CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"

Consejero Ponente: **RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Proceso número:	05001233100020010068501(**39498**)
Actor:	Constructora Antares Ltda.
Demandado:	Empresas Públicas de Medellín
Acción:	Contractual

Temas: Régimen de contratos celebrados por empresas de servicios públicos domiciliarios. Acto de liquidación unilateral. Pretensión de incumplimiento, responsabilidad contractual por culpa.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 14 de julio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda (fl. 211 a 228, c. ppal., segunda instancia).

SÍNTESIS DEL CASO

Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la Constructora Antares Ltda., celebraron el contrato n.º 2104016, para *"la construcción y reposición de colectores, redes control vertimientos y obras accesorias de alcantarillado para el saneamiento de las quebradas Santa Cruz, La Rosa, Granizal, La India, La*

Aguadita y la Cañada Santa Cruz, Grupo 2", por un valor de cuantía indeterminada pero determinable y un plazo inicial de trescientos días calendario contados a partir de la fecha señalada por la interventoría, posterior a la de perfeccionamiento del contrato.

En ausencia de acuerdo entre las partes, la entidad contratante liquidó unilateralmente el contrato a través de Resolución 172556 del 8 de mayo de 2001 confirmada mediante Resolución n.º 189307 del 25 de julio de 2001.

La sociedad demandante pretende la nulidad de la resolución que liquidó unilateralmente el contrato 2104016. A su vez, la declaratoria de incumplimiento de EPM por el *"no pago de los extracostos derivados por el desequilibrio económico del contrato, por el no reconocimiento de los valores correspondientes a la mayor permanencia, los extracostos ocasionados por la carencia de diseños definitivos y la incidencia de las modificaciones del IVA"*.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 1º de marzo de 2001 (fl. 874 c.ppal), la sociedad Constructora Antares Ltda., presentó demanda en contra de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., en ejercicio de la acción contractual (fls. 874 a 909, c. ppal.).

1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 875 a 899, c. ppal.):

1.1.1. Las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la sociedad Constructora Antares Ltda., suscribieron el contrato de ejecución de obra pública distinguido con el número 2104016, cuyo objeto fue la construcción y reposición de colectores, redes, control, vertimientos y obras accesorias de alcantarillado para

el saneamiento de las quebradas Santa Cruz, La Rosa, Granizal, La India, La Aguadita y la cañada Santa Cruz (Grupo 2).

1.1.2. El contrato fue adicionado en varias oportunidades mediantes actas de modificación bilaterales no. 1 al no. 5.

1.1.3. Las obras objeto del contrato se ejecutaron por parte del contratista dentro del plazo ampliado en las actas modificatorias y fueron recibidas a entera satisfacción por las Empresas Públicas de Medellín.

1.1.4. El 20 de diciembre de 2000, Empresas Públicas de Medellín propuso al contratista que firmara acta de transacción para dar finiquito al contrato n.º 2104016. Mediante comunicación del 9 de enero de 2001, el contratista manifestó su desacuerdo con el contenido del acta, por cuanto no se le reconocían los valores reclamados durante la ejecución del contrato.

1.1.5. Las Empresas Públicas de Medellín no procedieron a la liquidación unilateral del contrato.

1.1.6. Durante el desarrollo del contrato n.º 2104016 se presentaron diversos hechos que originaron desde el inicio de las obras extracostos no previstos que afectaron el equilibrio económico del contrato en detrimento del contratista, quien tuvo que padecerlos y para los cuales nunca se preparó. La carencia de diseños provocó:

1.1.6.1. Contrato de valor indeterminado. En el pliego de condiciones se requirió a los proponentes para que incluyeran una serie de actividades de común ocurrencia en ese tipo de obras, habida cuenta que no se tenían los diseños definitivos y por ende era imposible definir su cantidad aunque fuera de una manera aproximada. De acuerdo con el cuadro de propuesta, fue necesario presentar los precios unitarios para 168 actividades, cada una de ellas con una cantidad equivalente a la unidad, lo cual conllevó a que el valor del contrato resultara indeterminado, circunstancia que se prohíbe en virtud de los principios

de responsabilidad y el principio de transparencia (Numeral 3 art. 26 Ley 80 de 1993 y numeral 5, literal f) art. 24 Ley 80 de 1993).

1.1.6.2. Indefinición de las cantidades de obra. Al contratista favorecido con la adjudicación del contrato le serían entregados los diseños definitivos, con los planos y cantidades de obra correspondientes, 20 días antes de iniciar los respectivos trabajos. El adjudicatario debía presentar el programa dentro de los 15 días siguientes al recibo de esos diseños y cantidades definitivas a ejecutar en el contrato pertinente. El 23 de febrero de 1999 Constructora Antares Ltda., recibió las cantidades definitivas para realizar su programación con la antelación fijada en los pliegos. Las cantidades de obra definitivas básicas para la adecuada programación de las obras quedaron plasmadas en un nuevo cuadro que permitió estimar el valor del contrato. Sin embargo los diseños finalmente entregados al contratista se basaron en estudios defectuosos como se desprende del desmesurado incremento en las cantidades de obra que presentaron la gran mayoría de las actividades definitivamente contratadas.

1.1.6.3. Inducción a error. La entidad estatal incumplió sus obligaciones, como quiera que no tenía elaborados los diseños definitivos, necesarios para preparar unos términos de referencia que no indujeran a error a los proponentes, lo cual hace que la entidad deba responder por los perjuicios que estos errores pudieren ocasionar al contratista relacionados con la estimación de los costos indirectos, la definición de los precios unitarios, la programación de la obra, cantidades de obra definitivas entregadas por EPM, cantidades realmente ejecutadas, valor del contrato, fórmula de reajuste.

1.1.7. El plazo inicial del contrato fue de 300 días solares y empezó a contarse a partir del 5 de abril de 1999, pero por causas ajenas a la responsabilidad del contratista se debió ampliar ese plazo en 40 días calendario. La entrega y recibo de las obras se produjo el 9 de marzo de 2000.

El plazo final de ejecución fue de 340 días solares, es decir se presentó una mayor permanencia en la obra de 40 días solares, circunstancia que generó perjuicios adicionales para el contratista.

1.1.8. En el pliego de condiciones se establece la posibilidad de modificar el IVA cuando con posterioridad al cierre de la licitación se creen o modifiquen gravámenes que afecten directamente los precios cotizados. Con posterioridad al cierre de la Licitación PS-OC-20, con la entrada en vigencia de la Ley 488 del 24 de diciembre de 1998 se modificó el artículo 424 del Estatuto Tributario para reducir los bienes que se encontraban excluidos del IVA.

Como consecuencia de ello varios materiales y servicios pasaron a ser gravados con ese impuesto, entre estos, quedaron incluidos algunos que son materia prima para la construcción como los agregados pétreos, arena natural, arenilla, mezcla asfáltica, madera, entre otros y algunos servicios como transporte y derechos de botadero.

Del análisis de precios unitarios correspondientes a las diferentes actividades se identifican los nuevos elementos con IVA, que al momento de presentar la oferta no estaban gravados con el impuesto. En la medida en que los elementos no tenían IVA no aparece discriminado su monto en ese análisis, requisito que era exigido por EPM precisamente para el propósito de controlar las variaciones económicas del contrato por modificaciones específicas en ese impuesto.

Con ocasión de la variación del IVA el demandante reclama el reconocimiento de los perjuicios causados en la determinación de los nuevos costos directos, la determinación de los costos indirectos, y la actualización de precios.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la demandante deprecó las siguientes pretensiones (fls. 905 a 906 c. ppal.):

PRIMERA: Se declare que LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN incumplió el contrato n.º 2104016 y sus contratos adicionales. Por el no pago de los extracostos derivados por el desequilibrio económico del contrato antes citado, por el no reconocimiento de los valores correspondientes a la mayor permanencia, los extracostos ocasionados por la carencia de diseños definitivos, tal como se detalló en los hechos de la demanda, y la incidencia de las modificaciones del IVA que ocasionaron un desequilibrio económico del contrato n. º 2104016.

Como consecuencia de la declaración anteriormente descrita, se ordene a LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., el pago a la sociedad demandante de las sumas de dinero originadas en los hechos de la demanda, más los perjuicios materiales expresados en el daño emergente y el lucro cesante sufridos por el demandante; más los intereses corrientes y moratorios correspondientes, que se logren probar dentro del proceso.

SEGUNDA: Que se condene a EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P. al pago de intereses moratorios comerciales sobre el valor de las condenas por las pretensiones aquí expuestas entre la fecha de causación del daño y la fecha de la sentencia definitiva, a la tasa que certifique la Superintendencia Bancaria para ese mismo periodo.

TERCERA. Que las sumas a que se condene a pagar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., sean actualizadas para mantener el valor del dinero al momento de la sentencia de acuerdo a la certificación que para tal efecto expida el Departamento Administrativo Nacional de Estadística "DANE", y el BANCO DE LA REPÚBLICA sobre la variación del índice de precios al consumidor y la corrección monetaria respectivamente, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

1.3. Adición de la demanda

En escrito radicado el 31 de julio de 2001, la parte actora adicionó la demanda incluyendo la siguiente pretensión:

PRETENSIÓN CUARTA: Que se declare la nulidad de la Resolución número 172556 de mayo 8 de 2001 expedida por el gerente general de las Empresas Públicas de Medellín, mediante la cual se "liquida unilateralmente el contrato número 2104016". Asimismo solicito se declare la nulidad de la Resolución 189307 del 25 de julio de 2001, expedida por el gerente general de las Empresas Públicas de Medellín, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el contratista demandante contra la Resolución n.º 172556 del 8 de mayo de 2001.
Como consecuencia de la declaración anterior, solicito se ordene a Empresas Públicas de Medellín, el pago a la sociedad demandante de las sumas de dinero originadas en los hechos de la demanda, más los perjuicios materiales expresados en el daño emergente y el lucro cesante sufridos por el demandante, que se logre probar en el presente proceso, más los intereses corrientes y los moratorios correspondientes, originados en el desequilibrio económico del contrato 2104016 sufrido por Constructora Antares.

El demandante soportó la pretensión aludida en los hechos que a continuación se detallan:

1.3.1. Al momento de formularse la demanda por la Constructora Antares Ltda., las Empresas Públicas de Medellín no habían elaborado el documento de la liquidación del contrato y menos habían realizado la liquidación unilateral del mismo, como lo exige el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. A su vez, desde la fecha de la presentación de la demanda habían transcurrido más de doce meses contados a partir de su terminación.

Pese a haber dejado transcurrir el plazo, las Empresas Públicas de Medellín remitieron al contratista, el 20 de diciembre de 2001, el proyecto de acta de liquidación del contrato. El contratista se opuso al proyecto.

1.3.2. El 8 de mayo de 2001, las empresas profirieron resolución n.º 172556 mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato n.º 2104016.

Dentro de la oportunidad legal, el contratista interpuso recurso de reposición contra la resolución n. º 172556. A través de la resolución n.º189307 del 25 de julio de 2001, la entidad contratante resolvió el recurso instaurado.

1.3.3. El cargo de violación que sustenta la solicitud de nulidad se contrae a señalar que las resoluciones demandadas incumplen el mandato consagrado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, que exige que en el acta de liquidación consten los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Durante la ejecución del contrato se produjo un desequilibrio económico del mismo, el cual se rompió por actos o hechos atribuibles a la entidad contratante. En consecuencia, para el demandante resulta imprescindible impugnar el acto de liquidación unilateral (fl. 930 a 936 c. ppal.)

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Las Empresas Públicas de Medellín se opusieron a las pretensiones formuladas por la parte actora. La entidad señaló que el demandante presentó reclamaciones ante las Empresas Públicas de Medellín en sentido similar a las pretensiones invocadas, algunas de las cuales le fueron negadas en forma expresa.

Indicó que la reclamación relativa al desequilibrio económico del contrato, originada en la falta de diseños claros y precisos al momento de la licitación fue presentada a las Empresas por la Constructora Antares Ltda., el 7 de abril de 2001, radicada con el n.º 956438. La reclamación fue negada por la entidad contratante mediante oficio n.º 892065 del 5 de julio de 2000.

Los argumentos expuestos por la entidad para negar la solicitud formulada por el contratista refieren: i) Los datos suministrados por EPM a los oferentes permitieron que la elaboración de las propuestas fuera técnica y contractualmente ajustada al pliego de condiciones, a las especificaciones y económicamente viable; ii) el contrato se ejecutó en un 93% del valor programado inicialmente incluidas las obras adicionales y extras; iii) los derrumbes en este tipo de obras es muy común, toda vez que se manejan altas profundidades y su trazado algunas veces coincide con redes de otros servicios; iv) el contratista conocía de antemano que tratándose de obras de reposición, la estimación de los rendimientos depende del conocimiento que se tenga sobre este tipo de obras y por tanto si hubo necesidad de incrementar los recursos durante la ejecución de las obras, ello obedeció a una mala estimación de los recursos iniciales, pues el contratista es quien fija los recursos de acuerdo con sus rendimientos y proyecciones de cumplimiento.

En relación a los mayores costos en que el contratista afirma haber incurrido, la entidad señaló a partir de los análisis de precios para la obra contratada, que se presupuestó un costo por equipo imputado a los costos directos equivalente al

12% que comparado con lo realmente ejecutado permite concluir que tal desfase no se presentó. En cuanto al equipo no contabilizado por la suma de $281.334.450.00 no se considera una prueba indicativa de desequilibrio de la ecuación contractual por no haber quedado registrado en los libros de contabilidad, conforme con las exigencias legales.

La reclamación relativa al impacto comunitario sobre la obra extra ejecutada fue despachada favorablemente a la firma Constructora.

Sostuvo que la reclamación relativa a la mayor permanencia en la obra, formulada el 7 de diciembre de 2000, radicada con el n.º 01054037, fue negada mediante oficio 940046 del 6 de abril de 2001. La entidad sustentó esta negativa en el hecho acreditado de haberse producido la ampliación del plazo para realizar obras extras que fue necesario ejecutar al final del contrato, como la construcción de algunos muros de contención y desviaciones de la tubería de acueducto que se cruzaron en la línea del alcantarillado, circunstancias que ocasionaron retrasos en las obras en actividades como la instalación de tuberías, pavimentos y sumideros.

Los precios unitarios acordados para esas obras extras incluían todos los gastos necesarios para su correcta ejecución, así como la administración, las utilidades y los imprevistos. A su vez, en el acta correspondiente el contratista hizo constar que no presentaría reclamación alguna en contra de EPM por este concepto, toda vez que los precios pactados cubrían la totalidad de los costos generados.

El contratista presentó reclamación por devolución del Impuesto al Valor Agregado IVA, mediante comunicación radicada con n.º 953187 del 27 de marzo de 2000. EPM negó este reconocimiento con fundamento en un concepto emitido por el área de planeación y gestión tributaria de la entidad, sobre los elementos de construcción que no estaban gravados al momento de 1998.

Por su parte resaltó que los índices de precios al consumidor expedidos por la Cámara Colombiana de la Construcción- CAMACOL, se conforman con base en

los precios de los materiales incluyendo el impuesto a las ventas para los elementos que por norma tributaria lo deben gravar. Agregó que en el comportamiento de los índices de agregados minerales (AM), maderas (MA), se reflejan los incrementos o disminuciones por efecto de la variación en las condiciones tributarias del IVA. Debido a que estos índices hicieron parte de la fórmula pactada con el contratista, para reajustar los precios del contrato de obra No. 2104016, las Empresas consideraron que no era procedente el reconocimiento solicitado.

Concluyó que la entidad no se apartó de las estipulaciones que hizo el pliego de condiciones frente al impuesto al valor agregado IVA, al contrario, precisamente con fundamento en las mismas, se advirtió la improcedencia de efectuar los ajustes económicos solicitados por el contratista, toda vez que estos se encuentran incluidos en la fórmula de reajuste prevista en el contrato.

La reclamación por desequilibrio económico del contrato, debido a la ausencia de diseños, presentada por la demandante mediante comunicación del 7 de abril de 2000, radicada con nº. 956438 y complementada con el memorando n.º 983420 del 25 de julio de 2000, fue negada por la entidad. El sustento de la respuesta brindada por EPM fue el hecho cierto de que al momento de abrir la licitación no se tenían los diseños definitivos, sin embargo dicha circunstancia no era desconocida por los oferentes.

El pliego de condiciones contempló la entrega de los diseños definitivos y sus respectivas cantidades de obra, al contratista adjudicatario dentro de los veinte días calendario anteriores a la fecha de iniciación de los trabajos.

Para la entidad esta estipulación en manera alguna constituye una violación al estatuto de contratación administrativa, ni menos aún al estatuto contractual de la entidad, habida cuenta de que siendo esta una de las condiciones del pliego, los oferentes estaban en total libertad de aceptarla o no. Estimó que una vez presentada la oferta y creada la expectativa de una posible aceptación de la

misma, de antemano los oferentes deben acatar las estipulaciones contenidas el pliego de condiciones, en caso de resultar favorecidos con la contratación.

En caso de que el contratista encontrara anómala esta situación, pudo optar por varias conductas, entre ellas la de abstenerse de participar en la licitación y así evitar el desfase económico que ahora argumenta sufrir. Agregó que estaba en libertad de pedir aclaraciones al pliego y se abstuvo de ello.

Para la entidad resulta extraño que el contratista una vez recibidos los diseños no hubiera manifestado a EPM las diferencias y dudas encontradas y sólo lo hubiera hecho al finalizar el contrato.

No es cierto que las Empresas dispusieran de los diseños definitivos al momento de abrir la licitación. Los diseños entregados y finalmente ejecutados corresponden a los trabajos realizados en enero de 1999 por ingenieros de las Empresas. Este hecho se verifica en el rótulo de los planos de diseño de los proyectos DAL-101-267, DAL-101-268, DAL-101-269 y DAL-101-270, con lo que se demuestra que no hay violación a los principios de transparencia y de buena fe.

Para la entidad demandada no es admisible el argumento expuesto por el contratista según el cual se vio obligado a presentar una oferta de extensión ilimitada, por desconocimiento del valor del contrato. Las Empresas Públicas de Medellín describieron con claridad el objeto del contrato en el pliego de condiciones.

Ningún oferente, incluida la sociedad contratista, manifestó a la entidad la existencia de impedimentos de tipo técnico originados en las reglas definidas para esta licitación que pudieran inducir a error en las ofertas.

La entidad señaló que a partir de la información suministrada a los oferentes era posible verificar el plazo de ejecución fijado en el pliego de condiciones, además

de la naturaleza de las obras, para estimar las actividades a realizar y los recursos necesarios para satisfacer el objeto contractual.

Resaltó que con la entrega de los diseños definitivos, se hizo también la de cantidades de obra y con esta información, el contratista elaboró su plan de trabajo para el desarrollo del contrato. Sin embargo, las Empresas no comparten la afirmación del contratista de haberlo inducido a error.

Durante la ejecución de las obras se presentaron variaciones consideradas normales para este tipo de trabajos.

Encontrándose en cabeza del contratista la facultad de estimar el rendimiento del contrato y la utilidad por la ejecución del mismo, la entidad solicitó se desecharan las pretensiones, dado que el supuesto desequilibrio económico alegado no tuvo como causa el comportamiento contractual de las Empresas, sino que se debió a factores, conductas y omisiones atribuibles directamente a la demandante.

Invocó como excepción la indebida acumulación de pretensiones, por cuanto las pretensiones formuladas por la parte actora no son procedentes para un contrato de derecho privado con cláusulas exorbitantes (f. 992 a 1043 c.ppal.).

3. LOS ALEGATOS

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda (f. 164 a 187 c.3). La entidad demandada insistió en las razones de defensa invocadas en la contestación de la demanda (fl. 193 a 209 c. ppal.).

II. LA SENTENCIA APELADA

El 14 de julio de 2010, el Tribunal *a quo* profirió fallo en el que negó las pretensiones de la demanda (fls. 211 a 228, continuación c. ppal.).

El *a quo* consideró a partir del contenido de la demanda que *"el rompimiento del equilibrio económico del contrato y, por ende, los extracostos que tuvo que asumir la Constructora Antares durante la ejecución de la obra contratada por Empresas Públicas de Medellín en el mes de febrero de 1999 –contrato 2104016-, es imputable a ésta última a título de culpa contractual, toda vez que incumplió con el deber que tenía de entregarles a los oferentes los planos, diseños y cantidades de obras definitivas, vulnerando así, los principios de planeación y de economía en material contractual."*

En punto de la presunta vulneración del principio de planeación señaló que bajo el mandato contenido en el inciso segundo del numeral 1º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, la Administración, cuando el tipo de contrato lo amerite, *"está en el deber legal de elaborar previamente al procedimiento de selección, los estudios, diseños y planos definitivos, así como el estudio sobre la conveniencia, oportunidad y factibilidad presupuestal del contrato, con el fin de "definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole"*.

No obstante precisó que a pesar de que con la licitación no se aporten los planos y/o diseños definitivos de la obra a contratar, no se configura la vulneración del principio de planeación.

En el caso concreto concluyó la ausencia de afectación del principio aludido, al considerar que en la licitación pública PS-OC-20A la entidad contratante, desde los pliegos de condiciones, brindó a los oferentes elementos de juicio necesarios para que prepararan sus propuestas técnicas y económicas, además les advirtió que los diseños y cantidades de obra definitivas le serían entregados a los contratistas adjudicatarios 20 días antes de la iniciación de los trabajos, lo que no implica necesariamente que los mismos no se hubieren realizado, circunstancia que le correspondía acreditar al demandante.

En tratándose del principio de economía, bajo el cual la Administración está obligada a *"elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones "con la debida antelación a la apertura del procedimiento de*

selección", precisó que el mandato no implica la entrega a los oferentes desde la apertura del proceso de selección.

En consecuencia refirió:

> *Supone ello que el demandante tiene la carga de demostrar que los planos y diseños no fueron elaborados con anticipación por la Administración, pues la norma no obliga a la Administración a suministrarlos con la apertura de la licitación, más cuando puede definir el alcance y las especificaciones de las obras, el plazo de ejecución y los esquemas generales de la construcción con otros elementos, como en efecto se hizo en el caso concreto; información suficiente, en sentir de la Sala, para que los oferentes prepararan sus propuestas y calcularan los costos directos e indirectos de la obra.*
> *Así las cosas, como el actor no demostró que Empresa no hubiese elaborado con antelación a la apertura del proceso de selección los planos y diseños de las obras a contratar, no puede hablarse de vulneración al principio de economía.*

Frente al restablecimiento del equilibrio económico del contrato trajo a colación los fundamentos de la demanda para delimitar el *petitum* así:

> *Según la demanda, la ausencia de diseños definitivos le impidió al contratista presentar una propuesta acorde con la realidad contractual, circunstancia que conllevó a la ruptura del equilibrio económico del contrato porque: i) se celebró un contrato de valor y extensión ilimitada, ii) se incrementó la cantidad de obra de manera desmesurada y, iii) se le indujo a error en cuanto a la estimación de los costos indirectos (A.I.U.), la definición de precios unitarios, la programación de la obra, la valoración de la fórmula de reajuste, la definición de los recursos requeridos y la definición del plazo de ejecución.*

El *a quo* no encontró asidero en la afirmación del demandante de haber celebrado un contrato de valor y extensión ilimitada, pues si bien al momento de la licitación *"no se habían suministrado las cantidades de obras definitivas, cuando ellas fueron entregadas al contratista adjudicatario -junto con los planos y diseños definitivos de conformidad con las cláusulas 1.1.1 y 1.5.6. del pliego de condiciones-, se calculó el valor del contrato teniendo en cuenta los precios unitarios entregados por el contratista."*

En el caso concreto precisó que no existen hechos imprevisibles, en tanto *"no puede afirmarse que la Constructora Antares durante la ejecución del contrato desconocía la cantidad de obra que debía ejecutar y el costo total del contrato*

y, mucho menos, que desconocía las condiciones de la contratación (Cfr. numeral 25 del Pliego y cláusula 5.6 del contrato)".

Indicó que desde el pliego de condiciones la Administración advirtió al contratista que las cantidades de obra *"que se le irían a entregar después de adjudicado el contrato, eran, simplemente, estimativos del trabajo previsto y que por decisión de las Empresas podían aumentar o disminuir, durante el desarrollo del contrato, esto es, luego de la adjudicación y suscripción del contrato, como en efecto sucedió".* Consideró a su vez que tampoco se estipuló obligación alguna para las Empresas de convenir nuevos precios, tratándose de aumento o disminución de obra, sino por el contrario se estableció que los precios consignados por el contratista se aplicarían durante la vigencia del contrato, sin perjuicio de la aplicación de la fórmula de reajuste prevista en el mismo pliego.

Señaló que las obras extra y las obras adicionales fueron reconocidas por EPM, por ende, el aumento en la cantidad de obra contratada no constituyó un incumplimiento contractual y menos una potestad exorbitante, en tanto no se modificó unilateralmente el contrato celebrado, *"sino que se aumentaron las obras pactadas, conforme a la facultad que el mismo pliego le otorgaba al contratante, la cual fue conocida por el contratista antes de celebrar el contrato"*

Respecto a los cambios en los diseños durante la ejecución del contrato estimó que era una conducta contractual válida que las Empresas, a través de la interventoría introdujeran modificaciones en los planos o en las especificaciones. Desde este punto de vista precisó que no podía hablarse de incumplimiento contractual, *"más cuando se pagaron las obras o los trabajos que se generaron por tal motivo y, tampoco de circunstancias externas a las conductas de las partes, imprevisibles y/o extraordinarias que alteraren de manera sustancial la economía del contrato".*

En lo tocante a la inducción en error al contratista en la estimación de costos indirectos al definir los precios unitarios, en la programación de la obra, la valoración de la fórmula de reajuste, la definición de los recursos requeridos y el

plazo del contrato refirió: *"aunque la omisión de suministrar los planos y diseños con la apertura del proceso de selección pudo influir en el cálculo de los mismos, dicha circunstancia no fue el único factor determinante en el desfase de costos que se produjo durante la ejecución de la obra contratada por Empresas"*.

El *a quo* encontró acreditado que durante la ejecución del contrato el contratista tuvo que asumir unos sobrecostos por la ejecución de la obra, sin embargo estos no le son imputables a las Empresas Públicas de Medellín, sino al contratista *"porque el cálculo de los precios unitarios y del A.I.U, así como la programación de la obra y la valoración de la fórmula de reajuste, entre otros aspectos, fueron determinados de manera errónea por la Constructora, sin que en ello hubiese influido, al menos de manera sustancial, el desconocimiento de los planos y cantidades de obra definitivas"*. En consecuencia advirtió que fue una falta de planeación por parte del demandante durante la elaboración de la propuesta y durante la ejecución del contrato lo que conllevó principalmente al desequilibrio económico del contrato.

Respecto a la mayor permanencia en la obra precisó que de los documentos contractuales *"no se infiere que exista una relación de necesidad o automática entre las ampliaciones del plazo y el daño"*. Consideró que en estos eventos *"el contratista debe probar el nexo causal entre el hecho constitutivo de culpa contractual y el daño, esto es, los sobrecostos que dice haber sufrido, amén de demostrar el "quantum" de los perjuicios".*

Frente a la petición relacionada con la mayor permanencia en la obra concluyó:

> *6.3.- No sólo requiere demostrar el incumplimiento de la parte, sino también el daño y el monto de los perjuicios originados por la mayor permanencia en la obra -40 días-.*
>
> *Sobre estos extremos -culpa, daño y quantum- la prueba brilla por su ausencia.*
>
> *Y repárese que en el dictamen el perito concluyó que dichos perjuicios no podían calcularse toda vez que el A.I.U. propuesto por el contratista no era "confiable" y, en la aclaración al dictamen pericial expresó que el concepto de mayor permanencia influyó en el mayor costo de administración pagado por el contratista, por lo que debe entenderse que dichos perjuicios se encuentran incluidos en el cálculo efectuado del daño, esto es, en la suma de $874.658.007,65, pero no es suficiente tal afirmación, ni ofrece tuna(sic) explicación clara, si es que se diera por probado el incumplimiento.*

En relación la pretensión de reconocimiento de los mayores costos que tuvo que asumir el contratista en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 488 de 1998, mediante la cual se gravaron con IVA una serie de elementos utilizados para la construcción, el *a quo* sostuvo:

> *2.- Como en el caso concreto la norma que reguló el impuesto del I.V.A no fue expedida por Empresas Públicas de Medellín, sino por el Congreso de la República, no puede hablarse del "hecho del príncipe", razón por la que debe aplicarse la teoría de la imprevisión, en la cual, como se expuso, se debe demostrar el daño y las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles.*
> *Para demostrar el daño se practicó el dictamen pericial. Sin embargo, contrario a lo afirmado en la demanda, el perito concluyó que el impuesto no influyó en la economía del contrato, pues para el mes de mayo de 1998 "se presentaron bajas en los precios, lo que hizo que la variación fuera inferior al 16% correspondiente al impuesto del IVA", según dio cuenta el boletín de Camacol del mes de mayo de 1999.*
> *Así las cosas, se negará dicha pretensión.*

Finalmente frente a la pretensión de nulidad de la liquidación unilateral del contrato señaló:

> *8.1. Para el demandante, las Resoluciones No. 172556 y 189307 del 8 de mayo y del 25 de julio de 2001, mediante las cuales se liquidó unilateralmente el contrato y se resolvió el recurso de reposición, deben anularse porque las Empresas Públicas de Medellín perdieron competencia para efectuar la liquidación de manera unilateral, toda vez que la misma se hizo transcurridos 12 meses de la fecha de terminación del contrato.*
> *(…)*
> *8.2.- El transcurso de los plazos contemplados en la Ley 80 de 1993, para efectuar la liquidación del contrato, por acuerdo entre las partes -4 meses- o unilateralmente -2 meses más-, no apareja la pérdida de competencia para efectuarla, siempre que: a) ella se haga dentro del término de caducidad de la acción contractual (2 años contados a partir del vencimiento de dicho plazo, según artículo 136 numeral 10º del Código Contencioso Administrativo) y, b) que no se haya notificado el auto admisorio de la demanda de liquidación judicial a la entidad pública.*
>
> *(…)*
>
> *En consecuencia, el contrato estatal puede ser liquidado de manera unilateral o, por mutuo acuerdo aún después de transcurridos los plazos establecidos para el efecto, puesto que ellos son, como lo señala la jurisprudencia, indicativos. Ahora bien, esta competencia puede ejercerse dentro del término de caducidad contemplado en el Código Contencioso Administrativo, esto es, dos años, siempre y cuando, se reitera, el administrado no haya acudido a la jurisdicción, en reclamo de la liquidación del contrato y se haya efectuado la correspondiente notificación a la entidad.*
> *8.3.- Como en el caso concreto no nos encontramos bajo ninguno de los supuestos descritos, toda vez que: (i) en la demanda presentada por la Constructora Antares el*

1º de marzo de 2001 no se solicitó la liquidación judicial del contrato y, (ii) la liquidación se efectuó dentro del término de caducidad de la acción; debe concluirse que la Administración, esto es, Empresas Públicas de Medellín, tenía plena competencia para liquidar unilateralmente el contrato, como en efecto lo hizo.

En consecuencia, al no hallarse demostrado *"a) el incumplimiento contractual por parte de Empresas Públicas de Medellín, b) la existencia de situaciones imprevistas extraordinarias e imprevisibles que fueran las causantes de la alteración de la economía del contrato, c) el daño ocasionado por la mayor permanencia en obra y por la variación del impuesto al valor agregado"* el tribunal de primera instancia negó las pretensiones de la demanda.

I. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora formuló recurso de apelación[1]. La censura se funda en los siguientes puntos (fls. 230 a 270, c. segunda instancia):

i) Es errada la consideración del tribunal según la cual es admisible que la entidad contratante haga entrega de los estudios y diseños definitivos con posterioridad al cierre del proceso de selección.

El Estatuto de Contratación Estatal estableció la responsabilidad para las entidades y servidores públicos cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios. Es obligación de la entidad estatal poner a disposición de los oferentes todos los documentos técnicos e información que tenga disponible para el desarrollo del proyecto.

[1] El recurso fue interpuesto y sustentado el 11 de agosto de 2010 (fl.240 c. segunda instancia).

El a quo consideró que el hecho de que con la licitación no se aporten los planos o diseños definitivos de la obra a contratar no se vulnera *per se* el principio de planeación. Para el demandante la información entregada por la EPM a los oferentes para la elaboración de su propuesta, fue insuficiente para deducir el valor cierto de un contrato, a su vez, la entidad podía cambiar a voluntad las cantidades de obra lo que conllevó a un contrato de extensión ilimitada.

La entrega oportuna de información está contemplada por el Estatuto de Contratación Estatal, pero a su vez se acoge por las normas propias de la contratación de la entidad (art. 4º del Decreto 1016 del 20 de noviembre de 1998).

Para el Tribunal el demandante tiene la carga de demostrar que los planos y diseños no fueron elaborados con anticipación por la Administración, pues la norma no obliga a la administración a suministrarlos con la apertura de la licitación, más cuando puede definir el alcance y las especificaciones de las obras, el plazo de ejecución y los esquemas generales de la construcción con otros elementos, como ocurrió en el presente evento. Para el *a quo* los oferentes contaron con información suficiente para que prepararan sus propuestas y calcularan los costos directos e indirectos de la obra.

Esta consideración incurre en varios errores. La carga de la prueba de que los planos y diseños no fueron elaborados con antelación a la apertura del proceso de selección quedó satisfecha con la confesión expresa de la entidad, consignada en el pliego de condiciones.

La entidad aceptó que no tenía los diseños definitivos al momento de abrir la licitación. Igualmente se comprobó el hecho de que la entidad estatal si disponía de esos diseños antes de abrir la respectiva licitación pero inexplicablemente no los entregó a los oferentes para su análisis y estudio.

Con la carencia de diseños definitivos la entidad indujo en error al contratista para la estimación de los costos indirectos, la determinación de los costos

administrativos, la definición de los precios unitarios, la programación de obra, la valoración de la fórmula de reajuste, la definición de los recursos requeridos y del plazo contractual.

ii) El Tribunal consideró que no puede afirmarse que la constructora Antares durante la ejecución del contrato desconocía la cantidad de obra que debía ejecutar y el costo total del contrato y mucho menos que desconocía las condiciones de la contratación, razón por la que no puede catalogarse como hechos imprevisibles.

El tribunal reconoció que al momento de la licitación no se habían suministrado las cantidades de obra definitivas, ni los planos y diseños definitivos, no obstante afirmó que el demandante no probó esta situación.

Al contemplarse en el pliego de condiciones y establecerse a cargo de los oferentes la obligación de presentar los precios unitarios para 186 actividades, cada una de ellas con una cantidad equivalente a la unidad, se propició que el valor del contrato resultara indeterminado, es decir, que no tuviera límites, hecho tajantemente prohibido por las disposiciones legales vigentes.

Si bien es aceptable la manifestación de que las cantidades de obra son aproximadas y por ende pueden aumentar o disminuir, no lo será que estas variaciones sean tan desmesuradas por cuanto ello indica fallas en los estudios y diseños que sirvieron de base para su deducción.

El Tribunal se equivoca al justificar que como en el pliego de condiciones se contempló la posibilidad de aumentar o disminuir las cantidades, no habría lugar a reclamaciones ni responsabilidad de EPM.

Al respecto el apelante formula reparos contra esta conclusión con sustento en los siguientes argumentos:

a. Las condiciones estipuladas en el pliego que vayan contra la ley son ineficaces de pleno derecho.

b. No puede aceptarse como legal el hecho de que EPM hubiera incumplido su obligación de realizar estudios serios, completos y detallados que permitieran la obtención de cantidades de obra cercanas a la realidad.

c. No es admisible exonerar de responsabilidad a EPM por inducir al contratista a error al elaborar propuestas de extensión ilimitada, debido a falta de claridad y precisión al determinar el costo de los servicios que pretendía contratar.

Para el apelante el tribunal interpretó de manera parcial la facultad que se arrogó EPM en los pliegos (disponer cambios que considerara convenientes) porque olvidó citar igualmente la posibilidad contenida en los pliegos, de que en caso de cambios que afectaran sustancialmente tanto el plazo como el precio, las empresas convendrían con el contratista los ajustes correspondientes.

iii) El argumento dado por el Tribunal, para justificar que EPM no vulneró el principio de planeación debido a la existencia de una fórmula de reajuste, no es correcto. Que se hubiera elegido una u otra habría sido indiferente por cuanto los coeficientes de la fórmula de reajuste dependían de las cantidades a ejecutar y si estas variaron de manera notoria es fácil concluir que ninguna de las fórmulas planteadas se dedujo con base en condiciones reales y por ende ninguna representa a cabalidad la situación económica del contrato.

iv) De la mayor permanencia en la obra. El contratista no alcanzó a realizar siquiera la inversión programada en un plazo incluso mayor que el pactado inicialmente.

v) De la variación del IVA e índices de Camacol. No puede aceptarse la explicación que da la entidad, de que las variaciones en el IVA quedan satisfechas con la fórmula de reajuste. Los índices de Camacol no cubren la

variación del IVA como es el caso de materiales y servicios para los cuales Camacol no establece sus índices (arenilla o derechos de botadero).

El contrato de obra estipuló que debería hacerse el ajuste económico cuando se dieran variaciones en el IVA. No se entiende porque EPM se niega a aplicar una cláusula que ella misma introdujo en el contrato.

El apelante no admite que el *a quo* con fundamento en el dictamen pericial allegado al expediente, señale que *"el perito concluyó que el impuesto no influyó en la economía del contrato, pues para el mes de mayo de 1998 "se presentaron bajas en los precios, lo que hizo que la variación fuera inferior al 16% correspondiente al impuesto del IVA", según dio cuenta el boletín de Camacol del mes de mayo de 1999".* En su concepto no hay relación entre la disminución de precios en mayo de 1998 con los índices de Camacol de mayo de 1999, a su vez, toda variación en los precios debe quedar reflejada en la fórmula de reajustes.

Como quiera que el IVA hace parte de la estructura de precios al construir el análisis de precios unitarios, resulta que si un insumo no tenía ese impuesto y por modificaciones tributarias tal insumo pasa a formar parte de la canasta del IVA, es obvio considerar que la estructura de precios cambia drásticamente, no solo por cuanto se debe adicionar el IVA sino porque esa adición debe quedar afectada por los costos indirectos (AIU). No es de recibo la decisión tomada por el Tribunal en el sentido de que la pretensión del accionante no prospera.

vi) De la liquidación unilateral. Aún en el evento de que las Resoluciones n. º 172556 y nº. 189307 del 8 de mayo y del 25 de julio de 2001 hubiesen sido legalmente expedidas porque la entidad sí tenía competencia para ello a pesar de haber excedido el plazo legal y convencional para efectuar la liquidación, la apelante señala que insiste en reclamar su nulidad por cuanto en los actos administrativos referidos se desconocieron sus pretensiones indemnizatorias.

2. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, la parte demandada presentó escrito de alegatos (fl.281 a 298 continuación cuaderno principal) en el que reiteró los argumentos de defensa expuestos en primera instancia y los razones expuestas por el *a quo* al decidir el fondo de la controversia. La parte demandante presentó escrito de alegatos en el que insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fl. 299 a 325 continuación c. ppal.).

El Representante del Ministerio Público emitió concepto en el que solicitó confirmar la sentencia que negó las pretensiones formuladas por la parte demandante. Luego del análisis del material probatorio existente en el expediente, el procurador delegado conceptuó que en el presente evento no se acreditó el incumplimiento contractual de Empresas Públicas de Medellín, la existencia de situaciones imprevisibles que fueran las causantes de la alteración en la economía del contrato, ni el daño generado por la mayor permanencia en la obra y la variación del impuesto al valor agregado (fl. 326 a 335 continuación cuaderno principal).

II. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

1.1.1. En tanto uno de los extremos está conformado por una entidad pública, Empresas Públicas de Medellín E.S.P.[2], es esta la jurisdicción a la cual le corresponde asumir el presente asunto, con independencia del régimen jurídico al que está sometido el contrato objeto de controversia. Análisis que se efectuará al resolver el fondo del asunto.

---

2 Empresas Públicas de Medellín E.S.P., fue transformada en empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, por Acuerdo No. 069 del 10 de diciembre de 1997 expedido por el Concejo de Medellín.

1.1.2. Ahora, es esta Corporación la competente para conocer del mismo, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, subrogado por el Decreto 597 de 1988, le asignaba el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos[3].

1.1.3. De otro lado, frente a la acción procedente debe precisarse que (i) la pretensión de nulidad contra el acto que liquidó unilateralmente el contrato, y (ii) la pretensión de incumplimiento del contrato con el consecuente reconocimiento de perjuicios causados, son asuntos que en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, pueden ventilarse a través de la acción contractual, que fue la intentada en esta oportunidad (fl. 874 c. ppal.).

1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos de la relación contractual en estudio.

1.3. Oportunidad de la acción

En el asunto *sub examine,* el contrato n.º 2104016 incorporó en su contenido lo establecido en el pliego de condiciones, las especificaciones técnicas y las disposiciones contenidas en el Decreto 47 de 1995 de las Empresas Públicas de Medellín, la Ley 142 de 1994 y la Ley 80 de 1993 en cuanto fueren aplicables al caso concreto (Cláusula sexta) (fl. 671 y 672 c. ppal.).

El pliego de condiciones de la licitación pública nacional PS-OC-20A previó el trámite de liquidación, dentro de un término que no excediera de 120 días calendario siguientes al recibo de las obras. A su vez, el pliego estableció que en

[3] La cuantía de la pretensión relacionada con el incumplimiento contractual corresponde a la suma de $1.427.432.329 (fl. 908 c. ppal.). Para el año 2001, cuando se presentó la demanda (fl. 874, c. ppal.), la controversia contractual tenía un valor superior a $143.000.000 y, por consiguiente, tenía vocación de doble instancia.

ausencia de acuerdo, se tendría por tal, la liquidación presentada por EPM mediante resolución motivada sujeta a los recursos ordinarios por vía gubernativa.

Se encuentra acreditado que el recibo final de las obras se verificó el 9 de marzo de 2000 (fl. 859 cuaderno principal 1). Con tomar la fecha señalada, fuerza concluir que tanto la demanda original presentada el 1º de marzo de 2001 (fl. 874 c. ppal.), como su adición radicada el 31 de julio de 2001 (fl. 930 a 936 c. ppal.) lo fueron en tiempo. En consecuencia, no hay caducidad de la acción.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en verificar la existencia del incumplimiento endilgado a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. por la ausencia de pago de los extracostos reclamados por la parte demandante, la presencia del presunto desequilibro económico del contrato n.º 2104016, producido por *"carencia de diseños definitivos"* y las "*modificaciones del IVA".* A su vez, corresponde a la Sala establecer si por consecuencia, ante la prosperidad de la pretensión de incumplimiento es procedente declarar la nulidad de las Resoluciones n.º 172556 del 8 de mayo de 2001 y n.º 189307 del 25 de julio de 2001, por las cuales se liquidó unilateralmente el contrato objeto de controversia.

Para tal fin, corresponde a la Sala abordar los fundamentos de apelación frente al incumplimiento atribuido a la entidad demandada, las circunstancias que presuntamente afectaron el equilibrio económico del contrato y la procedencia o no del reconocimiento pecuniario solicitado por la parte demandante, no incluido en el acto de liquidación unilateral.

Teniendo en cuenta que los demás cargos de nulidad fueron desestimados en primera instancia, incluido el de falta de competencia, la Sala se abstendrá de abordar su estudio, toda vez que no fueron objeto de apelación, razón por lo cual se limitará a resolver de las cuestiones expuestas en el párrafo precedente.

3. De los hechos probados

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. De todo ese conjunto probatorio se tiene:

3.1. El 16 de febrero de 1999, las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la sociedad constructora Antares Ltda., celebraron el contrato n.º 2104016, en virtud del cual la sociedad contratista se obligó para con EPM a ejecutar *"la construcción y reposición de colectores, redes control vertimientos y obras accesorias de alcantarillado para el saneamiento de las quebradas Santa Cruz, La Rosa, Granizal, La India, La Aguadita y la Cañada Santa Cruz, Grupo 2".* El valor del contrato se estableció en la cláusula tercera del contrato, así:

> *Tercera: Valor. El valor del contrato es de cuantía indeterminada, pero determinable, será el que resulta de multiplicar las cantidades de obra resultantes de los diseños que efectivamente se construyan por los precios unitarios presentados en la propuesta para el Grupo 2. Para efectos fiscales el valor de este contrato es indeterminado.*

Respecto al plazo, el contrato dispuso:

> *Segunda: Plazo. El Contratista se obliga a iniciar los trabajos en la fecha que le fije la interventoría, por escrito, como día de iniciación del contrato, después de perfeccionado el mismo, y se obliga a ejecutar la obra contratada en trescientos (300) días calendario, contados a partir de dicha fecha* (f. 669 a 672 c. ppal. 1).

3.2. El contrato n.º 2104016 fue modificado mediante acta n.º 1 del 9 de noviembre de 1999, en obras adicionales (fl. 674 a 677 c. ppal. 1); en acta n.º 2 del 23 de diciembre de 1999, en obras adicionales y obras extra (fl. 679 a 683 c. ppal. 1.); en acta n.º 3 del 7 de enero de 2000, en plazo (fl. 685 a 686 c. ppal. 1); en acta n.º 4 del 25 de febrero de 2000, en obras extra (fl. 688 a 689 c. ppal.1); y mediante acta n.º 5 del 9 de marzo de 2000, en obra adicional (fl. 693 a 697 c. ppal. 1).

3.3. El 9 de marzo de 2000 se suscribió acta de recibo de obra, en la cual hicieron constar que *"los ingenieros adscritos a las Empresas Públicas de*

Medellín S.A. E.S.P. declaran haber recibido de la firma Constructora Antares Ltda., a entera satisfacción las obras del contrato" (fl. 859 cuaderno principal 1).

3.4. En comunicación presentada el 9 de enero de 2001, ante el gerente de la constructora Antares Ltda., informó al gerente de aguas de las Empresas Públicas de Medellín que devolvía sin su beneplácito el acta de transacción y finiquito al contrato n.º 2104016, por cuanto no se atendieron las solicitudes de reconocimiento económico por desequilibrio del contrato formuladas en oficios n.º 000.0986, 000.1001, 000.1008,000.1010,000.1040, 000.1101,395-00 y radicado de recibo 953187,956438,956618,956620,961069,00983420 y 01054037. En consecuencia solicitó proceder a la liquidación unilateral del contrato (fl. 950 c. ppal. 2)

3.5. Mediante Resolución n.º 172556 del 8 de mayo de 2001, el gerente general de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. liquidó unilateralmente el contrato 2104016, en los siguientes términos:

> *Artículo 10. Liquidar unilateralmente el contrato 2104016, celebrado entre las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y Constructora Antares Ltda., cuyo objeto es la construcción y reposición de colectores, redes control vertimientos y obras accesorias de alcantarillado para el saneamiento de las quebradas Santa Cruz, La Rosa, Granizal, La India, La Aguadita y La Cañada Santa Cruz. Grupo 2, de la Licitación Pública Nacional PS-OC-20A, así:*
> *a. Plazo: El plazo contractual de trescientos (300) días calendario, se inició el 5 de abril de 1999 y venció el 29 de enero de 2000. No obstante, éste fue ampliado en cuarenta (40) días calendario más, mediante el Acta de modificación bilateral 3 al mismo, quedando como nueva fecha de terminación el 9 de marzo de 2000, día en el cual las obras fueron recibidas por Las Empresas a entera satisfacción, sin que le hubiera sido impuesta sanción alguna al Contratista por el incumplimiento de éste.*
>
> *b) Valor final del contrato. El valor final del contrato, resultante de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas de los diseños efectivamente construidos por los precios unitarios, más los reajustes pagados fue de mil trescientos setenta y un millones doscientos diez mil quinientos noventa y un pesos con cincuenta y dos centavos m.l. ($ 1.371.210.591,52), el cual se discrimina así:*
> *Valor obra contractual pagada $1.197,330,904.78*
> *Valor obra extra pagada $ 37,268,417.11*
> *Valor reajuste $118,622,848.77*
> *Valor reajuste del anticipo $ 16,125,000,00*
> *Valor reconocimientoimpacto comunitario (obra extra) $1,863,420.86*
>
> ***VALOR FINAL DEL CONTRATO $1,371,210,591.52***

c) Reconocimiento. De conformidad con lo establecido en la Sección 2, numeral 2.25 del pliego de condiciones, las Empresas consideraron procedente reconocerle al Contratista por concepto del impacto comunitario sobre la obra extra ejecutada la suma de un millón ochocientos sesenta y tres mil cuatrocientos veinte pesos con ochenta y seis centavos m.l. ($1.863.420,86). Dicho reconocimiento se encuentra justificado en el hecho de que la realización de la obra extra se hizo indispensable para cumplir a cabalidad con el objeto del contrato, y habida cuenta que las condiciones estipuladas por las Empresas en cuanto a la norma 1300 de impacto comunitario se cumplieron.

d) Sumas a cargo de las partes: 1) Sumas adeudadas por las Empresas al Contratista. Las Empresas le adeudan al Contratista la suma de siete millones doscientos veintiocho mil cincuenta y nueve pesos con tres centavos m.l. ($7.228.059,03), discriminada así: Un millón ochocientos sesenta y tres mil cuatrocientos veinte pesos con ochenta y seis centavos m.l. ($1.863.420.86), por concepto del reconocimiento a efectuar por el impacto comunitario sobre la obra extra; un millón setenta y ocho mil seiscientos sesenta pesos con veintiséis centavos m.l. ($1.078.660,26), por concepto de obra extra no reajustable; doscientos setenta y seis mil quinientos siete pesos m.l. ($276.507.00), por concepto de obra contractual y cuatro millones nueve mil cuatrocientos setenta pesos con noventa y un centavos m.l. ($4.009.470.91), por concepto de reajustes definitivos de las actas de los meses de febrero y marzo de 2000. 2) Sumas adeudadas por el Contratista a las Empresas. El Contratista le adeuda a las Empresas la suma de trescientos sesenta y dos mil seiscientos treinta y cuatro pesos m.l. ($362.634,00), por concepto de daños a redes de acueducto, los cuales fueron aceptados por éste mediante la comunicación No. 964254 del 16 de mayo de 2000. 3) Compensación de cuentas. Una vez realizada la compensación de cuentas, resulta un saldo a favor del contratista de seis millones ochocientos sesenta y cinco mil cuatrocientos veinticinco pesos con tres centavos m.l. ($6.865.425,03). No obstante lo anterior, para efectos del pago de dicha suma, el Contratista deberá presentar a las Empresas los respectivos paz y salvos de cancelación de las obligaciones laborales expedidos por el personal contratado para la ejecución del contrato, así como las constancias de cancelación expedidas por los fondos de pensiones, las cajas de compensación y demás entidades de seguridad social, por concepto de las obligaciones de índole laboral adquiridas con ocasión de este contrato.

e) Modificación de amparos de la garantía única. El Contratista deberá incrementar las sumas aseguradas de los amparos de estabilidad de las obras y de pago de salarios y prestaciones sociales que hacen parte de la garantía única, de manera que cubran el diez por ciento (10%) y cinco por ciento (5%) del valor final del contrato, respectivamente. Así mismo, deberá desplazar sus vigencias, las cuales deberán regir ambas por tres (3) años, contados a partir de la fecha de recibo de las obras.

Artículo 2º. De la presente liquidación se excluyen las reclamaciones que de conformidad con las disposiciones legales tienen derecho a efectuar las Empresas, por los vicios de construcción que pudieran resultar en las obras, de acuerdo con las reglas 3a y 4a del artículo 2060 del Código Civil Colombiano y demás disposiciones concordantes. Lo anterior, se entiende sin perjuicio de que durante el examen posterior de cuentas, pueda la Contraloría corregir algún error y formular las correspondientes glosas.

Artículo 3º. Notificar personalmente esta resolución a los representantes legales de la firma CONSTRUCTORA ANTARES LTDA., y de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. "CONFIANZA". Si no pudiera hacerse la notificación personal dentro de los cinco (5) días siguientes a la citación

correspondiente, se fijará un edicto con inserción de la parte resolutiva, en la Secretaría Auxiliar de las Empresas, por un término de diez (10) días. Desfijado el edicto, se entenderá surtida la notificación.
Artículo 4º. Contra la presente resolución procede el recurso de reposición interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles, siguientes a la notificación. (fl. 937 a 964 c. ppal. 2).

3.6. El 17 de mayo de 2001, el representante legal de la Constructora Antares Ltda., instauró recurso de reposición contra el acto que liquidó unilateralmente el contrato (fl. 951 a 963 c. ppal. 2).

3.7. Mediante Resolución n.º 189307 del 25 de julio de 2001, el gerente general de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. confirmó en su totalidad la resolución 172556 del 8 de mayo de 2001, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato 2104016 (fl. 965 a 990 c. ppal. 2)

3.8. Bajo el contexto de los hechos probados es preciso concluir que las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la Constructora Antares Ltda., celebraron el contrato n.º 2104016, para *"la construcción y reposición de colectores, redes control vertimientos y obras accesorias de alcantarillado para el saneamiento de las quebradas Santa Cruz, La Rosa, Granizal, La India, La Aguadita y la Cañada Santa Cruz, Grupo 2",* por un valor de cuantía indeterminada pero determinable y un plazo inicial de trescientos días calendario contados a partir de la fecha señalada por la interventoría, posterior a la de perfeccionamiento del contrato.

A su vez, se acredita que en ausencia de acuerdo de las partes, la entidad contratante a través de Resolución 172556 del 8 de mayo de 2001 confirmada mediante Resolución n. º 189307 del 25 de julio de 2001 liquidó unilateralmente el contrato.

4. Del régimen jurídico del contrato de obra 2104016 de 1999

Es del caso precisar, que para la fecha de celebración del contrato en comento (16 de febrero de 1999), se encontraba vigente el texto original del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, que disponía:

> *ARTÍCULO 31. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.*
>
> *Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.*

En un entendimiento armónico de los artículos 31 de la Ley 142 y el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la Sección Tercera de la Corporación concluyó frente al régimen de derecho pertinente en los contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos de naturaleza estatal:

> *En síntesis, de acuerdo con las mencionadas normas y el alcance que de las mismas otorgó esta Corporación en los pronunciamientos que anteceden, es claro que: i) los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, determinaron que los actos y contratos de las prestadoras de servicios públicos de naturaleza estatal se encuentran regidos por el derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley; ii) cuando el artículo 31 estableció que los contratos que celebraran dichas entidades estatales de servicios públicos a los que se refiere esa ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirían por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los sustrajo del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[4]; iii) empero, de la anterior regla general se exceptuaron, entre otros[5], aquellos*

---

[4] *El parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define que el régimen de contratación de las entidades financieras de carácter estatal no es el de esta ley, sino el que rige las actividades propias de su objeto social.*

[5] *Existen otras excepciones a la aplicación exclusiva del derecho privado, a saber: el contrato de concesión sobre el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones o para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, el cual también puede regirse por la Ley 80 de 1993, en conformidad con el artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994; o los contratos de las entidades territoriales con las empresas prestadoras de servicios públicos a que hace referencia el actual parágrafo del artículo 31 ejusdem con la modificación introducida por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, para la asunción de aquéllas de la prestación de servicios públicos o para la sustitución de otra que se encuentra en causal de disolución o liquidación que se regirán por la Ley 80 de 1993 y deberán hacerse por licitación pública; o los contratos de las empresas de servicios públicos con posición dominante en un mercado, cuyo objeto sea la adquisición de un bien o servicio de que trata el artículo 35 in fine, en los cuales las comisiones de regulación pueden ordenar su celebración por licitación pública o otros procedimiento que garanticen y estimulen la libre concurrencia de eventuales contratistas; o los contratos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivos del artículo 40*

> *contratos en los cuales las comisiones de regulación ordenen la inclusión obligatoria de cláusulas exorbitantes o la autoricen previa consulta, en cuyo caso todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de lo Jurisdicción Contencioso Administrativo.*[6]

La Sala encuentra que el objeto[7] del contrato materia de controversia tiene correspondencia con el objeto social de las Empresas Públicas de Medellín[8], en la actividad de prestación del servicio de acueducto y alcantarillado. Razón suficiente para concluir que esta sometido al régimen de derecho privado, en los términos del artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

4. LA CUESTIÓN DE FONDO: DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

El actor pretende la nulidad de la resolución que liquidó unilateralmente el contrato 2104016 (Resolución 172556 del 8 de mayo de 2001 confirmada mediante Resolución n. º 189307 del 25 de julio de 2001). A su vez, la declaratoria de incumplimiento de EPM por el *"no pago de los extracostos derivados por el desequilibrio económico del contrato, por el no reconocimiento*

---

ibídem; o aquellos contratos de servicios públicos de condiciones uniformes regulados en los artículos 128 y ss. de la citada ley.

[6] Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 18 de julio de 2007, Exp. 31838, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

[7] La cláusula primera del contrato 2104016 definió su objeto así: *"Las Empresas encargan a el contratista y éste se obliga a ejecutar para aquellas, ciñéndose a los documentos del contrato y a lo estipulado en la Licitación Pública Nacional PS-OC-20A, la construcción y reposición de colectores, redes control vertimientos y obras accesorias de alcantarillado para el saneamiento de las quebradas Santa Cruz, La Rosa, Granizal, La India, La Aguadita y la cañada Santa Cruz, Grupo 2."* (fl. 669 c1).

[8] Al tenor del artículo 3º del Acuerdo Municipal 12 de 1998, del Concejo de Medellín, vigente para la fecha de celebración del contrato de obra 2104016, *"Por medio del cual se adoptan los estatutos de la empresa industrial y comercial EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP",* las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. *"tienen como objeto social la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía, distribución de gas combustible, telefonía lija publica básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, y demás servicios de telecomunicaciones Podrá también prestar el servicio público domiciliario de aseo, así como las actividades complementarias propias de todos y cada uno de estos servicios públicos y el tratamiento y aprovechamiento de las basuras".*

de los valores correspondientes a la mayor permanencia, los extracostos ocasionados por la carencia de diseños definitivos y la incidencia de las modificaciones del IVA" (pretensión primera de la demanda fl. 905 c. ppal. 1).

El objeto de apelación gira en torno a la pretensión de incumplimiento por el no pago de los sobrecostos, a la par con la pretensión de nulidad del acto de liquidación unilateral, en tanto no incluyó el reconocimiento pecuniario solicitado por el contratista.

Resulta procedente en primer lugar, abordar las conductas constitutivas de incumplimiento que predica la parte demandante, para establecer si afectan por consecuencia la ecuación económica del contrato. En segundo término, de hallarse demostrado el incumplimiento de la obligación de pago, corresponde a la Sala determinar si esta omisión afecta la validez del acto de liquidación unilateral.

La conducta constitutiva de incumplimiento que se atribuye a las Empresas Públicas de Medellín es la falta de pago de los sobrecostos causados durante la ejecución contractual, a consecuencia de i) la entrega de los estudios y diseños definitivos, con posterioridad al cierre del proceso de selección, ii) un desmesurado crecimiento de las cantidades de obra, iii) mayor permanencia en obra y iv) la variación del IVA.

4.1. De la entrega de los estudios y diseños definitivos con posterioridad al cierre del proceso de selección

Para el demandante, la entidad contratante incurrió en vulneración de los principios de planeación y economía al entregar los estudios y diseños definitivos con posterioridad al cierre del proceso de selección.

El *a quo* consideró que el hecho de no aportar con la licitación los planos o diseños definitivos de la obra a contratar no vulnera el principio de planeación, pues lo relevante es que los oferentes cuenten con reglas objetivas, justas,

claras y completas que permitan la confección de propuestas de la misma índole, que en este caso pudieron hacerse sin los planos y diseños definitivos.

Para resolver el cargo de incumplimiento propuesto, la Sala verificará las condiciones fijadas por la entidad en la etapa precontractual frente a los diseños y planos de la obra

Los pliegos de condiciones de la licitación pública nacional PS-0C-20A describieron su objeto, así:

> *SECCIÓN 1*
> *INFORMACIÓN A LOS PROPONENTES*
> *1.1 SOLICITUD DE PROPUESTAS*
> *1.1.1 Objeto. De acuerdo con los términos de los documentos de la licitación pública nacional, que será identificada con el código PS-OC 20A, LAS EMPRESAS están interesadas en recibir propuestas para la construcción y reposición de colectores, redes control vertimientos y obras accesorias de alcantarillado para el saneamiento de las quebradas Santa Cruz, La Rosa, Granizal, La India, La Aguadita y La Cañada Santa Cruz.*
> *Las obras a ejecutar mediante la presente licitación se han distribuido para su programación y ejecución en tres (3) grupos, así:*
>
> *Grupo 1: Comprende los siguientes proyectos, correspondientes a la cuenca Caño Santa Cruz y asociados de La Rosa:*
> *DAL-101-227. Colector cañada Santa Cruz, costado sur*
> *DAL-101-228. Colector secundario cañada Santa Cruz, costado norte*
> *DAL-101-229. Redes control vertimientos y colector norte cañada Santa Cruz*
> *DAL-101-253. Colector quebrada La Rosa calle 98 y 99*
> *DAL-101-255. Colector quebrada La Rosa calle 99, costado sur*
>
> *Grupo 2: Comprende los siguientes proyectos, correspondientes a la cuenca quebrada Granizal:*
> *DAL-101-267. Colector quebrada Granizal*
> *DAL-101-268. Colector quebrada Granizal, costado norte*
> *DAL-101-269. Colector quebrada Granizal, costado sur*
> *DAL-101-270. Colector secundario quebrada Granizal, costado norte*
>
> *Grupo 3: Comprende los siguientes proyectos, correspondientes a las cuencas de las quebradas La india y La Aguadita:*
> *DAL-101-348. Colector oriental quebrada La India*
> *DAL-101-360. Colector norte y sur quebrada La Aguadita, parte alta.*
> *Estos trabajos se realizarán mediante contrato por el sistema de precios unitarios reajustables.*
> *El proponente deberá cotizar a precios unitarios una serie de ítemes o actividades que se utilizan en este tipo de obras (ver sección 3). El costo inicial de cada uno de los grupos se obtendrá de multiplicar las cantidades de obra, entregadas por las Empresas al (a los) Contratista (s) adjudicatario(s) por los precios unitarios de la propuesta.*

> *El pago se hará por el método de mediciones mensuales de obra ejecutada, multiplicada por el respectivo precio unitario de la propuesta, para obtener el acta mensual. Los precios se afectarán por las fórmulas de reajuste que se indican en la sección 3.*
> ***Se aclara que los diseños definitivos y sus respectivas cantidades de obra, correspondiente a cada uno de los grupos, se entregarán al (a los) contratista (s) adjudicatario (s), veinte (20) días calendario antes de la fecha de iniciación de los trabajos. (Negrillas fuera del texto original).*** (fl. 13 vto. Cuaderno principal 1)

A su vez, el numeral *1.5. Documentos de la licitación* incluyó los planos entregados a los proponentes con el pliego de condiciones y recalcó que los planos de diseño y las cantidades de obra definitivas se entregarían al contratista adjudicatario:

> *1.5.6. Los planos entregados a los proponentes con el pliego de condiciones. Se advierte que estos planos son meramente informativos, en el sentido que solamente se entregan a los proponentes con la única finalidad de ubicación de los proyectos. Los supuestos que el proponente haga para la preparación de la propuesta, a partir de la información suministrada por las Empresas, será responsabilidad de los mismos.*
> ***Los planos de diseño al igual que las cantidades de obra definitivas se entregarán a aquel o a aquellos contratistas (s) adjudicatario (s), veinte (20) días calendario antes de la fecha de iniciación de los trabajos.*** (Negrillas de la Sala) (fl. 19 vto. Cuaderno principal 1)

Del contenido del pliego de condiciones colige la Sala que la entidad contratante dio apertura al proceso de licitación con el objeto de recibir ofertas de construcción y reposición de colectores, redes de control de vertimientos y obras accesorias de alcantarillado para el saneamiento de las quebradas Santa Cruz, La Rosa, Granizal, La India, La Aguadita y la Cañada Santa Cruz. Las obras se distribuyeron en tres grupos para la presentación de las ofertas.

Conviene precisar que dentro de las condiciones establecidas por Empresas Públicas de Medellín se estableció la cotización de los trabajos a precios unitarios. Para el efecto el proponente debía cotizar a precios unitarios las actividades consideradas por la entidad como propias de este tipo de obras.

La entidad dispuso desde la etapa precontractual que los diseños definitivos y sus respectivas cantidades de obra, correspondientes a cada uno de los grupos,

se entregarían al contratista adjudicatario veinte días calendario antes de la fecha de iniciación de los trabajos (fl. 13 vto. Cuaderno principal 1)

El demandante no acredita haber formulado en su oportunidad, reparo a lo dispuesto por la entidad frente a la entrega de los diseños definitivos al contratista adjudicatario. *Contrario sensu*, la presentación de la propuesta sin objeción alguna a este condicionamiento indica que la información entregada a los proponentes por la entidad contratante fue suficiente para confeccionar una oferta técnica y económica que satisficiera la finalidad del proceso de selección y el objeto del contrato futuro.

Finalmente se encuentra acreditado que el 16 de febrero de 1999, Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la sociedad Constructora Antares Ltda., celebraron el contrato 2104016 en cuyo contenido aceptaron la incorporación de las condiciones y especificaciones del pliego (cláusula sexta, fl. 671 c.ppal. 1).

En el asunto *sub judice* la Sala encuentra que el hecho de no darse a conocer a los proponentes los planos y diseños definitivos, no significa que la entidad haya omitido su realización y tampoco puede colegirse una falta de planeación.

Aún en presencia de un contrato sometido al régimen de derecho privado, el deber de planeación resulta coherente, en la medida que el conocimiento que tenga la entidad estatal de los componentes del objeto del contrato será herramienta útil para el aprovechamiento eficiente de los recursos públicos, además de la selección objetiva del contratista. Entre tanto, al particular como colaborador de la Administración le es impuesta la carga de comunicar a la entidad las deficiencias de planificación que evidencia para que sean subsanadas, de abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que advierta que "*por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse".* Tampoco podrá pretender el reconocimiento de derechos económicos "*puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos"*[9]*.*

[9] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de abril de 2013, Exp.

De lo expuesto, reitera la Sala que el proponente, quien se convirtió luego en contratista adjudicatario, aceptó la entrega de los planos y diseños definitivos una vez adjudicado el contrato, sin manifestar oposición en el momento en que se le exigía advertir a la entidad la presunta deficiencia en la información suministrada en el pliego de condiciones para elaborar su propuesta.

El demandante refiere que al haber entregado los estudios y diseños definitivos con posterioridad al cierre del proceso de selección, la entidad afectó i) la determinación de las cantidades de obra y consecuencialmente el valor del contrato, ii) la determinación del porcentaje de administración en los costos indirectos, iii) la programación de la obra (en tanto, el contratista descubrió que requería aumentar el número de frentes de trabajo), iv) en la fórmula de reajuste.

La Sala debe considerar que la aceptación a las condiciones impuestas por la entidad en el pliego, incluida la entrega de los estudios y diseños definitivos una vez concluido el proceso de selección del contratista, no indica otra cosa que el beneplácito del oferente a la información suministrada por Empresas Públicas de Medellín al momento de la licitación, de lo cual se infiere que fue insumo suficiente para su propuesta económica y técnica, que contempló a su vez, el valor del contrato, el porcentaje de administración contenido en los costos indirectos, la programación de la obra y la fórmula de reajuste.
Los argumentos expuestos por el demandante desconocen la aceptación ofrecida durante la etapa precontractual y a su vez pretenden introducir modificaciones en el contrato que no fueron sugeridas cuando le correspondía exigir claridad de la Administración mientras participaba en un escenario de igualdad con los demás oferentes.

Las precedentes consideraciones permiten concluir que no se acredita el incumplimiento atribuido a la entidad contratante.

4.2. Desmesurado incremento de las cantidades de obra

27315, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

La sociedad demandante señala que al momento de la celebración del contrato no se conocían las cantidades de obra a desarrollar, hecho que trajo como consecuencia su valor ilimitado.

Para el *a quo* la afirmación sobre la celebración de un contrato de valor y extensión ilimitada es ajena a la realidad contractual. El tribunal consideró que el contratista no desconocía la cantidad de obra a ejecutar y el costo total del contrato. Si bien al momento de la licitación no se habían suministrado las cantidades de obra definitivas, cuando fueron entregadas al contratista adjudicatario, se calculó el valor del contrato teniendo en cuenta los precios unitarios suministrados por la sociedad constructora en su propuesta.

En consecuencia no puede catalogarse como un hecho imprevisible (fl.219 cuaderno de segunda instancia).

De los elementos de convicción aportados a la actuación procesal, la Sala encuentra que el numeral 2.5. del pliego de condiciones estipuló frente al valor del contrato:

> *2.5. Valor estimado del contrato*
> *El valor estimado de este contrato es el que resulte de multiplicar las cantidades de obra, resultantes de los diseños definitivos entregados por las EMPRESAS al CONTRATISTA, por los precios unitarios estipulados en la propuesta. Los precios unitarios pactados estarán sujetos a reajuste en el tiempo.*
> *En consecuencia EL CONTRATISTA se compromete a ejecutar las obras, resultante de los diseños definitivos, hasta cumplir con el objeto contratado, cualquiera sea su cantidad.*
> *Para efectos fiscales el valor de este contrato es indeterminado.* (fl. 72 c. ppal.1)

Por su parte, el numeral 2.2. del pliego de condiciones dispuso:

> *(…)Durante la ejecución del contrato, LAS EMPRESAS podrán ordenar, por conducto del interventor, los cambios que consideren necesarios o convenientes tanto en los planos como en las especificaciones. Si por estos cambios se afectan sustancialmente tanto el plazo como el precio o uno de éstos, LAS EMPRESAS convendrán con EL CONTRATISTA los ajustes de plazo o de precio que de ellos puedan desprenderse, de lo cual se firmará por las partes el acta de modificación bilateral correspondiente. Sin embargo, es entendido que durante la ejecución del contrato se originarán cambios y ajustes en los planos y especificaciones.*

> *Cuando a juicio de EL CONTRATISTA sea conveniente variar los planos o las especificaciones, someterá por escrito al Interventor las variaciones junto con los estudios correspondientes, explicando las causas que las justifiquen, sus costos y plazos y toda la demás información pertinente que pueda ser requerida por el Interventor, quien las presentará a consideración de LAS EMPRESAS. Si estas no las aprueban, EL CONTRATISTA se ajustará a los planos y a las especificaciones. Este rechazo no excluye la aplicación de multas por parte de LAS EMPRESAS, si por tal causa se presentan incumplimiento en los plazos aprobados de la obra. En caso de aprobarlas, se procederá como se indica en el párrafo anterior.* (fl. 66 vto. Cuaderno principal 1).

A su vez, en la Sección 5 *"condiciones especiales del contrato",* las Empresas Públicas de Medellín establecieron:

> *5.6. Obras para construir, precios unitarios y fórmula de reajuste. EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar todos los trabajos y obras necesarios para la correcta construcción, eficiente utilización y estabilidad de la obra contratada de acuerdo con lo establecido en los documentos del contrato. Entre aquellos trabajos se incluyen los que figuran en la lista de precios unitarios presentada por EL CONTRATISTA en su propuesta, las obras adicionales que se pagarán a los precios allí consignados y las obras extras que se pagarán según lo establecido en la cláusula séptima. Las partes contratantes declaran que con la aplicación de tales precios unitarios LAS EMPRESAS pagan a EL CONTRATISTA todos los costos directos e indirectos que demande la ejecución de los trabajos en la forma establecida en los documentos del contrato, los imprevistos, la utilidad, la administración, etc. EL CONTRATISTA acepta que el valor del contrato es indeterminado y que el valor real y definitivo del mismo es el establecido en el numeral 5.8. de esta sección. Los precios consignados en la lista de precios unitarios anexa a este contrato se aplicaran durante la vigencia del contrato y sólo admiten variaciones de acuerdo con el sistema de reajustes expresado mediante la (s) formula (s) establecida (s) en la sección 3. Los precios correspondientes a las obras extras para el caso en que no se llegue a un acuerdo sobre el precio, no estarán sometidos a reajuste, ni las obras extras según precios convenidos a menos que así se haya estipulado en el convenio adicional correspondiente. EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar todos los trabajos y obras necesarias para la correcta construcción, eficiente utilización y estabilidad de las obras contratadas de acuerdo con lo establecido en los documentos del contrato. Entre aquellos trabajos se incluyen los que figuran en la lista de precios unitarios, las obras adicionales que se pagarán a los precios allí consignados y las obras extras que se pagarán según lo establecido en el contrato. Es entendido que la intención de los precios unitarios es incluir todos los insumos necesarios para la correcta ejecución completa terminación de cada uno de los ítem que figuran en la lista de precios unitarios, aunque tales insumos no estén expresamente indicados en los documentos del contrato; en consecuencia, con la aplicación de tales precios unitarios a las cantidades de obra realmente ejecutadas, LAS EMPRESAS cubrirán a EL CONTRATISTA todas las obras temporales y permanentes y todos los costos directos e indirectos que demande la ejecución de los trabajos en la forma establecida en los documentos del contrato, la administración, los imprevistos y la utilidad. Por lo tanto LAS EMPRESAS no tendrán más obligación que la de pagar las cantidades de obras ejecutadas por EL CONTRATISTA a los precios unitarios establecidos en la lista de precios de la propuesta para las obras ordinarias y*

> *adicionales, y los preciso convenidos según se establece en los documentos del contrato para las obras extras. (…)* (fl. 405 a 406 c. ppal. 1)

La Sala colige, a partir de las estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones, que el valor del contrato se obtenía de multiplicar las cantidades de obra resultantes de los diseños definitivos por los precios unitarios establecidos en la propuesta, hasta cumplir el objeto contratado.

En las condiciones ya reseñadas, el contratista se obligó a ejecutar los trabajos necesarios para la *"correcta construcción, eficiente utilización y estabilidad de la obra contratada",* que se detallaron como: trabajos contemplados en la lista de precios unitarios presentados en la propuesta, obras adicionales y obras extras. Así mismo, el pliego de condiciones contempló la posibilidad de que durante la ejecución del contrato se originaran cambios y ajustes en los planos y especificaciones, que en caso de afectar sustancialmente el plazo o el precio serían objeto de acta modificatoria suscrita entre las partes, para convenir los ajustes a que hubiere lugar.

En línea con lo expuesto, conviene precisar que es pacífico el criterio jurisprudencial de la Corporación frente al contrato de obra diseñado bajo el sistema de precios unitarios, implementado por la entidad contratante para superar *"la imposibilidad de establecer con exactitud, previamente a la ejecución del negocio jurídico, los montos totales que resultarán de realizar la obra contratada".* La Sección Tercera ha considerado que bajo esta modalidad de contrato *"la entidad tanto en los pliegos como en el contrato aproxima un cálculo estimado de la cantidad o unidades de obra que se requerirá ejecutar para que el proponente establezca en su propuesta unos valores unitarios respecto de cada unidad de obra prevista por el ente contratante, de tal manera que el valor final del contrato será el resultado de sumar todos los productos que a su turno surjan de multiplicar los precios unitarios definidos en la propuesta –y aceptados por la entidad contratante, claro está- por las cantidades de obra final y efectivamente ejecutadas."*[10]

[10] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp. 24845, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En el caso concreto el oferente asintió al sistema de precios unitarios propuesto por las Empresas Públicas de Medellín y a las variaciones que se produjeran durante la ejecución contractual con el reconocimiento pecuniario correspondiente, atendiendo a la naturaleza de esta modalidad negocial. En consideración de ello, la Sala encuentra que en modo alguno puede resultar sorpresivo un aumento en las cantidades de obra, en la medida en que no se estableció al inicio, un número determinado de las mismas sino un estimado para satisfacer el objeto contractual.

Al tenor de las precedentes consideraciones el reconocimiento pecuniario a consecuencia del incremento en las cantidades de obra finalmente ejecutadas resulta improcedente.

Por su parte, las variaciones que se produjeran en el contrato no constituyeron un tema oculto para los oferentes que participaron en la licitación. Durante la ejecución de las obras, el contratista aceptó las variaciones que igualmente fueron reconocidas por la entidad contratante, como se advierte en las actas modificatorias en las que se convino el pago de obras adicionales, obras extras y ampliación del plazo contractual (acta n.º 1 del 9 de noviembre de 1999, en obras adicionales (fl. 674 a 677 c. ppal. 1); en acta n.º 2 del 23 de diciembre de 1999, en obras adicionales y obras extra (fl. 679 a 683 c. ppal. 1.); en acta n.º 3 del 7 de enero de 2000, en plazo (fl. 685 a 686 c. ppal. 1); en acta n.º 4 del 25 de febrero de 2000, en obras extra (fl. 688 a 689 c. ppal.1); y mediante acta n.º 5 del 9 de marzo de 2000, en obra adicional (fl. 693 a 697 c. ppal. 1).

4.3. Mayor permanencia en obra

El demandante reclama el pago de sobrecostos por mayor permanencia en obra al estimar que el plazo inicial del contrato fue de 300 días solares y empezó a contarse a partir del 5 de abril de 1999, pero por causas ajenas a su responsabilidad se debió ampliar en 40 días calendario. Para la sociedad actora

la mayor permanencia en la obra de 40 días solares le generó perjuicios adicionales.

El *a quo* consideró frente a la reclamación formulada, que la parte interesada debe demostrar el incumplimiento de su contraparte, el daño causado y el monto de los perjuicios originados por la mayor permanencia en obra. En el presente evento consideró que no estaban acreditados estos elementos.

En este punto, el demandante impugna la decisión de primera instancia porque en su concepto se encuentra acreditada la mayor permanencia en obra y los perjuicios que tal situación le produjo a la Constructora Antares Ltda.

Con el propósito de resolver el tema de apelación propuesto, debe la Sala determinar la causa de la ampliación del plazo contractual frente al inicialmente pactado por las partes y la procedencia del reconocimiento de los sobrecostos reclamados por mayor permanencia en la obra.

Evidencia la Sala que el plazo de trescientos días calendario inicialmente pactado en el contrato de obra se vio alterado a consecuencia del acta de modificación bilateral n.º 3 que lo amplió en 40 días solares.

Las consideraciones del acta bilateral señalan la siguiente causa de ampliación:

> *Las partes del presente contrato han acordado efectuarle la siguiente modificación: PRIMERA: Objeto. Para la correcta ejecución de las obras objeto del contrato 2104016, se hace indispensable la ampliación del plazo contractual en cuarenta (40) días solares, debido a la existencia de situaciones no imputables a EL CONTRATISTA, tales como: Obra extra, que incluye muros de contención los cuales fueron necesarios por las características geotécnicas del terreno y desviaciones de la tubería de acueducto que se cruzaron en la línea del alcantarillado, lo que ocasionó retrasos en las obras en ítems contractuales y adicionales, como tubería, pavimento, sumideros y realces. Adicionalmente, las repavimentaciones de los tramos finales que se deben hacer después de restituir los llenos, serán restringidas, debido a la falta de suministros por vacaciones de los proveedores. SEGUNDA: Ampliación del Plazo. La ampliación del plazo acordada entre las partes es de cuarenta (40) días solares, congelando la fórmula de reajuste. TERCERA. Modificación de las vigencias de las garantías. EL CONTRATISTA deberá prorrogar las vigencias de los amparos de cumplimiento y de pago de salarios y prestaciones sociales, que hacen parte de la garantía única al igual que la vigencia de la garantía de responsabilidad civil extracontractual en cuarenta (40) días. El valor de las primas que ocasionen*

> *estas ampliaciones será pagado por EL CONTRATISTA* (fl. 685 a 686 cuaderno principal 1).

Evidencia la Sala que la causa de la modificación que afectó el plazo contractual obedeció a situaciones no imputables al contratista relacionadas con la ejecución de obras extras.

El contratista reclama el reconocimiento de los perjuicios económicos afrontados debido a la mayor permanencia en obra por la ampliación del plazo contractual.

Advierte la Sala que el contrato modificatorio que afectó el plazo de la obra se suscribió de mutuo acuerdo por la entidad contratante y el contratista, sin que en el documento relacionado se formulara reparo frente a los efectos económicos de la ampliación del plazo contractual.

Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación ha considerado que las reclamaciones objeto de demanda resultan prósperas cuando previamente el contratista demandante las incluye en los actos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensión:

> *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.*[11]

Encuentra la Sala que el contratista a través de su manifestación de voluntad consignada en el acta de modificación bilateral, aceptó la mayor permanencia en la obra y no formuló reparo o reclamación expresa frente a los efectos económicos que pudiera tener esta ampliación en el plazo. En consecuencia, no resulta procedente una reclamación posterior a través del ejercicio de la acción de controversias contractuales.

---

[11] Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección B. sentencia del treinta y uno (31) de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En este evento, no es admisible entender del silencio del contratista una ausencia de renuncia de los efectos económicos de las adiciones en plazo del contrato o de las suspensiones, sino su aceptación, en tanto el asentimiento a la variación en el plazo, informa una aceptación de las condiciones en las que a partir de la prórroga se ejecutaría el contrato de obra.

Así las cosas, la Sala evidencia que si bien, la entidad contratante tuvo incidencia en la ampliación del plazo, el contratista aceptó sin manifestación expresa los efectos económicos que pudiera traer la modificación en el plazo de ejecución del contrato, por lo que no es procedente reconocer los perjuicios que según su apreciación, le fueron causados con ocasión de la prórrogas sucesivas del contrato.

De acuerdo con lo anterior, la Sala encuentra que en el particular no resulta procedente reconocimiento pecuniario por concepto de mayor permanencia en obra.

4.4. Variación del IVA

La sociedad demandante pretende el pago de los perjuicios causados a consecuencia de la variación del IVA ocurrida con posterioridad al cierre de la licitación, que según su afirmación afectó algunos precios cotizados en su propuesta.

El *a quo* negó la pretensión formulada por la parte actora por cuanto consideró:

> *"Para demostrar el daño se practicó el dictamen pericial. Sin embargo, contrario a lo afirmado en la demanda, el perito concluyó que el impuesto no influyó en la economía del contrato, pues para el mes de mayo de 1998 "se presentaron bajas en los precios, lo que hizo que la variación fuera inferior al 16% correspondiente al impuesto del IVA", según dio cuenta el boletín de Camacol del mes de mayo de 1999.*
> *Así las cosas, se negará dicha pretensión"* (fl. 225 vto.)

En oposición a la razón expuesta por el tribunal de primera instancia, el apelante resaltó que los índices de Camacol no cubren la variación del IVA en aquellos materiales donde no opera este indicador, como es el caso de *"arenilla o*

derechos de botadero", el contrato por su parte contempló el ajuste económico cuando se produjeran variaciones en el IVA, ajuste que ha sido negado por la entidad contratante.

Para el recurrente no hay relación entre la disminución de precios en mayo de 1998 con los índices de Camacol de mayo de 1999, a su vez, toda variación en los precios debe quedar reflejada en la fórmula de reajustes.

La Sala deberá verificar, con sustento en los elementos de convicción, si la entidad omitió el pago solicitado por el contratista de manera injustificada.

El numeral 1.33.6., del pliego de condiciones estipuló:

> *1.33 Impuestos y Derechos*
> *1.33.6. El Contratista deberá incluir en todos los precios cotizados los impuestos, derechos y gastos legales que se requieran para la realización de los trabajos y obras contratados y dar cumplimiento a las leyes, ordenanzas, acuerdos y reglamentos aplicables que existan sobre el particular. Las Empresas harán las deducciones a que haya lugar o las que las leyes colombianas exijan.*
> ***Cuando con posterioridad a la fecha de cierre de la licitación los impuestos que incidan directamente en los precios cotizados (como por ejemplo el IVA y los impuestos al consumo) tengan alguna modificación por aumento, disminución o eliminación, así como la creación de nuevos impuestos que también incidan en los precios cotizados, ello será tenido en cuenta por las Empresas para hacer los ajustes que sean del caso y reconocerle al Contratista los mayores costos o hacerle las deducciones, según la real incidencia que la modificación o disminución de los impuestos existentes o la creación de gravámenes tengan en los precios cotizados.***
> *Las EMPRESAS realizarán los trámites que sean pertinentes para obtener la exclusión del IVA de acuerdo con el numeral 4 del artículo 4º de la Ley 223 de 1995, y solicitará al Ministerio del Medio Ambiente que expida la certificación correspondiente, dentro de los dos meses siguientes a la adjudicación del contrato. Si luego de hecho el trámite se obtiene la exclusión, se ajustará el valor del contrato disminuyendo el IVA de los bienes en los cuales se obtuvo la exclusión, para ello EL CONTRATISTA se obliga a poner a disposición de LAS EMPRESAS todos los documentos que sean necesarios.*
> *Una vez obtenida la exclusión, se considerarán todos los ítems en los cuales se obtuvo la exclusión, en el ajuste del valor del contrato.* (Negrillas no pertenecen al texto original) (fl. 44 a 45 c. ppal. 1).

De acuerdo con la disposición contenida en el pliego de condiciones, las Empresas Públicas de Medellín tendrían que verificar si con posterioridad al cierre del proceso licitatorio los impuestos que incidieran directamente en los precios cotizados afrontaron alguna variación (por aumento, disminución,

eliminación) o los precios resultaren afectados por haberse creado un nuevo impuesto, con el propósito de realizar los ajustes pertinentes y el reconocimiento al contratista de los mayores costos o las deducciones, según el caso, atendiendo la "*real incidencia que la modificación o disminución de los impuestos existentes o la creación de gravámenes tenga en los precios cotizados."*

En el caso concreto se acredita que en comunicación del 10 de mayo de 2000, la interventora del contrato dio respuesta a la solicitud de reconocimiento económico presentada por el contratista mediante oficio del 27 de marzo de 2000 (radicado 953187) *"referente al pago del impuesto a las ventas – IVA para algunos elementos de construcción que no estaban gravados al momento de la presentación de propuestas, y que luego con la reforma tributaria de 1998 quedaron gravados con este impuesto".* La respuesta se produjo en los siguientes términos:

> *En respuesta a su solicitud de reconocimiento contenida en la comunicación del día 27 de marzo de 2000, radicada en Las Empresas con el número 953187, referente al pago del impuesto a las ventas - IVA para algunos elementos de construcción que no estaban gravados al momento de presentación de propuestas, y que luego con la reforma tributaria de 1998 quedaron gravados con este impuesto, como es el caso de los agregados minerales y las maderas, le informamos lo siguiente:*
>
> *Los índices de costos de construcción expedidos por la Cámara Colombiana de la Construcción — CAMACOL, se conforman con base en los precios de los materiales incluyendo el impuesto a las ventas para los elementos que por norma tributaria lo deben gravar, es decir, en el comportamiento de los índices de Agregados Minerales (AM) y Maderas (M) se reflejan los incrementos o disminuciones por efecto de la variación en las condiciones tributarias del IVA.*
>
> *Dado que éstos índices hacen parte de la fórmula que se pactó contractualmente con la firma que usted representa para reajustar los precios del contrato de obra No. 2104016, Las Empresas consideran que no hay lugar al reconocimiento solicitado* (fl. 1081 c. ppal. 2)

Igualmente está demostrado que mediante Resolución n. º 172556 del 8 de mayo de 2001, el gerente general de las Empresas Públicas de Medellín liquidó unilateralmente el contrato (fl. 937 a 949 c. ppal. 2).

La constructora contratista formuló recurso de reposición contra la liquidación unilateral, en el que igualmente reclamó el reconocimiento de los *"sobrecostos derivados de las modificaciones sufridas por el IVA":*

> *4. Reclamación por IVA.*
> *4.1. CONSTRUCTORA ANTARES LTDA., mediante oficio radicado en E.P.M. con n. º 953187 el día 27 de marzo de 2000, solicita el reconocimiento de los sobrecostos derivados de las modificaciones sufridas por el IVA, tasados en quince millones ochocientos veintidós mil ochocientos cincuenta y un pesos m. l. ($15'822.851), más los costos indirectos correspondientes y la respectiva actualización de tales sumas hasta el momento cierto de pago de la cantidad así determinada. El fundamento de la reclamación se encuentra claramente definido en el numeral 1.33.6 pliego de condiciones (hojas 1-32 y 1-33) que consagra la necesidad de hacer ajustes económicos en el contrato cuando con posterioridad al cierre de la licitación de (sic) presenten variaciones en los impuestos vigentes al cierre de la licitación y que tengan incidencia en los precios cotizados, citándose allí como ejemplo el caso del IVA.*
>
> *4.2. La entidad estatal, fundamentada en el oficio 882272 del 10 de mayo de 2000, deniega las pretensiones del contratista expresando que las variaciones presentadas en los precios, por el IVA no tenido en cuenta para la elaboración de la propuesta, están consideradas en la fórmula de reajuste del contrato.*
>
> *4.3. CONSTRUCTORA ANTARES LTDA., como lo ha reiterado insistentemente, no comparte esa posición de E P M. por varias razones, entre ellas:*
>
> *a) Con su proceder la entidad estatal está apartándose del pliego de condiciones, el cual hace parte integral del contrato, y por ende es ley para las partes.*
>
> *b) Podría decirse que la entidad estatal está revestida legalmente de poderes exorbitantes que le permiten modificar o interpretar unilateralmente el contrato y que hace uso de tales potestades para tomar su decisión. Empero, también en tal caso también E.P.M habría violado la ley por cuanto que la entidad no siguió los procedimientos establecidos por la ley para esos menesteres, habida cuenta de que el uso de esos poderes excepcionales son actividades debidamente regladas, no discrecionales de la Administración. Adicionalmente, en cuanto a la interpretación se refiere, vale decir que sólo es permitido interpretar aquello que es confuso, más no lo que es evidente y claro, como lo es la norma establecida en el pliego de condiciones sobre variaciones del IVA.*
> *c) Pero no sólo se estaría ante una clara violación de la ley o del contrato que es ley para los cocontratantes, por parte de la entidad estatal. También se tiene una manifiesta ambivalencia en la posición de la entidad estatal con respecto al tema del IVA, tal como lo comprueban los hechos sucedidos en:*
>
> - *El Contrato n. º 2102587 en el cual la entidad estatal le hizo un reconocimiento al contratista por ese aspecto, con fundamento en el contrato y en el concepto del Área Planeación y Gestión Tributaria de la Entidad (memorando 920443 de noviembre 11 de 1999 de la Unidad Jurídica de Aguas), el cual resulta abiertamente contrario al que ahora sirve para denegar las pretensiones del contratista en ese sentido.*

- *El Contrato n.º2/DJ-2183/43 en el cual es la entidad estatal la que le reclama al contratista darle aplicación a lo estipulado en el pliego de condiciones y solicita le sea reintegrada una suma por concepto de IVA.*

d) La entidad estatal desconoce abiertamente la jurisprudencia sobre el tema del desequilibrio contractual cuando se dan variaciones en los impuestos vigentes al momento del cierre de la licitación, habida cuenta de que esos impuestos afectan los precios ofertados por el contratista, ya que éste los debió haber tenido en cuenta al fijar tales valores unitarios, como bien lo dice el mismo pliego de condiciones en el numeral 1.33, página 1-31 del pliego de condiciones.

e) No puede aceptarse la explicación de que las variaciones en el IVA quedan satisfechas con la fórmula de reajuste, tal como lo demostró fehacientemente CONSTRUCTORA ANTARES LTDA., en sus escritos con argumentos que nunca pudo controvertir la entidad estatal, como por ejemplo, cuando el contratista solicitó explicaciones de en dónde quedaba incluida la modificación en ese impuesto que afectó los derechos de botadero, rubro que no está en la fórmula de reajuste, amén de que demostró que las variaciones en los ítems existentes en la fórmula de reajuste no compensaban las modificaciones de ese impuesto. Así mismo, si la posición de E.P.M fuera válida, no tendría sentido de que se hubieran consignado en el pliego de condiciones esas estipulaciones, pues el contrato siempre consagró la modalidad de precios unitarios reajustables.

f) Consecuentemente, CONSTRUCTORA ANTARES LTDA. insiste en esta reclamación, con los recargos debidos a los costos indirectos que deben aplicársele y la actualización integral y completa de la suma así obtenida hasta el momento cierto de su pago, tal como se consagra en la reclamación presentada el 27 de marzo de 2000, respondida negativamente por la entidad en mayo 10 de 2000, posición que ahora se ratifica en la resolución recurrida (fl. 952 a 954 c.ppal. 2)*.*

En resolución n.º 189307 del 25 de julio de 2001, la entidad resolvió el recurso de reposición formulado y en lo concerniente a la reclamación por las variaciones de IVA consideró:

4.4 En cuanto a la reclamación por IVA presentada por el Contratista, las Empresas consideraron que no había lugar al reconocimiento solicitado, con fundamento en el concepto emitido por el Área Planeación y Gestión Tributaria de la Entidad, acerca de los elementos de construcción que no estaban gravados al momento de presentación de propuestas, y que luego con la reforma tributaria de 1998 quedaron gravados con dicho impuesto, según el cual, los únicos elementos que resultaron gravados con este impuesto fueron los agregados minerales y la madera.

Consideró el Área Planeación y Gestión Tributaria que era preciso hacer claridad respecto a los contratos de obra pública celebrados con entidades territoriales y/o descentralizadas del orden departamental y municipal, los cuales se encuentran excluidos del impuesto sobre las ventas. El numeral 1º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, define los contratos de obra, no encontrándose enmarcado el suministro dentro de esta definición. De acuerdo con lo anterior: "… hay servicios que independientemente se encuentran gravados con el impuesto sobre las ventas, pero que pueden adquirir la categoría de excluidos, si los

mismos hacen parte de un contrato de obra pública." Es este el caso del equipo (Retroexcavadora, compresor, concretadora, vibrador, canguro).

Los índices de costos de construcción expedidos por la Cámara Colombiana de la construcción -CAMACOL, se conforman con base en los precios de los materiales incluyendo el impuesto a las ventas para los elementos que por norma tributaria lo deben gravar, es decir, en el comportamiento de los índices de (Agregados Minerales (AM), Maderas (MA)) se reflejan los incrementos o disminuciones por efecto de la variación en las condiciones tributarias del IVA. Dado que éstos índices hacen parte de la fórmula pactada con el Contratista, para reajustar los precios del contrato de obra No. 2104016, LAS EMPRESAS consideraron que no era procedente el reconocimiento solicitado, así:

4.4.1 No es cierto, lo afirmado por el Contratista en el sentido de que las Empresas con su proceder se hayan apartado del pliego de condiciones, pues precisamente con fundamento en este, se advirtió la improcedencia de efectuar los ajustes económicos solicitados por el contratista, toda vez que estos se encontraban inmersos en la fórmula de reajuste prevista en el contrato.

4.4.2 Si bien la Entidad está legalmente investida de poderes exorbitantes, entre otros, para modificar o interpretar unilateralmente el contrato, ello no significa que se trate de poderes absolutos y menos aún que le esté permitido utilizarlos de una manera arbitraria. Es sabido que la interpretación tiene por objeto hacer claridad respecto a aquellas materias en las cuales no la haya; sin embargo, ello no supone que dicha facultad se restrinja únicamente a dilucidar asuntos confusos, pues el tema del IVA en este contrato, conforme a las (sic) especificado en el pliego condiciones y en las normas Tributarias, no ofrece ninguna complejidad, que amerite su interpretación.

4.4.3 En el contrato celebrado entre las Empresas y el Consorcio Coninsa S.A. Camargo Correa, se cruzó correspondencia por asuntos referentes al IVA. No obstante, el contrato en el cual se presentó la situación referida por el Contratista fue el 2/DJ-2183/43 y el oficio mediante el cual las Empresas elevaron su petición fue el 841394 (ATAR-6025), del 24 de septiembre de 1999. Sin embargo, en este caso se trata es de un ajuste del contrato, ya que dadas las condiciones del mismo se obtuvo por el Ministerio del Medio Ambiente una exclusión del IVA que no se refleja en la fórmula de reajuste del contrato, razón por la cual en este caso si se estimó procedente hacer los respectivos ajustes.

4.4.4 La entidad estatal no desconoce como lo afirma el Contratista la Jurisprudencia existente en materia de desequilibrio contractual, lo que ocurre es que en el caso del contrato 2104016, y específicamente con relación al tema del IVA, no hay lugar a interpretación jurisprudencial alguna, toda vez que el pliego es muy claro al respecto, por lo que no tendría sentido acudir a la Jurisprudencia.

4.4.5 Con argumentos ya expresados ha quedado demostrado que los ajustes económicos solicitados por el contratista, no debían reconocerse, por encontrarse inmersos en la fórmula de reajuste prevista en el contrato.

4.4.6 Acordes con las razones ya anotadas, al no proceder la reclamación por el IVA, tampoco habría lugar al reconocimiento de los recargos por los costos indirectos, ni la actualización de la suma obtenida para el momento cierto del pago. (fl. 978 a 979 c. ppal. 2)

En consonancia con las pruebas aludidas, la Sala evidencia que la entidad demandada negó la reclamación pecuniaria formulada por el contratista por concepto de variación de IVA, por las razones que a continuación se exponen:

i) Según concepto emitido por el Área de Planeación y Gestión Tributaria de la entidad "*los elementos de construcción que no estaban gravados al momento de presentación de propuestas, y que luego con la reforma tributaria de 1998 quedaron gravados con dicho impuesto", "fueron los agregados minerales y la madera"* (fl.978 c. ppal.2).

ii) Los índices de costos de construcción expedidos por la Cámara Colombiana de la Construcción CAMACOL se conforman con los precios de los materiales que incluyen *"el impuesto a las ventas para los elementos que por norma tributaria lo deben gravar"* (fl.979 c. ppal.2).

iii) En el "*comportamiento de los índices de Agregados Minerales (AM) y Maderas (M) se reflejan los incrementos o disminuciones por efecto de la variación en las condiciones tributarias del IVA."* (fl. 979 c. ppal. 2)

iv) Toda vez que éstos índices hacen parte de la fórmula de reajuste de los precios unitarios pactada en el contrato, no hay lugar al reconocimiento solicitado (fl. 1081 c. ppal. 2 y fl. 979 c. ppal. 2.).

El argumento de apelación propuesto por la sociedad constructora señala que la postura de la entidad, según la cual, las variaciones en el IVA quedan satisfechas con la fórmula de reajuste contenida en el contrato, es equivocada, por cuanto los índices de Camacol acogidos en la fórmula de reajuste no cubren la variación del IVA en el caso de materiales y servicios para los cuales Camacol no establece sus índices, como la arenilla o los *"derechos de botadero".*

Al respecto conviene precisar que no hay certeza de los elementos o servicios que anunció el contratista en la petición del 27 de marzo de 2000, fueron

gravados con el IVA y no lo estaban al momento de presentar su oferta, toda vez que no fue aportada al proceso la referida petición.

Si bien el demandante relacionó en el libelo inicial una serie de elementos que según su afirmación fueron objeto de IVA (Listado de "materiales que no estaban gravados con el IVA al cierre de la licitación (fl. 895 c. ppal. 1) la Sala, en consideración a la competencia que le asiste en segunda instancia se pronunciará únicamente respecto a los elementos que considera el apelante no están cubiertos por los índices de Camacol en la fórmula de reajuste, es decir, *"arenilla"* y *"derechos de botadero".*

Reitera la Sala que la entidad contratante negó el reconocimiento pecuniario reclamado por el contratista por las variaciones del IVA en los precios unitarios, en tanto estaba cubierta esta variación respecto de los elementos que se gravaron con el impuesto, por las variables contenidas en la fórmula de reajuste.

En efecto, la Sala observa que el pliego de condiciones estableció la siguiente fórmula de reajuste:

> *3-4 FÓRMULA DE REAJUSTE*
> *Los reajustes se aplicarán durante el plazo de ejecución pactado en el respectivo contrato. En los casos de ampliación de plazo se tendrá en cuenta lo estipulado en la minuta del contrato (Sección 5).*
> *La fórmula de reajuste a utilizar es la siguiente:*
> *b) Para el GRUPO 2:*
> $$Pi = Po\left[(1-A/100)\ \left(0.21\frac{MOOPi}{MOOPo} + 0.15\frac{EQOi}{EQOo} + 0.05\frac{Gi}{Go} + 0.02\frac{AMi}{AMo} + 0.21\frac{C30i}{C30o} + 0.02\frac{Hli}{Hlo} + 0.07\frac{PAi}{PAo} + 0.02\frac{MAi}{Mao} + 0.21\frac{TCi}{TCo} + 0.04\frac{PVCSi}{PVCSo}\right) + A/100\right]$$
> *(…)*
>
> *En la cual:*
>
> *Pi=Valor reajustado de cada acta mensual de obra ejecutada por EL CONTRATISTA y liquidada a los precios unitarios del contrato.*
>
> *Po= Valor sin reajustar de cada acta mensual de obra ejecutada por EL CONTRATISTA y liquidada a los precios unitarios del contrato.*

A = Valor del anticipo en porcentaje a entregar a EL CONTRATISTA, fijado en el pliego de condiciones y especificaciones.

Una vez EL CONTRATISTA amortice el valor total recibido como anticipo, el reajuste se hará sobre el valor total de la obra ejecutada y pagada en el acta, lo cual implica que en las fórmulas anteriores el término A se hace 0.

Si EL CONTRATISTA lo desea, podrá efectuar amortizaciones al anticipo superiores al 20% correspondiente al valor del acta a pagar, siendo claro que no podrá dejar de amortizar el anticipo correspondiente en el acta, el cual será como mínimo el 20% del valor del acta, excepto para el último pago del anticipo, en el cual, se pagará el valor adecuado no importando cuál sea el porcentaje del mismo.

MOOPi =
MOOPo Es la relación que exista entre el índice mensual de costo de la mano de obra en obras públicas en el mes del acta a reajustar y el correspondiente al mes de cierre de la licitación, calculado y publicado en el tabulado mensual de Índices de costos de construcción "índices de materiales varios" por la Cámara Colombiana de la Construcción - CAMACOL - Seccional Antioquia. Base 100 - 89.

EQOi =
EQOo Es la relación que exista entre el índice mensual de costo de equipo de Obras Públicas para Medellín, en el mes del acta a reajustar y el correspondiente al mes de cierre de la licitación, calculado y publicado en el tabulado mensual de Índices de costos de construcción "Índices de materiales varios" por la Cámara Colombiana de la Construcción - CAMACOL - Seccional Antioquia. Base 100 - 89.

GI=
GO Es la relación que exista entre el índice mensual de costo de combustible, constituido por el 50% de aceite combustible para motores y el 50% de gasolina corriente, de acuerdo con los precios oficiales en planta para la ciudad de Medellín, el primer día del mes del acta a reajustar y el correspondiente al primer día del mes de cierre de la licitación. Estos precios serán certificados por una planta distribuidora de esta ciudad.

AMi =
AMO Es la relación que exista entre el índice mensual de costo de agregados minerales en el mes del acta a reajustar y el correspondiente al mes de cierre de la licitación, calculado y publicado en el tabulado mensual de índices de costos de la construcción para los diferentes tipos de vivienda en Medellín "índice total por ítem" por la Cámara Colombiana de la Construcción - CAMACOL Seccional Antioquia. Base 100 - 89.

C30i =
C30o Es la relación que exista entre el índice mensual de costo de concreto de 3.000 psi premezclados, en el mes del acta a reajustar y el correspondiente al mes de cierre de la licitación, calculado y publicado en el tabulado mensual de índices de costos de construcción "índices de materiales varios" por la Cámara

Colombiana de la Construcción- CAMACOL - Seccional Antioquia. Base 100 - 89.

Hli =
Hlo Es la relación que exista entre el índice mensual de costo del hierro en el mes del acta a reajustar y el correspondiente al mes de cierre de la licitación, calculado y publicado en el tabulado mensual de Índices de costos de la construcción para los diferentes tipos de vivienda en Medellín "índice total por ítem" por la Cámara Colombiana de la Construcción - CAMACOL - Seccional Antioquia. Base 100 – 89

PAi =
Pao Es la relación que exista entre el índice mensual de costo de pavimentos asfálticos en el mes del acta a reajustar y el correspondiente al mes de cierre de la licitación, calculado y publicado en el tabulado mensual de índices de costos de construcción "índices de materiales varios" (incluye Mano de Obra), por la Cámara Colombiana de la Construcción - CAMACOL - Seccional Antioquia. Base 100 - 89.

MAi =
Mao Es la relación que exista entre el índice mensual de costo de maderas para construcción, en el mes del acta a reajustar y el correspondiente al mes de cierre de la licitación, calculado y publicado en el tabulado mensual de índices de costos de la construcción para diferentes tipos de vivienda en Medellín "Indices total por ítem" por la Cámara Colombiana de la Construcción - CAMACOL - Seccional Antioquia. Base 100 - 89.

TCi =
TCo Es la relación que exista entre el índice mensual de costo de tubería de concreto en el mes del acta a reajustar y el correspondiente al mes de cierre de la licitación, calculado y publicado en el tabulado mensual de índices de costos de construcción "índices de materiales varios" por la Cámara Colombiana de la Construcción - CAMACOL - Seccional Antioquia. Base 100 - 89.

PVCSi
PVCSo = Es la relación que exista entre el índice mensual de costo de tubería PVC sanitaria en el mes del acta a reajustar y el correspondiente al mes de cierre de la licitación, calculado y publicado en el tabulado mensual de índices de costos de construcción "índices de materiales varios" por la Cámara Colombiana de la Construcción - CAMACOL - Seccional Antioquia. Base 100 - 89.

(…)
NOTA: podrán hacerse reajustes provisionales con los índices de costos conocidos a la fecha de liquidación del acta. Cuando se obtengan los índices definitivos se liquidará con los ajustes correspondientes. EL CONTRATISTA podrá presentar el impreso original de los índices de costos que produce CAMACOL –Antioquia, el cual se adquiere fácilmente en CAMACOL, Departamento de Mercadeo y Ventas de la Seccional Antioquia.

Es entendido que el mes del acta a reajustar hace referencia a aquel en que se ejecutó la obra y que el mes básico será el mes de cierre de la licitación.

En caso de no estar publicado por CAMACOL el índice para la mano de obra del mes en el cual se terminó el contrato, la liquidación definitiva de los reajustes o el

> *finiquito se hará con los índices vigentes y la última transcripción de los índices hechos a la fecha de terminación.* (fl. 119 a 123 c. ppal. 1)

De conformidad con la cláusula séptima del contrato n.º 2104016 la lista de precios unitarios corresponde a la presentada por el contratista en su propuesta para el Grupo 2 (fl. 672 c. ppal. 1).

De otro lado, conviene advertir que la Cámara Colombiana de la Construcción CAMACOL, Regional Antioquia certificó: *"para la elaboración de los índices de costos de construcción, tenemos en cuenta los precios de los productos más el IVA vigente para aquellos productos que por norma tributaria lo deben gravar"* (fl. 108 cuaderno principal 3).

Bajo la argumentación expuesta por la entidad, la Sala colige que la fórmula de reajuste de precios unitarios contiene dentro de sus variables, la relación del índice mensual de costo de maderas para construcción, *"en el mes del acta a reajustar y el correspondiente al mes de cierre de la licitación"* (MAi/Mao) y la relación existente *"entre el índice mensual de costo de agregados minerales en el mes del acta a reajustar y el correspondiente al mes de cierre de la licitación"* (AMi/Amo), calculados por Camacol- Seccional Antioquia.

En consecuencia, al considerarse que los agregados minerales y la madera fueron los elementos que no estaban gravados con IVA y con el cierre de la licitación, en reforma tributaria posterior fueron objeto de este gravamen, y a su vez, que su comportamiento estuvo contenido en las variables de la fórmula de reajuste, no se observa incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad demandada.

A la entidad, de acuerdo con lo dispuesto en el pliego de condiciones le era exigible verificar las variaciones del impuesto o su creación respecto de elementos o servicios que no estaban gravados, además determinar la *"real incidencia que la modificación o disminución de los impuestos existentes o la creación de gravámenes tuviera en los precios cotizados"*, como en este evento ocurrió, donde encontró que la misma fórmula de reajuste, respecto de los ítems

señalados cumplía con el propósito de ajuste contemplado desde la etapa precontractual.

Ahora bien respecto a los elementos que el apelante señala no están contemplados en la fórmula de reajuste, encuentra la Sala que no es posible determinar a qué ítem de la lista de precios unitarios presentados en la propuesta corresponden los conceptos *"arenilla"* y *"derechos de botadero"*, para establecer si fueron gravados con el impuesto, con posterioridad al cierre de la licitación (fl. 610 a 634 c. ppal. 1). Así las cosas, no se encuentra acreditado de un lado el incumplimiento endilgado a la entidad demandada, ni los perjuicios que por este concepto se causaron al demandante.

Es del caso precisar que por regla general no corresponde a la entidad estatal incorporar como obligación el reconocimiento de las variaciones en los impuestos que recaigan sobre los insumos requeridos para la ejecución del objeto contractual. Entenderla como imperativo sería trasladar un deber del contribuyente a la entidad estatal, cuando no resulta procedente, salvo que el gravamen constituya una situación imprevista, ajena a las partes, que tenga ocurrencia con posterioridad a la celebración del contrato y que impacte de manera significativa y anormal en la economía del negocio.

En consecuencia incumbe negar la pretensión formulada por este asunto.

5. DE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD CONTRA EL ACTO DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL

Recuerda la Sala que la sociedad apelante reclama la nulidad de las Resoluciones n. º 172556 y nº. 189307 del 8 de mayo y del 25 de julio de 2001, a través de las cuales la entidad contratante liquidó unilateralmente el contrato n.º 2104016. La razón que soporta el pedimento de nulidad, en sede de apelación, es que el acto de liquidación desconoció las pretensiones indemnizatorias que reclama ahora a través de la demanda.

Ante la falta de acreditación del incumplimiento atribuido a la entidad demandada que diera lugar a los reconocimientos pecuniarios reclamados para que integren la liquidación del contrato, la Sala concluye la falta de prosperidad del cargo de nulidad invocado. En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

6. Por último, no hay lugar a condena en costas, en tanto se echa de menos lo exigido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, es decir que exista una conducta temeraria de las partes.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 14 de julio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS, toda vez que no están probadas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado