

CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Desequilibrio económico del contrato / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Deber de reparar los daños ocasionados por la mayor permanencia en obra

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala estriba en establecer si se presentó una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública SOP. 211-93 por hechos no atribuibles al contratista, sin que se adoptaran las medidas necesarias para su restablecimiento y, como consecuencia de este análisis, si surge para la entidad demandada el deber de reparar los daños que el demandante afirma se le causaron por el mayor tiempo que duró la obra.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Régimen jurídico aplicable / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Definición. Noción. Concepto / VALOR DEL CONTRATO DE OBRA - Modalidades de pago

Observa la Sala que, aun cuando el proceso de licitación pública SOP-30-93 se realizó al amparo del Decreto - Ley 222 de 1983 y el régimen fiscal del Departamento de Cundinamarca (art. 1), como el contrato de obra pública objeto de este litigio fue suscrito en el año de 1994, su régimen jurídico sustancial es el previsto en la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración vigente al tiempo de su celebración, de conformidad con la regla establecida en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que respetó el artículo 78 de dicho estatuto. Así, es pertinente anotar que en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se definió el contrato de obra como aquel que celebran las entidades estatales (art. 2 ibídem) para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Sobre este último elemento, interesa destacar que existen diferentes modalidades de pago del valor del contrato de obra: a precio global, a precios unitarios, por administración delegada reembolso de gastos y pago de honorarios y el otorgamiento de concesiones, sistemas de pago que señalaba el artículo 82 del Decreto 222 de 1983. Si bien estas modalidades no fueron previstas de manera expresa por la Ley 80 de 1993, no es óbice para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados por la administración, en tanto en las condiciones generales de la contratación debe esta precisar las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5, literal c).

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 82 / LEY 80 DE 1993 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24 ORDINAL 5 LITERAL C / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 78 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 38

VALOR DEL CONTRATO DE OBRA - Modalidades de pago / CONTRATO DE OBRA POR PRECIO GLOBAL - Definición. Noción. Concepto / CONTRATO DE OBRA A PRECIOS UNITARIOS - Definición. Noción. Concepto / MODALIDADES DE PAGO DEL CONTRATO DE OBRA - Diferencias entre el contrato a precios unitarios y por precio global

Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras

ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato. Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales.

CONTRATO DE OBRA - Sistema de precios unitarios / CONTRATO DE OBRA A PRECIOS UNITARIOS - Definición. Noción. Concepto

En el sub lite la forma de pago del contrato se pactó por el sistema de precios unitarios, definición que según la jurisprudencia implica que si para lograr el fin o el objeto contractual se requiere adelantar una serie de actividades complementarias no previstas en el contrato, éstas deben ser desarrolladas y remuneradas partiendo de los precios unitarios previamente determinados.

MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - Sobrecostos / TEORIA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Incumplimiento de las obligaciones contractuales y ejercicio del ius variandi

La contratista reclama el reconocimiento y pago de los sobrecostos en que incurrió por la mayor permanencia en la obra que implicó las suspensiones y la prórroga de que fue objeto el contrato, originadas, a su juicio, en circunstancias ajenas a su voluntad e imputables a la entidad contratante al no cumplir con su obligación legal de elaborar adecuadamente los estudios previos y entregar al inicio los diseños geométricos de la obra (art. 25 numeral 12 de la Ley 80 de 1993). En el recurso de apelación acusa que "la ecuación contractual se alteró por la conducta de la entidad contratante con el hecho de haber variado el contrato, de haberlo modificado, de haber alterado el acuerdo de voluntades, de haber ejecutado de una manera distinta a la solicitada en la licitación y descrita en la oferta ganadora, al no haberla ejecutado en el tiempo convenido, pero inclusive se alteró por no haber pagado oportunamente al contratista PAVICON LTDA. la mayor permanencia ya que el contratista incurrió en la subutilización del equipo y el personal los cuales estuvieron todo el tiempo en el lugar de la obra, costos que no fueron materia de pago ni de reconocimiento por parte de la administración." En consecuencia, alega la sociedad demandante a su favor la teoría del equilibrio económico del contrato con fundamento en dos causas: el incumplimiento de las obligaciones contractuales y el ejercicio del ius variandi, cuyos lineamientos conceptuales procede la Sala a estudiar con el fin de abordar posteriormente su incidencia en el presente asunto de acuerdo con lo que resultó probado.

CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS ENTIDADES PUBLICAS - Objeto. Finalidad / CAUSA DEL CONTRATO - Satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general / CONTRATOS ESTATALES - Interés público / CONTRATO ESTATAL - Se pretende la realización de un fin de interés general / CONTRATO ESTATAL - Contraprestación económica

El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado. De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad. Es decir, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual. Es, entonces, la razonable contraprestación económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a los particulares colaboradores a obligarse a suministrar los bienes y servicios objeto del contrato para contribuir con el cumplimiento de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual.

ECUACION FINANCIERA DEL CONTRATO - Equivalencia de prestaciones / PRINCIPIO DE LA ECUACION FINANCIERA O EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Finalidad

Al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones; por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor, de suerte que es en ese instante de asunción del vínculo en el que se regula la economía del acuerdo en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución. Por lo tanto, la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales, y a la vez porque la remuneración razonable del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad de la ley ante las cargas públicas. En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO O DE LA HONESTA EQUIVALENCIA DE PRESTACIONES - Noción. Definición. Concepto

Este concepto o calificación de colaborador del cocontratante de la administración, como es conocido de arraigado origen francés, dio paso al principio del “equilibrio financiero del contrato” o a la “honesta equivalencia de prestaciones”, con el que se trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático, que, por regla general, tiene el contrato estatal, en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo. Sencillamente este principio significa que las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entienden como equivalentes a las de la otra parte y obliga a la adopción de medidas tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca esa equivalencia en caso de su ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables o no a ellas. Este principio encuentra también sustento en la continuidad del servicio o el cabal cumplimiento del contrato Estatal, por cuanto lo que le interesa a la administración es lograr el objeto del contrato, o sea, la provisión de los bienes, la correcta ejecución de la obra o la buena prestación del servicio y evitar, ante todo, que el interés público se afecte como consecuencia del desabastecimiento de los bienes o la paralización de las obras o los servicios contratados, de manera que, en veces, es necesario adoptar las medidas tendientes a impedir que el contrato por alguna circunstancia sobreviniente y extraordinaria se dificulte o no pueda cumplirse por trastocar o alterar la economía del contrato o el equilibrio o igualdad de las prestaciones.

CONTRATACION PUBLICA - Principio del equilibrio financiero del contrato / PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO - Noción. Definición. Concepto / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Desequilibrio económico del contrato

El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.

CONTRATO ESTATAL - Ecuación económica o financiera / ECUACION ECONOMICA O FINANCIERA DEL CONTRATO - Equivalencia razonable / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Derecho del contratista a exigir su restablecimiento

Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución. De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, anteponiendo al principio pacta sunt servanda el principio rebus sic stantibus, ha manifestado que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas.

ALTERACION DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Eventos / SITUACIONES QUE ALTERAN EL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador / DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Eventos

El equilibrio económico del contrato puede verse alterado por: a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean éstas abusivas o no. b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato. c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador asumiendo mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura. Así las cosas, y aun cuando se discute que el incumplimiento del contrato sea una causa de ruptura de la equivalencia del contrato, puesto que se trata de la infracción de las estipulaciones contractuales por una de las partes, o sea que, estricto sensu, se refiere a una violación con culpa de la lex contractus y por tanto, es uno de los elementos que junto con la imputación configura la responsabilidad contractual, determinante de la indemnización plena de todos los perjuicios causados, lo cierto es que el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 lo contempla como un evento de desequilibrio financiero.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 5 NUMERAL 1

NOTA DE RELATORIA: Sobre la teoría del hecho del príncipe, ver sentencias del Consejo de Estado, de mayo 29 de 2003, exp. 14577; de diciembre 11 de 2003, exp. 16433, M.P. Ricardo Hoyos Duque; de septiembre 18 de 2003, exp.15119; de septiembre 18 de 2003, exp. 15119, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. También puede consultar, la aclaración de voto de la C. E. Ruth Stella Correa Palacio a la sentencia de 7 de diciembre de 2005, exp. 15.003; y el salvamento de voto a la sentencia de marzo 7 de 2007, exp. 15.799, C.P. Enrique Gil Botero.

ALTERACION DE LA ECUACION FINANCIERA DEL CONTRATO - Incumplimiento de obligaciones y deberes de la administración / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - Deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido siempre que se prueben los daños sufridos

Incumplimientos de la administración, tales como no pagar oportunamente el anticipo o las actas de entrega parcial de obra o el valor de la cuantía del contrato, o no entregar oportunamente los terrenos en los cuales debe ser construida la obra, o no suministrar oportunamente los planos y materiales con los cuales se debe ejecutar la obra, pueden alterar la ecuación financiera del contrato bajo la perspectiva de que usualmente dificultan el desarrollo de las prestaciones a la parte ofendida y generan mayores gastos y erogaciones para el contratista. Lo cierto es, por tanto, que el incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante que genera una mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, aun cuando no impliquen mayores

cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando se acredite y estén debidamente demostrados y de la conducta de las partes no se derive lo contrario. En efecto, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido, en tanto se prueben los daños sufridos.

CONTRATACION ESTATAL - Principio de mutabilidad / PRINCIPIO DE MUTABILIDAD - Noción. Definición. Concepto / PRINCIPIO DE MUTABILIDAD - Ejercicio del ius variandi / DESEQUILIBRIO ECONOMICO DE LOS CONTRATOS ESTATALES - Ejercicio de la facultad excepcional de modificación unilateral del contrato por parte de la administración / IUS VARIANDI - La administración debe mantener en todo momento la ecuación financiera de la relación jurídica / ECUACION FINANCIERA DEL CONTRATO - Deber de la administración de pagar el mayor trabajo realizado

Uno de los principios que rige los contratos de la administración es el de mutabilidad, en virtud del cual tiene ésta la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando de ese modo su ejecución y variando las prestaciones debidas por el cocontratante particular. Pero, el ejercicio del ius variandi, según quedó visto, también puede ser causa de desequilibrio económico de los contratos estatales, que se configura cuando la administración en ejercicio de las potestades exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato altera las condiciones existentes al momento de contratar. De acuerdo con el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducirle variaciones y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Este poder de modificación de la administración es limitado, dado que debe respetar, la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, pues una alteración extrema significaría un contrato diferente, no querido por el cocontratante particular y respecto del cual no ha mediado consentimiento; y, además, en todo contrato al disponerse la modificación de la realidad contractual, debe mantenerse el equilibrio económico del contrato, debiendo indemnizar al contratista cuando esas modificaciones produzcan la ruptura de ese equilibrio, o efectuarse los reajustes que correspondan para evitar que obtenga indebidos beneficios. En relación con la indemnización resultante a favor del contratista en estos eventos en los que el equilibrio de la ecuación contractual se ve afectado por el ejercicio de la facultad excepcional de modificación unilateral del contrato por parte de la administración, ha señalado esta Sección que "...el ejercicio del IUS VARIANDI hace nacer, en favor del contratista-colaborador de la administración, el derecho a que se mantenga en todo momento la ecuación financiera de la relación jurídica, pagándole el mayor trabajo realizado. Esto se explica no sólo a la luz de la ley sino también del Derecho, y de los supremos valores que lo informan, entre los cuales el de justicia lo explica todo".

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 16

NOTA DE RELATORIA: Sobre el ejercicio del ius variandi, ver, sentencias de enero 31 de 1991, exp. 4739, M.P. Julio César Uribe Acosta; y de septiembre 6 de 1995, exp. 7625, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

CONTRATO DE OBRA - Rompimiento del equilibrio financiero por retardo en ejecución de las obras contratadas / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO - Incumplimiento de obligaciones y deberes de la administración / INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACION - Omisión en la entrega oportuna de planos y diseños / INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACION - Infracción del deber de planeación y de los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Surge siempre que se prueben los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la administración / DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Inexistencia

La pretensión de la actora no tiene vocación para prosperar, por lo siguiente: La conducta constitutiva de incumplimiento y que generó el rompimiento del equilibrio financiero por el retardo en la ejecución de las obras contratadas, la concreta el actor en la omisión del Departamento de Cundinamarca de entregar en forma oportuna y completa los correspondientes planos y diseños de la vía. (...) Cabe mencionar que la falta de realización de los estudios, planos y proyectos por parte de la administración, repercute no sólo en la formación del contrato, sino también en su ejecución, por cuanto ocasiona graves problemas y obstáculos que pueden impedir el desarrollo de las obras o paralizarlas, además de que elevan su valor por las mayores cantidades y especificaciones técnicas a las inicialmente convenidas. Por eso, la inobservancia de esta obligación a cargo de las entidades del Estado infringe el deber de planeación cuyo cumplimiento les resulta imperativo en el desarrollo de la actividad contractual, además de los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones y por tanto, las hace caer en responsabilidad contractual por esa omisión, siempre y cuando se demuestren los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento. Desde esta perspectiva, resulta reprochable al Departamento de Cundinamarca la omisión en que incurrió al no realizar o entregar oportuna y completamente los estudios, diseños y planos completos de la obra que permitieran determinar la totalidad de las actividades que se debían realizar, así como los problemas o inconvenientes que en su ejecución pudieron ser previstos o advertidos mediante su adecuada elaboración, obligación a la cual estaba sometida y cuyo fundamento legal se encontraba en el artículo 84 del Decreto-ley 222 de 1983, vigente para la época en que el departamento adelantó el respectivo proceso de selección y actualmente contemplada en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. No obstante, para la Sala aun cuando están demostradas las falencias en que incurrió la entidad demandada en materia de planeación, el tiempo mayor de duración del contrato por el desarrollo de las obras adicionales y demás circunstancias anotadas (que no el plazo de ejecución pactado en el contrato) la pretensión de la actora carece de sustento. En efecto, si bien el Departamento de Cundinamarca incurrió en una falta de planeación, que, según se explicó, constituye una obligación contractual y legal a su cargo, de manera que los inconvenientes descritos y que se presentaron en el transcurso de la obra se pudieron prever con unos adecuados estudios previos que hubieran dado lugar a la celebración del contrato en otras condiciones iniciales, no es menos cierto que conjuntamente y de mutuo acuerdo con la contratista hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurarlos, superarlos y subsanar la situación por estos generada para el cabal desarrollo de la obra contratada, sin que al realizar las respectivas suspensiones, prórroga o modificaciones al contrato, la contratista hubiese

reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 84 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25 NUMERAL 12

NOTA DE RELATORIA: El Consejo de Estado en sentencia de julio 23 de 1992, exp. 6032, M.P. Daniel Suárez Hernández, rechazó una reclamación de la contratista después de finalizado el contrato por prolongaciones del plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con ellas, puesto que se entiende que mediante estas prórrogas las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron para la debida ejecución del contrato.

CONTRATO ESTATAL - Deber de las partes de actuar con buena fe

No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia comercial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato.

CONTRATO DE OBRA - A precios unitarios / MAYOR CANTIDAD DE OBRA EJECUTADA - Noción. No modifica el objeto contractual / OBRAS ADICIONALES O COMPLEMENTARIAS - Noción. Requiere la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial / MAYOR CANTIDAD DE OBRA U OBRAS ADICIONALES O COMPLEMENTARIAS - Para su reconocimiento deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción / INCUMPLIMIENTOS PREVIOS A LA FECHA DE CELEBRACION DE UN CONTRATO MODIFICATORIO, ADICIONAL O A UNA SUSPENSION - La omisión o silencio del contratista en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades impide su reclamación posterior

En los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en que ella fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual. Por su parte, las obras adicionales o complementarias hacen referencia a ítems o actividades no contempladas o previstas dentro del contrato que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual y, por tal motivo, para su reconocimiento se requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial. En este contexto, debe precisarse que ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso. (...) Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la

fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea "venire contra factum proprium non valet", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - Sobrecostos / MAYOR TIEMPO DEL CONTRATO - La contratista no consignó las reclamaciones, o salvedades en las actas y documentos que suscribió con la administración / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - No prospera la pretensión

En relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato.

DICTAMEN PERICIAL - No aporta elementos de juicio para que prospere la pretensión de pago de los perjuicios por la mayor permanencia en obra / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Ausencia de prueba

El dictamen pericial no aporta elementos de juicio para que pueda tenerse certeza de que el contrato haya presentado un desfase por el monto que reportan los peritos por concepto de mano de obra, equipos y maquinaria durante el plazo de extensión del contrato y tampoco los otros elementos probatorios en el proceso permiten demostrar los perjuicios que afirmó la actora haber soportado por este concepto. En conclusión, aun cuando se presentaron hechos no imputables al contratista que dieron lugar a una mayor duración del vínculo contractual, no se demostró una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública SOP. 211-93 ni daños con ocasión de esa situación y, al contrario, si se probó la adopción conjunta y de mutuo acuerdo de las medidas necesarias para superar las dificultades que se presentaron con el fin de obtener la ejecución del objeto contractual. Por consiguiente, la sentencia apelada en cuanto no encontró probado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, derivado de sobrecostos por concepto de personal, maquinaria y equipo por mayor permanencia en la obra, será confirmada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

Actor: PAVICON LTDA.

Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de octubre de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se negaron las pretensiones de la demanda. La sentencia apelada, previo el estudio correspondiente, será confirmada, por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 12 de junio de 1997, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales (art. 87 del C.C.A., modificado por el art. 17 del Decreto 2304 de 1989) PAVIMENTOS VIAS Y CONSTRUCCIONES-PAVICON LTDA., formuló demanda contra el Departamento de Cundinamarca, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Declarar a la demandada responsable administrativamente de los perjuicios causados a la demandante en la ejecución del contrato No. SOP.211.93 de 1993.

2.- Como consecuencia de la declaración precedente, a cargo de la demandada y a favor de la demandante, se adoptaran las siguientes determinaciones:

A.- Condenar a la demandada a pagar la disminución patrimonial ocasionada, (sic) es hipotéticamente equivalente a la suma de \$556.558.543,10 o en subsidio la que se establezca en el curso del proceso.

B.- Condenar a la demandada a pagar a favor de la demandante, el valor del reajuste o actualización de la cifra precedente, desde la fecha de su causación para cada rubro y hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, según la fórmula que se definirá en la sentencia.

C.- Condenar a la demandada, a pagar a favor de la demandante, la ganancia o beneficio o provecho dejados de percibir, de conformidad con la propuesta entregada.

D.- Todas esas sumas deberán ser incrementadas o actualizadas con la fórmula que se señalará en la sentencia, de manera escalonada.

3.- Así mismo, declarará y dispondrá que las condenas económicas serán reajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A. para lo cual la demandada deberá aplicar la fórmula que indique en la sentencia, teniendo en cuenta el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente en la fecha de la suspensión y que esté vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

4.- Se ordenará a la entidad pública demandada, darle cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A., sobre el pago de intereses corrientes y moratorios.

5.- Se dispondrá que la entidad pública demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos establecidos en el artículo 176 del C.C.A.

6.- Se condenará a la entidad pública al pago de costas y costos del proceso a favor del demandante. Se tasarán conforme a Derecho.”

2. Los fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

2.1. Entre PAVICON LTDA. y el Departamento de Cundinamarca, previo proceso de licitación pública, se celebró el Contrato n.º SOP-211-93 el 3 de enero de 1994, para la construcción y pavimentación de la variante de Madrid desde el km. 0+520 al km. 2+100, tomando el km 0+000 a la entrada a Madrid en la vía de Bogotá-Madrid. El plazo de ejecución fue de seis meses y el plazo de vigencia fue de ocho meses. El valor del contrato más reajustes fue de \$725.773.785.30.

2.2. La Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca incumplió con la obligación contractual de suministrar al contratista los planos y especificaciones técnicas de la obra a ejecutar, en tiempo para iniciarla.

2.3. Al contrato de obra pública S.O.P. 211-93, se le realizaron 3 modificaciones el 29 de julio y 14 de septiembre de 1994 y el 27 de enero de 1995; igualmente, PAVICON LTDA. solicitó tres prórrogas al contrato el 30 de enero, 3 de abril y 1 de junio de 1995.

2.4. No obstante que la ejecución de la obra se pactó en 6 meses la misma se demoró 14 meses, contados desde el día 18 de mayo de 1994 hasta el 21 de julio de 1995, por las siguientes causas y hechos imputables a la entidad contratante:

(i) Falta de los diseños geométricos de la vía a construir que debían ser suministrados por la contratante. Los diseños fueron entregados a "cuenta gotas", lo que impidió la programación de la obra y constituyó un obstáculo para el desarrollo ágil y oportuno del proyecto y por tanto retrasó su avance. Por esta causa, la contratista le comunicó a la contratante que no había iniciado la construcción de la carretera y que tenía maquinaria sobre el terreno; además, reclamó de ésta los diseños de alcantarillados y el cruce en la vía a construir de un poliducto y propanoducto de ECOPETROL. Estos hechos se pueden corroborar en las comunicaciones de 29 de junio de 1994 y de 30 de enero de 1995 suscritas por PAVICON LTDA., así como también en las comunicaciones de 25 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1994 y 13 de abril de 1995, suscritas por la junta de acción comunal dirigidas al alcalde de Madrid.

(ii) Realización de trabajos de protección del poliducto y propanoducto ordenados por ECOPETROL, obra no prevista que se ordenó ejecutar el 19 de octubre de 1994 y se culminó en el mes de diciembre de ese año, lo que ocasionó la reprogramación de la obra.

(iii) Construcción y modificaciones a las redes de acueducto y alcantarillado, eléctricas y telefónicas no previstas por la administración (acueducto y alcantarillado de aguas lluvias-colector de aguas lluvias, relocalización de postes de energía), debido a la ausencia de diseños de la vía y que debieron ser ejecutadas como obras extras, lo que generó retrasos mientras se conseguían los materiales necesarios para realizarlas.

(iv) Demora en la contratación y construcción del colector final del alcantarillado que retardó a su vez la construcción de los sumideros. Pese a haber construido PAVICON LTDA. el alcantarillado para las aguas lluvias y avanzar en la construcción de la vía contratada, en el mes de abril de 1995 aún no se le había podido construir a ésta los sumideros, lo que ante la temporada invernal trajo como consecuencia daños a la obra ejecutada hasta ese momento y pérdidas de material. La razón por la que no se había procedido a la construcción de los sumideros obedeció a que sólo podía ser autorizada cuando la Alcaldía de Madrid-

Cundinamarca cumpliera con la construcción del colector final para el alcantarillado de aguas lluvias, obra que solo se adjudicó el 23 de mayo de 1995, recibiendo PAVICON LTDA. el 2 de junio siguiente la orden para su iniciación. Sin embargo, la construcción del colector final se terminó el 9 de junio de 1995 y en forma defectuosa, pues presentó filtraciones dirigidas hacia la estructura del pavimento, situación que se informó a la entidad por cuanto atentaba contra la estabilidad de la obra ejecutada de la vía objeto del contrato.

(v) Reparación de los daños generados a instalaciones de TELECOM, entre las carreras 1 a 6 de la calle 15 del municipio, exigida mediante oficio de 8 de marzo de 1995; dichas instalaciones no estaban previstas en el proyecto y tampoco PAVICON LTDA. fue informada oportunamente de esa situación por parte de la entidad contratante.

2.4. Ante las vicisitudes referidas, atribuibles a la incuria de la administración contratante, el contrato SOP 211-93 inició su ejecución a mediados de enero de 1995, viéndose obligada PAVICON LTDA. a solicitar tres prórrogas del plazo, recibiendo como respuesta la presentación para su firma de actas de suspensión que riñen con la verdad, pero que suscribió para no recibir mayores perjuicios.

2.5. PAVICON LTDA. ante la problemática descrita solicitó el 11 de mayo de 1995 que le fuera recibida la obra en el estado en que se encontraba, así como también pidió el 12 de junio siguiente que se le revisara el contrato por el desequilibrio económico generado en su ejecución debido a la subutilización del equipo y del personal, así como por la pérdida de materiales de sub-base y base por saturación de los mismos, reclamaciones que fueron negadas por la administración con fundamento en el porcentaje de obras ejecutadas no previstas inicialmente en el contrato.

2.6. El contrato de obra SOP 211-93 no fue liquidado ni de común acuerdo ni de manera unilateral.

2.7. Por todo lo anterior, a PAVICON LTDA. se le causaron perjuicios derivados de la mayor permanencia en la obra equivalentes a la suma de \$244.118.995, resultado de la diferencia entre los gastos realmente sufragados que ascendieron a \$947.838.366 y los valores percibidos de \$703.719.370.50, a la que se le debe adicionar los demás conceptos reclamados en el curso del contrato.

3. Normas infringidas y concepto de la violación

El actor consideró que la actuación de la entidad transgredió los artículos 2, 3, 4, 6, 90, 121, 122, 123, 150 *in fine*, 209, 305 numerales 1, 2 y 15 de la Constitución Política; el artículo 309 del Decreto ley 1222 de 1986; los artículos 3, 4 numerales 3 y 9, 5 numerales 1 y 12, 14 numeral 1, 24 numeral 5, 25 numerales 4 y 12, 26 numerales 1, 2, 3 y 4, 26, 27, 30 numeral 2, 50, 51 y 58 de la Ley 80 de 1993.

En su concepto el Departamento de Cundinamarca es responsable de los daños y perjuicios reclamados porque contrató la obra de la variante carretable de Madrid, Cundinamarca, sin la existencia de un diseño y planos que contemplaran y evitaran los sucesos sobrevinientes pero previsibles indicados en la demanda y sin tener en cuenta las necesidades e incidencia de otras obras y servicios públicos de la comunidad, circunstancias que afectaron la ejecución de la obra, condujeron a su demora e incrementaron los costos en que incurrió la contratista que no le fueron reconocidos ni satisfechos, afectando el equilibrio económico prestacional en quebranto de las reglas contractuales y el principio de responsabilidad que le impone el deber de reparar a la demandante.

4. Trámite de la admisión y traslado de la demanda

En auto de 10 de julio de 1997 el Tribunal *a quo* admitió la demanda y ordenó las notificaciones personales al Agente del Ministerio Público y al demandado.

5. La oposición de la demandada

Una vez notificada personalmente la demanda el 19 de septiembre de 1997, la entidad pública demandada presentó escrito en el que se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó otros.

Manifestó que no hay lugar al reconocimiento de perjuicios teniendo en cuenta que: (i) las etapas del contrato SOP 211 de 1993 se ejecutaron en debida forma según lo estipulado; (ii) las modificaciones, suspensiones y reiniciaciones se efectuaron de mutuo acuerdo, tal y como se colige de la firma de dichos actos por el demandante, y (iii) una vez la contratista cumplió con el objeto del contrato, el

Departamento de Cundinamarca procedió a efectuar los pagos a que había lugar de acuerdo con los saldos resultantes a favor de aquél.

6. Actuación procesal en primera instancia

6.1. Por auto de 18 de noviembre de 1997 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las pedidas por el actor con la demanda.

6.2. Mediante providencia de 29 de julio de 1999, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, etapa durante la cual:

6.2.1. El demandante solicitó declarar la prosperidad de las pretensiones de la demanda, pues, a su juicio, se encuentra probado que, en la práctica, el contrato nunca fue suspendido, razón por la cual el equipo y el personal estuvieron en el sitio de los trabajos desde la fecha del acta de inicio hasta la entrega de la obra y que la contratista cumplió con la ejecución de la construcción de la vía todo el tiempo.

6.2.2. La demandada pidió no acceder a las súplicas de la demanda, porque, de un lado, las partes modificaron la cláusula primera del contrato de obra, en relación con la forma como se iba realizar el objeto, con sustento en lo dispuesto por el Decreto 1122 de 19 de abril de 1994, el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 y la cláusula tercera; y de otro lado, porque el contrato fue liquidado y la partes verificaron en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de éste, concluyendo que se encontraban a paz y salvo por todo concepto.

7. La sentencia impugnada

El Tribunal *a quo* en la sentencia impugnada, luego de fijar la cuestión litigada y de analizar los hechos probados según el acervo probatorio allegado al proceso, concluyó:

“Es cierto como lo dicen los demandantes que celebrado el contrato éste se demoró injustificadamente de los seis meses previstos a catorce finales.

Y es parcialmente cierto que tal ampliación de su ejecución tuvo origen en la imprevista construcción del recolector final de alcantarillado, en la necesidad de hacer las instalaciones domiciliarias, en la necesidad de

levantar una estructura protectora del poliducto de ECOPETROL, en la obligación de corregir las redes de servicios públicos.

Cantidades estas últimas, que fueron reconocidas oportunamente, incluidas en el contrato, pagadas, y que generaron unos sobrecostos para el departamento, y una mayor permanencia en el lugar del contratista, oportunamente compensada con las modificaciones en el valor del contrato, que superaron varias veces el costo inicial.

No hay pues lugar a decir que ello generó sobre costos, e imprevistos no pagados, pues la mayor permanencia tuvo su razón de ser final en el aumento desproporcionado de la obra a construir.”

8. El recurso de apelación

La parte demandante presentó el 12 de noviembre de 1999 recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, el cual sustentó el 11 de mayo de 2000 con el fin de que fuera revocada y en su lugar acogidas las súplicas de la demanda.

En sus escritos indicó el recurrente que el equilibrio económico del contrato implica que el personal, el equipo y el objeto que la contratista tiene que poner a disposición de la entidad están pagados si se cumple en los términos iniciales. Bajo este entendido censuró la sentencia, porque, en su criterio, aun cuando ésta reconoce que se pagó un mayor valor por labores realizadas y que no hubo la suficiente previsión en las otras obras que fue necesario hacer, no reconoce que el objeto de la demanda es el desequilibrio económico causado por el mayor tiempo de servicio que estuvo afectada la maquinaria y el personal que estuvieron dedicados, disponibles y listos para dar cumplimiento al contrato de obra SOP 211-93, con lo cual la contratista sufrió una disminución patrimonial, vulnerando la administración, entre otros, los artículos 25 numerales 6, 12 y 14, 26 numerales 3 y 4, 27, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993, pues el equilibrio económico del contrato es el principal derecho que tiene aquél.

Así mismo, puntualizó que la ruptura del equilibrio del contrato se debió a los problemas iniciales de obra, en particular, por la no entrega de diseños en forma completa sino “a cuenta gotas” por parte de la entidad, que impidió ejecutar la obra tal y como fue planteada en la Licitación SOP-30-93 y en la oferta de la contratista, sociedad PAVICON LTDA., incumpliendo la obligación legal de elaborar los estudios previos en los términos del artículo 25 numeral 12 de la Ley 80 de 1993, cuya omisión constituye una falta de planeación del contrato y

ocasionó sobrecostos de administración, mano de obra, maquinaria y equipos, entre otros.

Igualmente, sostuvo que esa falta de estudios previos se evidencia en que la entidad demandada durante el desarrollo del contrato SOP 211-93 ejerció la "*potestas variandi*" para incluir los trabajos y las obras no previstas con el fin de proceder a iniciar el contrato, dado que: (i) lo modificó en cuatro ocasiones para disminuir y adicionar cantidades de obra de tal forma que no se alterara el valor del contrato; (ii) lo suspendió en cinco oportunidades por 205 días, motivadas en requerimientos de los servicios de energía eléctrica, teléfono y acueducto, el invierno y otras obras adicionales (sumideros, sardineles, etc.); y (iii) lo prorrogó una vez por 45 días teniendo en consideración la modificación del diseño geométrico y dado que se había iniciado por las autoridades municipales la construcción del emisario final del alcantarillado.

Señaló que no le fue compensada la mayor estadía en la obra con su equipo y personal calculada en 175 días, luego de descontar, en desarrollo de la buena fe que le asiste, los 30 días de suspensión debido a las lluvias, que corresponde a un riesgo por él asumido, y los 45 días de la prórroga, período en el que hizo reclamaciones por "*stand by*" de equipo y maquinaria por la suma de \$235.120.180,00, que no le fueron resueltas.

Manifestó que como contratista había aceptado en su oferta cumplir con el equipo y personal mínimo requerido en el pliego de condiciones de la Licitación Pública SOP 211-93, de manera que la ejecución del contrato le originó un detrimento patrimonial por ruptura del equilibrio contractual, debido a la subutilización del equipo y del personal por el tiempo en que se demoró injustificadamente su duración, perjuicios que fueron valorados por los peritos y constan en su dictamen rendido en el proceso. Advirtió que, contrario a lo aducido en el escrito de contestación de la demanda, el contrato no fue liquidado ni unilateral ni bilateralmente.

Afirmó que, por tanto, el fallo de primera instancia partió de una premisa errónea al considerar como tema de la demanda la mayor cantidad de obra, pues el verdadero sentido de la demanda consistió en la demora en la ejecución del contrato por hechos ajenos a la sociedad constructora, generando un daño antijurídico por el rompimiento del equilibrio contractual, hasta afectar inclusive la

utilidad esperada por la contratista desde el momento de la presentación de su oferta.

Refirió que los hechos constitutivos de la demora que existió (tardanza en la adjudicación del emisario final del alcantarillado para poder construir el sumidero, traslados y modificaciones de las redes de los servicios públicos, reparaciones de daños a instalaciones de Telecom por culpa de la administración, etc.) no fueron analizados y tenidos en cuenta por el juez *a quo* y esto condujo a una interpretación equivocada de la demanda y en consecuencia a fallar sobre un tema distinto al solicitado en la demanda, cual es la obra imprevista o mayor cantidad de obra, que sí fue pagada en su oportunidad al contratista, cuando debió referirse a la demora en la ejecución del contrato por causas ajenas al contratista que lo afectaron en su patrimonio por motivo de la subutilización del equipo y del personal, valores que no fueron reconocidos en ninguna de las actas de acuerdo suscritas.

En suma, concluyó que la sentencia es errada, porque ante la demostración de los hechos y del daño imputable a la administración, esto es, la demora que ocasionó la mayor permanencia en la obra por causas ajenas al contratista, se exonera de responsabilidad a aquella con el expediente de habersele pagado las obras dentro del precio del contrato, cuando lo que se reclama es que la contratista invirtió sus bienes y su personal durante un tiempo superior al estimado, lo que generó un desequilibrio contractual que no le fue reconocido, con lo cual se patrocina un enriquecimiento de la entidad demandada y un detrimento patrimonial al contratista demandante.

9. Actuación en segunda instancia

9.1. El recurso fue admitido por esta Corporación en auto de 29 de mayo de 2000.

9.2. Mediante auto de 22 de junio de 2000 se dio traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera concepto, etapa durante la cual:

9.2.1. El demandando solicitó confirmar la sentencia, por cuanto, en su criterio, está demostrado en el proceso que el Departamento de Cundinamarca cumplió lo pactado y que las modificaciones, las suspensiones y la prórroga llevadas a cabo

se hicieron a petición de la contratista y se incluyeron y pagaron todos los sobrecostos y la mayor permanencia de la contratista.

9.2.2. El demandante allegó memorial en el que adjuntó documentos relacionados con la Licitación S.O.P.-30-93 y la bitácora del desarrollo del Contrato S.O.P 211-93, con fundamento en que no pudieron ser aportados en la primera instancia y que, a su juicio, confirman los hechos de la demanda y los argumentos de la apelación.

9.2.3. El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia del *a quo*, para lo cual abordará el análisis de los siguientes aspectos: 1) la competencia; 2) el objeto de la acción y el motivo de la apelación; 3) el contrato de obra pública n.º SOP-211-93 celebrado por las partes y su régimen jurídico; 4) la ejecución del contrato de obra pública SOP-211-93 y la conducta asumida por las partes; 5) el principio del equilibrio económico del contrato y las consecuencias de su ruptura; y 6) la pretensión de reconocimiento de sobrecostos por mayor permanencia en obra.

1. Competencia

La Sala destaca que es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de controversias contractuales, idónea de acuerdo con la legislación vigente al momento de interponer la demanda y ejercida en término legal¹, competencia que tiene su

¹ El término para intentar la acción de controversias contractuales en este caso estaba previsto en el artículo 136 del C.C.A. -en su versión del Decreto 2304 de 1989-, esto es, dos años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento. La jurisprudencia de la Corporación había definido que en los contratos de ejecución sucesiva, como es el de obra pública, el término para demandar con ocasión de cualquiera de las incidencias que se presentaran en la relación negocial, apenas empezaba a computarse desde la liquidación del contrato. Vid. Sección Tercera, auto 8 de junio de 1995, exp.10.684 y sentencia de 22 de junio de 1995, exp. 9.965, C.P. Daniel Suarez Hernández. Igualmente, la jurisprudencia en lo atinente a la oportunidad para la realización de la liquidación de un contrato de la administración, señaló que si bien el Decreto-ley 222 de 1983 no precisó tiempo alguno dentro del cual debía agotarse dicha etapa, las partes tenían cuatro (4) meses para hacerla de mutuo acuerdo a partir del vencimiento del plazo de ejecución del contrato o dentro del término por ellas acordado (Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 1988, Exp. 3615, C.P. Carlos Betancur Jaramillo) y, luego de transcurrido ese término la administración debía proceder a liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes (Sentencia de 11 de diciembre de 1989, Exp. 5334, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo). En este caso, como no se encuentra probado que el contrato de obra pública SOP-211 de 1993 celebrado por las partes se haya liquidado, en aplicación de la jurisprudencia, se tiene que la fecha de terminación del mismo fue el 21 de julio de 1995, luego la oportunidad para hacer la liquidación (4 meses en forma bilateral más los 2 meses unilateralmente) vencía el 21 de enero de 1996, fecha desde la cual comenzaba el cómputo legal para el ejercicio oportuno de la acción y que permite colegir

fueron en lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

Adicionalmente, precisa la Sala que le corresponde resolver el recurso de apelación en consideración a que la providencia apelada fue proferida en proceso de doble instancia, toda vez que la pretensión mayor asciende a la suma de \$556,558.543,10 y la mayor cuantía para la fecha de presentación de la demanda -12 de junio de 1997- era de \$13.460.000,00, lo cual comportaba que el proceso se tramitara en primera instancia ante los Tribunales Administrativos y en segunda instancia ante el Consejo de Estado, circunstancia que no había variado para la fecha de presentación del recurso de apelación el 12 de noviembre de 1999, época para la cual la mayor cuantía era de \$18.850.000.

2. El objeto de la acción y el motivo de la apelación

El demandante persigue la responsabilidad patrimonial del Departamento de Cundinamarca con fundamento en el desequilibrio económico del contrato de obra pública SOP. 211-93, derivado de los sobrecostos de administración, personal y maquinaria, en los que afirma haber incurrido por la mayor permanencia en obra originada en hechos sobrevinientes que no le resultan imputables y que se presentaron por la falta de diseños y planos de la vía a construir (construcción del alcantarillado de aguas lluvias, imprevista realización de trabajos de protección de un poliducto, modificación a las redes de servicios públicos, construcción del colector final del alcantarillado y reparación de daños).

La entidad demandada, en esencia, se opuso pues consideró que el contrato se ejecutó según lo estipulado y de acuerdo con las modificaciones, suspensiones y reiniciaciones pactadas, cancelando las sumas causadas a propósito de su cumplimiento.

El Tribunal *a quo* desestimó las súplicas porque, a su juicio, si bien el contrato se demoró injustificadamente, la entidad reconoció y pagó las mayores cantidades de

que al tiempo de la interposición de la demanda el 12 de junio de 1997, no había transcurrido la totalidad del plazo legal mencionado para presentarla.

obra y compensó la mayor permanencia de la contratista con las modificaciones en el valor del contrato.

El actor impugnó esta decisión, ya que, en su criterio, se interpretó en forma equivocada la demanda, lo que condujo a que no se fallara sobre el desequilibrio contractual que se generó por causas ajenas al contratista que lo afectaron en su patrimonio por motivo de la subutilización del equipo y del personal, valores que no fueron reconocidos por la demandada.

De acuerdo con lo anterior, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala estriba en establecer si se presentó una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública SOP. 211-93 por hechos no atribuibles al contratista, sin que se adoptaran las medidas necesarias para su restablecimiento y, como consecuencia de este análisis, si surge para la entidad demandada el deber de reparar los daños que el demandante afirma se le causaron por el mayor tiempo que duró la obra.

En este contexto, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, previa verificación de los hechos probados en el proceso y del marco jurídico que rige el contrato del *sub examine*, de conformidad con los aspectos arriba enunciados que serán materia de análisis.

3. El contrato de obra pública n.º SOP-211-93 celebrado por las partes y su régimen jurídico

Muestra el acervo probatorio del proceso que mediante Resolución 0753 de 23 de noviembre de 1993, el Gobernador del Departamento de Cundinamarca ordenó la apertura de la licitación pública SOP-30-93 (fls. 389, 400 y 401 cd. 3, fls. 374 a 375 cd. 5), para la construcción y pavimentación de la variante de Madrid, comprendiendo los trabajos a realizar la explanación con bulldozer, obras de drenaje, sub-base, base granular, base asfáltica B-1150-V y un puente (*box culvert*). En Resolución 0026 de 19 de enero de 1994 el Gobernador resolvió adjudicar la licitación a la sociedad PAVICON LTDA., previa recomendación de la Junta de Hacienda comunicada a ésta mediante oficio de 13 de enero de 1994 (fl. 419 cd. 3, fl. 343 cd. 5).

Por lo anterior, PAVICON LTDA. y el Departamento de Cundinamarca celebraron el Contrato de Obra Pública n.º SOP-211-93 en el año de 1994 (fls. 141 a 146 cd. 3 y 385 a 389 cd. 5), cuyo objeto de conformidad con la cláusula primera es la construcción y pavimentación de la variante de Madrid desde el km. 0+520 al km. 2+100, tomando el km 0+000 a la entrada de Madrid en la vía de Bogotá-Madrid, de acuerdo con los planos y especificaciones suministradas por la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca, cantidades aproximadas y precios unitarios, en los términos de la contratación y la propuesta presentada por la contratista.

El objeto de la obra comprendía los *ítems* de excavaciones secas, excavaciones bajo agua, concreto ciclópeo de 2500 i, concreto simple de 2000 psi (Mops 32-5 y 6) para solados y sardineles, hierro de refuerzo, baranda en concreto reforzado, conformada y compactada, sub-base granular (Mops-10), base granular (Mops-12), imprimación (Mops 20-1), base asfáltica, rodadura asfáltica, excavación de cortes canales, sobrecarreo después de 100 metros, prolongación de pozos, tubería de cemento de 24" para aguas lluvias, suministro y construcción de aro y base de ferroconcreto, sumideros rectangulares, reparaciones domiciliarias de acueducto de 3/8" a 2" hasta 10 mts, reparaciones de alcantarillado de aguas negras, construcciones domiciliarias de aguas negras y puente box culvert.

Así mismo, se señaló que las cantidades de obra consignadas en el contrato eran aproximadas y por tanto el Departamento podría, a su juicio, por motivos de interés público introducir modificaciones a las mismas u ordenar la ejecución de las obras no previstas pero comprendidas dentro de su objeto, por el procedimiento establecido para la modificación de los contratos o suscribir contratos adicionales cuando la modificación implicara la variación al plazo o valor convenido (parágrafo cláusula primera). En todo caso, se indicó que los precios unitarios determinados en el contrato, incluían todos los costos directos e indirectos requeridos para la ejecución de la obra y por tanto el departamento no reconocería sumas diferentes, siempre y cuando no se tratara del reajuste de precios previsto (parágrafo cláusula tercera).

Según lo acordado, el valor del contrato se pactó (cláusula tercera) en la suma de \$659.794.350,30 que corresponde a la obra a ejecutar y se tendría en cuenta la suma adicional de \$65.979.435, equivalente al valor aproximado de los reajustes del caso para efectos del pago, para un total de \$725.773.785.30. La forma de pago se convino (cláusula sexta) así: a) un anticipo equivalente al 50% sobre el

valor básico del contrato, previa entrega de las garantías exigidas y b) el saldo mediante cuentas mensuales acompañadas de actas de recibo parcial de obra, previa amortización del porcentaje correspondiente al anticipo.

El plazo de vigencia se estipuló en ocho meses y el plazo de ejecución para la entrega de la obra en seis meses, contados a partir de la fecha del acta de iniciación, obligándose la contratista a iniciar la obra a más tardar el tercer día hábil siguiente al giro del cheque correspondiente al anticipo (cláusula cuarta).

Se advierte que la fecha de "3 de enero de 1994" que aparece como de suscripción del contrato no es la correcta, teniendo en cuenta que, como se señaló, la adjudicación ocurrió el 19 de enero de 1994; no obstante, se trataría de un yerro involuntario y no de alguna irregularidad sustancial, según se desprende del hecho de que los requisitos para su ejecución fueron observados por la contratista con posterioridad a esta última fecha, permitiendo deducir que se suscribió en el período comprendido entre el 19 de enero de 1994 y el 22 de marzo de ese año, día éste de iniciación del amparo cubierto por las pólizas de seguro correspondientes (fls. 372 y ss. cd. 3). En efecto, con oficio recibido por la entidad contratante el 27 de abril de 1994, la contratista remitió a la entidad los documentos relacionados con la publicación del contrato, el pago de los derechos del impuesto de timbre correspondiente, así como las garantías exigidas, siendo aprobadas éstas el 3 de mayo de 1994 (fls. 344 a 360 *ídem*), dando así cumplimiento a los requisitos exigidos para su ejecución regular.

Ahora bien, de acuerdo con las anteriores fechas, observa la Sala que, aun cuando el proceso de licitación pública SOP-30-93 se realizó al amparo del Decreto - Ley 222 de 1983 y el régimen fiscal del Departamento de Cundinamarca (art. 1), como el contrato de obra pública objeto de este litigio fue suscrito en el año de 1994, su régimen jurídico sustancial es el previsto en la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración vigente al

tiempo de su celebración², de conformidad con la regla establecida en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que respetó el artículo 78 de dicho estatuto.³

Así, es pertinente anotar que en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se definió el contrato de obra como aquel que celebran las entidades estatales (art. 2 *ibídem*) para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Sobre este último elemento, interesa destacar que existen diferentes modalidades de pago del valor del contrato de obra: a precio global, a precios unitarios, por administración delegada reembolso de gastos y pago de honorarios y el otorgamiento de concesiones, sistemas de pago que señalaba el artículo 82 del Decreto 222 de 1983. Si bien estas modalidades no fueron previstas de manera expresa por la Ley 80 de 1993, no es óbice para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados por la administración, en tanto en las condiciones generales de la contratación debe esta precisar las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5, literal c).⁴

Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato⁵.

² A este respecto, conviene recordar lo prescrito en el inciso segundo de su artículo 81, en virtud del cual, a partir de su promulgación, la cual tuvo lugar el 28 de octubre de 1993 en el Diario Oficial No. 41.094, entraron a regir varias de sus normas relacionadas -entre otras materias- con el contrato de concesión, la fiducia pública, el encargo fiduciario y los servicios y actividades relacionadas con telecomunicaciones; pero, a su vez, el inciso tercero de esta última norma, estableció que las demás disposiciones de la Ley 80 de 1993, entrarían a regir el 1º de enero de 1994, salvo las disposiciones relativas a registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciaría un año después de la promulgación de esta ley.

³ Según el cual "los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación." De acuerdo con jurisprudencia de la Sección "el legislador quiso, indudablemente según el artículo 78 y el inciso 3o. del artículo 81, que todos los contratos celebrados después del inicio de la ley 80 se rigieran por ésta y no por la anterior." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de febrero de 1998. exp. 9825, C.P. Luis Fernando Olarte Olarte. En similar sentido: sentencias de 29 de agosto de 2007, exp. 15469, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; y de 19 de junio de 1998, exp. 10217, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre 1999, exp. 10.929, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵ Algunos autores "la llaman contratos por "precio unitario"; otros le denominan contratos por "series de precios". Pero es de advertir que este sistema comprende dos sub-tipos: unidad simple; unidad en el conjunto.

Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales.

De acuerdo con lo expuesto, en el *sub lite* la forma de pago del contrato se pactó por el sistema de precios unitarios, definición que según la jurisprudencia implica que si para lograr el fin o el objeto contractual se requiere adelantar una serie de actividades complementarias no previstas en el contrato, éstas deben ser desarrolladas y remuneradas partiendo de los precios unitarios previamente determinados⁶.

En suma, el contrato de obra pública SOP-211-93 se rige por la Ley 80 de 1993 y será bajo este régimen y las estipulaciones contenidas en él que se estudiará el litigio que originó su ejecución.

4. La ejecución del contrato de obra pública SOP-211-93 y la conducta asumida por las partes

En la "unidad de medida simple" el cocontratante se obliga a ir ejecutando partes, unidades o piezas de obra por un precio unitario determinado, sin que se haya establecido el número de partes, unidades o piezas que realizará. En virtud de ello, cada parte, unidad o pieza constituye una obra independiente o separada. (...) El cocontratante cumple su obligación entregando cualquier cantidad de unidades, piezas o partes cuyo precio unitario se convino, pero dentro de cada trabajo, unidad, parte o pieza a efectuar (terraplenamiento, mampostería, asfaltado, etc.), debe entregar el trabajo, parte o pieza, completo, y no sólo parte o porción del mismo (así: todo el terraplén, toda la mampostería, todo el asfaltado, etc): si se convino la construcción de un determinado camino a tanto por metro, debe entregar el camino completo -desde el punto inicial convenido al terminal-, cuyo costo luego le será pagado a tanto por metro./ En el sub-tipo "unidad en el conjunto", cada unidad no se considera como una obra independiente; si se tiene en cuenta el conjunto total de la construcción, que resultará integrado por la suma de unidades o partes. Cada una de éstas tiene fijado su precio. El precio de toda la obra es el que resulte de la suma de todas las unidades, piezas o partes, realizadas. Como consecuencia de este tipo de contratación, el cocontratante debe entregar una obra completa, y no una o varias unidades, piezas o partes, de ésta, independientes, como ocurre en el tipo de unidad simple." Marienhoff, Miguel Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, edit. Abeledo-Perrot, 1983, Tercera edición, Tomo III -B, Contratos Administrativos, págs. 543 y 544.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 1999, exp. 10.929, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Para determinar si le asiste razón a la actora, es relevante tener en cuenta lo sucedido en desarrollo del contrato y en particular establecer los motivos de la mayor duración del mismo y de los cuales hace depender los perjuicios reclamados.

Así las cosas, la Sala precisa que estudiadas en conjunto las pruebas susceptibles de valoración que obran en el expediente⁷, en orden cronológico quedaron acreditadas las siguientes circunstancias particulares y relevantes de la ejecución del contrato *sub iudice*:

4.1. Que el 18 de mayo de 1994 se inició el plazo de ejecución del Contrato SOP-211-93, mediante acta suscrita por las partes, en la que además se estableció como fecha de terminación el 14 de noviembre de 1994 (fls. 364-365 cd. 3; fls. 338-339 cd. 5)⁸.

4.2. Que el 8 de junio de 1994, el interventor del contrato le solicitó a PAVICON LTDA. presentar una reprogramación de obra donde se incluyera la actividad no prevista inicialmente (fl. 34 *ídem*) de construcción del acueducto y alcantarillado de aguas lluvias (fl. 30 cd. 2), petición que fue respondida por la contratista en comunicación de 23 de junio de 1994 enviando los precios para la instalación de tubería, acometidas domiciliarias y tubería para alcantarillado de aguas lluvias (fl. 31 cd. 2).

4.3. Que el 14 de junio de 1994, la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, le solicitó por escrito a la Secretaria de Obras Públicas de Cundinamarca suspender la construcción de la variante de la carretera hasta que se realizaran las obras necesarias para la protección de la tubería del propano ducto que atravesaba la vía a construir, petición a la que le dio posterior alcance y seguimiento, según oficios de 22 y 29 de julio y 5 de septiembre de

⁷ El acervo probatorio está constituido por prueba documental aportada dentro de las respectivas oportunidades procesales por el actor, por la accionada y como anexos al dictamen pericial en los cuadernos 2, 3, 4 y 5, advirtiéndose que los documentos de los cuadernos 3 -fls.7 a 438- allegados por la demandante y los contenidos en el cuaderno 5 allegados por la entidad demandada -fls.2 a 413- coinciden en su mayoría, por cuanto versan sobre el expediente administrativo del contrato objeto del *sub lite* que reposa en los archivos de la oficina de control documental del Departamento de Cundinamarca (fls. 1 a 6 cd. 3, fl. 1 cd. 5), de manera que en el análisis probatorio se hará referencia indistintamente al contenido de uno y otro cuaderno a propósito de la ejecución de aquél. Igualmente, obran varios testimonios y un dictamen pericial cuyo mérito será también evaluado más adelante de acuerdo con las normas procesales correspondientes.

⁸ Teniendo en cuenta el plazo de duración y el cumplimiento de los requisitos exigidos, así como el pago del anticipo el 15 de mayo de 1994 según aceptación de este hecho en la demanda a fl. 7 cd. 1.

1994, en los que envió a la contratante los diseños, presupuesto estimado, especificaciones técnicas y recomendaciones de la obra (fls. 44 a 66 cd. 2).

4.4. Que el 29 de junio de 1994, PAVICON LTDA. le solicitó al ingeniero interventor la entrega de los diseños geométricos de la vía, diseños de alcantarillados y diseño del cruce de carretera del gasoducto de ECOPEPETROL, en atención a que la demora en entregarlos no le permitía adelantar la obra, pese a que el acta de iniciación se había firmado hacía más de un mes; además, advirtió que durante ese tiempo se puso a disposición la maquinaria -dos retroexcavadoras- y el equipo de transporte requeridos. Esta petición fue reiterada por la contratista el 25 de julio siguiente, agregando la necesidad de modificar la fecha de iniciación de los trabajos hasta el momento en que le fueran entregados los diseños (fls. 19 y 20 cd. 2).

4.5. Que el contrato SOP-211-93 fue modificado por primera vez el 29 de julio de 1994 por el Departamento de Cundinamarca en el sentido de disminuir varios *ítems* comprendidos inicialmente y adicionar otros sin alterar el valor total del contrato de acuerdo con los precios unitarios con reajustes y cantidades aproximadas pactadas, siendo aceptado expresamente por PAVICON LTDA., según se deduce de la suscripción por parte de éste de la respectiva acta (fls. 316 y 317 del cd. 3.; fls. 291 a 292 cd. 5). La modificación unilateral involucró un valor de \$128.500.421,30 y comprendió la disminución de instalaciones de alcantarillado y domiciliarias de aguas negras, así como la adición de tubería para aguas lluvias para sumideros, tubería de acueducto gres y PVC e instalación.

4.6. Que en comunicación SI-598.94 de 6 de septiembre de 1994, el interventor le solicitó al contratista PAVICON LTDA. presentar los análisis de precios unitarios para la construcción del pozo de inspección, la instalación de las acometidas domiciliarias, válvulas de corte de red de acueducto, recubrimiento de tubería geotextil y "tee" de reducción en PVC; y así mismo, mediante oficio de 8 de septiembre siguiente relocalizar los postes de energía de acuerdo con el plano preparado por el proyectista de la comisión de topografía que estaba trabajando en la zona (fls. 24 y 25 cd. 2).

4.7. Que el 14 de septiembre de 1994, las partes modificaron por segunda vez el contrato SOP-221-93, únicamente en lo que corresponde a las actividades señaladas en el punto precedente y con fundamento en el hecho de que para

realizar la pavimentación era necesario reconstruir las redes de acueducto de la vía entre los puntos 3" y 6", así como porque de acuerdo con los diseños de la estructura de pavimentos presentados por la firma consultora que realizó los estudios, era necesario poner a nivel sub-rasante un geotextil con el fin de controlar la humedad de la estructura y evitar la contaminación de las capas granulares. La modificación realizada mediante acta consistió en la disminución de varios *ítems* por valor de \$36.524.742,08 (hierro refuerzo y puente box culvert) y la adición de aquellos de la obra imprevista por valor \$36.324.512,4, sin alterar el valor total del contrato, de acuerdo con los precios unitarios con reajustes y cantidades, así como los precios máximos aprobados en la cartilla de la Secretaría de Obras Públicas del departamento (fls. 70, 304, 305 cd. 3 y 64, 65, 279 y 280 cd. 5).

4.8. Que el 4 de octubre de 1994, mediante acta n.º 1, las partes suspendieron el contrato desde esa fecha hasta el 17 de noviembre de 1994 (45 días), dada la necesidad de comenzar las excavaciones de caja, mover los postes de energía y teléfono, reemplazar postes que no habían sido aún entregados por la empresa de energía, poner en funcionamiento la red de acueducto y realizar la prueba hidráulica de la tubería sin contar todavía con las bombas requeridas; de común acuerdo fijaron como fecha de entrega o terminación de los trabajos el día 28 de diciembre de 1994 e indicaron que los reajustes se liquidarían de acuerdo con el plan de inversión original (acta de suspensión a fls. 157 cd. 3 y fl. 162 cd. 5).

4.9. Que el 17 de noviembre de 1994, mediante acta n.º 2, las partes suspendieron el contrato desde esa fecha hasta el 16 de diciembre de 1994 (30 días), porque el invierno impedía el normal desarrollo de la obra, lo que ocasionó inundaciones en la caja y la saturación del material de sub-base, no permitiendo extenderse y alcanzar la compactación requerida; por lo anterior, acordaron como fecha de entrega o terminación de trabajos el día 27 de enero de 1995 y señalaron que los reajustes se liquidarían de conformidad con el plan de inversión original (acta de suspensión a fl. 158 cd. 3 y fl. 163 cd. 5).

4.10. Que el 20 de diciembre de 1994, mediante acta n.º 3, las partes suspendieron el contrato desde esa fecha hasta el 18 de enero de 1995 (30 días), dado que para continuar con la construcción de la caja y estructura del pavimento era necesario realizar algunas obras de infraestructura no previstas, que debían realizar entidades ajenas a las partes; convinieron como nueva fecha de entrega o

terminación de trabajos el día 26 de febrero de 1995 y previeron que los reajustes se liquidarían de acuerdo con el plan de inversión original (acta de suspensión a fls. 159 cd. 3 y fl. 164 cd. 5).

4.11. Que el 6 de enero de 1995, el interventor, teniendo en cuenta que a esa fecha se habían superado las dificultades que se presentaron en el desarrollo de la obra, tales como la protección de la tubería del propano de ECOPEL, la modificación del diseño de la estructura del pavimento, solicitó al contratista reprogramar la obra, presentar los análisis de precios unitarios no previstos en el contrato para hacer la correspondiente acta de modificación, realizar una sobre-excavación recomendada en el estudio de la firma consultora del proyecto y los trabajos de red del servicio de energía de acuerdo con los materiales suministrados por la Empresa de Energía de Bogotá (fls. 39 y 40 cd. 2).

4.12. Que el interventor del contrato, mediante comunicación SI-31-95 de fecha 12 de enero de 1995, envió a PAVICON LTDA. copia del informe elaborado por la firma consultora de ingenieros en relación con el problema generado por el relleno de la antigua acequia de aguas lluvias y le reiteró la solicitud de los análisis de precios unitarios de los *ítems* no previstos en el contrato con el fin de realizar la correspondiente modificación, así como la ampliación de la vigencia de las pólizas y la realización de los ensayos sobre materiales de la base granular, por cuanto las muestras tomadas no cumplían la norma técnica requerida (fl. 23 cd. 2).

4.13. Que el contrato SOP-211-93 fue modificado por tercera vez el 27 de enero de 1995 por el departamento con la aceptación de la contratista, considerando que para continuar con la pavimentación era necesario terminar las obras de infraestructura de acueducto, así como el traslado de postes de energía y teléfonos. La modificación realizada mediante acta consistió en la disminución de varios *ítems* relacionados con la rodadura y base asfáltica por valor de \$35.429.198,22, ampliando la cantidad de obras a construir por un valor de \$35.429.441,19 con la inclusión del traslado de postes telefónicos y de energía, el tendido y tensionamiento de líneas de alta y baja tensión, la instalación de un transformador, la instalación de pantallas, la instalación de cables, retiro e instalación de acometidas, limpieza y recubrimiento de tubería de gasoducto, construcción de cámara para el cruce de gasoducto, la instalación y suministro de válvulas, acople con el acueducto municipal, suministro e instalación de uniones

mecánicas, cruz de hf, tee y tapones, extendida de material de excavación, entre otros (fls. 186 y ss. cd 3, 184 y ss. cd. 5).

4.14. Que la contratista solicitó el 30 de enero de 1995 a la administración la ampliación del plazo del contrato, dado que la Alcaldía de Madrid había demorado la decisión de construir el alcantarillado de aguas negras, los habitantes del municipio impidieron adelantar las actividades de excavación ya que los diseños no habían tenido en cuenta la existencia de una franja de material orgánico cuyo retiro se ordenó a comienzos de ese año y por causas no imputables el plazo contractual sólo se logró iniciar en su parte esencial el 6 de enero de 1995 (fl. 65 cd. 2).

4.15. Que las partes, mediante acta n°. 04, suspendieron la obra desde el 14 de febrero de 1995 hasta el 14 de abril del mismo año (60 días), debido a que se presentaron obras que no estaban previstas en el contrato original tales como el traslado de las redes de servicios públicos cuya decisión se demoró en tomar la Alcaldía de Madrid y que para poder ejecutar las obras se había consultado al Ministerio de Obras Públicas y se hicieron algunos cambios a los diseños que no estaban contemplados por la firma consultora, inconvenientes que fueron solucionados en enero de 1995; en consecuencia, de común acuerdo fijaron como fecha de entrega o terminación de los trabajos el día 28 de abril de 1995 (acta de suspensión a fls. 273 cd. 3, fl 249 cd. 5).

4.16. Que el Personero de Madrid, en comunicación de fecha 15 de febrero de 1995, presentó un informe al Alcalde de ese municipio de la reunión sostenida con la comunidad en la cual se advirtió la destrucción de las mangueras para el servicio de agua, el desorden en las obras con afectación del tránsito peatonal, las fisuras de los pozos recolectores de aguas, los daños de las redes telefónicas y la inadecuada reubicación de las redes eléctricas por parte de la contratista, entre otros aspectos (fls. 27 y 28 cd. 2).

4.17. Que la contratista pidió a la administración el 3 de abril de 1995, una nueva prórroga arguyendo las demoras causadas por la ubicación de los servicios públicos, la tardanza en la decisión de construir el alcantarillado de aguas lluvias por parte de la Alcaldía de Madrid, las modificaciones del diseño geométrico y su entrega inoportuna y el adelantamiento de obras antes de iniciar el objeto como son las redes de acueducto, alcantarillado, eléctrica y telefónica (fls. 67 y 68 cd.2).

4.18. Que en oficio del 10 de abril de 1995, la contratista advirtió al interventor que la tardanza de la Alcaldía de Madrid en contratar el colector final para el alcantarillado de aguas lluvias, generaría grandes inconvenientes constructivos y para la terminación del contrato (fl. 35 cd. 2).

4.19. Que las partes prorrogaron el contrato, el 27 de abril de 1995, ampliando su plazo de vigencia por el término de 45 días para la ejecución de las obras pendientes (acuerdo a fls. 150 y 151 cd. 3 y 132 cd. 5).

4.20. Que entre las partes se suscribió un acuerdo de variaciones al Contrato SOP-211-93 en el mes de mayo de 1995 (entre el 16 y 24 de mayo dado que si bien la fecha resulta ilegible en la copia, su trámite ocurrió en ese lapso según documentos a fls. 256 y 259 cd.3), toda vez que *“cuando se empezó a desarrollar el proyecto se encontró que el municipio de Madrid no tiene en el corredor de la variante las obras de infraestructura y complementarias necesarias para poder hacer la pavimentación, tales como acueductos, alcantarillados, protección de tuberías de (...) propanoductos, reubicación de servicios telefónicos, obras que deben anteceder a la pavimentación de la vía”*, razón por la que la contratista debía ejecutar obras no previstas (red de acueducto, acometidas domiciliarias y construcción del pavimento) y por lo mismo era procedente modificar la cláusula primera del contrato donde se relaciona la obra así *“Desde el KO+520 al K2+100 redes de acueducto en PVC RDE 26 de diámetro 6 pulgadas y 3 pulgadas y acometidas domiciliarias, y del KO+520 al K1+480 las demás obras complementarias y construcción del pavimento, tomando KO+100 a la entrada en Madrid en la vía Bogotá/Madrid”* (fls. 184 y 185 cd. 3; fls. 182 a 183 cd. 5).

4.21. Que el 25 de mayo de 1995, mediante acta n.º 5, las partes suspendieron el contrato desde esa fecha hasta el 3 de julio de 1995 (40 días), porque para la construcción de los sumideros y para poder continuar con los sardineles y base granular era necesario que el Municipio de Madrid construyera el emisario final del alcantarillado de aguas lluvias; fijaron como nueva fecha de entrega o terminación de trabajos el día 21 de julio de 1995 y previeron que los reajustes se liquidaran de acuerdo con el plan de inversión original (acta de suspensión a fls. 171 cd. 3 y fl. 175 cd. 5).

4.22. Que la contratista, mediante comunicación de 1 de junio de 1995, reclamó al interventor por la demora en la orden de construcción de los sumideros, dado que sólo fue dada el 30 de mayo de 1995, situación que, a su juicio, impidió continuar otras actividades y ocasionó sobre costos por saturación de la base granular y subutilización de maquinaria, razones por las que solicitó una prórroga de 40 días al plazo de contrato (fl. 29 cd. 2).

4.23. Que en respuesta a lo anterior, en comunicación de 2 de junio de 1995, el interventor le informó a la contratista que la construcción del emisario final del alcantarillado ya había sido contratada por la Alcaldía de Madrid, motivo por el cual le ratificaba la orden de construir los sumideros dada verbalmente el 26 de mayo anterior (fls. 36 y 37 cd. 2).

4.24. Que el 13 de junio de 1995, la contratista advirtió a la entidad contratante sobre defectos en la construcción del colector de aguas lluvias ocasionando una filtración hacia la estructura del pavimento y comprometiendo la estabilidad de la obra, razón por la cual solicitó que se requiriera a la Alcaldía de Madrid para que cumpliera el compromiso de terminar satisfactoriamente esa obra (fl. 3 cd. 2).

4.25. Que el 3 de julio de 1995, mediante acta suscrita por la entidad y por la contratista en señal de aceptación, se modificó el contrato por la necesidad de mejorar y nivelar el piso de la obra para la construcción de los andenes y sardineles. Esta modificación, como las demás, consistió en la disminución de varios *ítems* relacionados con la excavación en material común, sobrecarreo, rodadura y base asfáltica por valor de \$18.248.767,20, ampliando la cantidad de obras a construir por un valor de \$18.247.735,40 con la inclusión de relleno con material y construcción de pozos, sin modificar su valor total ni el objeto del contrato según los precios con reajustes y cantidades, aprobados de acuerdo con la cartilla de precios máximos de la Secretaría de Obras Públicas (fls. 132 y ss. cd. 3, 139 y ss. cd. 5).

4.26. Que el 21 de julio de 1995 terminó la ejecución del contrato SOP-211-93 según acta de recibo final (fls. 9 y ss. cd. 2 y fls. 11 y ss. cd. 5), arrojando, al incorporar las demás actas de entrega parcial de obra, el siguiente balance: (i) acta n.º 1 de 16 de agosto de 1994, período del 18 de mayo a esa fecha, por valor de \$79.615.831,83, relacionada con excavaciones y la construcción del acueducto; (ii) acta n.º 2 de 3 de octubre de 1994, período de agosto a esa fecha, por valor de

\$90.279.732,89, relativa a la construcción del alcantarillado de aguas lluvias; (iii) acta n.º 3 de 10 de abril de 1995, período de enero a esa fecha, por valor de \$142.652.680,72, terminación de la construcción del alcantarillado de aguas lluvias, trabajo de postes de energía y teléfonos, entre otras actividades; (iv) acta n.º 4 de 22 de mayo de 1995, período del 28 de abril hasta la aludida fecha de suscripción de la misma, por valor de \$68.237,423,33, actividades atinentes a la sub-base y base granular del K0+520 al K1+300; (v) acta n.º 5 de 13 de julio de 1995, período del 3 de junio al 13 de julio de ese año, por valor de \$133.965.680,72, trabajos de pavimentación del K0+520 al K1+020; (vii) acta n.º 6 de 21 de julio de 1995, período desde el 13 de julio de ese año hasta esa fecha, por valor de \$85.443.122,15, dada la terminación trabajos de pavimentación del K0+520 al K1+480 y construcción de vía de dos calzadas con separador central; al pago esas actas fueron reajustadas y amortizado el valor correspondiente al anticipo entregado al contratista (fls. 7 a 68 cd. 3; fls. 11 a 73 cd. 5).

4.27. Que la contratista mediante oficios radicados el 13 de junio de 1995, 8 de agosto y el 11 de octubre de 1995, reclamó al Departamento de Cundinamarca los mayores sobrecostos en que incurrió en el contrato, sobre la base de que le habían causado un desequilibrio económico por sub-utilización de equipo, pérdida de materiales y personal, por un valor total de \$235.120.180 por los dos primeros conceptos y \$18.384.666,00 por el último (fls. 2 y 4 a 8 cd. 2).

Sobre los anteriores hechos rindió testimonio Bernardo Castañeda, ingeniero civil y empleado de PAVICON LTDA. quien señaló que se desempeñó como residente en la obra objeto del contrato del *sub lite* desde agosto de 1994, momento a partir del cual se percató de que se estaban ejecutando obras no contempladas como el traslado de redes eléctricas, construcción de acueductos, protección del propanoducto que cruzaba el lugar; que no se contaba con información sobre las condiciones de la vía y la existencia de redes antiguas, ni con planos o diseños, lo que propició problemas con la comunidad por daños a los tubos y también advirtió que se pagaban las actas con demora por parte de la gobernación, todo lo cual retrasó el desarrollo normal de la obra (fls. 112 a 116 cd. 2).

Igualmente, Carmen Patricia Pardo López, topógrafa que laboró desde el mes de mayo de 1994 para PAVICON LTDA. en la ejecución del contrato, declaró en el proceso que a mediados de junio de ese año no se contaba con diseños de la vía variante contratada, lo que condujo a que se hicieran obras adicionales, como la

reconstrucción de pozos, reparaciones domiciliarias de aguas negras, limpieza de pozos existentes, variaciones al alcantarillado de aguas de lluvias, intervención de redes de servicios públicos, trabajos que demoraron mucho tiempo y en los que ante la falta de información y de un estudio técnico más profundo de la vía se incurrió en daños que ocasionaron problemas con la comunidad, en particular en materia de servicios públicos. Además, mencionó otros problemas como la construcción tardía en el mes de mayo de 1995 del colector final de lluvias, lo que impidió construir los sumideros cuando comenzó la época de invierno originando daños en la estructura de la vía; los trabajos de protección del propanoducto; la existencia de una acequia con relleno de material orgánico o basuras; las variaciones del diseño geométrico y la construcción de un tramo de alcantarillado mixto (aguas negras y lluvias) contratado por el Municipio de Madrid (fls. 117 a 122 cd. 2).

5. El principio del equilibrio económico o financiero del contrato estatal y las consecuencias de su ruptura

En el contexto fáctico anterior, la contratista reclama el reconocimiento y pago de los sobrecostos en que incurrió por la mayor permanencia en la obra que implicó las suspensiones y la prórroga de que fue objeto el contrato, originadas, a su juicio, en circunstancias ajenas a su voluntad e imputables a la entidad contratante al no cumplir con su obligación legal de elaborar adecuadamente los estudios previos y entregar al inicio los diseños geométricos de la obra (art. 25 numeral 12 de la Ley 80 de 1993).

En el recurso de apelación acusa que *“la ecuación contractual se alteró por la conducta de la entidad contratante con el hecho de haber variado el contrato, de haberlo modificado, de haber alterado el acuerdo de voluntades, de haber ejecutado de una manera distinta a la solicitada en la licitación y descrita en la oferta ganadora, al no haberla ejecutado en el tiempo convenido, pero inclusive se alteró por no haber pagado oportunamente al contratista PAVICON LTDA. la mayor permanencia ya que el contratista incurrió en la subutilización del equipo y el personal los cuales estuvieron todo el tiempo en el lugar de la obra, costos que no fueron materia de pago ni de reconocimiento por parte de la administración.”*

En consecuencia, alega la sociedad demandante a su favor la teoría del equilibrio económico del contrato con fundamento en dos causas: el incumplimiento de las

obligaciones contractuales y el ejercicio del *ius variandi*, cuyos lineamientos conceptuales procede la Sala a estudiar con el fin de abordar posteriormente su incidencia en el presente asunto de acuerdo con lo que resultó probado.

5.1. El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines⁹. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado.

De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad¹⁰.

Es decir, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual.

Es, entonces, la razonable contraprestación económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a los particulares colaboradores a obligarse a

⁹ Como se reconoce en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

¹⁰ “La actividad del cocontratante debe tender a facilitar el cumplimiento de esos fines por parte del Estado; pero no es necesario que el cocontratante cumpla, ejecute o realice, personal o directamente dichos fines; basta con que contribuya a que ello sea posible. No se trata de una substitución del Estado por el Administrado para el cumplimiento de las funciones o fines a cargo de aquél, sino de una mera colaboración del Administrado con el Estado para que éste cumpla dichas funciones” (se subraya). Cfr. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III- A, Tercera Edición, Abeledo Perrot, 1983, pág. 58.

suministrar los bienes y servicios objeto del contrato para contribuir con el cumplimiento de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual.

Así, al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones; por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor, de suerte que es en ese instante de asunción del vínculo en el que se regula la economía del acuerdo en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución.

Por lo tanto, la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales¹¹, y a la vez porque la remuneración razonable¹² del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad de la ley ante las cargas públicas.¹³

5.2. En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

Y es la posición de colaboradores que tienen los cocontratantes del Estado la que ha fundamentado la inmutabilidad de las condiciones económicas iniciales determinadas al momento de ofertar o contratar, según el caso, para preservar el equilibrio económico o la ecuación financiera del contrato estatal, porque éstos al

¹¹ Art. 2 Constitución Política.

¹² La remuneración razonable es una noción comprensiva tanto del costo de un bien, servicio u obra, como de la utilidad, término que significa el beneficio, ganancia, fruto, interés, lucro o provecho que se saca de una cosa o se produce en el desarrollo de una actividad, siguiendo las acepciones que respecto de éste trae el Diccionario de la Lengua Española, y que para el contratista representa el resultado económico de la diferencia entre los costos para su producción, realización o construcción, según el caso, y el valor que recibe por el suministro y la prestación de los mismos. Será la consulta de los precios del mercado del bien, servicios u obra junto con el análisis de la utilidad habitual en transacciones y negocios de igual, equivalente, semejante o similar naturaleza, la que posibilita, en principio, verificar la razonabilidad o desproporción del precio y de la utilidad a percibir u obtenida por el contratista.

¹³ Arts. 230, 58 y 13 Constitución Política.

colaborar con las entidades estatales en el logro de sus cometidos cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones que exceden eventualmente los expresos términos del contrato y lo conducen a realizar ingentes esfuerzos para superar las dificultades que sobrevengan en su ejecución, en procura de cumplir con su objeto y el fin último de la contratación, lo que a su vez, con fundamento en el principio de solidaridad, genera que la administración deba ayudarlos y compensarles los mayores gastos o erogaciones a los que se vean sometidos por causa o factores no atribuibles a los mismos.

En efecto, este concepto o calificación de colaborador del cocontratante de la administración, como es conocido de arraigado origen francés, dio paso al principio del “equilibrio financiero del contrato” o a la “honesto equivalencia de prestaciones”¹⁴, con el que se trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático¹⁵, que, por regla general, tiene el contrato estatal, en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo. Sencillamente este principio significa que las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entienden como equivalentes a las de la otra parte y obliga a la adopción de medidas tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca esa equivalencia en caso de su ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables o no a ellas.

Este principio encuentra también sustento en la continuidad del servicio o el cabal cumplimiento del contrato Estatal, por cuanto lo que le interesa a la administración es lograr el objeto del contrato, o sea, la provisión de los bienes, la correcta ejecución de la obra o la buena prestación del servicio y evitar, ante todo, que el interés público se afecte como consecuencia del desabastecimiento de los bienes o la paralización de las obras o los servicios contratados, de manera que, en veces, es necesario adoptar las medidas tendientes a impedir que el contrato por alguna circunstancia sobreviniente y extraordinaria se dificulte o no pueda cumplirse por trastocar o alterar la economía del contrato o el equilibrio o igualdad de las prestaciones.

¹⁴ El “equivalente honrado”, expresión acuñada por el Consejo de Estado francés.

¹⁵ El artículo 1498 del Código Civil señala “[q]ue el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”

En otros términos, la reciprocidad en las prestaciones contractuales es un principio fundamental del contrato celebrado por la administración, que corresponde a su carácter sinalagmático, cuya aplicación en el campo del derecho público se originó inicialmente ante la necesidad de garantizar la estructura económica del contrato frente a las distintas variables que pudieran afectar su cumplimiento y ejecución material, en procura de armonizar el interés público con la garantía de los derechos del contratista.

5.3. El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio¹⁶.

Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución.

¹⁶ El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración, preceptúa: "Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento." "Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate." Igualmente, en el artículo 5 numeral 1, bajo el título de los derechos y deberes de los contratistas e inspirado en la debida realización de los fines de la contratación pública prevista en esa ley (artículo 3º *idem*), determinó que los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. Y, para garantizar la inalterabilidad e intangibilidad de la equivalencia financiera de las prestaciones del contrato, la citada ley otorgó a las partes el derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas; y si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. Así mismo, vid. Arts. 3, inc. 2, 4 n°. 3-8- 9; 5-1, 14-1, 23, 25-14 y 28 *ibidem*.

De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, anteponiendo al principio *pacta sunt servanda* el principio *rebus sic stantibus*¹⁷, ha manifestado que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas¹⁸.

En otros términos, si bien el cocontratante debe soportar el riesgo normal propio de cualquier contrato, no tiene porqué asumir un riesgo anormal, que trastoque o altere de tal forma la economía del contrato ubicándolo a un punto de pérdida o incluso privándolo de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiese podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta y convenidas originalmente.

Ese rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, conlleva el deber de reparar o atenuar los daños producidos por actos o hechos extraordinarios e imprevisibles que se presenten con posterioridad a su nacimiento, en aplicación de los principios de responsabilidad del Estado por daños antijurídicos, solidaridad, igualdad, respeto a la propiedad privada y a los derechos adquiridos con justo título, buena fe, equidad contractual¹⁹ y bajo el entendido de que dicha relación

¹⁷ «*Contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*»: los contratos de tracto sucesivo celebrados y que dependan de resultados en el futuro, deben ser entendidos con la condición de que las circunstancias continúen siendo las mismas o se mantengan. Esta cláusula –sin detenernos en sus orígenes– surgió para morigerar el rigorismo de la cláusula *pacta sunt servanda* (los contratos se celebran para cumplirse), en aquellos casos en que aplicar esta última al amparo del derecho positivo daba lugar a soluciones injustas, abusivas y usureras, de suerte que para preservar la equidad contractual y bajo la buena fe y la moral se hacía imperiosa la revisión del negocio jurídico.

¹⁸ Vid. Marienhoff, Miguel S, ob. cit. págs. 469 y ss. Escola, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, 1979, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina.

¹⁹ Dentro del contexto legal vigente gravita este deber en los artículos 4, 5-1, 14-1, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993, como aquellos de la Constitución Política previstos en los artículos 2º, 13, 58, 83 y 90. Vale anotar que el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, relacionado con las derogatorias que se surten en virtud de la misma, eliminó a partir de su vigencia la expresión “además de la obtención de las utilidades cuya protección garantiza el Estado” del inciso segundo del artículo 3º de la Ley 80 de 1993”, norma esta última que define al contratista como colaborador del Estado. Según parece la reforma realizada por la Ley 1150 de 2007 al estatuto de contratación pretende armonizar esta eliminación con la asignación de riesgos en el proceso de contratación que se ordena en su artículo 4 y, como corolario, generar efectos en la aplicación del equilibrio financiero del contrato, en el entendido de que dicha disposición o expresión había amparado reclamaciones de los contratistas por este concepto y bajo la égida de aquel principio. Sin embargo, lo cierto es que el equilibrio o equivalencia económica del contrato tiene como finalidad garantizar en equidad que durante su ejecución se conserven las mismas condiciones económicas que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta o contratar, según la modalidad de contratación, figura que no debe entenderse que desaparece en virtud de la reforma, pues, aunque el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 fue modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, dicha ley no suprimió el concepto del contratista colaborador de la administración para el logro de los fines estatales, sobre el cual descansa el fundamento jurídico del restablecimiento del equilibrio financiero del

negocial se fundamenta en la colaboración recíproca y de ayuda mutua para el cumplimiento de los fines públicos y el interés general que constituyen el objeto de aquél, con independencia de que la causa de su ruptura económica sea o no desencadenada por la administración.

Esta obligación del Estado de indemnizar al cocontratante es corolario del principio según el cual todo menoscabo patrimonial o individual ocasionado por razones de interés público o general, debe ser resarcido, como que se trata de la aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas que regenta la responsabilidad del Estado (arts.13 y 90 C.P.).

En esencia, el “equilibrio financiero del contrato” protege su aspecto económico, frente a las distintas variables que podrían afectarlo para garantizar al contratante y al contratista el recibo del beneficio pactado, de acuerdo con las condiciones que se tuvieron en cuenta al tiempo de su celebración.

5.3 Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. La ecuación económico financiera del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, según explica Marienhoff por tres circunstancias fundamentales:

“a) Causas imputables a la Administración en cuanto ésta no cumpla con las obligaciones específicas que el contrato pone a su cargo, sea ello por dejar de hacer lo que le corresponde o introduciendo ‘modificaciones’ al contrato, sean éstas abusivas o no.

b) Por causas imputables al ‘Estado’, inclusive, desde luego, a la Administración Pública, sea ésta o no la misma repartición que intervino en la celebración del contrato. Los efectos de estas causas inciden, o pueden incidir, por vía refleja en el contrato administrativo.

c) Por trastornos de la economía general del contrato, debidos a circunstancias externas, no imputables al Estado, y que inciden en el contrato por vía refleja.

En la primera hipótesis se estará en presencia de un supuesto de responsabilidad contractual del Estado; en la segunda hipótesis

contrato, como tampoco los artículos 4, 5-1, 14-1, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993, que permiten aplicar este principio ante todas aquellas situaciones que puedan romper la ecuación contractual.

aparece el denominado 'hecho del príncipe' (*fait du prince*); en el tercer supuesto surge la llamada 'teoría de la imprevisión'.²⁰

En reconocida jurisprudencia, el Consejo de Estado sobre el origen del rompimiento de la ecuación económica del contrato ilustró:

“[E]l equilibrio financiero puede resultar afectado por variadas causas, algunas atribuibles a la propia administración contratante, como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución del contrato; otras, también imputables a la administración, pero provenientes del ejercicio de su función estatal; así mismo, la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión. (...)”²¹

En síntesis, el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por:

- a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo *-ius variandi-*, sean éstas abusivas o no.
- b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.²²

²⁰ Cfr. Marienhoff, Miguel S. Ob. cit. págs. 473 y 474.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, reiterada en sentencias de 29 de abril y 21 de julio de 1999, exp. 14.885 y exp. 14.943, C.P. Daniel Suárez Hernández.

²² Es de anotar que la Sección en providencia de 29 de mayo de 2003 (exp. 14.577), luego de acoger los planteamientos que sobre el tema ha hecho la doctrina y la jurisprudencia -en especial la francesa-, fijó su posición actual adoptando un criterio estricto de la figura, según el cual “sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante”, porque “cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de mayo de 2003, exp. 14.577, y sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16433, C.P. Ricardo Hoyos Duque. La tesis anterior, fue reiterada en providencia de 18 de septiembre de 2003 (exp.15119), aún cuando se atemperó su rigidez en el sentido de que debe tenerse en cuenta que en algunas ocasiones, esa persona jurídica contratante actúa a través de distintos representantes, sin que por ello pierda su unidad e identidad, por lo cual, será procedente alegar dicha teoría cuando la actuación de uno de éstos, incide en el contrato suscrito por el otro, a nombre de la persona jurídica pública a la que pertenecen (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra). Sin embargo, esta tesis no ha sido unánime en la Sección, pues según aclaración de voto de la C. E. Ruth Stella Correa Palacio a la sentencia de 7 de diciembre de 2005, exp. 15.003, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, y el Salvamento de Voto a la Sentencia de 7 de marzo de 2007, exp. 15.799, C.P. Enrique Gil Botero, el hecho del príncipe como fuente indemnizatoria ante el desequilibrio de un contrato, puede ser el resultado de un acto emanado o expedido por cualquier autoridad u órgano del Estado, criterio que fundamentó en que el poder público es uno solo, la responsabilidad patrimonial del Estado se cimienta en el daño antijurídico y la lesión patrimonial ocasionada por un acto general que constituye un “álea administrativa” debe ser resuelta en igual forma para quienes se encuentren en idénticas circunstancias de hecho frente al mismo y no frente a la autoridad que lo expide, so pena de violar el principio de igualdad de las cargas públicas.

c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.

En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador asumiendo mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura.

5.4. Así las cosas, y aun cuando se discute que el incumplimiento del contrato sea una causa de ruptura de la equivalencia del contrato, puesto que se trata de la infracción de las estipulaciones contractuales por una de las partes, o sea que, *estricto sensu*, se refiere a una violación con culpa de la *lex contractus* y por tanto, es uno de los elementos que junto con la imputación configura la responsabilidad contractual, determinante de la indemnización plena de todos los perjuicios causados²³, lo cierto es que el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 lo contempla como un evento de desequilibrio financiero²⁴.

Dicho de otro modo, según el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el incumplimiento del contrato obliga a restablecer la ecuación surgida al momento de contraer el vínculo, mediante la indemnización integral de los perjuicios ocasionados por el daño antijurídico causado, o sea, por la lesión del derecho de crédito del cocontratante.

Incumplimientos de la administración, tales como no pagar oportunamente el anticipo o las actas de entrega parcial de obra o el valor de la cuantía del contrato, o no entregar oportunamente los terrenos en los cuales debe ser construida la obra, o no suministrar oportunamente los planos y materiales con los cuales se debe ejecutar la obra, pueden alterar la ecuación financiera del contrato bajo la perspectiva de que usualmente dificultan el desarrollo de las prestaciones a la parte ofendida y generan mayores gastos y erogaciones para el contratista²⁵.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2005, exp. 28.616, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

²⁴ El inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, establece que “[s]i dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”

²⁵ Sin embargo, es importante distinguir los fenómenos en cada caso concreto, porque, por ejemplo, sobre la falta de entrega de los estudios, planos y proyectos por parte de la administración, la jurisprudencia del

Lo cierto es, por tanto, que el incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante que genera una mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, aun cuando no impliquen mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando se acredite y estén debidamente demostrados y de la conducta de las partes no se derive lo contrario. En efecto, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido, en tanto se prueben los daños sufridos.

5.4. De otra parte, uno de los principios que rige los contratos de la administración es el de mutabilidad, en virtud del cual tiene ésta la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando de ese modo su ejecución y variando las prestaciones debidas por el cocontratante particular.²⁶ Pero, el ejercicio del *ius variandi*, según quedó visto, también puede ser causa de desequilibrio económico de los contratos estatales, que se configura cuando la administración en ejercicio de las potestades exorbitantes de interpretación, modificación y terminación

Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que la misma constituye un incumplimiento del contrato que se enmarca en un régimen de responsabilidad subjetiva por culpa, que excluye por ende la responsabilidad sin falta y objetiva de la teoría del equilibrio financiero del contrato por sujeciones imprevistas y con incidencia, por tanto, en la indemnización integral o solo compensación que se deba reconocer., según el caso. Ha manifestado la corporación a este respecto lo siguiente: "(...) situación que reviste una connotación diferente es cuando la administración la entidad pública omite realizar o entregar los estudios de suelos o del terreno en donde se realizará la obra, siendo su obligación contractual, pues allí compromete su responsabilidad a título de culpa por incumplimiento o infracción del contrato, en el evento en que se presenten problemas o inconvenientes en su ejecución derivados de situaciones materiales que pudieron ser previstas o advertidas mediante su elaboración salvo que se trate de un riesgo asumido en el negocio jurídico por el constructor o de contratos cuyo objeto sea la construcción o fabricación exclusivamente con estudios y diseños de los proponentes. En este evento, el hecho imputable a la administración tiene su origen en el desconocimiento de los compromisos adquiridos en el contrato, de manera que no le resulta ajeno, lo que por tanto descarta una responsabilidad sin falta y objetiva como la denominada teoría de las sujeciones imprevistas. (...) Por eso la inobservancia de esta obligación por parte de la Administración infringe el principio de buena fe y la equivalencia de las prestaciones y, por tanto, hace incurrir en responsabilidad contractual por omisión." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶ "Quien contrata con la administración debe saber, pues, que ésta goza de poderes exorbitantes, de cuyo alcance debe tener la cabal comprensión, pues la contratación administrativa no se deja manejar siempre con la filosofía que informa la civil, comercial, etc." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de enero de 1991, exp. 4739, C.P. Julio César Uribe Acosta.

unilaterales del contrato²⁷ altera las condiciones existentes al momento de contratar.

De acuerdo con el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducirle variaciones y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios²⁸.

Este poder de modificación de la administración es limitado²⁹, dado que debe respetar, la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, pues una alteración extrema significaría un contrato diferente, no querido por el cocontratante particular y respecto del cual no ha mediado consentimiento; y, además, en todo contrato al disponerse la modificación de la realidad contractual, debe mantenerse el equilibrio económico del contrato, debiendo indemnizar al contratista cuando esas modificaciones produzcan la ruptura de ese equilibrio, o efectuarse los reajustes que correspondan para evitar que obtenga indebidos beneficios.³⁰

En relación con la indemnización resultante a favor del contratista en estos eventos en los que el equilibrio de la ecuación contractual se ve afectado por el ejercicio de la facultad excepcional de modificación unilateral del contrato por parte de la administración, ha señalado esta Sección que *"...el ejercicio del IUS VARIANDI hace nacer, en favor del contratista-colaborador de la administración, el derecho a que se mantenga en todo momento la ecuación financiera de la relación jurídica, pagándole el mayor trabajo realizado. Esto se explica no sólo a la luz de*

²⁷ No procede en los casos del ejercicio de la potestad de caducar el contrato, porque en este evento se fundamenta en la culpa del contratista, lo cual, por supuesto, no da lugar a restablecer el equilibrio económico del contrato.

²⁸ En el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, además se dispone que las modificaciones serán obligatorias para el contratista si no alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, pues, en caso contrario, esto es, si supera este porcentaje, estará en libertad de renunciar al contrato, evento que de presentarse da lugar a la liquidación del mismo y a la adopción de las medidas que fueren necesarias para la terminación de su objeto.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de enero de 1991, exp. 4739, C.P. Julio César Uribe Acosta.

³⁰ El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 preceptúa que en el caso del ejercicio de las potestades exorbitantes, la entidad estatal deberá proceder al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

*la ley sino también del Derecho, y de los supremos valores que lo informan, entre los cuales el de justicia lo explica todo*³¹.

5.5. Sea lo que fuere, dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento de las causas anotadas de rompimiento del equilibrio financiero o económico del contrato, está el de la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato.

Es decir, cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida *ab initio*, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él³² o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, en los contratos de obra pública, ha manifestado el Consejo de Estado que *“en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato*³³.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de septiembre de 1995, exp. 7.625, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

6. La pretensión de reconocimiento de sobrecostos por mayor permanencia en obra

La pretensión de la actora no tiene vocación para prosperar, por lo siguiente:

6.1. La conducta constitutiva de incumplimiento y que generó el rompimiento del equilibrio financiero por el retardo en la ejecución de las obras contratadas, la concreta el actor en la omisión del Departamento de Cundinamarca de entregar en forma oportuna y completa los correspondientes planos y diseños de la vía.

Esta obligación a cargo de la entidad pública consta en el contrato suscrito entre las partes, en el que se estipuló que la obra a ejecutar se haría de acuerdo con los planos y especificaciones suministradas por la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca, en las cantidades aproximadas y precios unitarios (vid numeral 3), así como en los términos de la contratación y la propuesta presentada por la contratista, lo que no era obstáculo para que sufriera modificaciones (cláusula primera). En efecto, también se estipuló la facultad del departamento de introducir modificaciones por motivos de interés público u ordenar la ejecución de las obras no previstas pero comprendidas dentro de su objeto (parágrafo cláusula primera).

Por lo demás, en el proceso se probó que a la iniciación del contrato no fueron entregados la totalidad de los planos y que algunos diseños fueron modificados por razones técnicas y situaciones no previstas inicialmente que implicaban la realización de obras adicionales, lo que originó la solicitud de los mismos por la contratista, según se desprende de las comunicaciones del 29 de junio y 25 de julio de 1994 y 30 de enero de 1995 (cfr. numerales 4.4. y 4.14).

En efecto, está acreditado que el 8 de junio de 1994, la interventoría solicitó al contratista reprogramar la obra para incluir la construcción del acueducto y alcantarillado de aguas lluvias, actividad no prevista inicialmente, petición que fue aceptada por éste enviando el 23 de junio y 8 de agosto siguientes los precios de esa obra adicional (vid. numeral 4.2 y 4.6). Igualmente, se demostró que ante la solicitud efectuada el 14 de junio de 1994 por ECOPEPETROL, fue necesario realizar obras para la protección de la tubería del propano ducto que atravesaba la vía a construir de acuerdo con los diseños enviados por esa entidad (vid. 4.3.); y además que se hicieron modificaciones y correcciones no previstas a las redes de

servicios públicos (alcantarillado, eléctricas y telefónicas (vid. numerales 4.6., 4.11 y 4.13). Estas circunstancias habrían sido superadas el 6 de enero de 1995 (cfr. numeral 4.11).

Así mismo, se probó que existieron dificultades para la construcción de los sumideros de la vía, toda vez que el adelantamiento de esta actividad dependía de la construcción por parte de un tercero, en este caso, la Alcaldía de Madrid, del colector final para el alcantarillado de aguas lluvias (cfr. numerales 4.22 a 4.24.).

Cabe mencionar que la falta de realización de los estudios, planos y proyectos por parte de la administración, repercute no sólo en la formación del contrato, sino también en su ejecución, por cuanto ocasiona graves problemas y obstáculos que pueden impedir el desarrollo de las obras o paralizarlas, además de que elevan su valor por las mayores cantidades y especificaciones técnicas a las inicialmente convenidas. Por eso, la inobservancia de esta obligación a cargo de las entidades del Estado infringe el deber de planeación cuyo cumplimiento les resulta imperativo en el desarrollo de la actividad contractual, además de los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones y por tanto, las hace caer en responsabilidad contractual por esa omisión, siempre y cuando se demuestren los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Desde esta perspectiva, resulta reprochable al Departamento de Cundinamarca la omisión en que incurrió al no realizar o entregar oportuna y completamente los estudios, diseños y planos completos de la obra que permitieran determinar la totalidad de las actividades que se debían realizar, así como los problemas o inconvenientes que en su ejecución pudieron ser previstos o advertidos mediante su adecuada elaboración, obligación a la cual estaba sometida y cuyo fundamento legal se encontraba en el artículo 84 del Decreto-ley 222 de 1983³⁴, vigente para la época en que el departamento adelantó el respectivo proceso de selección y actualmente contemplada en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993³⁵.

³⁴ Norma a cuyo tenor: "No podrá licitarse ni contratarse la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación".

³⁵ En el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que desarrolla el principio de economía, se señala: "12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia." Y en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 30 ibídem: "De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones,

6.2. No obstante, para la Sala aun cuando están demostradas las falencias en que incurrió la entidad demandada en materia de planeación, el tiempo mayor de duración del contrato por el desarrollo de las obras adicionales y demás circunstancias anotadas (que no el plazo de ejecución pactado en el contrato) la pretensión de la actora carece de sustento.

En efecto, si bien el Departamento de Cundinamarca incurrió en una falta de planeación, que, según se explicó, constituye una obligación contractual y legal a su cargo, de manera que los inconvenientes descritos y que se presentaron en el transcurso de la obra se pudieron prever con unos adecuados estudios previos que hubieran dado lugar a la celebración del contrato en otras condiciones iniciales, no es menos cierto que conjuntamente y de mutuo acuerdo con la contratista hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurarlos, superarlos y subsanar la situación por estos generada para el cabal desarrollo de la obra contratada, sin que al realizar las respectivas suspensiones, prórroga o modificaciones al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato. Esa es la intención común de las partes que se desprende de los antecedentes específicos de la ejecución del contrato, según se deduce de las siguientes actividades y acuerdos que sin reparos ni salvedades suscribieron para sobrellevar las dificultades acaecidas en el desarrollo de la relación negocial:

En primer término, está acreditado que se hicieron cuatro modificaciones al contrato SOP-211-93 (cfr. numerales 4.5., 4.7., 4.13, 4.20 y 4.25) con el fin de incluir los trabajos y las obras no previstas, así como los valores y precios por su ejecución: el 29 de julio de 1994 (alcantarillado de aguas lluvias), el 14 de septiembre de 1994 (redes de acueducto), el 27 de enero de 1995 (terminación acueducto y traslado de postes de energía y teléfonos); el 3 de julio de 1995 (mejorar y nivelar el piso de la obra para la construcción de los andenes y sardineles), mediante actas en las que se disminuyeron varios *ítems* iniciales y se adicionaron aquellos de la obra imprevista, sin alterar el valor total del contrato, de acuerdo con los precios unitarios con reajustes y cantidades, así como los precios máximos aprobados en la cartilla de la Secretaría de Obras Públicas del departamento, que fueron consentidas por la contratista sin que en las mismas se

según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad*.

dejara constancia alguna en relación con mayores costos causados a la fecha de cada uno de esos actos. En cada una de estas modificaciones se anexan los documentos en los que se acredita que los precios que se pactaron por esas obras nuevas, incorporaron los costos de administración, imprevistos y utilidad (AIU).

Observa la Sala que contrario a lo sostenido por el actor y pese a que en las respectivas actas se hacía alusión a “modificaciones unilaterales” hechas por la administración, lo cierto es que las mismas fueron realizadas en forma bilateral, esto es, por mutuo acuerdo, toda vez que en ellas la contratista aceptaba expresamente en todas sus partes las modificaciones introducidas al contrato, de manera que no puede predicarse que realmente el Departamento de Cundinamarca hiciera uso de su “*potestas variandi*” o de la facultad de modificación unilateral prevista en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, por cuanto uno de los requisitos para que ésta se entienda ejercida es precisamente que las partes no lleguen a un acuerdo en torno a las variaciones que, por interés público, deban hacerse al contrato para su cabal ejecución.

En segundo término, se demostró que las partes suscribieron un acuerdo de variaciones al Contrato SOP-211-93 en el mes de mayo de 1995 (cfr. numeral 4.20), precisamente porque *“cuando se empezó a desarrollar el proyecto se encontró que el municipio de Madrid no tiene en el corredor de la variante las obras de infraestructura y complementarias necesarias para poder hacer la pavimentación, tales como acueductos, alcantarillados, protección de tuberías de gaseoducto, propanoductos, reubicación de servicios telefónicos, obras que deben anteceder a la pavimentación de la vía”*, razón por la que modificaron la cláusula primera del contrato ratificando y contemplando la ejecución de las obras no previstas y complementarias (red de acueducto, acometidas domiciliarias y construcción del pavimento), sin que tampoco en este convenio mencionaran la alteración de los costos prestacionales.

En tercer término, también se demostró que las partes de común acuerdo, mediante actas, suspendieron en cinco ocasiones el plazo del contrato por un total de 205 días, así: (i) desde el 4 de octubre hasta el 17 de noviembre de 1994 (45 días), dada la necesidad de comenzar las excavaciones de caja, mover postes de los servicios de energía y teléfono, reemplazar postes que no habían sido aún entregados por la empresa de energía, poner en funcionamiento la red de acueducto y la imposibilidad de realizar la prueba hidráulica de la tubería por no

contar todavía con las bombas requeridas; (ii) desde la última fecha hasta el 16 de diciembre de 1994 (30 días), por la temporada de invierno que ocasionó inundaciones en la caja y que el material de sub-base se saturara; (iii) desde el 20 de diciembre de 1994 hasta el 18 de enero de 1995 (30 días), por la necesidad de realizar algunas obras de infraestructura no previstas por entidades ajenas a las partes; (iv) desde el 14 de febrero de 1995 hasta el 14 de abril del mismo año (60 días), por obras que no estaban previstas, tales como el traslado de las redes de servicios públicos cuya decisión se demoró en tomar la Alcaldía de Madrid y las obras consultadas al Ministerio de Obras Públicas y algunos cambios a los diseños que no estaban contemplados por la firma consultora, inconvenientes que fueron solucionados en enero de 1995 (cfr. numerales 4.8, 4.9, 4.10, 4.15 y 4.21); en todas ellas se guardó silencio en torno a reclamaciones u observaciones por mayores valores por la contratista y por el contrario se dejó expresa constancia de que los reajustes se liquidarían de acuerdo con el plan de inversión original. Igualmente, a solicitud de la contratista, las partes prorrogaron el contrato, el 27 de abril de 1995, ampliando su plazo de vigencia por el término de 45 días para la ejecución de las obras pendientes por agentes externos (vid. 4.19).

Así las cosas, es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas, en el sentido de que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.

Esta Sección en sentencia de 23 de julio de 1992, rechazó una reclamación de la contratista después de finalizado el contrato por prolongaciones del plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con ellas, puesto que se entiende que mediante estas prórrogas las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron para la debida ejecución del contrato³⁶:

“No encuentra la Sala razonable que el contratista después de finalizado el contrato, por entrega total de la obra, pretenda censurar a la administración por prolongaciones en el plazo convenido, cuando

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de julio de 1992, exp. 6032, C.P. Daniel Suárez Hernández.

estuvo de acuerdo con las mismas y en parte fue causante de aquellas. En ningún momento el contratista impugnó tales prórrogas y, si lo hizo, de ello no hay demostración alguna en el proceso. En cambio, si se infiere que con las prórrogas y ampliaciones las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron, todo con el ánimo de obtener la ejecución del objeto contractual y de cumplir a cabalidad las obligaciones contractualmente adquiridas. De estas apreciaciones concluye la Sala que no hay lugar a aceptar el cumplimiento respecto del término del contrato planteado por el actor..."

Igualmente, en sentencia de 22 de noviembre de 2001, utilizando este criterio como adicional a la falta de prueba de los mayores sobrecostos, indicó que cuando se suscribe un contrato modificador que cambia el plazo original dejando las demás cláusulas del contrato incólumes (entre las mismas el precio), no pueden salir avante las pretensiones de la contratista³⁷:

"No se probó procesalmente que BENHUR, dentro del término de ejecución del contrato incurrió en **sobrecostos superiores a los reconocidos por CEDENAR**. Además la Sala destaca que BENHUR en ejercicio de su autonomía de la voluntad suscribió contratos adicionales de plazo en los cuales luego de la modificación de la cláusula original de PLAZO, convino con CEDENAR que las demás cláusulas del contrato, entre ellas el precio, permanecían incólumes" (subraya la sala).

No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato.

Ahora, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en que ella fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 13356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

de la prestación debida³⁸, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual³⁹. Por su parte, las obras adicionales o complementarias hacen referencia a *ítems* o actividades no contempladas o previstas dentro del contrato que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual y, por tal motivo, para su reconocimiento se requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial. En este contexto, debe precisarse que ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante⁴⁰, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso.

Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos *ítems* de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad.

Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificatorio o adicional, en tanto el artículo

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 1999, exp. 12.849.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de agosto de 1987, exp. 3886, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. No. 10.151, C.P. Daniel Suárez Hernández. Igualmente, en sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15.469, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, se enunciaron estos mismos criterios de necesidad de la autorización y recibo a satisfacción respecto de obras adicionales no amparadas en el contrato, pero que resultaban esenciales para la obra, como presupuesto para que proceda algún reconocimiento.

27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, “...las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”, suscribiendo para tales efectos “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”

Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “*venire contra factum proprium non valet*”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

En este orden de ideas, en relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato.

Adicionalmente, cabe anotar que tan contradictoria y confusa resulta la conducta de la sociedad actora que no entiende la Sala cómo, por un lado, en la demanda afirmó que “[l]as actas de suspensión riñen con la verdad de la ejecución del contrato, la obra nunca fue suspendida en la práctica, pero mi representada las suscribió para no recibir mayores perjuicios a los que ya se le causaban” (cfr. hecho 22 fl. 14 cd. ppal); y por otro lado, desconociendo su propio acto, invoca también las suspensiones como unas de las causas de los daños cuyo reconocimiento pretende (sobrecostos por maquinaria, equipos y personal en la obra).

6.3. De todos modos, también es pertinente señalar que a propósito del reconocimiento de perjuicios por la mayor permanencia en la obra resultado de realizar obras adicionales o mayor cantidad de obra, esta Sección ha señalado:

“Cuando la mayor permanencia de la obra se produce por la necesidad de ejecutar ítems de obra adicional o mayores cantidades de la obra contratada, es procedente incrementar el valor del contrato para pagarlos. Para ello es necesario cuantificar el valor de la obra adicional, incorporando en el precio el porcentaje correspondiente a los costos, imprevistos y utilidad. En tratándose de la mayor cantidad de obra, se toma el valor unitario ofrecido originalmente, que debe comprender esos mismos componentes (AIU) y se multiplica por el número de unidades de obra ejecutadas en exceso.

De esta manera se está pagando al contratista los costos en que incurrió por ese incremento en la ejecución de la obra contratada, dentro de los cuales se entienden comprendidos los relativos a los equipos, personal, materiales etc, que utilizó para cubrir esa obligación negocial. (...)

(...)

Ahora bien, cuando la mayor permanencia en la obra se produce por otras causas no imputables al contratista, procede, en principio, el reajuste de los precios, con el objeto de reparar los perjuicios derivados del transcurso del tiempo, en consideración a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda o a la desuetud de los mismos.

Lo anterior no obsta para que el contratista demuestre la existencia de perjuicios adicionales, no cubiertos con el pago de mayores cantidades de obra u obras adicionales, ni con el reajuste de precios.

Para acreditar esos perjuicios resulta indispensable probar los sobre costos reales en los que incurrió, toda vez que no es dable suponerlos como lo hicieron los peritos, mediante el cálculo del costo día de ejecución del contrato, con fundamento en el valor del mismo, deducido del porcentaje correspondiente al A, del A.I.U. de la propuesta, toda vez que frente a contratos celebrados y ejecutados, estos factores pierden utilidad porque ya existe una realidad contractual que se impone y debe analizarse”⁴¹ (subraya la Sala).

En el *sub lite*, la mayor permanencia en la obra se produjo por la necesidad de ejecutar obras adicionales, eventos estos en los que el acuerdo para el incremento del valor del contrato y el reajuste de precios, como indica la citada sentencia, en principio, cumplen la función de salvar los efectos derivados del incremento del plazo contractual, sin perjuicio de que, como lo alega la sociedad demandante, puedan presentarse sobre costos no cubiertos mediante las dos figuras, caso en el cual le incumbe demostrarlos, carga que como se explicará no se cumplió.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 29 de enero 2004, exp. 10779, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Por lo pronto, el criterio jurisprudencial permite igualmente colegir que cuando en las actas de suspensión del contrato de obra las partes dejaron expresa constancia respecto de que los reajustes -se entiende que surgieran por el tiempo de la suspensión- se liquidarían de acuerdo con el plan de inversión original, tal y como ocurrió en las actas de recibo parcial y final de obra (cfr. numeral 4.26), evitaron los perjuicios derivados del transcurso del tiempo con ocasión de esas obras adicionales, por lo que dicho sea de paso tampoco por este aspecto habría unos costos por reconocer.

De ahí que el juez *a quo*, al verificar los antecedentes en la ejecución del contrato haya concluido que, como la mayor permanencia en obra tuvo su razón de ser final en el aumento desproporcionado de la obra a construir, y que esta última fue reconocida y pagada, incluyendo así en el contrato las actividades no previstas que dieron lugar a una mayor permanencia en el lugar de la contratista, ésta habría sido oportunamente compensada con las modificaciones del contrato.

6.4. Por último, aún si en gracia de discusión se llegase a aceptar que el hecho de que la contratista hubiese suscrito las actas de suspensión y modificación de mutuo acuerdo con la entidad contratante, no lo priva de la posibilidad de reclamar los perjuicios que dicha suspensión le ocasionó, lo cierto es que no se probaron los sobrecostos reclamados, esto es, que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda, carga de la prueba que le corresponde según lo previsto en el artículo 177 del C. de P.C.

El demandante sostuvo que el hecho de permanecer más tiempo en la obra, le ocasionó perjuicios consistentes en asumir mayores costos durante el lapso adicional, concretamente los correspondientes a la maquinaria utilizada, materiales y el personal destinado a la ejecución de la obra, y solicitó la práctica de un dictamen para que mediante peritos contadores y con fundamento en su contabilidad y en los restantes medios probatorios establecieran la disminución patrimonial y la ganancia dejada de percibir, esto es, los daños y perjuicios materia de las pretensiones.

Los peritos, basados en la contabilidad de la sociedad demandante (libros oficiales, comprobantes, asientos, análisis de estados financieros, libro auxiliar del contrato etc.) y documentos entregados por las partes rindieron su dictamen sobre la base de una auditoría contable y financiera el 10 de diciembre de 1998 (fls 127

y ss. cd. 2), el cual fue aclarado a solicitud de la demandada (fls. 439 y ss. cd. 3), concluyendo lo siguiente: (i) por concepto de daño emergente por sobrecostos: \$347.859.636,01; (ii) por concepto de lucro cesante: \$470.580.627.13; por concepto de paralización de excavación y pérdida de materia base contaminada: \$114.640.271.78; (iv) lucro cesante por concepto de subutilización de equipo del mantenimiento de materiales \$36.711.119.57; lucro cesante por depreciación de maquinaria proporcional al contrato: \$60.234.074.71; lucro cesante por concepto de excedente de A.I.U. pendiente de cancelación: \$159.473.080.76; total de indemnización de perjuicios: \$1.189.498.809.56.

Sin embargo, para la Sala el dictamen pericial presentado no tiene el mérito ni resulta idóneo para acreditar los aspectos que se sometieron a concepto de los peritos, pues, según manifiestan los propios peritos el informe tiene origen en la información suministrada por las partes, pero dejan constancia de que no pudieron consultar la propuesta u oferta presentada por la contratista y los pliegos de la licitación en la correspondiente licitación pública al no encontrarse en los archivos de la entidad demandada, ni ser entregados por la demandante, documentos éstos que resultan fundamentales para comprobar la veracidad de la información, los cálculos y operaciones realizados en los mismos, dado que en ellos se encuentran descritos la maquinaria, equipos, mano de obra y personal mínimos exigidos (o en general los costos directos o indirectos), conceptos éstos cuyos mayores valores en que afirma haber incurrido el demandante son los que precisamente se reclaman y que, por tanto, son necesarios para demostrar los sobrecostos cuyo reconocimiento pretende. Así simplemente los expertos se atuvieron a lo consignado en el libro auxiliar abierto por la actora para el contrato y su cruce con los libros oficiales en donde se encuentra el movimiento general de todas las actividades de la sociedad, sin reparar que el punto de partida y verificación y cruce fundamental (por ejemplo los gastos o egresos) para tener certeza sobre la materia objeto del dictamen (sobrecostos por maquinaria, equipos, material y personal) era precisamente la información que se echa de menos.

Adicionalmente, la Sala advierte que el dictamen adolece de otras falencias e inconsistencias, como en la forma de calcular el lucro cesante, en el cual los peritos liquidan bajo este rubro el A.I.U. pendiente de cancelación sobre el supuesto de una mayor permanencia injustificada en la obra desconociendo la noción de este concepto. El denominado concepto de Administración, Imprevistos

y Utilidad -A.I.U.- que se introduce en el valor total de la oferta y de frecuente utilización en los contratos de tracto sucesivo y ejecución periódica, como en los de obra corresponde a: i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: "A"; ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato, esto es: "I"; iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: "U". A partir de esta discriminación, reiteradamente ha dicho esta Corporación que frente a la utilidad esperada -lucro cesante-, esta se limita precisamente sólo a la utilidad y no a los demás conceptos que conforman el A.I.U. del valor total de la oferta, como lo son la administración y los imprevistos, pues en realidad los mismos no hacen parte de la ganancia o remuneración o utilidad que por sus servicios percibe el contratista⁴².

En este marco, constituye un yerro inadmisibles la determinación realizada por los peritos, pues parten de la base de que en forma individual e independiente sobre el concepto de A.I.U. puede calcularse un lucro cesante, cuando quiera que solamente uno de los componentes, esto es la utilidad propiamente dicha (U), es el que de por sí constituye y sirve de parámetro para liquidar este tipo de perjuicios en los contratos de obra.

Igualmente, los peritos calcularon los perjuicios por lucro cesante tomando los conceptos de tiempo de maquinaria, excavación paralizada, material de base perdido y personal -incluyen además el porcentaje de A.I.U.-, de que tratan las reclamaciones realizadas por la sociedad actora a la entidad contratante en carta de 4 de agosto de 1995 (fls. 137 y ss. cd. 2), tomando las cantidades, valores y tiempos consignados en la misma, con lo cual se vislumbra que se fundamentaron exclusivamente en información producida por la contratista sobre la determinación del perjuicio que dice haber sufrido, suponiendo la existencia de los mismos a partir de esa documentación.

De ahí que las cuestiones resueltas por los peritos generan incertidumbre para el fallador; por lo que en criterio de la Sala la experticia carece de eficacia probatoria y no resulta entonces idónea para demostrar los hechos en que se soportaron las

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2003, exp.17.554, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. En similar sentido, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16433, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

pretensiones de la demanda en materias de daños o cuantificación de los mismos⁴³.

Ahora bien, cabe recordar que con el fin de probar en el proceso que la contratista incurrió en costos extras por maquinaria, equipos, materiales y personal por la prolongación en el tiempo del vínculo contractual porque estuvieron inutilizados, se requiere el análisis en materia probatoria, como se indicó, de la oferta, los pliegos de la licitación, los movimientos contables sobre los pagos realizados de más; establecer si la maquinaria estuvo paralizada y por cuánto tiempo, o si fue retirada de la zona y regresó nuevamente cuando pudo trabajar, pues si se hacían modificaciones para incluir obras adicionales era necesario conocer si se reprogramaba o no la obra y por tanto la maquinaria, equipo y personal destinado a la misma; si se hicieron pagos en exceso por concepto de administración, entre otros conceptos e *ítems*, los cuales era necesario verificar que efectivamente se hubieran afectado⁴⁴; estudiar si la fórmula de ajuste del contrato no resultó suficiente ni adecuada para mantener su equilibrio económico o si el componente de imprevistos no fue suficiente para cubrir los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato, y con fundamento en ese análisis, efectuar la revisión de su economía y cuantificar el perjuicio. A este respecto, es pertinente traer a colación el siguiente criterio de esta sección que resulta aplicable al caso concreto⁴⁵:

“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

⁴³ Sobre la facultad del juez para desestimar los dictámenes periciales en circunstancia similares. Vid. Consejo de Estado, sentencias de 16 de marzo de 2000, exp. 11515, C.P. María Elena Giraldo Gómez; 23 de agosto de 2008, exp. 16.491, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 14 de abril de 2010, exp. 16.432; C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 27 de abril de 2011, exp. 18.293, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁴ Ver en este sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008, exp.15.600, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia de agosto 29 de 2007, exp. 14.854, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

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.”

De otro lado, al revisar la Sala las demás piezas del acervo probatorio encuentra que para demostrar los anteriores hechos y los perjuicios objeto de la demanda, la sociedad actora:

(i) Aportó una serie de documentos por fuera de las oportunidades correspondientes para solicitar pruebas en la segunda instancia relacionados con la oferta presentada en la Licitación S.O.P.-30-93 y la bitácora del desarrollo del contrato S.O.P 211-93, con fundamento en que no pudieron ser allegados en la primera instancia porque se encontraban extraviados en los archivos de la sociedad actora y la demandada tampoco los aportó. Es claro que estos documentos no pueden ser valorados como prueba, toda vez que no cumplen con los requisitos legales, dado que de conformidad con el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo la oportunidad para pedir pruebas por las partes en la segunda instancia es dentro del término de ejecutoria del auto que admita el recurso, las que sólo se decretarán en los casos previstos en el artículo 214 *ibídem*⁴⁶, y en este evento se solicitó la prueba en esta instancia durante la etapa de traslado para alegatos de conclusión.

(ii) Indicó en el recurso de apelación que en el expediente reposaban los folios de la licitación pública en los que se describe el equipo mínimo y el personal requerido, pero resulta que lo único que aparece en dichos folios (fls. 404 y ss. cd. 3) es el documento en tres páginas relacionado con la información general de la licitación pública SOP-30-93 pero no el pliego de condiciones de la misma, sin que a partir de ese primer documento se pueda tener certeza sobre lo finalmente exigido en el proceso de selección.

(iii) Solicitó la práctica de testimonios de Bernardo Castañeda y Carmen Patricia Pardo López. El primero sobre este punto afirmó que durante la ejecución del

⁴⁶ “Artículo 214. Pruebas en segunda instancia. Cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos: 1. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento. 2. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos. 3. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 4. Cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior.”

contrato sólo se suspendió la obra para la época de fin de año en 1994, semana santa en 1995 y un período por temporada de lluvias, que durante todo ese tiempo se contó en el lugar con la maquinaria, equipos y el personal necesario para el proyecto y que se programó conjuntamente con los contratistas de la alcaldía para evitar el receso de actividades (fls. 112 a 116 cd. 2). Y la segunda también afirmó que en ningún momento se pararon los trabajos en la vía, excepto con la construcción del alcantarillado mixto, pero enfatizó que siempre estuvo la maquinaria y el personal requeridos en el lugar de la obra (fls. 117 a 122 cd. 2).

No obstante, sucede que estas personas estaban vinculadas o eran dependientes de la sociedad actora para el tiempo del contrato, de manera que sus declaraciones aunque no deban desestimarse en forma absoluta y de inmediato por esa vinculación con la demandante, es menester analizarlas en los términos del inciso final del artículo 218 del C. de P.C., según el cual corresponde al fallador apreciar los testimonios sospechosos con mayor rigurosidad, *“de acuerdo con las circunstancias de cada caso”*, pues su declaración por sí sola no produce la certeza requerida respecto de los hechos que se pretenden demostrar⁴⁷, excepto que estuviesen respaldados por otras pruebas dentro del informativo, lo cual aquí no sucede en relación con el punto analizado, dado que la prueba documental omitida (oferta y pliego de condiciones) no permiten corroborar lo manifestado por ellos en relación con la maquinaria, equipos y personal en la obra, ni tampoco se encuentra con otras pruebas sobre el particular.

Incluso respecto de la continuidad y suspensiones de la obra resultan contradictorios los testimonios con los demás elementos de prueba y entre ellos mismos, pues, mientras las actas 1 a 5 demuestran suspensiones al contrato en fechas precisas los testigos señalan épocas diferentes: Bernardo Castañeda dice que sucedió en el fin del año de 1994, semana santa en 1995 y un período por temporada de lluvias sin precisar fecha, y Carmen Patricia Pardo López sólo en el período de construcción del alcantarillado mixto, en el que el primero testigo señala que se programó conjuntamente con los contratistas de la alcaldía para evitar el receso de actividades.

Así las cosas, el dictamen pericial no aporta elementos de juicio para que pueda tenerse certeza de que el contrato haya presentado un desfase por el monto que reportan los peritos por concepto de mano de obra, equipos y maquinaria durante

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 12 de febrero de 1980, M.P. José María Esguerra Samper.

el plazo de extensión del contrato y tampoco los otros elementos probatorios en el proceso permiten demostrar los perjuicios que afirmó la actora haber soportado por este concepto.

En conclusión, aun cuando se presentaron hechos no imputables al contratista que dieron lugar a una mayor duración del vínculo contractual, no se demostró una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública SOP. 211-93 ni daños con ocasión de esa situación y, al contrario, si se probó la adopción conjunta y de mutuo acuerdo de las medidas necesarias para superar las dificultades que se presentaron con el fin de obtener la ejecución del objeto contractual. Por consiguiente, la sentencia apelada en cuanto no encontró probado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, derivado de sobrecostos por concepto de personal, maquinaria y equipo por mayor permanencia en la obra, será confirmada.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 28 de octubre de 1999, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH