



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: 15001233100019941448301(38.313) ACUMULADO¹
Actor: Constructora de Carreteras y Obras Civiles S.A.,
CONSTRUCA, y otros
Demandada: Instituto Nacional de Vías, INVÍAS
Acción: Controversias contractuales

Temas: Caducidad de la acción cuando el contrato se liquida, pero la acción se intenta antes de que se realice dicho trámite. Caducidad de la acción cuando el acto de liquidación unilateral se produce con posterioridad al término que se tiene para efectuarla; mayor permanencia en la obra e incumplimiento por pago tardío.

Sin que se observe nulidad de lo actuado y no sin antes advertir que como una de las acumulaciones fue decretada por esta Corporación, hay dos providencias de primera instancia impugnadas, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra, en primer lugar, de la sentencia del 21 de octubre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión n.º 1, mediante la cual se resolvió (fls. 690 rev., c. 1, exp. 38.313):

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada.

¹ Mediante auto del 10 de marzo de 1997, el *a quo* acumuló los procesos 1994-14483 y 1997-17284 (fls. 6 a 8, c. 3. **La numeración de los cuadernos de la presente sentencia corresponde al consecutivo que se encuentra en la parte superior izquierda, color azul**); el 21 de julio de 1999 hizo lo mismo con el proceso 1997-17000 (fls. 106 a 108, c. 5). Los tres procesos referidos quedaron identificados en esta instancia con el n.º 38.313; igualmente, en esta instancia, esta Corporación a través del auto del 19 de mayo de 2017 acumuló los procesos 2001-00997 (35.784) y 2001-01187, los cuales a su vez fueron acumulados por el *a quo* mediante auto del 24 de enero de 2007 (fls. 251 y 252, c. 9). El expediente más antiguo y, por consiguiente, al que se acumularon todos los procesos fue el 1994-14483 (38.313).

SEGUNDO: Declarar que el Instituto Nacional de Vías –antes Fondo Vial Nacional, incumplió el contrato n.º 0840 de 1988 suscrito con la Constructora de Carreteras y Obras Civiles – “CONSTRUCA S.A.” –antes CONSTRUCA Ltda., para la rehabilitación del sector Tunja-Duitama de la carretera Bogotá-Duitama por el no pago oportuno de las cuentas de cobro por las obras ejecutadas y sus ajustes, particularmente en relación con los convenios adicionales al contrato principal n.º 030 y 927 de 1994; 562, 716 y 840-88 de 1995; 840-9-88 y 840-10-88 de 1996.

TERCERO: Como consecuencia, condenar al Instituto Nacional de Vías a pagar a la parte demandante la suma de CIENTO CINCUENTA Y SIETE MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON 40/100 (\$157.084.683.40).

CUARTO: Negar las demás pretensiones de las demandas acumuladas radicadas bajo los n.º 14483 y 17284, iniciadas por la Constructora de Carreteras y Obras Civiles –CONSTRUCA S.A., en contra del Instituto Nacional de Vías, de conformidad con lo expuesto en este proveído.

QUINTO: En firme la providencia, archivar las diligencias previas las anotaciones y registros del caso.

Igualmente, la Sala se pronunciará sobre el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Nacional de Vías, Invías, en contra de la sentencia del 10 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala Decisión n.º 1, mediante la cual se resolvió (fls. 364 y 365, c. 7, exp. 35.784):

Primero: Decláranse infundadas las excepciones de indebida acción formulada y caducidad de la acción, por las razones expuestas.

Segundo: Declárese la nulidad de la resolución n.º 002162 de 30 de abril de 1998, proferida por el Instituto Nacional de Vías, por la cual se declare en firme el acta de liquidación del contrato n.º 840 de 1988, por las razones expuestas.

Tercero: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

Cuarto: Abstiénese de condenar en costas.

Quinto: Reconócese personería a la abogada Martha Cecilia Cruz Álvarez, portadora de la T.P. n.º 65.590 del C.S. de la J. para actuar como apoderada de la compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, de acuerdo al memorial poder (fl. 71 del cuaderno 2 del expediente 2001-0997).

Sexto: Reconócese personería al abogado Alex Rojas Pulido, portador de la T.P. n.º 102.247 del C.S. de la J. para actuar como apoderado sustituto de Construca S.A. de acuerdo al memorial visto a folio 345 del expediente 2001-1187. (...).

SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad Constructora de Carreteras y Obras Civiles S.A., Construca, en el marco del contrato de obra pública n.º 840 del 30 de diciembre de 1988, solicita que se declare el incumplimiento del Invías, que asumió las obligaciones del Fondo Vial Nacional, por la insuficiencia de recursos para la ejecución del contrato y el pago tardío de las cuentas de cobro. Como consecuencia de lo anterior pretende el reconocimiento de todos los perjuicios causados; adicionalmente, la referida sociedad y la Compañía Aseguradora de Fianzas, Confianza, en su calidad de cesionaria de la pluricitada sociedad de los derecho litigiosos del proceso 14.483 (fl. 190, c. 2), piden la anulación de la resolución n.º 2162 del 30 de abril de 1998, por medio de la cual el Invías liquidó unilateralmente el contrato en mención, así como los reconocimientos económicos consecuenciales.

I. ANTECEDENTES

1. LAS DEMANDAS

1.1. Expediente n.º 1994-14483

El 31 de octubre de 1994 (fl. 123 rev., c. 2), la Constructora de Carreteras y Obras Civiles S.A., en adelante, Construca², presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en contra del Instituto Nacional de Vías, en lo que sigue Invías (fls. 108 a 123, c. 2)³. La demanda se fundamentó así:

1.1.1. Síntesis de los hechos

² Vale advertir que mediante auto del 2 de abril de 1997, el *a quo* aceptó la cesión de los derechos litigiosos del expediente n.º 14.483 de la sociedad Construca a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., Confianza (fl. 190, c. 2).

³ La demanda se corrigió para sustituir el acápite de pruebas (fls. 159 y 160, c. 2). El *a quo* admitió esa sustitución mediante auto del 29 de marzo de 1995 (fl. 162, c. 2).

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 109 a 115, c. 2):

1.1.1.1. El 30 de diciembre de 1988, el Fondo Vial Nacional y Construca suscribieron el contrato n.º 840 para la construcción de las obras de rehabilitación del sector Tunja-Duitama de la carretera Bogotá-Duitama.

1.1.1.2. El contrato inició su ejecución el 27 de mayo de 1989 y vencía el 27 de enero de 1991, atendiendo al plazo original pactado de 20 meses.

1.1.1.3. A través de tres contratos adicionales el contrato se prorrogó hasta el 28 de febrero de 1994, debido *“a las insuficientes asignaciones presupuestales de recursos para agotar la obra contratada”* (fl. 111, c. 2).

1.1.1.4. Particularmente, a lo largo de la ejecución contractual, se presentaron las siguientes situaciones que desequilibraron la economía del contrato: (i) el 10 de enero de 1989, el contratista solicitó a la contratante que se le aumentaran las apropiaciones en suma de \$1.000.000.000, en tanto los \$400.000.000 asignados eran insuficientes para cumplir los plazos contractuales; (ii) el 21 de junio siguiente *“se estableció que el porcentaje de anticipo era tan sólo el 6.19% del valor del contrato básico”* (fl. 112, c. 2), (iii) y el 7 de diciembre de 1989, el contratista insistió a la contratante sobre la insuficiencia de las partidas, solicitudes que reiteró a lo largo de los años siguientes, 1990 a 1992. La falta de disponibilidad presupuestal generó mayor permanencia en la obra, debido a las prórrogas y suspensión del contrato.

1.1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 119 a 121, c. 2):

1. Se declare que durante la ejecución del contrato n.º 840 de 1988 y sus adicionales se presentaron suspensiones de obra, mayor permanencia en las labores y demás hechos que habrán de ser probados en el transcurso del proceso, que afectaron el equilibrio del contrato.

2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a reconocer el valor de los extracostos causados por el desequilibrio contractual, todo ello de conformidad con el acervo probatorio y fundamentalmente por lo indicado en el dictamen pericial.

3. Que la suma determinada en razón de la declaración precedente, se actualice a la fecha del correspondiente fallo, y concretamente en relación con el interés técnico aceptado por el Consejo de Estado.

4. Se condene en consideración a la equidad, en caso de variar la jurisprudencia o por actividad negligente o poco seria en las etapas de conciliación a pagar las costas del proceso.

1.2. Expediente n.º 1997-17000

El 30 de abril de 1997 (fls. 78, rev., c. 5), Construca⁴ presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en contra del Invías (fls. 68 a 78, c. 5). La demanda se fundamentó así:

1.2.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en similar situación fáctica a la resumida para el proceso n.º 1994-14483 (fls. 70 a 72, c. 5); sin embargo, la accionante refirió a siete contratos adicionales a los mencionados en el aludido proceso, lo cual llevó a que el plazo de ejecución del contrato de obra n.º 840 de 1988 se extendiera hasta el 30 de abril de 1996. Igualmente, refirió que durante la ejecución contractual sus cuentas de cobro fueron pagadas en forma extemporánea por parte de la contratante. Aunque las partes conciliaron parcialmente los perjuicios causados con la mora, aún quedaron pendientes las cuentas de los años 1994 a 1996.

1.2.2. Las pretensiones

⁴ Mediante auto del 30 de octubre de 2002, el *a quo* aceptó la cesión de los derechos litigiosos de los expedientes n.º 17.000 y 17.284 de la sociedad Construca a la Fiduciaria FES (fl. 190, c. 2).

Con fundamento en los hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 68 y 69, c. 5):

1. Que se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS –antes FONDO VIAL NACIONAL, incumplió el contrato identificado con el n.º 840 de 1988, cuyo objeto es “ejecutar para EL FONDO VIAL por el sistema de precios unitarios y en los términos que señala este convenio, las obras necesarias para la rehabilitación del sector Tunja-Duitama, de la carretera Bogotá-Duitama”, por el no pago oportuno de las cuentas de cobro mensual por las obras o labores ejecutadas mes a mes, así como de las actas de reajuste de aquéllas, particularmente en relación con los convenios adicionales del contrato principal n.º 030 de 1994; 927 de 1994; 562 de 1995; 716 de 1995; 840-8-88 de 1995, 840-9-88 de 1996; 840-10-88 de 1996.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a pagar el saldo de capital pendiente de pago en relación con los convenios adicionales n.º 030 de 1994; 927 de 1994; 562 de 1995; 715 de 1995; 840-8-88 de 1995, 840-9-88 de 1996; 840-10-88 de 1996 del contrato principal 840 de 1988, en la cuantía que se logre determinar durante el proceso y a indemnizar los perjuicios causados a mi mandante, esto es, el lucro cesante, condenando a dicho Instituto para el efecto a pagar la máxima tasa de interés comercial moratorio autorizado por la Ley, de conformidad con las tasas expedidas por la Superintendencia Bancaria.

3. Que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a actualizar las sumas precisadas en el numeral 2 a la fecha del correspondiente pago, con base en los intereses corrientes o intereses técnico aceptado por el Consejo de Estado.

4. Se proceda a ejecutar la sentencia de conformidad con los artículos 177 y 178 del C.C.A.

5. Se condene en consideración a la equidad, en caso de variar la jurisprudencia o por actitud negligente o poco seria en las etapas de conciliación del proceso, a pagar las costas del proceso.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En el evento de no aceptarse que el demandado incumplió el referido contrato n.º 840 de 1988 y sus adicionales, se solicita lo siguiente:

1. Que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS reconozca los extracostos causados en razón del desequilibrio contractual ocasionado en la ejecución del contrato n.º 840 de 1988 y particularmente en relación con sus convenios adicionales n.º 030 de 1994; 927 de 1994; 562 de 1995; 715 de 1995; 840-8-88 de 1995, 840-9-88 de 1996; 840-10-88 de 1996 por el retraso injustificado en los pagos de las actas de obra.

2. Como consecuencia de lo anterior, se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a indemnizar a CONSTRUCA S.A. pagando el valor

del lucro cesante, el daño emergente y los perjuicios causados por dicho desequilibrio y sobre la base del reconocimiento de los intereses moratorios bancarios o comerciales autorizados por la ley.

3. Que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a actualizar las sumas precisadas en el numeral 2º a la fecha del correspondiente pago, con base en los intereses corrientes aceptados por el Consejo de Estado.

4. Se proceda a ejecutar la sentencia de conformidad con los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

5. Se condene en consideración a la equidad, en caso de variar la jurisprudencia o por actitud negligente o poco seria en las etapas de conciliación del proceso, a pagar las costas del proceso.

1.3. Expediente n.º 1997-17284

El 12 de agosto de 1997 (fl. 159 rev., c. 4), Construca⁵ presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en contra del Invías (fls. 147 a 159, c. 4). La demanda se fundamentó así:

1.3.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en similar situación fáctica a la resumida para los procesos n.º 1994-14483 y 1997-17000 (fls. 148 a 153, c. 4); sin embargo, con fundamento en la insuficiencia de la apropiaciones presupuestales, solicitó que se reconocieran todos los perjuicios causados.

1.3.2. Las pretensiones

Con fundamento en los hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 147 y 148, c. 4):

⁵ Mediante auto del 30 de octubre de 2002, el *a quo* aceptó la cesión de los derechos litigiosos de los expedientes n.º 17.000 y 17.284 de la sociedad Construca a la Fiduciaria FES (fl. 190, c. 2).

1. *Se declare que durante la ejecución del contrato n.º 840 de 1988 y particularmente en sus adicionales n.ºs 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 se presentaron mayor permanencia en las labores y baja productividad y/o falta de amortización de los recursos del contratista y demás hechos que habrán de ser probados en el transcurso del proceso, que afectaron el equilibrio del contrato.*
2. *Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a reconocer el valor de los extracostos causados por el desequilibrio contractual, todo ello de conformidad con el acervo probatorio y fundamentalmente por lo indicado en el dictamen pericial.*
3. *Que la suma determinada en razón de la declaración precedente, se actualice a la fecha del correspondiente fallo, y concretamente en relación con el interés técnico aceptado por el Consejo de Estado.*
4. *Se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 178 del C.C.A.*
5. *Se condene al demandado en consideración a la equidad, en caso de variar la jurisprudencia o actitud negligente o poco seria en las etapas de conciliación, a pagar las costas del proceso.*

1.4. Expediente n.º 2001-0997

El 22 de mayo de 2001 (fl. 37 rev., c. 8), la Compañía Aseguradora de Fianzas, en adelante Confianza, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en contra del Invías (fls. 22 a 36, c. 8). La demanda se fundamentó así:

1.4.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en similar situación fáctica a la resumida para los procesos n.º 1994-14483, 1997-17000 y 1997-17284 (fls. 23 a 27, c. 8); sin embargo, la parte actora recordó que Confianza es la cesionaria de los derechos litigiosos del proceso n.º 1994-14483. Agregó que el 30 de abril de 1998, mediante la resolución n.º 2162, el Invías liquidó unilateralmente el contrato de obra n.º 840 de 1988. Dicha resolución no fue conocida por la actora, sino hasta que le fue puesta de presente dentro proceso ejecutivo n.º 1999-1419 adelantado ante el Tribunal Administrativo de Boyacá.

1.4.2. Las pretensiones

Con fundamento en los hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 27 y 28, c. 8):

1. *Que se declare la nulidad de la resolución 002162 del 30 de abril de 1998 expedida por el Director del Instituto Nacional de Vías, mediante la cual se “(...) Declara en firme el acta de liquidación del contrato n.º 840 de 1988”, por ser violatoria de normas constitucionales y legales.*
2. *Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene la liquidación del contrato 840 de 1988 y sus adicionales, de conformidad con las pretensiones de los procesos 14.483, 17.000 y 17284 que cursan en el Tribunal Administrativo de Boyacá, Magistrado Ponente: Juan Donaldo Gámez.*
3. *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al Instituto Nacional de Vías, en el evento de haberse pagado el valor asegurado correspondiente a la póliza, a efectuar su devolución.*
4. *Que a la suma de dinero que se devuelva a SEGUROS CONFIANZA S.A. se le apliquen los intereses corrientes bancarios permitidos por la ley, desde el momento en que SEGUROS CONFIANZA haya pagado el valor de la póliza y hasta cuando se verifique el pago del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS.*
5. *Que se dé aplicación a la sentencia de conformidad con los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.*
6. *Que se condene en costas y agencias en derecho al demandado, de conformidad con lo estipulado en la Ley 446 de 1998, especialmente los artículos 74 y 78.*

1.4.3. Las normas violadas y el concepto de la violación

La parte actora (fls. 28 a 34, c. 8) sostuvo que una vez judicializadas las controversias del contrato de obra n.º 840 de 1988, la administración perdió la competencia para liquidar unilateralmente, tal como lo tiene establecido la Constitución Política, el Código Contencioso Administrativo, la Ley 80 de 1993 (en ningún momento individualizó los artículos de esas normas) y la jurisprudencia de esta Corporación.

De otro lado, la parte actora estimó desconocidos los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, en tanto la resolución n.º 2162 del 30 de abril de 1998, que liquidó unilateralmente el contrato aquí en estudio, fue notificada en forma indebida, toda vez que no se le invitó al trámite liquidatorio bilateral y tampoco se recibió ningún oficio que comunicara la existencia del referido acto administrativo, aunque obra en los archivos de la demandada un oficio en el que se ordenó cumplir ese trámite, sin que se observe constancia que lo acredite.

1.5. Expediente n.º 2001-1187

El 6 de junio de 2001 (fl. 32 rev., c. 9), Construca presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en contra del Invías (fls. 18 a 31, c. 9). La demanda se fundamentó así:

1.5.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en similar situación fáctica del proceso n.º 2001-0997 (fls. 18 a 23, c. 9).

1.5.2. Las pretensiones

Con fundamento en los hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fl. 23, c. 9):

1. Que se declare la nulidad de la resolución 002162 del 30 de abril de 1998 expedida por el Director del Instituto Nacional de Vías, mediante la cual se "(...) Declara en firme el acta de liquidación del contrato n.º 840 de 1988", por ser violatoria de normas constitucionales y legales.

2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene la liquidación del contrato 840 de 1988 y sus adicionales, de conformidad con las pretensiones de los procesos 14.483, 17.000 y 17284 que cursan en el Tribunal Administrativo de Boyacá, Magistrado Ponente: Juan Donald Gámez.

3. Que se dé aplicación a la sentencia de conformidad con los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

4. Que se condene en costas y agencias en derecho al demandado, de conformidad con lo estipulado en la Ley 446 de 1998, especialmente los artículos 74 y 78.

1.5.3. Las normas violadas y el concepto de la violación

La parte actora (fls. 24 a 29, c. 9) reiteró que una vez judicializadas las controversias del contrato de obra n.º 840 de 1988, la administración perdió la competencia para liquidar unilateralmente, tal como lo tiene establecido la Constitución Política, el Código Contencioso Administrativo, la Ley 80 de 1993 (no se individualizó los artículos de esas normas) y la jurisprudencia de esta Corporación.

De otro lado, la parte actora estimó desconocidos los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, en tanto la resolución n.º 2162 del 30 de abril de 1998, que liquidó unilateralmente el contrato aquí en estudio, fue notificada en forma indebida, toda vez que no recibió ningún oficio que comunicara la existencia del referido acto administrativo, aunque existe un documento con recibido tampoco se especificó la persona que lo hizo.

2. LA CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

2.1. Dentro del expediente n.º 1994-14483 (fls. 170 a 173, c. 2), el Invías se limitó a decir que las pretensiones y los hechos debían probarse; solicitó que se desestimara la sustitución de la demanda frente a las pruebas decretadas.

2.2. En el expediente 1997-17000 (fls. 95 a 97, c. 5), el Invías sostuvo que en la cláusula 7ª no se acordó plazo para el pago de las cuentas de cobro, por lo que mal haría en reclamarse una mora en el cumplimiento de esa obligación. Además, advirtió que el anticipo debía amortizar esas cuentas, razón por la cual resultaba necesario verificar el cumplimiento del contratista.

2.3. En el expediente 1997-17284 (fls. 225 a 234, c. 4), el Invías insistió en la falta de amortización del anticipo entregado al contratista, en tanto suspendió unilateralmente labores por problemas que le resultaban imputables, tales como la falta de producción de la planta de trituración y producción de asfalto.

El Invías aseguró que las apropiaciones presupuestales fueron suficientes, pero no así la ejecución del contratista, así como su renuencia para liquidar el contrato; además, advirtió que el cruce económico del contrato arrojaba un saldo de \$58.345.381.48 a favor de la demandada. Por último, insistió en la libre voluntad del contratista para firmar los contratos adicionales bajo las condiciones en ellos consignadas, sin que pueda admitirse que a través de las demandas vuelva en contra de sus propios actos.

Después de un análisis del desarrollo de la ejecución del contrato desde 1989 hasta 1993, concluyó (fls. 230 y 231, c. 4):

- *Los anteriores incumplimientos en el programa de inversiones, agregado a los llamados de atención por parte del interventor y del MOPT, así como los conceptos de la misma interventoría sobre la mala calidad de algunas obras, las cuales fueron corregidas utilizando tiempo del contrato, incidieron una vez más en el desarrollo del mismo, en el lapso comprendido entre junio/89 a febrero/94.*
- *La parálisis de las obras por agotamiento de recursos, únicamente fueron 3 meses (octubre-diciembre/91), mientras que el contratista con sus dilaciones demoró la reiniciación de las obras, un año completo (enero-diciembre/92), perjudicando con ello al MOPT, ya que los precios unitarios siguieron ajustándose mes a mes con el índice de ajustes mensual.*
- *Es de destacar que a junio de 1993, CONSTRUCA (sic) no había ejecutado obra contra el registro presupuestal vigencia 1993, porque todavía estaba facturando con los recursos de la vigencia del año anterior.*
- *Es sabido de todos los contratistas de obra que las actas de reajuste son la actualización de los costos de las mismas obras. No son unos intereses como lo pretende hacer saber la firma CONSTRUCA (sic). Lo antes anotado es importante resaltarlo, por cuanto el contrato de acuerdo al acta de recibo definitivo, el básico según actas de obra ascendió a \$1.993.6 millones, los ajustes ascendieron a \$3.396.9 millones, para un valor total de obra ejecutada sin IVA de \$5.390.5 millones.*
- *Ante la expresa decisión de CONSTRUCA (sic) de retirar los equipos y personal para destinarlos a otras obras distintas al contrato n.º 840-88, aduciendo la necesidad de mantener el equilibrio financiero, que conllevó a*

una parálisis total de la obra no de 3 meses, sino de 12 meses más, lesionó económicamente en forma al MOPT [Ministerio de Obras Públicas y Transporte] durante un año, en razón a la pérdida del valor adquisitivo del dinero y los demás perjuicios financieros, al prolongarse el contrato hasta el contrato hasta 1996.

• Por otro lado, en el evento de haber permanecido totalmente inactivos los equipos en los tres meses citados, lo cual no sucedió debido al traslado del mismo equipo y del personal a otros contratos, los costos administrativos y los extracostos o perjuicios en que manifiesta haber incurrido el contratista, carecen de sustento, y como ya se indicará contaban con una partida para imprevistos equivalente al 6% del valor del contrato para atender eventualidades como esta que se repiten tienen un objeto y finalidad diferente a la utilidad que es la que ingresa al patrimonio del contratista.

Por último, propuso la excepción de caducidad de la acción como quiera que la Ley 446 de 1998, a su juicio, exigió que las reclamaciones judiciales debían hacerse dentro del plazo de ejecución del contrato, el cual venció el 30 de abril de 1996, mientras los hechos que fundamentaron la demanda ocurrieron entre febrero de 1994 y junio de 1996, lo cual pone de presente la falta de oportunidad de la demanda en estudio.

2.4. Frente al expediente 2001-0997 (fls. 91 a 100, c. 6), el Invías sostuvo que en ninguna de las demandas se formuló la pretensión de liquidación y, además, aun después de ellas el contrato siguió en ejecución, razón por la cual la contratante conservó la facultad de liquidarlo y como el contratista se mostró renuente a proceder bilateralmente lo hizo en forma unilateral. De igual forma aclaró que la notificación se verificó legalmente, tal como dan cuenta los antecedentes administrativos.

Propuso como excepciones (i) indebida acción, toda vez que el acto administrativo tiene naturaleza contractual, en tanto se dio con posterioridad a la firma del contrato, razón por la cual la acción procedente para cuestionarlo es la contractual y no la de nulidad y restablecimiento como se presentó, y (ii) la caducidad de la acción, si se tiene en cuenta que el 22 de mayo de 1998 se notificó la resolución n.º 2162 atacada, por desfijación del edicto, y la demanda se presentó el 15 de mayo de 2001, es decir, fuera de los dos años de que trata el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

2.5. En el expediente 2001-1187 (fls. 70 a 78, c. 9), el Invías contestó en similares términos a los expuestos en el expediente 2001-0997, pero agregó que tampoco el contratista presentó la demanda dentro de los dos años siguientes al vencimiento de los seis meses para llevar a cabo la liquidación bilateral y unilateral, razón demás para declarar esa excepción probada (fl. 76, c. 9).

3. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, con base en el material probatorio recaudado, las partes presentaron sus alegaciones finales. El Invías, Confianza y Construca reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 382 a 407 y 448 a 518, c. 2).

II. LAS SENTENCIAS APELADAS

1. Mediante sentencia del 21 de octubre de 2009 (fls. 668 a 690, c. 1), el *a quo* dentro de los procesos 1994-14483, 1997-17000 y 1997-17284 declaró no probada la excepción de caducidad de la acción y accedió parcialmente a las pretensiones de las demandas. Para el efecto, sostuvo⁶:

6.2. Caducidad de la acción. (...) Según la demanda, presentada el 4 de noviembre de 1994 la mayor permanencia en la obra causó un desequilibrio financiero; si para entonces el contrato estaba en ejecución pues, como se precisó, luego de las adiciones el plazo venció el 30 de abril de 1996, el término de caducidad ni siquiera había empezado a correr pues el mismo dependía de la liquidación del contrato, como lo precisó la jurisprudencia.

Ahora, en cuanto a las demandas presentadas el 2 de mayo y el 12 de agosto de 1997, es claro que el contrato había terminado pero estaba sujeto a liquidación y la misma se llevó a cabo el 21 de abril de 1998. Como en términos de la jurisprudencia cuando el contrato está sujeto a liquidación la caducidad empieza a contarse a partir de ella, tampoco puede admitirse que operó tal fenómeno como lo pregona la excepcionante. (...)

Se concluye que las demandas se presentaron en oportunidad pues ninguna de ellas superó el término con que contaba el demandante para acudir a la jurisdicción después de la liquidación del contrato. No es la ocurrencia de los

⁶ La sentencia fue objeto de salvamento de voto por parte del magistrado Francisco Antonio Iregui Iregui, en tanto consideró que debieron negarse las pretensiones, porque, a su juicio, se liquidó bilateralmente y, por lo tanto, se imponía estarse a lo en ella acordado (fls. 691 y 692, c. 1).

hechos fundamento de las pretensiones el punto de partida para contabilizar la caducidad de la acción, como lo propone la excepcionante, sino que, como el contrato estaba sometido a la liquidación, es este supuesto el que define el momento en que inicia la contabilización de la caducidad de la acción.

Respecto del fondo, en cuanto a la mayor permanencia en la obra, inició por relacionar las pruebas allegadas. Del análisis de ellas, concluyó que el plazo inicial era de 20 meses y que la ejecución se condicionó a la reserva presupuestal disponible y el programa de inversiones. Más adelante, enumeró cada una de las adiciones al plazo del contrato, las cuales determinaron que se extendiera hasta el 30 de abril de 1996. También destacó la consensualidad de esas adiciones, las cuales impusieron al contratista ajustar los programas de obras e inversiones a las reservas presupuestales asignadas, sin que formulara reparo alguno. En esas condiciones llamó la atención de la carga de diligencia del contratista, toda vez que dada su experiencia en la materia debió asegurar el equilibrio financiero en cada modificación. Así, consideró inviable una reclamación en sede judicial por desequilibrio, en tanto debió preservarse en cada modificadorio.

El *a quo* puso de relieve las reclamaciones insistentes del contratista sobre las apropiaciones presupuestales al inicio del contrato. Precisó que para finales de 1991 el contratista suspendió unilateralmente la obra hasta que se le informará las apropiaciones de recursos para 1992 y la disponibilidad de los mismos. Sobre el particular, explicó que el Ministerio le respondió que el valor ascendía a la suma de \$1.926.550.000, pero después el Invías precisó que eran \$466.800.000. En marzo de 1992, el contratista informó a la contratante que ese dinero era insuficiente e irrisorio, igualmente pidió información sobre las apropiaciones para 1993. Esto último indicaba, según el *a quo*, que conocía la dinámica del acuerdo, en tanto una vez determinado el monto de los recursos para cada vigencia, debía ajustarlo a su programa de obra e inversión; sin embargo, el contratista una vez obtuvo la información correspondiente tampoco actuó de conformidad a lo pactado, sino que extendió la suspensión por un tiempo considerable, tanto que el 4 de junio de 1992 la contratante lo requirió para que reiniciara las labores de manera inmediata.

El 29 de septiembre de 1992, las partes dieron por reiniciada la ejecución de la obra; sin embargo, el 6 de noviembre siguiente el contratista le manifestó a la contratante sobre la imposibilidad de iniciar las actividades, en tanto tenía la maquinaria en otras obras y problemas con la importación de las plantas de trituración y de asfalto desde Brasil. Por lo anterior, solicitó que se iniciara el contrato en dos meses, para así ejecutar conjuntamente las apropiaciones de 1992 y 1993, a lo cual accedió la contratante. Fue así como la obra se reinició en abril de 1993, dado que en enero y febrero nuevamente el contratista insistió sobre las apropiaciones para ese año. En adelante, el contratista procedió a ejecutar los recursos conforme a los nuevos programas de obra e inversión, sin que hiciera manifestación de inconformidad alguna.

De lo expuesto, el *a quo* consideró que la única suspensión fue la ocurrida entre septiembre de 1991 y abril de 1993; sin embargo, desestimó la reclamación por la mayor permanencia en la obra que significó dicha suspensión, en tanto desde el contrato original y en las adiciones quedó claro que la ejecución dependía de las apropiaciones presupuestales, actos que el contratista aceptó voluntariamente y sin condicionamientos. Además, llamó la atención que el valor inicial del contrato fue de \$1.740.655.920, mientras que el valor final fue de \$5.399.340.074.32, valor del cual las actas de reajuste por distorsiones del paso del tiempo fueron del orden de \$3.193.716.568.20, lo que muestra que el equilibrio contractual se mantuvo con creces.

En gracia de discusión, el *a quo* afirmó que el contratista tampoco dejó salvedades frente a la liquidación, razón por la cual habrá que estarse a lo contenido en ella.

De otro lado, en cuanto a la mora en el pago de las cuentas de cobro y actas de reajuste, el *a quo* precisó que la cuestión se centraba en las presentadas con posterioridad a diciembre de 1993, en tanto las anteriores fueron conciliadas por las partes. Más adelante, recurrió a la jurisprudencia de esta Corporación para suplir el silencio de las partes frente al momento del pago de las cuentas y las actas de reajuste. Así, tuvo que después de presentadas la entidad contaba con

un mes para pagar. En ese entendido, una vez revisadas las certificaciones del Invías sobre los pagos, determinó la mora en algunos de ellos y procedió a reconocerlos con base en el interés comercial bancario, en tanto resultaba ser el aplicable para el momento en que se suscribió el contrato. De esa forma, estableció que el valor actualizado a favor del contratista y a cargo de la contratante era la suma de \$157.084.683.40.

2. A través de la sentencia del 10 de abril de 2008, el *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de las demandas de los procesos 2001-0997 y 2001-1187 (fls. 350 a 365, c. 7). En tal sentido, declaró infundadas las excepciones de indebida escogencia de la acción y caducidad; anuló la resolución 2162 del 30 de abril de 1998, por medio de la cual el Invías liquidó unilateralmente el contrato de obra n.º 840 de 1988 y negó las demás pretensiones. Como fundamentos de la anterior decisión se destacan:

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA (...)

3.2.1. INDEBIDA ACCIÓN FORMULADA. (...) // Bajo estas circunstancias, encontrándose la Sala frente a una controversia proveniente de la liquidación del contrato n.º 840 de 1988 llevada a cabo manera unilateral por el Director del Instituto Nacional de Vías, cierto es que la acción procedente ante tal situación, luego de haber sido ejecutado un contrato, es la consagrada en el artículo 87 del C.C.A., es decir, aquella que decide sobre controversias contractuales. No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha indicado que el juez administrativo cuenta con facultades interpretativas, que le permiten identificar de manera acertada la causa petendi de la demanda. Es así que, en el asunto objeto de litis, se encuentra debidamente probado los elementos que tipifican la acción contractual, aun cuando la parte actora haya invocado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ello de conformidad con el artículo 228 de la Constitución Política, que consagra la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. De tal manera que, la indebida escogencia de la acción no es razón suficiente para que la Sala no se pronuncie de fondo. Así las cosas y acorde a la interpretación de la demanda, se concluye que el actual asunto debe encaminarse por la acción prevista que para tal efecto se orientó la demanda.

3.2.2. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. (...) // De la norma transcrita en cita [se refiere al literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo], se deduce que el término de caducidad respecto de contratos que deban liquidarse, es de dos años contados a partir de la ejecutoria de la liquidación del contrato, conforme a ello y de acuerdo a la fecha en que se declaró en firme el acta de liquidación del contrato n.º 840 de 1988 (30 de abril de 1998) y la presentación de las demandas, esto es, 29 de mayo de 2001 dentro del expediente 2001-1187 y 15 de mayo del mismo año, para el proceso radicado bajo el número 2001-0997, se puede inferir la caducidad de la acción, sin embargo, como no hay certeza de la fecha en que se notificó a

las partes demandantes de la resolución que ratifica el acta de liquidación, el fenómeno de la caducidad no procede, ello en razón a la decisión proferida por el H. Consejo de Estado al resolver recurso de apelación frente al auto que rechazó la demanda de la referencia (fls. 62-68 del cuaderno 2).

3.3. Consideraciones. (...) // Así en el caso planteado, Construca S.A. presentó demandas ante esta Corporación en contra del Instituto Nacional de Vías radicados bajo los números 14483, 17000 y 17284, por cuanto, durante la ejecución del contrato n.º 840 de 1988 se presentaron suspensiones de obra, mayor permanencia en las labores, al igual que, desequilibrios contractuales. A su vez, según certificación expedida por el Secretario del Tribunal Administrativo de Boyacá precisa que el proceso n.º 14483 fue notificado por estado el 25 de noviembre de 1994 y de manera personal, el 8 de febrero de 1995. Igualmente, señala que la notificación del auto admisorio de la demanda de los procesos números 17000 y 17284 se adelantaron con posterioridad, atendiendo a los criterio de acumulación de procesos (fls. 348-349 del expediente 2001-1187). Por su parte, el acto de liquidación unilateral del contrato se profirió el 30 de abril de 1998, fecha en la cual la entidad demandada conocía de las demandas del contrato n.º 840 de 1988 presentadas por Construca S.A.

Bajo este contexto, es claro que el Instituto Nacional de Vías perdió competencia para liquidar unilateralmente el contrato n.º 840 de 1988, en razón a que dicha competencia fue asumida por el juez de conocimiento, de ahí que, se declarará la nulidad de la resolución n.º 02162 del 30 de abril de 1998.

Ahora bien, como consecuencia de lo anterior, para la Sala resulta improcedente liquidar el contrato n.º 840 de 1988 de conformidad con los procesos radicados bajo los números 14483, 17000 y 17284, tal como lo señala la parte actora en su segunda pretensión, toda vez que se encuentran en curso, por lo tanto, será dentro de tales procesos donde se debe practicar la liquidación del referido contrato, por consiguiente, se negará esta pretensión.

En relación con la pretensión propuesta por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. “Confianza”, donde solicita se sirva condenar al Instituto Nacional de Vías a devolver el valor asegurado correspondiente a la póliza, en el evento en que se haya pagado, se advierte que, dentro del plenario no se encuentra prueba que permita verificar el pago de dicha póliza, de ahí que, no es dable ordenar el reintegro de sumas que no están demostradas dentro del proceso, razón por la cual, se negarán tales pretensiones.

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con las decisiones de primera instancia, las partes interpusieron sendos recursos de apelación, así:

1.1. En los expedientes 1994-14483, 1997-17000 y 1997-17284, todas las partes apelaron (fls. 695 a 699, c. 1).

1.1.1. El Invías (fls. 709 a 710, c. 1) sobre la condena por la demora en los pagos, sostuvo que la fecha de presentación del acta n.º 56P no es el 1 de marzo de 1994 sino el 4 del mismo año y mes, razón por la cual la mora fue de 14 días y no de 17 como se indicó en la sentencia del *a quo*. Igualmente, señaló que la mora se produjo en parte en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 y la otra cuando entró a regir la Ley 80 de 1993, razón por la cual debía aplicarse la tasa vigente para cada periodo y no solamente los intereses corrientes como lo hizo la sentencia.

Por último estimó que como no se formularon objeciones o salvedades a la liquidación del contrato de obra n.º 840 de 1988 deberá estarse a lo contenido en ella.

1.1.2. Construca (fls. 711 a 720, c. 1) sostuvo que la falta de recursos y los pagos tardíos son imputables exclusivamente al Invías, razón por la cual no hay razón para imponerle al contratista la carga de soportar por la mayor permanencia en la obra que esas dificultades le impusieron.

También sostuvo que las demandas desvirtúan la renuncia tácita esgrimida por el *a quo*, en tanto dan cuenta de la inconformidad frente al reiterado incumplimiento de la contratante sobre las partidas presupuestales. En esos términos, estimó que desde ningún punto de vista puede aceptarse una renuncia tácita, ante sendos incumplimientos de su contraparte y si bien firmó los adicionales sin ninguna salvedad, tampoco renunció expresamente a sus derechos, hasta el punto que presentó solicitudes de conciliación y demandó en tiempo.

Sostuvo que la administración ante la imposibilidad de conseguir los recursos para el contrato debió liquidarlo o reconocer la mayor permanencia en la obra, pero no actuó en ninguna de esas dos direcciones; por el contrario, se exigió al

contratista que se mantuviera en el contrato, so pena de la imposición de requerimientos, multas o caducidad. El contratista por fuerza mayor dada su iliquidez se vio forzado a suspender el contrato, sin que la administración en ningún momento le recriminara esa actuación, antes la consintió.

Estimó que resulta desafortunado exigirle al contratista su oposición a la suscripción de contratos adicionales, en tanto enrarecen las relaciones contractuales e impiden la culminación normal de los contratos; rechazó el argumento del *a quo* según el cual los reajustes paliaron los efectos de una mayor permanencia en la obra, cuando lo único para lo que sirven ese tipo de cláusulas es para superar las variaciones de la moneda por el simple transcurso del tiempo. A su juicio, la mayor permanencia en la obra afecta la administración, la maquinaria y el personal debido al déficit que causa la prolongación del contrato en la proyección económica inicial de esos *ítems*. En suma, el reajuste y la reclamación de la demanda tienen finalidades distintas, que a juicio de la recurrente se confundieron por el *a quo*, reclamación que se encuentra apoyada en la prueba pericial obrante en el proceso.

De otro lado, insistió en la falta de competencia para liquidar el contrato por parte del Invías, habida cuenta de la previa existencia de las demandas de los procesos en estudio.

Por último, estimó que la liquidación de los intereses de mora debió hacerse en su totalidad con la del doble del interés corriente.

1.1.3. Confianza (fls. 721 a 723, c. 1) manifestó su oposición a los argumentos del *a quo* relacionados con la falta de salvedades a la liquidación, en tanto se le enteró insistentemente de los procesos donde se demandó la nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral. Además, estimó desconocidas todas las pruebas, entre ellas, las periciales que daban cuenta de las reclamaciones de desequilibrio por mayor permanencia en la obra.

1.2. En los expedientes 2001-0997 y 2001-1187 solo el Invías apeló (fls. 368 a 371, c. 7). En tal sentido, insistió que Construca en ningún proceso judicial pidió la liquidación del contrato y, además, sólo después de presentadas las demandas se terminó la ejecución contractual, el 30 de abril de 1996. En esos términos, con posterioridad a esa fecha se pudo establecer el real balance de lo ejecutado, es decir, contar con los insumos para la liquidación. Así, estimó infundado el cargo de falta de competencia, toda vez que la administración procedió a efectuarla una vez se terminó el contrato como correspondía legalmente.

Defendió la debida notificación de la resolución de liquidación unilateral, en tanto se atuvo a las exigencias legales.

2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1. Las partes reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 738 a 763, c. 1 y fls. 383 a 395, c. 7).

2.2. El Ministerio Público (fls. 765 a 781, c. 1), dentro de los procesos 1994-14483, 1997-17000 y 1997-17284, sostuvo, además de advertir la necesidad de acumular los expedientes 2001-0997 y 2001-1187.

En lo que tiene que ver con la mayor permanencia en la obra la estimó improcedente, en tanto las pruebas dan cuenta que el pago de las cuentas de cobro por parte de la entidad contratante sólo fue tardío en tres meses, al tiempo que el contratista suspendió las obras por un año, tiempo durante el cual destinó el personal y la maquinaria a otras obras, sin que se probara que esa suspensión se debiera a la falta de presupuesto por parte del Invías.

La Vista Fiscal afirmó que de existir un desequilibrio económico por la mayor permanencia en la obra, el mismo fue absorbido por el reajuste de los precios, en los cuales se evidencia un incremento en el valor final de la obra de 310% con respecto al valor inicial, que de manera palmaria evidencia la compensación

por cualquier desviación económica que pudiera sufrir el contrato por el referido concepto.

Llamó la atención sobre la consensualidad del contratista para firmar los adicionales, los cuales, en los términos de la cláusula quinta del contrato original, preservaban el equilibrio contractual. Igualmente, recordó que en el trámite conciliatorio que llevaron a feliz término las partes y fue avalado judicialmente no se puso de presente el desequilibrio alegado por la mayor permanencia, lo que, a su juicio, indicaba la inexistencia del mismo.

Con relación a la mora en el pago de las cuentas, precisó que sólo cinco cuentas fueron presentadas con posterioridad a la conciliación judicial contenida en el acta del 22 de agosto de 1994. De esas cinco cuentas sólo cuatro fueron pagadas tardíamente, la otra restante carece de prueba que permita determinar tal cuestión. Bajo las anteriores precisiones estimó procedente acceder a esta pretensión.

IV. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PREVIA

De entrada la Sala descarta la existencia de una ineptitud sustantiva de la demanda, por el hecho de que se presentaran tres demandas diferentes para demandar la mayor permanencia en la obra y la mora en el pago de las actas de obra y de reajuste. Al respecto, es preciso recordar que en el proceso 1994-14483 se solicitó el reconocimiento de los sobrecostos generados por la mayor permanencia en la obra hasta 1994; en el proceso 1997-17000 se solicitó por el pago tardío de las actas de obra y de reajuste por los años de 1994 a 1996, y, finalmente, en el proceso 1997-17284 se pidió lo mismo que en el proceso 1994-14483, pero por lo ocurrido después de 1994 hasta 1996.

Como se observa se trataron de situaciones fácticas, desde el punto de vista temporal y sustancial, diferentes; ahora, tampoco para la fecha de la

presentación de las demandas existía, ni en la actualidad existe, una limitación procesal que impida proceder en la forma que lo hizo la parte actora.

Ahora, la liquidación unilateral efectuada por la demandada, no impide pronunciarse sobre las cuestiones puestas en consideración de esta jurisdicción, en tanto los procesos se iniciaron antes de que aquélla se produjera.

2. PRESUPUESTOS PROCESALES

2.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

2.1.1. Atendiendo a la naturaleza pública de la parte demandada, Fondo Vial Nacional, actualmente Invías⁷, sus controversias son de conocimiento de esta jurisdicción, en los términos del artículo 1 de la Ley 1107 de 2006⁸.

2.1.2. En cuanto a la acción procedente, precisa recordar que los procesos 1994-14483, 1997-17000 y 1997-17284 tienen como finalidad el reconocimiento del desequilibrio contractual generado por la mayor permanencia en la obra y el incumplimiento en el pago de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, es decir, se tratan de cuestiones propias de la ejecución contractual, razón por la cual la acción pertinente es la contractual, como efectivamente se ejerció.

Ahora, en relación con los procesos 2001-0997 y 2001-1187, la cuestión se concretó en la nulidad de la resolución n.º 2162 del 30 de abril de 1998 y las

⁷ Efectivamente, a través del artículo 52 del Decreto 2171 de 1992 se dispuso: *“REESTRUCTURACIÓN DEL FONDO VIAL NACIONAL COMO EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS. Reestructúrase el Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías, establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte”*.

⁸ Que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo dispuso: *“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley”*.

pretensiones consecuenciales económicas. Ese acto administrativo liquidó de forma unilateral el contrato de obra n.º 840 de 1988. Con relación a la acción procedente para demandar ese tipo de actos jurídicos, es preciso tener en cuenta las siguientes precisiones:

(i) Las demandas de los referidos procesos se presentaron en el año 2001, por lo tanto la normatividad aplicable para determinar la acción procedente es la vigente para el mencionado año. En ese orden, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 establecía expresamente que **“los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del [Código Contencioso Administrativo](#)”** (se destaca).

Si bien es cierto para la misma época en que se presentaron las demandas en estudio, estaba vigente la reforma introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que a su vez se ocupó de regular la acción de controversias contractuales, en esa disposición no se reguló expresamente o en contrario a lo dispuesto en la primera ley en cita con respecto a los actos administrativos producidos después de la celebración del contrato, razón suficiente para entender vigente lo regulado en esta última.

Precisado lo anterior, vale preguntarse el alcance de la expresión **“actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual”**. Para el efecto, la Sección ha tenido la oportunidad de precisar:

Sobre el contenido y alcance de esta disposición resulta pertinente traer a colación las diversas posiciones fijadas por la jurisprudencia de la Sala en relación con la naturaleza de los actos administrativos proferidos “con motivo u ocasión de la actividad contractual” y la clase de acción que procedía para impugnarlos.

En la providencia del 1º de marzo de 1994, expediente 9118, antes citada, la Sala precisó que la actividad contractual a que hace referencia el artículo 77 del Estatuto Contractual, comprendía la totalidad de las actuaciones administrativas que giraban en torno al contrato estatal, bien se tratara de actos previos, concomitantes o posteriores a su celebración y ejecución y que no existía razón alguna que justificara la exclusión de actos expedidos dentro de las distintas etapas de este procedimiento, razón por la cual todos éstos eran actos contractuales cuya impugnación debía tramitarse

*mediante el ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales, regulada por el artículo 87 del C.C.A., con excepción de tres actos: i) el de calificación y clasificación de proponentes inscritos en la Cámara de Comercio; ii) el acto de adjudicación y iii) el acto mediante el cual se declara desierta la licitación o el concurso, los cuales podían impugnarse mediante la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento. (...)*⁹.

En auto dictado el 6 de agosto de 1997, expediente 13945, la Sala modificó su criterio y admitió que otros actos administrativos, diferentes de aquellos contemplados dentro de las tres excepciones, también podían ser enjuiciados por una acción diferente de la contractual, a través de la acción de simple nulidad, como lo era el acto de apertura de la licitación (...).

*Posteriormente la jurisprudencia de la Sala en un nuevo lineamiento precisó que el concepto y alcance de la actividad contractual, debía interpretarse en forma restrictiva y que tan solo comprendía los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato; así mismo, hizo una clara distinción entre el régimen de los actos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato y aquel que gobierna los actos proferidos posteriormente, al respecto precisó que los primeros podían ser impugnados mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que los segundos solo serían enjuiciables mediante la acción relativa a controversias contractuales*¹⁰.

De lo expuesto es posible distinguir tres posturas jurisprudenciales sobre el alcance de la expresión “*actividad contractual*”, a saber: (i) una amplia, en donde se consideró que comprendía las etapas precontractual, contractual y postcontractual, razón por la cual, salvo contadas excepciones (hipotético en el que la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho), los actos administrativos dictados durante esas etapas eran pasibles de la acción contractual por regla general; (ii) una segunda, en donde se ampliaron las excepciones a la referida regla general, en particular, para indicar que el acto de apertura de un proceso de selección también podía enjuiciarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y, finalmente, (iii) una postura restrictiva, que se mantiene actualmente, en el que la actividad contractual se limitó a lo ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato y, por lo tanto, sólo los actos administrativos producidos después de ese momento se consideraron pasibles de la acción contractual.

⁹ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 10 de marzo de 1994, Exp. 9118.

¹⁰ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 9118, M. P. Ricardo Hoyos Duque.

De conformidad con lo expuesto, es posible concluir que el acto administrativo aquí enjuiciado fue dictado con motivo u ocasión de la actividad contractual y, por consiguiente, pasible de la acción contractual; sin embargo, revisadas las demandas de los procesos en estudio se observa que la acción promovida fue la de nulidad y restablecimiento del derecho. Con todo, en aras de privilegiar el acceso a la administración de justicia y dado que el ejercicio de adecuación a la acción procedente supone un mero cambio nominativo, en tanto las pretensiones y los hechos se mantienen incólumes, lo que supone el respeto de las garantías constitucionales de la contraparte, la Sala entenderá que la acción contractual fue la ejercida.

2.1.3. Ahora, definida la acción procedente, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo le asignó el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos¹¹.

2.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, en tanto el Invías y Construca son partes de la relación contractual cuestionada, dentro de la cual se produjo el acto administrativo cuestionado.

Ahora, la legitimación en la causa por activa de Confianza también está probada, toda vez que mediante auto del 2 de abril de 1997, el *a quo* aceptó la cesión de los derechos litigiosos del expediente n.º 14.483 de la sociedad Construca a la referida compañía aseguradora (fl. 190, c. 2).

2.3. La caducidad

¹¹ Con sólo tomar la estimación de la cuantía del proceso 1994-14483 por valor de \$400.000.000 (fl. 122, c. 2), es claro que el asunto tiene vocación de doble instancia.

2.3.1. Con respecto a las pretensiones del proceso 1994-14483 precisa recordar que el contrato terminó el 30 de abril de 1996¹², al tiempo que la demanda se presentó en el año de 1994, es decir, con anterioridad a la finalización del contrato. En tal sentido, atendiendo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 267 del Decreto Ley 222 de 1983, vigente al momento en que se firmó el contrato en estudio, al tratarse de un contrato de obra se imponía su liquidación. Por lo tanto, en línea con la jurisprudencia de esta Corporación¹³, la caducidad de la acción estaba sujeta al inicio de dicho trámite, incluso para los contratos celebrados en vigencia del citado decreto.

¹² Lo anterior según lo acordado en el contrato adicional n.º 840-10-88 del 29 de marzo de 1996 que adicionó el plazo de ejecución hasta el 30 de abril de 1996 (fl. 28, c. 5), fecha que según la resolución n.º 2162 del 30 de abril de 1998, que liquidó unilateralmente el contrato en estudio, corresponde con la de su terminación (fl. 4, c. 8).

¹³ Sobre el particular, la Sección en sentencia del 6 de julio de 1995, exp. 8.126, M.P. Juan de Dios Montes Hernández, precisó: *“Respecto del acto de liquidación, advierte la Sala que ni en el decreto 150 de 1976 ni en el 222 de 1983 se establecieron plazos para que la diligencia de liquidación, bilateral o unilateral, se efectuase; una disposición en tal sentido solo se encuentra a partir de la vigencia de la ley 80 de 1993 (artículo 60). // Tal circunstancia impuso que el Juez Administrativo tuviese que precisar los términos, frente al silencio de la ley; así lo hizo, por ejemplo, en sentencia de 29 de enero de 1988, exp. No. 3615, CP. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, actor Darío Vargas Sanz, con ésta fórmula: // “Aquí surge un escollo, aparentemente creado por un vacío legal. Qué plazo tiene la administración para liquidar el contrato? // Aunque la ley no lo diga no quiere significar esto que la administración pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo. No, en esto la jurisprudencia ya ha tomado también partido. Se ha considerado como término plausible el de cuatro meses; dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo. // Si vence este último la Administración no podrá esperar más y deberá proceder a la liquidación unilateral, mediante resolución administrativa debidamente motivada”. // Ese término, sin embargo, y según se desprende de la sentencia referida tiene más características de suspender que de agotar la competencia: es decir que no existía competencia antes de los 4 meses posteriores a la terminación del contrato para proceder a la liquidación unilateral sin que se fijase un límite temporal posterior para el ejercicio de tal potestad. Luego, en sentencia de 9 de noviembre de 1989, actor: Consorcio Cimelek - Incol Ltda., se agregaría que ‘a falta de acuerdo, estima la Sala que la entidad contratante debe proceder a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para hacer la liquidación de común acuerdo. Aunque este nuevo plazo no está previsto por la ley de manera específica, coincide con el consagrado legalmente para que se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo (decreto ley 2304 de 1989 arts. 1o. y 7o.), y, por esta razón, lo adopta la Sala para eventos como el que aquí se presenta. // Más adelante, como lo recuerda el profesor Carlos Betancur Jaramillo, se continuó detectando el “vacío que existía en el régimen anterior y que había impuesto solución jurisprudencial en el sentido de que esa etapa liquidatoria debía cumplirse a más tardar dentro de los dos años siguientes a su terminación. Se valió la jurisprudencia, por analogía, del mismo término previsto para la caducidad de los conflictos contractuales en general; y con la consideración de que si cualquiera de las partes tenía ese término para hacer algún reclamo derivado del contrato, ese mismo era el lapso que la administración tenía para unilateralmente definir quien le debía a quien y cuánto” (Derecho Procesal Administrativo, Págs. 545, 546)”.*

Ahora, teniendo en cuenta que el contrato se encontraba en ejecución, es claro que tampoco el término de la caducidad podía comenzar a correr. Entonces, toda vez que la liquidación del contrato en sede administrativa no es un requisito de procedibilidad de la acción habrá que concluirse que fue presentada en tiempo en lo que refiere al presente asunto. En el mismo sentido, la Sección, en un asunto donde se pedía que se declara el incumplimiento de las partes en el marco de un contrato en ejecución, precisó¹⁴:

En armonía con lo expuesto, a juicio de la Sala, la actora controvierte un incumplimiento sucedido en el ámbito de un contrato de ejecución sucesiva, que, además, acorde con lo convenido, habrá de someterse a liquidación final. De suerte que el término bienal extintivo para interponer la acción que habrá de definir la litis que plantea la demanda, empieza a computarse desde su liquidación y como está aún no se ha producido, es claro que no es posible considerar caducada la presente acción. En efecto, esta Corporación ha indicado que frente a las controversias de un contrato vigente y no liquidado, se infiere que tampoco opera el fenómeno de la caducidad de la acción¹⁵.

Frente a la caducidad de los otros procesos, es claro que la demanda fue presentada dentro de los dos años subsiguientes al vencimiento de los términos para liquidar bilateral y unilateral.

2.3.2. En los expedientes 2001-0997 y 2001-1187 precisa recordar que respecto del primer proceso referido, mediante auto del 10 de abril de 2008, el *a quo* rechazó la demanda por caducidad de la acción, así (fls. 1 y 2, c. 6):

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 9 de abril de 2012, exp. 42.020, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁵ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, exp. 15.052, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En efecto, en dicha oportunidad, esta Corporación consideró: *“Por lo tanto, la acción en cuanto concierne a la pretensión de nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación 02920 de 11 de abril de 1996 fue presentada en tiempo, toda vez que el contrato a propósito del cual se expidió, se encontraba en ejecución al momento de presentar la demanda, y de acuerdo con el acervo probatorio que obra en el expediente aún está vigente dado que no se encuentra liquidado. (...) // A igual conclusión se arriba en cuanto al ejercicio oportuno de la acción respecto de las pretensiones relacionadas con el cumplimiento de la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato 090 - 91 y los efectos de la expresión “adicional” con ocasión del auto de 4 de junio de 1993 y el fallo de 29 de octubre de 1993 de la Sección Primera del Consejo de Estado, y también respecto de aquella atinente al desequilibrio financiero y económico del contrato derivado de la aplicación y vigencia de la Ley 141 de 1994, toda vez que versan sobre unas incidencias de un contrato aún vigente y no liquidado, que sigue la orientación jurisprudencial anterior, de acuerdo con las cuales se infiere que tampoco operó la caducidad”.*

El acto demandado fue expedido el 30 de abril de 1998 por el Instituto Nacional de Vías. Para notificar a “CONSTRUCA LTDA” y a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. se fijó edicto el 11 de mayo de 1998. Este edicto se desfijó el 22 del mismo mes y año (folios 46 a 61). A partir de la desfijación la compañía demandante disponía del término de dos (2) años para acudir a la jurisdicción a presentar demanda. Lo anterior de acuerdo con lo contemplado por el numeral 10, del artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

En consecuencia, como la resolución demandada 002161 quedó notificada el 22 de mayo de 1998, la sociedad demandante disponía del término de dos (2) años para interponer la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los cuales vencieron el 23 de mayo de 2000. Y como la demanda tan sólo se presentó el 22 de mayo de 2001, como se establece de la constancia del folio 37 vuelto, para esta fecha ya había caducado la acción.

Mediante auto del 10 de junio de 2004, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, esta Corporación revocó el rechazo del a quo, así¹⁶:

Expedida dicha resolución, y con el fin de notificarla personalmente a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. “CONFIANZA”, la administración libró el oficio n.º OJ-09495 del 22 de abril de 1998 (fl. 9 cdno 2), pero dicha notificación, conforme a lo relatado en la demanda y lo actuado por el INVÍAS no puedo llevarse a cabo de esta forma, razón por la que hubo de surtirse mediante edicto. Así las cosas, como la desfijación del edicto tuvo ocurrencia el 22 de mayo de 1998 (fl. 57 cdno ppal), para el 15 de mayo de 2001, fecha de presentación de la demanda, el término de caducidad de la acción a que se refiere el numeral 10 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998 ya había fenecido y, por tanto, el auto apelado ameritaría confirmación.

No obstante lo anterior, observa la Sala que, en aras de establecer la veracidad de los argumentos expuestos por el apelante, en torno a que la notificación personal no se llevó a cabo, se requirió a la entidad pública demanda para que aportara prueba indicativa de la imposibilidad para notificar personalmente a la aseguradora del acto administrativo cuya nulidad se depreca en este asunto, pero ninguna constancia se allegó sobre el envío o recibo de la citación a la mencionada compañía de seguros con el fin de adelantar la diligencia de notificación personal de que trata el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, que justificara, entonces, la notificación por edicto conforme lo dispone el artículo 45 ibídem.

La situación así planteada, si bien no conduce a la certeza de que la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. “CONFIANZA” no fue notificada personalmente de la Resolución n.º 002162 del 30 de abril de 1998, tampoco implica lo contrario, es decir, que la notificación sí se llevó a cabo. En esas condiciones surge la incertidumbre de si el acto de notificación, entendido

¹⁶ Sección Tercera, exp. 23.614, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

como garantía del derecho de defensa para quienes intervienen dentro de una actuación judicial o administrativa y cuya finalidad es la de vincular a los sujetos procesales con interés jurídico para intervenir en el respectivo proceso y enterarlos de las diferentes diligencias y actuaciones que en él se surten, se cumplió adecuadamente en el presente asunto. (...)

En consecuencia, como en el caso bajo estudio no resulta clara la ocurrencia del término de caducidad de la acción, es del caso reiterar el criterio de la Sala según el cual, cuando existe duda sobre si operó o no la caducidad de la acción, en aras de garantizar derechos como el de acceso a la administración de justicia y de defensa, la demanda debe admitirse y, el estudio de tal fenómeno debe diferirse para el momento del fallo, etapa ésta en la que el examen integral del acervo probatorio permitirá dilucidar cualquier duda sobre el particular.

Así, es claro que dentro del proceso 2001-0997 quedaron dudas para despejar la cuestión de la caducidad de la acción, razón por la cual se optó por tramitarlo para ver si la cuestión podía superarse con la práctica de las pruebas.

Vale precisar que el proceso 2001-1187 no fue objeto de rechazo, en tanto el Tribunal antes de admitir la demanda solicitó al actor que acompañara la certificación de notificación de la resolución 2162 de 1998 (fls. 34 y 35, c. 9). En esa oportunidad, la accionante insistió en que conoció de la resolución sólo hasta cuando se le notificó del auto de mandamiento de pago dentro del proceso ejecutivo n.º 1999-1419 (fl. 36, c. 9).

Ahora, revisados los expedientes en estudio se tiene que la deficiencia arriba advertida se mantuvo (c. 6, 8 y 9). En efecto, de las pruebas solicitadas y practicadas (fls. 82 a 250, c. 9), que fueron las mismas en ambos, la Sala observa que el Invías se limitó a remitir copia auténtica de la resolución n.º 2162 del 30 de abril de 1998 (fls. 184 a 202, c. 9) y a certificar que desde 1994 su correspondencia era tramitada a través de Adpostal, sin más datos (fl. 203, c. 9). En consecuencia, tampoco es posible declarar probada la excepción de caducidad, en tanto los elementos probatorios no permiten tener certeza de la fecha en que las accionantes conocieron de la resolución demandada.

No puede pasarse por alto que en el texto de la comunicación OJ-09496 del 27 de abril de 1998 que el Invías le dirigió a la contratista para notificarla de la resolución 2162 de 1998 hay un sello de recibido que dice: “EL RECIBO DEL

ORIGINAL DEL PRESENTE DOCUMENTO NO INDICA OBLIGACIÓN ALGUNA NI ACEPTACIÓN DE SU CONTENIDO. Fecha 27-04-98 // Hora: _____ // Firma Carol Rendón” (fl. 8, c. 8); sin embargo, esa fecha no puede tomarse como la de notificación del acto administrativo aquí atacado, por cuanto salta a la vista que se trata de una comunicación adiada con anterioridad a la resolución cuestionada. En efecto, la comunicación es del 27 de abril de 1998, mientras la resolución es del 30 del mismo mes y año. El anterior defecto impide darle efectos vinculantes de una notificación efectuada en debida forma.

En los términos expuestos y, además, en atención a la postura ya fijada por esta Corporación de cómo debía computarse la caducidad de la acción, al resolver el recurso de apelación contra el auto que rechazó una de las demandas en estudio, es decir, desde la notificación de la resolución de liquidación unilateral acusada, razón por la cual sería contrario al principio constitucional de acceso a la administración proponer una forma de cómputo menos favorable, se impone entender que la acción fue presentada en oportunidad, dado que no hay pruebas que permitan declarar la caducidad de la acción y, en consecuencia, decidir de fondo el presente asunto.

3. EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en determinar si están dados los presupuestos de una mayor permanencia en la obra; si los pagos tardíos se demostraron, y si los cargos de nulidad de la resolución n.º 2162 del 30 de abril de 1998, por medio del cual el Invías liquidó unilateralmente el contrato están llamados a prosperar. De ser así, se impondría analizar la procedencia de las pretensiones económicas consecuenciales.

Para lo anterior, resulta necesario determinar los requisitos para que la entidad demandada tenga la obligación de soportar los sobre costos de una mayor permanencia en la obra; la mora en las obligaciones sometidas a plazo. En este mismo escenario, determinar qué pasa cuando la obligación no tiene un plazo

expreso; finalmente, en el análisis de la legalidad de la liquidación unilateral se impone analizar la competencia para proceder en tal sentido.

4. LA CUESTIÓN DE FONDO: MAYOR PERMANENCIA, INCUMPLIMIENTO Y LIQUIDACIÓN UNILATERAL

4.1. Del régimen jurídico del contrato de obra pública n.º 840 del 30 de diciembre de 1988

Para el 30 de diciembre de 1988, el Decreto Ley 222 de 1983 era la normatividad vigente y aplicable a los contratos celebrados por las entidades descentralizadas del orden nacional, como lo era el Fondo Vial Nacional¹⁷, que firmó el contrato de obra n.º 840 en su calidad de contratante. En efecto, el artículo 1 del referido decreto dispuso que estarían sometidos a su regulación *los “contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos) y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto”*. Entre los contratos regulados por dicha norma está el contrato de obra pública, artículos 81 a 100. En suma, el régimen jurídico del contrato en estudio será el contenido en el pluricitado decreto.

4.2. De lo probado

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Igualmente, las copias simples se valorarán de conformidad con el criterio establecido por la Sección¹⁸; ahora, no se valorará el dictamen

¹⁷ El artículo 1 de la Ley 64 de 1967 dispuso la creación del Fondo Vial Nacional *“con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, encargado de atender a los gastos que demanden el estudio, construcción, conservación y pavimentación de las carreteras nacionales, el estudio conservación y mejoramiento de las vías fluviales y de auxiliar al Fondo Nacional de Caminos Vecinales”*.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de septiembre de 2014, exp. 2007-01081-00(REV), M.P. Alberto Yepes Barreiro.

pericial del ingeniero civil Luis Fernando Yori Soler (fls. 129 a 158, 2), aportado con la demanda dentro del expediente 14.483, en tanto el *a quo* mediante auto del 21 de junio de 1995 lo desestimó como tal por no cumplir los requisitos de una prueba anticipada (fl. 1, c. 21). Tampoco el informe del ingeniero Alfonso Pabón Ladino, presentado con las alegaciones de primera instancia (fls. 519 a 568, c. 2), toda vez que además de ser extemporánea, no fue decretada como tal en ninguna de las oportunidades del proceso. Tampoco serán valoradas las pruebas documentales allegadas en esa misma oportunidad junto con el informe referido (fls. 568 a 584, c. 2).

De las pruebas se tiene¹⁹:

4.2.1. En el pliego de condiciones de la Licitación Pública n.º 015-86, antecedente del contrato de obra pública n.º 840 de 1988, se dispuso (fls. 174, 179 a 182, c. 25):

1.6. Señalización temporal (...)

El programa de inversiones no se podrá modificar en forma tal que signifique variación del plazo del contrato, sino por causas imputables a la entidad contratante o cuando se trate de fuerza mayor o caso fortuito. En tal caso, el programa de inversiones deberá ser revaluado y aprobado por el representante legal del FONDO VIAL NACIONAL y se suscribirá el contrato adicional correspondiente. (...)

CAPÍTULO II
CONDICIONES GENERALES DE LA LICITACIÓN (...)

2.1. Tipo de contratación

El Fondo Vial Nacional desea contratar, por el sistema de precios unitarios, las obras objeto de esta licitación. (...)

2.5.5. Terminación, modificación e interpretación unilaterales

El contrato que se suscriba como resultado de esta licitación se regirá por los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte del Fondo Vial Nacional conforme a las disposiciones de la Ley 19 de 1982 y del Decreto 222 de 1983.

2.5.5.1. Previsión de modificaciones por razón del interés público

¹⁹ Vale advertir de entrada que la prueba, además de estar en su mayoría en copia simple, se encuentra bastante fragmentada.

En desarrollo del principio de modificación unilateral de los contratos administrativos consagrado en el artículo 6 de la Ley 19 de 1982 y en los artículos 18 y 20 a 23 del Decreto 222 de 1983, y con sujeción a las reglas allí establecidas, se prevén como modificaciones posibles cuando el interés público las demande durante la ejecución del contrato que se suscriba como resultado de esta licitación, las siguientes:

- Del plazo o del valor contractuales, sin perjuicio de las modificaciones de plazo o valor que el contrato contempla por circunstancias especiales distintas del interés público, verificables mediante contratos adicionales de acuerdo con el artículo 58 del Decreto 222 de 1983.

- Del programa de inversiones sin perjuicio de las que se prevén en el decreto por causas imputables al Fondo Vial o por causa de fuerza mayor o caso fortuito.

- De las cantidades de obra, sin perjuicio de las previstas por el contrato en razón de las condiciones especiales que se presenten en la construcción.

2.5.5.2. Las modificaciones se harán por medio del acta de acuerdo si lo hubiere, o por medio de la resolución de modificación unilateral, si no lo hubiere, todo ello mediante el procedimiento prescrito por el artículo 21 del Decreto 222 de 1983.

2.5.5.3. Aseguramiento del equilibrio financiero

Cuando se pretende hacer modificaciones por razón del interés público, se asegurará el equilibrio financiero del contrato de la manera que se determina a continuación.

Antes de hacer el contratista propuesta de modificaciones, el Fondo Vial establecerá jurídica y técnicamente la manera de asegurar el equilibrio financiero del contrato para ambas partes, teniendo en cuenta aspectos como el reconocimiento de nuevos costos, la disminución de los que no vayan a causarse, la fijación de nuevos precios unitarios o los demás factores que en cada caso concreto fueren necesarios y procedentes.

Hecha la propuesta al contratista, el Fondo Vial discutirá con él estos aspectos de manera especial y considerará técnica y jurídica sus observaciones al respecto. (...)

2.7. Programa de inversiones

*Una vez perfeccionado el contrato y antes de iniciar labores, el contratista deberá presentar a la Dirección de Carretera para su consideración y **aprobación un programa de inversiones de acuerdo con las reservas disponibles** y con las especificaciones establecidas, programa en el cual se indicara claramente el orden de los trabajos, el método para llevar a cabo las obras y el valor de las inversiones periódicas dentro de la unidad de tiempo que abarque el programa. (...)*

CAPÍTULO III

CONDICIONES PARTICULARES DE LA LICITACIÓN

Información y características especiales (...)

3.1.4. *Plazo máximo de ejecución: 24 meses contados a partir del perfeccionamiento del contrato.*

3.1.5. *Financiación: estas obras serán financiadas con recursos propios del peaje. (se destaca)*

4.2.2. El 30 de diciembre de 1988, el Fondo Vial Nacional y Construca suscribieron el contrato de obra pública n.º 840²⁰, del cual se destacan las siguientes cláusulas (fls. 12 a 15, c. 5):

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para EL FONDO VIAL por el sistema de precios unitarios y en los términos que señala este contrato, las obras necesarias para la rehabilitación del sector Tunja-Duitama de la carretera Bogotá-Duitama, de acuerdo con los planos y especificaciones suministrados por EL FONDO VIAL y bajo la condiciones estipuladas en el presente contrato. CLÁUSULA SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO.- EL FONDO VIAL pagará al CONTRATISTA por la ejecución de las obras objeto de este contrato la suma de MIL SETECIENTOS CUARENTA MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTE PESOS (\$1.740.655.920) MONEDA CORRIENTE, resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios respectivos y el costo de imprevistos y obras complementarias, tal como se detalla a continuación [se relaciona lo pertinente]: (...). CLÁUSULA TERCERA: APROPIACIÓN PRESUPUESTAL.- EL FONDO VIAL se obliga a reservar para el presente contrato la suma de VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS (\$28.000.000) MONEDA CORRIENTE, según certificado de disponibilidad presupuestal número 063 del 17 de agosto de 1988, del presupuesto de la actual vigencia. PARÁGRAFO.- Como el valor del presente excede las apropiaciones para la vigencia fiscal de 1988, en el acuerdo interno de obligaciones del FONDO VIAL NACIONAL consta que existe saldo disponible para cubrir el valor de este contrato, según certificación expedida por los Jefes de las Oficinas de Planeación y Programación de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte. CLÁUSULA CUARTA: PLAZO.- EL CONTRATISTA se obliga a iniciar la ejecución de las obras dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato, y a su ejecución completa dentro de los veinte (20) meses siguientes, contados a partir de la fecha de dicho perfeccionamiento. CLÁUSULA QUINTA: PROGRAMA DE INVERSIONES.- Una vez perfeccionado el presente contrato, y antes de iniciar labores, el CONTRATISTA deberá presentar a la Dirección de Carreteras para consideración y aprobación del Secretario Técnico, un programa de inversiones de acuerdo con las reservas disponibles y con las especificaciones establecidas, programa en el que se indicará claramente la orden de los trabajos, el método para llevar a cabo las obras y el valor de

²⁰ La adjudicación se produjo a través de la resolución 13729 del 21 de diciembre de 1988 (fl. 12, c. 5, considerandos del texto del contrato).

las inversiones periódicas dentro de la unidad de tiempo que abarque el programa. Siempre que se lo solicite el interventor, deberá proporcionar, para información del mismo, datos escritos de lo que tiene dispuesto para la ejecución de las obras. La presentación del detalle anterior al interventor y su aprobación por el mismo, o la de los referidos datos, no exonerará al CONTRATISTA de ninguna de sus obligaciones ni responsabilidades que emanen del contrato. El programa de inversiones no se podrá modificar en forma tal que signifique variación del plazo del contrato, sino por causa imputables a la entidad contratante o cuando se trata de fuerza mayor o caso fortuito. En tal caso, el programa de inversiones deberá ser evaluado y aprobado por el representante legal del FONDO VIAL y se suscribirá el contrato adicional correspondiente. CLÁUSULA SEXTA: ANTICIPOS.- Se otorgarán anticipos de acuerdo con lo señalado en las normas vigentes sobre la materia. PARÁGRAFO PRIMERO: AMORTIZACIÓN.- La amortización de los anticipos se hará mediante deducciones de las cuentas mensuales de pago. La cuota de amortización se determinará multiplicando el valor de la respectiva acta por la relación que exista entre el saldo de los anticipos y el saldo del valor del contrato. (...) CLÁUSULA SÉPTIMA: ACTAS DE OBRA Y AJUSTES.- El valor básico de la respectiva acta de obra será el resultado de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada por los precios unitarios que figuran en la “Lista de Cantidades de Obra, Precios Unitarios y Valor Total de la Propuesta”, una vez corregidos los errores aritméticos. El valor básico del acta de obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra, de acuerdo con el párrafo: Ajustes, de esta misma cláusula. PARÁGRAFO PRIMERO: ACTAS DE OBRA.- Dentro de los diez (10) primeros días calendario del mes siguiente al de ejecución de las obras, se elaborará por el interventor y EL CONTRATISTA un acta mensual que registre el valor de la obra ejecutada. Este valor debe corresponder al menos a la cuota establecida en el programa de trabajo e inversiones para el mes correspondiente. EL CONTRATISTA deberá presentar la respectiva cuenta de cobro dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la elaboración del acta de obra. El valor de cada acta será el resulta de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada por los precios unitarios que figuran en la “Lista de Cantidades de Obras, Precios Unitarios y Valor Total de la Propuesta” (o nuevos precios fijados durante el desarrollo del contrato). Las actas de obra mensual tendrán el carácter provisional en lo que se refiere a la calidad de la obra, a las cantidades de obra y obras parciales. El interventor podrá, en actas posteriores, hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las actas anteriores aprobadas por él, y deberá indicar el valor correspondiente a la parte o partes de los trabajos que no se hayan ejecutado a su entera satisfacción a efecto de que EL FONDO VIAL se abstenga de pagarlos al CONTRATISTA hasta que el interventor dé el visto bueno. Ningún certificado que no sea el certificado de recibo definitivo de la totalidad o de parte de las obras, podrá considerarse como constitutivo de aprobación de algún trabajo u obras. PARÁGRAFO SEGUNDO: AJUSTES.- El valor del acta por la obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra de acuerdo con la siguiente fórmula: $P1 = P0 \times 1/10$. (...). Los ajustes se consignarán en actas que suscribirán las partes, y el FONDO VIAL se compromete a incluir las partidas necesarias para su pago en el proyecto anual de gastos (...).

4.2.3. El 10 de enero de 1989, Construca solicitó al Ministerio de Obras Públicas y Transporte el incremento de las apropiaciones presupuestales para ese año a

1.000 millones de pesos, toda vez que tan solo ascendieron a la suma de \$400 millones de pesos, cifra que estimó insuficiente para cumplir con el plazo contractual acordado (fl. 16, c. 2). El 17 de enero siguiente, el referido Ministerio, a través de su Director de Carreteras, respondió al contratista que *“en el presupuesto básico de la actual vigencia se cuenta con una partida de \$420.000.000 provenientes de recursos de peaje, por recursos de crédito externo se tiene un presupuesto básico de \$304.137.000 y un posible presupuesto adicional de \$344.828.000. Igualmente le comunicó que en caso de que estos recursos resulten insuficientes el Ministerio de Obras Públicas y Transporte-FVN hará los esfuerzos necesarios para trasladar recursos de otros proyectos, a fin de mantener el adecuado financiamiento de este contrato”* (fl. 17, c. 2); sin embargo, en la misma fecha, el referido funcionario precisó que los únicos recursos eran \$400.000.000 por peajes, toda vez que esa obra no estaba financiada con crédito externo (fl. 19, c. 2).

4.2.4. El 24 de mayo de 1989, la contratista insistió a la contratante sobre la insuficiencia de las apropiaciones presupuestales para ese año y, por ende, solicitó incrementar el anticipo en un porcentaje cercano al 20% del valor del contrato (fl. 22, c. 2).

4.2.5. El 16 de julio de 1989, las partes dieron por iniciada la ejecución de la obra (fl. 19, c. 4, informe del interventor y del supervisor del 9 de marzo de 1990).

4.2.6. El 17 de octubre de 1989, el contratista nuevamente reiteró a la contratante sobre la insuficiencia de las apropiaciones presupuestales, aun cuando advirtió que recibió un anticipo del 7.5%, para lo cual puso de presente que la facturación mensual era de \$78.000.000, mientras que el saldo de reserva existente era de apenas \$87.237.447 (fl. 26, c. 2).

4.2.7. El 7 de diciembre de 1989, el contratista manifestó a la contratante sobre la insuficiencia de las asignaciones presupuestales para el año de 1990, las cuales, a su juicio, eran iguales a las del año anterior y que fueron agotadas en 4 meses. En consecuencia, solicitó el aumento del presupuesto (fl. 33, c. 2).

4.2.8. En enero, febrero y junio de 1990 se presentaron discrepancias entre las partes sobre el alcance y cumplimiento de las obras (fls. 44 a 48, c. 4). Diferencias que se reiteraron entre enero a junio de 1991 (fls. 62 a 70, 72 a 82, c. 4).

4.2.9. El 29 de junio y el 10 de agosto de 1990, la interventoría llamó la atención al contratista por las fallas mecánicas frecuentes de la planta de asfalto y de los equipos de pavimentación (fls. 38, 40 y 41, c. 2). A lo anterior, el 14 de agosto siguiente, el contratista respondió que ejecutó de acuerdo a lo programado, pero que el déficit presupuestal era cercano a la suma de \$115.000.000, lo que dificultó el avance de la obra (fls. 44 y 45, c. 2). El 23 de agosto de 1990, la interventoría manifestó al contratista que más allá de las fallas advertidas, eran reales las deficiencias presupuestales, pero que las mismas se superarían con una adición presupuestal de \$200.000.000 (fl. 47, c. 2).

4.2.10. El 22 de octubre de 1990, en respuesta al oficio n.º 563 del 19 de septiembre del mismo año, la contratante manifestó al contratista que respecto de su solicitud de adición presupuestal por \$313.750.000 se solicitó al Congreso de la República una partida adicional por \$200.000.000 y que para el año 1991 la partida presupuestada era de \$1.883.400.000 (fl. 50, c. 2).

4.2.11. El 28 de noviembre de 1990, la interventoría conceptuó favorablemente sobre la prórroga del contrato que vencía el 16 de enero de 1991 (fl. 51, c. 2).

4.2.12. El 21 de diciembre de 1990, las partes suscribieron la adición n.º 1, identificada con el n.º 925, con el fin de prorrogar el contrato hasta el 15 de febrero de 1992, sin que en su parte considerativa se explicaran las razones de esa decisión. Además, de su contenido se destaca (fl. 10 y rev., c. 2):

CLÁUSULA TERCERA: NUEVO PROGRAMA DE TRABAJO E INVERSIONES: Para la continuidad en el cumplimiento de sus obligaciones, EL CONTRATISTA se obliga a ceñirse a un nuevo programa del Secretario Técnico del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, una vez perfeccionado el presente contrato. CLÁUSULA CUARTA: VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES. Quedan vigentes todas las estipulaciones que no se hayan modificado por lo acordado en este documento.

4.2.13. El 26 de febrero de 1991, el contratista manifestó a la contratante su inconformidad por la asignación presupuestal para ese año de \$833.250.000.000, lo cual sólo cubría los cinco primeros meses (fl. 57, c. 2).

4.2.14. El 19 de septiembre de 1991, la contratante solicitó al contratista que ajustara el programa de inversión a los montos de los registros presupuestales de las vigencias 1990 y 1991 y advirtió que no se responsabilizaba por valores ejecutados por encima de lo aprobado (fl. 77, c. ppal).

4.2.14.1. El 4 de octubre de 1991, como consecuencia de lo anterior, el contratista respondió a la contratante que suspendía de inmediato los trabajos y solicitó información sobre las reservas presupuestales para 1991 y 1992, además de que precisara la fecha en que se podrían contar con esos recursos para reiniciar los trabajos (fl. 82, c. 2).

4.2.14.2. El 1 de noviembre de 1991, el contratista le recordó al interventor sobre su decisión de suspender la obras y que su reiniciación estaba condicionada a la autorización de las reservas presupuestales (fl. 83, c. 2).

4.2.14.3. El 25 de noviembre de 1991, a raíz de la suspensión de la obra, la contratante manifestó al contratista que para ese año no se contaba con más recursos y que para 1992 se tenía prevista una partida de \$1.926.550.000 (fl. 87, c. 2).

4.2.14.4. El 12 de diciembre de 1991, la contratante le informó al contratista la iniciación del trámite para firmar el acta de suspensión y que las vigencias fiscales estaban pendientes para su aprobación (fl. 88, c. 2).

4.2.15. El 13 de febrero de 1992, las partes suscribieron el adicional n.º 2, identificado con el n.º 37, con el fin de prorrogar el contrato hasta el 15 de marzo de 1993, sin más explicaciones. En las demás cláusulas se pactó en forma similar al adicional n.º 1 (fls. 11 y rev., c. 4).

4.2.16. El 24 de febrero siguiente, la contratante informó al contratista sobre la asignación presupuestal para el año de 1992 por un total de \$466.800.000. En consecuencia, solicitó ajustar el programa de ejecución a esa partida, so pena de no responder por los montos que superaran la misma (fl. 92, c. 2).

4.2.17. El 24 de marzo de 1992, la contratista le reiteró a la contratante las dificultades presupuestales. Recordó que el presupuesto del año 1991 llevó a que la demandada paralizara los trabajos. Igualmente, advirtió la insuficiencia de las del año 1992 y solicitó información de las apropiaciones para 1993 (fl. 60, c. ppal).

4.2.18. El 14 de abril siguiente, la contratista recordó a la contratante los perjuicios causados por las deficiencias presupuestales, en tanto en el año de 1991 le fueron asignados \$860.000.000, que se agotaron antes de finalizar el mes de septiembre. En el año de 1992, a pesar del anterior antecedente, se asignaron \$466.800.000, los cuales resultaban suficientes tan sólo para cuatro meses. Por lo anterior insistió en normalizar esa situación lo antes posible (fls. 63 y 64, c. 2).

4.2.19. El 4 de junio de 1992, la contratante requirió a la contratista para la reiniciación de las obras, teniendo en cuenta que para ese año se asignó una partida de \$466.800.000, presupuesto al cual debía ajustarse el programa de inversión (fl. 94, c. 2). El 24 de junio siguiente, el contratista respondió a la contratante que reiniciaría labores en agosto, *“ya que como a usted le consta, el contrato fue suspendido en septiembre del año anterior y los recursos disponibles para el presente año únicamente nos permitirán trabajar durante cinco meses a media marcha”* (fl. 95, c. 2).

4.2.20. El 29 de septiembre de 1992, las partes suscribieron el acta de compromiso para la reiniciación de las obras a partir del 1 de noviembre siguiente y la presentación del nuevo programa de inversiones para el 9 de octubre de 1992 (fl. 96, c. 2).

4.2.21. El 6 de noviembre de 1992, la contratista le solicitó a la contratante un plazo de dos meses más para reiniciar la obra debido a los 4 problemas con la importación de otro país de la maquinaria de trituración y asfalto. Además, solicitó reunir las apropiaciones de 1992 y 1993 (fl. 89, c. 2). El 12 de noviembre de 1992, la contratante manifestó al contratista la viabilidad de su propuesta; sin embargo, advirtió que de no reiniciarse en ese tiempo adicional se aplicarían las sanciones pertinentes (fl. 84, c. 2).

4.2.22. El 10 de diciembre de 1992, la contratista le informó a la contratante que debido a la suspensión de la obra por los problemas presupuestales conocidos, se vio obligada a disponer de los equipos de trituración y mezcla asfáltica para disminuir el lucro cesante. Igualmente, señaló que en junio del año en curso se le ordenó iniciar la obra y ese requerimiento le impuso un esfuerzo económico significativo, razón por la cual solicitaron un anticipo especial (fl. 90, c. 2). El 26 de enero de 1993, la contratante le respondió al contratista que era inviable el anticipo especial, en tanto sólo los concedieron para la vigencia de 1991 (fl. 101, c. 2).

4.2.23. El 15 y 19 de enero de 1993, la contratista solicitó a la contratante que certificara la distribución de las asignaciones presupuestales. Esta solicitud fue respondida el 10 de marzo de 1993 (fl. 204, c. 4). También solicitó la ampliación del término de ejecución en por lo menos un año. Para el efecto, adujo los problemas producidos por la suspensión de las obras desde septiembre de 1991 (fl. 98, c. 2, fl. 203, c. 4).

4.2.24. El 8 de marzo de 1993, las partes suscribieron el adicional n.º 3, el cual se identificó con el n.º 079, para ampliar el plazo del contrato hasta el 28 de febrero de 1994, el cual se sujetó a las mismas cláusulas de los adicionales n.ºs 1 y 2 (fls. 12 y rev., c. 4).

4.2.25. El 14 de julio de 1993, la contratante requirió al contratista por el atraso en el avance de las obras (fls. 206 y 207, c. 4). El 21 y 26 de julio siguiente, el

contratista respondió que estaba triplicando la producción de asfalto para el cumplimiento de las metas fijadas, pero que esperaban que el año siguiente se asignara el presupuesto suficiente para continuar en esa dirección (fls. 208 y 209, c. 4).

4.2.26. El 9 de agosto de 1993, la interventoría solicitó a la contratante la imposición de multas al contratista por el incumplimiento en la señalización de la obra (fls. 210 y 211, c. 4).

4.2.27. El 28 de febrero de 1994, las partes firmaron el adicional n.º 4, identificado con el n.º 30, con el de ampliar el plazo hasta el 31 de diciembre siguiente. En las demás cláusulas se pactó en similar sentido a sus predecesores (fls. 16 y rev., c. 5).

4.2.28. El 24 de agosto de 1994, las partes del contrato en estudio conciliaron ante la Procuraduría Cuarenta y Cinco Judicial para Asuntos Administrativos, en relación con las cuentas presentadas hasta el acta n.º 54 de noviembre de 1993, así (fls. 8 a 12, c. 5):

*A continuación el señor Procurador procede a dar inicio a la diligencia, anunciando el objeto concreto de la misma e insta a las partes para que propongan fórmulas de arreglo pues ese objetivo apunta la Ley 23 de 1991, bajo cuyo amparo se está adelantando este trámite. Se le otorga el uso de la palabra al señor apoderado de la empresa Construca S.A. para que manifieste la fórmula a la que haya llegado, de contenido económico, luego de la discusión sostenida con el Instituto Nacional de Vías, que figura como la parte eventualmente demandada. Se expresa así: “Efectivamente las partes después de varias reuniones, del análisis de los documentos que soportaban las peticiones del contratista, han logrado un acuerdo conciliatorio que se resume o condensa en el acta de conciliación del 22 de agosto de 1994, que se anexa y la cual se encuentra debidamente suscrita por el apoderado especial del Instituto Nacional de Vías, con poder para conciliar, así como de sus inmediatos superiores. La suma en que se concreta la conciliación es igual a \$658.694.838.67, la cual habrá de ser pagada en los términos contemplados en el numeral 2 literal b del acta ya mencionada. Es también importante precisar que esta conciliación hace relación exclusivamente con los extracostos financieros ocasionados por el retraso del pago de las actas de obra durante toda la vigencia del contrato y **concretamente hasta el acta de obra n.º 54 de noviembre de 1993**, según consta en el certificado de pagos expedidos por la División de Presupuestos y División de Contabilidad, el día 22 de marzo de 1994, documento sobre el cual se efectuaron los correspondientes cálculos*

económicos y que hace parte de los anexos entregados en esta audiencia”. Seguidamente el señor apoderado del Instituto Nacional de Vías, manifiesta: “Quiero señalar en nombre del Instituto Nacional de Vías, al señor Procurador que tal como lo ha dicho la parte actora, conciliamos las pretensiones formuladas a este Despacho en la suma de \$658.694.838.67. Igualmente acordamos que esta suma no devengará intereses sino a partir de 1 de enero de 1995, fecha desde la cual se cancelarán intereses en la forma establecida en el artículo 177 del C.C.A. De igual manera se establece que la citada compañía Construca hizo, de la pretensión inicial, un descuento del 20% de la liquidación efectuada por el Instituto, tomando intereses corrientes y moratorios bancarios, es decir, que la entidad tuvo un ahorro de \$462.799.067. Igualmente se deja constancia que la conciliación es efectuada, con suma corte, fecha de hoy, es decir, de esta audiencia” (se destaca).

4.2.29. La anterior conciliación fue aprobada por el Tribunal Administrativo de Boyacá a través del auto del 12 de octubre de 1994 (fls. 4 a 7, c. 5).

4.2.30. El 29 de diciembre de 1994, las partes firmaron el adicional n.º 5, numerado 927, por medio del cual se prorrogó el contrato hasta el 31 de junio de 1995, sin más explicaciones. En los demás el contrato se mantuvo igual (fls. 13 y rev., c. 4).

4.2.31. El 15 de mayo de 1995, las partes suscribieron el adicional n.º 6, numerado 562, para adicionar el valor del contrato en la suma de \$209.321.538.46 (fls. 14 y 15, c. 4).

4.2.32. El 5 de junio de 1995, las partes suscribieron el adicional n.º 7, con el n.º 716, con el fin de prorrogar el contrato hasta el 31 de diciembre siguiente (fls. 16 y rev., c. 4). En lo demás el contrato se mantuvo en similares condiciones.

4.2.33. El 15 de noviembre de 1995, la interventoría, no sin antes advertir del lento desarrollo de las obras, solicitó la adición del contrato por tres meses más (fls. 239 y 240, c. 9).

4.2.34. El 14 de diciembre de 1995, las partes introdujeron el siguiente otrosí al contrato en estudio (fls. 27 y rev., c. 5):

EL INSTITUTO entregará al CONTRATISTA la suma de SEISCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$650.000.000) MONEDA CORRIENTE, más la suma que corresponda por concepto de IVA, a título de pago anticipado sobre el valor actualizado del contrato, es decir, sobre el valor inicial del contrato incluidos el valor de los contratos adicionales y los ajustes causados. Este pago anticipado se descontará de las cuentas mensuales de cobro por obra ejecutada, a más tardar a partir del mes de enero de 1996; si una vez cancelado el pago anticipado el contrato aún cuenta con saldo en el registro presupuestal, el contratista podrá presentar cuentas de cobro por el valor correspondiente a las actas de obra de los meses de noviembre y diciembre de 1995 [en los párrafos subsiguientes se explica la forma de aplicar el anticipo aquí pactado. Igualmente, se ampliaron las coberturas de las garantías].

4.2.35. Mediante el adicional n.º 8, con número 840-8-88 de 1995, del 28 de diciembre de 1995, las partes adicionaron el contrato en la suma de \$43.609.109 y lo prorrogaron hasta el 28 de febrero de 1996 (fls. 17 a 19, c. 4).

4.2.36. El 29 de enero de 1996, la contratista solicitó una ampliación del plazo hasta el 30 de abril siguiente, debido a la realización de obras adicionales y la caída de un puente (fl. 246, c. 9).

4.2.37. El 12 de febrero de 1996, las partes a través del adicional n.º 9, con número 840-9-88, prorrogaron el contrato hasta el 31 de marzo de 1996. En lo demás el contrato se mantuvo incólume (fls. 26 y rev., c. 5).

4.2.38. El 1 de marzo de 1996, la contratista solicitó a la contratante la prórroga del contrato por un mes más, debido a la falta de definición del Invías de las obras correctivas (fl. 247, c. 9).

4.2.39. El 29 de marzo de 1996, mediante el adicional n.º 10, las partes prorrogaron el contrato hasta el 30 de abril de 1996, lo demás se mantuvo sin modificaciones (fl. 28 y rev., c. 5).

4.2.40. De la certificación del 7 de octubre de 1996 de pagos de las actas de obra y las actas de reajuste, expedida por los Jefes de Revisión de Tesorería y División de Contabilidad del Invías, se tiene (fls. 145 y 146, c. 4)²¹:

CUADRO N.º 1. Relación de pago de las cuentas

CUENTA	PERIODO	VALOR PAGADO ²²	FECHA APROBACIÓN	FECHA PRESENTACIÓN	FECHA DE PAGO
55 - 55P	DIC/93	103.904.543.53	06/ENE/94	4/MAR/94	22/ABR/94
56 - 56P	ENE/94	117.434.370.38	8/FEB/94	4/MAR/94	22/ABR/94
57 - 57P	FEB/94	10.345.368.60	9/MAR/94	29/MAR/94	29/ABR/94
		90.136.633.11	//	29/MAR/94	29/JUL/94 ²³
58 - 58P	MAR/94	61.898.778.74	8/ABR/94	21/ABR/94	29/JUL/94
60-60P	MAY/94	73.162.726.62	9/JUN/94	22/JUN/94	4/AGO/94
69-69P	ABR/94	72.983.762.73	9/MAY/94	12/JUL/94	4/AGO/94
61-61P	JUN/94	79.670.067.60	8/JUL/94	18/JUL/94	30/AGO/94
62-62P	JUL/94	103.111.291.07	//	22/AGO/94	22/SEP/94
63-63P	AGO/94	83.715.239.54	9/SEP/94	22/SEP/94	13/OCT/94
64-64P	SEP/94	72.715.256.74	//	13/OCT/94	31/OCT/94
65-65P	OCT-94	696.203.35	9/NOV/95	16/NOV/94	5/DIC/94
67-67P	DIC-94	114.314.718.13	//	21/DIC/94	17/FEB/95
		43.268.191.28	//	21/DIC/94	17/FEB/95
66-66P	NOV/94	41.816.581.26	//	21/DIC/94	17/FEB/95
67-67AP	DIC/94	51.009.637.05	20/DIC/94	30/DIC/94	17/FEB/95
68-68P	ENE/95	20.539.570.30	10/FEB/95	23/FEB/95	22/MAR/95
69-69P	FEB/95	12.252.106.35	//	23/MAR/95	20/ABR/95
70-70P	MAR/95	2.946.072.42	10/MAY/95	18/MAY/95	12/JUN/95
71-71P	MAY/95	21.942.561.35	10/MAY/95	18/MAY/95	12/JUN/95
		61.678.646.07	//	18/MAY/95	9/JUN/95
72-72P	MAY/95	65.794.494.49	10/JUN/95	6/JUL/95	21/JUL/95
		2.558.371.90	//	27/JUL/95	15/AGO/95
73-73P	JUN/95	250.616.168.71	//	27/JUL/95	15/AGO/95
74-74P	JUL/95	112.396.116.82	9/AGO/95	20/SEP/95	5/OCT/95
76-76P	SEP/95	124.137.295.72	10/OCT/95	13/OCT/95	3/NOV/95
44570	FEB/94	28.031.585.15	//	3/NOV/95	29/NOV/95
77-77P	OCT/95	83.094.493.18	3/NOV/95	8/NOV/95	11/DIC/95
78-78P	NOV-95	158.985.573.70	5/DIC/95	11/DIC/95	18/ENE/96
		613.957.254.31	//	29/DIC/95	2/FEB/96
79-79P	DIC-95	0 ²⁴	29/FEB/96	//	//
5873D	JUL/95	0 ²⁵	15/FEB/96	6/MAR/96	//

²¹ Sólo se relacionaron las cuentas de diciembre de 1993 en adelante, en tanto las anteriores fueron conciliadas por las partes según lo consignado en esta providencia en los numerales 3.2.28 y 3.2.29 *supra*.

²² En esta suma están incorporados los valores del acta de obra y su correspondiente reajuste, tal como se puede corroborar en la certificación donde esas cifras están discriminadas.

²³ Los sombreados corresponden a las actas que se pagaron después del mes de presentada la cuenta de cobro aprobada.

²⁴ Todas las sumas que aparecen en 0, en la columna de valor pagado, fueron amortizadas en su totalidad por el pago anticipado efectuado por la contratante al contratista el 2 de febrero de 1996 por la suma de \$613.957.254.31. De esa suma, según la certificación que sirvió de base para el cuadro, el contratista tenía pendiente al 7 de octubre de 1996 por amortizar la suma de \$265.567.584.42 (fl. 146, c. 4).

80-80P	ENE/96	0 ²⁶	//	29/MAR/96	//
81-81P	FEB/96	0 ²⁷	27/MAR/96	16/ABR/96	//
82-82P	MAR/96	0 ²⁸	29/MAY/96	27/MAY/96	//

4.2.41. El 21 de febrero de 1997, el supervisor y el interventor firmaron el acta de recibo definitivo de la obra. La misma no fue suscrita por la contratista (fls. 213 y 214, c. 4).

4.2.42. Los informes de la interventoría dan cuenta del siguiente comportamiento entre los valores de obra programada y obra ejecutada (c. 19)²⁹:

CUADRO N.º 2. Informes de interventoría de ejecución de obra

INFORME	PERIODO REVISADO	INVERSIÓN PROGRAMADA		INVERSIÓN EJECUTADA		Folio
		MENSUAL	ACUMULADA	MENSUAL	ACUMULADA	
9	MARZO/90	41.079	391.822	44.704	425.600	3
10	ABRIL/90	41.079	432.901	35.640	461.240	15
11	MAYO/90	41.079	473.981	24.166	485.406	20
12	JUNIO/90	41.079	515.060	31.751	517.157	25
13	JULIO/90	41.079	556.140	22.377	539.534	29
14	AGOSTO/90	-	556.140	18.342	557.876	33
15	SEPTIEMBRE/ 90	-	556.140	28.254	586.130	37
16	OCTUBRE/90	-	556.140	32.561	618.691	41
17	NOVIEMBRE/ 90	-	556.139.570	39.449.243	658.139.848	45
18	DICIEMBRE/90	-	556.139.570	13.770.446	671.910.294	49
19	ENERO/91	-	556.139.570	19.877.068	691.787.362	53
20	FEBRERO/91	140.819.060	696.958.630	36.453.238	728.240.600	57
21	MARZO/91	10.443.940	707.402.570	33.532.354	761.772.954	61
22	ABRIL/91	10.443.940	717.846.500	34.827.581	796.600.535	65
23	MAYO/91	107.140.340	824.986.840	29.027.919	825.628.454	69
24	JUNIO/91	124.979.090	853.269.530	36.860.953	862.489.407	73
25	JULIO/91	33.072.460	886.341.990	45.871.800	908.361.207	77
26	AGOSTO/91	33.072.470	919.414.460	35.334.234	943.695.441	82

²⁵ *Ibíd.* pie de página 24.

²⁶ *Ibíd.* pie de página 24.

²⁷ *Ibíd.* pie de página 24.

²⁸ *Ibíd.* pie de página 24.

²⁹ Las cifras del cuadro son en pesos colombianos y todo indica que las sumas de los informes 9 al 16 son en millones de pesos, tal como lo reflejan los demás informes.

Acción contractual – Expediente 38.313
Actora: Constructora de Carreteras y Obras Civiles S.A. y otros
Demandado: Invías
Revoca fallo de primera instancia – Accede parcialmente a las pretensiones

27	SEPTIEMBRE/ 91	33.072.460	952.486.920	54.381.320	998.076.761	85
44	ENERO/93	5.570.000	1.037.779.060	5.709.862	1.038.356.471	175
45	FEBRERO/93	14.273.000	1.052.052.000	12.181.424	1.050.537.000 ³⁰	178
46	MARZO/93	13.925	1.065.978	14.322	1.064.859	182
47	ABRIL/93	21.584	1.087.561	13.405	1.078.264	187
48	MAYO/93	37.424	1.124.985	32.975	1.111.239	92
49	JUNIO/93	37.424	1.162.410	33.908	1.145.147	99
50	JULIO/93	37.424	1.199.834	17.118	1.162.265	106
51	AGOSTO/93	37.424	1.237.258	13.044	1.175.309	113
52	SEPTIEMBRE/ 93	37.424	1.274.682	23.691	1.199.000	114
53	OCTUBRE/93	37.424	1.312.106	37.104	1.236.104	125
54	NOVIEMBRE/ 93	27.502	1.339.609	46.719	1.282.823	130
55	DICIEMBRE/9 3	20.714.	1.360.322	34.354	1.317.177	134
56	ENERO/94	-	1.360.322	38.489	1.355.666	144
57	FEBRERO/94	-	1.360.322	38.489	1.355.666	150
58	MARZO/94	20.138	1.394.439	20.702	1.409.451	156
59	ABRIL/94	20.018	1.428.904	21.978	1.431.429	161
60	MAYO/94	20.018	1.428.922	22.143	1.453.572	166
61	JUNIO/94	20.018	1.468.939	23.682	1.477.254	171
63	AGOSTO/94	20.018	1.508.975	25.005	1.532.709	194
64	SEPTIEMBRE/ 94	20.017	1.528.992	21.286	1.553.995	199
65	OCTUBRE/94	20.017	1.549.009	13.045	1.567.040	205
66	NOVIEMBRE/ 94	20.018	1.569.027	12.500	1.579.540	207
Sin datos	Sin datos	6.130	1.633.256	6.130	1.633.256	215
69	FEBRERO/95	30.461	1.659.193	3.623	1.636.879	219
70	MARZO/95	24.369	1.669.811	859	1.637.738	225
71	ABRIL/95	20.714	1.690.525	23.399	1.661.137	227
72	MAYO/95	21.410	1.711.935	16.915	1.678.052	231
73	JUNIO/95	28.721	1.740.656	65.163	1.743.215	240
74	JULIO/95	58.486	1.800.186	27.687	1.770.902	246
75	AGOSTO/95	64.405	1.864.591	16.032	1.786.934	250
76	SEPTIEMBRE/ 95	27.238	1.891.919	14.152	1.801.086	255
77	OCTUBRE/95	11.847	1.903.766	20.354	1.821.440	260
78	NOVIEMBRE/ 95	22.628	1.926.394	38.295	1.859.735	265
79	DICIEMBRE/9 5	24.593	1.949.977	33.939	1.893.674	270
80	ENERO/96	0	1.949.977	21.196	1.914.870	275
81	FEBRERO/96	8.261	1.958.238	14.960	1.929.830	285
82	MARZO/96	31.345	1.993.587	5.540	1.935.370	289

4.2.43. El 6 de abril de 1998, según nota de recibido de quien se identifica como Carol Rendón, fue invitado el contratista a firmar el acta de liquidación bilateral,

³⁰ Las casillas marcadas corresponden a los meses en que el contratista no cumplió con las obras programadas.

mediante oficio 8150 del 3 de abril del referido año (fl. 2, c. 8). Este hecho fue confirmado en la parte considerativa de resolución de liquidación unilateral aquí atacada (fl. 3, c. 8); el 30 de abril de 1998, mediante resolución n.º 2162, el Invías liquidó unilateralmente el contrato (fls. 3 a 7, c. 8), en la cual definió que lo ejecutado fue la suma de \$5.390.535.912.39. De esa suma, \$1.993.559.550.90 lo fueron por actas de obra y \$3.396.976.361.49 correspondieron a actas de ajustes (fl. 5, c. 8). Igualmente, estableció que el contratista debía reintegrar la suma de \$4.117.350.13 por anticipo no amortizado y la suma de \$54.228.031.35 por la no realización de un parcheo ordenado (fl. 6, c. 8).

4.2.44. El 21 de junio de 1995 (fl. 1, c. 21), el *a quo* decretó la práctica de un dictamen pericial solicitado por la actora, con el fin de que se pronunciaran sobre los extracostos por (i) la suspensión de las labores (personal, pérdida de la labor de descapote para la explotación de materiales, desmonte y montaje de los equipos para la producción de asfalto y costos de administración), (ii) la mayor permanencia en la obra (administración, personal y equipo que no se amortizó por la extensión del contrato) y (iii) los intereses de mora por el pago tardío de las actas desde el mes de diciembre 1994.

4.2.44.1. El 24 de junio de 1997, los peritos ingenieros de vías y transporte presentaron su peritaje, en el que se determinó que (i) los costos administrativos por la prolongación total del plazo ascendieron a la suma de \$679.896.251.50, para lo cual multiplicaron el valor mensual de administración consignado en la propuesta por el porcentaje de administración y lo dividieron por el número total de meses de ejecución; (ii) los costos administrativos facturados en las actas de obra y reajuste se calcularon por equipos en la suma de \$4.854.353.826.69, valor actualizado a enero de 1997. Los peritos se limitan a efectuar una serie de operaciones matemáticas y lo apoyan con la proyección de utilización de los equipos según la propuesta y lo ejecutado (fls.17 a 32, c. 21).

(iii) Los intereses moratorios se calcularon con base en las actas de obra y actas de reajuste presentadas desde 1989 hasta 1993, con base en los intereses comerciales (fls. 20 y 21, c. 21), ejercicio que arrojó una suma de \$1.199.202.511.

Igualmente, el ejercicio lo efectuaron con base al 12% mensual que dispone la Ley 80 de 1993, el cual arrojó la suma de \$199.865.378.70 (fl. 33, c. 21).

4.2.44.2. Una vez se corrió traslado del dictamen (fl. 34, c. 21), la actora solicitó que se liquidaran los intereses moratorios con base en lo dispuesto en numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 1 del Decreto reglamentario 679 de 1994. Adicionalmente pidió que los peritos allegaran pruebas de los perjuicios causados por la mayor permanencia en la obra (fls. 36 y 37, c. 21).

Por su parte, el Invías solicitó que se explicaran los fundamentos para determinar la mora en el pago de las actas, así como las pruebas que apoyaron los extracostos por equipos, si se diferenció la tarifa plena de la *stand by*, si se tuvo en cuenta la programación de la obra para la utilización de los equipos y el informe de la interventoría, se aclare el método utilizado para el cálculo del índice de facturación y el cálculo de los costos de administración, para determinar si se tuvo en cuenta un promedio diario o el de un acta (fl. 38, c. 21).

4.2.44.3. Los peritos rindieron sus aclaraciones, en el sentido de afirmar que las deficiencias presupuestales obligaron al contratista a ejecutar a un ritmo mínimo, lo que produjo diferentes sobrecostos (fls. 53 a 90, c. 21). De los ejercicios efectuados determinaron que los perjuicios causados se concretaron en los costos de administración durante todo el plazo contractual, los costos administrativos por disponibilidad de equipos (aquí distinguieron el periodo de suspensión del periodo activo, de tal forma que la tarifa que tomaron para el primero fue del 50% de la tarifa plena) y los costos por la mano de obra (fl. 86, c. 21). El valor actualizado de esos perjuicios ascendió a la suma de \$24.864.352.830.04 (fl. 88, c. 21).

Finalmente, precisaron que los intereses de mora sobre las cuentas de cobro con base en los intereses comerciales eran de \$45.278.145.72 y con base en la Ley 80 de 1993 de \$18.267.614 (fl. 88, c. 21).

4.2.44.4. Una vez se corrió traslado del anterior escrito a las partes (fl. 93, c. 21), la demandada objetó por error grave el dictamen (fls. 121 a 129, c. 21). En tal sentido, sostuvo que los peritos omitieron analizar los informes de la interventoría y el cruce de correspondencia entre las partes, pruebas que dan cuenta de lo ocurrido en la ejecución contractual. Así mismo, desconocieron los demás antecedentes obrantes en la oficina principal del Invías.

Igualmente, desconocieron que el contrato fue adicionado en su valor, lo cual generó más utilidades para el contratista, sin que el dictamen analizara el impactado de estos adicionales; tampoco analizaron el impacto de las obras complementarias pactadas originalmente; desconocieron que se pactó que la ejecución debió adecuarse a las partidas presupuestales. Reprocharon que los peritos tomaran la ejecución del contrato sin ninguna interrupción, en tanto en el mismo contrato se estimó un porcentaje de imprevistos, que no se estimó para los cálculos de los peritos. Tampoco se estimaron las condiciones de los equipos y el hecho de que fueron desmontados y enviados a otras obras.

Los peritos elevaron el número de meses de suspensión indicado en la demanda de 8.25 meses a 14.83 meses. Tampoco estimaron los perjuicios causados a la demandada por la demora en la reiniciación de las obras. También tomaron un valor diferente al estimado en la propuesta para la mano de obra. No estimaron el impacto de los reajustes en las reclamaciones de la demanda.

La objetante llamó la atención en el desconocimiento del incumplimiento del contratista, que la parálisis de la obra por falta de recursos fue de tres meses, entre octubre y noviembre de 1991.

Finalmente, solicitó como pruebas, entre otras, que se oficiara a la Oficina Jurídica y a la Subdirección de Construcción del Invías para rindieran informe técnico sobre la ejecución contractual, remitiera la bitácora de obra y las causas de la no reiniciación oportuna por parte del contratista (fl. 127, c. 21).

4.2.44.5. La prueba arriba referida fue decretada por el *a quo* (fl. 152, c. 21) y en su cumplimiento las dependencias del Invías allegaron los memorandos n.º 34543

del 15 de diciembre de 1998 y 24348 del 12 de agosto de 1999 (fls. 215 a 223, c. 21). En ellos se dejan expuestas los conceptos de la referida Subdirección para recomendar que se negaran los desequilibrios y que coincidan con los argumentos de defensa del Invías.

4.2.44.6. Para resolver sobre la objeción por error grave, la Sala observa que aunque el *a quo* omitió sobre su pronunciamiento, se impone resolver sobre el particular en los términos del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, que obliga complementar la sentencia de primera instancia siempre que el perjudicado con la omisión haya apelado, como ocurrió en esta oportunidad, en la que todas la partes apelaron.

Así, los argumentos de la objetante descansan en la falta de fundamentación del dictamen, en la valoración inadecuada de algunas pruebas por parte de los peritos y la omisión de considerar algunos aspectos jurídicos y de fondo del asunto.

Al respecto, es preciso señalar que la falta de fundamentación del dictamen no constituye un error grave³¹, sino un defecto de la sustentación de esa prueba. Igualmente, el análisis probatorio final corresponde al juez del contrato, razón por la cual los peritos deben limitarse a rendir su experticia dentro de los términos solicitados y si se apoyan en el análisis de algunas pruebas, será el juez el que determine el valor probatorio final de las mismas.

Ahora, no se desconoce que en el *sub lite* los peritos con el ánimo de fundar sus conclusiones hicieron algunas valoraciones probatorias que no les correspondían, incluso apreciaciones de tipo jurídico; sin embargo, esas

³¹ Con base en la doctrina nacional, la Sala ha sostenido que “*la falta de fundamentación del dictamen impide determinar si las conclusiones del peritaje son precisas o pudieran ser otras, mutatis mutandi el dictamen es incompleto y, por consiguiente, insuficiente para probar. Por su parte, el error grave es aquel que permite señalar sin ambages que el sentido del peritaje sería otro, es decir, hay un dictamen completo pero equivocado*”. En: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 28.682, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

irregularidades son insuficientes para inscribirlos en un error grave, a lo sumo darán lugar a desestimar esas conclusiones. Lo cierto es que la prueba se rindió en el marco de lo solicitado, que fue la estimación de los perjuicios causados por la mayor permanencia y la mora en el pago de las actas. Ahora, lo que falta por determinar es si se encuentra fundamentada, pero esa será una labor que emprenderá la Sala al analizar el fondo de la cuestión.

4.3. De la mayor permanencia en la obra

4.3.1. De entrada es necesario recordar que sobre la mayor permanencia en la obra, esta Corporación ha tenido la oportunidad de precisar³²:

La mayor permanencia de obra se refiere a la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, por hechos no imputables al contratista, y debido al incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante, que aun cuando no implican mayores cantidades de obra u obras adicionales, traumatizan la economía del contrato en tanto afectan su precio, por la ampliación o extensión del plazo, que termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento.

De ahí que, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la Administración al contratista cumplido, siempre y cuando se acrediten esos mayores costos y se demuestre la afectación al equilibrio económico del contrato³³, esto es, que se encuentra el contratista en punto de pérdida³⁴.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido, entre otras: sentencias del 29 de abril de 1999, exp. 14.855, M.P. Daniel Suárez Hernández; 31 de marzo de 2003, exp. 12431, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 11 de septiembre de 2003, exp. 14.781, M.P. Ricardo Hoyos Duque; 29 de enero de 2004, exp. 10.779, M.P. Alier Hernández Enríquez; 29 de agosto de 2007, exp. 14.854, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; 31 de agosto de 2011, exp. 18080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y 28 de septiembre de 2012, exp. 25.388, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. En reciente, oportunidad, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2016, exp. 34.288, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

³³ Cita original: La Sala ha dicho que “para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos, representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab - initio, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del álea del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de

De lo expuesto se tiene que para el reconocimiento de las pretensiones por mayor permanencia en la obra se deberá acreditar (i) la prolongación en el tiempo de la ejecución inicialmente pactada; (ii) que esa extensión obedezca a hechos no imputables al contratista, e imputables o no a su contraparte; (iii) que el contratista cumpla con su débito contractual, y (iv) que se acrediten los mayores extra costos generados por la mayor permanencia en la obra.

Frente al último de los requisitos en mención, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido particularmente exigente. En efecto, en relación con la carga probatoria de los mayores extracostos, precisó³⁵:

Acerca de este tema, resulta oportuno traer a colación el pronunciamiento que hizo la Sección Tercera en el siguiente sentido:

“Si el valor del contrato es pagado tardíamente, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses que constituyen la rentabilidad que la ley presume produce el dinero y a la actualización de la suma debida, que responde al principio del pago integral de la obligación. Pero si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión de la obra, estos perjuicios deberán ser acreditados. Ellos efectivamente serían de linaje contractual pues se originaron en el desarrollo del contrato, pero no son prestaciones pactadas en el contrato; su ocurrencia y su monto no han sido previstos en él y por ende al actor le corresponde demostrarlos cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos.” (Negrilla y subrayado de la Sala)³⁶.

Bajo este contexto, resulta claro que aunque en el sub lite se encuentre plenamente demostrado que la mayor extensión del plazo contractual, ocurrió por las sucesivas prórrogas de que fue objeto el contrato de obra pública No. 051 de 1991 y que, además, se encuentra probado que las mismas fueron imputables, al incumplimiento de la entidad pública contratante, tales circunstancias determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el

septiembre de 2003, Exp. 15119, reiterada entre otras providencias por la Sentencia de 8 de marzo de 2007, Exp. 15052.

³⁴ Cita original: Actualmente, el numeral 1 del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, determina que el restablecimiento de la ecuación financiera por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas debe hacerse “a un punto de no pérdida”.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 14.854, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁶ Cita original: Sentencia de 28 de Octubre de 1994, Exp. 8092, criterio reiterado por la Sala en Sentencia de 29 de enero de 2004, Exp. 10779, MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre que, tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los perjuicios que dice haber sufrido, sino que además se requiere que el demandante haya demostrado, de una parte que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda y, de otra, que determine el quantum, toda vez que a él le corresponde la carga de la prueba, según los mandatos del artículo 177 del C. de P.C. (se subraya).

En este asunto se analizarán dos cuestiones, la suspensión, por un lado, y las prórrogas del contrato, las que según la parte actora fueron causadas por la falta de recursos suficientes para emprender las obras. Sobre cada una de ellas se tiene:

4.3.2. *La suspensión de la obra.* En enero y mayo de 1989, antes de iniciar la ejecución del contrato³⁷, el contratista advirtió a la contratante sobre la necesidad de incrementar las partidas presupuestales; sin embargo, las respuestas de la contratante se limitaron a advertir que el dinero provenía del recaudo de peajes y que el incremento debía atemperarse a los mismos (numerales 4.2.3. y 4.2.4. *supra*).

Las mismas solicitudes fueron reiteradas por el contratista en octubre y diciembre de 1989 e incluso llegó a pedir que se incrementara el anticipo (numerales 4.2.6. y 4.2.7. *supra*). Esas mismas inquietudes se reprodujeron para 1990 (numeral 4.2.9. *supra*), hasta el punto que el 23 de agosto de 1990 la interventoría, quien venía advirtiendo de incumplimientos del contratista en la calidad y cantidad de las obras, aceptó que eran reales las deficiencias presupuestales (fl. 47, c. 2, numeral 4.2.9. citado).

El 21 de diciembre de 1990 las partes suscriben el primer contrato adicional, identificado con el n.º 925, con el fin de prorrogarlo hasta el 15 de agosto de 1992, sin que se conozcan las razones expresas que lo motivaron (fl. 10 y rev., c. 2). Lo que sí quedó claro es que el contratista se ceñiría a un nuevo programa de obras aprobado por el Secretario Técnico del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y que las demás cláusulas del contrato de obra seguirían iguales (cláusulas tercera y cuarta, numeral 4.2.12. *supra*).

³⁷ Vale recordar que la ejecución se inició el 16 de julio de 1989, numeral 4.2.5. *supra*.

La suscripción del referido adicional no remedió la inconformidad del contratista frente a la suficiencia del presupuesto asignado al contrato, así lo dejó entrever en su comunicación del 26 de febrero de 1991 (numeral 4.2.13 *supra*). La contratante sólo respondió hasta el 19 de septiembre siguiente en el sentido de reiterarle al contratista que debía ajustar su programa de obras a lo presupuestado y que no se haría responsable por lo ejecutado por encima de eses monto (fl. 77, c. ppal, *supra* 4.2.14).

Lo anterior llevó al contratista a suspender unilateralmente las obras, según lo dejó expuesto en su comunicación del 4 de octubre de 1991 (numeral 4.2.14.1. *supra*). Al respecto, en noviembre y diciembre de 1991 la contratante manifestó a la contratista que no contaba con más recursos y que procedería a la firma de un acta de suspensión (numerales 4.2.14.2. y 4.2.14.3. *supra*), de cuya suscripción no da cuenta el expediente.

Para el siguiente año, más precisamente para el 13 de febrero de 1992 las partes firmaron el segundo adicional con el fin de prorrogar la ejecución hasta el 15 de marzo de 1993 (numeral 4.2.15. *supra*). Tampoco en esta oportunidad se explicaron los motivos de ese acuerdo; sin embargo, las mismas reclamaciones del contratista sobre el presupuesto de las obra se reprodujeron en los meses subsiguientes (numerales 4.2.16 a 4.2.18 *supra*).

Para junio de 1992 la contratante requirió al contratista para que reiniciara las obras y le solicitó que ajustara su cronograma a lo presupuestado. El contratista respondió que iniciaría la ejecución en agosto siguiente *“ya que como a usted le consta, el contrato fue suspendido en septiembre del año anterior y los recursos disponibles para el presente año únicamente nos permitirán trabajar durante cinco meses a media marcha”* (fl. 95, c. 2) (numeral 4.2.19. *supra*). El 29 de septiembre de 1992, las partes suscribieron el acta de reiniciación de la obra a partir del 1 de noviembre siguiente y la presentación de un nuevo programa de inversión, lo cual debería hacerse a más tardar el 9 de octubre de 1992 (numeral 4.2.20. *supra*).

No obstante, lo anterior el contratista le solicitó dos meses más para reiniciar la obra, debido a problemas con la importación de una maquinaria. Esa petición fue aceptada por la contratante (numeral 4.2.21. *supra*), razón por la cual se tenía que la reiniciación de las obras debía producirse el 1 de enero de 1993.

No puede pasarse por alto que el 10 de diciembre de 1992, al solicitar un anticipo especial, el contratista aceptó que los equipos se encontraban en otras obras, con el fin de disminuir su lucro cesante (fl. 90, c. 2, numeral 4.2.22. *supra*).

De todo lo expuesto se desprende que (i) desde antes de la iniciación de la obra e incluso después de esta, el contratista advirtió problemas presupuestales, en particular por la insuficiencia de las partidas para atender la obra en el plazo pactado; (ii) la contratante se limitó a referir que los recursos provenían de los recaudados de peaje y que el contratista debía ajustar la ejecución a esos montos; (iii) que en el primer adicional, las partes no dejaron expuesta esta problemática, sino que se limitaron a acordar que el contratista debía ajustarse a un nuevo cronograma de obra y que las demás cláusulas quedarían sin cambios; (iii) que después de ese contrato persistieron los problemas presupuestales, según las comunicaciones del contratista, al tiempo que la contratante se limitó a ordenarle que ajustara su programa de obra a las partidas; (iv) que como consecuencia de ese panorama, el 4 de octubre de 1991 el contratista suspendió unilateralmente el contrato y destinó los equipos a otras obras; (v) que tampoco el adicional n.º 2 del 13 de febrero de 1992 sirvió para superar esas diferencias, tan sólo se acordó en la misma dirección del primer adicional, y (vi) según las comunicaciones cruzadas, el contratista debía reiniciar las obras a más tardar el 1 de enero de 1993.

Así, es claro que existió una prolongación del plazo contractual más allá de lo pactado originalmente.

Sin perder de vista los anteriores hechos probados y con el ánimo de determinar si esa prolongación le es imputable a la demandada y exenta de culpa de la

parte demandante, la Sala al revisar los pliegos de condiciones encuentra que frente al manejo económico del contrato se advirtió que el futuro contratista presentaría para su aprobación ante la contratante un programa de inversiones de acuerdo con la reservas disponibles (ítem 2.7, numeral 4.2.1. *supra*) y que la financiación de la obra sería con recursos del peaje (ítem 3.1.5., numeral 4.2.1. *supra*).

Ahora, al revisar el contrato se tiene que en la cláusula tercera del contrato se dispuso que para 1988 se contaban con \$28.000.000, pero que existía un saldo disponible para cubrir el valor del contrato celebrado (numeral 4.2.2. *supra*)³⁸. Lo

³⁸ Las normas presupuestales de la época permitían ese tipo de compromisos. En efecto, el artículo 77 del Decreto 294 de 1973, por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, vigente para la fecha en que se suscribió el contrato (fue derogado por la Ley 38 de 1989), disponía: “El sistema de control de obligaciones operará sobre la base de los acuerdos de obligaciones que aprobará, periódicamente, dentro del año fiscal, el Consejo de Ministros. Se determinará en los acuerdos el monto de las obligaciones que puede crear cada Ministerio y Departamento Administrativo dentro del período para el cual se aprueban, con cargo a sus programas presupuestarios de inversión. Se podrá especificar en los acuerdos la clase de obligaciones si el Consejo de Ministros estima necesario”. Por su parte, el artículo 78 prescribía: “Los acuerdos de obligaciones se aprobarán conforme a los siguientes requisitos y procedimientos: // a) Los Ministerios y Departamentos Administrativos presentarán al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sus solicitudes para estudio y aprobación en el acuerdo de obligaciones. Las solicitudes se presentarán diez días antes de la fecha de iniciación del primer período y quince días antes de la iniciación de los períodos siguientes. En la solicitud se expresará los programas dentro de los cuales se habrán de crear las obligaciones y el monto que se estime indispensable autorizar; // b) La Dirección General del Presupuesto estudiará la existencia de saldo no comprometido por obligaciones creadas con cargo a las apropiaciones de inversión comprendidas en cada programa presupuestario, saldo equivalente por lo menos al que se vaya a determinar en el acuerdo; // c) El Ministro de Hacienda y Crédito Público fijará el tiempo de duración del período en que regirá el acuerdo y hará conocer su decisión al Consejo de Ministros y a las dependencias administrativas con la anticipación que determinen los reglamentos. Si bien se tratará de conseguir uniformidad en la duración de los períodos, su determinación, sin embargo, se hará conforme a las necesidades por un lapso no menor a dos meses; // d) La Dirección General del Presupuesto preparará el programa de obligaciones para el correspondiente período. En la preparación del programa de obligaciones tomará en consideración las condiciones económicas, administrativas y financieras que prevea en el período y las solicitudes de las dependencias administrativas. En el programa de obligaciones podrá determinar, de ser necesario, la clase de obligaciones que pueden crearse con indicación del objeto de las mismas. El Director General de Presupuesto someterá el programa de obligaciones preparado al estudio y revisión del Ministro de Hacienda y Crédito Público, quien lo presentará al Consejo de Ministros para su aprobación. // Si alguna de las obligaciones propuestas implica la ejecución de programas cuyo cumplimiento toma más de un año fiscal, el Director General de Presupuesto y el Director General de Crédito Público, si es el caso, tomarán nota de ello, y el Gobierno estará obligado a incluir en los proyectos de Presupuesto de los nuevos años fiscales apropiaciones suficientes para atender en forma completa los gastos a que den lugar dichas obligaciones. En tales casos, el valor del acuerdo de obligaciones puede exceder el monto de la apropiación presupuestal del año fiscal en curso, pero los acuerdos de gastos producidos con cargo a esa apropiación no excederán el monto de la apropiación aprobada cada año por el Congreso. // **En todo contrato de obras públicas se estipulará en forma precisa el ritmo de ejecución, para ajustar los pagos a los acuerdos de**

anterior pareciera mostrarse contradictorio frente a lo informado en el pliego sobre el financiamiento de las obras al recaudo de los peajes; sin embargo, el artículo 106 del Decreto Ley 222 de 1983 permitía la combinación de las modalidades de pago del artículo 82 *ejusdem*, entre las cuales están la de precios unitarios fijos y la de concesión por peajes, que fue lo que aquí ocurrió. En consecuencia, el contratista tenía la obligación de sujetarse a las apropiaciones presupuestales y a los recaudos presupuestales, según se le advirtió en los pliegos y se reprodujo en el contrato.

Con todo, tampoco está probado que las apropiaciones fueran insuficientes o que el contratista hubiera ejecutado más allá de estas. En efecto, precisa recordar que el plazo originalmente se fijó en 20 meses después del perfeccionamiento (numeral 4.2.2. *supra*, cláusula cuarta)³⁹. Ahora, si se dividiera el valor inicial del contrato por ese número de meses se obtendría que mensualmente la contratante debía garantizar para la obra una suma de \$87.032.796. Ahora, iniciado el contrato el 16 de julio de 1989, es claro que los recursos para los 5.14 meses de ejecución de esa vigencia debían corresponder a la suma de \$447.348.571. Por su parte, la demandada certificó que para ese año habían \$400.000.000 (fl. 19, c. 2), lo cual demostraría que existió un desfase de \$47.348.571; sin embargo, la ejecución acumulada hasta marzo de 1990

obligaciones y gastos. // En todo contrato se estipulará en forma precisa que la entrega de las sumas de dinero a que la Nación queda comprometida se subordinará a las apropiaciones que de tales sumas expida el Congreso en los respectivos Presupuestos; // e) Una vez aprobado el acuerdo de obligaciones por el Consejo de Ministros, será responsabilidad de cada Ministro y Jefe de Departamento Administrativo distribuir el monto que le corresponda a cada programa en forma que señale la cantidad que corresponde a los subprogramas y proyectos con determinación de la cantidad que corresponde a cada una de las apropiaciones de inversión por objeto del gasto. // La Dirección General del Presupuesto hará la contabilización de la distribución efectuada de conformidad con lo dispuesto en el literal anterior. Para este efecto los Ministerios y Departamentos Administrativos enviarán originales de la distribución efectuada a la indicada Dirección dentro de los diez días siguientes a la aprobación del acuerdo de obligaciones”. Y el artículo 79 disponía “No serán legalmente válidos los compromisos que asuman los Ministerios, Departamentos Administrativos ni Establecimientos Públicos Nacionales, con desconocimiento de las normas sobre acuerdo de obligaciones que les sean aplicables. En consecuencia, no se podrá constituir reservas de apropiaciones, ni refrendar los certificados de reservas que se hubieren constituido sin el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores, y de los demás requisitos establecidos en la Ley”. (se destaca y subraya).

³⁹ No se puede perder de vista que en el pliego de condiciones se estableció un plazo de 24 meses (*ítem* 3.1.4., numeral 4.2.2. *supra*), sin que se conozcan las razones de esa modificación después en el contrato.

ascendió a la suma de \$425.600.000, según los informes de la interventoría (numeral 4.2.42. *supra*). Lo anterior deja una duda que no fue absuelta por las pruebas y es a cuánto ascendió la ejecución acumulada para diciembre de 1989, cuestión que correspondía probar a la parte actora.

Ahora, para el siguiente año, 1990, según el ejercicio arriba propuesto, se debía asegurar para la obra una cantidad que ascendía a la suma de \$1.044.393.552, que mensualmente correspondían a la suma de los \$87.032.796 referidos en el párrafo presente. Al verificar las cantidades ejecutadas mensualmente por el contratista para 1990, consignadas en los informes de interventoría (numeral 4.2.40. *supra*), se evidencia que en ninguno de los meses se superó el valor mensual de los \$87.032.796. Lo anterior demuestra que ni siquiera el contratista estaba cumpliendo en la dimensión que esperaba, conclusión que también se apoya en las comunicaciones cruzadas entre la demandada, el interventor y el contratista, en las que se advirtió sobre posibles defectos en la calidad y cantidad de la obras entre 1990 y 1991 (numerales 4.2.8. y 4.2.9. *supra*)

Tampoco puede alegarse que para 1989 y 1990 el contratista se sujetó a las apropiaciones presupuestales y por eso no ejecutó más allá. Respaldo del anterior aserto es que el 14 de agosto de 1990, la interventoría, además de aceptar la existencia de deficiencias presupuestales, le manifestó al contratista que se estaba tramitando una adición presupuestal por \$200.000.000, con lo cual se superarían los inconvenientes (numeral 4.2.9 *supra*). Respuesta que confirmó la entidad contratante en el mes de octubre siguiente (numeral 4.2.10. *supra*). Las anteriores pruebas dejan entrever que la entidad estaba en busca de más recursos, no sólo los asignados y por consiguiente el contratista bien pudo ejecutar más allá de lo presupuestado. Además, la sujeción a las partidas se dio en septiembre de 1991, cuando la entidad contratante le advirtió al contratista que no respondería por lo ejecutado por fuera de lo presupuestado (numeral 4.2.14. *supra*) y, en consecuencia, el contratista decidió suspender unilateralmente el contrato (numeral 4.2.14.1. *supra*), lo cual es indicativo que la limitación a las reservas sólo se produjo en estas últimas fechas.

Es preciso advertir que tampoco se superó el valor de la pluricitada suma de \$87.032.796 en los meses de enero a agosto de 1991.

De lo hasta aquí expuesto se puede concluir (i) que para 1989, 1990 y 1991 no puede señalarse con las pruebas obrantes que la ejecución del contratista superara lo presupuestado. Es preciso aclarar que si bien para 1989 existió un desfase hipotético, con base en la operación que realizó la Sala, lo cierto es que las pruebas obrantes no permiten confirmar que se presentó, en tanto la ejecución acumulada para marzo de 1990 genera dudas de que así ocurrió; (ii) si bien la interventoría confirmó la existencia de esos desfases, lo cierto es que también advirtió que los mismos estaban en camino de superarse, al menos para lo que correspondía a la vigencia de 1990, tal como lo confirmó la demandada (numerales 4.2.9. y 4.2.10. *supra*); (iii) la ejecución en los meses de 1990 y 1991 tampoco permite establecer que el contratista superó la proyección que hizo la Sala sobre el valor mensual, es decir, los \$87.032.796, por el contrario estuvo por debajo de esa suma, hasta el punto que varias comunicaciones cruzadas confirman que también existieron defectos en la calidad y cantidad de las obras entregadas por el contratista (numerales 4.2.8. y 4.2.9. *supra*).

Ahora, al descender a lo ocurrido en la ejecución del contrato según el cuadro n.º 2, informes de interventoría de ejecución de obra (numeral 4.2.42. *supra*), se observa que en los años de 1990 y 1991 hubo unas diferencias entre lo presupuestado y lo ejecutado, en tanto lo último superó a lo primero. Cuestión que en los años 1993 a 1995 tuvo una tendencia diferente, en tanto en todo 1993 y hasta febrero de 1994 el contratista no cumplió con lo programado. En adelante, marzo de 1994 y junio de 1995, los desfases entre lo ejecutado y lo proyectado fueron menores e, incluso, hubo meses en que el contratista no cumplió (febrero a mayo de 1995).

Ahora, de aceptarse que el actor tendría derecho al reconocimiento de lo dejado de percibir por las deficiencias presupuestales que sucedieron en el año de 1991, también sería del caso recordar que lo contrario sucedió para el año de 1993 e inicios de 1994, un año, en donde el contratista no cumplió con lo

programado. Comportamiento que se reprodujo en los meses de febrero a mayo de 1995. Incumplimiento que neutraliza la posibilidad de reclamar por el periodo ocurrido en 1991.

Igualmente debe recordarse que desde el pliego de condiciones (numeral 2.7., 4.2.1. *supra*) y en el contrato (cláusula quinta 4.2.2. *supra*) se tenía claro que la ejecución debía ajustarse a lo presupuestado, en línea con lo dispuesto en el literal d) del artículo 78 del Decreto 294 de 1973, norma presupuestal vigente a la fecha de la suscripción del contrato, que imponía que “[e]n todo contrato de obras públicas se estipulará en forma precisa el ritmo de ejecución, para ajustar los pagos a los acuerdos de obligaciones y gastos. // En todo contrato se estipulará en forma precisa que la entrega de las sumas de dinero a que la Nación queda comprometida se subordinará a las apropiaciones que de tales sumas expida el Congreso en los respectivos Presupuestos”. Cuestión confirmada en los contratos adicionales.

De lo expuesto se tiene que tampoco es claro que la causa generadora de la mayor permanencia en la obra se hubiera concretado en el comportamiento de la entidad demandada y sin culpa del demandante.

Para abundar en razones para negar las pretensiones, la Sala llama la atención sobre el hecho de que las partes suscribieron el primer adicional el 21 de diciembre de 1990 sin que se advirtiera de la problemática de las partidas presupuestales; por el contrario, el contratista se comprometió a ajustar su programa de obra a lo indicado por la demandada, sin más reparos. Igualmente, el contratista se limitó a acordar que las demás cláusulas seguirían incólumes (numeral 4.2.12. *supra*).

En tal sentido, la Subsección ha sostenido que las modificaciones que las partes le incorporan al contrato tienen como finalidad la de reconducir la relación contractual y producen un corte de cuentas hasta el momento de su suscripción, razón por la cual desconoce la buena fe contractual el hecho de que una de las

partes después de ese momento haga reproches a su contraparte por situaciones que la modificación pretendía superar. En tal sentido se ha dicho⁴⁰:

De lo hasta aquí expuesto, es claro que los contratos adicionales arriba mencionados significaron un corte de cuentas para lo sucedido hasta la fecha en que se suscribieron, toda vez que su finalidad era superarlo, con mayor razón si se tiene en cuenta que las partes, incluido el contratista, ya conocían para esa fecha lo ocurrido. Luego, mal haría la Sala en desconocer esos acuerdos donde las partes libremente acordaron las fórmulas para viabilizar el contrato⁴¹, sin ningún tipo de salvedad⁴².

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de diciembre de 2016, exp. 32.109, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁴¹ Cita original: Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de enero de 2016, exp. 28.055, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. En esa oportunidad, se recalcó la importancia de los acuerdos de las partes para reconducir la relación contractual y el efecto jurídico que tienen en las futuras reclamaciones económicas, así: *“En esas condiciones, los cargos de nulidad de la parte actora en contra de los actos administrativos que impusieron la multa, no quedaron probados, en tanto después de la prórroga, que significó un replanteamiento de las condiciones contractuales cumplidas hasta ese momento, la administración rechazó el pago de manera fundada o al menos se echan de menos pruebas de que no fuera así. En tal sentido, los expertos que pudieron determinar tal aspecto no lo hicieron, aun cuando contaban con documentos que contenían las razones del rechazo, por lo que nada impedía ese ejercicio, cuando en la misma aclaración por la parte demandada se solicitó. El juez tampoco puede entrar a juzgar aspectos técnicos que escapan a su alcance”.*

⁴² Cita original: Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 13.356, M.P. María Elena Giraldo Gómez. En esa oportunidad, se recalcó la importancia de las salvedades frente a los acuerdos adicionales, así: *“Tampoco es cierto, como lo afirmó el demandante, que CEDENAR transgredió el principio de la buena fe contractual con la adición del plazo. Nótese que las adiciones se causaron por el incumplimiento administrativo en el suministro de elementos y que el contratista aceptó esas adiciones sin ningún reparo. Es más dicha aceptación la convino con el contratante y en su texto dejó anotación expresa de que las demás cláusulas del contrato permanecían incólumes, en los adicionales 044/91 B, D, E y F (fols. 110, 113, 114 a 118 c. 1). // Esa manifestación de voluntad del contratista se presume legal (art. 1.502) porque el mismo demandante BENHUR no demostró situaciones que afectaran la validez del contrato en el aspecto del consentimiento (art. 78 del decreto ley 222 de 1983 en armonía con los artículos 1.502 y 1.508 del Código Civil)”.* Reiterado en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18.080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, así: *“En efecto, si bien el Departamento de Cundinamarca incurrió en una falta de planeación, que, según se explicó, constituye una obligación contractual y legal a su cargo, de manera que los inconvenientes descritos y que se presentaron en el transcurso de la obra se pudieron prever con unos adecuados estudios previos que hubieran dado lugar a la celebración del contrato en otras condiciones iniciales, no es menos cierto que conjuntamente y de mutuo acuerdo con la contratista hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurarlos, superarlos y subsanar la situación por estos generada para el cabal desarrollo de la obra contratada, **sin que al realizar las respectivas suspensiones, prórroga o modificaciones al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato.** Esa es la intención común de las partes que se desprende de los antecedentes específicos de la ejecución del contrato, según se deduce de las siguientes actividades y acuerdos que sin reparos ni salvedades suscribieron para sobrellevar las dificultades acaecidas en el desarrollo de la relación negocial” (se destaca).*

En línea con lo expuesto, frente a las consecuencias que se derivan de ese tipo de comportamientos contractuales, esta Corporación ha precisado⁴³:

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

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

Lo expuesto viene a sumarse a los argumentos iniciales para concluir que el contratista no tiene derecho a los perjuicios por la mayor cantidad de obra.

Para finalizar, la Sala pone de presente que la suspensión de la obra fue una decisión unilateral del contratista como consecuencia de la comunicación que recibió de la demandada. En efecto, el 19 de septiembre de 1991, la contratante le exigió al contratista que se ajustara a las partidas presupuestales, ante lo cual el 4 de octubre siguiente el contratista decidió suspender las obras (numerales 4.2.14. y 4.2.14.1. *supra*). No sólo el hecho de que la suspensión fuera unilateral impide el reconocimiento de los perjuicios causados con la mayor permanencia en la obra, sino también que la reiniciación se prolongó por causa del contratista (numerales 4.2.19. a 4.2.22. *supra*) y, además, el 10 de diciembre de 1992 aceptó que

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

los equipos se destinaron a otras obras, razón por la cual mal haría en predicarse perjuicios por esta suspensión (numeral 4.2.22. *supra*).

Lo expuesto es suficiente para negar las pretensiones de los procesos 1994-14483 y 1997-17284.

4.3.3. *Las prórrogas del contrato.* Para empezar la Sala recuerda que el artículo 20⁴⁴ del Decreto Ley 222 de 1983, normatividad aplicable al presente contrato, al regular sobre la modificación unilateral, dispuso que las modificaciones eran posibles cuando el interés público las impusieran, pero siempre que se respetaran (i) la clase y el objeto del contrato, (ii) las condiciones técnicas de ejecución, (iii) las ventajas económicas del contratista, (iv) el equilibrio contractual de las partes y (v) los nuevos costos generados por la modificación a favor del contratista; en los artículos 21, 22 y 23 del citado decreto, en relación con la modificación unilateral, se reguló sobre el procedimiento para su imposición, la posibilidad de renunciar del contratista cuando se disminuyera o aumentara el valor del contrato en un 20% del valor inicial y los contratos donde resultaba improcedente esa figura.

A su vez, el artículo 58⁴⁵ del referido decreto admitía la posibilidad de suscribir contratos adicionales con el fin de modificar el plazo o el valor convenidos. En

⁴⁴ Ese artículo prescribía: “*MODIFICACIÓN UNILATERAL. Cuando el interés público haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos, se observarán las siguientes reglas: // a. No podrán modificarse la clase y objeto del contrato. // b. Deben mantenerse las condiciones técnicas para la ejecución del contrato. // c. Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista. // d. Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes. // e. Deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación*”.

⁴⁵ El artículo disponía: “*DE LOS CONTRATOS ADICIONALES. Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratara de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional. // Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relacionadas con el plazo sólo requerirán la firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías. // Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición, y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes. // Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo 90. // Las adiciones deberán publicarse en el Diario Oficial. // En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviera vencido, so pretexto*”.

este último evento, los sometía a unos topes, pero también indicaba los exceptuados a los mismos. Igualmente, prescribía que las modificaciones de plazo quedaban perfeccionadas con la firma del jefe de la entidad y la extensión de las garantías, mientras las que recaían en el valor necesitaba para el efecto la firma del respectivo contrato y el registro presupuestal. Lo anterior sin perjuicio de los demás requisitos para su ejecución que el mismo artículo regulaba, así como su publicación en el diario oficial. Por último, prohibía modificar el objeto, prorrogar una vez vencido el plazo ni pactar prórrogas automáticas.

En suma, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 resultaba procedente la modificación del contrato en cuanto a su plazo y valor; sin embargo, era improcedente cambiar la tipología o el objeto del contrato, prorrogarlo una vez fenecido el plazo o el pacto de prórrogas automáticas. Igualmente, se imponía el respeto de las condiciones técnicas inicialmente pactadas, las ventajas económicas y los costos generados con la modificación al contratista y el respeto al equilibrio contractual de las partes.

Al descender al contrato en estudio, la Sala encuentra que en el pliego de condiciones, al regular sobre las modificaciones al contrato, se admitió para situaciones imputables a la entidad contratante, fuerza mayor o caso fortuito (*ítem 1.6. numeral 4.2.1. supra*) e interés público (*ítem 2.5.5.1. numeral 4.2.1. supra*). En todo caso, deberían pactarse a través de un contrato adicional y salvaguardar el equilibrio contractual, en línea con lo dispuesto en el Decreto Ley 222 de 1983. Igualmente, se acordó que las modificaciones al programa de inversiones eran procedente por las mismas causas.

Visto lo anterior, con relación a la primera prórroga del 21 de diciembre de 1990 (*numeral 4.2.12. supra*) precisar reiterar lo dicho en relación con la suspensión, en tanto en el período antecedente, es decir, en la vigencia de 1989 no se logró demostrar que la ejecución del contratista hubiera superado la asignación

de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas. // PARÁGRAFO. Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo”.

presupuestal, para lo cual basta con remitir a los argumentos expuesto en esa parte de la sentencia.

En lo que tiene que ver con la segunda prórroga del 13 de febrero de 1992 (numeral 4.2.15. *supra*) se tiene que recordar que la misma estuvo precedida de la suspensión unilateral del contratista desde el 4 de octubre de 1991 y que se extendió el 1 de enero de 1993. Razón por la cual, teniendo en cuenta que el vencimiento del contrato se producía el 15 de febrero de 1992 es claro que estuvo determinada por el comportamiento unilateral del contratista, quien está llamado a soportar las consecuencias del mismo. Ahora, si bien pudiera sostenerse que la entidad demandada consintió tácitamente en la misma, lo cierto es que el contratista trasladó la maquinaria a otras obras, situación que impide reconocer perjuicios de este tipo y, además, demoró la reiniciación por cuestiones a él imputables.

La tercera prórroga del 8 de marzo de 1993 tiene el mismo fundamento para negar, toda vez que esa ampliación del plazo fue sustentada por el mismo contratista en los problemas producidos por la suspensión de la obra que él mismo produjo (fl. 98, c. 2, fl. 203, c. 4, numeral 4.2.23. *supra*).

Para la cuarta prórroga del 28 de febrero de 1994, debe señalarse que la contratante fue la que requirió la contratista por el atraso de las obras y que el contratista, además de manifestar que estaba triplicando la producción de asfalto, solicitó que para el año siguiente se asignaran mayores partidas (numeral 4.2.25. *supra*), lo cual deja entrever que para 1993 no se presentaron ese tipo de dificultades, pero sí existían atrasos en la obra, incluso, la interventoría solicitó la imposición de multas por incumplimientos en la señalización (numeral 4.2.26. *supra*).

Además es preciso recordar que para 1993 la asignación presupuestal fue por la suma de \$679.600.000 (fl. 204, c. 4, numeral 4.2.23. *supra*) lo que significa que mensualmente se tenían que asignar a la obra \$56.633.334; sin embargo, al revisar la obra ejecutada por mes ninguna de ellas superó esa cifra, por el

contrario estuvieron incluso por debajo de la obra programada en gran parte de los meses de 1993 (numeral 4.2.42. *supra*).

En consecuencia, esta mayor permanencia será desestimada.

Con relación a la quinta prórroga del 29 de diciembre de 1994 no hay pruebas que señalen los motivos de esa prolongación, razón por la cual habrá que desestimarse. Lo mismo puede decirse de la sexta, séptima, octava, novena y décima prórrogas. Incluso, la prórroga 8 estuvo antecedida de un concepto favorable de la interventoría, pero también advirtió el lento desarrollo de las obras (numeral 4.2.33 *supra*).

Ahora, la prórroga n.º 9 del 12 de febrero de 1996 estuvo precedida de una solicitud del contratista en la que alega para el efecto la adición de obras y la caída de puente (numeral 4.2.36 *supra*). Lo mismo ocurrió con la prórroga 10 del 29 de marzo de 1996 (numeral 4.2.39. *supra*), cuando el contratista alegó la falta de definición de obras de corrección (numeral 4.2.38. *supra*); sin embargo, esos adicionales estuvieron precedidos del pago anticipado efectuado por la contratante al contratista el 2 de febrero de 1996 por la suma de \$613.957.254.31. De esa suma, según la certificación de la demandada, el contratista tenía pendiente al 7 de octubre de 1996 por amortizar la suma de \$265.567.584.42 (fl. 146, c. 4). Lo anterior deja entrever que el contratista tuvo a su disposición un dinero que a la fecha de finalización del contrato no había amortizado, siendo que esta se produjo el 30 de abril de 1996 y para el 7 de octubre siguiente aún quedaba por amortizar la suma de \$265.567.584.42. Además, las manifestaciones del contratista no están respaldadas en otras pruebas que permitan concluir su veracidad, con mayor razón si se trata de una prueba que proviene de una parte interesada en los resultados.

De conformidad con lo expuesto se impone negar las pretensiones por mayor permanencia en la obra de los procesos 1994-14483 y 1997-17284.

4.4. El pago tardío de las cuentas de cobro y reajuste

Sobre el particular debe recordarse que la cláusula séptima del contrato, junto con sus párrafos, dispuso para el pago de las cuentas de cobro y las cuentas de reajuste lo siguiente (numeral 4.2.2. supra):

CLÁUSULA SÉPTIMA: ACTAS DE OBRA Y AJUSTES.- El valor básico de la respectiva acta de obra será el resultado de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada por los precios unitarios que figuran en la "Lista de Cantidades de Obra, Precios Unitarios y Valor Total de la Propuesta", una vez corregidos los errores aritméticos. El valor básico del acta de obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra, de acuerdo con el párrafo: Ajustes, de esta misma cláusula. PARÁGRAFO PRIMERO: ACTAS DE OBRA.- Dentro de los diez (10) primeros días calendario del mes siguiente al de ejecución de las obras, se elaborará por el interventor y EL CONTRATISTA un acta mensual que registre el valor de la obra ejecutada. Este valor debe corresponder al menos a la cuota establecida en el programa de trabajo e inversiones para el mes correspondiente. EL CONTRATISTA deberá presentar la respectiva cuenta de cobro dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la elaboración del acta de obra. El valor de cada acta será el resultado de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada por los precios unitarios que figuran en la "Lista de Cantidades de Obras, Precios Unitarios y Valor Total de la Propuesta" (o nuevos precios fijados durante el desarrollo del contrato). Las actas de obra mensual tendrán el carácter provisional en lo que se refiere a la calidad de la obra, a las cantidades de obra y obras parciales. El interventor podrá, en actas posteriores, hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las actas anteriores aprobadas por él, y deberá indicar el valor correspondiente a la parte o partes de los trabajos que no se hayan ejecutado a su entera satisfacción a efecto de que EL FONDO VIAL se abstenga de pagarlos al CONTRATISTA hasta que el interventor dé el visto bueno. Ningún certificado que no sea el certificado de recibo definitivo de la totalidad o de parte de las obras, podrá considerarse como constitutivo de aprobación de algún trabajo u obras. PARÁGRAFO SEGUNDO: AJUSTES.- El valor del acta por la obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra de acuerdo con la siguiente fórmula: $P1 = P0 \times 1/10$. (...). Los ajustes se consignarán en actas que suscribirán las partes, y el FONDO VIAL se compromete a incluir las partidas necesarias para su pago en el proyecto anual de gastos (...).

De lo anterior se desprende que dentro de los 10 días calendario del mes siguiente al de ejecución de las obras, el interventor y el contratista efectuaban un acta mensual para registrar el valor de la obra ejecutada. Dentro de los 3 días hábiles siguientes a la elaboración del acta, el contratista debía presentar el acta de cobro; frente a las actas de reajustes tan sólo se dispuso que debían incluirse en un acta firmada por las partes.

Como se observa, en la cláusula no se fijó ningún término para la cancelación de las cuentas; sin embargo, la Sección ha admitido que el plazo máximo para el efecto es el del mes siguiente a la presentación de la cuenta⁴⁶. Ahora, revisada la certificación de pago expedida por los Jefes de Revisión de Tesorería y División de Contabilidad del Invías (numeral 4.2.40. *supra*), desde el momento en que fueron aprobadas las cuentas, solo diez cuentas fueron pagadas por fuera del término de un mes, tal como dan cuenta las casillas que están sombreadas en el cuadro n.º 1 de relación de pago de las cuentas (numeral 4.2.40. *supra*).

En ese orden, sobre esas cuentas la Sala procederá al reconocimiento de intereses moratorios, toda vez que se está en mora dejando de cumplir dentro del término estipulado⁴⁷, momento desde el cual se debe indemnización⁴⁸, por lo tanto es claro que no sólo se demostró el incumplimiento sino también el daño y la relación causal⁴⁹, para proceder al reconocimiento de los perjuicios causados por el incumplimiento en comento.

Ahora, en el contrato en estudio nada se estipuló sobre las consecuencias generadas por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones y teniendo en cuenta que el Decreto Ley 222 de 1983 tampoco se ocupó de la temática es posible aplicar las normas del Código de Comercio, en consideración a la naturaleza mercantil de los contratos de obra⁵⁰; sin embargo, como los

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2004, exp. 14292, M.P. María Elena Giraldo Gómez. En esa oportunidad se indicó: *“Otro punto que tendrá en cuenta la Sala son los reiterados pronunciamientos de esta Sección, en la aplicación del artículo 885 del Código de Comercio, referentes a partir de cuándo puede entenderse que la Administración o el contratista, según su caso, han incurrido en mora en el pago de cuentas de cobro: La jurisprudencia ha considerado en ese punto, con base en la ley, la existencia de un plazo de gracia, “un mes después de pasada la cuenta”, tratándose de pago de actas parciales de obra, en aquellos casos en los cuales no se haya estipulado plazo para el pago”*.

⁴⁷ Numeral 1) del artículo 1608 del Código Civil.

⁴⁸ Artículo 1615 del Código Civil.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 10 de noviembre de 2000, exp. 18.709, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁵⁰ El artículo 20 dispone: *“ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES - CONCEPTO>. Son mercantiles para todos los efectos legales: // (...) 15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones”*.

incumplimientos se produjeron en vigencia de la Ley 80 de 1993, como se verá en el cuadro siguiente, y dado el carácter sancionatorio de la mora⁵¹, en aplicación al numeral 2 del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, se impone la aplicación de la tasa dispuesta en la primera ley, así:

CUADRO N.º 3. Liquidación de intereses de mora

Acta	Fecha inicial ⁵²	Fecha final ⁵³	Días transcurridos	Valor	Variación anual del IPC	Capital actualizado	Tasa de interés	Intereses
57-57p	29/04/1994	29/07/1994	91	\$90.136.633	5,71	\$95.283.435	3,03	\$2.887.088
58-58p	21/05/1994	29/07/1994	69	\$61.898.779	4,33	\$64.578.996	2,30	\$1.485.317
60-60p	22/07/1994	04/08/1994	13	\$73.162.727	0,82	\$73.762.661	0,43	\$317.179
61-61p	18/08/1994	30/08/1994	13	\$79.670.068	0,82	\$80.323.362	0,43	\$345.390
67-67p	21/01/1995	17/02/1995	27	\$114.314.718	1,69	\$116.246.637	0,90	\$1.046.220
67-67p	21/01/1995	17/02/1995	27	\$43.268.191	1,69	\$43.999.424	0,90	\$395.995
66-66p	21/01/1995	17/02/1995	27	\$41.816.581	1,69	\$42.523.281	0,90	\$382.710
67-67ap	30/01/1995	17/02/1995	18	\$51.009.673	1,13	\$51.586.082	0,60	\$309.516
78-78p	11/01/1996	18/01/1996	8	\$158.985.574	0,43	\$159.669.212	0,27	\$431.107
78-78p	29/01/1996	02/02/1996	4	\$613.957.254	0,22	\$615.307.960	0,13	\$799.900
Total								\$8.400.422,67

CUADRO N.º 4 Actualización

Fecha inicial	IPC inicial	Fecha final	IPC final	Valor histórico	Valor actualizado
29/07/1994	24,68	28/02/2018	139,72	\$2.887.088	\$16.344.568

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, exp. 13.412, M.P. Alier Hernández Enríquez. En esa oportunidad se precisó: “No obstante que, como se desprende de la presentación anterior, ha sido larga la evolución que ha tenido el pensamiento de esta Corporación en materia de intereses de mora debidos por las entidades estatales cuando obran como contratantes, la Sala considera necesario abordar nuevamente el estudio del tema, con el fin de replantear la última posición asumida, partiendo de las siguientes consideraciones: a. Conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo que se trate de aquellas concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o de las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado. En este último evento, en efecto, la infracción “será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido” // Así las cosas, es improcedente la aplicación del numeral 8º del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 para liquidar el interés de mora debido por una entidad estatal, en virtud del incumplimiento de un contrato celebrado antes de su vigencia, a menos que el retardo se hubiera producido con posterioridad a la fecha en que la misma comenzó a regir. Por la misma razón, no cabe duda de que resulta inocua la circunstancia de que la respectiva controversia no se hubiere definido antes de la fecha indicada, por lo cual su consideración constituye un criterio inapropiado para determinar cuál es la norma aplicable al caso concreto”.

⁵² Corresponde a la fecha de presentación de la cuenta después de aprobado por la contratante.

⁵³ Corresponde a la fecha en que se efectuó el pago.

29/07/1994	24,68	28/02/2018	139,72	\$1.485.317	\$8.408.771
04/08/1994	24,92	28/02/2018	139,72	\$317.179	\$1.778.343
30/08/1994	24,92	28/02/2018	139,72	\$345.390	\$1.936.515
17/02/1995	27,57	28/02/2018	139,72	\$1.046.220	\$5.302.061
17/02/1995	27,57	28/02/2018	139,72	\$395.995	\$2.006.833
17/02/1995	27,57	28/02/2018	139,72	\$382.710	\$1.939.506
17/02/1995	27,57	28/02/2018	139,72	\$309.516	\$1.568.576
18/01/1996	32,02	28/02/2018	139,72	\$431.107	\$1.881.145
02/02/1996	33,31	28/02/2018	139,72	\$799.900	\$3.355.211
				Total	\$44.521.530

En resumen, se reconocerá por intereses de mora la suma de \$44.521.530.

4.5. La nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral

En este punto, la Sala se ocupará de analizar los cargos de nulidad frente a la resolución n.º 2162 del 30 de abril de 1998, a través de la cual el Invías liquidó unilateralmente el contrato de obra n.º 840 de 1988, así:

4.5.1 Violación al debido proceso por falta de invitación para liquidar bilateralmente e indebida notificación

En el proceso 2001-997 la contratista afirmó que no se le citó al trámite liquidatorio. Contrasta con esa afirmación el contenido de la comunicación n.º 8150 del 3 de abril de 1998, en la cual el Invías invitó al contratista para suscribir el acta de liquidación bilateral, la cual tiene fecha de recibido del 6 de abril de 1998 por parte de Carol Rondón (fl. 2, c. 8), es decir, antes de que se expidiera el acto administrativo atacado. Igualmente, esa comunicación y su envío que fueron incorporados como fundamentos en el texto de la resolución cuestionada (fl. 3, c. 8), sin que se aportaran elementos probatorios que desvirtuaran su veracidad.

Finalmente, los defectos en la notificación no constituyen causal de anulación del acto administrativo, sino de su oponibilidad⁵⁴, defecto que se encuentra

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 1996, exp. 2431, M.P. Juan de Dios Montes Hernández. En esa oportunidad, se precisó: “La falta de notificación o la notificación irregular de los actos administrativos, *no es causal de nulidad de los mismos; en efecto, dicha notificación es necesaria, cuando así lo señala la ley (y lo hace para todos los actos administrativos de contenido particular que hayan culminado una actuación*

superado, en tanto las demandantes conocieron de la decisión, hasta el punto que la demandaron en esta sede, sin ninguna restricción para su derecho de defensa o contradicción.

En consecuencia, el cargo en estudio no está llamado a prosperar.

4.5.2. Falta de competencia temporal para liquidar unilateralmente el contrato

La Subsección A, después de hacer todo el recorrido jurisprudencial sobre la competencia para liquidar los contratos públicos, concluyó que la perentoriedad del plazo para liquidar dependía de lo que pasa a citarse⁵⁵:

Así pues, visto lo anterior, se colige que el plazo de los dos (2) meses que tiene la Administración para liquidar unilateralmente el contrato será perentorio, o no, dependiendo de si los hechos ocurrieron antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, así:

Para hechos ocurridos después de la expedición de la Ley 446 de 1998 y antes de la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007, no cabe duda de que el plazo de los dos (2) meses era preclusivo, en tanto que era la misma ley la que lo determinaba y trasladaba esa competencia al juez del contrato, no sucede lo mismo en aquellos casos en los cuales los contratos se hubiesen celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, como se verá enseguida:

Antes de que entrara a regir la Ley 446 de 1998, el término de los dos (2) meses con los que contaba la Administración para liquidar unilateralmente un contrato estatal, era un plazo establecido por vía de interpretación

administrativa), como una condición de su eficacia; es decir en tanto constituye una de las etapas del procedimiento que tiene por objeto dar firmeza a la decisión administrativa, la cual — a su turno—es requisito necesario para su ejecución válida. En otros términos la notificación del acto administrativo no dice relación con su validez jurídica la cual no sufre variación por el hecho de que se haya cumplido con la obligación de notificarlo legalmente o se haya prescindido de dicha diligencia; el acto administrativo que nació viciado no se saneará porque, con posterioridad, se notifique legalmente; y al revés, el acto que nace válido no pierde validez porque se deje de notificar o porque la notificación sea irregular. Es una simple aplicación del principio según el cual el examen de validez jurídica de los actos administrativos que hace el contralor jurisdiccional se debe efectuar, por regla general, en el momento de su nacimiento, de modo que las circunstancias posteriores no afectan una situación inicial. Cosa distinta es que la ejecución del acto sea ilegal cuando se hace, por ejemplo, sin que éste haya adquirido firmeza, caso en el cual, la ilegalidad de la ejecución conserva su propia individualidad, vale decir que no se extiende al acto administrativo”. Reiterada en: Subsección B, sentencia del 12 de diciembre de 2014, exp. 27.384, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de julio de 2014, exp. 27.143, M.P. Hernán Andrade Rincón.

jurisprudencial y no prescripción legal, época en la cual la posición más acogida en la Sección Tercera del Consejo de Estado consistía en considerar posible la liquidación aun cuando se hubiesen cumplido los plazos admitidos por vía jurisprudencial, siempre y cuando dicho procedimiento se efectuara antes del vencimiento del plazo previsto por la ley para el ejercicio de la acción de controversias contractuales, de ahí que el plazo de los dos (2) meses referido anteriormente, al no encontrarse regulado por la Ley – antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1993 -, no podía tenerse como perentorio.

Así las cosas, razonable resulta concluir que el plazo para liquidar unilateralmente un contrato celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, no podía tener el carácter de perentorio y, en consecuencia, si transcurría el término de los dos (2) meses sin que la Administración liquidara el contrato, no podía entenderse que perdía competencia para hacerlo, salvo que venciera el término para ejercer la acción de controversias contractuales o recurriera el contratista a la vía jurisdiccional.

En los términos expuestos, dado que el contrato en estudio fue firmado en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 e, incluso, el término para efectuar la liquidación unilateral inició el 1 de mayo de 1996, antes de que entrara en vigencia la Ley 446 de 1998⁵⁶, es claro que el término para liquidar no era perentorio. En esos términos, vencido el contrato de obra el 30 de abril de 1996, la administración tenía hasta el 30 de agosto siguiente para intentar la liquidación bilateral⁵⁷. Vencido este término tenía hasta el 30 de octubre de 1996 para

⁵⁶ El artículo 163 de esa ley dispuso su entrada en vigencia con su publicación, acto que se cumplió en el Diario Oficial 43.335 del 8 de julio de 1998.

⁵⁷ Sobre el particular, la Sección en sentencia del 6 de julio de 1995, exp. 8.126, M.P. Juan de Dios Montes Hernández, precisó: “Respecto del acto de liquidación, advierte la Sala que ni en el decreto 150 de 1976 ni en el 222 de 1983 se establecieron plazos para que la diligencia de liquidación, bilateral o unilateral, se efectuase; una disposición en tal sentido solo se encuentra a partir de la vigencia de la ley 80 de 1993 (artículo 60). // Tal circunstancia impuso que el Juez Administrativo tuviese que precisar los términos, frente al silencio de la ley; así lo hizo, por ejemplo, en sentencia de 29 de enero de 1988, exp. No. 3615, CP. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, actor Darío Vargas Sanz, con ésta fórmula: // “Aquí surge un escollo, aparentemente creado por un vacío legal. Qué plazo tiene la administración para liquidar el contrato? // Aunque la ley no lo diga no quiere significar esto que la administración pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo. No, en esto la jurisprudencia ya ha tomado también partido. Se ha considerado como término plausible el de cuatro meses; dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo. // Si vence este último la Administración no podrá esperar más y deberá proceder a la liquidación unilateral, mediante resolución administrativa debidamente motivada”. // Ese término, sin embargo, y según se desprende de la sentencia referida tiene más características de suspender que de agotar la competencia: es decir que no existía competencia antes de los 4 meses posteriores a la terminación del contrato para proceder a la liquidación unilateral sin que se fijase un límite temporal posterior para el ejercicio de tal potestad. Luego, en sentencia de 9 de noviembre de 1989, actor: Consorcio Cimelek - Incol Ltda., se agregaría que ‘a falta de acuerdo, estima la Sala que la entidad

liquidar unilateralmente y de allí como el plazo no era perentorio, se contaba con dos años más para liquidar, salvo que se demandara la liquidación, es decir, hasta el 30 de octubre de 1998. En consecuencia, como la liquidación unilateral se produjo el 30 de abril de 1998, es claro que lo fue dentro de la competencia temporal para el efecto.

De otro lado, se tiene que en ninguna de las demandas aquí presentadas solicitaron la liquidación judicial del contrato, salvo en las que se demandó la resolución de liquidación unilateral, razón por la cual la administración podía proceder como lo hizo en el acto administrativo demandado, claro está, con las limitaciones que se precisarán en el estudio del siguiente cargo, en tanto no perdió la competencia material para liquidar. En tal sentido, la jurisprudencia de la Sección sostuvo⁵⁸:

Igualmente cuando la jurisprudencia concluye que ese término de los dos meses transcurre sin que la Administración liquide unilateralmente el contrato, no puede entenderse que pierde la competencia temporal para hacerlo, en forma inmediata.

Esa jurisprudencia también tiene base legal en el C.C.A., por regular éste un caso similar. Al respecto valga recordar el contenido del artículo 48 de la ley 153 1887:

“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”.

contratante debe proceder a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para hacer la liquidación de común acuerdo. Aunque este nuevo plazo no está previsto por la ley de manera específica, coincide con el consagrado legalmente para que se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo (decreto ley 2304 de 1989 arts. 1o. y 7o.), y, por esta razón, lo adopta la Sala para eventos como el que aquí se presenta. // Más adelante, como lo recuerda el profesor Carlos Betancur Jaramillo, se continuó detectando el “vacío que existía en el régimen anterior y que había impuesto solución jurisprudencial en el sentido de que esa etapa liquidatoria debía cumplirse a más tardar dentro de los dos años siguientes a su terminación. Se valió la jurisprudencia, por analogía, del mismo término previsto para la caducidad de los conflictos contractuales en general; y con la consideración de que si cualquiera de las partes tenía ese término para hacer algún reclamo derivado del contrato, ese mismo era el lapso que la administración tenía para unilateralmente definir quien le debía a quien y cuánto” (Derecho Procesal Administrativo, Págs. 545, 546)”.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2000, exp. 12.723, M.P. María Helena Giraldo Gómez.

El C.C.A señala, categóricamente, que la Administración no pierde inmediatamente su competencia material en el tiempo cuando no ha decidido sobre una cuestión que le corresponde resolver. Así, cuando alude al silencio frente a la petición inicial, dispone:

“La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de la responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto” (inc. 2 art. 40).”

El contenido de esa norma general – sobre no pérdida de la competencia temporal, entre otros - puede aplicarse a la Administración en la liquidación unilateral de los contratos, cuando no logra acuerdo con el contratista, actuación administrativa iniciada en cumplimiento de un deber legal, porque al no existir una disposición especial puede acudirse a la norma general que regula “un caso semejante”.

Ello significa que si la Administración no se ha pronunciado expresamente, sobre ese deber legal de liquidar unilateralmente el contrato, ocurre, como lo enseña la jurisprudencia, una ficción legal cual es el acto presunto el cual no excusa a la Administración del “deber de decidir” expresamente.

Ese deber de decidir no está limitado en el tiempo porque así lo dice la norma, salvo como lo anotó la Sala, en la segunda etapa de la jurisprudencia indicada, cuando el contratista “con anterioridad, haya instaurado la acción judicial correspondiente”.

La Sala estima que la Administración puede en el tiempo liquidar unilateralmente, aunque vencieron los plazos a que aludió la jurisprudencia para realizar la liquidación bilateral o unilateral, hasta antes de que se le notifique la admisión de la demanda, en la cual se pretende que el juez se pronuncie sobre la liquidación del contrato; hecho a partir del cual se le da certeza a la Administración de que el asunto se volvió judicial (principio de publicidad), siempre y cuando dicha notificación se haga dentro del término de prescripción o caducidad, según el caso, como también se explicará enseguida (se destaca).

Ahora, si bien pudiera pensarse que la presentación de cualquier demanda dentro de los dos años siguientes al vencimiento de la oportunidad para liquidar bilateral o unilateralmente da al traste con la pérdida de competencia de la administración para proceder en esa dirección, es conveniente precisar ese entendimiento en el *sub lite*, puesto que pensar que la notificación de cualquier demanda genera automáticamente la pérdida de competencia de la administración llevaría al extremo de sostener que la primera demanda que se presentó el 30 de octubre de 1994 (exp. 1994-14483) produjo el referido efecto, aun cuando ni siquiera el presupuesto para liquidar estaba dado, en tanto el contrato se encontraba en ejecución.

Ahora, no puede desconocerse que después de terminado el contrato, lo que ocurrió el 30 de abril de 1996, se presentaron otras dos demandas. En efecto, en una de ellas se extendió las pretensiones de la primera demanda a lo ocurrido después de que esta se presentara, teniendo en cuenta que, se insiste, el contrato siguió en ejecución (exp. 1997-17284) (vale recordar que estas demandas piden el reconocimiento de los sobrecostos por la mayor permanencia en la obra). La última demanda se limitó a pedir el reconocimiento de los intereses moratorios (1997-17000). *Prima facie* se observa que se tratan de pretensiones indemnizatorias.

Al revisar el contenido de la resolución de liquidación unilateral se tiene que esta se limitó a definir lo ejecutado, que fue la suma de \$5.390.535.912.39. De esa suma, \$1.993.559.550.90 por actas de obra y \$3.396.976.361.49 correspondieron a actas de ajuste (fl. 5, c. 8). Igualmente, se determinó que el contratista debía reintegrar la suma de \$4.117.350.13, por anticipo no amortizado y la suma de \$54.228.031.35 por la no realización de un parcheo ordenado.

Como se observa, en ningún momento la administración se pronunció en relación con los temas propuestos en las demandas. Es más, mal lo haría, si se tiene en cuenta que esta Sección ha insistido en que no son objeto de la liquidación los temas indemnizatorios, en tanto, como es bien sabido, ese tipo de asuntos están reservados al juez del contrato. En efecto, en esa dirección se ha dicho incluso que no son actos administrativos las decisiones que se emitan sobre esos temas en sede de liquidación⁵⁹:

El acto administrativo de liquidación no tiene por objeto la resolución unilateral de las controversias contractuales existentes hasta ese momento

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de abril de 2004, exp. 25.021, M.P. María Elena Giraldo Gómez. Esta sentencia fue confirmada por el pleno de la Corte Constitucional en sede de tutela mediante sentencia SU-174 del 14 de marzo de 2007, exp. T-980611, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Igualmente, precisa recordar que se trató de un caso donde una entidad estatal liquidó unilateralmente una concesión vial, aun cuando había sido notificada de la admisión de una demanda arbitral e, incluso, actuó dentro del trámite arbitral. En esa oportunidad, la Sección, al resolver el recurso extraordinario de anulación en contra del laudo que se dictó en el referido escenario, consideró que la administración no tenía competencia para dictar el referido acto administración de liquidación.

entre las partes, máxime cuando ellas recaen sobre aspectos que trascienden la simple ejecución de las obligaciones pactadas en el contrato, como es el caso de las originadas en situaciones extraordinarias e imprevistas que exceden los cálculos y previsiones efectuados por ellas al momento de ofertar y de celebrar el contrato. Y es que el reconocimiento de esos gastos adicionales originados en situaciones extraordinarias que alteran la ecuación económica del contrato, se encuentra a cargo de ambas partes contratantes quienes deberán suscribir los acuerdos o pactos necesarios dirigidos a su reconocimiento, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 de la ley 80 de 1993. Este artículo señala que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, que si dicha igualdad se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado "() las partes adoptaran en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25 ()".

Por lo tanto, y partiendo de la hipótesis planteada tampoco son admisibles las imputaciones formuladas por el recurrente contra el laudo arbitral al señalar que el Tribunal al pronunciarse sobre las pretensiones atinentes al restablecimiento económico del contrato, desconoció la presunción de legalidad del acto administrativo de liquidación del contrato, toda vez que como se señaló atrás el tema del restablecimiento económico no es un asunto que corresponda a la Administración decidir en forma unilateral o dicho de otro modo no es manifestación de una de sus competencias administrativas; entonces en el evento en el que en el acto de liquidación, la Administración decida en el sentido de reconocer o negar el restablecimiento de la ecuación económica del contrato, por ello tal decisión particular no adquiere el carácter de acto administrativo, ya que como se vio atrás tal competencia esta deferida a las partes y comporta por tanto el ejercicio de una facultad que podrían tomar también los particulares en desarrollo de sus facultades negociales.

En suma, en el *sub lite* admitir que la administración perdió la competencia para liquidar unilateralmente el contrato frente a los temas propuestos en las demandas aquí en estudio, sería tanto como reconocer que la administración tenía competencia para decidir sobre asuntos indemnizatorios y de restablecimiento, lo cual resultaría un despropósito.

Como consecuencia de lo expuesto se negará el cargo en estudio.

4.4.3. Falta de competencia para liquidar unilateralmente por la presentación de las demandas por mayor permanencia y mora

Al respecto, la Sala considera suficiente con decir que la resolución de liquidación se limitó a realizar el ejercicio liquidatorio encaminado a determinar lo ejecutado, lo pagado y lo adeudado, sin que en ningún momento definiera las cuestiones judiciales dentro del presente proceso acumulado. En efecto, lo anterior es así, tanto que la Sala procedió a pronunciarse sobre el fondo de cada una de las demandas, sin que la expedición de la resolución atacada impidiera su solución de fondo, toda vez que para cuando esto último ocurrió las demandas ya estaban admitidas. En esos términos, la demandada bien podía hacer el ejercicio liquidatorio que efectuó, en tanto respetó, por cuanto no se pronunció al respecto, las demandas previamente interpuestas.

Finalmente, debe señalarse que no hay lugar a realizar una compensación de los montos adeudados, toda vez que lo adeudado en la resolución n.º 2162 de 1998 fue objeto de un proceso ejecutivo (fls. 316 a 321, c. 9), sin que se conozca la suerte del mismo.

4.5. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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: REVOCAR y MODIFICAR las sentencias del 10 de abril de 2008 y del 21 de octubre de 2009 del Tribunal Administrativo de Boyacá, las cuales quedaron en el siguiente texto unificado, así:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la objeción por error grave, en los términos de la parte considerativa de esta demanda.

TERCERO: DECLARAR el incumplimiento del contrato de obra n.º 840 de 1988 y sus adicionales, por la mora en el pago de las actas de obra y actas de reajuste, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior, **CONDENAR** al Instituto Nacional de Vías, Invías, al pago de la suma de cuarenta y cuatro millones quinientos veintiún mil quinientos treinta pesos (\$44.521.530), moneda corriente, a favor de la sociedad Constructora de Carreteras y Obras Civiles S.A., Construca.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de las demandas.

SEXTO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SÉPTIMO: Sin costas.

SEGUNDO: SIN COSTAS, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidente

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado