



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA-SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C, veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Referencia:	Expediente n.º 32437
Radicación:	250002326000200201996 01
Actor:	Consortio CIAF LTDA. Ingeniería-MIKO LTDA.-Castro Guevara y otros
Demandado:	Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVÍAS
Naturaleza:	Acción de controversias contractuales

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 2 de noviembre de 2005, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda, la cual será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

El consorcio CIAF LTDA- Ingeniería-MIKO LTDA.-Castro Guevara, celebró y ejecutó un contrato con FERROVÍAS para el mantenimiento de un tramo de la vía férrea del Atlántico. El contratista demandó a la entidad por rompimiento del

equilibrio económico del contrato y por incumplimiento respecto de su obligación de pago de todos los costos en los que incurrió, especialmente derivados de la reparación de los equipos puestos a su disposición por FERROVÍAS para la ejecución de los trabajos y el bajo rendimiento derivado de la imposibilidad de disponer de la vía durante el tiempo ofrecido por la entidad.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 25 de septiembre de 2002, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del C.C.A, el consorcio CIAF LTDA.-Ingeniería-MIKO LTDA.-Castro Guevara, las sociedades CIAF LTDA. Ingeniería y MIKO LTDA. y el señor Bernardo Alirio Castro Guevara, presentaron demanda en contra de la Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVÍAS, en cuyas pretensiones solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 5 a 22, c. 1):

Primera: *Que se declare responsable a la Empresa Colombiana de Vías Férreas-FERROVÍAS, como consecuencia del incumplimiento y la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato de Obra No. 01-0274-0-99, suscrito entre el Consorcio CIAF LTDA. INGENIERÍA-MIKO LTDA.-CASTRO GUEVARA y FERROVÍAS.*

Segunda: *Como consecuencia de lo anterior, se condene a la Empresa Colombiana de Vías Férreas-FERROVÍAS, a indemnizar los perjuicios materiales causados a mis poderdantes.*

Tercera: *Que se liquide el contrato de Obra No. 01-0274-0-99, suscrito entre el Consorcio CIAF LTDA. INGENIERÍA-MIKO LTDA.-CASTRO GUEVARA y FERROVÍAS.*

Cuarta: *Que se dé cumplimiento a lo establecido en el artículo 178 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.*

Quinta: *Que la entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia que en su contra se dicte en los términos contemplados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

2. Como fundamento de sus pretensiones, el demandante dio cuenta de la celebración entre las partes, del contrato de obra pública n.º 01-0274-0-99 del 31 de mayo de 1999 por el sistema de precios unitarios, cuyo objeto fue la ejecución del mantenimiento integral del corredor y la vía férrea entre los sectores La Loma (PK752) y el acceso a Puerto Drumond (PK938) de la red férrea del Atlántico, el cual fue prorrogado el 31 de marzo de 2000 y finalizó, sin que hubiera sido liquidado.

2.1. El demandante narró que de acuerdo con el pliego de condiciones, FERROVÍAS se comprometía a i) reajustar los precios unitarios, ii) suministrar al contratista 4 horas diarias continuas para ejecutar los trabajos que afectaran el tráfico férreo, y a iii) suministrar un carromotor, una bateadora, una reguladora y una dresina de control, que serían entregadas en perfecto estado de operación, debiendo el contratista destinar personal calificado y efectuar mantenimiento preventivo a dicha maquinaria.

2.2. Añadió que una vez entregadas la bateadora (el 16 de septiembre de 1999) y la reguladora (el 29 de septiembre siguiente), el contratista debió repararlas para poder operarlas, tiempo durante el cual no pudo adelantar las labores propias del contrato, lo que le representó pérdida de tiempo y lucro cesante en la ejecución de los trabajos, así como pérdida de sus expectativas, sobre la labor que adelantaría con la maquinaria, que sólo se pudo adelantar en un 17%, lo que le generó los perjuicios que ahora reclama.

2.3. Afirmó el demandante que las actividades del contratista también se vieron afectadas por el incumplimiento de la entidad de su obligación de darle 4 horas diarias para los trabajos de mantenimiento de la vía férrea, debiendo interrumpir labores para dar vía a los trenes.

2.4. Agregó que el contratista, con autorización de la vicepresidencia de concesiones y desarrollo de la entidad, adquirió repuestos para la bateadora y la reguladora e hizo reparaciones, que no le fueron reconocidos.

2.5. Sostuvo que en la propuesta, el contratista ofreció un AIU del 32% del valor total del contrato y a pesar de que el pliego de condiciones estableció un ítem denominado “atención de emergencias”, que sería cancelado por las cantidades de obra establecidas entre contratista e interventor a los precios unitarios pactados, no se hicieron los pagos aplicando la totalidad del porcentaje del AIU, con base en un acta suscrita por el director de la obra en la que sin tener facultad para ello, modificó el referido porcentaje.

2.6. Finalmente, manifestó que el contrato se terminó, se suscribió acta de recibo final el 31 de marzo de 2000 y el 3 de abril del mismo año se firmó el acta de entrega de equipos, sin que se haya llevado a cabo la liquidación del contrato. Y a pesar de que en varias oportunidades el contratista reclamó a la entidad por el rompimiento del equilibrio económico del contrato por los sobrecostos que se presentaron y que no le son imputables, no obtuvo respuesta alguna de FERROVÍAS, quien incumplió su obligación de restablecer dicho equilibrio.

II. Actuación procesal

3. Admitida mediante auto del 22 de octubre de 2002 (f. 25, c. 1), la Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVÍAS presentó **contestación de la demanda**, en la cual aceptó algunos hechos como ciertos y se atuvo a lo que resultara probado en cuanto a los demás. Pidió que se denieguen las pretensiones, por considerar que no le asiste razón al demandante, al afirmar que se rompió el equilibrio económico del contrato por sobre costos que supuestamente tuvo que asumir (f. 42 a 54, c. 1).

3.1. Propuso las excepciones de i) compromiso o cláusula compromisoria, porque las partes acordaron someter sus diferencias a cualquiera de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la Ley 80 de 1993 o a la amigable composición, conciliación y transacción; ii) falta de jurisdicción y competencia, por la anterior razón y por no agotar el requisito de conciliación prejudicial; iv) improcedencia de la acción, por incumplimiento del mencionado requisito; v) inexistencia del desequilibrio económico, por cuanto el contratista conocía las condiciones de contratación desde que presentó su oferta y debió

tomar las medidas necesarias para evitar la alteración de las condiciones económicas alegadas en la demanda; vi) inexistencia de incumplimiento de ferrovías y de responsabilidad contractual, porque no se pueden predicar frente a la negativa de la entidad al reconocimiento de las cantidades reclamadas por el contratista, que hacían parte de sus obligaciones, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones y lo estipulado en el contrato; vii) caducidad de la acción, porque las partes se comprometieron a liquidarlo dentro de los 4 meses siguientes a su terminación, que se produjo el 31 de marzo de 2002, por lo que la fecha máxima para liquidarlo era el 31 de julio siguiente y la acción contractual caducó 2 años después, esto es, el 1º de agosto de 2002, habiéndose presentado la demanda el 25 de septiembre de ese año, por lo que fue extemporánea.

3.2. Formuló denuncia del pleito y solicitó la vinculación en calidad de demandado a la sociedad Drumond Ltd., en relación con el no suministro de las 4 horas para que el contratista pudiera ejecutar los trabajos, aunque FERROVÍAS no se obligó a conceder ese término. Lo anterior, porque la mencionada sociedad se negó a otorgar el permiso respectivo.

4. En la oportunidad para presentar **alegatos de conclusión**, la actora reiteró los argumentos de la demanda y expuso citas jurisprudenciales sobre el equilibrio económico del contrato (f. 116, c. 1).

5. En **sentencia** proferida el 2 de noviembre de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda (f. 81 a 92, c. ppl.).

5.1. En cuanto a las excepciones propuestas por la entidad demandada, consideró i) que las partes en el contrato acordaron acudir a los mecanismos de solución de conflictos mencionados en la ley, pero no establecieron cuál utilizarían en forma preferente; ii) de acuerdo con el Decreto 2771 de 2001 y la resolución 0198 de 2002, la conciliación prejudicial, no era requisito de procedibilidad de la acción; iii) la acción no estaba caducada, pues se deben contabilizar los 4 meses de la liquidación bilateral más los dos meses de la liquidación unilateral, para empezar a computar el término para la presentación de la demanda; y que iv) la inexistencia

de desequilibrio económico y el incumplimiento contractual, son razones de defensa que se deben estudiar al resolver de fondo.

5.2. En cuanto a las pretensiones, luego de analizar una a una las reclamaciones por sobrecostos que según la parte actora se tradujeron en la afectación de la ecuación económica del contrato, concluyó que las mismas carecían de soporte probatorio.

5.3. El *a-quo* no se pronunció sobre la denuncia del pleito formulada en la contestación de la demanda por FERROVÍAS, pero como se verá, esta omisión no fue objeto de apelación.

6. Inconforme con lo decidido, la parte actora interpuso **recurso de apelación** en el cual pidió la revocatoria de la sentencia de primera instancia y que en su lugar se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su solicitud, sostuvo (f. 94 y 104, c. ppl.):

(...) no fue acertada la manifestación del Tribunal de primera instancia al señalar en términos generales que en el proceso no se allegaron pruebas que acrediten el desequilibrio contractual por mano de obra y suministro de materiales. La anterior interpretación no se encuentra ajustada a derecho tanto así que al proceso se incorporaron una serie de documentos, testimonios y prueba pericial que acreditan los mayores (sic) en los que incurrió la Empresa Ciaf Ltda., de otro lugar manifiesto que la Sala no valoró no (sic) los verdaderos hechos expuestos en mi demanda, de los que se acredita que Ferrovías incumplió lo prometido en los pliegos de condiciones ya que en efecto la maquinaria suministrada se entregó en pésimo estado de funcionamiento, lo que generó atrasos e inversiones adicionales ajenas a la obligación del contratista.

7. En la oportunidad para **alegar de conclusión** en esta instancia, intervinieron la Nación-Ministerio de Transporte y el Instituto Nacional de Vías. La primera, para destacar cómo el fallo de primera instancia se desarrolló a partir de premisas probatorias y jurídicas plenas y claramente esbozadas, que condujeron al *a-quo* a decidir en la forma en que lo hizo, por lo que pidió la confirmación de la sentencia impugnada; el segundo, hizo un recuento de las actuaciones procesales

adelantadas y reiteró las excepciones propuestas en la contestación de la demanda¹ (f. 213 y 228, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

8. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora el 16 de noviembre de 2005, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 954 de 2005 -que entró a regir el 28 de abril de ese año-, puesto que la cuantía de las pretensiones asciende a \$ 288 653 323,92 por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, derivado de los sobre costos que surgieron para la demandante en la ejecución del contrato, suma que para la fecha de presentación de la demanda - 25 de septiembre de 2002- superaba el monto establecido en la ley -500 salarios mínimos legales mensuales-para que el asunto fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos² (f. 6, c. 1).

Las excepciones

9. La parte demandada propuso como excepciones las siguientes:

9.1. Compromiso o cláusula compromisoria, porque las partes acordaron someter sus diferencias a cualquiera de los mecanismos de solución de controversias

¹ Mediante Decreto 1791 del 26 de junio de 2003, se ordenó la supresión y liquidación de la Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVÍAS. De acuerdo con el artículo 13 de dicho decreto, la red férrea a cargo de la entidad liquidada, sería transferida al Instituto Nacional de Vías y el artículo 19, dispuso que el liquidador debía continuar atendiendo dentro del proceso de liquidación los procesos judiciales y demás reclamaciones en curso o los que llegaren a iniciarse dentro de dicho término, hasta tanto se efectuara la entrega de inventarios al Ministerio de Transporte. Y que una vez culminada la liquidación de FERROVÍAS –que debía darse dentro de los 2 años siguientes-, el Ministerio de Transporte asumiría la totalidad de los procesos judiciales y reclamaciones en que fuere parte dicha entidad, al igual que las obligaciones derivadas de estos.

² El salario mínimo legal mensual en 2002 era de \$ 309 000, por lo que 500 s.m.l.m.v. equivalían a \$ 154 500 000.

contractuales previstos en la Ley 80 de 1993 o a la amigable composición, conciliación y transacción.

9.1.1. Y falta de jurisdicción y competencia, por la misma razón. Al respecto, se observa que en la cláusula décimo novena del contrato, se pactó (f. 231, c. 2):

CLÁUSULA DÉCIMANOVENA.- SOLUCIÓN DIRECTA DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. FERROVÍAS y el CONTRATISTA buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, acudiendo a los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la Ley 80 y a la conciliación, amigable composición y transacción.

9.1.2. Como se advierte de su sola lectura, el contrato no contiene una cláusula compromisoria, entendida como aquel acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes contratantes deciden sustraer de la jurisdicción competente, el conocimiento de las controversias –todas o algunas- que se susciten en torno a la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato, para someterlas a la decisión de un tribunal de arbitramento, es decir que no hubo una renuncia expresa a la jurisdicción contencioso administrativa, como la competente para conocer del presente proceso y por lo tanto, es suya la competencia para resolver el litigio.

9.2. Falta de jurisdicción y competencia e improcedencia de la acción, por no agotar el requisito de conciliación prejudicial: sobre esta afirmación, se advierte que en los asuntos contencioso administrativos de reparación directa y contractuales, el artículo 35³ de la Ley 640 de 2001 estableció como requisito de

³ “ARTÍCULO 35. <Ver Notas del Editor> <'Requisito de procedibilidad laboral' INEXEQUIBLE> En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es **requisito de procedibilidad** para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, ~~laboral~~ y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. // Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración. // El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o. del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación. // Con todo, podrá acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no

procedibilidad de la acción, la conciliación extrajudicial; sin embargo, el artículo 42 transitorio de la ley, estableció las exigencias que debían ser cumplidas para su operatividad, al disponer:

ARTICULO 42. ARTICULO TRANSITORIO. *Las normas previstas en el presente capítulo entrarán en vigencia gradualmente, atendiendo al número de conciliadores existentes en cada distrito judicial para cada área de jurisdicción.*

En consecuencia, con base en el último reporte anualizado disponible expedido por el Consejo Superior de la Judicatura sobre número de procesos ingresados a las jurisdicciones civil, laboral, de familia y contencioso administrativa, independientemente, el Ministerio de Justicia y del Derecho determinará la entrada en vigencia del requisito de procedibilidad para cada Distrito Judicial y para cada área de la jurisdicción una vez aquel cuente con un número de conciliadores equivalente a por lo menos el dos por ciento (2%) del número total de procesos anuales que por área entren a cada Distrito.

PARAGRAFO. *Para la determinación del índice de que trata este artículo, no se tendrá en cuenta el número de estudiantes que actúen como conciliadores en los centros de conciliación de los consultorios jurídicos de facultades de derecho.*

9.2.1. Mediante el Decreto 2771 de 2001 se reglamentó esta norma, estableciendo los mecanismos que debe adelantar el ministerio de Justicia y del Derecho para calcular en cada distrito el número de procesos que exigen la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad y el número de funcionarios legalmente facultados como conciliadores, para de esta forma, determinar la entrada en vigencia del referido requisito, y en su artículo 2º, dispuso que dicha determinación debía hacerla el ministro mediante acto administrativo.

se conoce su paradero. // Cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción. De lo contrario, tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley. // PARAGRAFO. Cuando la conciliación extrajudicial en derecho sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura”.

9.2.2. De acuerdo con lo establecido en la Resolución n.º 0198 del 27 de febrero de 2002, el ministerio de Justicia y del Derecho determinó, con base en i) las certificaciones obtenidas del Consejo Superior de la Judicatura sobre el número de procesos ingresados sobre los cuales se exige el requisito de procedibilidad, ii) el número de conciliadores de los centros de conciliación, que obtuvo con base en la codificación de conciliadores que cada centro reportó al ministerio y iii) las certificaciones acerca del número de funcionarios públicos facultados para conciliar por la Ley 640 de 2001 y del número de notarios, *“Que con base en las certificaciones referidas anteriormente no se dan los presupuestos para determinar la entrada en vigencia de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ningún distrito judicial del país”*.

9.2.3. Lo anterior significa que para la fecha de presentación de la demanda que originó el presente proceso -25 de septiembre de 2002 (f. 22, c. 1)-, aún no se habían cumplido las exigencias para que surgiera la obligatoriedad de la conciliación como requisito de procedibilidad de la acción de controversias contractuales, razón por la cual esta excepción no está llamada a prosperar.

9.3. Caducidad de la acción, porque las partes se comprometieron a liquidarlo dentro de los 4 meses siguientes a su terminación, que se produjo el 31 de marzo de 2002, por lo que la fecha máxima para liquidarlo era el 31 de julio siguiente y la acción contractual caducó 2 años después, esto es, el 1º de agosto de 2002, habiéndose presentado la demanda el 25 de septiembre de ese año, por lo que fue extemporánea.

9.3.1. Al respecto, se observa que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, estableció el deber de liquidar los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, de mutuo acuerdo, dentro del término fijado en los pliegos de condiciones y en su defecto, dentro de los 4 meses siguientes a su terminación; y el artículo 61, dispuso que en caso de no ser posible la liquidación bilateral porque no se llegue a un acuerdo o porque el contratista no se presenta, la liquidación será practicada unilateralmente por la entidad mediante acto administrativo motivado, el cual, de conformidad con

lo dispuesto por el literal d) del numeral 10 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, deberá ser proferido dentro de los 2 meses siguientes al plazo pactado por las partes o el legal de 4 meses.

9.3.2. Por su parte, el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, establece que en aquellos contratos que requieran de liquidación y la misma no se haya efectuado unilateralmente por la entidad dentro de los 2 meses que tiene para ello –literal d-, el término de caducidad de la acción será de 2 años, contados a partir del incumplimiento de la obligación de liquidar.

9.3.3. Como el plazo de ejecución del contrato finalizaba el 31 de marzo de 2000 –párrafo 10.4-, las partes tenían, según lo pactado en el mismo –párrafo 10.3-, hasta el 31 de julio siguiente para liquidarlo de común acuerdo y si no, la entidad debía hacerlo unilateralmente antes del 30 de septiembre de 2000. A partir de esta fecha, empezaba a correr el término de caducidad de la acción, que vencía el 30 de septiembre de 2002 y como la demanda fue presentada el 25 de septiembre de este año, resulta evidente que fue oportuna.

9.4. La demandada también adujo como excepciones i) la inexistencia del desequilibrio económico, por cuanto el contratista conocía las condiciones de contratación desde que presentó su oferta y debió tomar las medidas necesarias para evitar la alteración de las condiciones económicas alegadas en la demanda; y ii) la inexistencia de incumplimiento de ferrovías y de responsabilidad contractual de la entidad, porque no se puede predicar, frente a su negativa al reconocimiento de las cantidades reclamadas por el contratista, que hacían parte de sus obligaciones, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones y lo estipulado en el contrato. Como se puede ver, no se trata de hechos que enerven el contenido de las pretensiones de la demanda, sino de simples manifestaciones de defensa, que deberán ser analizadas al resolver el fondo de la controversia.

II. Hechos probados

10. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis⁴:

10.1. La Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVÍAS, abrió la licitación pública n.º 003-99, cuyo objeto fue el mantenimiento integral del corredor y la vía férrea entre los sectores de La Loma (Pk 752) y Acceso a Puerto Drummond (Pk 938) de la red férrea del Atlántico, en cuyo pliego de condiciones dispuso, entre otras cosas, un plazo de ejecución de 6 meses y que la contratación sería por el sistema de precios unitarios fijos con fórmula de reajuste, “*con base en los requerimientos contenidos en los presentes pliegos de condiciones y en el contrato No. 4476 de 1991*”⁵; además, estableció (f. 7 a 154, c. 2):

2.1. (...) La oferta y el pliego de condiciones formarán parte integrante del contrato que se celebre. En caso de dudas, vacíos o aclaraciones el orden de prelación será el siguiente: Pliego de condiciones, Contrato y Oferta.

(...) Se deja constancia expresa que el contratista deberá cumplir en el contrato de mantenimiento con todas las obligaciones que corresponden a FERROVÍAS en este aspecto, de conformidad con lo estipulado en el Contrato No. 4476 de 1991.

(...)

3.2. Precios

(...) Los precios unitarios reajustables y los precios por suma global fija, deberán cubrir los costos de materiales, transporte de los mismos al sitio de la obra, mano de obra en trabajos diurnos y nocturnos o en días feriados,

⁴ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas.

⁵ En el numeral 1.3 del pliego se hace la descripción de las obras objeto del contrato a adjudicar y se advierte que incluye “*en general todas las actividades propias de un mantenimiento especializado y en especial las que sean necesarias para cumplir las obligaciones de mantenimiento asumidas por FERROVÍAS en el Contrato No. 4476 de 1991*”, el cual, según el numeral 1.14 del pliego, es un documento que hace parte de la licitación. Según se manifiesta en la demanda, dicho contrato fue celebrado entre Ferrovías y Drummond Ltda. (f. 6, c. 1).

prestaciones sociales, herramienta, maquinaria, ensayos de control de calidad y todos los demás gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio del contrato, inclusive los imprevistos y utilidades del Contratista y todos los costos implicados en la ejecución del contrato que no son objeto de ítems separados de pago; estos precios no estarán sujetos a revisiones ni cambios.

No se reconocerá stand-by sobre los equipos involucrados en los análisis de precios unitarios.

Si en los análisis de precios unitarios se han omitido materiales u otros costos, se mantendrá el precio presupuestado del ítem, sin lugar a reclamos o reajustes posteriores. De igual forma si existe discrepancia entre la especificación del material establecido en el análisis de precios y el de las especificaciones técnicas, para la entidad rige la establecida en estas últimas.

En caso de discrepancia entre los precios unitarios consignados en la relación de ítems, cantidades y precios de la propuesta y los precios unitarios resultantes del análisis de precios, regirán los precios unitarios consignados en el formulario No. 1 "Relación de ítems, cantidades de obra, precios unitarios y valor total".

(...)

4.1. PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

Dentro de la elaboración de la propuesta, deberá considerarse que para la ejecución de los trabajos de mantenimiento que afecten el tráfico férreo, solamente se dispone de un tiempo máximo de cuatro (4) horas continuas diarias (...).

10.1.1. En el numeral 4.22, el pliego de condiciones establece que el proponente deberá ofrecer como equipo mínimo necesario para la ejecución del contrato, so pena de rechazo de la oferta, un retrocargador con capacidad de 0,75 M³ sobre llantas y 2 volquetas con capacidad de 5 M³, con carpa. En el numeral 4.22.2, se indica el equipo suministrado por FERROVÍAS: Un carrmotor, una bateadora, una reguladora y una dresina de control. Se aclaró que:

Los equipos anteriormente descritos, serán entregados al Contratista en el taller de Ferrovías ubicado en la ciudad de Santa Marta. Se realizará un inventario inicial con el fin de determinar el estado de los equipos y los arreglos que se le deben realizar, los cuales serán pagados por el contratista previa autorización del Vicepresidente de Control Operacional de FERROVÍAS, y presentados a FERROVÍAS dentro de la cuenta de cobro siguiente a dicha reparación con el visto bueno de la misma dependencia.

2. Para efectos de la autorización mencionada en el punto anterior el Contratista deberá hacer llegar a la Vicepresidente de Control Operacional de FERROVÍAS, dos (2) cotizaciones del costo de los arreglos para su aprobación.

3. Una vez realizadas dichas reparaciones se procederá a realizar un nuevo inventario por parte de la Vicepresidente de Control Operacional de FERROVÍAS que constate la calidad de los arreglos efectuados al respectivo equipo, estos arreglos deben corresponder a los pactados en el inventario inicial.

4. El Contratista se compromete a mantener los equipos en óptimas condiciones de operación y a entregarlos al finalizar el contrato de obra en las mismas condiciones sin que ello genere costo alguno a FERROVÍAS.

5. El contratista deberá suministrar el respectivo operador y/o los ayudantes necesarios.

6. También serán a cargo del contratista el combustible, los lubricantes y otros gastos para el mantenimiento de los equipos. Así mismo serán a su cargo los equipos de comunicación requeridos para su operación.

7. Una vez cumplido el plazo de ejecución del contrato, los equipos deberán ser devueltos en las mismas condiciones en que se encontraban cuando se inició el contrato y no se podrá liquidar el contrato hasta tanto los equipos no sean recibidos a satisfacción de FERROVÍAS (...).

10.1.2. En relación con las emergencias que debían ser atendidas por el contratista, el pliego de condiciones dispuso:

16. ATENCIÓN DE EMERGENCIAS

(...) 16.3. Una vez ocurrida la novedad el contratista y la interventoría efectuarán la evaluación del estado de la vía férrea y sus anexidades, determinando las actividades a desarrollar, cantidad y valor de cada uno de ellos.

En caso de requerirse alguna actividad no contemplada en los precios unitarios del contrato, se debe realizar por parte del contratista el respectivo análisis unitario, el cual será revisado y aprobado por la Interventoría y se remitirá a la Vicepresidencia de Concesiones y Desarrollo para su aprobación definitiva.

16.4. MEDIDA Y FORMA DE PAGO

La medida y pago de este ítem se hará por las cantidades de obra previamente establecidas por el contratista y el interventor a los precios unitarios pactados dentro del contrato y aprobados por la Vicepresidencia de Concesiones y Desarrollo.

10.1.3. En el adendo n.º 1 al pliego de condiciones, en relación con el ítem Atención de Emergencias, se dispuso (f. 139, c. 2):

Este ítem se ajustará, en caso de presentarse, de acuerdo a las cantidades de obra ejecutadas en la atención de la emergencia con los valores pactados en la propuesta y dentro de cada uno de los grupos antes enunciados⁶.

Para los ítems no previstos, el Contratista realizará el Análisis de Precio Unitario respectivo y lo presentará a FERROVÍAS previa aprobación de la Interventoría. Los ajustes causados para los ítems no previstos, si se presentan, se calcularán de acuerdo con los grupos de obra del INVÍAS.

10.2. En el acta de audiencia pública de la licitación 003, en relación con la máquina dresina de control, FERROVÍAS informó que sería muy exigente en cuanto a la operación de la maquinaria especializada y que la empresa se comprometía *“a entregarla en perfecto estado de operación y así mismo el contratista a poner a disposición de FERROVÍAS personal calificado y con experiencia y a realizarle a la maquinaria un mantenimiento preventivo acorde con las especificaciones”*; en caso de que se presentare un daño en la maquinaria, el mismo sería evaluado por un perito y si determinaba que fue por mala operación, el costo de las reparaciones sería a cargo del contratista; en caso contrario, lo asumiría FERROVÍAS (f. 140, c. 2).

10.3. El 31 de mayo de 1999, las partes suscribieron el contrato de obra n.º 01-0274-0-99, por valor de \$ 1 624 233 659,00 y con un plazo de ejecución de 6 meses, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación, la cual se debía producir dentro de los 5 días calendario siguientes a la entrega del anticipo, cuyo objeto fue ejecutar las obras de mantenimiento integral del corredor y la vía férrea entre los sectores de La Loma (PK 752) y acceso a Puerto Drummond (PK938), de la red férrea del Atlántico, con base en los requerimientos técnicos contenidos

⁶ Se refiere a los grupos de obra que se tendrán en cuenta para aplicar los índices de reajuste, según el boletín del INVÍAS: Grupo 1: ítem 6-limpieza de obras de drenaje; Grupo 2: ítem 12-suministro, cargue, transporte y riego de balasto triturado; Grupo 3: ítem 7-acarreo de materiales procedentes de la limpieza de las obras de drenaje; Grupo 4: ítem 10-engrase, limpieza y ajuste de juntas deslizantes e ítem 11-engrase, limpieza y ajuste de cambiavías; Grupo 6: ítem 4-rocería y desmonte; ítem 5-deshierbe químico; ítem 8-suministro y cambio de traviesas de madera inmunizada para cambiavías; ítem 9-suministro y cambio de traviesas de madera inmunizada para puentes; ítem 13-cambio de traviesas de concreto, incluye transporte, cargue y descargue; ítem 15-construcción pantallas guardabalasto; Grupo 9: ítem 14-limpieza y pintura de estructuras de puentes. Para los ítems 1-alce, nivelación y alineación con bateadora mecanizada, ítem 2-regulación de balasto con máquina e ítem 3-registro con máquina dresina de control, se ajustarán solo en combustible y mano de obra cuando por decreto del gobierno se presente variación en el precio, para la cancelación de los ajustes, en caso de presentarse, se hará con planillas de control diario de mano de obra y consumo de combustible debidamente aprobadas por la interventoría.

en los pliegos de condiciones. Entre sus estipulaciones, se destacan las siguientes (f. 162, c. 2):

CLÁUSULA SEGUNDA.- OBRA CONTRATADA. (...) PARÁGRAFO: El valor de la propuesta presentada por el contratista, cubrirá los costos de materiales, transporte de los mismos al sitio de la obra, mano de obra en trabajos diurnos y nocturnos o en días feriados, prestaciones sociales, herramientas, maquinaria y todos los demás gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio del contrato, inclusive los imprevistos y utilidades del contratista; por lo tanto este valor no estará sujeto a revisiones ni cambios (...).

CLÁUSULA TERCERA.- DOCUMENTOS DEL CONTRATO. Forman parte, además de los señalados específicamente en el contrato, los siguientes documentos: 1. El certificado de disponibilidad presupuestal (...). 2. La PROPUESTA TÉCNICA Y ECONÓMICA del contratista (...). 3. Las actas y correspondencia cruzadas entre FERROVÍAS y EL CONTRATISTA. 4. PLIEGOS DE CONDICIONES (...). 5. La RESOLUCIÓN 2319 DE NOVIEMBRE 5 DE 1995. 6. La GARANTÍA ÚNICA (...). 7. Todos los documentos que FERROVÍAS entregue al CONTRATISTA relacionados con el contrato. 8. Los demás escritos relacionados con el contrato que provengan de las partes o sus dependientes y del INTERVENTOR. 9. Las normas sobre contratación (...). 10. La justificación y ampliación del plazo para perfeccionar el contrato, suscrita por el Vicepresidente de Concesiones y desarrollo y el representante legal del contratista, el 5 de mayo de 1999. 11. El oficio del 6 de mayo de 1999, por medio del cual el Vicepresidente de Concesiones y desarrollo comunica a la Oficina Jurídica sobre la ampliación del plazo de suscripción del contrato. 12. La solicitud de elaboración del contrato (...).

CLÁUSULA CUARTA.- VALOR. (...) PARÁGRAFO PRIMERO. El valor del contrato incluye la suma total de todos los costos directos e indirectos que el contratista tenga que sufragar para la ejecución del mismo. PARÁGRAFO SEGUNDO. No habrá lugar a remuneración adicional alguna, salvo la correspondiente a la revisión de precios, y a los eventos previstos en la Ley 80 de 1993, para lo cual la entidad efectuará las apropiaciones del caso (...).

CLÁUSULA QUINTA.- FORMA DE PAGO. FERROVÍAS pagará el valor del presente contrato de la siguiente manera: 1. Una vez cumplidos los requisitos de ejecución del presente contrato y aprobado el PROGRAMA DE INVERSIÓN DEL ANTICIPO sin (IVA) del TREINTA POR CIENTO (30%) del valor total del contrato (...). 2. El saldo restante se pagará mediante actas facturadas mensualmente, cuyo pago se realizará en TREINTA (30) DÍAS CALENDARIO, contados a partir de la fecha en que las facturas sean radicadas en la oficina de control de cuentas de Ferrovías, siempre y cuando hayan sido revisadas y aprobadas por el interventor y el supervisor del contrato (...).

CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA.- LIQUIDACIÓN. Las partes se obligan a liquidar el contrato en un término no superior a los CUATRO (4) MESES siguientes a la terminación del PLAZO DE EJECUCIÓN del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993. (...) PARÁGRAFO SEGUNDO. Si el CONTRATISTA no se presenta a la liquidación o las partes no logran un

acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado (...).

10.4. Las partes suscribieron el contrato adicional n.º 01-0274-1-99, mediante el cual se aumentó el valor en \$ 423 679 626 y el plazo en 37 días, desde el 18 de febrero hasta el 31 de marzo de 2000, *“para poder recuperar los sectores de la vía férrea que se vieron afectados por el invierno de noviembre de 1999 (...)”* (f. 171, c. 2).

10.5. El 26 de agosto de 1999, el director de obra le solicitó al director de interventoría autorización para iniciar los trabajos el 6 de septiembre en relación con la bateadora plasser, desde La Loma hasta Puerto Drummond, en cumplimiento del programa propuesto y con el tiempo de trabajo continuo previsto (f. 173, c. 2).

10.6. El 16 de septiembre de 1999, se suscribió el acta de entrega de equipos en la estación de Bosconia, respecto de la bateadora marca Plasser & Theurer, tipo Beaver 4-73, n.º de vía: 008, anexas fichas técnicas e inventarios; en estos últimos, se relacionaron los elementos defectuosos (f. 235 a 251, c. 2).

10.7. El 29 de septiembre de 1999, se suscribió el acta de entrega de equipos en la estación de Bosconia, respecto de la reguladora de balasto marca Plasser & Theurer, tipo:PVR 400, anexos: registro fotográfico –no figura- e inventarios; en estos últimos, se relacionaron los elementos defectuosos (f. 252 a 254, c. 2).

10.8. El 28 de septiembre de 1999, el representante legal del consorcio contratista informó a FERROVÍAS a través del vicepresidente de concesiones y desarrollo, que de acuerdo con sus instrucciones del 15 de septiembre, *“(...) para efecto de que la máquina bateadora pueda iniciar trabajos, estamos procediendo a efectuar una revisión a fondo del estado actual de dicha máquina, por parte de nuestro personal especializado. En el proceso de esta revisión, hemos logrado avances positivos, es así como ya se pudo trasladar la máquina desde Ciénaga hasta Bosconia, donde se continúa con la revisión”*, y le solicita el listado de repuestos de que disponga en sus almacenes para dicho equipo, aclarando que *“(...) este*

tipo de trabajos que se adelantan en la máquina, no están previstos dentro de las actividades del contrato” (f. 175, c. 2).

10.9. Mediante oficio recibido en la entidad contratante el 4 de octubre de 1999, el contratista informó que el 29 de septiembre recibió la bateadora plasser n.º 008 y la reguladora de balasto, equipo que continúa en el proceso de revisión a fondo, autorizado por el vicepresidente de concesiones y desarrollo y que la bateadora podría estar lista para iniciar labores la siguiente semana. Advirtió que esto representaba una demora en el programa de trabajo no imputable al contratista y que como las metas físicas de esa actividad no se alcanzarían, le reiteraba que parte del trabajo debería hacerse con bateadora manual de tipo Jackson, propuesta que representaba ventajas, como permitir la circulación de los trenes de Drummond sin ninguna restricción (f. 176, c. 2).

10.10. El 1º de octubre de 1999, el director de la obra le manifestó al director de interventoría que el programa propuesto por la Drummond para el trabajo de la bateadora cambiaba las condiciones contractuales, pues los rendimientos bajaban ostensiblemente por los continuos desplazamientos de los equipos, además se incrementaban los costos de combustibles, lubricantes, del personal de operadores, ayudantes, inspectores, topógrafo, mecánico y obreros, lo mismo que las horas extras. Con dicho cambio, se incrementaban los riesgos de operación, por los traslados de los equipos y los posibles daños en el sistema hidráulico, por lo que era evidente que los costos y riesgos se incrementaban sensiblemente, y esto motivaba el establecimiento de un nuevo precio (f. 178, c. 2).

10.11. El 2 de octubre de 1999, el director de obra le solicitó a control y seguridad de Ferrovías las credenciales para los operadores de bateadora, ayudante de bateadora y reguladora de balasto, para lo cual anexó los documentos requeridos (f. 177, c. 2).

10.12. El 6 de octubre de 1999, el director de interventoría le llamó la atención al director de obra sobre atrasos que se presentaban en la ejecución del contrato y sobre la actividad de bateo, que no se había iniciado, agregando que “(...) *si bien es cierto la Bateadora Plasser Theurer No. 008, suministrada por Ferrovías,*

presentó algunos problemas y la Vicepresidencia de Concesión ordenó ponerla a punto, estos trabajos han debido iniciarse en agosto 23/99 fecha de inicio de trabajos según Acta de Iniciación de Obras. Por lo tanto el retraso de esta actividad es de su responsabilidad” y que a esa fecha, el contratista tenía definidos todos los sitios de trabajo, por lo cual podía programar sus actividades, recordándole que debían proveerse de las herramientas y equipos ofrecidos en la propuesta (f. 179, c. 2).

10.13. El 14 de octubre de 1999, el representante legal del contratista informó al vicepresidente de concesiones y desarrollo de FERROVÍAS que la reguladora de balasto, que se hallaba en reparación según sus instrucciones, fue llevada a un especialista y que presentaba fallos y requería repuestos, para lo cual le enviaba 4 cotizaciones para su aprobación (f. 181, c. 2).

10.14. En oficio del 20 de octubre de 1999, el representante legal del consorcio contratista se dirigió al supervisor del contrato para manifestarle su preocupación, ya que tenía a todo el personal dispuesto desde que fue citado para recibir los equipos en Santa Marta, supuestamente en perfectas condiciones, lo que no resultó ser cierto, pues no estaban en condiciones técnico-mecánicas para los trabajos que debían desempeñar y desde el acta de entrega, se encontraban en reparación; para la bateadora, estaban esperando adquirir los repuestos que no se conseguían en el país y se hallaban pendientes de ser importados, con los demás insumos que se requerían para su funcionamiento; la reguladora presentaba graves daños y requería el cambio de varios de sus componentes, de lo cual el vicepresidente de concesiones tenía las cotizaciones para su aprobación, salvo la correspondiente a la reparación del motor, que se debía desmontar y llevar a un taller especializado; en cuanto a la dresina de control y el equipo de matamaleza, con el mantenimiento normal y equipos necesarios, se estaba cumpliendo con la labor del trabajo a desempeñar. Adujo que era claro que el contratista estaba haciendo grandes esfuerzos en la labor de reparación de equipos, que no estaba contemplada en el contrato, pues esperaba encontrar unos equipos listos para iniciar los trabajos e ir manteniéndolos, como lo especificaba el pliego de condiciones. Esta situación le estaba ocasionando un desequilibrio económico, por cuanto el alce, nivelación y regulación del balasto, eran los ítems

más representativos del contrato por la planta de personal disponible para ello y los retrasos en el programa, no imputables al contratista (f. 182, c. 2).

10.15. El 9 de noviembre de 1999, el contratista le envía comunicación a la entidad en la que nuevamente relaciona los graves desperfectos y daños que tenían los equipos que FERROVÍAS le entregó para llevar a cabo la ejecución del contrato, especialmente la reguladora de balasto y la bateadora y las gestiones adelantadas para la consecución de los repuestos necesarios para su reparación y puesta en funcionamiento, para lo cual ya habían invertido \$ 15 000 000 y se requerían más, anotando que no existía un ítem por el cual se pudiera efectuar la cuenta de cobro de estos gastos y que sería necesario, cuando estuvieran listas las maquinarias, suscribir una nueva acta de inicio (f. 185, c. 2).

10.16. El 4 de enero de 2000, el contratista avisó que la reguladora de balasto se encontraba funcionando en regular estado y la bateadora ya se encontraba también trabajando (f. 188, c. 2).

10.17. El 25 de enero de 2000, las partes suscribieron el otrosí n.º 2 al contrato, mediante el cual se acordó que FERROVÍAS se obligaba a suministrar al contratista los equipos establecidos en el pliego de condiciones y además, una locomotora y 8 tolvas balasteras, a las que el contratista se comprometía a ejecutar los arreglos necesarios para su funcionamiento, así como a suministrar los insumos requeridos para su operación, por cuenta propia (f. 316, c. 2).

10.18. El 24 de marzo de 2000, el contratista dio cuenta de la próxima terminación del contrato, quedando por ejecutar aproximadamente \$ 12 000 000 y que prontamente estarían entregando los equipos bateadora y reguladora, en Ciénaga, según instrucciones de la entidad; que estaban en riesgo de no poder regar más balasto, porque la póliza de la locomotora vencía ese día, a menos que la entidad lo autorizara (f. 189, c. 2).

10.19. El 31 de marzo de 2000, se suscribió el acta de recibo final de obra, que FERROVÍAS y la interventoría recibieron a entera satisfacción (f. 1290, c. 2).

10.20. El 17 de abril de 2000, en oficio dirigido por el jefe de la oficina jurídica de FERROVÍAS al contratista, se le manifestó que no había afectación del equilibrio económico del contrato por cuenta del no reconocimiento por concepto de imprevistos, ya que *“(...) el acuerdo al cual se llegó en la reunión del 11 de noviembre de 1999, consistía –y así lo tenía claro el contratista- en que las actividades que se pagaran por Administración, no serían cubiertas por el componente de imprevistos (I) del AIU toda vez que en el acta correspondiente se le reconoce al Contratista los mayores valores que por horas extras le debiera pagar a los trabajadores, así como los costos de desplazamiento adicional de equipos. Así las cosas, estas actividades están exentas de imprevistos, y en este orden de ideas, no es viable reconocer suma alguna por este concepto”*. Sostuvo que lo acordado en tal acta fue la forma como se pagarían algunas actividades que no podían ser cuantificadas por precios unitarios, *“(...) como la de emergencias, actividad que se acordó cancelar en su totalidad, y se acordó un precio específico, el cual fue plenamente aceptado por el contratista, razón por la cual no puede ahora, argumentando que para ese ítem no se calculó el de imprevistos (I), presentar reclamación por este concepto, más aún si la actividad se canceló en su totalidad”* (f. 294, c. 2).

10.21. El 27 de mayo de 2000, el interventor del contrato le comunicó al contratista el estado de las actas de reajuste definitivo: i) en relación con las correspondientes al acta de obra n.º 7 de marzo/00, le manifestó que antes de darle curso, estaba pendiente la revisión del muro de PK876+376, que al parecer estaba próximo a sufrir un colapso, para establecer las acciones a seguir; ii) sobre las actas de reajuste definitivo de las actas de obra 1 a 6, le confirmó que las aprobaron y se firmaron; iii) en cuanto a las actas de reajuste de los ítems 1, 2 y 3, estaba pendiente la entrega por parte del contratista de las planillas de control diario de mano de obra y consumo de combustible de los equipos, para calcular los reajustes, de acuerdo con lo establecido en el adendo 1 del pliego de condiciones; iv) de las actas de reajustes definitivos de los ítems personal y equipos contabilizados en las emergencias, le informó que estaba en curso la elaboración del acta, del valor de la obra ejecutada por ítems del contrato dentro de las emergencias, al que no se le hizo reajuste provisional en el acta de obra correspondiente, y del reajuste definitivo del valor de los equipos y mano de obra

que se calculó con tarifas básicas del contrato y el cual tampoco se reajustó en las respectivas actas de reajuste provisional (f. 192, c. 2).

10.22. El 29 de junio de 2000, el contratista presentó una *“reclamación por desequilibrio económico del contrato No. 01-0274-0-99”*, en la que puso de presente las siguientes circunstancias:

10.22.1. Que la entidad se comprometió a entregar los equipos en perfecto estado de funcionamiento, pero la bateadora y la reguladora, que recibió el contratista el 15 de septiembre de 1999, luego de una revisión técnica que se les practicó, evidenciaron la necesidad de una serie de reparaciones sin las que no era posible operarlas, las cuales adelantó el contratista, adquiriendo con sus propios recursos los bienes y elementos necesarios para ello. Durante ese lapso, no se pudieron llevar a cabo las labores con la maquinaria, lo que implicó pérdida de tiempo en la ejecución del contrato y el consiguiente lucro cesante de los trabajadores ubicados en el sitio de trabajo; esa ejecución sólo se pudo adelantar en un 17%, lo que le produjo al contratista los perjuicios que se reclaman.

10.22.2. El incumplimiento en el tiempo de trabajos sobre la vía, pues el contratista no dispuso de las 4 horas diarias continuas de que trata el pliego de condiciones sino que se vio continuamente interrumpido por la obligación de dar vía a los trenes del operador férreo.

10.22.3. Que estaba presentando la factura correspondiente a los repuestos autorizados por la entidad para la reguladora, así: 1 bomba hidráulica (factura 1454 por \$ 10 350 000), mangueras (factura 1397 por \$ 1 039 000) y filtros (factura 552 por \$ 707 250) y que existen unos repuestos y complementarios que se incluyen en la reclamación, que deben ser reconocidos y pagados, ya que fueron autorizados verbalmente por FERROVÍAS, valores que se sustentan con facturas anexas.

10.22.4. Que según la propuesta, el AIU era del 32% del total del costo directo, el cual incluye el ítem 16, sobre atención de emergencias, por lo que debe pagarse incluyendo tal porcentaje, sin tener en cuenta el acta suscrita el 11 de noviembre

de 1999 por el director de la obra en la que, sin tener facultades para ello, lo modificó. *“Como argumento adicional para sustentar el reconocimiento y pago del 7% correspondiente a imprevistos de los ítems no establecidos dentro de los precios unitarios originales para la atención de emergencias, se tiene el hecho de que es precisamente en los precios que no han sido propuestos inicialmente, donde se presenta el mayor número de imprevistos”*. Por lo tanto, no es cierto que FERROVÍAS le haya cancelado en su totalidad la actividad, y que por lo tanto haya cumplido con su obligación contractual. A continuación, procedió a cuantificar los perjuicios reclamados: i) \$ 76 222 150, por daños en la maquinaria y la demora en el tiempo otorgado para su uso, correspondiente al tiempo dejado de laborar por el consorcio y los salarios cancelados a sus trabajadores durante el lapso en el que estuvieron a disposición sin poder ejecutar las labores por la falta de maquinaria y el incumplimiento de las 4 horas diarias continuas para ejecutar el mantenimiento; ii) \$ 21 124 863, por concepto de pago de repuestos de la reguladora y la bateadora, que se encuentran incorporados en las mismas, de lo cual dice adjuntar las facturas de los elementos y trabajos efectuados; iii) \$ 22 712 706, por la falta de pago del porcentaje de imprevistos dentro de la atención de emergencias (7% dejado de pagar sobre los ítems nuevos), para un total de \$ 120 059 719 (f. 193, c. 2).

10.23. Mediante oficio del 5 de julio de 2000, el contratista reiteró la solicitud de pago de los últimos reajustes –ítems 1: alce, nivelación y alineación con bateadora mecanizada; 2: regulación de balasto con máquina y 3: registro con máquina dresina de control-, teniendo en cuenta para ello los precios unitarios básicos, inmodificables durante todo el contrato y dos de los cuales fueron elementos de calificación que tuvieron puntaje en la evaluación de la licitación (f. 203, c. 2).

10.24. El 4 de agosto de 2000, el contratista reiteró a la entidad su solicitud de atención y respuesta a su petición de reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato, pues no ha recibido contestación alguna (f. 206, c. 2).

10.25. El interventor dio respuesta al contratista en cuanto a la reclamación de las cuentas de reajuste, manifestándole que estaban pendientes de la definición de la fórmula de reajuste cuando no hay anticipo y a la liquidación de reajustes para los

ítems de bateo con máquina, regulación con máquina y registro con dresina de control. Así mismo, le informó que el interventor había dado respuesta a FERROVÍAS el 13 de julio de 2000, sobre las reclamaciones de desequilibrio presentadas por el contratista (f. 207, c. 2).

10.26. El contratista complementó su reclamación por desequilibrio económico en comunicación del 9 de octubre de 2000, en la que agregó los gastos inherentes al cambio de repuestos de las maquinarias que debió arreglar, como fue el envío de aquellos, transporte aéreo, alimentación y hospedaje del mecánico, y desplazamientos al sitio de trabajo, para que de común acuerdo se estimaran y reconocieran y que fueran tenidos en cuenta en la liquidación bilateral; se refirió también al pago de intereses de mora por los pagos tardíos (f. 205, c. 2).

10.27. El 12 de enero de 2001, el presidente de FERROVÍAS envió oficio al contratista dando respuesta a su reclamación del 29 de diciembre de 2000 sobre restablecimiento del equilibrio económico del contrato, así (f. 301, c. 2):

10.27.1. En cuanto a los perjuicios por los daños que tenía la maquinaria entregada por FERROVÍAS y el tiempo otorgado para su uso, sostuvo que fue el contratista quien se demoró, por razones que le son imputables, en recibir los equipos y en asegurarlos. Además, si bien el pliego de condiciones hablaba de 4 horas diarias continuas para adelantar los trabajos, era un límite máximo de tiempo que se podía utilizar, pero de acuerdo con la programación de las actividades del contrato, que debía presentar el contratista y aprobar la entidad, de acuerdo con la programación del tráfico de trenes. Y el 5 de noviembre de 1999, las partes suscribieron el acta de modificación de obra n.º 1, reduciendo ostensiblemente los ítems de alce y nivelación mecanizado y de regulación de balasto, invirtiéndose los recursos en otros ítems del contrato.

10.27.2. Sobre el pago de repuestos, la reclamación se refiere a dos clases: los autorizados por FERROVÍAS según el procedimiento establecido en el pliego de condiciones y los que no lo fueron. Y respecto de estos últimos, la entidad consideraba que al no estar autorizados no procedía su pago, al ser imposible verificar la ocurrencia de tales hechos.

10.27.3. Sobre el desconocimiento del pago del rubro de imprevistos para el ítem de atención de emergencias, lo cierto es que se firmó un acta entre el supervisor del contrato, la interventoría y el ingeniero jefe de la obra, en donde se estableció que para este ítem no se tendría en cuenta el mencionado rubro y sólo se reconocerían al contratista la administración y la utilidad, es decir que el AIU sería del 25%. Además, en dicho acuerdo se pactó el reconocimiento de los costos de personal y equipos utilizados, lo que se compensaba con la supresión del componente de imprevistos.

10.27.4. En relación con los costos en los que incurrió el contratista para suministrar los repuestos autorizados por FERROVÍAS, manifestó que no se puede reconocer la totalidad del AIU, pues este ítem no estaba establecido dentro de los precios presentados por el consorcio y que en todo caso, se podrían reconocer los costos directos en los que incurrió, tales como la administración, en un porcentaje real sobre el valor, pero que el consorcio no cuantificó el valor de esta reclamación, debiéndose definir por parte de los técnicos.

10.27.5. Respecto de los intereses moratorios reclamados por la demora de más de 30 días en el pago de algunas facturas, sería procedente reconocer los intereses ordenados por la ley, para lo cual el contratista debía probar dicha mora en el pago de las cuentas, después de ser aceptadas por la entidad.

10.28. Obran en el plenario facturas de compra de combustibles y repuestos de maquinaria –en algunas se anotó que eran para una bateadora y en otras, para una reguladora- por parte del consorcio CMC y unos cuadros elaborados por el contratista, contentivos de los costos por estos conceptos y la actualización de los mismos con base en el IPC (Anexo).

10.29. El 25 de octubre de 1999, la división de control y seguridad de FERROVÍAS envió al jefe de la división de infraestructura de la entidad, las cotizaciones presentadas por el contratista para la compra de repuestos de los equipos que le fueron entregados, informándole que encontraban más favorables las siguientes,

aclarando que “*estos repuestos son necesarios para la buena operación de los equipos*” (f. 763, Anexo):

- n.º 0427, de la empresa Hidrocomponentes, repuesto: bomba hidráulica, por valor de \$ 10 440 000,00.

- n.º 0432, de la empresa Hidrocomponentes, repuesto: mangueras, por valor de \$ 1 048 640.

n.º S.N, de la empresa Producciones A&Z, repuesto: filtros, por valor de \$ 841 000.

10.30. El consorcio contratista presentó factura de venta 038 del 22 de septiembre de 2000 por concepto de reembolso del valor de compra de repuestos según el ordinal 4.22.2 “equipos suministrados por Ferrovías” del pliego de condiciones, por valor de \$ 12 740 190, de la cual consta la “*boleta de radicación de cuenta*” en FERROVÍAS, en la que se anotó que no contaba con certificación del interventor o supervisor (f. 764 y 765, Anexo).

10.31. FERROVÍAS elaboró un proyecto de acta de liquidación del contrato –no aparece suscrita por las partes-, en la que consta que las obras fueron ejecutadas y recibidas por la entidad, que el contratista devolvió y obtuvo paz y salvo por concepto de herramientas y equipo, reintegro de materiales nuevos y usados y devolución de los equipos suministrados por la entidad; en el estado final del contrato, se registró que su valor total contratado fue por \$ 2 047 913 285, el valor total de obra ejecutada fue de \$ 1 982 425 977, el valor total de los reajustes causados fue de \$ 156 178 511 y el saldo no ejecutado, fue de \$ 65 487 308; que el anticipo fue totalmente amortizado, no se impusieron multas, y entre las actas de ajuste, se incluyó la número 9, correspondiente a ajustes emergencias, con un valor cancelado de \$ 25 877 040 y la número 10, reembolso repuestos, con un valor cancelado de \$ 12 740 190 (f. 211, c. 2).

Testimonios

10.32. En el plenario obran las declaraciones rendidas por los siguientes testigos:

10.32.1. Mauricio Forero Linares, abogado que manifestó no tener ningún vínculo con las partes pero que en la época de ejecución del negocio jurídico objeto de la controversia, trabajó en la oficina jurídica de Ferrovías y era el encargado de los contratos de obra. Explicó que el tiempo de 4 horas diarias que tenía el contratista para ejecutar las labores en la vía, debía ser programado con la vicepresidencia de operaciones y aquel debía presentar un horario de trabajo para que FERROVÍAS pudiera coordinar, pues esa vía se utilizaba para el transporte de carbón; como hubo desinformación al respecto, se modificó el contrato bajando el ítem de alce y nivelación mecanizado. En cuanto a los problemas con la bateadora y la reguladora, manifestó que el contratista se demoró en entregar las pólizas todo riesgo que debía ampararlas y por ello se presentó demora en su entrega. Las máquinas no estaban en perfecto estado y ello constaba en el pliego de condiciones, de conformidad con el cual el contratista se comprometió a arreglarlas siguiendo el procedimiento allí establecido, consistente en que primero debía definir el daño y los repuestos requeridos con su costo e informarlo a FERROVÍAS para que ésta diera una autorización y procediera a su pago, que efectivamente se realizó en relación con las reparaciones que se hicieron siguiendo este procedimiento. Además, la entidad le entregó al contratista otras máquinas que no estaban dentro de los pliegos para que el contratista pudiera ejecutar el mantenimiento: 8 tolvas (vagones pequeños continuos) para cargar balasto y una locomotora para que los jalara (f. 217, c. 2).

10.32.2. El señor José de Jesús Cáceres Fonseca, ingeniero electrónico residente en la ciudad de Bogotá, sin vínculo alguno con las partes, quien manifestó que cuando se estaba ejecutando el contrato de obra entre las partes, fue llamado en septiembre de 1999 por el representante legal del contratista para que efectuara la reparación de dos máquinas: una bateadora RHP 008 y una perfiladora de balastro, de propiedad de FERROVÍAS, para lo cual se desplazó a la ciudad de Santa Marta, en donde comprobó el mal estado de dichos equipos y procedió a diagnosticar los problemas e ir solucionándolos de uno en uno -de lo cual dio detallada cuenta en su testimonio-, con la adquisición de los repuestos que fueron necesarios para ello, lo que le tomó un tiempo aproximado de tres meses y medio, entregando en condiciones óptimas de funcionamiento la bateadora y en regular

estado la perfiladora, a la que se le compró una bomba que costó aproximadamente 10 millones y medio de pesos, pues FERROVÍAS no aceptó que se le hiciera la reparación del motor diesel, por lo que quedó operando con excesivo consumo de aceite y el riesgo de que el motor se fundiera. Manifestó que en las labores de reparación, además de él mismo, participaron los operadores de las máquinas, un mecánico de tiempo completo y un ayudante y que la interventoría estuvo presente durante todo ese tiempo y pudo verificar todas las labores que se realizaron así como los repuestos y partes que se compraron. Y que por mano de obra, el consorcio contratista le canceló 6 millones y medio de pesos, cuyo pago se acordó por un valor mensual, pues se desconocía cuál sería la duración del trabajo (f. 220, c. 2).

10.32.3. En el proceso también declaró Herman Montenegro, ingeniero civil que labora en la Compañía de Estudios e Interventorías S.A. y para la época de los hechos se desempeñó como director de la interventoría del contrato. Manifestó que el contratista siempre reclamó por dos circunstancias: i) porque no se le otorgaron las 4 horas diarias para trabajar en la vía, pero que no las concedía siempre FERROVÍAS, porque se debía mantener el tráfico de trenes de la Drummond principalmente; y ii) por el mal estado en que FERROVÍAS entregó las máquinas bateadora y reguladora, lo que dificultó iniciar las labores pero que FERROVÍAS autorizó al contratista para comprar los repuestos que se requerían y para proceder a repararlas; sostuvo que él estuvo en reuniones con las partes en las que se discutió la forma en que se podría pagar el reembolso de los repuestos y los costos de mano de obra y los técnicos y que recuerda que FERROVÍAS pagó algo, tal vez unos repuestos, pero también quedó debiendo algo (f. 257, c. 2).

10.32.4. El señor Gabriel Jaime Trujillo Ochoa, ingeniero civil que para la época de los hechos se desempeñaba como jefe de la división de infraestructura de FERROVÍAS y en esa condición se le encomendó ejercer la supervisión del contrato entre la entidad y el demandante, declaró que al contratista se le pagaron los repuestos y reparaciones respecto de los cuales se cumplió el procedimiento indicado en el pliego de condiciones y que obtuvieron la previa aprobación de la entidad y que los que no fueron reconocidos, fueron aquellos que no observaron

dicho procedimiento y no contaban con el visto bueno y la aprobación previos que se requerían. Manifestó así mismo, que en relación con el ítem de atención de emergencias las partes acordaron que para su pago no se incluiría el rubro de imprevistos, dado que se le reconocería como un pago por administración, que incluiría el reconocimiento de recargos, horas extras, etc. Sobre el horario de trabajo en la vía que debía garantizarse al contratista, sostuvo que en el contrato se acordó un tiempo máximo de 4 horas diarias, lo que no obligaba a FERROVÍAS a dar esas horas en el día ni que fueran continuas (Anexo).

III. El problema jurídico

11. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación interpuesta por la parte demandante, deberá la Sala establecer si en el contrato n.º 01-0274-0-99 celebrado entre FERROVÍAS y el consorcio CIAF LTDA-MIKO LTDA-CASTRO GUEVARA se presentó el rompimiento del equilibrio económico del contrato en contra del contratista, por las causas alegadas en la demanda.

IV. Análisis de la Sala

El rompimiento del equilibrio económico del contrato

12. Los contratos celebrados por la Administración, también están cobijados por la nota de obligatoriedad, que el artículo 1602 del Código Civil consagra al establecer que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

13. Esta disposición corresponde a la manifestación positiva del principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual las estipulaciones acordadas por las partes al celebrar un contrato, deben prevalecer durante todo el término de ejecución del mismo y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; en consecuencia, una de las partes no puede, en principio, unilateralmente,

desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo.

14. En la celebración y ejecución de los contratos, siempre hay una contingencia de ganancia o pérdida, un cierto grado de riesgo, es decir, un álea que es normal y que las partes deben asumir, como consecuencia de su decisión voluntaria de obligarse; pero cuando ellas contratan, hacen previamente un análisis de esos riesgos que van a asumir, y pactan las condiciones de ejecución del contrato teniendo en cuenta aquellos que en el momento de su celebración, podían razonablemente preverse.

15. Así mismo, tienen en cuenta las circunstancias existentes al momento de contratar, en todos los aspectos que pueden tener incidencia en la ejecución de sus obligaciones; por ejemplo, los precios de mercado, la normatividad vigente, el régimen impositivo, el aduanero, el laboral y dentro de éste, el salario mínimo legal, etc.; las condiciones físicas de ejecución de las prestaciones, (como en los contratos de obra, en cuanto a la topografía, la calidad de los suelos, el clima reinante en el sitio de las obras durante el plazo de ejecución de las mismas), etc.

16. Con base en toda esta información, las partes hacen sus proyecciones y cálculos y acuerdan sus respectivas obligaciones; es decir, se fija el contenido de las prestaciones y contraprestaciones: lo que una de las partes debe realizar, y el precio que por ello recibirá, y que en consecuencia, considerará como equivalente. Se trata, entonces, una doble relación: En primer lugar, cada una de las partes, considerará que existe una equivalencia entre los costos y gastos en que incurrirá, y el beneficio o utilidad que para ella se derivará de la ejecución del contrato. Y en segundo lugar, que es equivalente la obligación que cada una de ellas asume, frente a la contraprestación a cargo de la otra parte.

17. Estas consideraciones, reflejadas finalmente en el negocio jurídico, se constituyen entonces, en la ecuación contractual, que surge al momento de celebrar el contrato y que implica un equilibrio económico del mismo, por cuanto da lugar a una equivalencia de prestaciones.

18. Es en consideración de esta realidad, que la rigidez del principio *pacta sunt servanda* fue cediendo y dio paso al principio *rebus sic stantibus*, conforme al cual, las obligaciones originales del contrato se deben mantener, siempre y cuando se conserven durante la etapa de ejecución o cumplimiento las mismas condiciones y la situación de cargas y beneficios que soportaban las partes en el momento de su celebración, pero no se puede ni debe mantener, cuando esa situación sufre modificaciones entre el momento en que se trabó la relación comercial y una época posterior durante la ejecución del contrato.

19. Se trata entonces, de reconocer que existen circunstancias imprevistas que se pueden presentar con posterioridad a la celebración del contrato y que se traducen en un agravamiento de las cargas asumidas por las partes voluntariamente cuando decidieron contratar y obligarse mutuamente; por lo tanto, la normatividad ha contemplado soluciones para eventos de esta naturaleza.

20. El artículo 5º de la Ley 80 de 1993, estipula el derecho que tienen los contratistas a que el valor intrínseco de la remuneración pactada no se altere o modifique durante la vigencia del contrato y a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas; a su vez, el artículo 14, establece que, cuando la administración ejerza alguna de sus potestades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato, debe proceder a reconocer y ordenar el pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los contratistas objeto de tales medidas y que se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello “...con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”; y además, dispone que las partes aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, para mantener la ecuación o equilibrio inicial.

21. Por otro lado, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, se refiere específicamente a la ecuación contractual al establecer que “*En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de*

proponer o contratar, según el caso”, y que “si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”, suscribiendo 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.

22. El artículo 28, por su parte, establece como un criterio de interpretación de las normas del estatuto contractual, el de “...*la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*”.

23. La alteración de la ecuación contractual, se deriva de diversas causas, que se pueden clasificar en dos grandes grupos: 1) Las provenientes de la administración contratante y 2) las exógenas a las partes del negocio.

23.1. Causas provenientes de la administración contratante:

23.1.1. Incumplimiento del contrato: En primer lugar, la forma más común de afectación de los derechos de las partes en el contrato, está dada por el incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes, por lo que podría pensarse que el incumplimiento contractual de la administración, da lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato, tal y como lo contempla el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, al consagrarlo como una de las causas de dicho rompimiento; sin embargo, el incumplimiento contractual debe manejarse con mayor propiedad, bajo la óptica de la responsabilidad contractual, por cuanto como es bien sabido, se trata de dos “...*instituciones distintas en su configuración y en sus efectos*”⁷, puesto que la responsabilidad contractual se origina en el daño antijurídico que es ocasionado por la parte incumplida del contrato, lo que hace surgir a su cargo el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados en forma plena, es decir que para el afectado surge el derecho a obtener una indemnización integral, lo que no sucede en todos los eventos de rompimiento del equilibrio económico del contrato.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, expediente 28.616, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar; Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 29214, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

23.1.2. Ejercicio del *ius variandi*: En segundo lugar, debe recordarse que la Administración, cuenta con la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, y que para el cumplimiento de los fines de la contratación, puede ejercer la facultad excepcional de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato o *ius variandi*, cuando se den las causales legalmente estipuladas para ello (arts. 15, 16 y 17, Ley 80/93)⁸, y cuyo ejercicio puede significar mayores costos para el contratista o disminución de las prestaciones a ejecutar y por lo tanto, de la utilidad a obtener; razón por la cual la ley estipula, de un lado, que cuando se ejerza la facultad de modificación unilateral del contrato y se produzca una variación en su valor igual o superior al 20%, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución; y de otro lado, que en el acto en el que se ejerza esta potestad excepcional, la Administración deberá proceder al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tal medida, y que deberán aplicarse los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (arts 14, num. 1º y 16 de la Ley 80/93). Cuando se ejerce el *ius variandi* por parte de la Administración, imponiéndole nuevas obligaciones al contratista, por ejemplo cuando se introducen obras adicionales a las contempladas en el contrato original, éste tiene derecho a que se le reconozcan los mayores costos en que haya incurrido, así como las utilidades correspondientes a esas mayores cantidades de obra que haya tenido que ejecutar, y esta es la forma como, en estos eventos, se restablece el equilibrio económico del contrato.

23.1.3. Hecho del Príncipe: En tercer lugar, se encuentra el denominado *hecho del príncipe*, que corresponde a una actuación legítima de la Administración, aunque

⁸ El art. 15 estipula que la interpretación unilateral se puede efectuar por la Administración mediante acto administrativo debidamente motivado, si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes y no se logra acuerdo sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado; el art. 16, por su parte, establece la facultad de modificación unilateral cuando sea necesaria para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, pudiendo la Administración suprimir o adicionar obras, trabajos, suministros o servicios; si de esa modificación surge una variación del valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución, caso en el cual la entidad debe adoptar de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del contrato.

no como parte de la relación obligatoria que termina afectando. En efecto, consiste esta teoría, en el rompimiento del equilibrio económico del contrato que se presenta con ocasión de la expedición, imprevista y posterior a la celebración del negocio jurídico estatal, de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante (leyes, decretos, resoluciones), que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista; se trata de actos que profiere la administración, en su calidad de autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones y no como parte contratante en el negocio jurídico, pero que, sin embargo, tienen incidencia indirecta en el contrato y afectan su ecuación, ocasionando una alteración extraordinaria o anormal de la misma, que se traduce en un detrimento de los intereses económicos del contratista. En este caso, hay lugar a una indemnización integral de perjuicios, es decir que se deben reconocer los mayores costos, la utilidad que dejó de percibir el contratante y todos aquellos perjuicios que éste sufra con ocasión de esa medida general que afectó la ecuación contractual, por cuanto ella resulta ser un hecho imputable a la Administración, ya que de todas maneras, así no haya sido culposamente ni actuando como parte en el contrato, fue la misma entidad contratante quien con su actuación –legítima- causó los perjuicios al contratista.

23.2. Factores exógenos o externos a las partes: Por otro lado, están los factores exógenos a las partes del negocio, dentro de los cuales se suelen calificar la teoría de la imprevisión y las sujeciones materiales imprevistas.

23.2.1. La teoría de la imprevisión: Esta figura tuvo sus orígenes en el ámbito del derecho privado, en donde se atenuó el principio del *pacta sunt servanda*, es decir, de la obligatoriedad de las estipulaciones originales del contrato, en consideración a la posibilidad de que con posterioridad a la celebración del mismo -que es ley para las partes y sólo puede ser modificado por el acuerdo de sus voluntades-, se presenten circunstancias extraordinarias e imprevisibles, ajenas a la voluntad de los contratantes, que alteren la ecuación económica del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. Se trata de la ocurrencia de hechos sobrevinientes a la celebración del contrato y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se

suscribió el acuerdo de voluntades y pueden afectar significativamente el cumplimiento de las obligaciones haciéndolo más gravoso para una de ellas.

23.2.1.1. Son pues, requisitos para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato que dé lugar a un reconocimiento económico a favor del contratista, los siguientes:

a) Que con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho extraordinario, ajeno a las partes, es decir no atribuible a ninguna de ellas.

b) Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya un álea extraordinaria. Debe tratarse de una afectación que sobrepase el álea normal de todo negocio, para que surja el derecho de la parte afectada a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en tal forma, que se restituya la equivalencia de prestaciones que existía originalmente. Por ello, no cualquier sobre costo ni la pérdida de utilidades, por sí solos, pueden calificarse como afectación de la ecuación contractual.

c) Que esa nueva circunstancia, no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes.

d) Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite, porque de lo contrario, estaríamos frente a un evento de fuerza mayor, causal de justificación del incumplimiento contractual que, por ende, releva a la parte incumplida de la obligación de ejecutar las prestaciones a su cargo, sin derecho a reclamación económica alguna; en cambio, en este caso de la imprevisión, el contratista no está relevado de su obligación de cumplir y debe ejecutar las obligaciones a su cargo, así ellas sean más gravosas de lo inicialmente pactado.

23.2.1.2. En cuanto a las consecuencias indemnizatorias de la teoría de la imprevisión, se tiene que cuando se produce un hecho que encaja en la misma, la parte afectada tendrá derecho únicamente al reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir por causa de esos hechos imprevistos. No

se reconocen las utilidades que haya dejado de percibir, como tampoco ningún otro perjuicio que haya sufrido por esa causa.

23.2.1.3. La razón de ser de esta indemnización limitada, radica en el hecho de que el evento extraordinario que afecta de manera grave la ecuación contractual, es ajeno a las dos partes, es decir, que no le es atribuible ni al contratista afectado, ni a la administración contratante, quien por lo tanto, también se ve sorprendida por ese hecho inesperado y también resulta afectada, en la medida en que se ve amenazada la correcta ejecución del contrato; por lo tanto, si se establece la obligación de ésta de acudir en ayuda del contratista mediante la asunción de los mayores costos en los que tuvo que incurrir, es porque con ello, se busca precisamente, que el servicio o actividad estatal para el cual se celebró el respectivo contrato, no se vea paralizado o afectado y que pueda llevarse a buen término la ejecución del objeto contractual.

23.2.2. Sujeciones materiales imprevistas: O teoría de las dificultades materiales imprevistas, constituye una modalidad de la teoría de la imprevisión, sólo que cuando se habla de ésta, se hace referencia básicamente a fenómenos de índole económica, mientras que estas sujeciones materiales imprevistas, usuales en contratos como el de obra pública, hacen relación a hechos físicos, tales como condiciones inesperadas del terreno, pluviosidad excepcional, etc., posteriores a la celebración del contrato, razonablemente imprevisibles por las partes y que afectan la ecuación económica del mismo, haciéndolo gravemente oneroso para una de ellas. Por tratarse de una modalidad de la teoría de la imprevisión, la forma de restablecer el equilibrio económico del contrato, es la misma, es decir, mediante el reconocimiento de los mayores costos en que haya debido incurrir el contratista.

24. En todo caso, cualquiera que sea la causa de la ruptura del equilibrio económico del contrato, lo cierto es que recae sobre la parte que la alega, la carga de acreditar la ocurrencia de los hechos en los que la sustenta, con las características exigidas, en cuanto a la imprevisibilidad de los mismos y la afectación extraordinaria de la ecuación económica surgida al momento de proponer o contratar, teniendo en cuenta que, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, no cualquier sobre costo que surja en la ejecución de

las prestaciones, puede ser calificado como rompimiento del equilibrio económico del contrato.

25. Por otra parte, debe recordarse que esta figura está íntimamente relacionada con el deber de planeación y la distribución de riesgos entre las partes, en la medida en que, con anterioridad a la celebración del negocio jurídico, se establecen las posibles causas de afectación de la ejecución contractual que pueden surgir con posterioridad a la suscripción del acuerdo y se determina la forma de afrontarlas y a quién le corresponderá hacerlo, de tal manera que, de presentarse, ya estará determinada la solución.

26. Como resultado de los análisis previos que se deben adelantar en el proceso de formación del contrato y que sustentan tanto la elaboración del respectivo pliego de condiciones o términos de referencia por parte de la entidad como las propuestas presentadas en el procedimiento de selección del contratista, surge la posibilidad de prever los riesgos del futuro contrato, es decir, *“...los acontecimientos futuros que podrían atentar contra el desarrollo normal del contrato o generar reclamaciones pecuniarias de los contratistas”*⁹, y de establecer a cargo de quién estarán, es decir, si los asume la entidad contratante, el contratista, o las dos partes conjuntamente y en qué proporción; y esta repartición de los riesgos y contingencias del contrato, también hace parte de las obligaciones y derechos que surgieron para los contratantes cuando lo celebraron, es decir de la estructura original del acuerdo de voluntades y por lo tanto, la ecuación contractual o equilibrio económico del contrato, comprende así mismo la preservación de estas obligaciones a cargo de las partes, razón por la cual, como lo dijo el Consejo de Estado, *“...En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió. Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar”*¹⁰.

⁹ PINO RICCI, Jorge; El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales; Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2005. pg. 163.

¹⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 2004, expediente 14.043, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

27. Es claro entonces, que desde antes de la celebración del contrato es posible y necesario prever las futuras eventualidades que pueden afectar su ejecución, y también se pueden advertir condiciones y circunstancias que incidirán en la misma; al elaborar los pliegos de condiciones de las licitaciones previas a la contratación, las entidades deben incluir en ellos esta información, que será entonces del conocimiento de los oferentes y futuros contratistas.

28. De esta manera, si después de celebrado el contrato el contratista alega que se presentó un hecho extraordinario que afecta la ejecución del objeto contractual y que representa para él unos mayores costos, en forma tal que se rompe el equilibrio económico del contrato, y solicita en consecuencia, el restablecimiento del mismo, debe la entidad establecer, en primer lugar, si dicha circunstancia era razonablemente imprevisible, tanto para el contratista como para ella, porque si el contratista lo pudo prever y no lo hizo o si se trata de un riesgo que le correspondía asumir, no hay lugar a los reconocimientos pedidos; y si se comprueba que era de cargo de la entidad la previsión de la circunstancia, con fundamento en los estudios que debía realizar con antelación, y que no lo hizo, podría configurarse un incumplimiento suyo, que daría lugar a una indemnización integral a favor del contratista.

El caso concreto

29. La parte actora alegó el rompimiento del equilibrio económico del contrato, fundada en una serie de sobrecostos que supuestamente tuvo que asumir en la ejecución de los trabajos objeto del negocio jurídico, por cuenta de haber tenido que reparar los equipos que FERROVÍAS se obligó a poner a su disposición para la ejecución de los trabajos en la vía férrea, comprometiéndose a entregarlos en perfecto estado de funcionamiento.

30. En relación con esta reclamación, que involucra el reconocimiento y pago de los costos por concepto de repuestos y reparaciones de los equipos que no le fueron pagados por FERROVÍAS al contratista, observa la Sala en primer lugar, que contrario a lo sostenido en la demanda, el hecho de que los equipos ofrecidos

por la entidad contratante y necesarios para llevar a cabo las labores de mantenimiento de la vía férrea –carromotor, bateadora, reguladora y dresina de control- presentaran desperfectos y no estuvieran en óptimas condiciones para funcionar, no fue imprevisto para el contratista, toda vez que en el mismo pliego de condiciones se contempló la necesidad de efectuar un inventario de dichos elementos para establecer las reparaciones a las que debían ser sometidos para ponerlos a punto y que pudieran ser operados en condiciones de normalidad –ver párrafo 10.1.1-.

31. Por otra parte, se estableció en el pliego de condiciones que las reparaciones que efectuara el contratista a esos equipos, debían ser previamente autorizadas por el vicepresidente de control operacional de FERROVÍAS, a quien le debía presentar las correspondientes cotizaciones y una vez obtenida la aprobación y efectuadas las reparaciones, se presentaría la cuenta de cobro con el visto bueno de la misma dependencia para su pago y también se dispuso que el combustible, los lubricantes y otros gastos necesarios para el mantenimiento de los equipos, estarían a cargo del contratista –ver párrafo 10.1.1-.

32. En tales condiciones, no puede predicarse la ruptura del equilibrio económico del contrato por un hecho que fue previsible y previsto expresamente por las partes, con anterioridad a la celebración misma del contrato.

33. Ahora bien, si se analizara la reclamación como un evento de incumplimiento de la entidad demandada respecto de su obligación de reconocer todos los costos de repuestos y reparaciones a las maquinarias de su propiedad, se encuentra que tampoco obran pruebas en el plenario que permitan establecer con certeza tal incumplimiento, en la medida en que no se acreditó, respecto de todas las cantidades reclamadas, que el contratista hubiera presentado las respectivas cotizaciones como era su obligación y que hubiera obtenido la autorización de la entidad contratante para adquirir elementos y llevar a cabo reparaciones por los valores que reclama en la demanda ni que hubiera presentado las cuentas de cobro en la forma prevista en el pliego de condiciones, cuyas disposiciones se entienden incorporadas al respectivo contrato.

34. Sólo consta que el contratista presentó 4 cotizaciones para la reparación de la reguladora de balasto, salvo la necesaria para la reparación del motor –ver párrafos 10.13 y 10.14- y que la entidad aprobó algunos repuestos y reparaciones por valor de \$ 12 740 190, según se desprende de comunicaciones provenientes de FERROVÍAS, la presentación de la cuenta de cobro por el contratista y del proyecto de liquidación bilateral realizado por la entidad, en donde se incluyó el acta n.º 10, reembolso repuestos, con un valor cancelado de \$ 12 740 190 –ver párrafos 10.27.2, 10.29, 10.30 y 10.31-.

35. Por lo demás, el acervo probatorio demuestra que el consorcio demandante pagó una serie de facturas correspondientes a repuestos y trabajos de terceros, pero no existe la certeza de que los mismos corresponden a la maquinaria puesta a su disposición por FERROVÍAS y que además, son distintos de los que la entidad expresamente autorizó y reconoció.

36. Ahora bien, como lo ha manifestado la jurisprudencia, quien demanda alegando el incumplimiento contractual de la parte demandada, debe probar en primer lugar, el propio cumplimiento de las obligaciones a cargo, si quiere sacar adelante sus pretensiones, pues quien se halla incurso en incumplimiento, no puede a su vez reclamarlo de su co-contratante:

(...) del artículo 1609 del C.C. antes mencionado se extrae la regla en virtud de la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho, en tanto que sería injusto permitir o patrocinar que quien no ha cumplido las obligaciones que correlativamente asumió, pudiera reclamar del otro que tampoco ha cumplido lo acordado.

Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. cuando se pretende obtener el incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago.

En conclusión, en los contratos bilaterales o conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la Administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse, la parte que

pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas¹¹.

37. En el presente caso, se observa que la obligación de pago a cargo de FERROVÍAS por concepto de repuestos y reparaciones a los equipos de su propiedad facilitados al contratista y que eran necesarios para la ejecución de los trabajos, sólo surgía una vez los mismos eran autorizados por la entidad, luego de que el contratista le presentaba las respectivas cotizaciones y estas eran aprobadas por la contratante, circunstancia que, en el presente caso, no demostró la parte actora, respecto de sus reclamaciones por este concepto.

38. De acuerdo con lo anterior, al no haber acreditado la demandante su propio cumplimiento contractual, respecto de obligaciones previas a su cargo, necesarias para exigir a su vez el cumplimiento de la entidad de su propia obligación de pago, no resulta procedente acceder a estas pretensiones.

El dictamen pericial

39. Aparte de la anterior circunstancia, la actora adujo otra serie de incumplimientos de la entidad estatal, que fueron estudiados, junto con las pretensiones económicas de aquella, por los peritos –economistas- designados en el proceso para resolver la prueba pericial pedida en la demanda, por lo que la Sala procederá a analizar punto por punto, siguiendo el desarrollo de dicho informe:

39.1. Por concepto de mayor permanencia del personal de administración: En la demanda se sostuvo que se produjo este perjuicio por el retardo en la liquidación del contrato, pues el contratista tuvo que cancelar honorarios al representante legal, al contador, al revisor fiscal y al director de la obra, quienes tuvieron una dedicación de tiempo equivalente al 20%, y que el cálculo se hizo teniendo en

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, expediente 17552, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

cuenta los 4 meses para liquidar el contrato y la fecha de recibo de la obra, que fue el 31 de marzo de 2000, lo que arrojó un valor de \$ 19 800 000, más el pago del impuesto de industria y comercio por este personal, por \$ 107 500 (f. 16, c. 1).

39.1.1. Sobre esta reclamación, los peritos se limitaron a repetir lo dicho en la demanda y a calcular, sobre el sueldo de cada uno de los trabajadores mencionados allí –aunque sin decir de dónde salió-, el costo mensual del 20% durante 9 meses. Como soporte de este cálculo, se adjuntó i) copia del oficio del 4 de agosto de 2000 en el que el contratista reclama a la entidad que han pasado más de 4 meses desde la terminación del contrato, aún hay cuentas pendientes de pago y el contrato no se ha liquidado; ii) copia del acta de recibo final de obra y iii) copia del proyecto de acta de liquidación del contrato (Anexo 1 del dictamen pericial).

39.1.2. Al respecto, advierte la Sala que es evidente la falta de soporte probatorio de los cálculos efectuados por los peritos, pues en parte alguna constan los pagos que supuestamente el demandante efectuó durante el lapso mencionado en la demanda, ya que no obra la nómina o los recibos de pago o de consignación ni ningún otro medio de prueba que los acredite, mientras que sí está probado que las partes suscribieron el acta de recibo final de la obra el 31 de marzo de 2000, evento que sin duda marcó la terminación del contrato, pues esa fue la fecha dispuesta para ello –párrafos 10.4 y 10.19-.

39.2. Suministro de balasto acopiado en Bosconia en cantidad de 170 m³ de los que no se pudo disponer por falta de la locomotora suministrada en préstamo al contratista por parte de FERROVÍAS y que le fue retirada en los últimos días para asignarla a otra empresa, material que tuvo un costo de \$ 6 618 397,50, para el mes de marzo de 1999 (f. 16, c. 1).

39.2.1. Sobre esta reclamación, los peritos procedieron a comparar la cantidad de balasto contenida en la propuesta y el adicional, que sumaban 4 300 M³, de los que restó el balasto regado según acta de medición mensual n.º 7, que fue de 4 129,95 M³, lo que arroja una diferencia de 170 M³, cuyo valor es de \$ 6 618 397,50.

39.2.2. De acuerdo con lo anterior, si bien constan las cantidades de balasto contratadas y las cantidades efectivamente utilizadas, no obra prueba alguna que soporte las razones dadas por el demandante para la diferencia que se advierte y que apuntan a responsabilizar a la entidad demandada por la misma, sin que se pueda perder de vista que, como lo advirtió el *a-quo*, no consta en parte alguna que este hecho haya sido objeto de reclamación a la entidad y no se incluyó en las comunicaciones que en tal sentido le dirigió el contratista.

39.3. Costos de personal operativo de la bateadora y la reguladora: El demandante sostuvo que sufrió perjuicios por el stand-by de esta maquinaria, mientras fue reparada, consistente en el costo de personal ofrecido y un bajo rendimiento, pretensión que estimó para marzo de 1999 en la suma de \$ 82 517 850,15, resultante de la sumatoria del costo por la bateadora, que fue de \$ 66 743 156,65 y de la reguladora, que fue de \$ 15 774 693,50.

39.3.1. En el dictamen pericial, teniendo en cuenta lo manifestado por el demandante sobre la reparación de las máquinas y la pérdida de *“tiempo de los operarios obreros e inspectores que estaban disponibles desde el inicio de los trabajos hasta la terminación, devengando sueldos y prestaciones de acuerdo con los valores de las tablas adjuntas de sueldos y prestaciones”*, los peritos efectuaron un cuadro en el que se relacionó el costo de personal de la bateadora y la reguladora, el cual ascendió a \$ 66 743 166 y \$ 15 774 694, respectivamente, para un total de \$ 82 517 850.

39.3.2. Para sustentar estos cálculos, en el anexo 3 del dictamen se aportó copia, al parecer, de los cuadros de la oferta presentada en la licitación pública 003 de 1999 por el consorcio demandante, en los que el proponente efectuó el *“análisis de prestaciones sociales”*, la *“lista de sueldos y jornales”*, la *“lista de sueldos y jornales con prestaciones”*, el *“costo horario del personal para regulación del balasto reguladora plasser”* y el *“costo horario del personal para nivelación de la vía bateadora plasser 008”*.

39.3.3. A juicio de la Sala, tales datos resultan insuficientes para acreditar el hecho que sirve de sustento de esta reclamación, pues lo que se prueba son los valores

que fueron pactados para el uso del personal, pero no se acredita cuántas personas estuvieron en el sitio de los trabajos y a disposición del contratista durante el tiempo en el que no pudieron ejecutarlos por falta de las máquinas ni se probaron los pagos que efectivamente se les hubiera hecho por concepto de sueldos y prestaciones sociales, aspecto sobre el cual sólo se cuenta con la afirmación que hace la parte actora en su demanda.

39.4. Por concepto del bajo rendimiento y el no trabajo de las cuatro horas diarias de la bateadora y la reguladora: El demandante adujo que *“para efecto de determinar el precio de la ejecución del metro lineal del alce, nivelación con bateadora mecanizada y regulación del balasto, Ferrovías calculó el rendimiento hora máquina dando como resultado 625m/h para la bateadora y 500m/h para la reguladora. Los oferentes se sometieron a estos rendimientos ilógicos realizados por Ferrovías pues el equipo entregado por la empresa así hubiese estado en condiciones óptimas de operación en ningún caso habría superado los 300m/h y los 200m/h respectivamente. En realidad durante la ejecución del contrato solamente se obtuvo un rendimiento de 239.19m/h para la bateadora y de 169.94m/h para la reguladora. El valor como consecuencia de lo anterior corresponde a la suma de \$ 70.791.822.87 para la bateadora y \$ 41.215.587.63 para la reguladora, dando un total de \$ 112.007.410.50”*.

39.4.1. Frente a la anterior reclamación, los peritos concluyeron que el bajo rendimiento de la reguladora fue de \$ 40 636 294 y el de la bateadora fue de \$ 69 722 898, para un total de \$ 110 359 192, cantidades a las que llegaron teniendo en cuenta, según su dicho, i) el formulario de la propuesta en el que obraban las cantidades y algunos valores de los ítems 1 y 2, correspondientes a alce, nivelación y alineación con batidora mecanizada y regulación de balasto con máquina, respectivamente, ii) el acta de medición mensual n.º 7 y iii) unos cuadros denominados *“tiempo que la bateadora plasser 008 estuvo varada, durante la nivelación de la vía”* y *“tiempo en que la reguladora plasser estuvo varada, durante los trabajos”*, aparentemente elaborados por el mismo contratista (anexo 4 del dictamen).

39.4.2. Al respecto, se advierte que los cálculos efectuados por los peritos no permiten establecer la causa del supuesto bajo rendimiento de la maquinaria, que el demandante atribuyó a la imposibilidad de trabajar las 4 horas diarias que, según la demanda, Ferrovías ofreció como tiempo de labores en la vía. Por otra parte, consta que los trabajos contratados se ejecutaron dentro del plazo contractual y que éste fue ampliado por las partes, según se lee en el respectivo contrato adicional, para recuperar los sectores afectados por el invierno –párrafo 10.4-, es decir que la ejecución contractual se dio dentro de los términos pactados y si hubo adición de tiempo, fue por una causa distinta al bajo rendimiento aducido por la demandante y para su atención, se adicionó también el valor del contrato.

39.4.3. Así mismo, observa la Sala que la entidad no se obligó a poner la vía férrea a disposición del contratista por 4 horas diarias, sino que estableció en el pliego que ese sería el tiempo máximo que cada día podría destinarse a las labores de mantenimiento sobre la vía –numeral 4.1 del pliego, párrafo 10.1-, lo que no descartaba la posibilidad de que el tiempo fuera inferior, dependiendo de la disponibilidad de la carrilera destinada al transporte de carbón de la Drummond y de la coordinación que para ello debía efectuar FERROVÍAS, circunstancia que era conocida por los proponentes y desde luego por el contratista, puesto que desde el pliego de condiciones se advertía que las labores de mantenimiento objeto del mismo se llevarían a cabo teniendo en cuenta el contrato 4476 de 1991, celebrado por esta entidad con la referida firma –párrafo 10.1, pie de página 4-.

39.5. Por los costos de personal por stand-by de bateadora y reguladora, como consecuencia de la no entrega en la fecha establecida: El demandante adujo que esto se tradujo en que el personal que se había previsto para la operación de las máquinas, no iniciara labores de forma inmediata, a pesar de lo cual el contratista tuvo que cancelar los gastos correspondientes a dicho personal, que ascendieron a \$ 6 836 940 (f. 17, c. 1).

39.5.1. Los peritos, sobre esta reclamación, calcularon un valor idéntico al de la demanda, para lo cual tuvieron en cuenta la fecha de iniciación de los trabajos -23 de agosto de 1999-, la fecha de entrega de la bateadora y la reguladora por Ferrovías, los mismos cuadros elaborados por el demandante, sobre el tiempo en

que los equipos estuvieron “varados”, así como el cuadro aparentemente presentado con la propuesta del consorcio CIAF LTDA.-MIKO LTDA-CASTRO GUEVARA en la licitación, sobre “Programación de actividades” (anexo 5 del dictamen pericial), concluyendo que “El tiempo transcurrido entre el acta de iniciación y la entrega de los equipos, corresponde al pago de salarios del personal asignado por el contratista para la operación de estos equipos”.

39.5.2. Nuevamente debe observar la Sala que los anteriores cálculos efectuados por los peritos, se atienen a lo ofrecido y contratado, más no a lo verdaderamente sucedido, puesto que con ellos no se prueba la real disposición en el sitio de las obras del personal relacionado por el demandante ni los pagos que por concepto de salario y prestaciones les hubiera realizado a tales empleados.

39.6. Pago al ingeniero especialista por la reparación de la bateadora: El demandante adujo los \$ 6 650 300,00 que le canceló al ingeniero José de Jesús Cáceres en los meses de septiembre a diciembre de 2000, que evaluó, elaboró el listado de los repuestos necesarios y reparó los equipos.

39.6.1. En el dictamen pericial, se relacionaron los pagos efectuados al ingeniero Cáceres por concepto de pago de servicios y reintegro de gastos durante los meses de octubre a diciembre de 1999 y que sumaron \$ 6 650 300, aclarando que “La sumatoria de los pagos fueron constatados en los registros contables del consorcio”. Y en el anexo 6, se adjuntaron: i) un cuadro efectuado por el contratista, en el que se relacionaron los pagos efectuados a favor del ingeniero Cáceres por la reparación de la bateadora, y los números de cheque de los mismos; ii) copia de los comprobantes de egreso.

39.6.2. En relación con este hecho, se advierte que el pago al ingeniero Cáceres cuenta con suficiente respaldo probatorio, puesto que no sólo obran los documentos tenidos en cuenta por los peritos para incluir este rubro dentro de los perjuicios reclamados por el demandante, sino que también se cuenta con el testimonio del mismo ingeniero, que llevó a cabo las reparaciones –párrafo 10.32.2-, que resulta coincidente con lo establecido en el dictamen pericial como valor pagado por los arreglos llevados a cabo en la maquinaria entregada por

FERROVÍAS al contratista. No obstante, observa la Sala que resulta imposible establecer, con estos medios de prueba, si el pago realizado a este ingeniero hizo parte o no de las reparaciones debidamente autorizadas y reconocidas por la entidad demandada.

39.7. Por el pago al técnico de hidrocomponentes: El demandante adujo que una vez efectuada la valoración por parte del ingeniero Cáceres, se determinó la necesidad de revisar la bomba hidráulica de la reguladora, lo que generó su cambio completo, que fue cancelado por FERROVÍAS, que, sin embargo, se abstuvo de reconocer los gastos por concepto del desplazamiento del técnico, por los que reclama la suma de \$ 1 220 600 (f. 18, c. 1).

39.7.1. Los peritos incluyeron este perjuicio como probado, teniendo en cuenta i) la relación de pago efectuado por el contratista al técnico de hidrocomponentes Sergio A. Ospina, por el servicio prestado a la reguladora de balasto RP-019, en la que incluyó el número de cheque H3157538-2 del 25 de febrero de 2000 por concepto de pago cuenta de cobro, por valor de \$ 1 220 600; ii) un comprobante de egreso por el mismo valor, suscrito por el mismo señor Ospina y iii) una cuenta de cobro presentada al consorcio por Hydrocomponentes y Servicios, suscrita por Nelson Fernando Muñoz, por concepto de valor mano de obra máquina compactadora Bosconia, en la que se discriminaron los siguientes rubros: por revisión general del sistema hidráulico, revisión de controles electrónicos y electroválvulas: \$ 600 000; por pasajes: \$ 364 600; por viáticos: 150 000 y por fletes bomba: \$ 106 000, para un total de \$ 1 220 600 (anexo 7 del dictamen pericial).

39.7.2. Al respecto, observa la Sala que lo reclamado por el demandante en relación con el técnico en hidrocomponentes, fueron los gastos de desplazamiento del mismo, mientras que el valor incluido en la demanda y reiterado en el dictamen pericial, abarca otros rubros, distintos a pasajes y viáticos, que corresponden exactamente al gasto que según la actora, no le fue cubierto por FERROVÍAS, en relación con esta reparación. De otra parte, se advierte en relación con esta reclamación la misma circunstancia que en la anterior, y es que no existe forma de establecer si estos gastos hicieron parte o no de los reconocidos por

FERROVÍAS por concepto de repuestos y reparaciones de los equipos suministrados al contratista.

39.8. Por concepto del ajuste al combustible de la bateadora, reguladora y la dresina de control: Se afirmó en la demanda que los combustibles adquiridos para estos equipos sufrieron modificaciones imprevisibles por cuenta de los ajustes decretados por el gobierno nacional. Que por la bateadora corresponde un valor de \$ 8 709 131,81, por la reguladora \$ 5 361 127,62 y por la dresina \$ 6 123 116 (f. 18, c. 1).

39.8.1. Sobre esta reclamación, los auxiliares de la justicia concluyeron que la misma se hizo teniendo en cuenta los ajustes a la sobretasa de los combustibles decretados por el Ministerio de Minas y Energía en la Resolución n.º 075 del 25 de marzo de 1999 y el oficio SM-274 del 27 de mayo de 2000 numeral 3, enviado por la interventora al contratista, en donde le solicitó el ajuste al combustible y a la mano de obra. A continuación, elaboraron un cuadro en el que relacionaron como valor por combustible de la bateadora, la suma de \$ 19 642 995, de la reguladora \$ 13 832 068 y de la dresina de control \$ 6 123 116, para un valor total de \$ 39 598 179. Posteriormente, aparece un cuadro denominado *ajuste a combustible bateadora plasser BP-008* en el que se relacionaron en la primera y segunda columnas los meses de noviembre de 1999 a marzo de 2000 y algunas fechas en los mismos, con un valor al frente, en la tercera columna y un subtotal a la misma fecha en la última columna, y otros dos cuadros en similares términos, para los otros dos equipos, de los cuales surgieron los valores mencionados.

39.8.2. Como soporte de estos cálculos, aparece una serie de facturas expedidas por distintas estaciones de servicio a C.M.C (consorcio CIAF-MIKO-CASTRO) y por concepto de combustible ACPM, cuya fecha de expedición y valores coinciden con las relacionadas en dichos cuadros, que a su vez, coinciden con los elaborados y aportados por el demandante al proceso –ver párrafo 10.28-.

39.8.3. Así mismo, obran copias de las resoluciones 025 del 27 de enero de 1999, 081 del 24 de febrero de 1999, 075 del 25 de marzo de 1999, 0101 del 26 de abril de 1999, 0122 del 25 de mayo de 1999, 0166 del 24 de junio de 1999, 0199 del 29

de julio de 1999, 0226 del 30 de agosto de 1999, 0240 del 29 de septiembre de 1999, 0276 del 25 de octubre de 1999, 0351 del 25 de noviembre de 1999, 0387 del 27 de diciembre de 1999, 0008 del 25 de enero de 2000, 0029 del 23 de febrero de 2000, 0037 del 27 de marzo de 2000, todas expedidas por la Unidad de Planeación Minero Energética y a través de las cuales se establecieron los precios mensuales de los combustibles en el periodo que abarcan (anexo 11 del dictamen pericial).

39.8.4. De acuerdo con lo anterior, aparece acreditado que el consorcio demandante pagó el combustible de los equipos facilitados por FERROVÍAS, durante los meses de ejecución del contrato, a los precios establecidos por el gobierno, lo cual, acota la Sala, era una obligación a cargo del contratista que se conocía desde la etapa precontractual, pues así consta en el numeral 4.22-6 del pliego de condiciones, en el que se estableció expresamente que estarían a cargo del contratista el combustible, los lubricantes y otros gastos para el mantenimiento de los equipos –párrafo 10.1.1- y por lo tanto, no se trató de un evento imprevisto que haya dado lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato ni de un evento de incumplimiento contractual de la entidad, al exigirle al contratista la asunción de estos cargos.

39.9. Por concepto de los repuestos y reparaciones de la bateadora y reguladora: La demandante afirma que FERROVÍAS adeuda repuestos de estos equipos, que corresponden a la suma de \$ 7 674 853 y \$ 4 746 895,20 (f. 18, c. 1).

39.9.1. En el dictamen pericial, se consignó que *“El valor de las facturas para la adquisición de los repuestos de la Bateadora y la Reguladora no fue cancelado por Ferrovías cuyas erogaciones fueron indispensables para mantener los equipos en condiciones de trabajo. Es de anotar que algunos repuestos sí fueron cancelados al Consorcio de acuerdo a lo expresado en el expediente que se encuentra en el Tribunal”*. A continuación, elaboraron un cuadro en el que se consignó que por repuestos y reparaciones se realizaron las siguientes erogaciones, a 31 de marzo de 2000: por la bateadora, \$ 7 674 853 y por la reguladora, \$ 9 040 829, para un valor total de \$ 16 715 682.

39.9.2. Como soporte de estos cálculos, los peritos adjuntaron al dictamen un cuadro elaborado por el consorcio CIAF LTDA-MIKO LTDA-CASTRO GUEVARA, en el que aparece un listado de fechas, repuestos, facturas, almacén y valores y las copias de una serie de facturas de venta expedidas por distintos establecimientos de comercio a nombre de CMC por distintos conceptos como lubricantes, baterías, repuestos y arreglos (anexo 9 del dictamen).

39.9.3. Lo anterior, acredita que el consorcio demandante incurrió en gastos de adquisición de repuestos y servicios de refacción de maquinaria durante el tiempo de ejecución del contrato celebrado con FERROVÍAS, así como de insumos para su funcionamiento, pero como en los ítems anteriores, se advierte que no está probado que tales costos sean distintos de aquellos autorizados por la entidad como tampoco, que ésta se halle obligada a reconocer tales valores, por cuanto como ya se explicó, el contratista estaba en la obligación de presentar las respectivas cotizaciones para que la administración pudiera verificar la necesidad de repuestos y reparaciones y en esta forma, procediera a autorizarlos, antes de proceder a su adquisición. Y en parte alguna del proceso consta que el demandante haya dado cumplimiento a tal obligación, de la cual dependía, como ya se dijo, la obligación de pago de la entidad.

40. Surge de lo expuesto, que la parte actora no demostró que los perjuicios que alegó haber sufrido, le son imputables a la entidad demandada, con lo cual incumplió con la carga de la prueba, respecto de la cual ha dicho la Sala:

68. En relación con la carga de la prueba, se observa que el artículo 177 del C. de P.C. consagra este principio procesal, al establecer que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, lo cual se traduce en una indicación al juez sobre el sentido de su decisión, en aquellos eventos en los cuales el proceso queda huérfano de pruebas en relación con la causa-petendi, es decir cuando no se acreditan en el plenario los hechos de la demanda o de la contestación, que dan sustento a las pretensiones de la parte actora o a la defensa de la parte demandada, teniendo en cuenta para ello, a quién le correspondía aportar la

prueba y por lo tanto, ante su omisión, debe soportar las consecuencias de que la misma no obre en el proceso¹².

Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es claro que de conformidad con el análisis en conjunto del acervo probatorio allegado al plenario, la parte actora no logró demostrar que en su relación contractual con FERROVÍAS se presentó el rompimiento del equilibrio económico del contrato en la forma expuesta en la demanda, como tampoco que la entidad contratante hubiera incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones que se haya traducido en la producción de perjuicios que le deban ser indemnizados, por lo cual resulta procedente la confirmación del fallo de primera instancia impugnado, y así se decidirá.

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 2 de noviembre de 2005.

SEGUNDO: Sin condena en costas, por no aparecer acreditadas.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de febrero de 2012, expediente 16371, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado
Impedido¹³

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

¹³ Mediante auto del 15 de abril de 2015, se aceptó el impedimento manifestado por el Consejero de Estado Ramiro Pazos Guerrero, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 150 del C.P.C., dado que conoció de este proceso en su calidad de magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 340 y 342, c. ppl.).