

OPORTUNIDAD DE LA DEMANDA- Medio de control de controversias contractuales - Caducidad Concepto

La caducidad es la consecuencia jurídica prevista en la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda, pudiendo ser declarada, incluso, de oficio. Corresponde a una figura jurídica de orden público a través de la cual el legislador impone limitaciones temporales razonables al derecho subjetivo de acceso a la administración de justicia, en aras de evitar la indefinición de las situaciones jurídicas materia de controversia entre las partes y, de esta manera, brindar protección de un interés general representado en la seguridad jurídica, la confianza legítima y el debido proceso, en tanto una vez surtido el término de caducidad del medio de control legalmente establecido, la acción ya no se podrá ejercer por el interesado y se habrá perdido la facultad de acceder a la jurisdicción. Como lo ha recordado la jurisprudencia, "(...) el fenómeno de la caducidad y su eventual configuración, corresponde a un presupuesto del derecho de acción, invariable, irrenunciable, improrrogable e insubsanable, sujeto únicamente a la ocurrencia del hecho definido en la ley y el consecuente paso del tiempo, y que, por tanto, es susceptible de ser analizado y advertido de oficio en la sentencia como verificación de un elemento esencial y preexistente para poder decidir el fondo del asunto (...)".

CONTRATO ESTATAL- Revisión- Simetría prestacional -Ley 80 de 1993

Todo riesgo que afecte la simetría prestacional abre paso a la revisión del contrato y al análisis de su potencial reequilibrio en los términos de Ley 80 de 1993; no obstante, cuando quiera que el riesgo de que se trate resulte previsible y sea distribuido y asignado a una u otra parte en el contrato, abandona el terreno de la imprevisión y transita hacia un contenido obligacional de quien lo asume y, como deber de conducta convencionalmente pactado (artículo 1495 del C.C.), se analiza en el campo del cumplimiento contractual (artículo 1613 ibídem).

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Ley 80 de 1993 artículo 60 – Contratos de tracto sucesivo – Términos para la liquidación – Ley 1150 de 2007 artículo 11

Teniendo en cuenta que el Instituto Nacional de Vías - INVIAS es una entidad pública descentralizada del orden nacional que se encuentra sometida a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, sus contratos de tracto sucesivo o de

ejecución continuada cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo, deben ser objeto de liquidación de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de dicha ley, norma conforme a la cual dicho procedimiento debe efectuarse dentro del término fijado en el pliego de condiciones o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

Así mismo, se sujeta a lo dispuesto en el artículo 61 ibídem, en relación con la liquidación unilateral del contrato por parte de la entidad a través de un acto administrativo, en caso de no presentarse el contratista para la liquidación o si las partes no llegan a un acuerdo, evento en el cual, frente al silencio de la ley sobre el término para ello, resulta aplicable el criterio jurisprudencial imperante en la época de celebración del contrato, conforme al cual el plazo para efectuar dicha liquidación unilateral, sería de 2 meses.

En el presente caso, la cláusula vigésima cuarta del Contrato [...] dispuso que la liquidación debía efectuarse de acuerdo con lo establecido en la Ley 80, pero no estableció un plazo específico para la liquidación bilateral, por lo que resulta aplicable el término supletivo de los cuatro meses a los que alude el artículo 60; lo que sí dispuso el contrato fue que, para tales efectos, el término empezaría a contabilizarse a partir del acta de recibo definitivo o final de obra, que se suscribiría máximo dentro de los 45 días calendario siguientes al vencimiento del plazo de ejecución del contrato.

RIESGOS ASUMIDOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Previsibilidad del riesgo – Asunción del riesgo – Precios unitarios

Todo riesgo que afecte la simetría prestacional abre paso a la revisión del contrato y al análisis de su potencial reequilibrio en los términos de Ley 80 de 1993; no obstante, cuandoquiera que el riesgo de que se trate resulte previsible y sea distribuido y asignado a una u otra parte en el contrato, abandona el terreno de la imprevisión y transita hacia un contenido obligacional de quien lo asume y, como deber de conducta convencionalmente pactado (artículo 1495 del C.C.), se analiza en el campo del cumplimiento contractual (artículo 1613 ibídem).

Se equivoca el demandante al afirmar que, ante una variación de las cantidades de obra, no podían la entidad ni la Interventoría pretender que el contrato se cumpliera dentro de los plazos inicialmente establecidos ni en las mismas condiciones económicas originales, pues así lo aceptó expresamente bajo el negocio jurídico. Por otra parte, la variación de las cantidades de obra fue un

riesgo inherente a la modalidad contractual pactada bajo precios unitarios, por lo que esta Corporación ha señalado que estos cambios, bien sean favorables o desfavorables a los intereses económicos del contratista, corresponden a su riesgo negocial, es decir, al alea normal del contrato, de modo que en tal escenario no puede éste trasladar el déficit respectivo a la entidad pública contratante, ni tampoco podría exigírsele al contratista la entrega del superávit a la entidad, cuando los resultados superaran las proyecciones iniciales, “puesto que tales medidas no resultan congruentes en un negocio en el cual los riesgos que cada una de las partes asumen deben quedar definidos desde antes de la celebración del contrato, para que, de esta manera, cada una de ellas tenga suficiente claridad sobre los mismos y adopte los mecanismos necesarios para cubrirlos”.

MAYORES CANTIDADES DE OBRA – Asunción de riesgo por parte del contratista de obra

Las afectaciones aducidas por la parte actora de los cronogramas de obra, los flujos de inversión y flujos de caja, la pérdida de la actualización de precios por obras no ejecutadas en los planes anuales, y el retraso en los pagos a favor del contratista por imposibilidad de entrega oportuna de hitos en los plazos previstos, todos y cada uno de ellos, son de su entera responsabilidad. Si hubiera aumentado el pie de fuerza logístico, de maquinaria, personal y equipos en comparación con los que inicialmente previó, como en efecto se obligó expresamente bajo el contrato, podía haber satisfecho las nuevas cantidades de obra sin presentar los retrasos en que incurrió, que lo mantuvieron permanentemente en incumplimiento y que, en esencia, son la causa medular de la cual hace derivar las consecuencias patrimoniales que integran su demanda.

DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Magnitud y dimensión - Límites de la previsibilidad

La Sala no desconoce que el riesgo no sólo debe evaluarse por su naturaleza, sino también por su magnitud y dimensión, de tal modo que, si desborda los límites razonables de la previsibilidad, puede dar lugar a un desequilibrio del contrato incluso cuando el riesgo haya sido asignado convencionalmente.

Tampoco es procedente el argumento de que la falta de flujo de caja impidió que el contratista ejecutara oportunamente las mayores cantidades de obra, primero, porque era su responsabilidad mantener los recursos, incluyendo los financieros, que fueran necesarios para construir en los tiempos pactados los volúmenes de obra que se requirieran, para luego cobrarlos sin mayores

exigencias a las de presentar la correspondiente acta de obra y sus documentos apéndices.

SISTEMA DE PAGO POR PRECIOS UNITARIOS O UNIDADES DE OBRA - Ocurrencia de riesgos – Volúmenes de obra- El incremento de los insumos por aumento en el barril del petróleo – Reajuste pactado

El pacto de un sistema de pago por precios unitarios o unidades de obra, no cercena la posibilidad de ocurrencia de riesgos diferentes a la variación de volúmenes de obra que impactan los costos definidos en los APU's, que vienen a ser el único factor constante de la ecuación de ese sistema; tal es el caso de las circunstancias asociadas a los aumentos en precio de materiales, transporte, personal, como los que según afirma el apelante, ocurrieron por el alza desmesurada e imprevista del barril del petróleo, y frente a los cuales la fórmula de reajuste definida en el contrato (cláusula VII, párrafo II) como método de gestión de este tipo de riesgos resultó insuficiente, dado que se fundó en los Índices de Costos de la Construcción Pesada – ICCP, que no recogió la verdadera incidencia alcista.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL- Facultad sancionatoria- Régimen de multas – Ley 1150 de 2007 artículo 17 – Autonomía de la voluntad

La potestad de imponer multas fue introducida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, habilitación legal de carácter retrospectivo que también otorgaba a la entidad esa herramienta, previa garantía del debido proceso



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

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veinticinco (2025)

Radicación número: 66001233300020120003203 (66479)
Actor: CONSORCIO PROGRESO RISARALDA
Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVIAS-
Acción: Controversias contractuales

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2020 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda¹.

SÍNTESIS DEL CASO

El Instituto Nacional de Vías - INVIAS celebró el Contrato de Obra No. 1589 de 2005 con el Consorcio Progreso Risaralda, en virtud del cual se expidieron las Resoluciones 2967 del 18 de mayo y 4944 del 20 de agosto de 2009, por las que se impuso una multa al contratista, y las Resoluciones No. 592 del 14 de febrero y 5210 del 5 de octubre de 2011, mediante las que se declaró el incumplimiento definitivo del contrato, se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y se declaró el “ siniestro de anticipo”. El contratista demandó estos actos administrativos y pidió que se declarara el incumplimiento de la entidad contratante, el rompimiento del equilibrio económico del contrato, que se la condenara a indemnizar los perjuicios causados al Consorcio Progreso Risaralda y que se liquide judicialmente el contrato.

¹ Para efectos de resolver, la Sala tendrá en cuenta el proyecto originalmente presentado por el doctor José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, que fue derrotado en sesión del 11 de octubre de 2024, en relación con los aspectos que no fueron materia de objeción.



ANTECEDENTES

Demanda

1. El 17 de agosto de 2012, el Consorcio Progreso Risaralda y cada uno de sus integrantes presentaron demanda en contra del Instituto Nacional de Vías - INVIAS en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, cuyas pretensiones se formularon de la siguiente manera (f. 3, c. 1):

1. *Que se declare que en la ejecución del contrato 1589 de 2005, suscrito entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVIAS y el CONSORCIO PROGRESO RISARALDA se presentó un rompimiento de la ecuación económica, por causas no imputables al contratista, que afectó sus legítimos intereses económicos, ocasionándole como consecuencia un detrimento patrimonial injustificado.*
2. *Que se declare que el rompimiento de la ecuación económica ocurrido en desarrollo del contrato 1589 de 2005, se presentó, en unos casos, como consecuencia de las acciones y omisiones de la entidad demandada durante la etapa previa a la adjudicación del contrato, al igual que durante su ejecución, y en otros casos, como consecuencia de hechos y circunstancias imprevistas e imprevisibles y por lo mismo ajenas a la conducta contractual del contratista.*
3. *Que se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS incumplió el contrato 1589 de 2005, como resultado de sus acciones y omisiones en desarrollo del contrato, tal y como se indica en los hechos de la demanda.*
4. *Que se declare la nulidad de las resoluciones 2967 de fecha 18 de mayo de 2009, “Por la cual se declara el incumplimiento parcial del contrato (...)” y se impuso a éste una multa por valor de \$28’491.565, y 4944 de fecha 20 de agosto de 2009, “Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la resolución 02967 (...)”, proferidas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS (...).*
5. *Que se declare la nulidad de las resoluciones 0592 de fecha 14 de Febrero de 2011, expedida por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS, “Por la cual se declara ocurrido el siniestro de Incumplimiento definitivo del contrato de obra No. 1589 de 2005 (...) se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria y se declara el siniestro de anticipo” y 05210 de fecha 5 de Octubre de 2011, “Por la cual se resuelven los recursos de reposición (...).*
6. *Declarar que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS es responsable de todos los sobrecostos, mayores valores, costos extras o adicionales, costos financieros, honorarios, incrementos en los precios, intereses, y en general de todos los daños y perjuicios causantes del desequilibrio económico ocurrido durante la ejecución del contrato 1589 de 2005, cuyos valores tuvo que asumir el CONSORCIO (...).*
7. *Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare así mismo que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS está obligado a pagar al CONSORCIO PROGRESO RISARALDA, y a sus integrantes, la suma de DIEZ MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTISÉIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA Y NUEVE (sic) (\$10.898’926.394,39) moneda*



corriente, o la mayor que resulte probada dentro del proceso, por los conceptos y en las cuantías que a continuación se indican:

- 7.1. La suma de OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS ONCE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$896'911.681) moneda corriente, por concepto de la reliquidación de los ajustes del contrato.
- 7.2. La suma de CUATRO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$4.664'258.884) moneda corriente, por concepto de la disponibilidad (Stand By) del equipo para la ejecución del contrato.
- 7.3. La suma de SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS CON NOVENTA Y DOS (sic) (\$652'165.870,92) moneda corriente, por concepto de los sobrecostos financieros que tuvo que asumir el contratista.
- 7.4. La suma de SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CIENTO NOVENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y OCHO (sic) (\$753'748.192,38) moneda corriente, por concepto de sobrecosto de mayor permanencia en obra por falta de interventoría.
- 7.5. La suma de MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CUATRO PESOS (\$1.154'137.904) moneda corriente, por concepto del incremento desmesurado en el costo de los insumos básicos del contrato.
- 7.6. La suma de MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS TRES MIL NOVECIENTOS DOS PESOS CON NUEVE (sic) (\$1.777'703.902,09) moneda corriente, por concepto de la actualización de los valores de los numerales 7.1 a 7.4 de la presente demanda.
- 7.7. (sic) La suma de MIL MILLONES DE PESOS moneda corriente (\$1.000'000.000), por la afectación generada por la imposición de la multa injustificada al contratista, así como por la imposición de la cláusula penal pecuniaria, o la mayor que resulte probada dentro del proceso, con base en las pruebas decretadas y practicadas.
8. Que como resultado de las declaraciones precedentes se ordene y practique por ese Despacho la liquidación del contrato 1589 del 8 de Septiembre de 2005 (...), incluyendo como saldo a pagar a favor del CONSORCIO (...) y sus integrantes, la suma de DIEZ MIL SETENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$10.079'884.872) Moneda corriente, o la que resulte probada en desarrollo del proceso.
9. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS a pagar (...) una suma no inferior a (...) (\$10.079'884.872) (...).
10. Ordenar la actualización de las cifras (...).
11. Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS al pago de los intereses de mora sobre las sumas reconocidas en el fallo (...).



12. Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS al pago de todas las costas y gastos del proceso.

2. En los hechos, la parte actora dio cuenta de la celebración, previa adjudicación en licitación pública, del contrato de obra 1589 del 8 de septiembre de 2005, entre el INVIAS y el Consorcio Progreso Risaralda², cuyo objeto fue el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de cinco tramos de una vía en el departamento del Risaralda por valor de \$11.746'725.075 y un plazo de ejecución de 24 meses a partir del 28 de diciembre de 2005.

3. El contrato fue objeto de 3 adiciones en valor, 9 prórrogas por 768 días y 4 suspensiones por 209 días.

4. El demandante manifestó que la ejecución del contrato se vio afectada por una serie de factores imprevistos e imprevisibles, ajenos al ámbito de sus responsabilidades, así como por las acciones y omisiones de la entidad contratante, que terminaron por alterar la ecuación económica del acuerdo de voluntades con perjuicio del contratista. Como causas de tales alteraciones, adujo:

5. **El cambio en las cantidades de obra y el valor del contrato** debido a modificaciones radicales en el concepto básico del objeto contratado, pues las variaciones en las cantidades de obra -hubo 13 actas de modificación- no contempladas en el pliego de condiciones fueron significativas y recurrentes, lo que afectó las metas físicas del proyecto -que pasó de un valor inicial de \$11.746'725.076 a \$20.501'678.095-. A pesar de esta circunstancia, la interventoría no aceptó la reprogramación integral e insistió en que el valor del contrato original debía ejecutarse en el plazo inicial y sólo admitió dicha reprogramación de la inversión en la obra para el valor de los contratos adicionales en el plazo adicional. Por tal razón, se le congelaron al contratista los ajustes de precios a los que tenía derecho, lo que le acarreó un detrimento económico de \$896'911.681.

6. Sostuvo que los cambios producidos en las obras también condujeron al *stand by* de los equipos y maquinaria necesaria para la colocación de base granular y

² Integrado originalmente por las sociedades Cubides & Muñoz Limitada., Lavicon Limitada y Saleh y Torres Ingenieros Contratistas S.A., pero mediante modificación al Acuerdo Consorcial del 19 de septiembre de 2006, se acordó la cesión -aceptada por el INVIAS- de la participación del 33,34% de que era titular esta última sociedad a favor del señor Édgar Castro Lizarralde.



mezcla asfáltica, pues esa labor se retrasó por otros trabajos adicionales en gran volumen que se debieron adelantar en forma previa a la construcción de la estructura del pavimento, lo que ocasionó un desbalance en el flujo de caja, pues el pago de esas obras sólo podía reconocerse una vez fuera instalada la carpeta asfáltica por hitos completos de un kilómetro.

7. También se presentaron alzas sin precedentes en los precios de los combustibles derivados del petróleo y en productos y servicios básicos de la industria de la construcción como cemento y transporte, debido al incremento del crudo a nivel internacional, incrementos que los índices ICCP no reflejaron en sus verdaderos alcances, hecho imprevisto e imprevisible que afectó al contratista.

8. **Reliquidación de ajustes de precios.** El demandante adujo que el cambio radical en el tipo de las obras y los altos volúmenes de obras adicionales ejecutadas no previstas inicialmente y surgidas de la necesidad de realizar actividades de explanación y estabilización de calzada, retrasaron en forma progresiva el normal desarrollo de lo inicialmente contratado por razón de i) el inusual régimen de lluvias en la zona durante la ejecución del proyecto, ii) el impacto y acumulación desfavorable del monto de las inversiones originalmente programadas y que el contratista estaba en capacidad técnica y operativa de ejecutar y iii) el retraso en la entrega de los hitos programados, causando una injusta congelación de los ajustes de precios, a los que el contratista alega tener derecho -en una suma, según su reliquidación sobre la obra facturada, de \$896'911.681- pues nunca incumplió sus obligaciones y siempre estuvo dispuesto a realizar todos los esfuerzos a su alcance para la ejecución del contrato y de las mayores cantidades surgidas en su desarrollo.

9. **Costos de disponibilidad de equipos para la colocación de base granular y mezcla asfáltica,** consistentes en el *stand by* de los equipos que tuvo que mantener disponibles para la obra por un tiempo muy superior al estimado inicialmente, en razón del desplazamiento y retraso de las actividades de base granular y mezcla asfáltica a causa de los cambios efectuados y que generaron nuevas y mayores cantidades de obra a ejecutar. El costo por este concepto asciende, según el demandante, a la suma de \$4.664'258.884.



10. Costos financieros de la obra ejecutada pero no facturada oportunamente por retraso en entrega de hitos completos de 1,0 kilómetro. El demandante adujo que el Ministerio de Transporte planteó la necesidad general que existía, frente a los contratistas del Plan 2500³ -que tenían elevadas inversiones en obra ejecutada pero sin facturar- de modificar la forma de pago establecida en los contratos, sugiriendo modalidades como pago de ítems por hito o pagos mensuales sobre la ejecución de obra en igual periodo, lo que genera el interrogante de si hubo problemas estructurales de fondo en los pliegos de condiciones del referido Plan que no permitían la elaboración de propuestas sostenibles en el tiempo. A pesar de esto, la propuesta presentada en tal sentido por el Consorcio Progreso Risaralda para obtener la recomposición sustancial del manejo financiero del contrato no fue aceptada y debió continuar con los índices de ajuste congelados y en estado de iliquidez, a pesar de que los atrasos y exagerados sobrecostos financieros fueron por causas ajenas al contratista, como fueron los cambios en las condiciones básicas de ejecución del contrato que habían sido licitadas, lo que lo obligó a requerir de mayores plazos y financiar grandes sumas de dinero para realizar esas obras que además sólo podían ser facturadas cuando se concluyeran hitos completos de 1 kilómetro, cuya ejecución no fue posible en razón a que la estructura de las vías no lo permitió.

11. Costos por concepto de obra ejecutada pero no cancelada por falta de acuerdo en los precios unitarios, los cuales deben ser reconocidos a los precios que se establezca en el dictamen pericial, toda vez que no existe una referencia precisa sobre el valor de estas obras, precisamente porque nunca se acordaron los precios unitarios.

12. Sobrecostos por suspensión de las obras por falta de interventoría, la cual duró 6 meses entre enero 27 y julio 20 de 2010, lo que le generó serios sobrecostos al contratista por razón de mantener disponible la estructura de personal dispuesta para la ejecución del contrato y por toda la infraestructura necesaria para su operación -oficina, los equipos, pago de servicios, etc.-, que ascendieron a \$753'748.192.

³ El demandante explicó que el INVIAS puso en marcha en el año 2004 un plan para la rehabilitación de la red vial del país que denominó Plan 2500, a través del cual se buscaba la recuperación de importantes vías del territorio nacional.



13. **Sobrecostos por incremento en insumos básicos: combustibles, asfaltos y cemento**, ya que durante la ejecución del contrato las condiciones de mercado de estos insumos básicos derivados del petróleo y el cemento Portland fueron totalmente atípicas, como consecuencia del imponderable incremento histórico del valor del petróleo crudo a nivel internacional, lo cual impactó gravemente los precios unitarios presentados por el contratista en su oferta y afectó en extremo sus finanzas, por un monto de \$1.154'137.904.

14. A continuación, el contratista se refirió a la que denominó **imposición ilegal y arbitraria de la multa y la cláusula penal pecuniaria**.

15. En relación con el **acto administrativo de multa**, adujo que el acto estaba viciado de falsa motivación, ineficacia y falta de competencia.

16. Sobre la falsa motivación, manifestó que la reprogramación del cronograma de obra -que procede cuando se presentan modificaciones en cantidades, plazo, valor del contrato o su suspensión que alteren la normal ejecución de las obras-, debe partir del valor realmente ejecutado por el contratista y no del valor inicialmente programado; y que en el presente caso las reprogramaciones se aprobaron a partir de la suma inicialmente proyectada, lo que hizo que el contratista se encontrara siempre en situación de incumplimiento, desconociendo así el objetivo principal que persigue esa fórmula, por lo que el contratista siempre manifestó su desacuerdo con esa decisión y advirtió sobre los factores generadores de atrasos en el contrato y la ausencia de una verdadera reprogramación del cronograma inicialmente concebido⁴, lo cual fue ignorado por la entidad, que procedió a llamarlo a descargos por un presunto incumplimiento en el plan de inversiones y a pesar de las explicaciones brindadas por el contratista, procedió a imponerle una multa por \$28'491.565 mediante la Resolución 2967 del 18 de mayo de 2009 por el supuesto incumplimiento del Plan de Inversiones, la cual fue recurrida y, no obstante, confirmada por la entidad en la Resolución 4944 del 20 de agosto de 2009, acto administrativo que, a juicio del demandante, estuvo falsamente motivado.

⁴ En comunicaciones dirigidas a la entidad le manifestó que las prórrogas concedidas para la ejecución del contrato fueron por términos inferiores a los que se requerían, teniendo en cuenta los montos en los que se había adicionado su valor.



17. El demandante explicó que, según lo manifestado por la interventoría, el contratista presentaba un atraso de alrededor de cinco mil millones de pesos respecto del Plan de Inversiones aprobado, a lo que el contratista señaló en sus descargos que no había tal incumplimiento, pues la motivación aducida desapareció cuando se suscribieron y formalizaron la adición No. 2 por valor de \$3.405'582.478 y la prórroga 1, por 7 meses, suscritas el 28 de diciembre de 2007, en las que se consignó expresamente que las causas de los retrasos presentados en el Plan de Inversiones obedecían a la situación de orden público y a las condiciones climáticas extremas que habían afectado la zona de las obras, por lo que no podía la entidad aceptar esas razones para proceder a adicionar y prorrogar el contrato y luego desconocer esta realidad a la hora de imponerle la sanción al contratista, cuando además, con posterioridad se presentaron otras prórrogas y adiciones del valor del contrato, con lo que se constataba que no había sido por causas imputables al contratista. Agregó que, por las mismas razones, con esta actuación la entidad estaba yendo en contra de sus propios actos, vulnerando el debido proceso, la buena fe y la confianza legítima generada en el contratista.

18. Sostuvo así mismo, que la multa resultaba improcedente, pues siendo conminatoria y no indemnizatoria, lo cierto era que ya se habían superado los motivos que la justificaban, como era el incumplimiento del programa de inversiones para el mes de febrero de 2008, cuando el contratista debía haber ejecutado la suma de \$13.082'275.447, y según la interventoría, había ejecutado \$11.590'199.853, es decir que la diferencia era de \$1.492'075.594; pues en los meses subsiguientes, entre marzo de 2008 y abril de 2009, el contratista ejecutó la suma de \$2.594'903.934, es decir que para el 21 de abril de 2009 llevaba una ejecución acumulada de \$14.185'103.787 que, en comparación con el monto que debía ejecutarse para febrero de 2008, configuraba un superávit a favor del contratista por la suma de \$1.102'282.340, por lo que no era procedente continuar el trámite sancionatorio.

19. Además, entre las fechas de las resoluciones contentivas de esta multa, 18 de mayo y 20 de agosto de 2009, se había celebrado una audiencia del afectado dentro de un segundo procedimiento sancionatorio, que se realizó el 14 de mayo y 15 de julio de 2009, y en ella se decidió el cierre y archivo de dicho trámite, lo que indicaba que, para esas fechas, el contratista ya había superado cualquier atraso presentado en el Plan de Inversiones del contrato y con ello, cualquier incumplimiento.



20. Sobre la alegada ineficacia del acto, sostuvo que el consorcio contratista fue vinculado a la actuación administrativa sancionatoria, pese a carecer de personería jurídica, y siendo ello obligatorio, no se citó ni se notificó a sus integrantes.

21. Y en relación con la falta de competencia, sostuvo que el INVIAS no estaba facultado contractualmente para imponer multas, siendo ello del resorte exclusivo del juez del contrato.

22. Sobre el **acto administrativo por medio del cual se declaró el siniestro de incumplimiento definitivo del Contrato de Obra 1589 de 2005 y el siniestro de anticipo -Resolución 0592 del 14 de febrero de 2011-**, alegó la falsa motivación y la falta de competencia de la entidad para proferir la decisión.

23. En cuanto al primer cargo, el demandante dio cuenta de los argumentos que expuso en su recurso de reposición, fundados, principalmente, en que fue por instrucciones de la interventoría -comunicación 287-IG73-016 del 26 de enero de 2010- y la entidad contratante que se redujo el límite de intervención de la vía, en el tramo La María – El Español, en más de 3 kilómetros; y que se presentaron otras disminuciones en el alcance de las metas físicas por la aparición de zonas inestables o con fallas geológicas, las que de acuerdo con el pliego de condiciones no serían objeto de intervención, por lo que se presentó una reducción de las metas físicas y por lo tanto en el Programa de Inversión Financiera por un monto total aproximado de 220 millones de pesos.

24. Por otra parte, el demandante sostuvo que hubo imposibilidad de inversión de los recursos por valor de \$1.428'000.000, por la pérdida de las vigencias expiradas del año 2009, que no se ejecutaron por razones ajenas al consorcio, que no pudo llevar a cabo las obras en su momento debido a las lluvias, los derrumbes y el orden público, eventos que fueron la causa determinante de las prórrogas al contrato; en consecuencia, no podían ser contabilizados dichos dineros como inversión no ejecutada por el contratista ya que el manejo presupuestal era un asunto del resorte interno de la entidad, a quien le correspondía ejecutar los trámites respectivos para que dichos recursos estuvieran disponibles para ser invertidos en las obras. Por lo tanto, no podía tenerse esto en cuenta como un incumplimiento del contratista.



25. Aseveró que la entidad demandada carecía de competencia para aplicar directamente las multas y la cláusula penal pecuniaria, pues el contrato fue suscrito en 2005, es decir, con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, por lo que, si bien podía pactarlas, debía acudir al juez del contrato para su efectividad; por lo tanto, con su actuación vulneró el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y le causó perjuicios al demandante, por lo que resulta procedente también la declaración de nulidad de las Resoluciones 2967 y 4944 de 2009 y la indemnización de perjuicios pedida.

Trámite de primera instancia

26. La demanda fue admitida mediante auto del 18 de septiembre de 2012 y en ella se ordenó su notificación a la parte demandada, al ministerio público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f. 435, c. 1-2).

27. El **Instituto Nacional de Vías -INVIAS** contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Aceptó algunos hechos, negó otros y se atuvo a lo que resultara probado respecto de los demás (f. 465, c. 1-2).

28. Afirmó que los contratos adicionales en valor y las prórrogas que se celebraron durante la ejecución del contrato lo fueron a solicitud del contratista y para que éste diera cumplimiento a sus obligaciones; que los supuestos factores imprevistos e imprevisibles aducidos por el demandante no se dieron y tampoco las acciones y omisiones del INVIAS que, según aquel, habían afectado la ecuación económica del contrato, y que fue el contratista quien desatendió todas las observaciones que se le hicieron y los compromisos adquiridos en los comités de verificación en los que se señalaron las falencias y retrasos en el cumplimiento contractual en el plazo acordado, lo que dio lugar a la expedición de los actos administrativos demandados.

29. Indicó que, si bien se presentó una variación en las cantidades de obra como riesgo previsto en el contrato, éste se adicionó en plazo, valor y anticipo a petición del contratista, a través de los varios contratos adicionales. Sin embargo, el contratista no incrementó los equipos y personal, manteniendo un reiterado y generalizado incumplimiento del objeto contractual, conllevando a que se suspendiera el proyecto por el vencimiento del contrato de interventoría.



30. Los actos administrativos demandados que declararon incumplido al demandante no presentan falsa motivación, pues el anticipo entregado por la entidad no fue amortizado, aunado a que fueron expedidos con respeto de los derechos al debido proceso, audiencia y defensa.

31. Agregó que los equipos usados por el contratista estaban incluidos en los precios unitarios, luego no era justificado un cobro adicional por *stand by*.

32. La fórmula de reajuste de precios tenía en cuenta el Índice de Costos de la Construcción Pesada – ICCP, luego las variaciones en los insumos derivados del petróleo fueron amortiguadas por tal fórmula, sin que exista prueba del desequilibrio contractual.

33. Llamó en garantía a: i) la Compañía Colombiana de Consultores - C.C.C. S.A., en calidad de firma interventora del contrato (f. 939, c. 1-4); ii) a la firma Restrepo y Uribe Ltda. (f. 953, c. 1-4) y iii) a la firma Interventoría y Diseños Ltda. -miembros del Consorcio Zona 2 Centro Occidente, que ejerció la consultoría del proyecto-; mediante auto del 20 de mayo de 2013 fueron admitidos los llamamientos en garantía, providencia que fue impugnada y, mediante auto del 27 de julio de 2017, el Consejo de Estado revocó parcialmente la decisión, en cuanto a las sociedades Interventoría y Diseños Ltda. y Restrepo y Uribe Ltda. (f. 963, c. 1-4 y f. 115, c. auto revoca llamamiento).

Coadyuvancia a la demanda

34. CÓNDOR S.A. Compañía de Seguros Generales, como aseguradora de los riesgos de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato 1589 de 2005, coadyuvó lo afirmado por el demandante respecto a la existencia de un desequilibrio económico del contrato y aseguró que estaba probada la nulidad de las Resoluciones 2967 y 4944 de 2009, y 592 y 5210 de 2011, comoquiera que fueron expedidas con base en el procedimiento fijado en la Resolución 3662 de 2007, que fue declarada nula mediante sentencia del 21 de marzo de 2012⁵; adujo que esto constituía una aplicación indebida de un acto anulado por esta Corporación que genera, a su vez, nulidad del acto sancionatorio, “(...) *pues aun cuando los*

⁵ Sentencia del Consejo de Estado, Rad.: 2010-00060 (39477), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



hechos sancionados ocurrieron con anterioridad a la providencia del Consejo de Estado, el decaimiento del acto que tipificaba la infracción, tiene como consecuencia que la sanción ya no sea aplicable al actor y que INVIAS perdió su potestad sancionadora por los hechos contemplados en las disposiciones de la citada resolución”⁶ (f. 975, c. 1-4).

Alegatos en primera instancia

35. Agotado el período probatorio, las partes reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y su contestación. El Ministerio Público y la Aseguradora guardaron silencio.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

36. El Tribunal Administrativo de Risaralda accedió parcialmente a las pretensiones de la siguiente forma:

“1. DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 02967 del 18 de mayo de 2009 (...) ‘por la cual se declara el incumplimiento parcial del contrato No. 1589 de 2005 suscrito con El Consorcio Progreso Risaralda’ y de la Resolución No. 04944 del 20 de agosto de 2009, confirmatoria de la anterior, (...) por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. DECLÁRASE LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 00592 del 14 de febrero de 2011, (...) ‘Por la cual se declara ocurrido el siniestro de Incumplimiento Definitivo del Contrato de obra No. 1589 de 2005, suscrito con el CONSORCIO PROGRESO RISARALDA, se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria y se declara el siniestro de anticipo’ y de la Resolución No. 05210 del 05 de octubre de 2011, (...) ‘Por la cual se resuelven los recursos de reposición (...)’, únicamente en cuanto a la declaratoria del siniestro por incumplimiento y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, sin perjuicio de la validez de la declaratoria del siniestro del anticipo y afectación de la póliza respectiva, por las razones expresadas en la parte considerativa de la presente sentencia.

3. Como consecuencia de las declaraciones que anteceden y, a título de restablecimiento del derecho, se le ordena a la entidad demandada comunicar a las entidades y bases de datos, en los cuales se registró la multa, declaratoria de incumplimiento y cláusula penal pecuniaria, aplicadas a los integrantes del Consorcio Progreso Risaralda, para que sea retirada de los mismos y de su historial contractual, especialmente del RUP.

⁶ La solicitud de coadyuvancia fue denegada mediante auto del 20 de mayo de 2013 (f. 1006, c. 1-5), el cual fue objeto del recurso de apelación (f. 1016, c. 1-5) y revocado mediante providencia del 3 de diciembre de 2014 del Consejo de Estado que, en su lugar, aceptó la solicitud efectuada por Córdor S.A. Compañía de Seguros Generales (f. 1088, c. 1-5).



4. Con la presente sentencia se entiende liquidado judicialmente el contrato de obra No. 1589 de 2005 objeto del presente proceso, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y el Consorcio Progreso Risaralda, lo cual arroja un valor, en favor de la entidad contratante, de tres mil noventa y cuatro millones trescientos treinta mil trescientos noventa y siete pesos (\$3.094'330.397), por concepto de anticipo no amortizado, que deberá ser asumido por el asegurador con cargo a la póliza que interesa a este proceso, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

5. NIÉGANSE LAS DEMÁS SÚPLICAS DE LA DEMANDA, por las razones expuestas.

6. Sin condena en costas en esta instancia, por lo considerado (...)."

37. El Tribunal consideró que no existió un desequilibrio económico del contrato, porque:

38. No era exigible ningún ajuste económico por mayores cantidades de obra ni obras nuevas, ya que el pliego de condiciones indicó que las cantidades de obra eran aproximadas y podían variar, por lo cual se contempló la posibilidad de modificarlas a través de actas, tal como aconteció; además, como se convino un sistema de pago a partir de precios unitarios, el demandante percibió el pago de todas aquellas actividades que efectivamente realizó.

39. No era procedente un reconocimiento por sobrecostos financieros derivados del aumento en las cantidades de obra. Fue el mismo contratista quien diseñó las obras a ejecutar y, a petición suya, se suscribieron contratos adicionales que aumentaron el valor del contrato y definieron entregas adicionales a título de anticipo, a la vez que se le autorizó a presentar un nuevo cronograma de trabajo e inversión con el fin de equilibrar los efectos del aumento de actividades y conjurar los problemas de flujo de caja que aquél manifestó. De esta manera, si enfrentó dificultades y permaneció en incumplimiento, no fue por cuenta del aumento de las cantidades de obra. Si bien desde diciembre de 2009 las condiciones de pago cambiaron, en tanto dejaron de ser por hito de 1 Km entregado y fueron reemplazadas por pago contra acta de obra mensual aprobada por la interventoría, ello no desconocía que los problemas en el flujo de caja del contratista fueron por responsabilidad suya.

40. No cabía reconocer sumas por *stand by* de equipos, maquinaria y personal, pues al estar a cargo de los diseños y de la definición de las etapas para su construcción, el contratista era el responsable de los tiempos y la disposición de sus insumos técnicos y recursos humanos para las diferentes labores; si permanecieron



in situ mientras ejecutaba las obras adicionales y nuevas que se convinieron en las modificaciones a las cantidades de obra, era un riesgo derivado de su obligación.

41. Tampoco era procedente un reconocimiento por falta de pago de valores actualizados de las obras no entregadas en el cronograma anual respectivo. En el contrato se definió que las cantidades de obra no ejecutadas dentro del programa anual de inversiones no estaban sujetas a actualización, de modo que la pérdida por falta de ajuste a los precios de las obras ejecutadas que no completaron el hito entregable, fue un riesgo que asumió y generó el contratista y, por ende, debía soportarlo.

42. No había lugar a compensación por la suspensión del contrato derivada de la falta de interventoría entre enero y julio de 2010. A diciembre de 2009, se encontraba en estudio la posible declaratoria de caducidad -sugerida por la Interventoría y la Supervisión del contrato- por cuenta del incumplimiento que mantenía el contratista, quien para ese momento había retirado su maquinaria, equipos y personal. Si bien las partes llegaron a un acuerdo en el que adicionaron valor y plazo al contrato persiguiendo su completa ejecución, ello no desconoce que fue por culpa del contratista que el contrato quedó sin interventoría. En todo caso, no había prueba que indicara que, durante el tiempo de suspensión contractual, el contratista hubiera pagado salarios, alquileres o hubiese incurrido en otros costos.

43. Era improcedente un reconocimiento por alteración en el valor de los insumos básicos. En el contrato se pactó el ajuste de precios de conformidad con los Índices de Precios de Construcción Pesada - ICPP del DANE, de modo que la alteración en los precios de insumos como el cemento y la gasolina que pudieran presentarse por el alza en los precios del barril de petróleo era amortiguada mediante esos ajustes anuales acordados. Si bien el testimonio del señor Jairo Saleh sostenía que los citados índices no reflejaron de forma fidedigna el impacto económico que tuvo el aumento del barril de crudo, sus afirmaciones no cuentan con un respaldo probatorio que demuestre algún error del DANE y que permita afirmar que esa circunstancia causó un desequilibrio económico del contrato.

44. No había lugar a reconocer o compensar al contratista por ningún otro motivo, pues no había dictamen pericial -ya que la parte actora desistió de su práctica- u otra prueba semejante que demostrara un desequilibrio económico por alguna



causa, y “*si se presentó un flujo de lluvias superior a los parámetros ordinarios de precipitación*”, no se demostró la forma en que ello afectó la economía del contrato, luego no había evidencia de que éste hubiera quedado en punto de pérdida y que las múltiples adiciones en valor que tuvo el negocio jurídico fueran insuficientes para conjurar esa circunstancia.

45. Sobre los cargos de nulidad de las resoluciones demandadas, expresó:

46. No se probó la falta de competencia por supuesta ausencia de facultad para imponer multas. Las partes convinieron la facultad del INVIAS para imponer sanciones a título de multas por las causales y montos definidos en la Resolución 227 del 26 de enero de 2004 proferida por la entidad y por cualquier otro incumplimiento del contratista, el pliego de condiciones o la propuesta. Si bien para la época de ejecución del contrato el criterio jurisprudencial preponderante exponía que las multas solo podían ser impuestas por el juez del contrato, para el momento de expedición de los actos acusados ya se encontraba vigente el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, conforme al cual tal facultad se entendía a favor de la entidad incluso en los contratos suscritos antes de la vigencia de dicha ley, siempre que hubieran sido convenidas expresamente, de modo que las sanciones impuestas a través de las citadas resoluciones se hallaban ajustadas a derecho.

47. No se demostró que la anulación de la Resolución 3662 de 2007, que sustentó el procedimiento sancionatorio que aplicó el INVIAS para la expedición de las resoluciones demandadas, causara la nulidad de estas, pues en la sentencia de 2012 que la expulsó del ordenamiento jurídico por invadir las competencias del legislador, se dejó claro que los efectos anulatorios del acto sólo afectaban las situaciones jurídicas no definidas, mientras que las ya consolidadas debían mantenerse en aras de garantizar la seguridad jurídica y la cosa juzgada, como se predica en el caso concreto.

48. Se encontró configurada la falsa motivación de la Resolución 2967 del 18 de mayo de 2009, que impuso una sanción económica por incumplimiento parcial, y de la Resolución 4944 del 20 de agosto 2009 que la confirmó, por desconocimiento del carácter conminatorio de las multas. El INVIAS tuvo en cuenta el incumplimiento del plan de inversiones de febrero de 2008, pese a que, para el momento de expedición del acto administrativo sancionatorio, tal circunstancia ya había sido superada por



el contratista, de modo que la multa impuesta resultó contraria al propósito para el cual fue concebida. Si bien el demandante presentó un atraso en la obra y deficiencias en personal, maquinaria y transporte de material, lo que se presentó durante toda la ejecución de labores, ello no fue tenido en cuenta como base de la sanción y, por ende, no desestima el argumento del uso indebido de la multa.

49. Se acreditó la falsa motivación de la Resolución 592 del 14 de febrero de 2011, que declaró ocurrido el siniestro por incumplimiento definitivo con base en un valor de obra básica sin ejecutar por \$4.260'098.790, por indebido uso del anticipo y un valor sin amortizar de \$4.509'947.052,40, e hizo efectiva la cláusula penal por \$419'162.584,30, valor equivalente al 10% del valor del contrato, así como de la Resolución 5210 del 5 de octubre de 2011 que la confirmó, sólo en cuanto a la declaratoria del siniestro por incumplimiento y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria. Pese a los inconvenientes en la ejecución del proyecto, el contratista ejecutó sus obligaciones casi en su totalidad, pues sólo quedaron pendientes labores de señalización en algunos tramos. Si bien la obra comprendía inicialmente la intervención del sector La María - El Español como parte de las obligaciones del contratista, ese tramo no podía tomarse como fundamento para afirmar que se presentó un incumplimiento definitivo, ya que el mismo dejó de intervenir por cuenta de la orden de la entidad y de la interventoría ante la inestabilidad geológica agravada por las lluvias que presentaba el sector, circunstancia que fue advertida por el contratista en la vía gubernativa pero desconocida por la entidad.

50. Respecto de la liquidación del negocio jurídico, indicó que era procedente por cuanto no fue realizada de común acuerdo ni unilateralmente en sede administrativa. Concluyó que en el acta de recibo final de obra se demuestra que, por concepto de anticipo, se entregó al contratista \$8.731'226.970 de los cuales se amortizaron \$4.209'291.680, quedando pendientes de amortizar "\$4.509'947.052,40 (sic)". No obstante, a esta suma debían restarse \$1.040'829.155 de obras ejecutadas y no pagadas y \$374'787.500 de obras no cuantificadas por la entidad, pero consignadas en el acta final de obra; si bien en la referida acta no se cuantificaron esas obras, la suma indicada fue calculada por el contratista, no fue cuestionada por el INVIAS y, por ello, era valorable por el Tribunal. No había lugar a tener en cuenta los valores de las multas impuestas por cuenta de su anulación y tampoco los reclamos de las demandas laborales vigentes contra el INVIAS por incumplimiento del contratista, por cuenta de la falta de



condenas ciertas en su contra; así, concluyó que corresponde al consorcio contratista pagar, indexado, por concepto de valor no amortizado en favor del INVIAS el total de \$3.094'330.397.

51. No se pronunció sobre la Compañía Colombiana de Consultores - C.C.C. S.A., llamada en garantía por el INVIAS y estimó improcedente la condena en costas, en consideración a que las pretensiones de la demanda resultaron parcialmente prósperas.

Los recursos de apelación

52. Ambas partes solicitaron la modificación de la sentencia de primera instancia.

53. **La parte actora** señaló que estaba probado que las mayores cantidades de obra sobrevinientes causaron un desequilibrio económico del contrato, pues si bien estuvo a cargo de los estudios y diseños, llevó a cabo tales actividades en los términos que exigían los manuales técnicos del INVIAS, de modo que la excesiva y desproporcionada variación que llevó el contrato de un valor inicial de \$11.746'725.076 a \$20.501'675.095 fue por cuenta de causas que no le son imputables (f. 2034, c. ppl).

54. Afirmó que se acreditaron los efectos económicos adversos de esas mayores cantidades, pues por cuenta de la exacerbada modificación de las condiciones iniciales se afectaron los cronogramas de obra, se impidió la entrega oportuna de los hitos, se retrasó el pago de cada hito entregado, se afectaron los flujos de inversión, se hizo perder la actualización de precios por obras no ejecutadas en los planes anuales, se forzó el *stand by* de equipos, maquinaria y personal y, esencialmente, llevaron al contratista a que siempre se mantuviera en un aparente incumplimiento. Además, se debían considerar las circunstancias imprevistas de intensas lluvias que retrasaron la colocación de la base granular y las situaciones de orden público en el municipio de Chinchiná, que demoraron el traslado del personal y maquinaria. Aunque se suscribieron varias actas de modificación de obra y contratos adicionales, ellas no pusieron fin a estos efectos económicos adversos, pues la interventoría mantuvo la exigencia de ejecutar todas las actividades en el plazo inicialmente convenido y, posteriormente, sólo se otorgó al contratista un plazo de 7 meses para ponerse al día, pese a que el desmesurado aumento en las



cantidades de obra exigidas requería un término mayor. Además, la suspensión del contrato por falta de interventoría no fue por cuenta suya, pues derivó de la intensa variación de los volúmenes de obra y a la falta de reprogramación adecuada de los cronogramas.

55. Finalizó indicando que existieron obras nuevas, ejecutadas y no pagadas por la entidad contratante ante la falta de precios unitarios que las contemplaran, a las cuales tenía derecho, así como a aquellos sobrecostos derivados del incremento del barril de petróleo, teniendo en cuenta que fue excesivo e imprevisible, sin que sus consecuencias fueran suficientemente amortiguadas por la fórmula de reajuste basada en el ICCP del DANE.

56. El **INVIAS** manifestó que no estaba probada la falsa motivación de las Resoluciones 2967 y 4944 de 2009, ya que la parte considerativa de la primera demostraba que para el momento de su expedición la falta de cumplimiento del contratista aún persistía, justificando la multa impuesta. Tal determinación se adoptó con base en los conceptos P2500-Z2-132-7033-08 del 17 de septiembre de 2008 y P2500-Z2-132-7514-08 (sin señalar fecha) de la consultoría, así como en el informe 248-0397-026216 del 9 de diciembre de 2008 de la Interventoría, y el oficio del 11 de diciembre de 2008 de la Supervisión, que daban cuenta de los graves retrasos (f. 2024 y 2054, c. ppl).

57. Explicó que tampoco había falsa motivación de las Resoluciones 592 y 5210 de 2011 que declararon el incumplimiento definitivo, pues de acuerdo con el Manual de Interventoría del INVIAS, que hacía parte del contrato, las modificaciones al proyecto debían constar en un “*acta de modificación de cantidades de obra*” firmada por el contratista, la Interventoría, la consultoría, el supervisor de proyectos del INVIAS y el coordinador del Plan 2500, y en ninguna de las 13 actas que se suscribieron se excluyó el segmento La María - El Español; si bien por medio del informe 287-IG73-016 del 26 de enero de 2010 la Interventoría hizo esa sugerencia, dicho documento no tenía la fuerza de orden contractual de la entidad, luego el contratista mantenía la obligación de ejecutar el citado tramo y al no hacerlo era claro su incumplimiento, así como legítima la imposición de sanciones, que por tanto debían tenerse en cuenta en sede de liquidación.

58. Concluyó exponiendo que, aunque para el momento de contestación de la



demanda no había condenas en contra de la entidad por deudas de carácter laboral del personal a cargo del contratista, ellas sobrevinieron durante el trámite del pleito como se acredita con las piezas allegadas, por lo que deben ser tenidas en cuenta en la liquidación. Asimismo, por obras ejecutadas y no canceladas se determinó la suma de \$374'.787.500, pero no hay ninguna prueba que dé cuenta de ese valor.

CONSIDERACIONES

Jurisdicción y Competencia

59. En virtud de lo dispuesto en el artículo 104 del CPACA⁷, el Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, toda vez que dentro de las pretensiones de la demanda se pidió la declaratoria de nulidad de unas resoluciones expedidas por el Instituto Nacional de Vías INVIAS y la declaratoria del desequilibrio e incumplimiento contractual respecto de un contrato celebrado por la misma entidad estatal⁸.

60. Así mismo le corresponde a la Sala resolver el presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 150 del CPACA, norma vigente al momento de presentación de la demanda⁹, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2020 por el Tribunal Administrativo de Risaralda y de conformidad con la estimación de las pretensiones realizada en la demanda¹⁰, según las previsiones de los artículos 152 y 157 del mismo código.

⁷ El artículo 104 del CPACA estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

⁸ El INVIAS es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Transporte.

⁹ “Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos (...)”.

¹⁰ La mayor de las pretensiones ascendió a \$4.664'258.884, por concepto del *stand by* del equipo para la ejecución del contrato, mientras que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del CPACA, para conocer en primera instancia en los tribunales administrativos los procesos de controversias contractuales la cuantía es de 500 SMLMV, lo que equivalía, para la época de presentación de la demanda -17 de agosto de 2012, cuando el salario mínimo era de \$566.700 (Decreto 4919 del 26 de diciembre de 2011)-, a \$283'350.000.



La legitimación en la causa

61. El INVIAS, de un lado, y las sociedades Cubides & Muñoz Ltda. y Lavicon Ltda. y el señor Edgar Alonso Castro Lizarralde -integrantes del Consorcio Progreso Risaralda- del otro, se encuentran legitimados por pasiva y por activa, respectivamente, por ser las partes contratante y contratista del Contrato de Obra No. 1589 de 2005, en torno al cual gira la presente controversia.

Oportunidad de la demanda

62. La caducidad es la consecuencia jurídica prevista en la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda, pudiendo ser declarada, incluso, de oficio. Corresponde a una figura jurídica de orden público a través de la cual el legislador impone limitaciones temporales razonables al derecho subjetivo de acceso a la administración de justicia, en aras de evitar la indefinición de las situaciones jurídicas materia de controversia entre las partes¹¹ y, de esta manera, brindar protección de un interés general representado en la seguridad jurídica, la confianza legítima y el debido proceso, en tanto una vez surtido el término de caducidad del medio de control legalmente establecido, la acción ya no se podrá ejercer por el interesado y se habrá perdido la facultad de acceder a la jurisdicción.

63. Como lo ha recordado la jurisprudencia, *“(...) el fenómeno de la caducidad y su eventual configuración, corresponde a un presupuesto del derecho de acción, invariable, irrenunciable, improrrogable e insubsanable, sujeto únicamente a la ocurrencia del hecho definido en la ley y el consecuente paso del tiempo, y que, por tanto, es susceptible de ser analizado y advertido de oficio en la sentencia¹² como verificación de un elemento esencial y preexistente para poder decidir el fondo del asunto (...).”¹³*

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 19 de julio de 2017, expediente 57932 y sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 21.906, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹² [40] “Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Expediente. 51.667, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico”.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de octubre de 2022, expediente 58063, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.



64. Conforme a lo expuesto, procede la Sala a constatar si, en el presente caso, la demanda fue presentada en tiempo.

65. El artículo 164 del CPACA, en relación con el término de caducidad de las controversias relativas a contratos, dispone:

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

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

(...)

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

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

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

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

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga.

66. Teniendo en cuenta que el Instituto Nacional de Vías - INVIAS es una entidad pública descentralizada del orden nacional que se encuentra sometida a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, sus contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo, deben ser objeto de liquidación de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de dicha ley, norma conforme a la cual dicho procedimiento debe efectuarse dentro del término fijado en el pliego de condiciones o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. Así mismo, se sujeta a lo dispuesto en el artículo 61 *ibídem*, en relación con la liquidación unilateral del contrato por parte de la entidad a través de un acto



administrativo, en caso de no presentarse el contratista para la liquidación o si las partes no llegan a un acuerdo, evento en el cual, frente al silencio de la ley sobre el término para ello, resulta aplicable el criterio jurisprudencial imperante en la época de celebración del contrato, conforme al cual el plazo para efectuar dicha liquidación unilateral, sería de 2 meses¹⁴.

67. En el presente caso, la cláusula vigésima cuarta del Contrato 1589 de 2005 dispuso que la liquidación debía efectuarse de acuerdo con lo establecido en la Ley 80, pero no estableció un plazo específico para la liquidación bilateral, por lo que resulta aplicable el término supletivo de los cuatro meses a los que alude el artículo 60; lo que sí dispuso el contrato fue que, para tales efectos, el término empezaría a contabilizarse a partir del acta de recibo definitivo o final de obra, que se suscribiría máximo dentro de los 45 días calendario siguientes al vencimiento del plazo de ejecución del contrato (f. 60 vto., c. 1).

68. El contrato de obra suscrito por las partes el 8 de septiembre de 2005, tenía un plazo inicial de ejecución de 24 meses, contados a partir de la fecha de la orden de iniciación -cláusula cuarta- (f. 55 vto., c. 1); no obstante, fue objeto de múltiples prórrogas, siendo la última de ellas la No. 12 del 21 de julio de 2010, en la cual se prorrogó el plazo del contrato “(...) *hasta el 20 de Agosto de 2010*” (f. 96, c. 1).

69. Las partes suscribieron el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de obra el 22 de septiembre de 2010 (f. 839, c. 1-4), por lo que, a partir del día siguiente 23 de septiembre, empezaron a correr los 4 meses para la liquidación de común acuerdo -que no se produjo-; y vencido este plazo el 23 de enero de 2011, a partir del día siguiente corrieron los dos meses con los que contaba la entidad para liquidar unilateralmente, los cuales vencieron el 24 de marzo de 2011. En consecuencia, el término de caducidad de la acción de controversias contractuales, de dos años, empezó a correr a partir del 25 de marzo de 2011 e iba hasta el 25 de marzo de 2013, razón por la cual resulta evidente que, aún sin tener en cuenta la suspensión por cuenta del trámite de conciliación extrajudicial que se llevó a cabo a partir de la

¹⁴ El contrato debe liquidarse al término de su plazo (Sent. sept 11/80, Exp. 2825), momento a partir del cual las partes tendrán 4 meses para ello: 2 para que el contratista aporte documentos y 2 para hacer el trabajo de común acuerdo (Sent. en. 29/88 Exp. 3615); si no se efectúa la liquidación bilateral, la Administración cuenta con otros 2 meses para efectuar la liquidación unilateral (Sent. nov. 16/89 Exp. 3625 y 3461). Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1990, expediente 2950, C.P. Antonio José De Irisarri Restrepo.



solicitud presentada por el consorcio el 14 de febrero de 2012 y que culminó con la constancia expedida el 2 de mayo de 2012 por la Procuraduría Judicial II en Asuntos Administrativos No. 38 (f. 357 a 360, c. 1-1), la demanda radicada el 17 de agosto de 2012 se presentó oportunamente.

Problemas jurídicos

70. Corresponde a la Sala establecer (i) si el aumento en las cantidades de obra y las condiciones climatológicas y de orden público desequilibraron económicamente el contrato 1589 de 2005, en las diferentes formas y con los efectos que aduce el demandante; (ii) si la falta de ejecución de 3 km del tramo 1 de La María - El Español constituyó o no un incumplimiento del contratista, con incidencia en el cargo de falsa motivación de las Resoluciones 592 y 5210 de 2011; (iii) si las Resoluciones 2967 y 4944 de 2009, por las cuales se impuso una multa al contratista, y las Resoluciones 592 y 5210 de 2011, que declararon el incumplimiento definitivo, estaban o no falsamente motivadas, como lo concluyó el *a quo*; y (iv) si hay lugar a modificar la liquidación del contrato, teniendo en cuenta las conclusiones de estos cuestionamientos y las condenas de orden laboral impuestas en contra del INVIAS.

La variación de las cantidades de obra fue un riesgo asignado al contratista bajo el sistema de pago de precios unitarios, que le impuso la obligación de su gestión

71. El 1589 de 2005 fue un contrato de obra pública, que hizo parte del Programa de Infraestructura Vial de Integración y Desarrollo Regional Plan 2500, y que se rigió por las disposiciones dispuestas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - EGCAP y, en los aspectos sustanciales no reglados allí, por las disposiciones civiles y mercantiles, conforme con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

72. El contrato tuvo por objeto ejecutar los estudios, diseños y obras de reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de 5 tramos viales en el departamento de Risaralda (*La María – El Español; La Y – Ecotermes; Libare – San José – La Florida - Playa Rica – Santa Ana Baja – La Unión; y Termes – Santa Rosa*), con base en las definiciones técnicas establecidas en los manuales de construcción vial de INVIAS y en las especificaciones particulares del proyecto,



expuestas en el Anexo 2 del pliego de condiciones (cláusula primera contractual y numeral 5.9 del Pliego de Condiciones). Conforme con el clausulado del negocio jurídico, el objeto se desarrollaría así:

73. El contratista ejecutaría un primer hito de estudios y diseños para cada uno de los 5 tramos y debía, basado en las definiciones técnicas preestablecidas por los manuales de INVIAS, presentar la versión definitiva de éstos junto con el cronograma de obra para iniciar la fase constructiva, previa aprobación de la interventoría y la consultoría del proyecto.

74. Como contraprestación por este primer hito recibiría \$138'382.482, pagaderos previa presentación del acta final de estudios y diseños admitida por interventoría y refrendada por la consultoría y la entidad contratante (cláusula IV, párrafo cuarto, y cláusula III del contrato), obligaciones frente a las cuales no existe debate.

75. Emitida la orden de iniciación de obra, el contratista llevaría a cabo la reconstrucción, pavimentación o repavimentación de los 5 tramos a través de varios hitos de obra, cada uno de 1 km, con base en los diseños previamente aprobados por la entidad, en los cuales se definían las cantidades de obra, sin perjuicio de que éstas pudieran variar durante la ejecución del contrato y que el contratista en todo caso estaba obligado a ejecutar sin exigir un mayor plazo (cláusula VII, párrafo cuarto del negocio jurídico).

76. Por la ejecución de las obras, el contratista percibiría la suma o valor que resultara de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas en cada hito entregado, por los valores establecidos en los Análisis de Precios Unitarios – APU's y/o por los precios acordados para nuevos ítems de obra que resultaran de la ejecución del proyecto. Lo anterior debía constar en la respectiva acta parcial y/o final de obra, que debía ser refrendada por la interventoría, la consultoría y la entidad contratante, previo a su pago (cláusula V contractual). Estos APU's correspondían a los dispuestos en la oferta del contratista (formulario 4), que fueron revisados por la interventoría, avalados por la supervisión designada y aprobados por el INVIAS, previo al inicio de la etapa de obra y construcción (numeral 3, capítulo V Pliego de Condiciones).



77. Contrario a lo afirmado en la apelación de la parte actora, este modelo de negocio implicaba que, si el contratista asumía y admitía la posibilidad de cobrar más por tener que ejecutar mayores cantidades de obra, también tenía el deber de adoptar las acciones tendientes para cumplir con ellas, controlar su ocurrencia y asumir sus efectos, especialmente cuando era el mismo consorcio quien diseñaba las obras a construir. En este caso, sobre el Consorcio Progreso Risaralda recaía la obligación de garantizar la disponibilidad de mayores recursos humanos, logísticos, fuerza de trabajo, maquinaria, personal, suministro de materiales, etc., que resultaran necesarios para ejecutar las cantidades superiores de obra en los plazos inicialmente convenidos, comoquiera que así lo pactó libremente con la plena fuerza de ley que representa el contrato.

78. No puede el contratista pretender que el aumento de las cantidades de obra genere un mayor lucro, pero al mismo tiempo, mantener una fuerza de trabajo, inversión y logística correlativa a una menor cantidad de volumen de obra, pues esa no fue la correspondencia prestacional que convino en el contrato; cualquier otra interpretación divergente restaría el efecto útil de la cláusula VII contractual.

79. Todo riesgo que afecte la simetría prestacional abre paso a la revisión del contrato y al análisis de su potencial reequilibrio en los términos de Ley 80 de 1993; no obstante, cuandoquiera que el riesgo de que se trate resulte previsible y sea distribuido y asignado a una u otra parte en el contrato, abandona el terreno de la imprevisión y transita hacia un contenido obligacional de quien lo asume y, como deber de conducta convencionalmente pactado (artículo 1495 del C.C.), se analiza en el campo del cumplimiento contractual (artículo 1613 ibídem).

80. Se equivoca el demandante al afirmar que, ante una variación de las cantidades de obra, no podían la entidad ni la Interventoría pretender que el contrato se cumpliera dentro de los plazos inicialmente establecidos ni en las mismas condiciones económicas originales, pues así lo aceptó expresamente bajo el negocio jurídico. Por otra parte, la variación de las cantidades de obra fue un riesgo inherente a la modalidad contractual pactada bajo precios unitarios, por lo que esta Corporación ha señalado que estos cambios, bien sean favorables o desfavorables a los intereses económicos del contratista, corresponden a su riesgo negocial, es decir, al alea normal del contrato, de modo que en tal escenario no puede éste trasladar el déficit respectivo a la entidad pública contratante, ni tampoco podría



exigírsele al contratista la entrega del superávit a la entidad, cuando los resultados superaran las proyecciones iniciales, *“puesto que tales medidas no resultan congruentes en un negocio en el cual los riesgos que cada una de las partes asumen deben quedar definidos desde antes de la celebración del contrato, para que, de esta manera, cada una de ellas tenga suficiente claridad sobre los mismos y adopte los mecanismos necesarios para cubrirlos”*¹⁵.

81. El riesgo constructivo estuvo a cargo del contratista, incluyendo la ejecución de mayores cantidades de obra, por lo que, para mitigarlo, era su obligación garantizar la presencia de los recursos humanos, logísticos, fuerza de trabajo, maquinaria, personal, suministro de materiales, entre otros, para ejecutar los mayores volúmenes que se requirieran, lo cual no hizo según las pruebas documentales allegadas, tal como expresó la consultoría del proyecto y la interventoría el 5 de diciembre de 2008, indicando que *“(...) el Consorcio Progreso Risaralda se comprometió a incrementar el equipo y los medios adecuados que permitiesen el cumplimiento del contrato en el plazo pactado. Sin embargo, el constructor nunca cumplió con los compromisos de incrementar el equipo, mejorar los rendimientos de transporte y extensión de materiales granulares y terminar los hitos de acuerdo a las programaciones establecidas. El incumplimiento ha sido progresivo, llegando al punto de que para el mes de octubre de 2008, no se realizaron actividades de extensión de materiales granulares y pavimento y únicamente se trabajó en la construcción de algunas cunetas en concreto (...) la situación llega a su punto crítico donde el constructor retira de la obra todo el personal y parte de los equipos disponibles”*¹⁶.

82. Lo anterior motivó la declaratoria de incumplimiento parcial e imposición de multa al contratista, a lo que se agrega que las pruebas documentales evidenciaron que su reiterativo incumplimiento por falta de disposición de recursos -logísticos, de insumos, etc.- necesarios para ejecutar las obras en los términos convenidos, llevó a que el 27 de enero de 2010, cuando se vencía el plazo de ejecución que ya había sido adicionado en 8 oportunidades, no estuviera finalizada la obra y fuera necesario suspender el negocio jurídico por 110 días ante el vencimiento del contrato de

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, rad.: 25000-23-26-000-1996-02098-01(15475), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁶ Comunicación enviada por el Interventor Compañía Colombiana de Consultores S.A. al director de la consultoría de apoyo del proyecto, Consorcio Zona 2 Centro Occidente, en la cual se refiere a los descargos presentados por el contratista frente a la solicitud de imposición de multas por el incumplimiento del Programa de Trabajo e Inversiones, f. 1442, c. 1-7.



interventoría y se requiriera agregar, a petición del contratista, más tiempo en procura de terminar las obras inconclusas, a través del adicional No. 12. Fue por cuenta de sus retrasos que el contrato de interventoría feneció, de modo que no le es dable reclamar perjuicios por tal concepto, más aún cuando en el adicional 12 convino las condiciones que se estimaron necesarias de tiempo y costos para satisfacer sus obligaciones.

83. Las afectaciones aducidas por la parte actora de los cronogramas de obra, los flujos de inversión y flujos de caja, la pérdida de la actualización de precios por obras no ejecutadas en los planes anuales, y el retraso en los pagos a favor del contratista por imposibilidad de entrega oportuna de hitos en los plazos previstos, todos y cada uno de ellos, son de su entera responsabilidad. Si hubiera aumentado el pie de fuerza logístico, de maquinaria, personal y equipos en comparación con los que inicialmente previó, como en efecto se obligó expresamente bajo el contrato, podía haber satisfecho las nuevas cantidades de obra sin presentar los retrasos en que incurrió, que lo mantuvieron permanentemente en incumplimiento y que, en esencia, son la causa medular de la cual hace derivar las consecuencias patrimoniales que integran su demanda –salvo el régimen de lluvias, orden público e incremento de insumos, que se abordará en posteriores párrafos-.

84. La Sala no desconoce que el riesgo no sólo debe evaluarse por su naturaleza, sino también por su magnitud y dimensión, de tal modo que, si desborda los límites razonables de la previsibilidad, puede dar lugar a un desequilibrio del contrato incluso cuando el riesgo haya sido asignado convencionalmente; sin embargo, esto no ocurrió en el presente este caso, o por lo menos no está demostrado.

85. La realidad da cuenta de que el contrato presentó adiciones en valor y plazo, debido a las 13 actas de modificación de cantidades de obra y las 4 adiciones en valor convenidas entre el contratista y la entidad, por lo que pasó de un valor estimado de obra de \$11.746'725.076 a \$20.501'675.095, como afirma el contratista apelante. Sin embargo, esto fue tan sólo una proyección con miras a garantizar la disponibilidad de recursos institucionales y la ejecución de las apropiaciones presupuestales de rigor, pero en ningún momento correspondió a la realidad de la obra ejecutada, pues el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de obra del 22 de septiembre de 2010, suscrita por el contratista, la entidad y los demás actores del proyecto, evidencia que el valor real de la obra ejecutada, incluido IVA, fue de



\$15.972'995.644,18 de los cuales por pago de actas de obra, el contratista recibió \$14.932'166.488,20 con un saldo insoluto de \$1.040'829.155,98.

86. La variación excesiva e imprevisible que afirma el apelante en realidad no existió, pues un aumento del 23,54% resulta razonable y previsible en el marco de un proyecto de obra vial que integró varios hitos y un sistema de 5 tramos viales con múltiples frentes de obra, lo cual da cuenta de que el riesgo constructivo que asumió el Consorcio Progreso Risaralda no desbordó los límites de la previsibilidad razonable y su ocurrencia debió ser gestionada y asumida por él.

87. Tampoco se comprobó que las modificaciones de las cantidades de obra hubieran sido arbitrarias, además de que fueron aceptadas y aprobadas por el demandante bajo las actas correspondientes. Revisadas las 13 actas de modificación de cantidades de obra¹⁷, se colige que todas fueron producto del consenso y se fundaron en motivos de orden técnico que exigía el adecuado desarrollo del proyecto (control de aguas de escorrentía, mal estado del alcantarillado, reforzamiento de *box couverts* existentes, etc.), obras que a su vez dependían de los diseños que eran elaborados por el mismo consorcio demandante, luego fue una variación que debía gestionar y asumir.

88. El demandante no puede soslayar que las cantidades de obra eran definidas a partir de los diseños que elaboraba como parte de sus obligaciones bajo el contrato, por lo que las obras a ejecutar no eran impuestas por la entidad, sino que su determinación estaba en la esfera técnica de su faceta de consultor, aspecto que no resulta desvirtuado por el hecho de que los diseños tuvieran que sujetarse a lo establecido en el Apéndice B del contrato y en el Manual de Diseño Geométrico de Carreteras de INVIAS, como se afirma en el recurso de apelación, toda vez que tal condición la conoció desde el proceso de selección, aceptándola sin salvedad u objeción.

89. Así las cosas, no puede el contratista trasladar la desatención de sus obligaciones a la entidad contratante, de quien la evidencia muestra que se mantuvo cumplida durante todo el contrato. Si bien quedó pendiente el pago del saldo de \$1.040'829.155,98 que consta en el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de obra del

¹⁷ Folios 119 a 200, c. 1 y f. 201 a 217, c. 1-1.



22 de septiembre de 2010, para ese momento el incumplimiento que el contratista presentaba ya era más que notorio, de modo que la falta de desembolso se halló justificada a la espera de la liquidación del contrato, particularmente considerando que el contratista demandante no amortizó la totalidad del anticipo que le fue entregado.

90. El demandante afirmó que solo podían ser reconocidos para pago tramos completos de 1 Km, pero que estos hitos no podían ejecutarse oportunamente debido a los incrementos en las cantidades de obra y la presencia de nuevos ítems, lo que conllevó a que no pudiera presentar oportunamente las actas para su pago, impidiéndole mantener un flujo de caja normal que le permitiera adelantar las obras de una manera regular y continua. No obstante, los sobre costos por obra ejecutada y no facturada oportunamente por la aducida circunstancia resultan improcedentes por cuanto: (i) el pago por hitos completos de 1.0 Km fue expresamente acordado por las partes bajo los literales a) y b) de la cláusula séptima, relativa a la forma de pago; (ii) desde los pliegos era clara la forma de pago por hito ejecutado, por lo que el contratista, con experiencia acreditada en infraestructura vial, contó desde la etapa precontractual con la información para determinar si contaban con la capacidad financiera que demandaba la ejecución del negocio jurídico bajo esa modalidad de pago; (iii) en el transcurso de la licitación, el demandante no observó o advirtió algo respecto de la forma de pago y la posible afectación del flujo de caja al momento de la ejecución; y (iv) está acreditado que los retrasos en el plan de inversiones y la ejecución de las obras tuvieron origen en el incumplimiento de la obligación a cargo del contratista de garantizar los recursos humanos, logísticos, fuerza de trabajo, maquinaria, personal, suministro de materiales y demás para ejecutar los mayores volúmenes requeridos para satisfacer el objeto del contrato¹⁸.

91. Contrario a lo afirmado por el demandante, no se presentó una injusta o injustificada congelación de los precios del contrato. En el acuerdo de voluntades se pactó expresamente que las cantidades de obra que no se ejecutaran dentro del programa anual de inversiones no estarían sujetas a la actualización prevista en la cláusula séptima, sino que serían pagadas a los precios de la anualidad en la cual debieron ser ejecutadas¹⁹. Por tanto, la actualización de los precios únicamente a

¹⁸ Esto se deduce de las múltiples comunicaciones cruzadas entre el INVIAS, el contratista, el Consultor del Proyecto y la Interventoría, en las que se evidenciaron tales incumplimientos (CD's visibles a f. 1781, 1783, 1785 y 1800, c. 1-8).

¹⁹ Parágrafo segundo de la cláusula séptima, f. 56 vto., c. 1).



las cantidades ejecutadas dentro del programa anual de inversión fue un aspecto previsto y aceptado bajo el contrato, y dado que está acreditado que el incumplimiento de la programación de obra fue imputable al contratista, resulta improcedente derivar de la aplicación de esa cláusula una actuación arbitraria del contratante, un desconocimiento del negocio jurídico, o un hecho imprevisto y exógeno constitutivo de una afectación a su ecuación financiera.

92. Tampoco es procedente el argumento de que la falta de flujo de caja impidió que el contratista ejecutara oportunamente las mayores cantidades de obra, primero, porque era su responsabilidad mantener los recursos, incluyendo los financieros, que fueran necesarios para construir en los tiempos pactados los volúmenes de obra que se requirieran, para luego cobrarlos sin mayores exigencias a las de presentar la correspondiente acta de obra y sus documentos apéndices; y segundo, porque el contrato previó un sistema de apalancamiento a partir de la entrega de anticipos al contratista que funcionó desde el primer instante de ejecución con la entrega del 24.59% del valor del contrato, que fue incrementado progresivamente a través de los contratos adicionales 01 del 2 de octubre de 2007, 03 del 28 de diciembre de 2007, 04 del 7 de julio de 2008, 06 del 30 de diciembre de 2008 y 11 del 16 de diciembre de 2009²⁰, y que completó una entrega total de \$8.731'226.970, suma que el contratista efectivamente recibió, y contrastada con el valor total ejecutado, representa un 54% de \$15.972'995.644,18; con todo, el contratista tan sólo amortizó \$4.209'291.680 conforme con el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de obra del 22 de septiembre de 2010²¹, con lo cual se concluye que aun al final y con la entrega definitiva de las obras ejecutadas, el contratista no satisfizo por completo sus obligaciones.

93. Por lo tanto, no es cierto que el demandante hubiera sufrido una desfinanciación, pues siempre tuvo a su disposición recursos institucionales que al término de la obra ni siquiera logró compensar, y en todo caso, eso no restaba que le asistía el deber de disponer la fuerza de trabajo necesaria para acometer las metas de obra del proyecto.

94. El apelante aseguró que el aumento de ciertas actividades, de orden de excavaciones y explanaciones, forzó que los equipos y maquinaria para colocación

²⁰ Folios 71, 73, 75, 79 y 93, c. 1.

²¹ Folio 839, c. 1-4.



de base granular estuvieran en *stand by* en detrimento económico suyo, sin que pudiera controlar tal circunstancia porque, contrario a lo indicado por el Tribunal, el pliego de condiciones le exigía mantenerlos en obra y no simplemente retirarlos y disponerlos ante su necesidad. Sin embargo, la literalidad del pliego lo que demandó fue que se mantuviera *in situ* “el equipo **necesario y suficiente** ... *para cumplir con los programas*”, mas no absolutamente todos con los que contara el contratista constructor, interpretación que por sí misma es irrazonable en el contexto de un proyecto que de entrada se tenía presupuestado para ejecutar en un plazo de 21 meses con varios frentes de obra y distintas actividades a realizar. En todo caso, el pliego de condiciones precisó que el contratista era el responsable de definir la suficiencia de equipos en el área de obra, de acuerdo con los métodos constructivos que estimara necesarios y conforme a los diseños que él mismo elaboraba, de modo que la permanencia de los equipos por la cual reclama fue un riesgo que asumió también expresamente a su cargo bajo el negocio jurídico, especialmente cuando en su calidad de diseñador y constructor, debía y estaba a su alcance coordinar los tiempos de ejecución y la maquinaria y equipos necesarios para cada etapa de ejecución.

95. Además, carece de sustento jurídico el argumento central del demandante respecto de los sobrecostos por la ejecución de mayores cantidades de obra, consistente en que “*ante una variación tan significativa de las cantidades de obra, como la que se presentó, no podía la entidad ni la Interventoría pretender que el contrato se cumpliera dentro de los plazos inicialmente establecidos ni en las mismas condiciones económicas originales*”. El contratista no puede desconocer que negoció y pactó libremente con la entidad, a petición suya, 10 adiciones en plazo, pasando de un término inicial de 21 meses, a un total de 43,8 meses, así como también acordó las adiciones al valor del contrato, las ampliaciones del anticipo y las nuevas cantidades a ser ejecutadas, conviniendo con su cocontratante el tiempo y los recursos necesarios para desarrollar la obra ante las dificultades que venía presentando por cuenta de la variación aducida como causante de un desequilibrio, acuerdos que ahora califica de ser irrazonablemente insuficientes ante las cantidades de obra a ejecutar.

96. Lo anterior evidencia que, ante la identificación de las mayores cantidades de obra a ejecutar, al consorcio demandante no se le impuso realizar las obras contratadas sin ajuste alguno en las condiciones iniciales -como incluso era factible



según lo pactado en el contrato- conllevando a que el plazo fuese imposible de cumplir y los pagos resultaran insuficientes; lo que se observa es que las partes de común acuerdo y en ejercicio de la autonomía de la voluntad, definieron las acciones necesarias para garantizar la ejecución del negocio jurídico acordando las nuevas cantidades, prorrogando el plazo de ejecución y adicionando el valor del contrato y el anticipo, sin que el contratista haya discutido la legalidad de estos acuerdos, ni replicado frente a su contenido.

97. Se advierte, igualmente, que la demandante no desconoció la suscripción de las actas de mayores cantidades, ni de las prórrogas y adiciones, como tampoco afirmó la existencia de algún vicio del consentimiento para impugnar su contenido, sino que se limitó a obviar su contenido y alcance, lo que resulta insuficiente para desconocer su voluntad expresada en esos acuerdos y desatender los principios de normatividad e intangibilidad que los ampara.

98. Si bien está acreditado que el contrato requirió la ejecución de mayores cantidades de obra para cumplir con su objeto, no se allegó medio de prueba tendiente a demostrar que tal circunstancia hubiere excedido las vicisitudes y particularidades sobrevinientes propias del negocio jurídico celebrado, ni la experiencia y nivel de conocimiento que como contratista especializado en estos asuntos debían tener los integrantes del consorcio contratista, pues aunque el demandante solicitó la elaboración de un dictamen pericial para tal finalidad, posteriormente desistió de su decreto y práctica. Por otra parte, las modificaciones efectuadas al negocio jurídico evidencian que ante la ocurrencia de las circunstancias descritas por la parte actora y por solicitud suya, se adoptaron las medidas necesarias para superarlas ajustando las condiciones del contrato de común acuerdo.

99. Finalmente, debe indicarse que, en un sistema de pago por precios unitarios, los valores resultantes no son líquidos, ciertos y fijos, como ocurre en los contratos a precio global, sino que se determinan a partir de una fórmula matemática en la que los precios unitarios contenidos en los APU's son una constante y los volúmenes de obra y los montos de la prestación económica son cambiantes. Por ello, resulta impropio afirmar que la modificación de esas variables es una condición imprevisible, extraordinaria y causa *per se* de un desequilibrio económico del negocio jurídico, ya que en este tipo de modelos si se procura demostrar una



sobreviniente ruptura de la conmutatividad obligacional, es preciso atacar y demostrar que los APU's inicialmente pactados, como única condición estática de la fórmula, resultaron insuficientes de forma real y grave de cara a las nuevas circunstancias, con un impacto suficiente para requerir una medida judicial que recomponga el desbalance y los efectos económicos adversos e importantes que sufrió el contratista constructor en su compromiso de cumplir sus obligaciones y satisfacer el interés público subyacente a todo contrato estatal; a pesar de lo anterior, esto no fue alegado ni acreditado por el demandante. En este orden, el aumento de las cantidades de obra no afectó la ecuación financiera del contrato, pues toda actividad adicional ejecutada, era reconocida por la entidad contratante en cada acta de pago por hito terminado conforme a los APU's acordados.

El incremento de los insumos por aumento en el barril del petróleo fue solventado con la fórmula de reajuste pactada

100. El pacto de un sistema de pago por precios unitarios o unidades de obra, no cercena la posibilidad de ocurrencia de riesgos diferentes a la variación de volúmenes de obra que impactan los costos definidos en los APU's, que vienen a ser el único factor constante de la ecuación de ese sistema; tal es el caso de las circunstancias asociadas a los aumentos en precio de materiales, transporte, personal, como los que según afirma el apelante, ocurrieron por el alza desmesurada e imprevista del barril del petróleo, y frente a los cuales la fórmula de reajuste definida en el contrato (cláusula VII, parágrafo II) como método de gestión de este tipo de riesgos resultó insuficiente, dado que se fundó en los Índices de Costos de la Construcción Pesada – ICCP, que no recogió la verdadera incidencia alcista.

101. El ICCP es un instrumento estadístico que permite conocer el cambio porcentual promedio de los precios de los principales insumos requeridos para la construcción de carreteras y puentes. Es calculado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE, mes a mes, para ocho grupos de obra, que representan las actividades o ítems lógicos para la construcción de carreteras o puentes y que pueden agruparse bajo el mismo nombre por efecto de la similitud del proceso y la combinación de factores productivos necesarios para desarrollar cada una de las actividades implicadas. Los precios se toman de una muestra de establecimientos económicos especializados en la venta y prestación



de servicio de alquiler de equipos y suministro de salarios de mano de obra y distribuidores de materiales para la construcción de carreteras y puentes.

102. De este modo, el ICCP genera índices mensuales por grupos de costo (Equipo, Materiales, Transporte, Mano de obra y Costos indirectos) y por grupos de obra (Obras de explanación, Subbases y bases, Transporte de materiales, Aceros y elementos metálicos, Acero estructural y cables de acero, Concretos, morteros y obras varias, Concreto para estructura de puentes y Pavimentaciones con asfalto), con base en el análisis de canastas conformadas por 120 insumos básicos y 170 artículos del nivel flexible en total, necesarios para la construcción de cada obra y bajo la metodología *Laspeyres*, que se calcula como un indicador global resultado de una media ponderada de índices elementales de artículos.

103. Dentro de la estructura de la canasta del indicador, se identifican dos componentes particulares: un nivel fijo y otro flexible, adoptados de la metodología del nuevo Índice de Precios al Consumidor (IPC), donde se toman los indicadores de base fija y al mismo tiempo, se trabajan subcanastas de composición variable, con el fin de actualizarlas periódicamente de acuerdo con los requerimientos propios de la construcción pesada. Así, es un proceso en el que se integran las técnicas, la ingeniería y la estadística que consta de varias etapas y actividades que se resumen en el estudio de documentación de presupuestos de obra, la grabación de presupuestos de obra, la homologación de capítulos, análisis e insumos, la clasificación de presupuestos y la obtención del valor de los insumos.

104. Frente a este instrumento de medición estadística, la parte demandante aseguró que no contempló el real impacto que tuvo el incremento del barril del petróleo, pero no precisó la causa que sustenta su dicho. En este sentido, no explicó ni demostró cuál fue el error en el que incurrió el DANE en los análisis de precios de mercado, construcción de canastas de insumos y definición de variaciones de índices de construcción, como tampoco la mayor onerosidad que el fenómeno alcista presuntamente causó a sus obligaciones. Si bien adujo que ello causó un desbalance de \$1.154'137.904 en detrimento suyo, no explicó el volumen de combustibles, asfaltos y derivados que adquirió y que supuestamente se afectaron con la condición alcista, pues no precisó ni acreditó la época en que los adquirió ni por cuál precio lo hizo, ni aportó comparativos que permitan evidenciar que el alza afirmada fue desproporcionada y atípica. De hecho, el demandante ni siquiera es



claro al precisar en qué momento se presentó el aumento del petróleo que alega y por ende de los insumos, ya que el testimonio del señor Jairo Saleh²², como ingeniero integrante de Saleh Torres Ltda. que intervino en la obra y único medio de prueba relacionado, generalizó y asoció la circunstancia a toda la ejecución del contrato, pero sin ningún asidero documental ni técnico que dote de solidez sus afirmaciones, sin que en el recurso de apelación se hubieren explicado motivos que lleven a convalidar lo dicho por el testigo. En este sentido, el supuesto desbalance por el alza de los combustibles no deja de ser una mera especulación desprovista de prueba.

El régimen de lluvias y alteraciones del orden público no afectó el equilibrio económico del contrato

105. Aunque está probado que se presentaron lluvias y problemas de orden público durante la ejecución del contrato como hechos ajenos o exógenos a las partes, no está acreditada su incidencia en la ejecución del negocio jurídico y que alteraran de manera anormal y grave la ecuación financiera del contrato, haciendo mucho más gravosa su ejecución y tornándolo más oneroso, a tal punto de poner al contratista en situación de pérdida, y que imponga el deber de restablecer la ecuación contractual en su favor (artículo 5 de la Ley 80 de 1993).

106. La certificación del IDEAM de comportamiento de precipitaciones en el período comprendido entre enero de 2006 y 31 de diciembre de 2009 allegado por la demandante²³, y en el cual se exponen los índices de lluvia conforme con la información recolectada en las estaciones del aeropuerto Matecaña, Potreros y Playa Rica, indica que en algunos meses existieron mayores lluvias, mientras que otros enfrentaron un régimen normal o habitual de precipitaciones, con una tendencia más hacia *“lluvias ligeramente por encima de lo normal”*; asimismo, las solicitudes del 16 de mayo y 6 de junio de 2008, evidencian que en la vía que conduce a la Cantera los Cuervos se presentaban condiciones aisladas de inseguridad que estaban afectando la permanencia de los transportadores del proyecto, y que uno de los ingenieros estaba siendo objeto de extorsión por parte de grupos ilegales²⁴.

²² F. 1859 y 1877, c. 1-9.

²³ Fs. 325 a 328, c. 1-1.

²⁴ F. 331 a 333, c. 1-1.



107. Sin embargo, el apelante no explicó, como tampoco probó, cuántos y cuáles días tuvo que suspender las actividades de colocación de base granular que, según afirmó, se truncaron por las condiciones de lluvia, especialmente si las condiciones climatológicas fueron tan adversas como aduce y cuando la certificación allegada del IDEAM no respalda ese dicho. Tampoco expresa el demandante cuántos trabajadores o transportadores renunciaron por cuenta de las condiciones de inseguridad, si es que ello ocurrió, ni si el ingeniero objeto del actuar ilegal dejó de permanecer en el desarrollo del proyecto y cuál fue su impacto en las obras, o si estas condiciones se volvieron a presentar, si eran reiteradas, y si se extendieron por todo el contrato, al menos en lo atinente a los aspectos de inseguridad.

108. En este sentido, aunque se presentaron lluvias y problemas de seguridad - presencia de delincuencia y grupos armados al margen de la ley en la vía a la cantera “*Los Cuervos*”, utilizada por el contratista (f. 331 a 333, c. 1-1) -, y a pesar de que estas circunstancias pudieron representar apuros para el contratista, no se acreditó que las primeras fueran un fenómeno insospechado o inesperado para el contratista, en tanto hubiesen superado los registros históricos en la zona, ni que los segundos se hubiesen presentado de forma permanente, como tampoco se probó el impacto o incidencia que tales circunstancias tuvieron en la ejecución del contrato. La sola presencia de lluvias y de aislados problemas de orden público resultan insuficientes para demostrar que, por cuenta de su ocurrencia en 2008, se afectó todo el cronograma de obras que inició el 28 de diciembre de 2005 y terminó el 22 de septiembre de 2010, y que con ello se generó el reiterado y generalizado retraso que el contratista mantuvo frente a sus obligaciones, mucho menos, demuestran por sí mismas un detrimento económico para el contratista.

109. Adicionalmente, se reitera que a lo largo de la ejecución del proyecto las partes suscribieron, a petición del contratista, 10 prórrogas al plazo, pasando de un término inicial de 21 meses, a un total de 43,8 meses, y 4 adiciones en valor que llevaron el valor del contrato de \$11.746'725.076 a \$20.501'675.095, en los cuales el contratista acordó con el INVIAS las medidas de tiempo y presupuesto necesarias para salir adelante con el proyecto, sin que se hubiesen allegado elementos de juicio para desconocer su contenido y afirmar que los plazos pactados fueron insuficientes para sortear esas dificultades, al paso de justificar sus atrasos y pedir reconocimiento con fundamento en ellas.



110. Así las cosas, carecen de mérito todos los argumentos que sustentan la apelación del demandante, comoquiera que (i) la variación en las cantidades de obra fue un riesgo del que tuvo conocimiento desde que se presentó a licitar, el cual asumió expresamente y una vez suscribió el contrato, derivó para él la obligación de su gestión y mitigación, teniendo que soportar sus efectos; (ii) el aumento del precio de los insumos por alzas del petróleo fue una circunstancia cuyos efectos fueron mitigados a través de las fórmulas de reajuste previstas en el contrato, sin que se hubiese acreditado lo contrario; y (iii) aunque la presencia de condiciones climatológicas adversas y de inseguridad en la zona pudieron representar dificultades para el cumplimiento de las obligaciones del contratista, no hay evidencia de que hubiesen causado un impacto al equilibrio financiero del contrato, a la par de que sus efectos fueron objeto de negociación y acuerdo mediante los contratos adicionales que las partes suscribieron durante la ejecución del contrato.

El oficio 287-IG-73-016 del 26 de enero de 2010 de la interventoría no modificó la extensión del tramo 1 La María - El Español

111. El Tribunal de instancia consideró que el oficio 287-IG-73-016 del 26 de enero de 2010, por el cual la interventoría solicitó al contratista la terminación de la obra en el tramo La María – El Español hasta el K12+400, sí modificó el trazado, restándole 3.9 Km a la extensión inicial que se extendía hasta el K15+990, tal como se desprendía del acta de entrega y recibo final de obra del 22 de septiembre de 2010. Según el *a quo*, ese oficio fue avalado por la Dirección Territorial Risaralda del INVIAS, como consta en el memorando DT-RIS 39371 del 5 de julio de 2011, transcrito en la Resolución 5210 de 2011.

112. Sin embargo, la Sala advierte que le asiste razón al INVIAS, quien calificó en su recurso de apelación como errada esta conclusión, por lo siguiente:

i) El citado oficio 287-IG-73-016 del 26 de enero 2010²⁵ no fue una orden de disminución de la extensión del tramo 1 La María – El Español. Si bien en dicho documento la interventoría solicitó “*enfocar la terminación de la obra de tal manera que el límite de la intervención del tramo La María – El Español sea la abscisa K12+400*”, lo cierto es que tal determinación se adoptó, no con el fin de limitar las

²⁵ F. 354, c. 1-1.



obras, sino con el objetivo de *“garantizar la terminación racional del citado tramo en el sentido de garantizar la funcionalidad de todos los elementos construidos”* y que, al menos hasta ese punto, pudiera ser entregado como unidad de obra funcional, como *“condición sine qua non para efectos de pago (...)”*; teniendo en cuenta que las condiciones operativas, financieras y de plazo no le eran favorables, y que, incluso, estaba pendiente una solicitud del contratista en busca de mayor plazo para la finalización de obras inconclusas no sólo en el tramo 1 citado que era el más crítico, sino en todos los demás.

ii) La Dirección Territorial Risaralda del INVIAS en ningún momento aceptó, convalidó o refrendó una orden inexistente de reducción del tramo 1. Por el contrario, en el memorando DT-RIS 39371 del 5 de julio de 2011 precisó que *“(...) si bien es cierto que existe una comunicación de la interventoría dirigida al contratista en el cual le solicita enfocar la terminación de la obra (...) este debe interpretarse como lo que es, es decir, una instrucción de enfocar la terminación, o sea, invertir preferencialmente los recursos sin pasarse de esta abscisa con el propósito de no dejar a medio construir sectores intermedios que después pudieran por (sic) no haberse pavimentado”*.

iii) En consecuencia, es claro que la instrucción de la interventoría no consistió en una reducción de la meta física de la obra contratada, variando el objeto del negocio jurídico, sino que correspondió a una solicitud al contratista, ante sus retrasos, para que enfocara sus esfuerzos en dejar obras terminadas y funcionales hasta el tramo indicado, en vista de que no alcanzaría a ejecutar la totalidad de las obras objeto del contrato.

113. Debe indicarse además que los acuerdos de voluntades con entidades públicas, así no sean principales sino apéndices o adicionales a uno primigenio, deben constar por escrito con la definición de su contenido y con la rúbrica del representante de la entidad pública y el correspondiente contrayente, conforme exige el artículo 39 de la Ley 80 de 1993; por tanto, un oficio de quien ejerce la interventoría *-que en todo caso no redujo ni modificó la extensión de un tramo del proyecto de infraestructura vial, sino que buscó concentrar los esfuerzos del constructor en dejar culminado al menos un segmento e impedir su pérdida por quedar incompleto-* no cumple con los requisitos que define la ley para que tenga la fuerza convencional de un negocio jurídico adicional y modificatorio del original



suscrito entre el contratista y la entidad contratante, ni siquiera de las cantidades de obra, lo cual era plenamente conocido por el demandante.

114. Respecto de esto último, las partes con antelación al citado oficio habían suscrito sendas actas modificatorias, adiciones e incluso aclaraciones al contrato con el rigor de la norma en cita, luego no puede el demandante derivar de un oficio de la interventoría una reducción del objeto contratado, máxime cuando no tenía esa facultad, pues su función consistió en ejercer la vigilancia y control de la ejecución de las obras, tal como se fijó en la cláusula V del negocio jurídico y como define la ley (artículo 32, inciso segundo del numeral 1 de la Ley 80 de 1993).

El acto administrativo de multa:

115. A través de la Resolución No. 2967 del 18 de mayo de 2009, el INVIAS impuso una multa de \$28'491.565 al Consorcio Progreso Risaralda “(...) *por incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato que condujeron al no cumplimiento del programa de inversiones (...)*” (f. 267 a 298, c. 1-1).

116. En las motivaciones de la decisión, se hizo un recuento de las incidencias del contrato desde su inicio el 25 de diciembre de 2005 y se dio cuenta de las prórrogas de las que fue objeto, los llamados de atención al contratista, las comunicaciones tanto de la consultoría de apoyo a la gestión como de la interventoría del contrato en las que se pusieron en evidencia los atrasos e incumplimientos del contratista y se solicitó reanudar el procedimiento de sanción con base en el incumplimiento en el plan de inversión del contrato, así como los descargos efectuados por este último y sus argumentos de defensa.

117. Se concluyó, luego de todo lo anterior, que los argumentos técnicos esgrimidos por el contratista fueron desvirtuados por la interventoría, la consultoría y la supervisión del contrato y que era evidente la desatención por parte de aquel a las órdenes claras y expresas emitidas por estas últimas en cuanto a los compromisos adquiridos en el contrato y que llevaron al incumplimiento en el Plan de Inversiones del mes de febrero de 2008, incumplimiento que había sido progresivo, al punto que, para el mes de noviembre, el contratista retiró todo el personal y parte de los equipos disponibles, lo que incrementó los atrasos en la ejecución de las obras.



118. Por lo tanto, procedía la imposición de la multa por el incumplimiento del Programa de Inversiones, por el 10% respecto del valor total de las obras dejadas de ejecutar de acuerdo con las obras programadas en el mes correspondiente, según lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 4 de la Resolución 000227 del 26 de enero de 2004 de la entidad, que establece el procedimiento para la imposición de las sanciones y señala las causales y cuantías para hacer efectiva la cláusula de multas. Y concluyó que *“de los conceptos emitidos tanto por la firma interventora, como por la firma Consultora de Apoyo a la Gestión y por el Supervisor del proyecto, permiten determinar que el no cumplimiento de las obligaciones mencionadas, tiene como causa exclusiva la responsabilidad del contratista en el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato No. 1589 de 2005, y que no existieron causales de fuerza mayor o caso fortuito atribuibles a un tercero o a la entidad”*.

119. Mediante Resolución No. 4944 del 20 de agosto de 2009, se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A. y el contratista confirmando la decisión (f. 299 a 324, c. 1-1).

120. El *a-quo* declaró la nulidad del acto de multa por considerar que se vulneró el principio de congruencia, ya que al inicio del procedimiento administrativo se le hicieron cargos al contratista por un hecho, consistente en el atraso en el Programa de Inversiones del mes de febrero de 2008, pero la sanción se impuso por otro hecho, como lo fue el retraso en la obra y deficiencias de personal, maquinaria y transporte de material de arrastre que se prolongó en la ejecución contractual; y que, al cumplirse con el Programa de Inversión de febrero de 2008 antes de imponer la multa -lo que sucedió, según el *a-quo*, porque el valor ejecutado había superado el que se esperaba para ese mes-, el concepto de la sanción ya no existía y esta era improcedente por ser violatoria del debido proceso.

121. La parte demandada, en su recurso, insistió en que tanto la consultoría, como la interventoría y el supervisor del contrato recomendaron continuar con el procedimiento sancionatorio, por considerar que persistía el incumplimiento del contratista respecto del Programa de Inversión del mes de febrero de 2008 y sus descargos fueron insuficientes para desvirtuarlo.

122. Al respecto, observa la Sala que la potestad de imponer multas fue introducida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, habilitación legal de carácter retrospectivo



que también otorgaba a la entidad esa herramienta, previa garantía del debido proceso²⁶. En el negocio jurídico celebrado por las partes, expresamente se estipuló la facultad de la entidad contratante de imponer sanciones pecuniarias al contratista en caso de incumplimiento parcial y/o retraso en la ejecución del contrato de obra, en los siguientes términos (f. 59, c. 1):

CLAUSULA DECIMA CUARTA: MULTAS.- EL INSTITUTO impondrá sanciones al CONTRATISTA a título de multa, por las causales y montos previstos en la Resolución No. 000227 del 26 de enero de 2004 expedida por el INSTITUTO. Así mismo, el incumplimiento o la mora en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas en este contrato, en el Pliego de Condiciones de la Licitación o en la propuesta del CONTRATISTA, diferentes a las expresamente señaladas en la citada Resolución, causará multas en contra del CONTRATISTA por el monto establecido en el artículo 8º de la misma Resolución (...), salvo que expresamente se haya pactado un monto superior (...).

123. De acuerdo con la cláusula contractual, las sanciones a título de multa que podría imponer el INVIAS se regían por lo dispuesto en la Resolución No. 000227 de 2004²⁷, la cual, en su artículo 4 estableció:

ARTÍCULO 4. *En los contratos de obra que celebre el Instituto Nacional de Vías, la Cláusula de Multas se referirá a los incumplimientos y cuantías señaladas a continuación:*

²⁶ “**Artículo 17. Del derecho al debido proceso.** El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. *La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

Parágrafo transitorio. *Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.*

²⁷ Aunque el 13 de agosto de 2007 el INVIAS expidió la Resolución 03262, “*Por la cual se establece el procedimiento para imposición de sanciones y se señalan las causales y cuantías para hacer efectiva la cláusula de multas en los contratos celebrados por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS*”, su artículo décimo primero dispuso que los montos de las sanciones de dicha resolución regían para los contratos que celebrara la entidad a partir de la fecha de su publicación; y que las sanciones establecidas en la Resolución No. 00227 de 2004 se mantendrían vigentes para los contratos celebrados y procesos contractuales adelantados antes de la vigencia de la Ley 1150 de 2007. Consultada en: <https://www.invias.gov.co/index.php/normativa/477-resolucion-n-03662-del-13-de-agosto-de-2007-1/file>



(...)

7. Por el incumplimiento del programa de inversiones, el 10% respecto del valor total de las obras dejadas de ejecutar de acuerdo con las obras programadas en el mes correspondiente (...)²⁸.

124. Así mismo se observa que, en el informe mensual correspondiente al mes de febrero de 2008, presentado al INVIAS por el interventor del contrato, Compañía Colombiana de Consultores S.A., se registró que, de la información suministrada en dicho informe, se pudo concluir que “(...) *en Febrero de 2008 se ejecutó el 57.09% del valor programado*” (f. 1538 vto., c. 1-7).

125. De acuerdo con lo relatado en la solicitud de sanción elevada al INVIAS por la consultoría de apoyo el 10 de marzo de 2008²⁹, el 25 de febrero del mismo año ésta recibió comunicación del interventor³⁰ en la que le recordaba que, mediante oficio No. 24802-41-024699 del 27 de agosto de 2007, ya la interventoría había solicitado la iniciación de un proceso de sanción al contratista por incumplimiento del plan de inversiones del Contrato 1589 de 2005³¹, a pesar de lo cual, la reacción del consorcio había sido inefectiva, pues el retraso en dicho plan continuaba incrementándose y el ritmo de ejecución de los trabajos no sólo no mejoraba sino que decaía, como se podía advertir en los informes semanales presentados en los respectivos comités.

126. Adujo el interventor que, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 03662 del 15 de agosto de 2007, una de las causales de multa contempladas era “*Por el incumplimiento en el programa de inversiones, el 10% respecto del valor total de las obras dejadas de ejecutar de acuerdo con las obras programadas en el mes correspondiente*”.

²⁸ Visible en: <https://www.invias.gov.co/index.php/normativa/resoluciones-circulares-otros/176-resolucion-no-227>

²⁹ F. 1396, c. 1-6 y Documento P 2500-Z2-132-5785-08.PDF, en “Carpeta Correspondencia Enviada”, CD visible a f. 1781, c. 1-8.

³⁰ Visible en f. 1398 vto., c. 1-6.

³¹ Obra comunicación del contratista del 22 de octubre de 2007 dirigida al coordinador Plan 2500 de INVIAS, en la cual presenta sus descargos en relación con el atraso en el cumplimiento del programa de obra, alegando circunstancias adversas que debió enfrentar en materia de clima, la financiación del contrato, el cambio de directrices para el trámite y pago de actas, la afectación del rendimiento por los días festivos, la disponibilidad de equipos de transporte, etc. (Oficio INVIAS-1589 de 2005-CPR-CD-OBRA-348-2007, en “Carpeta Correspondencia Enviada”, documento 132-8115-07.PDF, CD visible a f. 1781, c. 1-8).



127. Agregó que, precisamente, la sección de “Observaciones” del informe semanal de interventoría del 18 de febrero de 2008, describió el incumplimiento del programa por parte del consorcio, y consignó que de acuerdo con la programación vigente, para la segunda semana del mes de febrero de 2008 se tenía programada una inversión de \$13.136 millones de pesos (81,65%) y se habían ejecutado 9.341 millones de pesos (58,07%) del valor del contrato, incluyendo las adiciones aprobadas, con lo que se tenía un atraso acumulado de 3.794 millones de pesos, que correspondían al 23,59% con respecto a lo programado; y que los mayores atrasos se presentaban en el Tramo 1 con 1.517 millones de pesos, el Tramo 2 con 303 millones de pesos, el Tramo 3 con 444 millones de pesos y el Tramo 4 con 1.538 millones de pesos de retraso. En esas condiciones -según el interventor-, era claro que en ese momento el consorcio tenía retrasos en todos los tramos intervenidos y no terminados, lo que no sucedía en el mes de agosto del año anterior, cuando se solicitó por primera vez la iniciación de un proceso de sanción, lo que era indicativo de que, desde entonces, se habían deteriorado aún más las condiciones de ejecución del contrato debido al inexorable incremento de rutas críticas que era necesario manejar en forma simultánea; a lo que cabía agregar que, aún en el plan de contingencia presentado por el contratista a fines del mes de enero, ya se evidenciaba también un retraso. En consecuencia, solicitó a la consultoría de apoyo la iniciación de otro proceso de sanción al Consorcio Progreso Risaralda.

128. La consultoría estuvo de acuerdo con el interventor y, mediante la referida comunicación le manifestó al INVIAS que era procedente la iniciación del proceso sancionatorio por el desequilibrio en el nivel de ejecución de la obra con respecto a lo programado para la semana 112, del 11 al 17 de febrero de 2008, presentándose un atraso en el Programa de Inversiones.

129. El 30 de mayo de 2008, la consultoría de apoyo le recomendó al INVIAS continuar adelantando el proceso de sanción, por cuanto de acuerdo con informe de interventoría, de la evaluación de la ejecución de la obra que se efectuó el 16 de mayo de 2008, el desempeño del constructor no reflejaba una reacción que hubiera contribuido a la disminución del retraso acumulado y según lo que venía ejecutando mensualmente el contratista, no se percibía que en tales condiciones pudiera cumplir con la entrega del 100% de las obras dentro del plazo contractual (f. 1416, c. 1-7).



130. En oficio del 4 de junio de 2008 enviado por el consultor al INVIAS, le reiteró que, mediante comunicación P2500-Z2-132-6310-08 radicado INVIAS 32763 del 30 de mayo de 2008, había señalado la conveniencia de continuar con el proceso de sanción solicitado ante el INVIAS, teniendo en cuenta las conclusiones presentadas por la interventoría como consecuencia de la evaluación de la ejecución de la obra, efectuada el 16 de mayo³².

131. El 13 de junio de 2008, el INVIAS le solicitó al contratista presentar descargos frente a la posible causal de incumplimiento que se le atribuyó en la solicitud de sanción presentada por la consultoría de apoyo a la gestión Consorcio Zona 2 Centro-Occidente -comunicación P2500-Z2-132-5785-08, radicado INVIAS 14413, del 11 de marzo de 2008-, por incumplimiento del Programa de Inversión en el contrato de obra 1589 de 2005, hecho constitutivo sustentado tanto en esta solicitud, como en el oficio anexo 248-0294-025388 del 25 de febrero de 2008 del interventor Compañía Colombiana de Consultores S.A., en el que también pidió a la entidad iniciar el proceso de sanción³³.

132. El 24 de julio de 2008, la consultoría se pronunció sobre los descargos que presentó el contratista dentro del proceso de sanción que se adelantaba en su contra, desestimando los argumentos allí aducidos³⁴, en especial los referentes a la insuficiencia de las prórrogas del contrato de cara a los recursos que le fueron adicionados, pues lo cierto es que se produjeron a través de acuerdos de voluntades suscritos por las partes, quienes los asumieron libremente; además, el procedimiento sancionatorio se originó por el retraso en el Programa de Inversiones, según el informe presentado por la interventoría el 18 de febrero de 2008, en el que señaló las razones de dicho incumplimiento; desestimó así mismo los argumentos del contratista en cuanto a la ilegalidad de la Resolución 00227 de 2004 del INVIAS, que contempla la posibilidad de la entidad para incluir en sus contratos la facultad de imposición unilateral de multas y el de falta de competencia de la entidad para imponerlas; y en cuanto a la naturaleza de la multa que se pretendía imponer, concluyó que era conminatoria y, por lo tanto, una vez se hubiera subsanado el

³² Oficio P2500-Z2-132-6332-08, en “Enviada”, “Correspondencia Zona 2 Grupo 73, CD visible a f. 1800, c. 1-8.

³³ Folio 297, carpeta “contrato 1589-2005 correspondencia”, CD remitido por la entidad demandada a solicitud del tribunal, visible a f. 1785, c. 1-1.

³⁴ Los descargos del contratista se encuentran en oficio INVIAS 1589-2005-54-2008 del 2 de julio de 2008. Folio 330 de la carpeta “contrato 1589-2005 correspondencia”, CD remitido por la entidad demandada a solicitud del tribunal, visible a f. 1785, c. 1-1 y f. 252, c. 1-1.



incumplimiento, no procedía la imposición de la multa. En el presente caso, consideró que era necesario revisar si en ese momento el contratista se encontraba incumpliendo con el Programa de Inversiones, de acuerdo con lo presentado en la segunda semana de febrero de 2008, frente a lo cual estableció que, a la fecha, el contratista presentaba un atraso únicamente en los Tramos 1 y 4; sin embargo, la consultoría consideró que era necesario darle un compás de espera de dos meses, pues se había proyectado junto con la interventoría y el contratista un nuevo Programa de Inversiones para la ejecución de la obra y financieramente el contratista estaba recobrando el nivel de liquidez adecuado para continuar con las obras y el INVIAS había prorrogado el plazo contractual hasta el 15 de noviembre de 2008³⁵.

133. Mediante oficio del 16 de septiembre de 2008, el consultor efectuó la recomendación al INVIAS de continuar con el proceso de multa al contratista por incumplimiento en el Programa de Inversión, entre otras cosas, por el incumplimiento advertido por parte de la interventoría respecto de los últimos compromisos adquiridos por el contratista para reforzar la ejecución de las obras y así poder terminirlas dentro del plazo contractual, lo que no se percibía como factible, por lo que también manifestó que, frente a esta situación, la entidad contaba con diversos mecanismos sancionatorios a los que podía acudir³⁶.

134. En el mes de diciembre de 2008, la consultoría dirigió comunicación al INVIAS en la que se refirió a una nueva solicitud de sanción al contratista que fue presentada por la interventoría, en vista de los continuos retrasos presentados en el cumplimiento del Programa de Inversiones del contrato³⁷. En dicha comunicación, el consultor incluyó un cuadro elaborado por la interventoría en el que se relacionaron los incumplimientos presentados desde febrero hasta noviembre de 2008 respecto del referido programa, consignando, respecto del mes de febrero, lo siguiente³⁸:

³⁵ Visible a f. 1418, c. 1-7 y en Documento P2500-Z2-132-6748-08, en “Carpeta Correspondencia Enviada”, CD visible a f. 1781, c. 1-8.

³⁶ Visible en f. 1426, c. 1-7 y en Oficio P2500-Z2-132-7033-08, en “Enviada”, “Correspondencia Zona 2 Grupo 73, CD visible a f. 1800, c. 1-8.

³⁷ Esta nueva solicitud de sanción se refirió a incumplimientos del Programa de Inversiones en los meses de abril, mayo, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2008, respecto de la cual se inició el procedimiento y se recibieron descargos del contratista, pero dicho procedimiento sancionatorio se cerró y archivó por el INVIAS a solicitud de la interventoría el 9 de junio de 2010, según le fue informado en oficio de esta misma fecha al contratista (f. 334, c. 1-1).

³⁸ Visible a f. 1429, c. 1-7 y en Oficio P2500-Z2-132-7514-08, en “Enviada”, “Correspondencia Zona 2 Grupo 73, CD visible a f. 1800, c. 1-8.



MES		PROGRAMADO (Valor básico)	EJECUTADO (Valor básico)	SIN EJECUTAR	SANCIÓN (10% SIN EJECUTAR)
FEBRERO	DE	\$597.501.517	\$312.585.866	\$284.915.651	\$28.491.565
2008					

135. Y concluyó: *“De acuerdo con lo expuesto, esta Consultoría se permite recomendar al INVIAS continuar con el proceso de sanción contra el Contratista Consorcio Progreso Risaralda, dado que de acuerdo con la información suministrada por la Interventoría, continúa el incumplimiento en el Programa de Inversión a febrero 28 de 2008. Así mismo, el Contratista no presentó pruebas contundentes que demuestren el cumplimiento de dicho Programa de Inversiones o que señalen que el incumplimiento se debe a causas no imputables al Contratista”.*

136. De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que en la Resolución No. 02967 del 18 de mayo de 2009 por medio de la cual se impuso multa al contratista, consta, en su parte resolutiva, que su monto ascendió a \$28'491.565, es claro que correspondió exclusivamente a la sanción del 10% de lo que se dejó de ejecutar en el mes de febrero de 2008 (f. 297, c. 1-1).

137. En consecuencia, contrario a lo afirmado por el *a-quo*, no se vulneró el principio de congruencia, pues el procedimiento administrativo se inició por incumplimiento en el Programa de Inversiones de febrero de 2008 y el hecho constitutivo de la sanción pecuniaria fue este mismo, lo que hacía procedente la imposición de la multa en el porcentaje previsto por la Resolución 227 de 2004.

138. Ahora bien, lo que se observa de la correspondencia cruzada entre la consultoría, la interventoría, la entidad contratante y el contratista en torno al tema de la multa, es que se le dieron oportunidades a este último para mejorar el rendimiento en la ejecución de las obras y, por ende, se suspendió el procedimiento sancionatorio con miras a permitirle cumplir en debida forma, lo que no sucedió pues persistieron los atrasos, y ello dio lugar a que tanto la interventoría como la consultoría le recomendaran a la entidad la continuación de dicho procedimiento y la imposición de la sanción pecuniaria al contratista por haber incumplido el Programa de Inversión del mes de febrero de 2008, que fue el hecho generador de la misma.



139. Por lo anterior, no le asiste razón al *a-quo* cuando afirmó que el acto administrativo de multa se produjo cuando el contratista ya había superado el atraso cuestionado, dado que este hecho en realidad no se concretó, a tal punto que el plazo del contrato se venció sin que la obra se hubiera completado, lo que dio lugar a la declaratoria de incumplimiento definitivo del contratista.

140. Como tampoco resulta admisible el argumento de que la sanción se produjo por hechos diversos, como fue el retraso en la obra y deficiencias de personal, maquinaria y transporte de material de arrastre que se prolongó en la ejecución contractual, pues la mención que se hizo en el acto administrativo de estas circunstancias, obedeció a la argumentación que le brindó soporte a la decisión sancionatoria, al evidenciar las graves consecuencias de la omisión reprochada al contratista en relación con el incumplimiento del Programa de Inversión, concretamente, del mes de febrero de 2008.

141. Por las anteriores razones, la Sala considera que, en realidad, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo de multa contenido en las Resoluciones No. 2967 del 18 de mayo y 4944 del 20 de agosto de 2009, razón por la cual la decisión anulatoria deberá ser revocada y la subsistencia del acto de multa se tendrá en cuenta para las demás determinaciones de la presente providencia, en especial la concerniente a la liquidación del contrato.

La persistente falsa motivación de las Resoluciones 592 y 5210 de 2011

142. Las citadas Resoluciones integraron un solo acto administrativo por medio del cual el INVIAS: ⁽ⁱ⁾ declaró ocurrido el siniestro de incumplimiento definitivo por obras pendientes por ejecutar en cuantía equivalente a \$4.191'625.843, con base en lo cual cobró por cláusula penal \$419'162.584,30, equivalente al 10% de aquella suma; ⁽ⁱⁱ⁾ declaró ocurrido el siniestro de indebido manejo e inversión del anticipo por valor de \$4.509'947.052,40, como monto que el contratista dejó de amortizar; y ⁽ⁱⁱⁱ⁾ ordenó al Consorcio Progreso Risaralda el pago de estas sumas o en su defecto, el descuento de las cuentas por pagar a su favor, o la exigencia de su pago a la Compañía de Seguros Condor S.A.

143. De conformidad con el acta final de entrega y recibo de obra del 22 de septiembre de 2010 (f. 839, c. 1-4), quedaron pendientes en el TRAMO 1 los hitos 10



y 11, además de la intervención completa de la abscisa K12+400 hasta la abscisa K15+990, la construcción y reconstrucción de pocetas, instalación de tuberías y construcción de estructuras de contención, la construcción de tuberías de encole y descole, la instalación de geodren, la construcción de gaviones y disipadores de energía en descole, aletas de entrada, la instalación de defensas metálicas en todo el tramo; en el TRAMO 3 quedó pendiente la instalación de defensas metálicas y señales verticales en todo el tramo, y en el TRAMO 4, la demarcación e instalación de defensas metálicas y señales verticales en todo el tramo. Por tanto, el incumplimiento en que incurrió el contratista es evidente y sin lugar a duda fue definitivo, comoquiera que el plazo, con todas las prórrogas suscritas, venció el 20 de julio de 2010 sin que hubiese culminado las obras contratadas; asimismo, según la citada acta, se entregó al contratista a título de anticipo \$8.731'226.971, de los cuales amortizó \$4.209'291.680,00.

144. Ahora bien, según el oficio de interventoría 284-0072010 del 6 de septiembre de 2010³⁹, el equivalente en valor total de las obras pendientes por ejecutar fue de \$4.260'038.790, de acuerdo con lo siguiente:

TRAMO 1	\$3.598'600.712
TRAMO 2	\$12'596.454,68
TRAMO 3	\$41'012.350,00
TRAMO 4	\$595'922.053,45
TRAMO 5	\$11'907.219,40

145. Al respecto, se advierten las siguientes inconsistencias: ⁽ⁱ⁾ existe una discordancia entre el valor total definido por la interventoría -\$4.260'038.790- y el tenido en cuenta por la entidad -\$4.191'625.843- (f. 673, c. 1-3) frente al total de las obras pendientes por ejecutar, sin ningún motivo que lo justifique o explique; ⁽ⁱⁱ⁾ no hay correspondencia entre el resultado de la diferencia de lo recibido y amortizado por concepto de anticipo según la correspondiente operación aritmética (\$4.521'935.291)⁴⁰ y el valor que tuvo en cuenta la entidad (\$4.509'947.052,40), sin

³⁹ Mencionado en la Resolución 00592 del 14 de febrero de 2011, por medio de la cual se declaró el incumplimiento definitivo del contrato, f. 672, c. 1-3.

⁴⁰ En la Resolución de incumplimiento se expuso que el valor total concedido por concepto de anticipo fue de \$8.731'226.970 (f. 671, c. 1-3), que coincide con el plasmado en el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Obra del 22 de septiembre de 2010 (f. 936, c. 1-4); mientras que, en relación con el anticipo pendiente por amortizar, en el referido acto administrativo se dijo que fue de



que se explique el motivo de tal condición (f. 674, c. 1-3); y, ⁽ⁱⁱⁱ⁾ carece de fundamento que se cobren sumas de dinero por los tramos 2 y 5, cuando en el acta de recibo final de obra no se relacionó ninguna de ellas pendiente, luego sólo se puede tomar el valor de las obras que está acreditado efectivamente faltaron de los tramos 1, 3 y 4⁴¹ (\$4.235'535.115).

146. En consecuencia, el valor real total de obras no ejecutadas y del siniestro por incumplimiento fue de \$4.235'535.115, luego el valor a cobrar por la cláusula penal, tasada en un 10% del valor de las obras pendientes de ejecutar debió ser de \$423'553.511, mientras que el valor pendiente de amortizar y, por ende, del siniestro por indebido manejo e inversión del anticipo, debió ser de \$4.521'935.290, por lo

\$4.509'947.052,40 (f.678, c. 1-3), cuando en el acta de entrega se registró como valor amortizado \$4.209'291.680, dando una diferencia de \$4.521'935.291 (f. 936, c. 1-4).

⁴¹ En el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de la Obra, se registró (F. 938, C. 1-4):

“OBRAS POR TERMINAR

TRAMO I LA MARÍA – EL ESPAÑOL

HITO 10 K10+400-K11+400

K10+362	CONSTRUIR POCETA
K10+680	INSTALAR TUBERÍA DE 39” Y CONSTRUIR ESTRUCTURA DE CONTENCIÓN COSTADO DERECHO.
K10+780	CONSTRUIR ESTRUCTURA DE ENCOLE Y DESCOLE
K10+760 – K10+802	INSTALAR GEODREN
K10+975	RECONSTRUIR POCETA DE ENCOLE L I

HITO 11 K11+400-K12+400

(ilegible)	CONSTRUCCIÓN DE OBRA PARA CONTENCIÓN DE LA VIA A LADO DERECHO
(ilegible)	CONSTRUIR ESTRUCTURA DE CONTENCIÓN DE LA VÍA, COST. DER.
(ilegible)	CONSTRUIR GAVIONES Y CANAL DISIPADOR DE ENERGÍA EN DESCOLE
K11+807	CONSTRUIR CANAL DISIPADOR DE ENERGÍA EN DESCOLE
K12+000	CONSTRUIR ESTRUCTURA DE CONTENCIÓN DE LA VÍA, COST. DER. Y ALETAS DE ENTRADA AL COST. IZQ.
K12+120	CONSTRUIR OBRA PARA CONTENCIÓN DE LA VÍA LA (sic) LADO DERECHO (OPCIÓN, MODIFICAR EJE VÍA).

HITO DE Señalización

K8+400-K9+400 DEMARCACIÓN E INSTALACIÓN DE SEÑALES VERTICALES
INSTALAR DEFENSAS METÁLICAS EN TODO EL TRAMO

TRAMO 3 LIBARE – SAN José (sic)– LA FLORIDA

HITO DE Señalización

INSTALAR DEFENSAS METÁLICAS Y SEÑALES VERTICALES EN TODO EL TRAMO

TRAMO 4 PLAYARICA – SANTA ANA BAJA – LA Unión

HITO DE Señalización

K1+000-K3+700 DEMARCACIÓN E INSTALAR DEFENSAS METÁLICAS Y SEÑALES VERTICALES EN TODO EL TRAMO.



que es procedente modificar el ordinal 2 de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 592 y 5210 de 2011, por la discordancia o falsa motivación respecto de las condiciones económicas en las que se fundaron, únicamente en relación con los valores señalados, pues los incumplimientos por falta de ejecución de obras y de amortización del anticipo que dieron lugar a la declaratoria de los respectivos siniestros amparados mantienen su legalidad.

La liquidación del contrato 1589 de 2005

147. Las modificaciones a la sentencia de instancia que se han determinado en los puntos anteriores tienen impacto en el balance general del contrato en controversia, teniendo en cuenta que: i) la multa impuesta mediante las resoluciones 2967 y 4944 de 2009 por incumplimiento parcial persiste, en cuanto no se desvirtuó la presunción de legalidad que las cubre, según las consideraciones antes efectuadas; y (ii) los valores asociados a la cláusula penal por incumplimiento definitivo y por falta de amortización del anticipo son diferentes a los señalados en las Resoluciones 592 y 5210 de 2011, pese a que no existió reducción del tramo 1 La María – El Español.

148. Si bien el *a quo* consideró que las “*CANTIDADES DE OBRA EJECUTADA DE LOS PILOTES (D=1,2M Y D=0,30M) CONSTRUIDOS EN LOS TRAMOS 1 Y 4, LA CONFORMACIÓN DE BOTADEROS, ÍTEMS NO TIENEN PRECIO UNITARIO*”, que se dejaron consignadas en el acta final de entrega y recibo de obra fueron estimadas por el contratista en \$374’787.500, según alegó en el trámite sancionatorio que culminó con las Resoluciones 592 y 5210 de 2011, lo cierto es que le asiste razón al INVIAS en cuanto a que es una suma que se encuentra desprovista de respaldo, pues el solo dicho del contratista carece de mérito probatorio suficiente para tenerlo en cuenta en la liquidación final, sin que hubiese allegado o solicitado algún medio de prueba para acreditar el valor de esas obras.

149. Adicionalmente, hay lugar a incluir las condenas en contra del INVIAS con ocasión de las demandas laborales presentadas en su contra, comoquiera que derivaron de la desatención de las obligaciones del contratista de responder por los pagos de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores que participaron en el contrato, con fundamento en la cláusula de indemnidad prevista en el pliego de condiciones (numeral 5.27), que le imponía al contratista la obligación de



mantener a la entidad libre de reclamos, demandas, acciones legales y costos surgidos por daños a subcontratistas, terceros o proveedores. Si bien algunas condenas ya fueron pagadas y otras no, las segundas son igualmente incluibles en la liquidación comoquiera que se encuentran en trámite cobros ejecutivos judiciales exclusivamente en contra del INVIAS, o ya se profirieron las resoluciones ordenando el pago, teniendo en cuenta las piezas documentales allegadas en el término de admisión de los recursos de apelación en esta instancia⁴², que fueron integradas al plenario como pruebas en auto del 16 de noviembre de 2021 (f. 2076, c. ppl) y que corresponden a las providencias dictadas por distintas autoridades judiciales por demandas laborales contra INVIAS. Las condenas son del siguiente orden:

Condena impuesta solidariamente al INVIAS y a los integrantes del consorcio contratista en el proceso 2013-00025-00, mediante sentencias del 11 de marzo de 2015 y 26 de julio de 2016, a favor de Jesús Murcia Rodríguez, John Fredy García García y Duverney Sánchez Quintero, por la cual la entidad fue la única demandada y ejecutada judicialmente en el proceso 2017-00372-00. Respecto de esta condena, obra la Resolución No. 2841 del 23 de noviembre de 2020 expedida por el INVIAS, por medio de la cual se reconoció la suma de \$144.057.524,94 a favor de las mencionadas personas.

Condena impuesta solidariamente al INVIAS y a los integrantes del consorcio contratista, en el proceso 2011-00355-02, mediante sentencias del 3 de junio de 2015 y 27 de octubre de 2016, a favor de Francisco Ardila Mejía y Luis Gañan Andica, por la cual la entidad fue única demandada y ejecutada judicialmente en el proceso 2018-00008-00 por valor de \$169'716.869.

Condena impuesta solidariamente al INVIAS y a los integrantes del consorcio contratista, en el proceso 2013-00122-02, mediante sentencia del 13 de julio de 2015 -confirmada por el tribunal superior del distrito de Pereira, Sala Laboral No. 1-, a favor de Heriberto Arango, José Ortiz, Gilmer Valencia, Alix Jiménez, Jorge Valencia, José Londoño, Gloria Rodríguez, Ricardo Montoya y Sonia Herrera, por la cual la entidad ordenó mediante Resolución 6102 del 13 de noviembre de 2019, el pago total de \$146'280.002,47.

⁴² Copia de las providencias judiciales proferidas por la justicia laboral en procesos ordinarios y los consiguientes ejecutivos así como demás documentos aquí citados, se encuentran en el índice No. 7 del aplicativo Samai, archivo: "10recibememorialesporcorreoelectronico_solicitudpruebas2012032".



150. A pesar de que el INVIAS refirió también a la existencia de otros procesos ordinarios laborales cuyas cuantías debían tenerse en cuenta, no allegó los soportes probatorios que demuestren que en ellos hubiere sido condenada con efectos de cosa juzgada, de modo que la inclusión se limita a los procesos atrás citados.

151. Como consecuencia, se modificará el numeral 4 de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que el cruce definitivo de cuentas del contrato 1589 de 2005 arroja como valor final a favor de la entidad contratante CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS 41/100 PESOS M/CTE (\$5.434'034.762,41) con base en lo indicado y en los conceptos y valores definidos en el acta final de entrega y recibo de obra del 22 de septiembre de 2010, como sigue:

CONCEPTO	VALOR
TOTAL EJECUTADO INCLUIDO IVA	\$15.972'995.644,18
TOTAL, PAGADO EN ACTAS INCLUIDO IVA	\$- 14.932'166.488,20
MULTA POR INCUMPLIMIENTO PARCIAL (Res. 2967 y 4944 de 2009)	\$-28'491.565.00
CLÁUSULA PENAL POR INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO	\$-423'553.511
TOTAL PENDIENTE POR AMORTIZAR	\$-4.521'935.290
TOTAL CONDENAS IMPUESTAS CONTRA INVIAS	\$ -460'054.396,41
TOTAL A PAGAR POR EL CONTRATISTA	\$5.434'034.762,41

152. Se advierte además, que el anterior valor será actualizado desde la fecha de la sentencia de primera instancia, con el fin de que sea expresado en valor presente, utilizando para ello la fórmula usualmente aplicada por esta Corporación: VA (valor actualizado) = VH (valor histórico) * índice final (IPC enero de 2025)/índice inicial (IPC septiembre de 2020), lo que arroja un valor de \$ 7.547.471.209,56, como resultado de la siguiente operación: 5.434'034.762,41 *146,24 /105,29.

153. No sobra precisar que el valor total a pagar por el contratista, que viene de exponerse, corresponde a la liquidación final del contrato 1589 de 2015 que solicitó se efectuara judicialmente conforme a lo probado en el proceso.

Costas

154. En consideración a que este proceso se rige por el artículo 188 del CPACA,



adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en armonía con el artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala condenará en costas al consorcio demandante en la medida en que fracasaron los cargos de apelación que formuló, mientras que los presentados por el INVIAS prosperaron parcialmente. Dicha condena no requiere la apreciación o calificación de una conducta temeraria, sino la verificación objetiva de quién resultó vencido.

155. La liquidación de las costas se debe adelantar 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.

156. En consecuencia y con fundamento en el numeral 3.1.3. del artículo 6 del Acuerdo No. 1887 expedido el 26 de junio de 2003 por el Consejo Superior de la Judicatura⁴³, se fija como agencias en derecho en esta instancia la suma equivalente al 0,5% del valor de la liquidación judicial del contrato, esto es la suma de \$27'170.173,81, a cargo de los integrantes del consorcio de forma solidaria y a favor del Instituto Nacional de Vías INVIAS -cuyo recurso de apelación prosperó parcialmente-, en virtud de la gestión procesal de su apoderado en esta instancia.

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 la sentencia del 18 de septiembre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió parcialmente a las pretensiones formuladas por Cubides & Muñoz Ltda., LAVICON Ltda. y Edgar Alonso Castro Lizarralde como integrantes del Consorcio Progreso Risaralda, en contra del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, la cual quedará así:

1. DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 592 del 14 de febrero de 2011, expedida por el Coordinador del Programa de Pavimentación de Infraestructura Vial de Integración y Desarrollo Regional - Plan 2500- INVIAS por la cual se declara el ocurrido el siniestro de incumplimiento definitivo del contrato de obra No. 1589 de 2005, suscrito con EL CONSORCIO PROGRESO

⁴³ “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO // “3.1.3. Segunda instancia. // (...) **Con cuantía:** Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”.



RISARALDA, se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria y se declara el siniestro de anticipo' y de la Resolución No. 05210 del 5 de octubre de 2011, proferida por la Oficina Jurídica del Instituto Nacional de Vías INVIAS 'por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 0592 del 14 de febrero de 2011 que declaró el incumplimiento definitivo del contrato No. 1589 de 2005' únicamente en cuanto a los valores tenidos en cuenta para la declaratoria del siniestro por incumplimiento y por indebido manejo e inversión del anticipo, así como de la cláusula penal pecuniaria, sin perjuicio de la validez de los motivos allí expuestos por la entidad, conforme con las razones expresadas en la parte considerativa de la presente sentencia.

2. Con la presente sentencia se entiende liquidado el contrato de obra 1589 de 2005 objeto del presente proceso, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y el Consorcio Progreso Risaralda, lo cual arroja un valor, en favor de la entidad contratante, de SIETE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL DOSCIENTOS NUEVE 56/100 PESOS M/CTE (\$7.547'471.209,56).

3. NEGAR LAS DEMÁS SÚPLICAS DE LA DEMANDA, por las razones expuestas.

4. Sin condena en costas en esta instancia, por lo considerado".

SEGUNDO: Condenar en costas de la segunda instancia al consorcio demandante. Fijar como agencias en derecho la suma de \$27'170.173,81 a cargo de los integrantes del consorcio demandante, de forma solidaria, a favor de la entidad demandada.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado Electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
Aclaración de voto

Firmado Electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Salvamento parcial de voto

VF