



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

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

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicación: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES -
ICEIN S.A.
Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS

Temas: ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO – concepto y causas de ruptura del equilibrio financiero del contrato. CONTRATOS CELEBRADOS BAJO EL MARCO DEL DECRETO 197 DE 1999 - se rigen por el derecho privado – el restablecimiento del equilibrio económico se aborda de conformidad con el artículo 868 C.Co. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – en el derecho privado. DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – concepto – causas de ruptura de la ecuación financiera en contratos sujetos a la Ley 80 de 1993. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN – presupuestos – las circunstancias en que se fundamenta deben ser sobrevinientes y ajenas a las partes – aplicación en contratos sujetos al derecho privado. CONTRATO DE OBRA – modalidades de pago – contrato a precios unitarios fijos – ajuste de precios - fluctuación en los precios y riesgos asumidos por las partes en contratos regidos por el derecho común. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS – riesgo inflacionario – cláusula de precio fijo en la contratación privada – no son aplicables las normas de la Ley 80 de 1993. DICTAMEN PERICIAL – Tiene por finalidad la verificación de hechos que interesan al proceso y requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos – Debe estar debidamente fundamentado y no puede versar sobre puntos de derecho. OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL – Procede por error grave – Casos en que se configura.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 29 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se declaró el rompimiento del equilibrio económico del Contrato I.N.V. No. 904 del 22 de diciembre de 1999 y se condenó al INVIAS al pago de \$622.286.439 a favor del contratista, por concepto de restablecimiento de la ecuación económica del mismo.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El Instituto Nacional de Vías - INVIAS y la sociedad Ingenieros Constructores e Interventores - ICEIN LTDA, actualmente Ingenieros Constructores e Interventores



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

– ICEIN S.A., celebraron el Contrato de obra No. I.N.V. 904-99 con el fin de realizar la *“CONSTRUCCIÓN DEL TERCER CARRIL DEL PR17+500 AL PR21+600 MANTENIMIENTO Y REFUERZO DEL PAVIMENTO EXISTENTE DEL PR14+000 AL PR21+600 DE LA CARRETERA LA PAILA-ARMENIA.”*

El demandante afirma que el asfalto es un insumo que se utilizó en la ejecución de cuatro ítems del contrato, denominados mezcla densa en caliente tipo MDC-1, mezcla densa en caliente tipo MDC-2, actividad de bacheo con MDC-3 y material de Riego de liga. Señala que durante la vigencia del contrato el precio de la tonelada del asfalto se incrementó de manera imprevista, lo que se tradujo en un aumento anormal en el costo de los ítems que incluían este material. Además, aduce que desde el 1° de noviembre de 1999 y según lo dispuesto en la Ley 488 de 1998, el asfalto pasó a ser gravado con el impuesto a las ventas – IVA. Finalmente, manifiesta que en las compras del asfalto requerido para el contrato ECOPETROL le cobró este impuesto, a pesar de que no había lugar a ello en virtud de la exención establecida en el artículo 5° de la Ley 30 de 1982.

Con fundamento en lo anterior, solicita que se declare que durante la ejecución del contrato se presentó un desequilibrio económico en contra del contratista, por hechos extraordinarios, imprevistos y ajenos al demandante, que alteraron gravemente la ecuación contractual. Como consecuencia, pretende que se condene a la demandada al pago a favor del contratista de \$357.353.344,00, junto con la correspondiente indexación hasta la fecha del pago efectivo.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 4 de junio de 2003¹, la sociedad INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES ICEIN S.A., mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS.

¹ Fls. 178 a 210, C.1.



1.1. En la demanda, la parte actora formuló las siguientes pretensiones:

"IV. PRETENSIONES

4.1. Que se reconozca que en la ejecución del Contrato No. I.N.V. -904 -99, celebrado entre la Sociedad INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES ICEIN S.A. y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS se presentó un DESEQUILIBRIO ECONÓMICO, en contra del Contratista y por hechos que no le son imputables.

4.2. Que se reconozca el DESEQUILIBRIO ECONÓMICO del Contrato No. I.N.V. -904 -99 no ha sido cubierto, ni solucionado por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS.

4.3. Que en virtud del reconocimiento de DESEQUILIBRIO ECONÓMICO existente en el Contrato No. I.N.V. -904 -99, el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS adeuda a la sociedad INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES ICEIN S.A. la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$357.353.344.00) M/CTE.

4.4. Que se pague la indexación de la suma anterior, desde la fecha en la cual se haya efectuado la liquidación de aquella y hasta la fecha en la que efectivamente se realice el desembolso y pago de la misma." (negrilla dentro del texto original)

1.2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora enunció los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.2.1. Afirma que el 1º de septiembre de 1999 el Instituto Nacional de Vías, en adelante INVÍAS o el Instituto, ordenó la apertura de la licitación pública No. SCT – 024 de 1999, con el fin de contratar la "CONSTRUCCIÓN DEL TERCER CARRIL DEL PR17+500 AL PR21+600 MANTENIMIENTO Y REFUERZO DEL PAVIMENTO EXISTENTE DEL PR14+000 AL PR21+600 DE LA CARRETERA LA PAILA-ARMENIA."

1.2.2. Manifiesta que el 17 de septiembre de 1999, fecha de cierre de la licitación, Ingenieros Constructores e Interventores - ICEIN LTDA presentó su oferta teniendo en consideración el precio del asfalto para ese día en la refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL, el cual ascendía a \$142.912 por tonelada.

1.2.3. Aduce que desde el 1 de noviembre de 1999 y según lo dispuesto en la Ley 488 de 1998, el asfalto pasó a ser gravado con un IVA del 15%, por lo que su valor se incrementó en dicho porcentaje, quedando en \$164.349 por tonelada.



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

1.2.4. Señala que mediante Resolución 5151 del 29 de noviembre de 1999, el INVIAS adjudicó la licitación a la sociedad demandante, Ingenieros Constructores e Interventores - ICEIN LTDA, actualmente Ingenieros Constructores e Interventores - ICEIN S.A., en lo sucesivo ICEIN o el contratista.

1.2.5. Indica que el 22 de diciembre de 1999 ICEIN y el INVIAS suscribieron el Contrato I.N.V. No. 904-99, cuyo objeto consistió en la "CONSTRUCCIÓN TERCER CARRIL DEL PR17+500 AL PR21+600 MANTENIMIENTO Y REFUERZO DEL PAVIMENTO EXISTENTE DEL PR14+000 AL PR21+600 DE LA CARRETERA LA PAILA-ARMENIA". Añade que el plazo del contrato se pactó en 11 meses contados a partir de la orden de inicio y su valor estimado ascendió a \$4.819.323.248.oo.

1.2.6. Refiere que el 3 de enero de 2000 el precio por tonelada de asfalto sufrió un incremento del 15.46%, pasando a ser de \$189.7000, IVA incluido, en la refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL.

1.2.7. Expresa que el 7 de febrero de 2000 se impartió la orden de inicio de ejecución de la obra, de tal manera que el plazo del Contrato I.N.V. No. 904, acordado en 11 meses, se extendía hasta el 7 de enero de 2001.

1.2.8. Manifiesta que el 1º de abril de 2000, el precio de la tonelada de asfalto en la refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL se incrementó en un 16.16%, por lo que para ese momento su valor por tonelada pasó a ser de \$220.425, IVA incluido. Añade que, posteriormente, el 1º de junio de 2000 el precio de este insumo aumentó en un 15%, en la misma refinería, quedando su valor en \$253.506, IVA incluido, y el 1º de agosto de 2000 sufrió un nuevo incremento, esta vez de un 20%, por lo que su valor pasó a \$304.207, IVA incluido.

1.2.9. Expone que el 20 de septiembre de 2000 las partes suscribieron un acta de acuerdo de precios unitarios no previstos, sin modificar los precios unitarios contenidos en la oferta presentada durante el proceso de selección.



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

1.2.10. Afirma que el 1º de octubre de 2000 el precio por tonelada de asfalto tuvo un incremento del 14%, lo que significa que su valor, en la refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL, pasó a \$355.466.

1.2.11. Indica que el 10 de noviembre de 2000 las partes suscribieron el contrato adicional No. 1, con el fin de adicionar el valor del contrato en \$2.665.548.170 y prorrogar el plazo del contrato hasta el 7 de junio de 2001.

1.2.12. Aduce que durante la ejecución del Contrato I.N.V. No. 904 se presentó un ostensible desequilibrio económico en perjuicio de ICEIN, motivo por el cual el 30 de marzo de 2001 elevó un derecho de petición ante el INVIAS, solicitando el restablecimiento económico del referido negocio jurídico.

1.2.13. Resalta que el INVIAS no dio respuesta a su derecho de petición dentro de los términos legales, por lo que procedió a protocolizar el silencio administrativo positivo, mediante escritura pública No. 2.195 del 14 de septiembre de 2001 otorgada en la notaría 15 del círculo de Bogotá

1.2.14. Sostiene que ICEIN no ha recibido por parte del INVIAS valor alguno por concepto de las sumas que se han causado a su favor por el desequilibrio económico del contrato, originado en el alza en los precios del asfalto y en el impuesto a las ventas sobre la compra de este material que se requería para la ejecución de unos ítems del contrato. Finalmente, refiere que a la fecha el contrato no ha sido liquidado.

1.3. Como fundamentos de su demanda citó en su apoyo el artículo 1602 del Código Civil y los artículos 3, 4, 5, 14, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993, así como varias sentencias de esta Corporación en punto al equilibrio financiero del contrato. Señaló que el aumento anormal e imprevisible del precio del asfalto, aunado al IVA con el que fue gravado este material a partir del 1 de noviembre de 1999, ocasionó un desequilibrio económico del contrato suscrito entre las partes. Manifestó que este material era un insumo necesario para la ejecución de cuatro ítems, cuyo precio fue calculado por ICEIN en su propuesta de acuerdo con los valores de mercado vigentes para el mes de septiembre de 1999, cuando presentó la oferta. Resaltó,



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

igualmente, que ECOPETROL cobró el IVA en las ventas de asfalto desconociendo lo previsto en el artículo 5º de la Ley 30 de 1982.

En este orden, concluyó que "[c]on el nuevo precio del asfalto desapareció el equilibrio contractual y el Contratista que inicialmente obtenía una ganancia, ahora no solamente no ganó, sino que además se encontró trabajando a pérdida por causas ajenas a su voluntad".

Por último, sostuvo que, al no haber sido contestado oportunamente el derecho de petición que ICEIN elevó ante el INVIAS solicitando el restablecimiento económico del contrato ante los hechos antes referidos, procedió a protocolizar el silencio administrativo positivo, lo cual, según adujo, "sirve como prueba, que no admite prueba en contrario, para demostrar el rompimiento de la ecuación financiera, del derecho positivo protegido y de su cuantificación".

2. Contestación de la demanda

Mediante auto del 16 de octubre de 2003², el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda y ordenó su notificación al INVIAS y al Ministerio Público.

2.1. El 16 de junio de 2004 el INVIAS contestó la demanda³, mediante escrito en el que se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, al considerar que carecen de fundamento. En cuanto a los hechos aceptó unos, negó otros y respecto de otro tanto manifestó atenerse a lo que se probara en el proceso.

2.1.1. Adujo que no le asiste razón al demandante al alegar un desequilibrio económico del contrato, toda vez que el contrato se acordó bajo el sistema de precios unitarios sin ajustes, estipulación contractual que no fue objeto de modificación en el contrato adicional No. 1. Adicionalmente, resaltó que, conociendo la modalidad de pago pactada y la circunstancia de que entre el 1 de enero de 1999 y el día del cierre de la licitación, 8 meses después, el precio del asfalto se había incrementado en un 30%, equivalente a 3.3.% promedio por mes, "resulta

² Fls. 246 a 247, C.1.

³ Fls. 272 a 281, C.1.



inverosímil que no haya considerado para su análisis, que el lapso subsiguiente (4 meses a partir del cierre de la licitación y los 11 meses de plazo del contrato) el producto sufriera, al menos un incremento proporcional a este valor".

2.1.2. Indicó que para contestar la petición presentada por ICEIN el Instituto debió elevar consultas al interventor y a la oficina jurídica de la entidad, lo cual fue informado oportunamente al contratista.

Añadió que la respuesta al derecho de petición presentado por ICEIN fue dada el 21 de agosto de 2001 y que en la misma se expusieron las razones por las cuales la entidad no consideró procedente acceder a lo solicitado, a propósito de lo cual precisó que en su respuesta el INVIAS le indicó a ICEIN que: (i) en su propuesta el contratista no presentó "el precio unitario ni el valor del Kilogramo de asfalto, para afirmar que este precio fue el precio que se pactó"; (ii) si el contratista dejó de considerar "al menos los aumentos históricos del precio del asfalto y los porcentajes del IVA durante el plazo del contrato, lo que se presentó fue una "imprevisión" y no un "imprevisto"; (iii) al suscribir el acta de acuerdo de precios del 20 de septiembre de 2000 y posteriormente el contrato adicional No. 1 del 10 de noviembre de 2000, el contratista no adujo el rompimiento del equilibrio económico del contrato, a pesar de que habían ocurrido alzas en el precio del asfalto en 4 oportunidades anteriores (1º de abril, 1º de junio, 1º de agosto y 1º de octubre de 2000); y (iv) no está demostrado que el alza del precio del asfalto "haya afectado gravemente la economía del contrato, sino que se trata de un riesgo que está dentro del alea normal del acuerdo de voluntades".

2.1.3. Afirmó que la entidad le entregó al contratista un anticipo equivalente al 30% del valor total del contrato y que, tratándose de un material que podía ser almacenado, ICEIN ha debido utilizar el anticipo para comprar el asfalto requerido, teniendo en cuenta las alzas que para ese momento ya eran predecibles.

2.1.4. De igual modo, formuló las siguientes excepciones:

- (i) "Inexistencia de responsabilidad" y "cobro de lo no debido", ambas sustentadas en que el contratista se obligó a ejecutar el contrato por el



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
 Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

sistema de precios unitarios sin ajustes, modalidad de pago que no fue modificada por las partes a lo largo de la ejecución del contrato.

- (ii) La genérica.

3. Alegatos de conclusión

El 28 de febrero de 2013⁴, el Tribunal corrió traslado para alegar de conclusión.

3.1. En sus alegatos de conclusión la parte demandante⁵, tras relacionar las alzas que sufrió el precio de la tonelada de asfalto, se refirió al derecho del contratista a que se mantengan las condiciones económicas dadas al momento de presentar la oferta y señaló que a partir de las pruebas practicadas en el proceso "se logró determinar (i) una variación imprevisible de los precios del asfalto (ii) una causación ilegal del IVA". Sobre el particular, anotó:

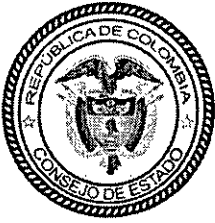
"Como consecuencia de la variación de los precios del asfalto, se evidenció la onerosidad durante la ejecución del contrato y en esa medida el porcentaje de remuneración esperada por el contratista no fue la inicialmente ofertada, toda vez que los porcentajes de AIU variaron considerablemente ocasionándole al contratista un perjuicio irremediable debido a causas exógenas, las cuales deberán ser resarcidas en su integridad por parte del Invías.

Aunado a lo anterior se establece el valor por concepto del desequilibrio económico como consecuencia del cobro indebido del impuesto sobre las ventas sobre el asfalto, el cual deberá ser resarcido por el Invías, toda vez que la ley 30 de 1982 en su artículo 5 establece de manera expresa la improcedencia del gravamen del IVA sobre el asfalto".

Además, precisó: (i) que el precio del asfalto para la época de la presentación de la oferta mostraba un incremento aproximado del 3% cada dos meses, por lo que el alza del 15% que se presentó en el año 2000 fue un hecho imprevisible, sobreviniente y ajeno al contratista; y (ii) que el asfalto, además, pasó de ser un bien excluido del impuesto a las ventas a ser gravado con un IVA del 15%, a propósito de lo cual manifestó que en cualquier caso el valor facturado por ECOPEPETROL no debió incluir este impuesto, pues el artículo 5º de la Ley 30 de 1982 dispone que "con el fin de fomentar la pavimentación y repavimentación de carreteras y calles, los asfaltos estarán exentos de todo IMPUESTO", de modo que "nunca hubo razón

⁴ Fl. 372, C.1.

⁵ Fls. 373 a 400, C.1.



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

para cobrar el mencionado impuesto”, pues la mencionada norma se encuentra vigente, tal como ha sido analizado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Concluyó que las experticias practicadas en el proceso establecieron la diferencia entre el precio del asfalto pagado por ICEIN a ECOPETROL y el que a su vez el INVIAS le pagó al contratista, determinando que la suma dejada de recibir por ICEIN ascendió a \$327.293.072 a noviembre 9 de 2000, valor que *“incluye los incrementos y el IVA aplicados al valor de la tonelada de asfalto”* y el cual, con actualización e intereses, arroja un total de \$1.670.048.663, que *“corresponde a la materialización del daño sufrido por ICEIN S.A. y que configura el desequilibrio económico del contrato y la pertinencia de la acción contractual impetrada”*.

3.2. La demandada alegó de conclusión mediante escrito⁶ en el que reiteró las excepciones de inexistencia de responsabilidad y cobro de lo no debido que formuló al contestar la demanda, a propósito de lo cual sostuvo que ICEIN se obligó a ejecutar las obras por el sistema de precios unitarios sin ajustes y que las partes estipularon un AIU del 32% *“para garantizar que los posibles imprevistos que se lleguen a presentar durante la ejecución del contrato, no afecten económicamente al contratista”*, de tal suerte que *“el imprevisto de alza de precios en el asfalto alegada por el contratista y que fundamenta la presente acción, fue debidamente presupuestada y cancelada por la entidad contratante”*.

Afirmó que las condiciones de la licitación fueron claras desde el inicio y las mismas fueron aceptadas por el contratista al suscribir el contrato, obligándose a ejecutar las obras en los términos pactados. Indicó que al participar en el proceso licitatorio los oferentes deben estudiar cuidadosamente los riesgos del contrato y todas las condiciones atinentes a su ejecución. Además, añadió que ICEIN es una empresa con amplia experiencia, *“conocedora de la dinámica contractual, de las condiciones del mercado y de las variaciones de los precios de las materias primas utilizadas en el contrato”*, por lo que no es de recibo que pretenda *“trasladar a la entidad contratante su falta de previsión y negligencia en la revisión de los precios unitarios, tratando de configurar un desequilibrio económico que no existió”*.

⁶ Fls. 401 a 407, C.1.



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
 Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

Se refirió a las causas que pueden generar el rompimiento de la ecuación financiera, señaló que en el caso concreto no se reúnen los presupuestos de la teoría de la imprevisión y resaltó que el alza de los precios en el asfalto era un hecho previsible para el contratista al momento de preparar su oferta. De igual modo, indicó que cuando fue acordado el contrato adicional No. 1, mediante el cual se adicionó el plazo y valor inicial del contrato, el contratista guardó silencio respecto a los hechos que ahora aduce como fundamento de su reclamación.

3.3. El Ministerio Público no rindió concepto.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 29 de septiembre de 2014⁷, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró el rompimiento del equilibrio económico del contrato I.N.V. No. 904 del 22 de diciembre de 1999 y condenó al INVIAS al pago de \$622.286.439 a favor del contratista, por concepto de restablecimiento de la ecuación económica del mismo⁸.

Al respecto, el *a quo*, tras precisar los hechos probados y relacionar las pruebas que obran en el expediente, con especial énfasis en los dictámenes periciales practicados, trajo a colación algunas sentencias del Consejo de Estado referentes a las causales de ruptura del equilibrio económico del contrato y, puntualmente, a la diferencia entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe, luego de lo cual sostuvo que en el caso bajo examen “[...] surgieron situaciones imprevistas, que terminaron por afectar gravemente la ecuación financiera del contrato en cuestión,

⁷ Fls. 420 a 469, C. Principal.

⁸ “**DECLÁRASE** el rompimiento del equilibrio económico del Contrato No. 904 del 22 de diciembre de 1999, suscrito entre el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS -INVIAS- y la sociedad INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES-ICEIN S.A.-, acorde con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CONDÉNASE al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS -INVIAS- a pagar a favor de INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES-ICEIN S.A.- por concepto del restablecimiento de la ecuación económica del citado contrato, la suma de SEISCIENTOS VEINTIDOS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$622.286.439) M/CTE.

ORDÉNASE a la entidad demandada, cumplir este fallo en los términos previstos por los Arts. 176, 177 y 178 del C.C.A

En el evento de que el fallo no fuere apelado, **ORDÉNASE**, surtirse el grado Jurisdiccional de Consulta, de conformidad con las previsiones del artículo 184 del C.C.A. [...]”



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
 Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

dado que en efecto, se produjo un incremento desmesurado en los precios del asfalto, durante el lapso en que se ejecutó el contrato; amén de que se le aplicó al precio de venta de dicha materia prima, un tributo a raíz de la expedición de la Ley 488 de 1998; hecho completamente ajeno a la voluntad del contratista, el cual no pudo razonablemente prever, tal y como lo afirma la parte actora, aseveración que haya(sic) total respaldo en el acervo probatorio que milita en el dossier."

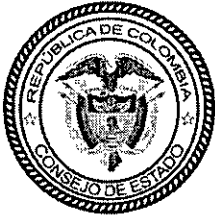
Es así como, consideró el Tribunal que en el proceso había quedado demostrada la alteración de la ecuación financiera del contrato, toda vez que el precio del asfalto presentó un incremento muy superior al comportamiento histórico que mostraba para el año de 1999, circunstancia que no era previsible al momento de la presentación de la propuesta y que afectó el valor de los ítems del contrato cuya ejecución requería un alto porcentaje de asfalto. Añadió que a lo anterior se sumó que el asfalto pasó a ser gravado con un IVA del 15%, que ECOPETROL incluyó en todas las ventas que le hizo al contratista "*supuestamente en aplicación de la Ley 488 de 1998*".

En efecto, textualmente manifestó:

"[...] la alteración de la ecuación financiera del referido contrato, aparece suficientemente acreditada en el plenario, como quiera que la comunidad probatoria así lo corrobora. [...]"

Colige la Sala, de todo ello, que el comportamiento histórico de los precios del asfalto, material que hacia el año de 1999, venía sufriendo un incremento porcentual en sus precios de aproximadamente el 3% mensual; durante el año 2000, empezó a registrar aumentos que oscilaron entre el 15% y el 20% de su valor histórico promedio (en abril 16.16%; en junio 15%, en agosto 20% y en octubre 16.85%); hecho que a todas luces era imprevisible para ICEIN, por lo menos a la fecha en que presentó su propuesta (septiembre 17 de 1999), dentro del proceso licitatorio que adelantó el INVIAS y que culminó con la celebración del contrato No. 904-99. Que los ítems del contrato que se vieron afectados con estas fluctuaciones desmesuradas fueron las mezclas densas en caliente conocidas con las siglas de MDC-1, MDC-2 y MDC-3 y el llamado riego de liga; los cuales tenían un alto componente de asfalto.

Y, si a lo anterior se suma, el hecho de que el mencionado producto, antes de la presentación de la propuesta estaba exento del IVA, por tanto, el oferente no contempló este gravamen dentro de su propuesta inicial; para ser gravado luego con un IVA del 15%, supuestamente en aplicación de la Ley 488 de 1998, que ECOPETROL (sic) liquidó en todas las facturas de venta que extendió a ICEIN, en el transcurso de ejecución del contrato No. 904-99, es de lógica elemental que por esta causa exógena, el precio inicialmente ofertado se incrementó, en detrimento de las expectativas económicas del contratista.



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)

Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

Queda así absolutamente desvirtuado el argumento defensivo del INVIAS, quien solo atina a señalar, que el contrato se pactó por el sistema de precios unitarios sin ajustes, y que el contratista debió haber previsto tales alzas a la hora de configurar su oferta; que por estos motivos, no tenía entonces aquél, derecho al restablecimiento de la ecuación contractual. El comportamiento y la decisión que asumió la entidad estatal contratante, frente a la petición que le fuera formulada en su momento por ICEIN, va en contravía de lo que al respecto consagra la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación Pública, ordenamiento que en diversas normas contempla el derecho que tiene el contratista a la obtención de las utilidades que esperaba percibir con la ejecución del contrato, cuya protección debe garantizar el Estado, máxime cuando las obras estipuladas en el mismo, se recibieron a entera satisfacción, cumpliéndose de este modo fielmente la realización de los fines de interés social que con ellas se perseguían, conforme aparece probado en el expediente.”

Concluido lo anterior, procedió el Tribunal a determinar el valor correspondiente al restablecimiento de la ecuación contractual que debía ser reconocido a favor del contratista, frente a lo cual indicó que, de conformidad con el dictamen rendido por el ingeniero civil Oswaldo Burgos Carrión, el valor dejado de recibir por ICEIN, incluyendo los incrementos en el precio del asfalto y el IVA aplicado sobre el valor de este insumo, fue de \$327.293.072 al 9 de noviembre de 2000, día anterior a la celebración del contrato adicional No. 1, cifra que, actualizada a partir del 10 de noviembre de 2000 y hasta la fecha de la sentencia, ascendía a \$622.286.439. Este monto, en consecuencia, correspondió al valor de la condena impuesta en la sentencia recurrida, a título de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato *sub judice*.

5. Recurso de apelación

La demandada interpuso recurso de apelación⁹, el cual fue concedido el 4 de marzo de 2015¹⁰ y admitido el 20 de mayo de 2015¹¹.

En su recurso el INVIAS solicitó revocar la sentencia del Tribunal y declarar probadas las excepciones propuestas, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en sus alegatos de conclusión.

⁹ Fls. 470 a 479, C. Principal.

¹⁰ Fl. 544, C. Principal.

¹¹ Fl. 548, C. Principal. Este auto fue corregido mediante providencia del 17 de junio de 2015, que obra a folios 550 y 551 del Cuaderno Principal, con el fin de precisar que el recurso de apelación fue interpuesto por la parte demandada.



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

Manifestó, en síntesis, que la variación en los precios de las materias primas constituye un hecho previsible que ha debido ser tenido en cuenta por ICEIN al elaborar su oferta y el cual, aunado al conocimiento previo que tuvo acerca de las condiciones bajo las cuales se celebraría el contrato, el cual se pactó bajo la modalidad de precios unitarios fijos, permite evidenciar la falta de planeación y previsión del contratista, negligencia que no puede trasladarse al INVIAS sobre la base de una supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato, cuyos presupuestos no se encuentran configurados.

En este orden, insistió en que: (i) las partes convinieron que el contrato se ejecutaría por el sistema de precios unitarios sin ajustes, estipulación que es ley para los contratantes; (ii) al celebrar la adición No. 1, ICEIN *"no expresó nada relacionado con el ajuste de precios, por lo cual hoy es inaceptable cualquier reclamación relacionada con ese punto"*; y (iii) el contratista *"debió haber utilizado el valor del anticipo entregado por el INVIAS para comprar el asfalto que necesitaba para realizar la obra"*.

Finalmente, añadió que en el *sub lite* no se reúnen los presupuestos de la teoría de la imprevisión y que en lo que se refiere al cobro del IVA que el contratista afirma haber pagado, se trata de un hecho ajeno al INVIAS, toda vez que *"no los(sic) creó el INVIAS, ante lo cual sólo debe responder por situaciones como: su propio incumplimiento o la adopción de medidas unilaterales. Por el contrario, esta situación la propició el Congreso, quien es un tercero, en relación con el contrato"*.

6. Actuación en segunda instancia

Mediante providencia del 12 de agosto de 2015¹², se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

6.1. La parte actora reiteró lo expuesto en el libelo introductorio y en sus alegatos de conclusión, manifestando que las pruebas recaudadas en el proceso acreditaban la existencia del desequilibrio económico del contrato.

¹² Fl. 553, C. Principal.



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
 Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

6.2. La demandada alegó de conclusión, reiterando su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarar probadas las excepciones propuestas, con fundamento en los mismos argumentos expuestos en instancias anteriores.

6.3. El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) acción procedente; (3) legitimación en la causa; (4) ejercicio oportuno de la acción; (5) problema jurídico; (6) solución al problema jurídico; (6.1.) régimen jurídico aplicable al contrato; (6.2.) alcance del acuerdo de voluntades celebrado el 11 de febrero de 2003; (6.3) precisiones en torno al desequilibrio económico del contrato y la teoría de la imprevisión; (6.4) hechos probados; (6.5) pruebas adicionales; (6.6.) caso concreto; y (7) condena en costas.

1. Jurisdicción y competencia

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto guardián de la constitucionalidad y legalidad administrativa, conoce de las controversias sobre contratos del Estado. A esta jurisdicción está adscrito este debate en sede judicial, de conformidad con el artículo 82¹³ del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998.

¹³El artículo 82, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, norma vigente a la fecha de la presentación de la demanda, establece: "Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional."



En efecto, el presente litigio versa sobre un contrato celebrado por una entidad estatal, a propósito de lo cual conviene resaltar que, si bien en los términos del artículo 6° del Decreto 197 de 1999 el negocio *sub judice* se encuentra sujeto al derecho privado, tal como se analizará más adelante (fj.6.1), al margen del régimen jurídico aplicable la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias en las que dicha entidad sea parte, comoquiera que ostenta la calidad de entidad estatal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52¹⁴ del Decreto 2171 de 1992¹⁵, en concordancia con el artículo 2¹⁶ de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, dada la vocación de doble instancia del proceso, toda vez que la cuantía supera los 500 SMLMV de 2003¹⁷, año de presentación de la demanda. Lo anterior, según lo establecido en los artículos 129¹⁸,

¹⁴ "Artículo 52. Reestructuración del Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías. Reestructúrase el Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías, establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte".

¹⁵ "Por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional".

¹⁶ "Artículo 2o. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles".

¹⁷ Lo anterior, teniendo en cuenta que la cuantía de la pretensión mayor es de \$357.353.344 y para la fecha de presentación de la demanda, esto es, el año dos mil tres (2003), el valor del SMLMV era de trescientos treinta y dos mil pesos (\$332.000). Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia -<http://www.banrep.gov.co/es/salarios>

¹⁸ "Artículo 129. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. 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 y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión".



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
 Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

132 numeral 5¹⁹ y 181²⁰ del Código Contencioso Administrativo, vigentes a la fecha de presentación de la demanda.

2. Acción procedente

De acuerdo con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la acción contractual es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos dentro del desarrollo de éste. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (iv) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (v) que se hagan otras declaraciones y condenas.

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso la acción contractual ejercida por la parte demandante es adecuada, por cuanto en el libelo introductorio se pretende que se declare el rompimiento del equilibrio económico por causas ajenas al contratista y que, como consecuencia, se condene al INVIAS al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato celebrado entre las partes.

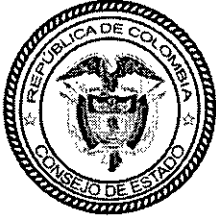
3. Legitimación en la causa

En el caso *sub examine*, está acreditado que el 22 de diciembre de 1999 ICEIN y el INVIAS suscribieron el Contrato I.N.V. No. 904, según consta en copia de dicho negocio jurídico²¹.

¹⁹ "Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia..Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos [...] 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales".

²⁰ "Artículo 181. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales [...]"

²¹ Fl.232 a 239, y 249 a 253, C. 1



Bajo el anterior contexto, de conformidad con lo establecido en el artículo 87²² del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, según el cual la legitimación en la causa por activa en las acciones contractuales se encuentra, en principio, en cabeza de las partes del contrato, la Sala concluye que ICEIN e INVIAS poseen el interés jurídico que se debate en el *sub examine* y están legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, toda vez que son los extremos de la relación contractual que suscitó la controversia bajo análisis en esta sede judicial.

4. Ejercicio oportuno de la acción

El numeral 10º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, norma aplicable al caso concreto²³, establece que la acción contractual caducará al vencimiento del término de dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, para lo cual contempla distintas hipótesis dependiendo de si el contrato es de ejecución instantánea, si no requiere de liquidación o si, por el contrario, se trata de un contrato que sí la requiera.

²²ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. *Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas [...]*”

²³ Para efectos del cómputo de la caducidad es menester acudir a las reglas contenidas en las normas vigentes al momento en que inició a correr el término. Al respecto, Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 24 de abril de 2017. Rad.: 50602. En esta providencia se puso de presente que, “[e]n punto de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para la determinación de la regla de caducidad cuando se presentan conflictos entre normas que, en principio, regulan la misma situación, esta Corporación puntualizó [...] la Sala considera que el 40 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso. En efecto, cuando el artículo 40 *ibídem* se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata. Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata. En este orden de ideas, se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente.”



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
 Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

A su turno, la Sección Tercera del Consejo de Estado en auto de unificación, estableció que en aquellos casos en los cuales las partes hayan llevado a cabo de mutuo acuerdo la liquidación del contrato con posterioridad al término convencional y/o legalmente dispuesto para su liquidación, pero dentro de los dos años posteriores a dicho vencimiento, el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales inicia a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación²⁴.

Al respecto, resulta pertinente destacar que el derecho común no contempla la liquidación del contrato y, por tanto, en los contratos que se encuentren sujetos al derecho privado aquella no se requiere, a menos que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, hubieren acordado llevar a cabo la liquidación del contrato, en cuyo caso el plazo convenido para dicho efecto deberá tenerse en cuenta en el conteo del término preclusivo.

En el presente asunto, el contrato materia de la controversia se rige por las normas del derecho privado -aspecto que será materia de posterior análisis- es decir que no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y, por tal motivo, en principio, no requiere de liquidación. Sin embargo, las partes acordaron la liquidación del contrato y en cuanto al plazo para llevarla a cabo estipularon en el numeral 3.11.12 de los pliegos de la licitación, los cuales forman parte integral del negocio *sub examine* al tenor de la cláusula 24 del mismo, que "*el contrato deberá liquidarse una vez se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas del mismo*", añadiendo que "*el plazo máximo para la liquidación será de tres (3) meses*".

²⁴ Auto de unificación de jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, providencia del 1 de agosto de 2019. Expediente 62009, en donde se resolvió:

"En los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, UNIFÍCASE la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales de contratos que han sido liquidados después de haber vencido el término convencional y/o legalmente dispuesto para su liquidación, pero dentro de los dos años posteriores al vencimiento de este último. La Sala unifica el criterio que ha de ser observado para el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales en tales casos, para indicar que éste debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta o de la ejecutoria del acto de liquidación del contrato, conforme al ap. iii del literal j. del numeral 2 del artículo 164 del CPACA; y es de precisar que, en consecuencia, el apartado v) del literal j del mismo numeral solo se deberá aplicar cuando al momento de interponerse la demanda, el operador judicial encuentre que no hubo liquidación contractual alguna".



A partir de las anteriores premisas, la Sala encuentra establecido que en el presente asunto la acción fue ejercida dentro de los dos años de que trata el numeral 10º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, toda vez que, de conformidad con los hechos probados en el proceso, se advierte lo siguiente:

- El 22 de diciembre de 1999 las partes suscribieron el contrato I.N.V. No. 904 (hecho probado 6.4.7). De conformidad con lo pactado en la cláusula 4ª del contrato, las partes convinieron que el plazo de ejecución sería de 11 meses contados a partir de la orden de iniciación impartida por el subdirector de construcción del INVIAS.
- El 7 de febrero de 2000 las partes suscribieron el acta de inicio del Contrato de obra I.N.V. No. 904 de 1999, de modo que el plazo inicialmente convenido expiraba el 7 de enero de 2001 (hecho probado 6.4.10).
- El 10 de noviembre de 2000 las partes celebraron el contrato adicional No. 1 al Contrato de obra I.N.V. No. 904 de 1999, mediante el cual adicionaron su valor y prorrogaron el plazo de ejecución hasta el 7 de junio de 2001 (hecho probado 6.4.19).
- El 27 de abril de 2001 el INVIAS, el contratista y la interventoría suscribieron el acta de recibo definitivo de obra y el 7 de junio de 2001 finalizó el plazo de ejecución pactado (hechos probados 6.4.19 y 6.4.24).
- El 11 de febrero de 2003 las partes liquidaron de mutuo acuerdo²⁵ el contrato *sub examine* (hecho probado 6.4.28).

De acuerdo con lo anterior y siguiendo la jurisprudencia de unificación atrás referida, la Sala efectuará el cómputo de caducidad a partir del día siguiente a la fecha de suscripción del acta de liquidación bilateral del Contrato I.N.V. No. 904, comoquiera que dicha liquidación bilateral, de fecha 11 de febrero de 2003, se realizó vencido el plazo de 3 meses pactado para la liquidación, pero dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento de dicho lapso.

²⁵ En relación con este punto, la Sala advierte que, contrario a lo manifestado en el hecho No. 22 del libelo introductorio (fl.182, C.1.), para la fecha en la que presentó la demanda el Contrato No. I.N.V. 904 de 1999 ya había sido liquidado, según da cuenta copia del acta de liquidación final No. 116 del 11 de febrero de 2003 suscrita por las partes (fl.1057 a 1060, C.10).



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

En consecuencia, el término de caducidad del medio de control debe contarse a partir del día 12 de febrero de 2003, de tal manera que la oportunidad para interponer la demanda vencía el 12 de febrero de 2005. En consecuencia, dado que la demanda se radicó el 4 de junio de 2003²⁶, resulta claro que fue presentada dentro del término establecido en la ley para el ejercicio del derecho de acción.

5. Problema jurídico

Para desatar el recurso de apelación interpuesto por la demandante, la Sala deberá establecer si, de conformidad con los hechos probados en el caso *sub examine*, el alza en el precio del asfalto y el cobro del IVA en las compras de este insumo constituyen circunstancias extraordinarias, ajenas a las partes, imprevistas, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato, y si generaron una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones o una alteración fundamental en el equilibrio prestacional. En caso afirmativo, corresponderá a la Sala determinar el monto que debe ser reconocido a favor del contratista.

6. Solución al problema jurídico

Para resolver el problema jurídico sobre el que versa la controversia, en primer lugar, la Sala encuentra pertinente determinar el régimen jurídico que gobernó el contrato I.N.V. No. 904 de 1999 materia de la controversia y el alcance de las pretensiones en relación con los puntos materia de salvedad en la liquidación bilateral del contrato, así como exponer algunas precisiones en torno a la figura del equilibrio económico del contrato y la teoría de la imprevisión.

En segundo lugar, en el marco del régimen legal aplicable al Contrato y lo convenido por los contratantes, la Sala, de acuerdo con las pruebas del proceso, entrará a analizar si se encuentran acreditados los presupuestos para la aplicación de la teoría de la imprevisión y si hay lugar a reconocer a favor de la parte actora los valores solicitados en la demanda.

²⁶ Fl. 178 a 210, C.1.



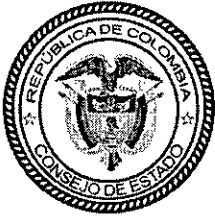
6.1 Régimen jurídico aplicable al Contrato I.N.V. No. 904 de 1999

6.1.1. El Contrato I.N.V. No. 904, resultante del proceso de licitación pública No. SCT 024 de 1999, fue suscrito el 22 de diciembre de 1999 por el Instituto Nacional de Vías, establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2171 de 1992. En esa medida, podría pensarse en principio que su régimen jurídico sustancial es el previsto en la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración vigente al tiempo de su celebración, toda vez que se trata de una de las entidades referidas en el artículo 2º *ejusdem*. No obstante, en el presente caso la Sala encuentra que el contrato materia de examen se encuentra regido por las normas del derecho privado, conclusión a la que se llega atendiendo al régimen especial al que se sujetó el negocio jurídico celebrado en virtud de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 197 del 30 de enero de 1999, tal como se explica a continuación.

6.1.2. Mediante el Decreto 195 del 29 de enero de 1999²⁷, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en la región del Eje Cafetero afectada por el terremoto ocurrido el 25 de enero de 1999, por el término de 30 días, con el fin de conjurar y evitar la extensión de los efectos de la crisis producida como consecuencia de la calamidad pública.

Como se indicó en los considerandos del citado decreto, las funciones legales y los recursos asignados al Sistema Nacional para la Atención y Prevención de Desastres resultaban insuficientes para conjurar los efectos del terremoto y para llevar a cabo la rehabilitación y reconstrucción de la zona, circunstancia que dio lugar a expedición del Decreto Legislativo 197 del 30 de enero de 1999, mediante el cual se creó el Fondo para la Reconstrucción de la Región del Eje Cafetero (FOREC), como una entidad de naturaleza especial del orden nacional con sede en Armenia, dotado de personería jurídica y con autonomía patrimonial y financiera, con el objeto de llevar a cabo *“la financiación y realización de las actividades necesarias para la*

²⁷“Por el cual se decreta el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública”.



Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)
 Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES - ICEIN S.A.

reconstrucción económica, social y ecológica de la región del Eje Cafetero afectada por el terremoto del 25 de enero de 1999”.

Pues bien, el artículo 6º del decreto mencionado dispuso que los contratos que fueran celebrados por el FOREC para el cumplimiento de su objeto estarían sometidos al derecho privado, así como los contratos que debieran suscribir las entidades públicas en desarrollo de convenios celebrados con dicho fondo²⁸.

En efecto, el referido artículo estableció lo siguiente:

“Artículo 6º. Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, con entes públicos o privados, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y no estarán sujetos a las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993.

Tratándose de negocios fiduciarios el Fondo velará por que el objeto de los mismos se desarrolle por parte de las instituciones fiduciarias en condiciones de transparencia, libre concurrencia, eficiencia y publicidad.

De igual manera, los contratos que en desarrollo de los convenios celebrados con el Fondo deban suscribir las entidades públicas se regirán por el derecho privado.

Los contratos a que se refieren los incisos anteriores no requerirán de escritura pública, sin perjuicio de su inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos cuando a ello haya lugar para efecto de la transferencia del respectivo bien.

Para efectos de determinar los derechos notariales y registrales, así como el impuesto de registro y anotación los contratos a que se refieren los incisos anteriores se considerarán actos sin cuantía. Adicionalmente, dichos contratos y los demás actos a que haya lugar por razón de los mismos, no estarán sujetos al impuesto de timbre”. (subrayado fuera del texto)

Al respecto, cabe anotar que la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del Decreto No. 197 del 30 de enero de 1999 lo declaró exequible, señalando en cuanto al artículo 6º y a la aplicación del derecho privado, lo siguiente:

“Son igualmente constitucionales las reglas que consagra el artículo 6 materia de cotejo, en las cuales se consagra que los contratos indispensables para la operación del Fondo no estarán sujetos a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y que se regirán por el Derecho Privado.

Habiendo sido la ley la que plasmó las exigencias y formalidades de la contratación estatal, en virtud del artículo 150, inciso final, de la Constitución, bien puede ella, por razones de orden público económico y para solucionar con

²⁸Corte Constitucional, Sentencia C-218/99.

