

INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - Legitimación por pasiva procesal. Cambio de personería jurídica / INVIAS - Incompetencia en infraestructura fluvial

Toda vez que la entidad demandada fue el Fondo Vial Nacional, establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y que luego desapareció, al ser reestructurado durante el trámite de este proceso, adquiriendo la denominación de Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, mediante el decreto 2171 de 1992 -art. 52-, "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", resulta imprescindible determinar ahora su sucesor procesal en el asunto sub iudice, desde el momento en que entró a regir la aludida norma, tal como lo objetó en su recurso de apelación el INVIAS. Según esta norma, en uno de sus supuestos -el que interesa a este caso-, en el evento de que se extinga la persona jurídica que es parte en el proceso, el sucesor de ésta deberá continuar con la carga procesal que ocupaba aquella. Incluso, sino comparece al proceso este continuará y producirá los efectos, como si hubiere hecho parte del mismo. Dentro del objetivo y las funciones asignadas al INVIAS por el Decreto 2171 de 1992 -arts. 53 y 58, no se encuentra el mejoramiento de las condiciones de navegación del Canal del Dique, ni, en términos más generales, la infraestructura fluvial a cargo de la Nación, pues las competencias que se le asignaron fueron las relacionadas con la infraestructura vial de carreteras. Por lo anterior, fuerza concluir que la decisión que se tome en el proceso se debe hacer en relación con el Ministerio de Transporte -quien sucedió en las competencias fluviales al extinto Fondo Vial Nacional-, pese a que no compareció al proceso, y esto es lo que justifica que la sentencia se conozca en consulta. De esta manera, se modificará este primer aspecto del fallo de primera instancia. En efecto, el a quo condenó al INVIAS, porque entendió que fue el sucesor procesal, error que será corregido en esta providencia. Ahora bien, bajo ese entendido la entidad interpuso el recurso de apelación, en el cual alegó este hecho, entre otros argumentos mediante los cuales estima que no debía condenársele. Por esta razón, y dada tal circunstancia, la Sala sólo considerará este fundamento del recurso de apelación, pues pese a que la entidad no debió ser parte del proceso, lo cierto es que resultó condenada y se le debe garantizar el derecho a exponer en esta instancia que hubo un error en el entendimiento de quien debió ser el sucesor procesal. De allí que, para emitir un pronunciamiento de fondo no se tendrán en cuenta los demás fundamentos de la impugnación que expuso el INVIAS, quien erradamente actuó a lo largo del mismo.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Mayor permanencia de la obra. Acreditación del hecho dañoso / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Mayor permanencia de la obra. Sistema de identificación del perjuicio

Buena aparte de la condena impuesta por el a quo a la entidad estatal tiene que ver con la mayor permanencia en obra, imputable al Fondo Vial Nacional, como consecuencia de i) la entrega tardía de zonas de trabajo y ii) de los planos necesarios para acometer las tareas contratadas. Este concepto lo denominó el Tribunal como "duplicación del plazo del contrato", pues se pasó de ejecutarlo en 20 meses a hacerlo en 40 meses. En el fondo, esto es lo mismo que la "mayor permanencia en obra". En este aspecto la Sala encuentra acreditado, según las pruebas del proceso, y fundamentalmente el dictamen pericial, que por razones imputables al Fondo Vial Nacional se amplió el plazo del contrato en 20 meses más, debido a que las zonas requeridas para realizar los trabajos y los planos de los mismos no se entregaron a tiempo. Del mismo modo, se acreditó que la entidad pública retardó la entrega de los planos de construcción, lo cual afectó la

ejecución del contrato. A esta conclusión llegó el a quo luego de valorar diversas pruebas, y sobre todo de apreciar el análisis que hicieron los peritos. Si se hace una valoración de la manera como se calculó el perjuicio, se encuentra que lo que hizo el perito fue tomar los costos indirectos presupuestados por el oferente desde el momento de suscribir el contrato y duplicarlos en el nuevo período, en efecto “si el plazo se extiende a 20 meses más, se supone que se duplicaría su costo la suma (sic) que contempla los ítems siguientes.” Para la Sala esta operación o sistema de identificación del perjuicio resulta equivocada, y es inadmisibles, pues las pruebas que obran en el expediente no acreditan la existencia del mismo, y sólo demuestran el hecho presuntamente causante de este. En efecto, era necesario probar en el proceso que el contratista pagó más dinero por la mano de obra y en que cantidad; que utilizó los equipos más tiempo o que estuvieron inutilizados o que rindieron menos en su labor y cuánto -lo propio aplica a la maquinaria-; que se pagaron más viáticos al personal y cuánto; que las oficinas y los campamentos tuvieron unos costos adicionales reales por su mayor permanencia; que se pagaron más pasajes al personal extranjero; que se debieron emplear más elementos de consumo, cuáles y cuánto valen, entre otros conceptos. Echa de menos la Sala el análisis que en materia probatoria correspondía realizar: con la bitácora de la obra en la mano y demás registros contables de los pagos adicionales realmente efectuados, proceder a verificar si se pagó personal adicional o sólo se reprogramaron los turnos de trabajo; si la maquinaria -toda o parte- estuvo parada, durante cuánto tiempo, o si fue retirada de la zona y regresó nuevamente cuando pudo trabajar; si se hicieron pagos en exceso por concepto de administración, entre otros conceptos e ítems, los cuales era necesario verificar que efectivamente se hubieran afectado, para proceder luego a cuantificarlos. En estos términos, estima la Sala que pese a que está acreditada la existencia del hecho dañoso -el incumplimiento del contrato-, no se probó que el mismo le hubiese causado los perjuicios reclamados, presupuesto indispensable para declarar la responsabilidad a cargo de éste -art. 90 CP-.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Equilibrio económico. Disminución unilateral de ítems de la obra

Otras dos conductas de incumplimiento del contrato que atribuyó el demandante al entonces Fondo Vial Nacional tienen que ver con ítems de obra no ejecutados, por las siguientes razones: i) porque se disminuyeron unilateralmente, pese a que según los planos entregados al contratista habían sido considerados aptos y ii) porque se suprimió un ítem denominado “tableros prefabricados”, ya que los diseños estructurales estaban equivocados. En su momento, la entidad demandada se defendió manifestando que las actuaciones censuradas tienen su apoyo y justificación en la voluntad de las partes, toda vez que el objeto del convenio contractual fue amplio, las obras de mantenimiento pactadas no quedaron plenamente determinadas en el contrato, y en él se dijo expresamente que las cantidades de obra eran aproximadas y que se podían aumentar, disminuir o suprimir durante su desarrollo por voluntad del Fondo Vial o por la ocurrencia de condiciones especiales. El a quo estudió de manera conjunta estas dos conductas reprochadas, por considerar que se refieren a un mismo tema -“disminución de obras contratadas”-, y acogió el dictamen pericial en que se determinaron las cantidades de obra suprimidas, comparando las listas de “cantidades de obras del pliego de condiciones de la licitación” con el “acta de liquidación final del contrato” y multiplicó la diferencia por los valores de tarifa horaria de la maquinaria indicados en el “análisis de precios de la propuesta para licitación”, para concluir que el valor que dejó de percibir el contratista, por la maquinaria, es del 54% del valor de la tarifa horaria de la maquinaria, que produjo lucro cesante por el capital invertido en ellas. El Tribunal reconoció, entonces, el valor de \$48'982.230, que

ajustados ascienden a la suma de \$127'066.468. La Sala encuentra en este punto, a diferencia del a quo, que la conducta descrita tampoco rompió el equilibrio económico del convenio, porque i) la posibilidad de ejecutar cantidades inferiores a las pactadas estaba contemplada en el contrato, ii) el valor suprimido no alcanzó a alterar la balanza económica contractual, y porque iii) a la vez que se suprimieron cantidades de obra, igualmente se ejecutaron y pagaron otras no contempladas originalmente, que permitieron mantener la ecuación financiera. Para sumar a los anteriores argumentos, y concluir con suficientes razones que el sólo hecho de suprimir algunos ítems del contrato no constituyó un incumplimiento del mismo, a cargo de la entidad estatal, ni equivale a una alteración de la ecuación financiera, tiene en cuenta la Sala que si bien se disminuyeron o eliminaron algunos ítems o cantidades de obra, también es cierto que otros tantos fueron adicionados y compensaron la disminución padecida de los otros, tal como se permitía en la cláusula contractual aludida.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Acta de terminación unilateral. Legalidad

Se revocará también la nulidad del acta de liquidación unilateral del contrato, partiendo del hecho de que en el art. 193 del decreto 150 de 1976 -régimen legal aplicable al contrato objeto del litigio-, no se exigía que en el acta de liquidación constaran los ajustes, revisiones y reconocimientos a que hubiere lugar. No se accederá a declarar la nulidad del acta de liquidación, por cuanto dicho documento contiene reconocimientos aceptados y pagados por la entidad contratante y no cuestionados por el consorcio contratista, que le dan firmeza a los puntos allí resueltos y gozan de la presunción de legalidad. Afirmar lo contrario implicaría dejar sin fundamento el reconocimiento y pago que hiciera la entidad demandada de los \$2.562'157.945,45 que percibió el contratista a través de un proceso ejecutivo, y que se basó, precisamente, en que dichos actos administrativos contenían una obligación clara, expresa y exigible.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D. C, marzo cinco (5) de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 13001-23-31-000-1998-06856-01(15600)

Actor: CONSTRUCTORA SANZ COBE SA. Y OTRA

Demandado: FONDO VIAL NACIONAL

Referencia: APELACION SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las firmas integrantes del consorcio demandante -Constructora Sanz Cobe SA. y Layne

Dredging Co.- y el Fondo Vial Nacional -hoy Instituto Nacional de Vías-, contra la sentencia proferida el 4 de mayo de 1998, por el Tribunal Administrativo de Bolívar -fls. 772 a 824, cdno. ppal.-, mediante la cual resolvió:

“PRIMERO: Declárese la nulidad de las Resoluciones Nos. 008669 de nueve (9) de octubre de 1985 y 0011405 de doce (12) de diciembre de 1998, expedidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

“SEGUNDO: Declárese que el FONDO VIAL NACIONAL, hoy INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, incumplió el contrato No. 493 de 1981 y sus adicionales Nos. 156 de 1983 y 302 de 1984 celebrado con el Consorcio CONSTRUCTORA SANZ COBE S.A. (antes CONSTRUCTORA SANZ Y CIA. COBE LTDA.) y LAYNE DREDGING CO.

“TERCERO: Condénase al FONDO VIAL NACIONAL, hoy INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a pagar al Consorcio demandante la suma de OCHOCIENTOS VEINTIUN MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$821.254.852.00), valor este que se actualizará conforme la fórmula consignada en la parte motiva de esta providencia.

“CUARTO: Condénase a pagar al FONDO VIAL NACIONAL, hoy INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS un interés (sic) al Consorcio demandante, a título de lucro cesante, un interés del 0.5% mensual sobre la suma mencionada en el numeral anterior, desde diciembre de 1985 hasta la fecha en que quede ejecutoriado este fallo.

“QUINTO: Inhíbese para emitir pronunciamiento de fondo sobre el proceso No. 7035 por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia (...)

“SÉPTIMO: Niégase las demás peticiones de la demanda. ”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Este proceso contiene dos demandas acumuladas, las cuales se resumen del siguiente modo.

1.1. Expediente No. 7035.

En este proceso sólo uno de los integrantes del consorcio, la empresa LAYNE DREDGING CO., formuló demanda. En síntesis, indica que la entidad incumplió el contrato, especialmente porque no pagó, en la oportunidad debida,

la suma de \$350'797.863,41, que quedaron contemplados, como saldo a su favor, en la resolución de liquidación unilateral, pretendiendo en términos generales, la indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del contrato.

1.2. Expediente No. 6856.

La demanda fue presentada por las sociedades CONSTRUCTORA SANZ COBE SA. y LAYNE DREDGING CO., como integrantes del consorcio que suscribió el contrato No. 493 de 1981 con el FONDO VIAL NACIONAL, en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales -art. 87 CCA.-.

1.2.1. Pretensiones: La parte actora formuló las siguientes -fl. 1 a 2, Cdo. 4-:

“PRIMERO: Que el FONDO VIAL NACIONAL incumplió el contrato número 493 de 1981, celebrado entre dicha entidad y el consorcio formado por las compañías “LAYNE DREDGING O.” y “CONSTRUCTORA SANZ Y CIA. COBE LTDA.” (hoy “CONSTRUCTORA SANZ COBE S.A.”), para la ejecución de las obras de mejoramiento de las condiciones de navegación del Canal del Dique.

“SEGUNDO: Que, en consecuencia, el FONDO VIAL NACIONAL es responsable y debe indemnizar al consorcio integrado por las sociedades “LAYNE DREDGING CO.” y “CONSTRUCTORA SANZ COBE S.A.” (antes CONSTRUCTORA SANZ Y CIA. COBE LTDA.) los perjuicios sufridos, por razón o con ocasión del incumplimiento contractual, constituidos, entre otros, por los daños directos e indirectos, en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante; los perjuicios materiales y los sufridos por el “good will” o buen nombre empresarial de mis poderdantes.

“TERCERO: Que el monto indemnizatorio debe actualizarse o corregirse monetariamente, a fin de que se compensen los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la época de acusación (sic) de daño y la fecha del pago efectivo.
(...)

“SEXTO: Que son nulas las resoluciones números 008669 de 9 de octubre de 198, por medio de la cual se liquidó el contrato 493 de 1981 y sus adicionales 256 de 1983 y 302 de 1984, y 011405 de 12 de diciembre de 1985, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la resolución antes mencionada, actos expedidos por el Ministro de Obras Públicas y Transporte.”

1.2. Los hechos. Como fundamento de las súplicas en la demanda se narraron los siguientes hechos:

Producto de una licitación pública, abierta por el Fondo Vial Nacional, el 24 de abril de 1981, que tenía por objeto “la construcción de las obras para el mejoramiento de las condiciones de navegación del Canal del Dique”, el Consorcio integrado por las firmas demandantes presentó propuesta y resultó adjudicatario del contrato No. 493 de 13 de octubre de 1981.

En contravía de las estipulaciones contractuales, el FONDO VIAL NACIONAL, en desarrollo del contrato, se comportó de la siguiente manera:

“a) No adquirió oportunamente todas las zonas requeridas para la ejecución de los trabajos.

“b) No entregó al contratista en el tiempo convenido todos los planos de construcción.

“c) No reservó los fondos necesarios para el contrato.

“d) Debido a la insuficiencia de recursos presupuestales para hacer los pagos al consorcio, y ante la ausencia de mecanismos que le permitieran arbitrar los dineros para ello, dio lugar a que el plazo del contrato se ampliara en dos oportunidades: la primera por medio del adicional 256 de 1983, en 12 meses; y la segunda, mediante el contrato 302 de 1984 por 8 meses más.

“e) Por imposibilidad de ejecutarlas disminuyó unilateralmente ítems de obras, correspondientes a sitios que habían sido considerados aptos en los planos suministrados al contratista.

“f) Por haberse presentado unos diseños estructurales equivocados, suprimió el ítem de obra denominado tableros prefabricados.

“g) Demoró la cancelación de las actas de obra por más de 30 días.

“h) Retuvo al consorcio la suma de \$10.000.000 por la caída accidental de unos pilotes de propiedad de éste, en el canal del dique.

“i) Hizo caso omiso para efectos de la ejecución del objeto contratado de la inundación presentada en el sitio denominado Santa Lucía”. -fls. 5 y 6-

Dice el actor que el Ministro de Obras Públicas y Transporte, el día 9 de octubre de 1985, liquidó unilateralmente el contrato, sin contemplar las

prestaciones, créditos e indemnizaciones que el consorcio había reclamado por las conductas antes descritas.

El consorcio interpuso el recurso de reposición contra la anterior decisión. Solicitó la modificación de la resolución liquidatoria, en el sentido de reconocer, como parte de la misma, el valor de los derechos económicos que corresponden por: retenciones, pagos atrasados, costos por duplicación del plazo del contrato, lucro cesante, costos por nacionalización de equipos no utilizados, indemnizaciones por terminación del contrato sin concluir el objeto y conversiones por depreciación de esos conceptos.

El recurso fue resuelto desfavorablemente el 12 de diciembre de 1985, pese a que estos hechos ocasionaron perjuicios al consorcio -llevando a uno de sus miembros al concordato-, representados aquellos en el daño emergente, lucro cesante y otros perjuicios derivados de la lesión al buen nombre comercial de las empresas.

2. El trámite en la primera instancia

2.1. Contestación de las demandas.

2.1.1. Contestación de la demanda en el proceso con radicado No. 7035.

Esencialmente la entidad pública se defendió señalando que la suma de dinero que se reclama en este proceso ya había sido solicitada, por el mismo actor, en un ejecutivo que se adelantaba ante el juzgado octavo civil del circuito de Bogotá -fls. 637 a 638, Cdno. 19-.

2.1.2. Contestación de la demanda en el proceso con radicado No. 6856.

Esta demanda se admitió por auto de 4 de mayo de 1987. El 18 de febrero de 1988 el *a quo* suspendió el proceso hasta el 1 de marzo de 1988, por solicitud que en ese sentido elevaron las partes. Esta fecha se prorrogó hasta el 30 de abril de 1988.

La entidad pública contestó la demanda el 27 de mayo de 1988 -fls. 101 a 110, Cdno. 4-, oponiéndose a las pretensiones de la parte actora. Propuso las siguientes excepciones:

Indebida acumulación de pretensiones: Se aduce que la demanda acumuló pretensiones de una acción contractual con otras propias de una acción de nulidad -las referentes a la nulidad de las resoluciones No. 008669 y 011405 de 1985, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato-. Esta última acción, por recaer sobre un acto separable del contrato, tiene su propia normatividad, tiempo de caducidad y no se pueden tramitar conjuntamente.

Caducidad: La resolución que resolvió el recurso de reposición contra el acto administrativo que liquidó el contrato fue notificada y quedó ejecutoriada el 26 de diciembre de 1985. Por su parte, la demanda se presentó el 22 de abril de 1987, cuando ya habían pasado los 4 meses a que se refiere el art. 136 del CCA., teniendo en cuenta que la acción precedente para atacar estos actos era la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Falta de integración del acto administrativo demandado: Las resoluciones No. 008669 y 011405 forman parte un acto administrativo complejo, que también se conforma con el acta final de liquidación de 25 de septiembre de 1985, la cual no fue atacada en la demanda.

2.2. Pruebas, acumulación y alegatos de conclusión.

2.2.1. El proceso se abrió a pruebas mediante auto de 19 de octubre de 1988. Luego se citó a audiencia de conciliación, mediante auto de 26 de agosto de 1992, la cual fracasó.

2.2.2 Acumulación de procesos. Mediante auto de 21 de noviembre de 1994 el Tribunal accedió a la solicitud de la entidad demandada, en el sentido de acumular ambos procesos, como quiera que se originaban en el mismo contrato y existía igualdad de partes.

Finalmente, se corrió traslado para alegar, mediante auto de 30 de octubre de 1995.

2.2.3. Alegatos de la parte actora.

2.2.3.1. La sociedad LAYNE DREDGING CO. guardó silencio.

2.2.3.2. La CONSTRUCTORA SANZ-COBE SA. reiteró las pretensiones y hechos narrados en la demanda, y manifestó, respecto de las excepciones formuladas, que -fls. 256 a 278, Cdo. 4-:

No procede la excepción de *indebida acumulación de pretensiones*, porque la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que son acumulables las pretensiones contractuales que buscan la indemnización por incumplimiento del contrato con las que pretenden la declaratoria de nulidad de los actos administrativos contractuales.

Afirmó que tampoco procede la excepción de *caducidad de la acción* de nulidad y restablecimiento del derecho, porque lo que se está tramitando es una acción relativa a contratos, cuyo término es de dos años, contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento -art. 136 CCA.-.

También se opuso a la excepción de *falta de integración del acto administrativo demandado*, porque según el decreto 222 de 1983, cuando las partes no liquidan de mutuo acuerdo el negocio, la resolución motivada de la administración es la que constituye la liquidación unilateral.

Sumado a los anteriores puntos, manifestó que se encuentran probados en el expediente los incumplimientos que se endilgan al demandado, así como los perjuicios sufridos por el contratista.

Respecto de la nulidad de las resoluciones demandadas, señaló que deben anularse porque contrarían las disposiciones constitucionales, que imponen a las autoridades actuar de buena fe y proteger los bienes de los particulares -art. 2, 3 y 58-; así como las normas sobre contratos, que obligan a quien causa perjuicios a indemnizarlos, del mismo modo que viola los preceptos sobre liquidación de contratos administrativos -art. 287 y 289 del decreto 222 de 1983- y los principios fundamentales del derecho administrativo y privado -abuso del derecho, enriquecimiento sin causa e intangibilidad de la remuneración del contratista-.

2.2.4. *Alegatos de la parte demandada*. La entidad pública reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y también controvertió

los hechos y las interpretaciones que ésta hace de las normas consideradas violadas, aduciendo, en síntesis, que:

El mayor tiempo de permanencia en la obra no es producto de incumplimiento alguno, sino de la voluntad de las partes y de la buena fe en la ejecución de los contratos, manifestada en los convenios adicionales No. 256 y 302 de 1984, “De manera que ahora, como insólita e injurídicamente lo pretende el Consorcio al ejercitar la acción motivadora de este negocio, no existe la posibilidad de cuestionar exitosamente unas conductas, unos comportamientos que las mismas partes legitimaron con el acuerdo de voluntades que se recogió en los dos contratos adicionales repetidamente mencionados.”

La supuesta violación a los artículos 2, 16, 30 y 215 de la CP. resulta de una estimación personal que ofrece vaguedad.

En la demanda se olvida que la exigibilidad de las obligaciones contractuales es para ambas partes y no sólo para el Fondo Vial Nacional -art. 1609 CC-, pues el consorcio también incumplió el contrato, tal como está probado, por compromisos tales como: i) no someter a aprobación del interventor el plan de excavación y disposición de material como se exigía en la cláusula 6, ii) no colocó las vallas que exigía el pliego de condiciones durante el primer mes de ejecución, iii) no presentó el plan de control de agua subterránea, iv) no constituyó oportunamente las garantías, v) no cumplió con el programa de inversiones del contrato 293, discriminado mes a mes, y vi) no cumplió con el programa de inversión del anticipo. Ante estas circunstancias opera la excepción de contrato no cumplido -art. 1609 CC.-

En relación con las obras no previstas, la modificación de los planos y el aumento o disminución de obras, esto no obedece al incumplimiento del contrato, sino a lo que convinieron las partes en la cláusula 8 del mismo, donde se señaló que las cantidades de obras contempladas son aproximadas y se pueden aumentar, disminuir o suprimir durante el desarrollo del mismo.

En cuanto a las dificultades causadas por razones presupuestales, estas deben entenderse contempladas en la cláusula 9 del contrato, y por tal razón no pueden tomarse como un incumplimiento. En dicha cláusula se dispuso: “FONDOS DEL CONTRATO Y SUJECCIÓN A LAS APROPIACIONES

PRESUPUESTALES” “Los pagos que el FONDO VIAL NACIONAL se compromete a efectuar al CONSORCIO CONTRATISTA, quedan sujetos a las apropiaciones que para tal fin se hagan en su presupuesto.” Y en el parágrafo advierte que el valor de las obras contratadas excede a las apropiaciones para la vigencia de 1981, por lo cual el contrato fue “aprobado previamente por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación”.

Respecto a que el contratista resultó obligado a duplicar la duración de las obras ejecutadas, señaló que en la cláusula 3, sobre el plazo, se previó que las partes podrían modificarlo celebrando un contrato adicional, que fue justamente lo que se hizo.

Sobre la censura porque el Fondo Vial terminó el contrato unilateralmente, sin que el objeto se hubiera cumplido totalmente, señala que este se terminó por vencimiento del plazo acordado en el segundo contrato adicional el 24 de abril de 1985, por lo que no se trata de una terminación unilateral.

Agregó que las circunstancias aducidas como incumplimientos a cargo del Fondo se encontraban, sin excepción, previstas en el contrato suscrito, y fueron saneadas o convalidadas con la suscripción de los convenios adicionales.

2.2.5. Concepto del Ministerio Público. Solicita que se nieguen parcialmente las súplicas de la demanda, manifestando que el contratista no puede reclamar por incumplimiento del Fondo Vial Nacional cuando, a su vez, no cumplió algunas cláusulas del contrato; y si bien se acreditaron algunos incumplimientos de la demandada -según el art. 1609 CC.-, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, de manera que la mora purga la mora.

3. La sentencia recurrida

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Sobre la excepción de *indebida acumulación de pretensiones* sostuvo que la acción indicada es la referente a las controversias contractuales, porque el acto

de liquidación unilateral del contrato no es separable, y es demandable junto con las peticiones que tienen que ver con el incumplimiento de aquél.

En relación con la excepción de *caducidad*, señaló que tanto el acto de liquidación como el incumplimiento y la indemnización de perjuicios son demandables conjuntamente, mediante la acción contractual, que tiene un término de caducidad de 2 años. De este modo, si la resolución acusada quedó ejecutoriada el 26 de diciembre de 1985, los actores podían demandar hasta el 26 de diciembre de 1987. De allí que si la demanda se presentó el 22 de abril de 1987, se hizo dentro del término legal.

En cuanto a la excepción de *falta de integración del acto administrativo demandado*, manifestó que el acta de liquidación del 25 de septiembre de 1985 es un acto preparatorio o de trámite, que en cambio el definitivo es la resolución demandada y su confirmatoria, de manera que tampoco prospera esta excepción.

Sobre las pretensiones y excepciones propuestas en el proceso acumulado No. 7035 -relacionado con el cobro de \$350'797.863-, admitió la excepción de *falta de legitimación del actor para accionar*, por considerar que la actora -la sociedad LAYNE DREDGING CO.- no podía formular demanda individualmente, pues el contrato de obra fue suscrito por dos sociedades consorciadas, que actuaron solidaria y mancomunadamente "... lo que significa que las actuaciones, hechos y omisiones que se presentaron en desarrollo de dicho contrato afectan a los miembros de la Sociedad Contratante por igual y las obligaciones del contratante son para con la figura jurídica nueva (Consortio) distinta de los socios individualmente considerados" -fl. 786, Cdo. 19-. En consecuencia, se inhibió para fallar en este proceso.

Sobre el estudio de fondo del proceso con radicado No. 6856, y para resolver las peticiones del demandante respecto de de las observaciones hechas al acta de liquidación, concluyó que:

Respecto de la adquisición inoportuna de las zonas requeridas para la ejecución de los trabajos, señaló que, efectivamente, y según las conclusiones del dictamen pericial, el demandado no cumplió con su obligación, y ante este hecho el contratista tuvo inconvenientes para ejecutar el contrato. En consecuencia el

consorcio debió permanecer más tiempo del pactado. Lo que ocasionó un incremento en los costos del mismo.

Agregó que esto ocasionó la ruptura del equilibrio financiero del negocio, porque el contratista debió permanecer en la obra el doble del tiempo acordado en el contrato inicial -es decir, 20 meses más-, lo que duplicó los costos iniciales. Esta situación fue imprevista para el contratista, y por eso tiene derecho a que se le restablezca la ecuación económica del contrato, colocándolo en un punto de no pérdida, para colmar las expectativas de lucro que tenía cuando lo suscribió.

Por ese desfase de tiempo, al consorcio contratista se le deben reconocer los costos indirectos -nómina, gastos de oficina, campamentos e instalaciones, campamentos locales y arriendo, transportes y comunicaciones, elementos de consumo, pasajes, viáticos, casino y transporte de dragas-, multiplicados por el mayor número de meses necesarios de ejecución que se causaron durante el plazo adicional, equivalentes a \$628'439.000, y ajustados con la fórmula automática prevista en la ley.

En cuanto a la falta de entrega de planos al contratista, en el tiempo convenido, manifestó que según el dictamen pericial y el informe de interventoría del 20 de noviembre de 1984, el Fondo incumplió con esta obligación pese a que estaba pactada en la cláusula 13. Esta circunstancia también tuvo como consecuencia la demora en la ejecución de las obras y la duplicación del plazo previsto para las mismas.

Respecto a la falta de reserva de los fondos necesarios para ejecutar el contrato, señaló que el Fondo Vial no contaba con la disponibilidad presupuestal suficiente para garantizar su ejecución, porque en el contrato principal sólo se comprometió a reservar \$762'866.250, que constituye sólo el 24% del valor total del contrato, que era de \$3.051'465.000. De manera que durante la vigencia del mismo, y sus adicionales, no se apropiaron, en forma correcta y oportuna, los recursos necesarios para cubrirlo.

Pese a tal circunstancia, no se demostró cuáles actas se cancelaron tardíamente, qué tiempo transcurrió entre la presentación y su pago; así mismo, tampoco es claro el dictamen pericial acerca de a qué acta corresponde el valor

del ajuste por mora, de manera que es improcedente asumir los valores previstos en el dictamen. Con este argumento se negó el pago de intereses por mora.

Respecto a la disminución de ítems de obras de sitios considerados aptos en los planos y la supresión del ítem denominado “tableros prefabricados”, acogiéndose a lo expuesto en el experticio en que se compararon las cantidades de obras del pliego de condiciones con las del acta de liquidación final del contrato, que como se suprimieron unidades de obra, esto produjo un lucro cesante de capital invertido en ellas sobre el 54% del valor de la tarifa, atendiendo a que la maquinaria no sufrió desgaste porque no trabajó y que ello equivale a reconocer el monto de \$48'982.230, que ajustados ascienden a la suma de \$ 127'066.468.

Además, como lucro cesante correspondiente al equipo importado por el ítem “tableros prefabricados”, que fue suprimido, se acogió a lo señalado en el dictamen, según el cual, como el consorcio no pudo pagar porque no los puso a trabajar, ni pudo reexportar los equipos, y debió nacionalizarlos y entregarlos como dación en pago a un Banco, después de liquidado el contrato, ha de reconocerse una suma por su nacionalización con intereses del capital al 18% efectivo anual en dólares, por los meses en que el equipo estuvo en la obra, equivalentes, a mayo 30 de 1985, a \$105'308.404.

Concluyó que las partidas reconocidas a cargo del FONDO VIAL NACIONAL -hoy INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-, ascienden a \$821'254.852 que deben ser actualizadas, según el IPC de diciembre de 1985 y el vigente cuando quede ejecutoriada la sentencia, además de un lucro cesante de intereses del 0,5% mensual durante ese mismo período.

4. El recurso de apelación

Tanto el Instituto Nacional de Vías -que retomó funciones del anterior Fondo Vial Nacional-, como los dos integrantes del consorcio contratista, se opusieron a la decisión adoptada por el *a quo*, y adujeron en sus recursos que:

4.1. La Sociedad Layne Dredging Co. Se mostró inconforme con los numerales 3 y 4 de la parte resolutive de la providencia, mediante recurso interpuesto el 20 de mayo de 1998, así:

Sobre el numeral tercero, dijo que la forma de actualizar la condena, según la variación del índice de precios al consumidor, debe contarse no desde diciembre de 1985, sino desde abril de 1981, pues el valor del contrato con base en el cual se estableció la condena corresponde al valor adquisitivo del mes de apertura de la licitación y así lo dispone la cláusula de ajustes -Cl. 11, par. 3-. Así mismo, las partidas reconocidas por obras suprimidas y costos de nacionalización corresponden a precios de valor adquisitivo de mayo de 1995, debiendo tenerse como base de ajuste mayo de 1985.

En cuanto al numeral cuarto, que se refiere a la liquidación del interés del 0.5% mensual sobre la suma concedida en la sentencia, considera que para que realmente se compense la productividad perdida del capital durante el tiempo transcurrido desde la causación del daño, se debe ordenar que la tasa de intereses se aplique al valor del daño, previamente actualizado. En ese sentido, basa su petición en el art. 4.8 de la ley 80 de 1993.

4.2. La Sociedad Sanz Cobe. Sus razones de inconformidad se expresaron en el siguiente sentido:

- Considera que los perjuicios por mora en el pago de las cuentas presentadas durante la ejecución del contrato deben reconocerse, puesto que "(i) estos perjuicios sí se pidieron; (ii) que la demora fue probada; (iii) que se cuantificó el valor".

- Respecto de los perjuicios sufridos por la pérdida de tiempo del equipo, por la entrega inoportuna de los sitios de trabajo y de los planos, advierte un error al entender que están comprendidos en el punto sobre el plazo del contrato, pues la duplicación de éste no sólo tuvo como consecuencia la mayor permanencia del equipo, sino que con ella ocasionó: i) la pérdida de tiempo del mismo, ii) los sobrecostos por traslados dentro de la obra y iii) aumento no previsto en el número de máquinas programadas.

- También señala que el Tribunal incurrió en un error aritmético, en el aparte sobre "Resumen de las partidas reconocidas anteriormente", toda vez que los \$628'439.000 corresponden a precios "del día original del contrato", según el

dictamen pericial, y esa cifra no se convirtió a precios de mayo de 1985, de manera que las cifras sumadas no son homogéneas.

Adicionalmente, pone de presente que se incurrió en un error de transcripción, pues pese a que se reconoce por costos de nacionalización, a mayo 30 de 1985, la suma de \$105'306.404, al hacer el resumen se cita la cifra sin actualizar de \$65'749.384, generando un error en la suma total reconocida.

- Finalmente, reclama los puntos negados por el Tribunal en lo que respecta a la pérdida de tiempo del equipo y los perjuicios por mora en los pagos, en las sumas dispuestas en el dictamen pericial.

4.3. El Fondo Vial Nacional, luego INVIAS.

Interpuso el recurso el 26 de mayo de 1998. Afirma que el dictamen pericial es incompleto, y que no se tuvieron en cuenta las demás pruebas del proceso, porque sólo favorece al contratista al considerar únicamente los ítems suprimidos y no los aumentados en compensación. Esto se demuestra en el hecho de que el contrato tuvo un valor de \$3.051'465.000, y para cubrir los reajustes se adicionó en \$1.632'460.411.

Además, los argumentos de la providencia son simplistas y ligeros al calcular los perjuicios por el sólo transcurso del tiempo, sin contar con lo previsto en el contrato principal y sus adicionales, según el cual las partes podían modificar el plazo y en razón a ello se pactaron tiempos adicionales y reajustes económicos que no rompían el equilibrio financiero del contrato, pues, de no ser así, el contratista no hubiera consentido en las ampliaciones sin aducir en ese momento el desequilibrio financiero.

Esta decisión la tomaron voluntariamente las partes, de manera que el consorcio no la objetó, y por ello no tiene derecho a indemnización. Corroboró lo anterior el objeto amplio del contrato, la versatilidad respecto de situaciones inesperadas, y las cláusulas que preveían que las cantidades de obra eran aproximadas y sujetas a aumentos, disminuciones, cambios o supresiones por voluntad del Fondo.

Respecto a la falta de entrega al contratista de los planos y predios, en el tiempo convenido, manifestó que en la cláusula 3 se dejó abierta la posibilidad de que hubiera errores, y se dijo que en tal circunstancia el contratista se sujetaría a los planos que el Fondo Vial le suministrara. Además, en el contrato no se previó un momento preciso para entregarlos.

Agregó que conceder una indemnización por la maquinaria inactiva supone presumir que estuvo inmovilizada todo el tiempo de ejecución del contrato. Además, en la cláusula 6, el consorcio se comprometió a tener en el lugar de las obras el equipo ofrecido en la propuesta, y a su costa.

Reiteró que el acta de liquidación final del contrato no fue demandada, y se encuentra en firme, de manera que el consorcio está conforme con lo allí señalado, incluso con el saldo a su favor de \$350'797.863, que fue cobrado y pagado mediante un proceso ejecutivo, en el que dicha suma se convirtió en \$2.562'757.495, por la mora en el pago del capital.

También sostiene que si se declara nula la resolución liquidatoria y su confirmatoria, los efectos también serán nulos y los dineros indexados que por ellas recibió el Consorcio deben descontarse de lo que ahora obtienen en el fallo impugnado, porque el pago hecho queda sin fundamento y constituye un enriquecimiento sin causa.

Respecto a la disponibilidad presupuestal de los fondos necesarios para el contrato, considera que se cumplió con la cláusula 9, efectuando la reserva al momento de celebrar el negocio, y comprometiendo vigencias futuras en las cuantías correspondientes.

Para finalizar, aclaró que el Fondo Vial Nacional se reestructuró y hoy en día se conoce como Instituto Nacional de Vías -Decreto 2171 de 1992 y ley 105 de 1993-, y que en estas normas se dispuso que los contratos que no correspondan al objetivo y funciones del INVIAS los seguiría ejecutando el Ministerio de Transporte -art. 62 del decreto 2171 de 1992- y que dentro de su objeto se encuentra la administración, conservación y construcción de la infraestructura vial -puentes y carreteras nacionales-; no la administración y mantenimiento de la infraestructura y transporte fluvial.

Por lo anterior, considera que en la parte resolutive del fallo se asimila erróneamente el FONDO NACIONAL VIAL con el INVIAS, siendo improcedente hacer recaer sobre éste la condena.

5. El trámite en esta instancia

Los recursos se admitieron los días 9 de noviembre y 9 de diciembre de 1998. Luego se ordenó correr traslado para alegar de conclusión, mediante auto del 12 de abril de 1999, y para que el Ministerio publico rindiera concepto, etapa procesal en la que las partes señalaron:

5.1. Alegatos de conclusión

5.1.1. Sociedad Layne Dredging Co. Solicitó que se tengan en cuenta las razones expuestas en el recurso de apelación de la sociedad Sanz Cobe SA., así como las propias, con el fin de que se modifique y aclare la decisión, accediendo a las pretensiones formuladas -fls. 919 a 924, Cno. Ppal.-.

5.1.2. Sociedad Sanz Cobe SA. Transcribió extensamente lo expuesto en el escrito de apelación, al tiempo que en un aparte, que denomina “aclaración inicial”, manifestó que el consorcio se encuentra liquidado, que no tiene ningún vínculo con LAYNE DREDGING CO. y que según la liquidación y el documento de cesión suscrito con Layne, lo que resulte en el proceso por reclamaciones sólo le corresponde a ella -fl. 925, cdno. Ppal.-.

5.1.3. Fondo Vial Nacional.

Sostuvo que el consorcio contratista se limitó a objetar, por determinados aspectos, la Resolución No. 8669 de 1985, por medio de la cual se liquidó el contrato. Sin embargo, el fallo no se circunscribió a estas inconformidades sino a declarar la ocurrencia de un desequilibrio financiero. Además, éste fenómeno no estaba regulado por la ley contractual vigente -decreto 222 de 1983-.

También afirma que no se presentó el desequilibrio contractual porque el valor del contrato inicial, que era de \$3.051'465.000, no se disminuyó, sino que se adicionó -en favor del contratista- en \$1.632'460.411, con el fin de cubrir los reajustes ocasionados por las prórrogas.

De otro lado, en el proceso ejecutivo contractual promovido por la sociedad Layne Dredging Co., se condenó al Ministerio-Fondo Vial Nacional a pagar \$2.562'157.945, a pesar de que ya se habían cancelado \$362'250.064.26 en razón a la resolución No. 8669 de 1985, lo que se constituye en un pago indebido, en desmedro del patrimonio público.

Según el art. 1609 CC., ninguna de las partes de un contrato está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no cumpla con su parte, en la forma y tiempo debido. Así, el contratista constituyó extemporáneamente las pólizas a que estaba obligado, no sometió a aprobación del interventor el proyecto de excavación antes de iniciar las obras, no cumplió con el plan de inversiones discriminado mes por mes, e incumplió el programa de inversión del anticipo.

Por su lado, el Fondo Vial se comportó de acuerdo con el contrato, ya que por no adquirir oportunamente los sitios o zonas requeridas para su ejecución dio aplicación a la cláusula 4, modificando, mediante contratos adicionales, el plazo inicial y los reajustes, para efectos de no romper el equilibrio financiero del negocio. En este sentido, en el pago de las actas mensuales se incluía el valor de los costos indirectos, materiales, suministros, con sus utilidades y reajustes.

5.2. Concepto del Ministerio Público

Fue rendido por la doctora Ruth Stella Correa, quien para la época se desempeñaba como Procuradora Delegada ante esta Corporación, de manera que por esta circunstancia se encuentra impedida para conocer del proceso.

Empezó por analizar la naturaleza jurídica de los consorcios y de las uniones temporales, expresando que no tienen capacidad jurídica propia para comparecer a un proceso judicial, pero que entre ellas sí pueden cederse ciertos derechos económicos del contrato.

En cuanto al problema de la ampliación del plazo del contrato, señaló que, efectivamente, la entidad incumplió con la entrega oportuna de las zonas requeridas para ejecutar las obras, así como con los diseños necesarios para adelantar los trabajos. Por esta razón estima el Ministerio público que se debe reconocer la indemnización por la mayor permanencia en obra.

Estima también que se debe reconocer al actor los "ajustes por la mora en el pago de las actas de obra", según la fórmula pactada en el contrato de obra, pues está acreditado el retardo en el pago de las mismas, según certificaciones expedidas por el propio Ministerio de Obras Públicas.

Sobre el aspecto de la apelación relacionado con la actualización de la condena con base en el IPC de la fecha de presentación de la oferta, pide que se niegue, porque los reajustes pagados, según la fórmula del contrato, ya contendrán adecuadamente la indemnización por este concepto.

En relación con la pretensión indemnizatoria por el equipo que se trajo del extranjero para ejecutar los "tableros prefabricados", solicita que se niegue, porque no quedó probado que se hubiera traído, ni el costo de nacionalización.

En cuanto a la pretensión anulatoria de los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato, depreca que se anulen, porque no contienen todos los rubros que se deben reconocer al contratista.

Finalmente, la pretensión para que se pague el mayor número de horas-máquina que debió utilizarse para terminar el contrato se debe negar, porque este concepto está incluido en la indemnización por mayor permanencia en obra y en el reajuste de actas.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer de los recursos de apelación presentados por las partes, en contra de la sentencia del 4 de mayo de 1998, de conformidad con lo previsto en el art. 181 original del decreto 01 de 1984, el cual señalaba que eran apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales administrativos -que superaran las cuantías allí previstas-, pues esta era la norma vigente en la fecha en que se profirió el fallo y se interpusieron los recursos.

En este sentido y dando aplicación a la misma normatividad, en su art. 184 original, la sentencia del caso concreto se conocerá en grado de consulta, toda vez que ella resulta desfavorable para una entidad pública que no la apeló -el Ministerio de Transporte-, tal como se explica a continuación.

En efecto, el artículo 184 citado -norma aplicable al caso- disponía que las sentencias de primera instancia que impongan condena a cargo de una entidad pública podrán consultarse cuando no fueren apeladas por la administración. Esto llevó a concluir que si eran apeladas por la otra parte del proceso -los particulares- en todo caso eran consultables; excepto cuando fueren apeladas por la misma entidad estatal, evento en el cual sólo se daba trámite a este recurso y no operaba la consulta.

En el caso concreto, la administración, Ministerio de Transporte, que debió ser parte en el proceso, no participó del mismo, por tanto no apeló la sentencia, razón por la cual operará la consulta en su favor.

2. Legitimación por pasiva en el proceso

Toda vez que la entidad demandada fue el Fondo Vial Nacional, establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y que luego desapareció, al ser reestructurado durante el trámite de este proceso, adquiriendo la denominación de Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, mediante el decreto 2171 de 1992 -art. 52-, “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”, resulta imprescindible determinar ahora su sucesor procesal en el asunto *sub iudice*, desde el momento en que entró a regir la aludida norma, tal como lo objetó en su recurso de apelación el INVIAS.

Para el efecto, es necesario considerar el art. 60 CPC, el cual prescribe que:

“Art. 60 (Modificado Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Num. 22). Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador.

“Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.

“El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

“El auto que admite o rechaza a un sucesor procesal es apelable.

“Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil, se decidirán como incidentes.” (negrillas fuera de texto)

Según esta norma, en uno de sus supuestos -el que interesa a este caso-, en el evento de que se extinga la persona jurídica que es parte en el proceso, el sucesor de ésta deberá continuar con la carga procesal que ocupaba aquella. Incluso, sino comparece al proceso este continuará y producirá los efectos, como si hubiere hecho parte del mismo.

En el caso concreto, para establecer cuál entidad pública debió ser la sucesora del proceso por pasiva, se debe determinar si el contrato objeto del litigio corresponde a alguno de los objetivos y funciones a cargo del Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, o si acaso el pago de las obligaciones que se deriven del mismo debía sufragarlas al Ministerio de Transporte. Este duda la despeja el art. 62 del decreto 2171 de 1992, el cual establece:

“Art. 62. TRANSITORIO. CONTRATOS PERFECCIONADOS.-Los contratos que hayan sido perfeccionados con cargo al presupuesto del Fondo Vial Nacional, y que correspondan al objetivo y funciones del Instituto Nacional de Vías, se seguirán ejecutando con relación a este Instituto, hasta el vencimiento de los mismos. Los demás contratos que hayan sido perfeccionados con cargo al presupuesto del Fondo Vial Nacional, pero que **no correspondan al objetivo y funciones del Instituto Nacional de Vías, se seguirán ejecutando con relación al Ministerio de Transporte, hasta el vencimiento de los mismos.”** (negrillas fuera de texto)

En este orden de ideas, dentro del objetivo y las funciones asignadas al INVIAS por el Decreto 2171 de 1992 -arts. 53 y 58¹, no se encuentra el

¹ “Art. 53. OBJETIVO DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. Corresponde al Instituto Nacional de Vías ejecutar las políticas y proyectos relacionados con **la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo que se refiere a carreteras.**” (Negrillas fuera de texto)

mejoramiento de las condiciones de navegación del Canal del Dique, ni, en términos más generales, la infraestructura fluvial a cargo de la Nación, pues las competencias que se le asignaron fueron las relacionadas con la infraestructura vial de carreteras.

Por lo anterior, fuerza concluir que la decisión que se tome en el proceso se debe hacer en relación con el Ministerio de Transporte -quien sucedió en las competencias fluviales al extinto Fondo Vial Nacional-, pese a que no compareció al proceso, y esto es lo que justifica que la sentencia se conozca en consulta. De esta manera, se modificará este primer aspecto del fallo de primera instancia.

En efecto, el *a quo* condenó al INVIAS, porque entendió que fue el sucesor procesal, error que será corregido en esta providencia. Ahora bien, bajo ese

“ARTICULO 54. FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. Para el cumplimiento de sus objetivos el Instituto Nacional de Vías desarrollará las siguientes funciones generales:

“1. Ejecutar la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura vial de su competencia, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministro de Transporte.

“2. Elaborar conjuntamente con el Ministerio de Transporte los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias, y demás obras que requiera la infraestructura vial de su competencia.

“3. Coordinar con el Ministerio de Transporte la ejecución de los planes y programas de su competencia.

“4. Dos delegados del Presidente de la República.

“5. Asesorar y prestar apoyo técnico a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados encargados de la construcción, mantenimiento y atención de emergencias en sus infraestructuras viales, cuando ellas lo soliciten.

“6. Recaudar los peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial de su competencia, exceptuando las carreteras, puentes y túneles entregados en concesión, de conformidad con los respectivos contratos.

“7. Celebrar todo tipo de negocios, contratos y convenios que se requieran para el cumplimiento de su objetivo.

“8. Elaborar conforme a los planes del sector la programación de compra de terrenos y adquirir los que se consideren prioritarios para el cumplimiento de sus objetivos.

“9. Adelantar, directamente o mediante contratación, los estudios pertinentes para determinar los proyectos que causen la contribución nacional por valorización en relación con la infraestructura vial de su competencia, revisarlos y emitir concepto para su presentación al Ministro de Transporte, de conformidad con la ley.

“10. Dirigir y supervisar la elaboración de los proyectos para el análisis, liquidación, distribución y cobro de la contribución nacional de valorización, causada por la construcción y mejoramiento de la infraestructura de transporte de su competencia.

“11. Prestar asesoría en materia de valorización, a los entes territoriales y entidades del Estado que lo requieran.

“12. Proponer los cambios que considere convenientes para mejorar la gestión administrativa.

“13. Definir las características técnicas de la demarcación y señalización de la infraestructura de transporte de su competencia, así como las normas que deberán aplicarse para su uso.

“14. Administrar y conservar, bien sea directamente o mediante contratación, los monumentos nacionales cuando no estén a cargo de otras dependencias.

“15. Las demás que se le asignen y correspondan a la naturaleza de sus funciones.”

entendido la entidad interpuso el recurso de apelación, en el cual alegó este hecho, entre otros argumentos mediante los cuales estima que no debía condenársele. Por esta razón, y dada tal circunstancia, la Sala sólo considerará este fundamento del recurso de apelación, pues pese a que la entidad no debió ser parte del proceso, lo cierto es que resultó condenada y se le debe garantizar el derecho a exponer en esta instancia que hubo un error en el entendimiento de quien debió ser el sucesor procesal. De allí que, para emitir un pronunciamiento de fondo no se tendrán en cuenta los demás fundamentos de la impugnación que expuso el INVIAS, quien erradamente actuó a lo largo del mismo.

3. El grado jurisdiccional de consulta surtido a favor del Ministerio de Transporte.

Por razones metodológicas es conveniente estudiar, en primer lugar, la consulta surtida en favor del Ministerio de Transporte, pues, de llegar a prosperar, buena parte de los argumentos del recurso de apelación expuestos por el actor - no todos- perderían sentido, de manera que esto justifica que se aborde en este orden el estudio del proceso en esta instancia.

3.1. Sobre las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

Estima la Sala que el *a quo* negó acertadamente las excepciones propuestas por la entidad demandada, que consistían en: i) indebida acumulación de pretensiones, ii) caducidad de la acción y iii) falta de integración del acto administrativo demandado, de manera que aquí no se agregan más razones de las expuestas en esa instancia.

En cuanto a la excepción de *falta de legitimación del actor para accionar* - en el proceso con radicado No. 7035- por considerar que la demandante -la sociedad LAYNE DREDGING CO.- no podía formular demanda individualmente, pues el contrato de obra lo suscribieron dos sociedades consorciadas, que actuaron solidaria y mancomunadamente "... lo que significa que las actuaciones, hechos y omisiones que se presentaron en desarrollo de dicho contrato afectan a los miembros de la Sociedad Contratante por igual y las obligaciones del contratante son para con la figura jurídica nueva (Consortio)...", el *a quo* la despachó favorablemente a la entidad, y además este punto no fue apelado por

los contratistas, de manera que por encontrarnos en este momento resolviendo la consulta a favor de la entidad estatal, la Sala no hará pronunciamiento al respecto y mantendrá la decisión tal como la adoptó el Tribunal.

3.2. La condena impuesta por la mayor permanencia en la obra.

Buena aparte de la condena impuesta por el *a quo* a la entidad estatal tiene que ver con la mayor permanencia en obra, imputable al Fondo Vial Nacional, como consecuencia de i) la entrega tardía de zonas de trabajo y ii) de los planos necesarios para acometer las tareas contratadas. Este concepto lo denominó el Tribunal como “duplicación del plazo del contrato”, pues se pasó de ejecutarlo en 20 meses a hacerlo en 40 meses. En el fondo, esto es lo mismo que la “mayor permanencia en obra”.

En este aspecto la Sala encuentra acreditado, según las pruebas del proceso, y fundamentalmente el dictamen pericial, que por razones imputables al Fondo Vial Nacional se amplió el plazo del contrato en 20 meses más, debido a que las zonas requeridas para realizar los trabajos y los planos de los mismos no se entregaron a tiempo.

Para estos efectos basta revisar el análisis que en este sentido se hizo a fls. 2 a 12 del peritazgo, donde se detalla, prácticamente mes a mes -apoyado en las actas técnicas de obra y en el informe de interventoría sobre la “ejecución de los trabajos”-, los problemas de entrega de predios, obligación que estaba a cargo del Fondo Vial, según dispone el contrato de obra.

Del mismo modo, se acreditó que la entidad pública retardó la entrega de los planos de construcción, lo cual afectó la ejecución del contrato. A esta conclusión llegó el *a quo* luego de valorar diversas pruebas, y sobre todo de apreciar el análisis que hicieron los peritos -fls. 14 a 17-.

Precisado lo anterior, la Sala evaluará si además de acreditarse el hecho dañoso están establecidos los perjuicios, pues es claro que este aspecto también requiere de la prueba correspondiente. El *a quo*, para estos efectos, se atuvo a lo dispuesto en el informe pericial, el cual también evaluará la Sala para definir si el tema se resolvió acertadamente.

A folios 42 a 44 del peritazgo se señala que el incremento del plazo del contrato, en 20 meses, por causas imputables a la entidad estatal, conllevó a gastos y costos extras en los costos indirectos. Luego indicó que el contratista dividió este rubro de la siguiente manera -fl. 44-:

“Dirección y supervisión construcción 12%

“Administración, legales e instalaciones 17%

“Imprevistos y Utilidad 10%

“Sumamos 39%”

A continuación, sostiene que en la propuesta se calculó como valor de costos indirectos la suma de \$730'699.000 y por imprevistos y utilidad \$117'364.000. Luego acudió a los costos directos presupuestados por el contratista y llega a la conclusión que los costos indirectos son del orden de \$510'710.000, los cuales, sumados a la esperanza de utilidad durante los 20 meses adicionales, ascienden a \$664'949.000. A este valor le restaron algunos conceptos menores y luego se actualizó, arrojando un total de \$1.563'942.000.

Si se hace una valoración de la manera como se calculó el perjuicio, se encuentra que lo que hizo el perito fue tomar los costos indirectos presupuestados por el oferente desde el momento de suscribir el contrato y duplicarlos en el nuevo período, en efecto “si el plazo se extiende a 20 meses más, se **supone** que se duplicaría su costo la suma (sic) que contempla los ítems siguientes.” (Negrilla fuera de texto) -fl. 44-.

Para la Sala esta operación o sistema de identificación del perjuicio resulta equivocada, y es inadmisibile, pues las pruebas que obran en el expediente no acreditan la existencia del mismo, y sólo demuestran el hecho presuntamente causante de este. En efecto, era necesario probar en el proceso que el contratista pagó más dinero por la mano de obra y en que cantidad; que utilizó los equipos más tiempo o que estuvieron inutilizados o que rindieron menos en su labor y cuánto -lo propio aplica a la maquinaria-; que se pagaron más viáticos al personal y cuánto; que las oficinas y los campamentos tuvieron unos costos adicionales reales por su mayor permanencia; que se pagaron más pasajes al personal extranjero; que se debieron emplear más elementos de consumo, cuáles y cuánto valen, entre otros conceptos.

El perito se circunscribió a “suponer” -tal como se expresa literalmente en el dictamen- que en el doble del tiempo inicial se causaban los mismos “costos indirectos” previstos en la propuesta, o en cifras y conceptos muy parecidos. Incluso, se limitó a tomar el presupuesto de la oferta del contrato inicial para deducir el perjuicio a partir de allí.

Echa de menos la Sala el análisis que en materia probatoria correspondía realizar: con la bitácora de la obra en la mano y demás registros contables de los pagos adicionales realmente efectuados, proceder a verificar si se pagó personal adicional o sólo se reprogramaron los turnos de trabajo; si la maquinaria -toda o parte- estuvo parada, durante cuánto tiempo, o si fue retirada de la zona y regresó nuevamente cuando pudo trabajar; si se hicieron pagos en exceso por concepto de administración, entre otros conceptos e items, los cuales era necesario verificar que efectivamente se hubieran afectado, para proceder luego a cuantificarlos.

En estos términos, estima la Sala que pese a que está acreditada la existencia del hecho dañoso -el incumplimiento del contrato-, no se probó que el mismo le hubiese causado los perjuicios reclamados, presupuesto indispensable para declarar la responsabilidad a cargo de éste -art. 90 CP-. En sentido idéntico dijo recientemente esta Sala, argumentos que se añaden a los expresados hasta ahora, que²:

“Como puede observarse, los peritos se limitaron a repetir en el dictamen, las cifras de costos directos e indirectos consignados en la oferta presentada por el contratista para la adjudicación del contrato de obra No. 051 de 1991, cuyo plazo se convino en 4 ½ meses y a partir de dichas cifras procedieron a efectuar un cálculo proporcional en razón del tiempo total que duró la obra, esto es, 10 meses y 5 días, para finalmente establecer la diferencia entre estas dos cifras, pero sin aportar ningún juicio de valor encaminado a establecer si los costos reclamados por el demandante realmente se efectuaron, esto último, entre otras razones, porque el examen de esos no les fue encargado ni formaban parte de la tarea que debían cumplir.

“Costos directos (personal y mano de obra, maquinaria y equipos).

“Se observa que para determinar los costos de personal, los peritos en ningún momento indagaron si existían documentos en el archivo del contratista que les permitieran establecer los valores de la nómina de los trabajadores que fueron contratados entre el 26 de noviembre de 1991 y el 15 de mayo de 1992, o los montos que efectivamente

² Sección tercera. Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp. 14.854.

fueron girados para hacer los pagos de salarios y prestaciones en su favor, o las consignaciones efectuadas en bancos a favor de dichos trabajadores, o los documentos de afiliación al sistema de seguridad social.

“Tampoco los peritos se detuvieron a analizar si la maquinaria y equipos que fueron ofrecidos en la propuesta estuvieron permanentemente en la obra, pues bien puede suceder que algunos de ellos no se necesiten en determinados tiempos debido a la reprogramación de obra impuesta por las distintas prórrogas, como es normal en la construcción y, siendo así, es bastante probable que los equipos y maquinaria ofrecidos, por no requerirse en la obra, en los tiempos inicialmente previstos, pudieran ser utilizados en otras obras o simplemente no fueron tomados en alquiler sino hasta el momento que en realidad se necesitaran, lo cual corresponde a un proceder diligente del contratista que tiene experiencia en la construcción de obras de infraestructura y, por lo tanto, resulta perfectamente válido y factible que el contratista no incurriera en la totalidad de los costos calculados por los peritos, que por demás, en el presente caso, no fueron cuantificados en la demanda.

“Todo ello debió establecerse a partir de diversos elementos de prueba (testimonios, inspecciones, exhibiciones, etc.) como por ejemplo los documentos que deben hacer parte del archivo del contratista para establecer si hubo pagos o consignaciones por concepto de maquinaria y equipos, contratos de alquiler u otro documento que permitiera probar las erogaciones hechas por estos conceptos.

“Lo cierto es que del dictamen pericial no puede deducirse que realmente el contratista incurrió en mayores costos originados en el empleo de maquinaria y mano de obra durante la extensión del plazo contractual; en consecuencia, la prueba así obtenida no resulta suficiente, ni ofrece la certeza necesaria para comprobar que el contratista se vio afectado patrimonialmente con el pago de salarios y prestaciones sociales a sus trabajadores y costos de equipos o maquinaria como consecuencia de las cuatro prórrogas que tuvo el contrato, sencillamente porque no se hizo ningún tipo de análisis para determinar si estos costos eran reales, sino que, a partir de los costos de la propuesta, se hicieron los respectivos cálculos matemáticos, teniendo como único factor el tiempo de ejecución del contrato, sin tomar en cuenta que la finalidad de este medio probatorio es la de obtener la opinión de profesionales expertos en la materia para que **demuestren** si los costos que reclama el demandante **efectivamente** se causaron en la proporción pretendida o si son menores o mayores a los previstos en el contrato inicial, todo ello con suficientes elementos de juicio que ofrezcan convicción y certeza.

“A lo anterior se agrega que al examinar la propuesta presentada por el contratista, para la ejecución de obras adicionales, las cuales dieron lugar al contrato adicional al valor No. 4 (fls. 65 a 71, cd. 7), se observa que en ella se incluyeron algunos de los ítems previstos en el contrato inicial cuyos precios ya estaban determinados y otros nuevos que fueron pactados, aspecto en relación con el cual se impone

destacar que en dichos precios estaba contenido el costo de la mano de obra, maquinaria y equipo, por lo tanto, no habría lugar a reclamar nuevamente este valor por lo que correspondía al tiempo de la última prórroga pactada, identificada como contrato adicional No. 5 de 30 de abril de 1992, la cual básicamente se celebró para ejecutar estas nuevas obras.

“Así las cosas, debe concluirse que el dictamen pericial no aporta elementos de juicio para que pueda tenerse como prueba que permita demostrar que el contratista incurrió en los sobrecostos allí calculados, por concepto de mano de obra, equipos y maquinaria durante el plazo de extensión del contrato y tampoco el demandante allegó al proceso otros elementos probatorios que permitieran demostrar los perjuicios que dijo haber soportado por este concepto.

“En otras palabras, aunque se encuentra probado el hecho que dio lugar a la extensión del plazo contractual y, por ende, a la mayor permanencia en la obra, el demandante, a quien corresponde la carga de la prueba, no logró demostrar que este hecho le hubiere ocasionado perjuicios consistentes en mayores costos por concepto de maquinaria, equipos y mano de obra.

“Como consecuencia de lo anterior se denegará la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento de sobrecostos por concepto de mano de obra, maquinaria y equipo.”

Con fundamento en este criterio, y según las consideraciones expuestas, se deben rechazar las pretensiones indemnizatorias del consorcio que se deriven de la mayor permanencia en la obra, cuales son: i) la no adquisición oportuna de las zonas para la ejecución de los trabajos y ii) la entrega tardía de los planos de la construcción.

Este mismo análisis aplica a la pretensión indemnizatoria por concepto del menor rendimiento de las máquinas, punto que además fue apelado por el actor.

3.3. Reclamos por la disminución unilateral de ítems de obra

Otras dos conductas de incumplimiento del contrato que atribuyó el demandante al entonces Fondo Vial Nacional tienen que ver con ítems de obra no ejecutados, por las siguientes razones: i) porque se disminuyeron unilateralmente, pese a que según los planos entregados al contratista habían sido considerados aptos y ii) porque se suprimió un ítem denominado “tableros prefabricados”, ya que los diseños estructurales estaban equivocados.

En su momento -alegatos de conclusión de primera instancia, obrantes a fls. 287 a 30, Cdno. 1-, la entidad demandada se defendió manifestando que las actuaciones censuradas tienen su apoyo y justificación en la voluntad de las partes, toda vez que el objeto del convenio contractual fue amplio, las obras de mantenimiento pactadas no quedaron plenamente determinadas en el contrato, y en él se dijo expresamente -en la cláusula 8- que las cantidades de obra eran aproximadas y que se podían aumentar, disminuir o suprimir durante su desarrollo por voluntad del Fondo Vial o por la ocurrencia de condiciones especiales.

El *a quo* estudió de manera conjunta estas dos conductas reprochadas, por considerar que se refieren a un mismo tema -“disminución de obras contratadas”-, y acogió el dictamen pericial en que se determinaron las cantidades de obra suprimidas, comparando las listas de “cantidades de obras del pliego de condiciones de la licitación” con el “acta de liquidación final del contrato” y multiplicó la diferencia por los valores de tarifa horaria de la maquinaria indicados en el “análisis de precios de la propuesta para licitación”, para concluir que el valor que dejó de percibir el contratista, por la maquinaria, es del 54% del valor de la tarifa horaria de la maquinaria, que produjo lucro cesante por el capital invertido en ellas. El Tribunal reconoció, entonces, el valor de \$48'982.230, que ajustados ascienden a la suma de \$127'066.468 -fls. 30 a 31, Cdno. 11-.

La Sala encuentra en este punto, a diferencia del *a quo*, que la conducta descrita tampoco rompió el equilibrio económico del convenio, porque i) la posibilidad de ejecutar cantidades inferiores a las pactadas estaba contemplada en el contrato, ii) el valor suprimido no alcanzó a alterar la balanza económica contractual, y porque iii) a la vez que se suprimieron cantidades de obra, igualmente se ejecutaron y pagaron otras no contempladas originalmente, que permitieron mantener la ecuación financiera. Por ende, no se generan perjuicios en contra del contratista, tal como pasa explicarse.

3.3.1. Lo pactado en el contrato original sobre las cantidades de obra a ejecutar. Para dar respuesta a esta pretensión es necesario analizar lo que al respecto se contempló en el contrato, en relación con las cantidades de obra y su ejecución, pues de allí debe partir el análisis del tema.

En efecto, el parágrafo 1 de la cláusula 8 del contrato No. 493 de 1981 se refirió el tema, y dispuso que los precios unitarios, cantidades de obras, costos a

cargo de contratista y fijación de nuevos precios tendrían en cuenta los siguientes parámetros:

“PARÁGRAFO PRIMERO: CANTIDADES DE OBRA.- Las cantidades de obra consignadas en esta cláusula son aproximadas y se pueden aumentar, disminuir o suprimir durante el desarrollo del contrato por voluntad del FONDO VIAL o por condiciones especiales que se presenten en su ejecución. Cualquier variación de las cantidades de obra por ejecutar, con respecto a las previstas en el “Formulario de Cantidades aproximadas de Obra, Precios Unitarios y Valor Total de la Propuesta” requerirá la aprobación del FONDO VIAL, a través de la Secretaría Técnica del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

“Tales variaciones no vician o invalidan este contrato, pero el valor de tales variaciones debe tenerse en cuenta para ajustar el valor del contrato. (...)”

Es importante señalar que esta estipulación fue consentida por el consorcio contratista, cuando manifestó en la carta de presentación de la propuesta -Cdn. 3, fls. 1 a 2-, en el trámite de licitación pública No. 520, lo siguiente:

“Nosotros, los sucritos LAYNE DREDGING CO. y CONSTRUCTORA SANZ Y CIA COBE LTDA., de acuerdo con las condiciones que se estipulan en los documentos de la licitación, hacemos la siguiente propuesta para la construcción de las obras para el mejoramiento de navegación en el Canal del Dique y en caso de que nos sea aceptada por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte- Fondo Vial Nacional-, nos comprometemos a firmar el contrato correspondiente.

“Declaramos así mismo:

6. Que aceptamos las cantidades de obra que se indican en el “Formulario de cantidades aproximadas de obras, Precios Unitarios y Valor Total de la Propuesta”, entendiéndolo que son aproximadas, y por lo tanto variables y que podrán aumentar, disminuir o suprimir, durante el desarrollo del contrato, y ofrecemos ejecutar todo el trabajo necesario y suministrar todos los elementos requeridos para la obra propuesta, a los precios unitarios que figuran en el citado formulario.” (Negrillas fuera de texto)

Este acuerdo, que por cierto no se advierte que sea ilegal, por el contrario resulta bastante razonable si se tiene en cuenta que en el contexto de los negocios de obra pública es prácticamente imposible asegurar que sus cantidades -por ser una labor compleja y grande- se puedan garantizar de manera precisa, lo cual justifica que al momento de contratar las partes convengan que las cantidades sean aproximadas, sin que ello, desde luego, justifique que

caprichosamente se puedan modificar. En efecto bien dice el art. 1.535 del Código Civil, que:

“Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.

“Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá”

Además, se ha dicho que el pilar sobre el que descansan las relaciones contractuales se desprende del principio *pacta sunt servanda*, de donde se origina la obligación de las partes de respetar y cumplir las cláusulas del negocio jurídico que celebraron, porque los vinculan. En el Código Civil este principio se establece en los siguientes términos:

“Art. 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

Ahora bien, respecto al alcance de los poderes del Juez en materia de interpretación de los contratos, la Sala, acogiendo lo planteado por la Corte Suprema de Justicia el 5 de julio de 1983, ha dicho lo siguiente:

“Tiene dicho, la jurisprudencia de la Corte, en torno al punto, que ‘cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar o desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni menos para reducir sus efectos legales o adicionar los que le son propios...’³

3.2.2. *Las cantidades suprimidas fueron acordadas por las partes, y además, las no ejecutadas son razonables, en el contexto de lo acordado en el contrato.* A la razón anterior se suma, analizando la situación desde el punto de vista del equilibrio económico y financiero del contrato, que incluso este no se alteró, porque tales hechos, además de previsibles, no afectaron la ecuación económica del mismo en forma extraordinaria y excepcional, lo que significa que

³ Ver al respecto: Sección Tercera. Sentencia del 18 de noviembre de 1999. Rad. 10.781 y sentencia del 10 de marzo de 2005. Rad. 1.424.

sus implicaciones no excedieron en importancia las condiciones económicas existentes al momento de proponer.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que el valor inicial del contrato fue de \$3.051'465.000 y que la suma por lucro cesante que reconoció el *a quo* se estimó a partir de la disminución en dinero considerando las cantidades de ítems suprimidos, y que según el dictamen pericial es de \$185'442.035, dicha cifra equivale tan sólo al 6% del valor pactado, lo cual no alcanza a afectar la equivalencia económica que se había formado al celebrar el contrato, pues el contratista no sufrió una verdadera pérdida, ya que las obligaciones contractuales no se vieron agravadas más allá del límite del alea normal que debía soportar y que además aceptó al momento de presentar su oferta.

En este orden de ideas, ni siquiera se está frente a una disminución de los ítems de obra que pueda considerarse desproporcionada, en relación con lo que razonablemente las partes del contrato deben soportar, sobre todo en el contexto de la cláusula de cantidades de obra que se citó anteriormente. De hecho, es bastante aceptable que las cantidades finales de una obra no ejecutada oscilen por el valor porcentual que se acaba de anotar, de manera que no se debe reconocer suma alguna de dinero por este concepto, debiéndose revocar también, por este aspecto, la decisión consultada.

De hecho, resulta exagerada la posición que adoptó el *a quo* en este punto, pues se dejó llevar por el peritazgo, que hizo un análisis puramente matemático al respecto, el cual conduciría a pensar, de llevarse a términos absolutos, que si se hubiera dejado de ejecutar un porcentaje ínfimo de las cantidades iniciales de la obra, también se tendría que indemnizar al contratista, desconociéndose que la modalidad de ejecución de un contrato de obra es bien distinta de otros -como el de suministro de bienes, por ejemplo-, donde probablemente una disminución de lo acordado podría dar lugar a la responsabilidad por incumplimiento de lo pactado.

No obstante, y como si lo anterior no fuera suficiente, debe advertirse que el mismo peritazgo hace constar que las supresiones de cantidades obran en "Actas modificatorias aceptadas por las partes" -fl. 112, Cdo. 11-. Es decir, que por este sólo hecho tampoco habría lugar a reconocer indemnización alguna, pues el

contratista dio su consentimiento para proceder de la manera como finalmente se actuó.

3.3.3. *La ejecución de cantidades adicionales de otros ítems.* Para sumar a los anteriores argumentos, y concluir con suficientes razones que el sólo hecho de suprimir algunos ítems del contrato no constituyó un incumplimiento del mismo, a cargo de la entidad estatal, ni equivale a una alteración de la ecuación financiera, tiene en cuenta la Sala que si bien se disminuyeron o eliminaron algunos ítems o cantidades de obra, también es cierto que otros tantos fueron adicionados y compensaron la disminución padecida de los otros, tal como se permitía en la cláusula contractual aludida.

Así las cosas, si se efectúa la misma operación lógica que hizo el auxiliar de la justicia para emitir su dictamen, y concluir que hubo cantidades de obra que se ejecutaron, y que desde luego no estaban contenidas en el listado de obra del pliego de condiciones de la licitación -que es el punto de referencia sobre el que se ha venido trabajando-, habrá de concluirse que las cantidades de obras aumentadas fueron: i) Diques de confinamiento, que era el ítem más importante del proyecto y ii) señalización -fl. 11, Cdo. 11-

Según lo anterior, resulta insólito que se condene a la entidad estatal por la disminución, razonable por demás, de las cantidades iniciales del trabajo, cuando también se ejecutaron otras adicionales, lo que pareciera para el *a quo* que no hubiera producido el efecto de compensar parcialmente los ítems que se redujeron o suprimieron en cantidad.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que según el contrato ni las supresiones ni las adiciones eran imprevisibles para el contratista, acoge la Sala la conclusión a que se llegó en el salvamento de voto que reposa en la sentencia que se revisa, según el cual:

“Ahora bien, sucede que en esta clase de contratos cuando se ejecutan las obras pactadas se hacen evaluaciones de las mismas por ÍTEM y en VALORES, comparando las cantidades iniciales estipuladas en el pliego, en la propuesta y en el contrato, con las realizadas durante el periodo de ejecución. Este balance se hace con el objeto de compensar los ÍTEM que en un momento determinado se disminuyen o aumentan, por efecto de errores en diseños, en los cálculos de cantidades de obras, disminución o mayores cantidades de éstas que se determinan al momento de su

ejecución y que se deben también a errores en los diseños o a modificaciones de las condiciones naturales como por ejemplo, en el caso de los ríos o canales cuando aumenta el volumen de sedimento en proporciones mayores a las estipuladas en el contrato, por efecto de las corrientes, deforestación y que conlleva en este caso específico a mayor volumen de dragado, **por estas razones en los informes mensuales y en el informe final se estipulan las menores o mayores cantidades de obras que se están causando en la ejecución del contrato con el fin de ir compensando las mayores cantidades de obra de un ITEM con las menores de otros en aras de no disminuir el valor del contrato porque iría en contra de la noción de equilibrio financiero del mismo.**

“Por eso estas mayores o menores cantidades de obras se van liquidando y compensando en las actas periódicas y si queda algún remanente se reconoce en el acta de liquidación final del contrato.

“En el dictamen que se acoge en el fallo del cual me aparto, observo que no se hizo una evaluación comparativa entre los ITEMS que se aumentaron en cantidades de obras y los que se suprimieron, tan sólo se presentan los registros de los ITEMS suprimidos, pero no se soportan en actas suscritas entre el contratista, al entidad contratante y el interventor.” (Negrillas fuera de texto)

No sobra destacar, finalmente, que un contrato cuyo valor fue de \$3.051'465.000, y cuyo objeto no se alteró durante su desarrollo, terminó ajustándose en \$1.632'460.411, para un total ejecutado y pagado de \$4.654'048.249, lo que refuerza la idea de que la disminución de algunas cantidades de obra no pudo desequilibrar financieramente este negocio jurídico.

Se impone concluir que la pretensión indemnizatoria por la supresión de ítems resulta inconsecuente respecto del valor final del contrato, pues ellas no sólo no implicaron una disminución en su valor original, sino que éste resultó costando un 54% más, incluyendo, desde luego, el valor de los ajustes de los precios unitarios.

3.3.4. Las pruebas en que se fundó el a quo para condenar por este aspecto. Aunque los anteriores argumentos son suficientes para revocar este punto de la providencia consultada, no sobra agregar -al igual que se analizó en el caso de la mayor permanencia en la obra- que en los alegatos de conclusión de primera instancia, presentados por el apoderado de la Constructora Sanz Cobe SA. -fls. 256 a 258 Cdo. 1-, se afirma que la disminución de los ítems de obra le

causaron perjuicios al contratista, porque el consorcio ya había contratado el personal y comprado la maquinaria especial para adelantar las labores.

No obstante, entiende la Sala que, para que este tópico desequilibre económicamente el contrato, es necesario que ambas circunstancias estén acreditadas en el proceso, para efectos de establecer cuál fue el perjuicio y qué debería indemnizarse, pues no puede comprenderse, como lo pretende el Tribunal, que el daño alegado se deduzca de la simple diferencia existente entre los ítems previstos en el pliego de condiciones y su inexistencia en la lista de los efectivamente ejecutados.

Por tanto, no basta partir, como erradamente lo hizo el *a quo* y los auxiliares de la justicia, de que el consorcio contrató personal o que se llevó maquinaria a la obra para ejecutar estos ítems, sino que ambas cosas debieron probarse en el proceso, por los medios conducentes para ello, como quiera que de los solos documentos contractuales que tuvieron en cuenta los auxiliares de la justicia para determinar el lucro cesante respecto de esa pretensión -ver fl. 30 a 31 y 59 del dictamen, Cdo. 11-, no es posible concluir que el consorcio demandante padeció una alteración que afectó negativamente la economía del contrato.

Estas ideas aplican perfectamente al caso concreto, toda vez que se reprocha a los peritos que se hayan limitado a tomar el pliego de condiciones -que contemplaba las cantidades de obra calculadas-, la propuesta y las actas de obra -que definen por ítems las cantidades ejecutadas-, para deducir, con simples operaciones matemáticas cuánto se dejó de hacer y suponer que la diferencia fue un tiempo que perdieron las máquinas y el personal de trabajo, de manera improductiva.

El error de los peritos radica en que no basta hacer este simple trabajo, sino que es necesario establecer si de verdad los equipos del contratista estuvieron improductivos, que el personal estuvo parado, o que se incurrió en gastos innecesarios por causa de la ejecución de menor cantidad de obra.

De hecho bien puede ocurrir que ante la menor cantidad de obra, se pudieran desocupar más rápidamente, y destinarse a otras labores, las máquinas y el personal que iba a ejecutar las mayores cantidades de obra, sin que esto

hubiera generado perjuicios al contratista. Todo esto es lo que un peritazgo debe rastrear de la historia económica de un contrato.

3.4. Costos de nacionalización de equipos que no fueron utilizados

Entre las observaciones que formuló el contratista al acta de liquidación del contrato también se encuentra una acreencia a cargo de la entidad demandada por los costos de nacionalización de equipos importados para la obra, que no fueron utilizados debido a los cambios que se hicieron al proyecto y a sus especificaciones.

La Sala encuentra probado en el proceso que efectivamente se suprimió la construcción del ítem denominado “tableros prefabricados”, y que la notificación de esta decisión al contratista se hizo bastante tarde, respecto del momento en que se inició la ejecución del convenio, y que no es absurdo pensar que aquél debió adelantar las gestiones necesarias para cumplir con el ítem mucho antes de tal anuncio, evento en el cual la tardía noticia pudo generarle sobrecostos y el cumplimiento del contrato en condiciones más onerosas de las que debía soportar y que no le fueron reconocidos.

Los auxiliares de la justicia, en el dictamen pericial, señalan que efectivamente el consorcio importó y trajo al país equipos comprados exclusivamente para la movilización y colocación de tableros prefabricados, antes de que se informara sobre el cambio de su diseño original por la alternativa de un espolón permeable en su lugar -fl. 33, Cdno. 11-.

Se trataba, según el dictamen pericial, de 8 Grúas National, 7 motores Harbor Master, 7 cargadores Cat 930 y 2 Grúas Grove, por las que habría de reconocerse, según el experticio, “intereses al 18% anual en dólares durante los meses que el equipo estuvo en la obra”, equivalentes a \$65'749.384 y el costos de su nacionalización equivalentes a \$39'559.020 -fl. 60, Cdno. 11-.

Pese a lo anterior, que es bastante razonable en principio, encuentra esta Sala -al igual que en el punto precedente-, que los documentos que sirvieron a los auxiliares de la justicia para acreditar la ocurrencia de los perjuicios únicamente fueron: el pliego de condiciones de la licitación, la propuesta presentada por el

consorcio, el contrato principal y los documentos de dación en pago al Banco de Bogotá.

Para la Sala estas pruebas no son suficientes para acreditar el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, toda vez que no son útiles para establecer: cuál fue la fecha de importación de la maquinaria con sus correspondientes documentos, si la maquinaria importada se situó o no en el lugar de la obra, y si se situó, hasta cuándo estuvo allí, si estuvo o no la maquinaria efectivamente a disposición de la obra, si estuvo o no inmovilizada todo el tiempo de ejecución del acuerdo contractual, si se nacionalizó sólo para ejecutar el ítem de éste convenio o el propósito era emplearla en otros posibles contratos que estuvieran a cargo de su propietario.

En estas circunstancias, para deducir que se lesionó el patrimonio del contratista, y en consecuencia imponer la obligación de indemnizar, es necesario acreditar efectivamente la mengua del patrimonio económico, y en el presente proceso esto no se logró.

Según se dijo atrás -y también en el análisis de la mayor permanencia en la obra-, esta Sala ya ha tenido la ocasión de señalar que no basta -en este tipo de casos y circunstancias- con hacer conjeturas estructuradas a partir simplemente de la propuesta y del pliego de condiciones, pues si bien ellos pueden servir como punto de partida para definir si pudo existir o no un daño, es necesario verificar que las hipótesis allí contempladas efectivamente ocurrieron.

De hecho, ya se señaló y llamó la atención en el anterior punto sobre la debilidad que tiene un peritazgo que fundamento su análisis tan sólo en operaciones matemáticas hechas sobre la base de cálculos efectuados desde los datos de la oferta, y en comparación con los que contempla el pliego de condiciones, pues allí realmente el perito no da cuenta de la realidad del daño o perjuicio que pudo causarse. Por esta razón, la Sala también desechará esta pretensión.

3.4. Nulidad el acta de liquidación unilateral del contrato

El *a quo* también declaró la nulidad de las resoluciones No. 008669 de 9 de octubre de 1985 y 0011405 de 12 de diciembre del mismo año, las cuales constituyen la liquidación unilateral del contrato.

En esta instancia procesal, la cual revocará la condena por los conceptos que reconoció el *a quo*, aunque sí se encuentra procedente la condena por el retardo en el pago por más de 30 días de las actas de obra ejecutadas -según se analizará más adelante-, se revocará también la nulidad del acta de liquidación unilateral del contrato, partiendo del hecho de que en el art. 193 del decreto 150 de 1976 -régimen legal aplicable al contrato objeto del litigio-, no se exigía que en el acta de liquidación constaran los ajustes, revisiones y reconocimientos a que hubiere lugar⁴.

Sumado a lo anterior, no se accederá a declarar la nulidad del acta de liquidación, por cuanto dicho documento contiene reconocimientos aceptados y pagados por la entidad contratante y no cuestionados por el consorcio contratista, que le dan firmeza a los puntos allí resueltos y gozan de la presunción de legalidad. Afirmar lo contrario implicaría dejar sin fundamento el reconocimiento y pago que hiciera la entidad demandada de los \$2.562'157.945,45 que percibió el contratista a través de un proceso ejecutivo, y que se basó, precisamente, en que dichos actos administrativos contenían una obligación clara, expresa y exigible.

4. Los recursos de apelación

Con fundamento en el resultado que queda luego de hacer el estudio del proceso a la luz de la consulta operada en favor de la entidad estatal, se pasará a considerar cada uno de los recursos de apelación interpuestos por los integrantes del consorcio, teniendo en cuenta que buena parte de los puntos apelados, por sustracción de materia, serán desechados, según se pasa a analizar.

4.1. Recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Layne Dredging Co.

⁴ dice el art. 193: "Del contenido de la liquidación. Las diligencias de liquidación, que siempre constarán en actas, determinarán las sumas de dinero que haya recibido el contratista y la ejecución de la prestación a su cargo.

"Con base en dichas actas se determinarán las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad, con lo acordado en el respectivo contrato."

Recuérdese que los motivos de inconformidad de esta sociedad están dirigidos a: i) que el ajuste a la condena contenida en el numeral tercero de la sentencia se haga desde 1981, que es el año de presentación de la propuesta para la licitación, y no desde 1985, y iii) que la decisión contenida en el numeral cuatro de la sentencia, que ordena que a la indemnización del numeral tercero se le aplique la tasa de interés del 0.5%, en realidad se debe hacer con la tasa de interés de la ley 80 de 1993.

La Sala, por sustracción de materia, pues será revocado el numeral tercero de la sentencia, se abstendrá de pronunciarse sobre este recurso, al carecer de sentido hacer referencia alguna a una condena que ya no se dará.

Lo mismo cabe decir de la inconformidad relacionada por el punto 4 de la sentencia, pues este remite a la condena del punto tercero, de manera que también carece de sentido referirse al tema.

4.2. Recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Sanz Cobe SA.

Los aspectos apelados por este miembro del consorcio consisten en los siguientes puntos, los cuales se analizarán uno a uno, en el orden que a continuación se sigue:

4.2.1. “Mora” en la cancelación de las actas de obra por más de 30 días.

Una de las conductas de incumplimiento por la cuales los integrantes del consorcio contratista pretenden una indemnización, consiste en que el Fondo Vial Nacional retardó la cancelación de actas de obra por más de 30 días, por lo cual reclama como reconocimiento el reajuste -no intereses de mora-, de los valores de las actas de obra mensual cuyo pago fue demorado por el Fondo.

Para comprender este punto es importante ver lo que al respecto acordaron las partes, en el párrafo tercero de la cláusula décima tercera del contrato:

“... Elaborada oportunamente el Acta mensual de obra y presentada la cuenta con el lleno de los requisitos legales, esta se ajustará con

los índices de costos correspondientes al mes de ejecución de los trabajos.

“Sin embargo si el pago se efectuara después de 30 días de la presentación de la cuenta, el índice de ajuste de costos aplicables será el correspondiente al último mes antes de estar disponible el pago a favor del CONSORCIO CONTRATISTA, siempre y cuando este último esté cumpliendo estrictamente con el Programa de Trabajos e inversiones o esté adelantado con relación al mismo.”

La respuesta que dio la entidad demandada a esta acusación es que no deben reconocerse los reajustes por mora en el pago de las cuentas presentadas, porque no se cumplieron los requisitos exigidos en el parágrafo tercero de la cláusula décima primera del contrato, toda vez que el programa de trabajo e inversiones presentaba atrasos, según se señala en el acta técnica No. 39.

Sobre éste punto los auxiliares de la justicia encontraron que efectivamente hubo demora en los pagos, que superaron los 30 días convenidos, según el certificado expedido por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, donde se hace la relación en columnas de “Presentación cuentas” y “Pago”, con las correspondientes fechas.

No obstante, el *a quo* desestimó las conclusiones a que llegaron los auxiliares de la justicia, con el argumento de que los demandantes no señalaron los valores adeudados ni la mora que hubo en cada una de ellas, además de que según el experticio no se sabe a qué acta corresponde el respectivo ajuste, ni el tiempo que trascurrió después de la presentación de las mismas.

En sentido contrario, para esta Sala es aceptable la reclamación del contratista, toda vez que reposa en el expediente -fl. 144, Cdo. Ppal.- el certificado emitido por el mismo Ministerio de Obras, donde relaciona las fechas de presentación de las actas de obra ejecutada del contrato -distinguiendo el valor básico y de los reajustes-, con la correspondiente fecha de pago. De allí se deduce el retardo en el cumplimiento de la obligación a cargo de Fondo Vial Nacional.

La justificación que ofrece la demandada, en el sentido de que no se cumplió el presupuesto que se exige en la cláusula citada para que procediera el pago, porque el contratista, en los meses de enero, febrero, marzo y abril de 1985

-últimos meses de ejecución del contrato- presentaba un atraso en el programa de trabajo e inversiones, no exonera de la obligación de hacer el reajuste por mora correspondiente a las actas de los meses que no tuvieron esos problemas, pues tal como queda probado con el certificado aludido, así como con el experticio practicado, los retrasos de más de 30 días en el pago de las actas no acaecieron sólo durante los últimos 4 meses de ejecución del contrato en que se excusa la entidad, sino a lo largo de su desarrollo.

Así las cosas, es procedente reconocer el ajuste por mora correspondiente a las actas número 1 a 34, cuyo perjuicio fue avaluado juiciosamente por los auxiliares de la justicia en el dictamen pericial -fls. 64 a 66, Cdo. 11-, aplicando la fórmula de ajuste establecida en el contrato para cada una de las cuentas por obra ejecutada, y que se describen a continuación:

| ACTA No. | VALOR TOTAL |
|-----------------|--------------------|
| 1 | 277.142,98 |
| 2 | 12.655,09 |
| 3 | 2.420.633,90 |
| 4 | 2.565.441,99 |
| 5 | 2.255.087,44 |
| 6 | 1.779.435,50 |
| 7 | 1.793.970,64 |
| 8 | 1.674.174,81 |
| 9 | 2.937.537,28 |
| 10 | 7.384.174,05 |
| 11 | 3.653.092,92 |
| 12 | 1.712.577,94 |
| 13 | 2.571.830,76 |
| 14 | 1.934.556,13 |
| 15 | 994.957,34 |
| 16 | 1.409.779,74 |
| 17 | 1.490.245,96 |
| 18 | 3.654.347,06 |
| 19 | 6.602.682,50 |
| 20 | 21.421.452,09 |
| 21 | 23.586.805,18 |
| 22 | 25.345.756,09 |

| | |
|--------------|----------------------|
| 23 | 4.182.535,73 |
| 24 | 2.210.075,69 |
| 25 | 15.468.898,64 |
| 26 | 10.167.835,93 |
| 27 | 5.822.773,72 |
| 28 | 16.486.740,43 |
| 29 | 10.912.836,82 |
| 30 | 9.758.136,34 |
| 31 | - |
| 32 | 4.514.772,67 |
| 33 | 8.266.130,14 |
| 34 | - |
| TOTAL | 205.215.109,5 |

Ahora bien, del contenido del Acta No. 39, en la que según la entidad demandada consta el atraso del contratista durante los cuatro primeros meses del año 1985, no se deduce que el contratista hubiese incumplido todo el programa de trabajo.

Pese a la anterior circunstancia, la Sala, entre los motivos de inconformidad que formula el contratista a la entidad, por negarle su solicitud de hacer una tercera adición en plazo, y posponer la entrega final de la obra -ver actas técnicas No. 46 y 47 de 29 de marzo y 9 de abril de 1985, respectivamente, visibles a fls. 673 a 680, Cdo. 4-, encuentra el manifiesto reconocimiento de su retraso, en el sentido de que al vencimiento del término del contrato -24 de abril de 1985-, el objeto del mismo no iba a quedar íntegramente ejecutado, atreviéndose incluso a proponer una reprogramación hasta octubre de esa anualidad según las cantidades de obra que restaban por ejecutar. De allí fuerza concluir que por los últimos meses de desarrollo del contrato, a la entidad no le era exigible una solicitud de reajuste por no pago de las actas durante más de 30 días.

Según lo manifestado, la Sala encuentra fundado el reconocimiento del reajuste por retardo en el pago por más de 30 días, para las actas 1 a 34, a las cuales los auxiliares de la justicia les aplicaron la fórmula de reajuste contractual por el cumplimiento de los supuestos fácticos acordados para su procedencia. En sentido contrario, y en virtud del llamado de la ley 446 de 1998, que en su artículo

16 indica que la valoración del daño debe atender el principio de integralidad y de equidad, se negara la pretensión respecto de las actas 35 a 40.

Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que las sumas de dinero que se reconoce en dichas actas equivalen a \$350'797.863, que fueron pagadas con intereses que ascendieron a \$2.562'757.945,45, según se prueba con la copia del proceso ejecutivo que reposa en el expediente.

Ahora bien, la suma se traerá a valor presente, tomando como punto de partida la fecha de liquidación del contrato, la cual se hizo de manera unilateral en el mes de diciembre de 1985. De esta manera, la fórmula a aplicar es la siguiente:

$$Va = Vh \text{ (IPC final/ Ipc inicial)}$$

Donde Va, corresponde al valor actualizado; Vh corresponde al valor de las actas 1 a 34 calculado en el dictamen; IPC final, equivale al índice de precios al consumidor establecido por el DANE para la fecha en que se profiera la presente providencia e IPC inicial, atañe al índice de precios al consumidor establecido por el DANE para la fecha de liquidación del contrato.

Así las cosas tenemos que:

$$Va= 205.215.109,5 \text{ (182,56/6,55)}$$

$$\mathbf{Va= 5.719'705.403,1}$$

Vale la pena advertir que las resoluciones que liquidaron unilateralmente el contrato negaron el pago de este ajuste, pero sólo por las actas de obra No. 35 a 40, las mismas que la Sala negará. No obstante, el Ministerio de Transporte no se refirió a las primeras 35 actas, sobre las cuales sí se presentó el retardo en el pago.

En este orden de ideas, no es necesario ni procedente anular ningún aparte de los actos administrativos que liquidaron el contrato, pues los temas no se contradicen, al no haberse tratados en ellos.

4.2.2. Falta de indemnización de otros conceptos, derivados de la mayor permanencia en la obra.

En este sentido, también reclama el actor los perjuicios sufridos por: : i) la pérdida de tiempo del equipo, ii) sobrecostos por traslados dentro de la obra y iii) aumento no previsto en el número de máquinas programadas, los cuales no quedaron indemnizados en los conceptos de entrega inoportuna de los sitios de trabajo y de los planos, pues la duplicación de éste no sólo tuvo como consecuencia la mayor permanencia del equipo, sino que con ella ocasionó otros perjuicios.

La Sala advierte en esta ocasión el mismo defecto probatorio analizado frente a otros reclamos del actor. Sin embargo, el tema aquí es aún más crítico, porque las pruebas ni siquiera acreditan la existencia del hecho mismo alegado: los traslados de las máquinas, el número de máquinas programadas y la cuantificación de la pérdida del tiempo.

Desde luego, también se adolece de la prueba del daño, de manera que la Sala reitera los argumentos expuestos hasta ahora frente a otros conceptos analizados desde esta perspectiva.

4.2.3. Error en la suma de las partidas reconocidas en la sentencia.

Señala el recurrente que el Tribunal incurrió en un error aritmético, en el aparte sobre “Resumen de las partidas reconocidas anteriormente”, toda vez que los \$628'439.000 corresponden a precios “del día original del contrato”, según el dictamen pericial, y esa cifra no se convirtió a precios de mayo de 1985, de manera que las cifras sumadas no son homogéneas.

Adicionalmente, afirma que se incurrió en un error de transcripción, pues pese a reconocerse por costos de nacionalización, a mayo 30 de 1985, el valor de \$105'306.404, al hacer el resumen se cita la cifra sin actualizar de \$65'749.384, generando un error en la suma total reconocida.

Resulta fácil advertir que puesto que la decisión del *a quo* será revocada, entonces se torna inútil referirse a los posibles errores aritméticos que contenga la condena que había estimado.

Finalmente, la Sala hará referencia a una solicitud manifestada por la empresa Sanz Cobe Ltda., al momento de alegar de conclusión en esta instancia. Pide que la condena le sea entregada exclusivamente a ella, pues al momento de liquidar el consorcio así lo dispusieron las partes.

La Sala no accederá a esta solicitud porque no hay duda que la demanda fue presentada a nombre de las dos empresas y las pretensiones económicas están formuladas tal y como se han transcrito al inicio de esta providencia. De esta manera, el cambio que sugiere uno de los integrantes del consorcio -excluir a uno de los actores- resulta improcedente a estas alturas del proceso.

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

FALLA

PRIMERO: Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el día 4 de mayo de 1998. En su lugar se dispone:

SEGUNDO: Condénase al MINISTERIO DE TRANSPORTE a pagar a las sociedades CONSTRUCTORA SANZ COBE SA. y LAYNE DREDGING CO., como integrantes del consorcio demandante en este proceso, la suma de cinco mil setecientos diecinueve millones setecientos cinco mil cuatrocientos tres pesos con un centavos -\$5.719'705.403,1.

TERCERO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

RUTH STELLA CORREA PALACIO

Impedida

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

MIRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA