52

892

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación:	250002326000199800848 01 (23.967)
Actor:	Mauro Miguel Riveros Pabón
Demandado:	Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y otros
Referencia:	Acción Contractual

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor, por intermedio de apoderado, contra la sentencia del 8 de octubre de 2002 proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

El señor Mauro Miguel Riveros Pabón y el Fondo Rotatorio Vial de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital suscribieron el contrato n.° 282 el 31 de diciembre de 1993, para la construcción y recuperación de la avenida 19, entre las calles 134 y 161. El contratista pretende que, a título de restablecimiento del equilibrio económico, se condene a la contratante a devolverle las sumas que le retuvo por concepto de *"Impuesto de Guerra"* y a pagarle los mayores costos en que incurrió por

reajustes de precios, diseños, estudios y mayor permanencia que no le fueron reconocidos.

1. Primera Instancia

1.1. La demanda

1.1.1. Pretensiones

El señor Mauro Miguel Riveros Pabón, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción contractual demanda a la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá D.C.-Secretaría de Obras Públicas-Fondo Rotatorio Vial (FOSOP), para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas[1]:

PRIMERA: Que se declare responsable a la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá D.C.- Fondo Rotatorio Vial de la Secretaría de Obras Públicas de Santa fe de Bogotá-Secretaría de Obras Públicas de Santa fe de Bogotá (sic) por el desequilibrio económico y detrimento del patrimonio sufridos por el Ingeniero Mauro Riveros Pabón identificado con la C.C. No. 2.875.433 de Santa fe de Bogotá (sic), con ocasión de la ejecución del contrato de obra pública No. 282 de 31 de diciembre de 1993.

SEGUNDA: Que como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad se condene a la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá D.C.-Fondo Rotatorio Vial de la Secretaría de Obras Públicas de Santa fe de Bogotá-Secretaría de Obras Públicas de Santa fe de Bogotá (sic) a pagar la suma de CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS, discriminados así:

A. ***Impuesto de Guerra.*** *Con su respectiva actualización a 31 de diciembre de 1995, 31 de diciembre de 1996 y 30 de noviembre de 1997 teniendo en cuenta el I.P.C. para cada año, el cual se relaciona así:*

ACTA	FECHA	VALOR	(...)	A 30 NOV/97	INT. MOR	TOTAL
R.P.25	AGO2/95	4.777.966	(...)	7.502.341	1.685.803	9.188.144
R.P.4	SEP30/94	482.437	(...)	890.640	281.500	1.172.140
R.P.5	OCT30/94	564.596	(...)	1.026.961	317.461	1.344.422

[1] La demanda fue presentada el 19 de febrero de 1998.

53

R.P.8	*NOV30/94*	*1.554.079*	*(...)*	*2.777.284*	*839.824*	*3.617.108*
R.P-14	*ENE30/95*	*768.071*	*(...)*	*1.333.883*	*397.070*	*1.730.953*
R.P.17	*MAR30/95*	*849.414*	*(...)*	*1.429.255*	*393.903*	*1.823.158*
R.P.21	*JUN27/95*	*1.087.723*	*(...)*	*1.762.884*	*445.153*	*2.208.037*
R.P.23	*JUL6/95*	*848.840*	*(...)*	*1.338.018*	*330.188*	*1.668.296*
R.P.25	*AGO2/95*	*339.805*	*(...)*	*524.951*	*125.922*	*660.873*
R.P.29	*DIC11/95*	*224.73*	*(...)*	*322.507*	*64.222*	*386.729*
						27.799.880

B. ***Impuesto de Guerra*** *con sus respectiva acta de reajuste a 31 de diciembre de 1995, 31 de diciembre de 1996 y 31 de diciembre de 1997 teniendo en cuenta el I.P.C. para cada año, el cual se relacionada así:*

ACTA REAJ.	***FECHA***	***VALOR***	***(...)***	***A 30 NOV/97***	***INT. MOR***	***TOTAL***
A.R.#9	*ENE5/95*	*152.581*	*(...)*	*263.433*	*96.489*	*339.922*
A.R.#10	*ENE5/95*	*118.289*	*(...)*	*205.426*	*56.927*	*262.353*
A.R.#11	*ENE5/95*	*299.107*	*(...)*	*519.447*	*150.300*	*669.747*
A.R.#15	*ENE5/95*	*160.200*	*(...)*	*273.875*	*77.737*	*351.212*
A.R.#18	*MAR30/95*	*166.663*	*(...)*	*280.432*	*77.232*	*357.664*
A.R.#22	*JUN22/95*	*191.147*	*(...)*	*306.138*	*77.913*	*384.051*
A.R.#24	*JUL6/95*	*162.435*	*(...)*	*255.432*	*59.963*	*315.432*
A.R.#26	*AGO2/95*	*103.561*	*(...)*	*159.987*	*37.266*	*197.253*
						2.8770637

C. REAJUSTE DE PRECIOS-EXCEDENTE POR CANCELAR POR CONGELACIÓN ILEGAL DE REAJUSTES:

ACTA REAJ.	**FECHA**	**VALOR**	**(...)**	**A 30 NOV/97**	**INT. MOR**	**TOTAL**
A.R.#9	*ENE5/95*	*3.513.515*		*1.455.738*	*1.455.738*	*6.469.598*
A.R.#10	*ENE5/95*	*5.012.645*		*9.674.427*	*2.627.067*	*12.301.494*
A.R.#11	*ENE5/95*	*4.247.177*		*3.375.934*	*1.833.811*	*9.209.745*
A.R.#15	*ENE5/95*	*2.419.310*		*4.178.145*	*1.213.093*	*5.391.238*
A.R.#18	*MAR30/95*	*3.588.172*		*6.033.995*	*1.655.395*	*7.689.390*
A.R.#22	*JUN22/95*	*3.163.898*		*5.064.440*	*1.827.765*	*6.352.205*
A.R.#24	*JUL6/95*	*5.327.783*		*8.238.535*	*1.754.358*	*9.972.893*
A.R.#26	*AGO2/95*	*3.318.414*		*6.1760655*	*1.479.471*	*7.627.126*
A.R.#29	*DIC11/95*	*4.043.945*		*5.803.103*	*1.227.587*	*6.310.690*
						71.364.379

ITEMS	***FECHA***	***VALOR***	***(...)***	***A 30 NOV/97***	***INT. MOR***	***TOTAL***

Diseños por el contratista	*JUL/94*	*8.007.562*	*12.594.059*	*3.111.703*	*15.705.762*
MULTA	*DIC/95*	*1.027.762*	*1.466.637*	*311.072*	*1.777.709*
Mayor permanencia obra	*MAR/96*	*18.726.000*	*19.444.598*	*721.022*	*20.195.620*

RESUMEN

IMPUESTO DE GUERRA.....	*$26.677.517*
REAJUSTE DE PRECIOS.....	*$71.364.379*
DISEÑOS Y ESTUDIOS.....	*$15.705.762*
MAYOR PERMANENCIA.....	*$20.195.620*
MULTA.....	*$1.777.720*
TOTAL	*$135.720.709*

TECERA: Que dichos valores se deben cancelar a mi poderdante debidamente actualizados de acuerdo con el índice de precios al consumidor vigente en la fecha de la sentencia.

1.1.2. Fundamento fáctico

El actor funda sus pretensiones, en síntesis, en las siguientes razones de hecho:

1.1.2.1. Previa licitación pública adjudicada, el 31 de diciembre 1993 el actor y el Fondo Rotatorio Vial de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital celebraron el contrato n.° 282, por cuya virtud el contratista asumió la ejecución de las obras necesarias para la construcción y recuperación de la calzada oriental de la avenida 19 entre las calles 134 y 161, por el sistema de precios unitarios y un valor total de $238.898.317,10. Las partes convinieron en un plazo de ejecución de 3 meses, contados desde la fecha de iniciación, la cual ocurrió el 29 de enero de 1994.

1.1.2.2. El plazo contractual fue prorrogado i) inicialmente en dos oportunidades, por un total de 105 días calendario, esto es hasta el 14 de

54

agosto de 1994, por falta de estudios, medidas, conceptos, especificaciones y diseños de la estructura del pavimento que la contratante no entregó al contratista oportunamente; ii) la tercera vez por tres meses, hasta el 14 de noviembre de 1994 debido a la indeterminación de la calidad y cantidad de la obra; iii) en la cuarta oportunidad por 16 días calendario, hasta el 30 de noviembre, porque la lluvia inundó las cajas construidas por el contratista; empero el día 16 del mismo mes las partes acordaron la suspensión del contrato hasta el 15 de diciembre de 1994 y iv) finalmente, por 15 días más, hasta el 30 de diciembre, fecha en que se suspendió nuevamente. El contrato finalizó el 30 de enero de 1995 por ejecución de su objeto.

1.1.2.3. La entidad contratante descontó al contratista el valor del impuesto de guerra, de que trata la Ley 104 de 1993, sin restablecer el equilibrio económico como debía hacerlo al tenor del concepto emitido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dado que el contrato n.° 282 se adjudicó un día antes y se celebró un día después de la entrada en vigencia de esa Ley, sin que el pliego de condiciones y la oferta económica adjudicada incluyeran su cobro.

1.1.2.4. En el contrato celebrado se sustituyó el sistema de reciclaje previsto en el pliego de condiciones para la construcción de las obras por uno de recuperación, imponiendo la administración al contratista la realización de estudios de diseño especializados en lo relacionado con la geotecnia, pavimento y aspectos forestales que, además, una vez realizados le fueron rechazados injustificadamente, decidiendo finalmente la entidad demandada que el contratista debía ejecutar la obra por un sistema alterno que ella definió, sin pagarle el valor del estudio presentado.

1.1.2.5. Con sus decisiones la administración impuso una mayor permanencia en la obra con sobrecostos para el contratista, por gastos de personal de secretaría, mensajería, coordinación técnica y de costos de papelería, desplazamientos y trámites, que no le fueron reconocidos.

1.1.2.6. El 14 de agosto de 1994 la entidad contratante impuso unilateralmente al contratista la congelación de los reajustes de precios convenidos en la cláusula quinta del contrato, como medida de apremio para que culminara rápidamente las obras, a pesar de haber dispuesto las prórrogas del plazo.

1.1.2.7. El 7 de junio de 1995 la entidad contratante profirió la resolución n.° 229 de esa fecha para imponer al contratista una multa de $1.027.262.76 por estar incurso en un retraso de 45 días, sanción que fue confirmada con la resolución 405 del 10 de noviembre de 1995 y su valor descontado el 11 de diciembre siguiente, de los saldos que tenía en su favor el demandante.

1.1.3. Razones de derecho

Con fundamento en los artículos 4°, 5°, 25, 26, 27, 50 y 77 de la Ley 80 de 1993, 87, 135 a 139 y 178 del Código Contencioso Administrativo, el actor sostiene que la entidad contratante incumplió la obligación de mantener el equilibrio de la ecuación contractual alterada por la no entrega oportuna de los estudios de suelos y diseños a su cargo y por *"hechos del príncipe"* o por el hecho de la ley; razón por la que debe ser condenada a pagar al contratista los gastos de la mayor permanencia de la obra y las sumas que le retuvo por concepto del impuesto de guerra.

1.2. Intervención pasiva

El Distrito Capital, actuando a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó otros. En su defensa adujo que al actor no le asiste derecho al restablecimiento de la ecuación económica contractual, en cuanto i) conforme a lo convenido, tenía a su cargo los estudios y diseños para ejecutar las obras por el sistema de recuperación que debía realizar una vez iniciada la ejecución contractual, sin que la administración le haya impuesto obligaciones adicionales al respecto; ii) si

55

bien la licitación se llevó a cabo antes de la expedición de la Ley 104 de 1993, el contrato quedó sometido a sus disposiciones, en tanto suscrito bajo su vigencia, sin derecho a la revisión de las prestaciones por tratarse del hecho del príncipe; iii) la mayor permanencia en la obra se originó en los retrasos del contratista que lo hicieron merecedor a la multa impuesta, sin que se hubiera acreditado lo contrario y iv) los reajustes de precios convenidos no aplican para las obras realizadas por fuera del cronograma de la oferta adjudicada al actor –fls. 27 a 32-.

1.3. Alegatos de conclusión

1.3.1. Demandante

En esta oportunidad el actor volvió sobre las razones de su demanda, para reiterar que la entidad contratante debe ser condenada al restablecimiento del equilibrio económico, porque i) en tanto los pliegos de condiciones limitaron la oferta a los costos indirectos del proyecto y al porcentaje de utilidad, el cobro del 5% del valor del contrato por concepto de impuesto aplicó directamente contra las utilidades a que tenía derecho el contratista, ii) en cuanto no definió previamente el sistema de construcción ni los diseños, la administración trasladó al contratista la realización de los estudios sin reconocerle los costos, para finalmente imponerle un sistema de reparcheo con capa adicional de rodadura no previsto en los pliegos, en el contrato, ni recomendado por el contratista; iii) por la falta de planeación e improvisación la administración impuso al contratista una mayor permanencia en la obra con sobrecostos que no le fueron reconocidos y iv) desconociendo lo convenido sobre prórrogas del plazo y reajustes de precios, la contratante impuso arbitrariamente al contratista una multa que descontó de los saldos a su favor y dispuso la congelación de los precios –fls. 53 a 65-.

1.3.2. Demandado

El Distrito Capital, a través de apoderado, se reafirmó en la defensa

esgrimida en la contestación de la demanda enfatizando que, conforme con la oferta que le fue adjudicada, el contratista asumió la realización de los estudios y diseños, sin que se le hubiera impuesto obligaciones adicionales y que en tanto la imposición de la multa y el cobro del impuesto se sujetan a la ley y a la realidad contractual, no pueden entenderse como alteraciones del equilibrio económico prestacional –fl.s 80 y 81-.

1.4. Sentencia de primera instancia

La Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó pretensiones. Al efecto consideró el *a quo* que i) en tanto la contribución de seguridad o impuesto de guerra, regulada por los Decretos 2009 de 1992 y 1515 de 1993 y la Ley 104 del mismo año, constituye una carga para cualquier contratista sin contrapartida para la administración, no puede entenderse como una alteración de la relación contractual que obligue a la administración a su restablecimiento; ii) las partes convinieron en la congelación de los precios a partir de 14 de agosto de 1994 y, asimismo, en las prórrogas posteriores acordaron que no causaban reajustes al precio inicial, sin que el actor hubiera formulado reparo alguno a la validez de esas declaraciones de voluntad; iii) la liquidación del contrato da cuenta del pago que la administración hizo al contratista por concepto de los estudios, sin que se hubiera acreditado la realización de otros, distintos de los previstos en el objeto contractual y iv) la mayor permanencia se ocasionó por las prórrogas imputables al contratista y, además, el actor no acreditó los sobrecostos en que funda sus pretensiones, habida cuenta de que el informe rendido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros carece de valor probatorio, en tanto se basa únicamente en las afirmaciones del demandante.

2. Segunda instancia

2.1. El recurso de apelación

El actor, a través de apoderado, apeló la providencia de primera

56

instancia para que se revoque y se acceda a las pretensiones, porque, a su juicio, la decisión contraría el principio de congruencia de que tratan los artículos 170 del Código Contencioso Administrativo y 305 del Código de Procedimiento Civil, en tanto el tribunal *a quo,* sin que la parte contraria lo hubiera objetado, restó mérito probatorio el dictamen pericial rendido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros que da cuenta del desequilibrio contractual en contra del contratista *"...alegando que no soportó su dictamen en pruebas o documentos anexos, cuando precisamente la ley ha delegado en la figura del perito la evaluación de dichas circunstancias por el hecho de su profesión y experiencia en estos asuntos" –fl.139 y 145-.*

2.2. Alegatos finales

En esta etapa intervino la entidad demandada, a través de apoderado, para señalar que en tanto dirigidos los motivos de inconformidad únicamente contra los criterios expuestos por el *a quo* sobre el valor probatorio del informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, sin cuestionar la *ratio decidendi*, a su juicio, procede confirmar la sentencia impugnada –fls. 185 a 188-.

2.3. Concepto del Ministerio Público

En opinión del Ministerio Público la sentencia de primera instancia se debe mantener, porque i) el impuesto de guerra es una carga para el contratista que no altera el equilibrio económico del contrato, en tanto no es posible mudar el sujeto pasivo del tributo, además de que la licitación, adjudicación de la oferta y celebración del contrato *sub judice* ocurrieron bajo la vigencia del gravamen; ii) el contratista aceptó la congelación de los precios desde el 14 de octubre de 1994 y convino en las prórrogas sin reajustar los precios; iii) los estudios, ensayos de laboratorio y diseños estaban a cargo del contratista, de conformidad con el pliego de condiciones, la oferta que le fue adjudicada y el contrato celebrado; iv) la mayor permanencia de la obra es imputable al contratista y no se acreditó

que hubiera incurrido en sobrecostos que deba asumir la demandada y v) la multa fue impuesta al actor con sujeción a lo convenido en el contrato y a la forma como ejecutó el objeto, mediante acto administrativo que no fue demandado en el proceso –fls. 190 a 210-.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia que negó las pretensiones, dado que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988[2] para que asuma el conocimiento de una acción contractual en segunda instancia.

2.2 Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca 8 de octubre de 2002, para negar las pretensiones por considerar que la contribución de seguridad no es una carga que altere el equilibrio de las prestaciones y que no se acreditaron mayores costos de ejecución imputables a la contratante.

Lo anterior porque el actor insiste en que está acreditada la alteración del equilibrio económico que debe serle restablecido y la entidad demandada aduce que las pretensiones carecen de fundamento.

---

[2] El 19 de febrero de 1998, cuando fue presentada la demanda, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual fuera conocido por esta Corporación era de $ 18 850 000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones fue estimada en la demanda en la suma de $135 720 709.

57

Deberá, entonces, ocuparse la Sala de lo relacionado con la naturaleza, régimen jurídico y el equilibrio económico del contrato celebrado, de conformidad con los elementos probatorios allegados al proceso, consistentes, principalmente, en los documentos suscritos por las partes y el informe rendido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

2.3 Naturaleza y régimen jurídico del contrato n.º 282 de 1993

Para la fecha de la celebración del contrato *sub judice* el Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría Obras Públicas, en tanto establecimiento público descentralizado del orden distrital con personería jurídica[3], estaba sometido a las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

Con sujeción al estatuto de contratación estatal, la entidad demandada y el actor Mauro Miguel Riveros Pabón celebraron el contrato n.º 282, el 31 de diciembre de 1993 para la ejecución de las obras de construcción y recuperación de la calzada oriental de la avenida 19, entre las calles 134 y 161, por el sistema de precios unitarios.

Quiere decir entonces que, en tanto contrato estatal de obra pública, el celebrado entre las partes y traído en litigio al proceso se rige en lo relativo al equilibrio financiero y a la imposición de multas por las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

2.4 No se acreditó el desequilibrio económico del contrato

El material probatorio ofrece convicción a la Sala en cuanto a que el plazo de ejecución inicialmente convenido fue prorrogado en varias oportunidades, hasta su finalización el 30 de enero de 1995, porque así consta en las distintas actas que suscribieron para el efecto.

---

[3] Así existió desde su creación por el Acuerdo 021 de 1990 del Concejo de Bogotá, hasta el 15 de marzo de 1996, cuando el Alcalde Mayor dispuso su liquidación mediante el Decreto 186 de esa fecha, asignando desde entonces sus funciones a la Secretaria de Obras Publicas.

Se sabe, igualmente, porque así consta en el documento allegado al proceso, que el 23 de febrero de 1996 las partes suscribieron el acta de liquidación, dejando a salvo el contratista su derecho a solicitar el *"...restablecimiento del equilibrio económico del Contrato FOSOP 282/93 (...) de acuerdo con las objeciones adjuntas que forman parte integral de la presente acta"* –*fls. 922 a 924, folder AZ 2-*; entre las cuales obran las reclamaciones que le presentó a la entidad demandada el 13 de enero de 1995, por concepto del impuesto de guerra que le fue cobrado, del estudio de geotecnia y pavimento, de los precios no previstos, de la congelación de precios y de mayores gastos administrativos –fls. 760 a 762, folder AZ 2-.

Con el fin de acreditar *"...las obras realizadas y su valor para efectos de demostrar el desequilibrio contractual"* el actor pidió la práctica de un *"experticio"* que realizaría la Sociedad Colombiana de Ingenieros o *"un organismo similar"* –fl. 17, c.p-. Por auto del 18 de noviembre de 1999, el *a quo* dispuso oficiar a la mencionada asociación para que atendiera la solicitud formulada por el actor –fl. 40, c.p.-, la cual emitió concepto técnico –cdn. prb- concluyendo que al actor le asiste el derecho al restablecimiento del equilibrio económico en las cuantías solicitadas en la demanda, en tanto i) la entidad contratante le cobró la contribución de que trata la Ley 104 de 1993 sin estar prevista en el pliego de condiciones y en la oferta adjudicada; ii) debió pagar los costos de los estudios exigidos por la contratante; iii) estuvo sometido a la congelación de precios e iv) incurrió en sobrecostos por gastos administrativos durante la mayor permanencia de la obra. No así en lo relativo a las multas, en cuanto consideró que le fueron impuestas por actos administrativos que se encuentran en firme.

En esas condiciones, observa la Sala que no se practicó prueba pericial, dado que para el efecto no se acudió a la lista de peritos prevista por la Ley 446 de 1998 ni fue posesionada por el juez la persona que intervino en su práctica. Se trata sí, de un informe técnico rendido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en su calidad de órgano consultor del gobierno otorgada por la Ley 46 de 1904 y que como lo exigen las

58

disposiciones del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil[4], debe ser motivado y rendirse bajo juramento, que se entenderá prestado por el solo hecho venir firmado.

Ahora bien, al tenor de las disposiciones del artículo 187 del estatuto procesal civil *"[l]as pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".* Y estando el informe técnico sometido al principio de la libre valoración racional, no es dable sostener que el fallador deba necesariamente aceptar sus conclusiones, en tanto los elementos probatorios tienen como finalidad asistir la formación del convencimiento del juez y no sustituirlo en su decisión[5].

En este sentido, dispone el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil –se destaca-:

> *Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez*

Así las cosas, corresponde a la Sala decidir, a partir de la valoración en conjunto de los distintos elementos probatorios, si al actor le asiste el derecho al restablecimiento del equilibrio económico por los distintos conceptos tratados en el informe técnico, a cuyo contenido se remitió para sustentar el recuso, considerando además que, conforme con las

---

[4] Según esta norma, *"[l]os jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos sobre avalúos y otros hechos de interés para el proceso, a los médicos legistas, a la policía judicial, al Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" y en general a las entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado, y a las que tengan el carácter de consultoras del gobierno.// Tales informes deberán ser motivados y rendirse bajo juramento, que se entenderá prestado por el solo hecho de la firma, y se pondrán en conocimiento de las partes por el término de tres días para que puedan pedir que se complementen o aclaren".*

[5] También, señala la doctrina: *"[s]i se tiene en cuenta que el perito es un auxiliar del juez y el dictamen un medio probatorio, resultaría un verdadero contrasentido que el funcionario tuviera que aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fue así, éstos serían los falladores".* Cfr., Parra Quijano, Jairo; Manual de Derecho Probatorio, 2000, pág. 488.

disposiciones del estatuto de contratación estatal y con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la acreditación de mayores costos por la ejecución del objeto no es suficiente para obtener el restablecimiento del equilibrio prestacional, dado que es necesario demostrar que los sobrecostos sobrevinieron por hechos imprevistos, ajenos a los riesgos que asumió el contratista al contraer sus obligaciones.

2.4.1 El gravamen no afectó el equilibrio financiero del contrato

Esta Sección ha reiterado que el cobro de la contribución a que se hace referencia, sobre los contratos de obra celebrados en vigencia de la Ley 104 de 1993, que mantuvo el gravamen regulado desde los Decretos 2009 de 1992 y 1515 de 1993, no reúne los requisitos fácticos en que se funda el restablecimiento por desequilibrios económicos imprevistos. Igualmente, ha insistido en que el cobro de la contribución de que tratan los artículos 123 y 124 de la Ley en cita, no demuestra, por sí mismo, la ruptura del equilibrio económico del contrato.

Al respecto, señaló la Sección[6] -se destaca-:

> *(...) de acuerdo con los planteamientos anteriores, y con fundamento en la jurisprudencia sobre las cargas impositivas en los contratos estatales[7], (...) las mismas "no significan per se el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones del contratista". Exigencia que está en consonancia con lo que a propósito de la responsabilidad por el hecho de la ley, con fundamento en el daño especial, ha señalado la doctrina: debe tratarse de un perjuicio que por su "especificidad y gravedad, sobrepase los normales sacrificios impuestos por la legislación"[8] (...).*
>
> *Sostuvo la Sala, en la misma sentencia del 29 de mayo de 2003, que era procedente el cobro de la contribución especial en los contratos*

---

[6] *"Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de febrero de 2010, C.P: Enrique Gil Botero, ya citada".*
[7] *"Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de octubre de 1938 (Sala Plena en lo Civil) y sentencias del Consejo de Estado del 11 de febrero de 1983, exp. 4929 (sección cuarta); 27 de marzo de 1992, Exp. 6353 (sección tercera); auto del 7 de marzo de 2002, Exp. 21.588 (sección tercera) y conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil Nos. 561 del 11 de marzo de 1972 y 637 del 19 de septiembre de 1994".*
[8] *"GEORGES VEDEL. Derecho Administrativo. Madrid, Edit. Aguilar, 1980. p.343".*

59

adicionales, por cuanto las adiciones al valor "fueron formalizadas por las partes de acuerdo con las exigencias del art. 58 del decreto ley 222 de 1983, esto es, suscribieron los respectivos contratos adicionales y se cumplieron los requisitos presupuestales" y, además, por cuanto en ellos expresamente se señaló que a dichos contratos les era aplicable "la contribución especial de que trata el artículo 123 de la ley 104 del 30 de diciembre de 1993".

Por consiguiente, si no existía la obligación legal para el contratista de suscribir contratos adicionales para incrementar el valor inicialmente estimado en el contrato principal, como lo alega la parte demandante, "debió, entonces, demandar la declaratoria de ilegalidad de los mismos, en tanto dichos contratos se suscribieron y fueron objeto del cobro de la contribución especial, pues cabe recordar que la ley 104 de 1993 estableció que debían pagarla todas las personas que suscribieran contratos "o celebren contratos de adición al valor de los existentes" (...).

Por la similitud del tema analizado con el problema que se involucra en el caso concreto, la Sala acoge, íntegramente, los argumentos allí expuestos, pues conservan plena validez, amén de la utilidad que tiene observar los precedentes judiciales, en materias idénticas.

Siendo el contrato, por excelencia, el instrumento jurídico a través del cual las partes acuerdan, en cada caso, la distribución de los riesgos propios de las actividades económicas comprendidas en su objeto y existiendo distintas posibilidades metodológicas para determinar la remuneración y los riesgos económicos inherentes a la relación, corresponde al contratista que no previó lo previsible, asumir las consecuencias de su imprevisión, aunado a que habrá de demostrar que efectivamente la contribución, sobreviniente en todo caso, rompió la conmutatividad de las prestaciones y afectó gravemente su cumplimiento. Sin embargo, en el expediente no obran elementos probatorios en este sentido.

Tampoco se demandó en este proceso la nulidad del contrato, suscrito después de la vigencia de la ley 104 de 1993, como debía ser de alegarse, por parte de la demandante, vicios sobre la formación libre del consentimiento o irregularidades en su celebración.

Para la Sala, el concepto técnico rendido por la Sociedad Colombiana

de Ingenieros carece de mérito probatorio en lo relativo al desequilibrio económico por el cobro de la contribución de seguridad, en tanto ajeno al objeto de la prueba pedida y decretada, si se considera que el actor limitó su alcance a las *"...obras realizadas y su valor para efectos de demostrar el desequilibrio contractual"*; amén de que la conclusión del informe en torno a la alteración de la ecuación contractual se sustenta en cuestiones de derecho en las que no es dable sustituir la decisión del juez.

Comoquiera que el cobro de la contribución creada por la Ley 104 de 1993 no constituye incumplimiento del contrato número 282 del 31 de diciembre del mismo año, celebrado entre el Fondo Rotatorio Vial de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital y el señor Mauro Miguel Riveros Pabón y no se estableció el desequilibrio contractual invocado, procede confirmar la sentencia recurrida con fundamento en el cobro de la contribución de que trata la referida ley.

2.4.2 Los sobrecostos por la demora en los estudios y la ejecución del objeto no son imputables a la contratante

Aduce el actor que la conmutatividad de las prestaciones a su cargo se alteró, por cuanto la contratante le impuso la ejecución de las obras por el sistema de recuperación, ajeno al pliego de condiciones y al objeto convenido y no le entregó oportunamente los estudios de suelos y diseños acordes a este método de construcción, como lo exige la Ley 80 de 1993, debiendo realizarlos el contratista, lo que le ocasionó una mayor permanencia en la obra con sobrecostos y congelación de precios que no debe soportar.

Empero, el material probatorio ofrece convicción a la Sala, sobre los siguientes hechos relevantes para la decisión:

2.4.2.1 De conformidad con la oferta que le fue adjudicada, el contratista propuso, para la construcción y recuperación de la calzada oriental de la avenida 19, entre las calles 134 y 161, entre otras, las

60

actividades de i) recuperación del pavimento, incluyendo el reciclado, escarificado, pulverizado y mezclado con material asfáltico triturado; ii) realización de *"estudios, ensayos de laboratorio y diseños previos para recuperación del pavimento por el sistema de reciclaje"* –se destaca- y iii) aplicación de rodadura y emulsión asfálticas.

Asimismo, en la descripción de los trabajos presentada con la oferta el contratista propuso –se destaca-:

> *Una vez legalizado el contrato y dentro de los plazos establecidos, se iniciará la obra empezando por la elaboración de los estudios y ensayos correspondientes; estos consistirán en análisis de tráfico, levantamiento topográfico con perfiles longitudinales y transversales, estudio de drenajes (bombeos, peraltes), localización de redes y sumideros existentes, perfil estratigráfico de la estructura existente para conocer los espesores de las capas, granulometría, límites de consistencia, equivalentes de arena, pesos unitarios y humedales naturales, densidades y C.B.R* –fl. 146, folder AZ 1-.

Y conforme al documento contractual suscrito, las partes convinieron en la realización de estas mismas actividades, pactando que los estudios incluirían el sistema de recuperación, en los siguientes términos –se destaca-:

> ***PRIMERA: OBJETO.*** *El contratista se compromete para con el FONDO ROTATORIO VIAL DISTRITAL DE LA SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ-FOSOP, a ejecutar a precios unitarios fijos, señalados en la propuesta de la Licitación Pública FOSOP VAL No. 040 de 1993 las obras necesarias para la CONSTRUCCIÓN Y RECUPERACIÓN DE LA AVENIDA 19/TV.30 DE CLL. 134 A CLL. 161 (CALZADA ORIENTAL ÚNICA), de acuerdo con los requisitos, planos y especificaciones indicados en su oferta y en la forma aceptada y corregida por el FONDO DISTRITAL DE LA SECRETARÍA DE LA SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ-FOSOP, los cuales se determinan por su naturaleza, cantidad y precios en la siguiente forma:*
>
> | ***ITEM*** | ***UNI*** | ***CANT*** | ***V/UNI*** | ***V/PARCIAL*** |
> |---|---|---|---|---|
> | *Recuperación de pavimento hasta 30 cm; incluye reciclado,* | | | | |

escarificado, pulverizado, mezclado con material asfáltico triturado extendida y compactada (sic)	*M3*	*5.214*	*9.503,60*	*49.551.770.40*
Estudio, ensayos de laboratorio y diseños previos para recuperación de pavimento mediante el ***sistema de recuperación***	*M3*	*5.214*	*174.60*	*912.364.40*
Rodadura asfáltica B-1150 compactada en obra, incluido asfalto de liga	*M3*	*1.043*	*91.649.50*	*95.590.428.50*
Emulsión asfáltica colocada para reciclado	*KG*	*286.70*	*170.01*	*48.753.767.70*
Limpieza de sumideros (incluye extracción, cargue y transporte de sedimentos)	*UN*	*41*	*9.000.00*	*369.000.00*
Renivelación de pozos por hilada	*UN*	*12*	*20.000.00*	*240.000.00*
Recalce de sardineles en f c=210 kg/cm2 (incluye formaleta)	*ML*	*873*	*4.200.00*	*3.666.600.00*

Costo Indirecto.....	*$ 199.081.931.00*
(A.I.U) (20%).....	*$39.816.386.20*
Valor Total.....	*$238.898.317.20*

2.4.2.2 El plazo de ejecución fue prorrogado de común acuerdo por las partes, en cinco oportunidades, así:

El 30 de marzo de 1994, el actor solicitó una prórroga *"...para dar cabida a los diferentes estudios, ensayos, medidas, conceptos, tratamientos especificaciones y diseños convenidos en esa reunión para el pavimento y para las obras adicionales (...) ya que como bien lo aclaró el señor director de la interventoría este contrato sui generis el constructor*

61

debe aportar también todos los diseños de la obra que va a ejecutar, con la supervisión y visto bueno de la interventoría", la cual fue convenida por 45 días, esto es, hasta el 13 de junio de 1994 –fls. 275 a 279, folder AZ 1-.

El 30 de mayo siguiente, el contratista solicitó una segunda prórroga por el término de 2 meses *"...mientras el estudio geotécnico arroja los resultados que nos permitan establecer la calidad y cantidad de obras necesarias y previas* ***al reciclaje****"* –se destaca-, que fue convenida en 60 días calendario, es decir hasta el 14 de agosto de 1994 -fls. 281 a 284 y 389 a 390, folder AZ 1-.

El día 9 de este último mes, el contratista solicitó una nueva extensión del plazo de ejecución, en los siguientes términos –se destaca-:

> *Por medio de la presente, solicito a Usted prórroga de plazo del contrato referenciado [FOSOP282-93] por tres (3) meses a partir del 13 de Agosto del presente año.*
>
> ***Los ajustes de precios quedarán congelados a partir del 14 de agosto de 1994*** *–fl. 212, folder AZ 1-.*

El 13 de agosto de 1994 las partes acordaron la prórroga solicitada por el contratista en 3 meses, esto es, hasta el 14 de noviembre, señalando que *"...no causa ajustes al valor inicial del contrato"* –fl. 384, folder AZ 1-.

El 11 de noviembre 1994, las partes suscribieron la cuarta modificación del plazo del contrato n.° 282 de 1993, para extenderlo hasta el día 30 siguiente, conviniendo, igualmente, en que *"...no causa ajustes al valor inicial del contrato"* –fl. 330, folder AZ 1-. Según el informe del interventor, el contratista solicitó esta prórroga porque *"...debido a la época invernal y al trastorno en el suministro de base granular y base asfáltica... no ha podido terminar las obras objeto del presente contrato"* – fl. 759, folder AZ 2-.

El 16 de noviembre del mismo año, las partes suspendieron

"temporalmente la obra... debido a las frecuentes lluvias que se han presentado en la zona de la obra y que para efectos del contrato impiden acometer con rapidez el objeto del mismo" –fl. 354- y la reiniciaron el día 30 siguiente, señalando que *"...la terminación de las obras es de quince (15) días calendario a partir de la fecha de la presente acta"* –fl. 361, folder AZ 1-.

El 14 de diciembre de 1994 el contratista solicitó una prórroga adicional hasta el día 30 siguiente, por *"...la alta densidad comercial del sector y el intenso tráfico vehicular de la época decembrina, lo cual dificulta enormemente el normal desarrollo de los trabajos"*, que las partes convinieron señalando, nuevamente, que no causa reajuste al valor inicial del contrato –fl. 317, folder AZ 1-.

El 30 del mismo mes –diciembre de 1994-, las partes suspendieron por segunda vez la obra, *"...debido a que la finisher (sic) sufrió una avería y la consecución de los repuestos ha sido muy difícil, además de la escasez de equipos ha dificultado la consecución de otra" –fl. 743, folder AZ 2-* y la reiniciaron el 30 de enero siguiente, día en que, según lo convenido, finalizaba el plazo de ejecución –fl. 468, folder AZ 1-.

Valorado en su conjunto, el material probatorio reseñado ofrece convicción a la Sala en cuanto a que, desde la presentación de su oferta, para el contratista era claro que contraía la obligación de hacer los diseños, estudios y ensayos; asimismo, que, si bien inicialmente previó el sistema de reciclaje, al celebrar el contrato convino en el de recuperación.

Y en tanto en el *sub judice* no se discute la validez del contrato celebrado por el actor, no es dable sostener el desequilibrio económico de las prestaciones, apoyado en la imposición de estudios o sistemas de construcción de la obra no previstos en el objeto convenido, pues acreditado está que estos ítems estaban comprendidos en las obligaciones que contrajo el actor.

62

Asimismo, huelga concluir que no hay lugar al restablecimiento del equilibrio económico por la realización de los estudios y diseños, porque, siendo del contratista la demora en la conclusión de los estudios, nada es posible imputarle por este aspecto a la administración, si se considera que para que proceda el reconocimiento pretendido la alteración de las prestaciones debe provenir de hechos ajenos a quien lo alega.

Y valen estas mismas razones para concluir que, igualmente, el contratista carece de derecho al restablecimiento pretendido por la congelación de los precios y las dos últimas prórrogas pactadas, en tanto propuso y convino las modificaciones contractuales en esas condiciones, esto es, sin derecho a reajustar el valor inicial del contrato a partir del 14 de agosto de 1994. Amén de que, como está acreditado, los retrasos del actor en la realización de los estudios propiciaron que el plazo de ejecución se moviera, llegando hasta noviembre y diciembre, meses en que se presentaron las lluvias y el incremento del tráfico que dificultó la realización del objeto. Y, por otra parte, nada se cuestionó en el *sub lite* sobre la validez del consentimiento expresado por el contratista en las dos últimas prórrogas convenidas.

Así las cosas, para la Sala no es posible reconocer mérito probatorio al concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros sobre el restablecimiento del equilibrio económico en favor del contratista por concepto de estudios, congelación de precios y mayor permanencia de la obra, porque, en tanto no se acreditó que sobrevinieron por hechos imprevistos ajenos a los riesgos que asumió al celebrar el contrato n.º 282 de 1993, los costos por esos conceptos se acompasan con los que debe soportar el actor en virtud del vínculo jurídico que contrajo. En consecuencia, se impone confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto negó el restablecimiento del equilibrio económico por mayores costos.

2.5 Son nulas las resoluciones proferidas por la entidad demandada para imponer multas al contratista

El actor también pretende el restablecimiento del equilibrio económico, a su juicio, alterado por las multas que mediante acto administrativo le impuso la administración.

Los elementos probatorios allegados al proceso dan cuenta de que, conforme con lo convenido en la cláusula decimoséptima del contrato, el 7 de junio de 1995 la entidad contratante expidió la resolución n.° 229 de esa fecha, para *"sancionar con multa"* de $1.027.262.76, por considerar que el contratista incurrió en *"un total de 43 días de atraso en la ejecución de la obra que aún no ha terminado"* –copia de este acto obra a fls. 549 y 550, folder AZ 1-, decisión confirmada con la resolución n.° 405 del 10 de noviembre siguiente –según copia que obra fls. 612 a 625, folder AZ 2-.

Aunque la Ley 80 de 1993 previó que en los contratos estatales es posible pactar multas, no autorizó que la administración las impusiera, ante sí misma, al contratista, debiendo acudir al juez para el efecto.

De manera que, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corporación, bajo el régimen de la Ley 80 de 1993 es ilegal, por falta de competencia, que la entidad estatal se arrogue por contrato una facultad que debe venir dispuesta por la ley. Vicio que, por contrariar abiertamente el principio de legalidad al que está sujeta la administración -artículos 6° y 121 constitucionales- amerita declarar de oficio la nulidad de la estipulación contractual que contiene esa prerrogativa y de las resoluciones n.° 229 y 409 de 1995 expedidas por la entidad demandada, antes de la Ley 1150 de 2007, para imponer las multas al contratista.

Esto último debe ser así, dado que la nueva normatividad, si bien autoriza a la administración para imponer multas al contratista aún por contratos en ejecución celebrados antes de su vigencia, no está llamada a producir efectos retroactivos que convaliden los actos proferidos para ese fin con anterioridad a la citada Ley 1150.

63

Así las cosas, se modificará la sentencia recurrida para disponer la nulidad de las resoluciones n.º 229 y 409 de 2005 y condenar a la entidad demanda a restituir la suma de $1.027.262.76, que le fue descontada al contratista el 11 de diciembre de 1995 por la multa, actualizada con el índice precios al consumidor, así:

Sa = valor de la multa x (IPC may2012/IPC dic1995)

Sa = $1.027.262.76 x (111.25/31.24)

Sa = $ 3.658.226

No hay lugar al reconocimiento de intereses, dado que la obligación de restituir el valor cobrado al contratista por concepto de la multa se constituye con esta sentencia.

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

III. DECISIÓN

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

MODIFICAR la sentencia proferida el 8 de octubre de 2002 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad absoluta de la cláusula decimoséptima del contrato n.º 282 de 1993 celebrado entre las partes en este proceso, en cuanto atribuye ilegalmente a la administración la facultad de imponerle multas al contratista.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de las resoluciones n.º 229 y 405 de 1995, proferidas ilegalmente por la entidad demandada con el fin de sancionar con multas al actor.

TERCERO: CONDENAR a la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá Distrito Capital a pagar al señor Mauro Miguel Riveros Pabón la suma de tres millones seiscientos cincuenta y ocho mil doscientos veintiséis pesos $3.658.226, correspondiente al valor actualizado de la multa que le impuso y descontó al contratista.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones.

QUINTO: DESE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y 115 del C.P.C. Expídanse copias de esta sentencia a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

64

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Subsección

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

Ausente con permiso
RUTH STELLA CORREA PALACIO
Magistrada