes de la veeduría conformada por el comité de ganaderos*", sin que los testimonios o la documental indiquen que después de tal acuerdo se hubieran presentado nuevos inconvenientes por falencias en la información técnica que hubiesen quedado fuera de ese acuerdo, pero que en todo caso tampoco justifican cobro alguno, dado que era el contratista el responsable de la gestión de ese riesgo como encargado de la revisión previa de los diseños.

(iv) Los testimonios, en especial los de Jennifer Gil, Silvia González y Gustavo Gamboa²⁶, ponen de presente los problemas financieros que afrontó el contratista debido a la falta de recursos; sin embargo, indicaron que ello devenía de la dificultad de diseños, lo cual no es de recibo teniendo en cuenta que de común acuerdo las partes acordaron adicionar el valor del contrato y prorrogar el plazo para conjurarlo, además, se refirieron a préstamos que el contratista tuvo que hacer para la solvencia del proyecto, pero no indican cuáles fueron sus cuantías individuales o globales, cuestiones que además están desprovistas de un asiento documental que lo respalde; de igual modo, afirman que existieron sobrecostos por valor de materiales importados y que existieron problemas con los pagos, pero sus dichos no cuentan con la precisión de cuáles fueron esos materiales y sus valores, como tampoco cuentan con un

²⁵ Folios 515 y ss.

²⁶ DVD folio 297520190510C15.

respaldo documental que supla esa ausencia.

51. Así las cosas, es infundado el cargo que aduce el apelante en cuanto a una inexistencia de valoración de los testimonios, toda vez que fueron efectivamente estudiados en primera instancia y la Sala coincide en que, por sí solos, no logran demostrar los motivos en los cuales funda su reclamación de perjuicios la parte actora.

No existió confusión conceptual en el análisis la mayor permanencia y “stand by”²⁷, sino una falta de justificación del reclamo de esos sobrecostos, por provenir de riesgos a cargo del contratista

52. Según el apelante, el Tribunal erró al darle el mismo trato a la mayor permanencia y al *stand by* de equipos, así como al estimar que se consignaron renuncias del contratista a reclamar los sobrecostos de allí derivados, ya que la cláusula que afirmaba que los términos iniciales del contrato permanecían sin modificación, no significaba que el contratista no pudiera exigir el pago de los sobrecostos que se causaran.

53. En el caso que se analiza, el contrato pasó de un plazo inicial de ejecución de 12 meses a uno final de 20,33 meses debido a las adiciones en tiempo que pactaron las partes (250 días), luego no hay duda de que el contratista permaneció más tiempo en el ejercicio de labores constructivas. Asimismo, el contrato duró suspendido 5 meses (150 días), de modo que el contratista pudo presentar un parón o *stand by* de equipos, personal y maquinaria; sin embargo, no tiene derecho a reclamar ningún sobrecosto por estos conceptos, pues las causas que les dieron origen le son atribuibles por ser riesgos a su cargo; además, no se acreditaron dichos sobrecostos, sin que las ampliaciones y suspensiones determinen un reconocimiento automático a favor del contratista, quien tenía la carga de probarlos.

54. Los adicionales 1 y 4, y la suspensión 2, tuvieron como causas las condiciones climatológicas, aspecto que correspondía a un riesgo previsible que debió gestionar el contratista, pues en este tipo de negocios jurídicos, que tienen por objeto obras de

²⁷ En el ámbito de la gestión y ejecución de proyectos de construcción y otras obras técnicas, el “*stand by*” de equipos se refiere a la situación en la que las máquinas o equipos de construcción se encuentran en espera, sin ser utilizados activamente, pero disponibles para cuando se necesiten. Esto puede suceder debido a pausas en el proyecto, cambios en el cronograma, falta de permisos o por espera de otros recursos. Esta condición genera costos, ya que se está pagando por la disponibilidad de los equipos sin que estén en pleno uso, lo cual afecta la eficiencia del presupuesto y planificación. Por otro lado, la “*mayor permanencia en obra*” se asocia a un período extendido de tiempo que los equipos y trabajadores pasan en el sitio de la obra debido a retrasos en el proyecto. Esto puede suceder por cambios en el alcance del proyecto, problemas climáticos, problemas logísticos o falta de insumos. La mayor permanencia en obra impacta directamente en los costos generales del proyecto, ya que no solo involucra el costo de los equipos en “*stand by*”, sino también el pago de salarios y posibles gastos operativos adicionales. Mientras que el “*stand by*” se centra en la inactividad de los equipos, la mayor permanencia en obra se refiere a la extensión del tiempo total del proyecto y sus implicaciones económicas y de planificación.

construcción de larga duración, y cuyo desarrollo está previsto para un período inicial de 1 año (12 meses) en una localización caracterizada por intensas épocas de verano y de invierno²⁸, el clima es un factor a tener en cuenta. Si bien el contrato extendió su duración sustancialmente (8.3 meses adicionales), el plazo inicial era suficientemente extenso como para que el contratista fuera consciente de la potencial ocurrencia del riesgo, sin que haya prueba de que hubiera adoptado alguna conducta tendiente a su mitigación y gestión. Además, tal como evidenció el Tribunal de instancia, aun a pesar de que las lluvias fueron la causa aducida como fundamento de las adiciones y suspensiones, lo cierto es que en la bitácora de obra, como libro de anotaciones, se registraron las condiciones de ejecución de las actividades mostrando que las precipitaciones en ningún momento fueron intensas o desproporcionadas²⁹, sino que correspondieron a las usuales para la época, manteniéndose dentro del riesgo previsible asumido por el contratista. Debe indicarse que, aunque en la matriz de riesgos del pliego se asignó tanto a la contratante como al contratista las “*condiciones climáticas adversas*”, éstas se definieron expresamente como “*lluvia excesiva, invierno prolongado, inundaciones, alto nivel freático, vientos huracanados e incendios forestales*”, ninguna de las cuales se consignó en las modificaciones al contrato, como tampoco se acreditó en el proceso.

55. Los adicionales 2 y 3 tuvieron como causa las cantidades de obra e ítems nuevos que resultaban necesarios para el proyecto. Como se dijo en precedencia, desde la fase precontractual el contratista tenía la carga de revisar la información técnica y de adoptar las medidas o prever los tiempos o actividades que le permitieran ejecutar el proyecto, incluso si se presentaban condiciones de obra adicionales, tal como lo reconoció su directora de obra, la ingeniera civil Silvia González, al indicar que “*éramos los responsables de la ejecución del proyecto y ... debíamos gestionar y darle solución a los problemas que se presentaran ... que permitieran cumplir con el proyecto*”.

56. El adicional 4 y las suspensiones 1 y 3, tuvieron origen en la dificultad de suministro de materiales e insumos, respecto a lo cual se precisa que también es un riesgo completamente previsible, pues es esperable que un constructor con demostrada experiencia conozca o por lo menos indague, las condiciones, tiempos y logística necesaria para garantizar los insumos requeridos por la obra, y si bien no está exento de que un proveedor cierre sus instalaciones por cualquier causa o suspenda el suministro, debe prever otras fuentes de materiales que le permitan cumplir sus obligaciones, sin que pueda pretender un reconocimiento ante sus omisiones sobre el particular. Si bien el plazo de ejecución en principio terminaba en diciembre de

²⁸ De acuerdo con el IDEAM, las temporadas de lluvia en Colombia se extienden desde finales de marzo hasta principios de junio y desde finales de septiembre hasta principios de diciembre. En general, los meses de enero, febrero, julio y agosto son secos.

²⁹ Folios 2889.

2014, con lo cual el contratista no estaba expuesto a la vacancia de proveedores que justificó la suspensión 1, lo cierto es que cuando suscribió la adición 1 del 15 de diciembre de 2014³⁰, debió tener en cuenta ese aspecto, particularmente por cuanto el contrato establecía que estaba a su cargo “*suministrar por su cuenta y riesgo exclusivo los equipos, herramientas, materiales y todos los demás elementos que sean necesarios para la obra objeto del presente contrato*”. Así mismo, en los pliegos de condiciones se asignó al contratista el riesgo derivado de la compra, adquisición e ingreso a la obra de materiales y equipos.

57. Trasversal a todos estos negocios jurídicos adicionales al contrato 612 de 2013, donde las partes acordaron la ampliación del plazo y la adición del valor del contrato para superar las circunstancias aducidas por el demandante como fundamento de sus reclamos, es que ninguno fue acusado de contener algún vicio del consentimiento, por lo que fueron pactados con plena voluntad de ser ley para las partes.

58. Por lo tanto, al margen de la supuesta confusión conceptual, la cual no se logra advertir en el fallo apelado, lo cierto es que son imputables al contratista las causas que dieron lugar a las prórrogas y suspensiones del contrato, y con ello, a la mayor permanencia y el *stand by* que reclama, razón por la cual no tiene derecho a los sobrecostos que afirma de allí se derivaron. Adicionalmente y como se ha expuesto, los dictámenes periciales resultaron insuficientes para acreditar los presuntos sobrecostos en que incurrió el demandante por esos conceptos, sin que se hubiesen allegado otras pruebas para tal fin, lo que determina la inviabilidad del reclamo. En vista de lo anterior, por sustracción de materia, resulta innecesario establecer si la cláusula común a esos documentos conforme con la cual los términos iniciales del contrato permanecían sin modificación, implicaba o no una renuncia del contratista a la reclamación por los efectos económicos de esas circunstancias.

No hay fundamento contractual para reclamar por reajuste de precios ni sobrecostos financieros

59. El tribunal de primera instancia consideró que el reajuste de precios en los ítems de obra ejecutados dado el cambio de vigencia de 2014 a 2015, no tenía lugar por cuanto el pliego de condiciones que hacía parte del contrato consignaba que el pago era a precios unitarios fijos sin reajustes, lo cual es cuestionado por el apelante quien consideró que esa condición contractual sería plenamente exigible si el contrato se hubiera ejecutado en el plazo inicial, que precisamente no preveía cambios de vigencia, pero como ello no ocurrió, tiene derecho a percibir los sobrecostos que se presentaron incluyendo la afectación por la volatilidad del dólar que sufrió y que es un

³⁰ Folios 497 y ss.

hecho notorio; no obstante, a juicio de la Sala estos argumentos no tienen vocación de prosperidad.

^{60.} Esta Corporación ha explicado que³¹, aunque en los contratos se pacte un sistema de pago por precios unitarios sin fórmula de reajuste como en el contrato 612 de 2013 (cláusula IV³²), el contratista puede solicitar judicialmente la actualización de los precios si acredita que su variación ha afectado el equilibrio económico del contrato, es decir, siempre que demuestre que surgió con posterioridad a su celebración, que impactó grave y negativamente la estructura de costos del negocio, que no hubiera podido ser prevista razonablemente, y que el alza provenga de una circunstancia ajena a las partes.

^{61.} Sin embargo, en este caso, el contrato no afrontó la transición de vigencias por una causa o circunstancias imprevisibles y ajenas a la responsabilidad del contratista; por el contrario, como se explicó, los motivos que sustentaron tanto las suspensiones como las adiciones al plazo de ejecución de la obra, correspondieron principalmente al clima y al suministro de materiales, riesgos previsible frente a los cuales el contratista era el responsable de llevar a cabo todo lo necesario para su mitigación y gestión, con el fin de garantizar la correcta y oportuna ejecución de la obra.

^{62.} A lo anterior se agrega que tampoco hay evidencia de que la variación de precios hubiera tenido la gravedad suficiente para causar el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato 612 de 2013, pues la variación que se aduce sólo se predica de los insumos necesarios para la cubierta del coliseo, sin que se conozca su impacto, y no a todos los materiales usados, pero además, porque el dictamen pericial del señor Lozano Fuentes es el único medio de convicción que refiere a los efectos económicos de esta variación, experticia que resulta insuficiente para probarlos no solo debido a sus incongruencias, sino por cuanto ni siquiera sugiere que el contratista hubiera excedido el porcentaje de imprevistos contemplado en su oferta, como precisó el Tribunal, premisa frente a la cual el apelante no brinda ningún reparo o argumento que lleve a la Sala a concluir lo contrario.

^{63.} Por lo tanto, resultando imputables al contratista los motivos que dieron lugar a que el contrato se dilatara en el tiempo y ante la ausencia de prueba que denote una afectación grave al balance económico del contrato, no tiene derecho el contratista a reclamar por sobrecostos con ocasión de la transición de vigencias.

³¹ CONSEJO DE ESTADO / SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A / CONSEJERA PONENTE: MARÍA ADRIANA MARÍN / BOGOTÁ, D.C., SEIS (6) DE JULIO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) / CONSEJO DE ESTADO / SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A / CONSEJERA PONENTE: MARÍA ADRIANA MARÍN / BOGOTÁ, D.C., TREINTA Y UNO (31) de ENERO DE 2019

³² Folio 206.

No hay justificación probatoria para aumentar el reconocimiento definido por el Tribunal por obras previstas y ejecutadas

64. El Tribunal expresó que la única pretensión “*que prosperó de manera parcial y con base en actuaciones administrativas -Como el Acta de Recibo Final- del Departamento de Arauca, fue la concerniente a obras ejecutadas y no pagadas, cuyo valor en esta sentencia se fija en la suma de \$2.263.307.598 en favor de los demandantes*”, teniendo en cuenta que el proyecto de acta de recibo final de obra elaborada por la interventoría, consignaba ese valor como precio de las obras ejecutadas. Esta premisa es reprochada por el apelante quien cuestiona por qué se tuvo en cuenta ese proyecto de acta, pero al mismo tiempo se dejó de valorar el proyecto de acta parcial de obra No. 6 que fue elaborada por él y conforme con la cual el valor ejecutado era de \$3.659.202.163.

65. En el expediente son variadas las pruebas que dan cuenta de la existencia de obras ejecutadas y cuyo pago quedó pendiente, lo cual no es motivo de debate; sin embargo, ninguna de ellas se refiere a la cuantía, estimación o valoración de estas obras ejecutadas por el contratista, salvo el dictamen financiero-contable rendido por el contador Lozano Fuentes, quien además de los serios reparos que se destacaron en precedencia, se limitó a manifestar que el valor debido corresponde a los \$3.659.202.163 de que trata el proyecto de acta de obra No. 6 del contratista, pero sin exponer ningún sustento distinto a lo afirmado por el demandante, en tanto no indica cantidades de obra, costos, liquidaciones o algún otro elemento que permita corroborar la objetividad de su dicho, pues se limitó a remitirse al proyecto de acta elaborada por la parte actora, la cual no puede ser tomada como prueba de la cuantía de esas obras en tanto es un documento elaborado por la misma parte que la aduce.

66. Si bien el proyecto de acta de recibo final de obra de la interventoría no se suscribió, la interventoría no es parte en el proceso y era el órgano a cargo de la supervisión técnica del proyecto y responsable de autorizar los pagos al contratista con base en las obras recibidas, lo cual refuerza la aptitud probatoria de dicho documento. Además, si en gracia de discusión se aceptara que no tiene el efecto probatorio que le dio el Tribunal, sería entonces un aspecto desprovisto de elementos de convicción que haría más gravosa la sentencia apelada, de ahí que la Sala esté llamada a mantener la interpretación del *a quo* por cuenta del principio de la “*no reformatio in pejus*” que ampara al demandante y apelante único, según las voces del artículo 31 de la Constitución Política³³.

³³ Corte Constitucional, sentencia SU-327 de 1995.

No se advierten motivos para modificar la liquidación judicial del contrato 612 de 2013 efectuada por el Tribunal

18. La Sala no pasa por alto que el apelante cuestionó que el Tribunal hubiera incluido el cobro de multas y cláusulas penales en la liquidación judicial que efectuó, sin revisar su procedencia; sin embargo, es un cargo que no tiene vocación de análisis pues estas tienen origen en las Resoluciones 2668 y 4940 de 2015 y 1631 de 2016³⁴, actos administrativos cuya nulidad no fue solicitada por la parte actora, y que, por ende, mantienen incólume su presunción de legalidad. Debido a que el principio de congruencia exige al fallador decidir sólo sobre las cuestiones sometidas a su discernimiento, no es dable abordar análisis de legalidad de las señaladas resoluciones que impusieron multas e hicieron efectivo el cobro de la cláusula penal pecuniaria, en tanto es un aspecto que no fue cuestionado por el actor y en consecuencia excede el objeto del presente litigio. En este sentido, se agrega que la parte actora no cuestionó que el Tribunal hubiese proferido una condena en su contra producto de la liquidación del negocio jurídico.

19. Tampoco se deja de lado que según el apelante debían reconocerse a su favor los intereses de mora causados por el retardo en el pago de las actas de obra parcial firmadas, pero ese cargo también está llamado a fracasar comoquiera que en la demanda el actor no elevó ninguna pretensión en ese sentido; los únicos intereses que reclama son sobre los sobrecostos (a los que como se vio no tiene derecho), según se desprende de la pretensión IV³⁵, y la tabla de resumen “total de los sobrecostos y perjuicios” que insertó en la demanda:

TABLA RESUMEN

| TOTAL DE LOS SOBRECOSTOS Y PERJUICIOS | |
|--|-----------------|
| DESCRIPCIÓN | VALORES |
| 1. MAYOR PERMANENCIA EN OBRA PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL COMPLEJO FERIAL DE ARAUCA | \$1.789.683.799 |
| 2. INCONSISTENCIAS, ERRORES Y DEFICIENCIAS DE LOS DISEÑOS ENTREGADOS POR LA GOBERNACIÓN DE ARAUCA | \$174.312.000 |
| 3. STAND BY DE PERSONAL Y EQUIPOS DE LA UNIÓN TEMPORAL COMPLEJO FERIAL ARAUCA | \$900.918.826 |
| 4. OBRAS EJECUTADAS Y NO PAGADAS | \$3.659.202.163 |
| 5. INCREMENTO DEL VALOR DE LAS IMPORTACIONES DE MATERIALES POR AUMENTO EXTRAORDINARIO DEL DÓLAR | \$61.056.867 |
| 6. OBRAS ADICIONALES EJECUTADAS Y NO PAGADAS | \$630.130.300 |
| 7. ACTUALIZACIÓN DE LOS PRECIOS DEL CONTRATO POR CAMBIO DE VIGENCIA 2014 a 2015 | \$203.945.514 |
| 8. SOBRECOSTOS FINANCIEROS (créditos bancos) | \$1.410.443.560 |
| 8. ACTUALIZACIÓN (de todos los sobrecostos del 1 al 7 sin tener en cuenta los costos financieros de créditos bancarios) | \$617.773.696 |
| 8. INTERESES LEGALES MORATORIOS (de todos los sobrecostos del 1 al 7 sin tener en cuenta los costos financieros de créditos bancarios) | \$2.128.273.469 |

³⁴ Folios 2889.

³⁵ “CUARTA. Que, sobre el monto pagado, indemnizatorio y/o compensatorio se ordene el pago de los intereses legales moratorios desde la época de la causación del daño y la fecha efectiva del pago”.

20. Considerando que los argumentos de la apelación no prosperaron y la condena impuesta por el Tribunal *a quo* se mantiene incólume, procede la Sala a indexar su valor de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del CPACA con base en la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor R se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma por actualizar, multiplicada por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia (octubre de 2024), dividido por el índice inicial de precios vigente al momento de proferirse el fallo de primera instancia (junio de 2022).

$$\text{Valor sin indexar} = \$622'656.924$$

$$R = \$622'656.924 \times \frac{\text{Índice Final (143,83)}}{\text{Índice Inicial (119,31)}}$$

R = **\$750'622.289** como valor indexado.

21. Se advierte que la indexación efectuada, tiene por finalidad traer a valor presente las sumas líquidas reconocidas en el fallo de primera instancia como un instrumento que permite equilibrar el fenómeno de la depreciación que sufre la moneda por efecto de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, en esa medida, no se concibe como un desmejoramiento de la posición del apelante único al no modificar la condena impuesta por el *a quo*, por cuanto se trata únicamente de una actualización de la misma con el objetivo de que esta posea un valor igual -o similar- al que tuvo en el momento en que fue impuesta por el fallo recurrido.

Costas

67. De acuerdo con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021³⁶, en armonía con el artículo 365 del Código General del Proceso, la condena en costas no requiere la apreciación o calificación de una conducta temeraria, sino la verificación objetiva de quién resultó vencido. En relación con las agencias en derecho, el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, define en el artículo segundo que, para la

³⁶ Como el recurso se interpuso en mayo de 2022, le son aplicables las modificaciones introducidas por la Ley 2080 de 2021.

fijación de las agencias en derecho, se debe tener en cuenta “la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada”, sin que en ningún caso se puedan desconocer los rangos de las tarifas mínimas y máximas señaladas por el artículo 5 de esta misma normativa, la cual, para los asuntos declarativos de segunda instancia con cuantía, fija una tarifa mínima de un (1) SMLMV y una máxima de (6) SMLMV.

^{68.} Teniendo como marco estas precisiones y en vista de que todos los cargos de la apelación se hallaron infundados, la Sala fija las agencias en derecho de segunda instancia en tres (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes que deberán ser pagados por el demandante a favor del Departamento demandado. La liquidación de las costas causadas en esta instancia se adelantará de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

III. PARTE RESOLUTIVA

^{69.} En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1.1. de la sentencia del 24 de junio de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, el cual quedará así:

“1.1. En consecuencia, CONDENAR a Rodrigo Cárdenas García, a Eme Ingeniería S.A. y a Santiago Sánchez Vesga, integrantes de la Unión Temporal Complejo Ferial Arauca, a pagarle dentro de los 30 días siguientes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, al Departamento de Arauca, la suma de setecientos cincuenta millones seiscientos veintidós mil doscientos ochenta y nueve pesos (\$750'622.289)”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandante. Fijar como agencias en derecho la suma de tres (3) SMLMV a cargo de la sociedad demandante y en favor de la entidad demandada.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

Radicación: 81001-23-39-000-2018-00035-01 (68858)
Demandante: Unión Temporal Complejo Ferial Arauca
Demandado: Departamento de Arauca
Referencia: Controversia contractual

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
(aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.





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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Expediente: 81001-23-39-000-2018-00035-01 (68858)
Demandante: Unión Temporal Complejo Ferial Arauca
Demandada: Departamento de Arauca
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las providencias de la Sala, en esta oportunidad aclaro el voto respecto de la condena en costas impuesta, por cuanto estimo que, para tomar dicha decisión, debe acudirse a un criterio subjetivo, en aplicación del mandato incorporado *-con la Ley 2080 de 2021-* en el artículo 188 del CPACA, conforme al cual en todos los casos (salvo en litigios relacionados con grave violación de derechos humanos, donde no procede, o en las actuaciones gobernadas con reglas especiales, como en recursos extraordinarios) corresponde comprobar si la demanda careció manifiestamente de fundamento legal. Sin embargo, también reconozco que no es una interpretación pacífica, por lo que *-hasta tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no unifique la subregla-* acogeré la actual posición mayoritaria de la Sección Tercera, plasmada en la providencia que motiva esta aclaración, que se inclina por mantener la aplicación del elemento objetivo.

Fecha *ut supra*,

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Nota: Esta aclaración fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

