



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN "A"**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Demandante:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Asunto:** Controversias contractuales

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 2 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, a través de la cual se dispuso lo siguiente (se transcribe como obra en el original):

*"LIQUIDAR el contrato de obra pública No. 2352 del 22 de octubre de 2007, celebrado entre la UNIÓN TEMPORAL CONSTRUCCIÓN VIAL y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS; y en consecuencia, DECLARAR que las partes contratantes se encuentran a paz y salvo con motivo de las obligaciones derivadas de la ejecución del citado contrato (...)" (fl. 575 C. Ppal).*

## I. ANTECEDENTES

### 1.- La demanda.

El 3 de febrero de 2011, el señor Luis Fernando Moreno Rubio, VIASCOL LTDA. y FERTÉCNICA S.A.<sup>1</sup>, en ejercicio de la acción de controversias contractuales y por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda contra el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), en la cual formularon las siguientes pretensiones (se transcribe como obra, incluyendo posibles errores):

"PRIMERA PRINCIPAL DECLARATIVA:

---

<sup>1</sup> Integrantes de la Unión Temporal Construcción Vial, como puede apreciarse en la resolución de adjudicación 3739 de 2007 (fls. 42 a 49 C. 2).



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías - INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

"1.- Que se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS incumplió su obligación de liquidar unilateralmente el contrato dentro del término pactado en el contrato y subsidiariamente en el señalado por la ley.

"DE CONDENA:

"2.- Que como consecuencia de la anterior declaración se procede a la liquidación judicial final del Contrato de Obra Pública 2352-07 de fecha 22 de Octubre de 2007, para lo cual solicito tener en cuenta el reconocimiento de los mayores costos en que se incurrió por parte de la U. T. CONSTRUCCION VIAL en la ejecución del contrato por valor de UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL ONCE PESOS MCTE (\$1.776'274.011.00) conforme se indica en el presente escrito.

"3.- Que la anterior suma se actualice a la fecha de presentación de la demanda y se reconozcan los intereses moratorios equivalentes al doble del interés corriente bancario desde la fecha de la sentencia y hasta la fecha en que realmente se verifique el pago.

"PRIMERA SUBSIDIARIA DECLARATIVA.-

"1.- Que se proceda a declarar el rompimiento y consiguiente restablecimiento del equilibrio económico del contrato de Obra Pública No. 2352-07 el 22 de Octubre de 2007, suscrito entre el INVÍAS y la U T CONSTRUCCION VIAL integrada como aparece en el capítulo de PARTES como consecuencia de los hechos imprevistos y la mayor permanencia ejecutando las obras objeto del contrato estatal, ajenos a la voluntad de la contratista haciendo para el mismo mas onerosa su ejecución afectando de manera grave la economía del contrato.

"2. Que como consecuencia de lo anterior se condene a pagar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS la suma de UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL ONCE PESOS MCTE (\$1.776'274.011.00), o la que resulte probada dentro del proceso correspondiente a los mayores costos en los que se incurrió por parte de la U. T. CONSTRUCCION VIAL en la ejecución del contrato.

"SEGUNDA SUBSIDIARIA DECLARATIVA.

"1.- Que se declare el restablecimiento del equilibrio económico del contrato y el reconocimiento de la reparación integral del daño (daño emergente y lucro cesante) a favor de la contratista UT CONSTRUCCION VIAL, como consecuencia de la mayor permanencia en la zona de las obras que se tuvo como causa el advenimiento de situaciones imprevistas ajenas a la voluntad de la contratista, en aplicación de la teoría de la imprevisión, tales como la ola invernal anormal, la imposibilidad de conseguir insumos tales como la mezcla asfáltica que obligó al contratista a instalar una propia planta, entre diciembre de 2007 y abril de 2008.



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

"2. Que como consecuencia de lo anterior se condene a pagar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS la suma de UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL ONCE PESOS MCTE (\$1.776'274.011.00), o la que resulte probada dentro del proceso, correspondiente a los mayores costos en los que se incurrió por parte de la U. T. CONTRUCCION VIAL en la ejecución del contrato".

## **2.- Hechos.**

Como fundamento del *petitum* de la demanda se expuso que:

**2.1.** Tras agotar un procedimiento licitatorio, el Instituto Nacional de Vías –INVÍAS– profirió la resolución 03739 del 11 de mayo de 2007, por medio de la cual adjudicó el contrato de mejoramiento de carreteras de la zona sur – occidente del país, grupo 5, a la Unión Temporal Construcción Vial.

**2.2.** Dos meses y seis días después del acto de adjudicación, la entidad pública y la unión temporal celebraron el contrato de obra pública 2352-07 del 22 de octubre de 2007, su objeto consistió en el mejoramiento y mantenimiento de las carreteras zona sur – occidente del país, grupo 5, modulo 1, Honda – Río Ermitaño, ruta 4510, su valor fue de \$2.350'245.957.36, se pactó por el sistema de precios unitarios fijos sin reajustes y su duración fue de 4.5 meses, contados a partir de la orden de iniciación del INVÍAS, que se impartió el 1 de noviembre de 2007.

**2.3.** Durante la ejecución del contrato, la contratista enfrentó varios obstáculos técnicos, pues, en diciembre de 2007, las plantas proveedoras de mezcla asfáltica no pudieron suministrar ese material, por cuanto tenían comprometida la totalidad de su producción, situación que la contratista sólo pudo superar transitoriamente en enero de 2008, pero con costos adicionales a los pactados, los cuales comenzaron a romper la ecuación económica del contrato.

**2.4.** Ante la situación anotada, la unión temporal decidió instalar una planta asfáltica, para lo cual tuvo que solicitar la suspensión del contrato por un mes mientras adelantaba la construcción de la misma y obtenía los permisos y licencias ambientales que la ley impone. La suspensión fue concedida entre el 24 de enero y el 23 de febrero de 2008.



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

**2.5.** De forma paralela se presentó una fuerte ola invernal que impidió al contratista extender la mezcla asfáltica y, en consecuencia, lo obligó a solicitar una segunda suspensión contractual, con lo cual el plazo de ejecución del contrato se extendió hasta el 15 de junio de 2008.

**2.6.** El 13 de junio de 2008 y con el fin de disminuir las pérdidas de la unión temporal, ésta solicitó al INVÍAS una reducción del 50 % de las metas físicas pactadas, para evitar el incremento del desequilibrio contractual y pidió que se reajustaran los precios del asfalto y su transporte, con *"el estudio de los conceptos contemplados en los análisis de precios unitarios"* y no con la fórmula de ajuste contractual.

**2.7.** El 26 de junio de 2008, la contratista solicitó una prórroga de mes y medio del contrato, debido a la intensa ola invernal y los constantes cierres viales que ésta y las festividades de San Pedro y San Pablo generaban, impidiendo con ello el transporte de materiales, repuestos, equipos y personal a la zona de la obra; en consecuencia, el INVÍAS prorrogó el contrato hasta el 28 de septiembre de 2008.

**2.8.** El 10 de julio de 2008, la Unión Temporal Construcción Vial solicitó una nueva suspensión del contrato debido a la persistencia de condiciones climáticas adversas a la obra, suspensión que fue concedida entre el 11 de julio y el 11 de agosto.

**2.9.** A pesar de que el interventor de la obra conceptuó favorablemente sobre la viabilidad del reajuste de precios unitarios solicitado por la contratista, el mismo no se surtió.

**2.10.** Según los demandantes, las anteriores circunstancias generaron un impacto negativo en las condiciones pactadas y lo obligó a incurrir en gastos adicionales que no estaban incluidos en el contrato. Según dijo, tuvo que asumir sobrecostos por arriendos, maquinaria y equipos, salarios, repuestos y por el aumento de los precios de los insumos asfálticos, todo lo cual generó un desequilibrio económico



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

de \$1.776'274.011, suma que no fue reconocida y, mucho menos, pagada, pues el contrato estatal no se liquidó (fls. 446 a 452 C. 1).

## II. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

### 1.- Auto admisorio.

Mediante proveído del 28 de febrero de 2011, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda presentada por Luis Fernando Moreno Rubio y otro y ordenó surtir la notificación personal al INVÍAS (fls. 465 y 466 C. 1), la cual se efectuó el 24 de marzo de 2011 (fl. 468 C. 1).

### 2.- Contestación de la demanda.

Oportunamente y por conducto de apoderado judicial, INVÍAS contestó la demanda y propuso como excepción la *"inexistencia de la obligación"*, para lo cual argumentó que la mayor permanencia en la obra por parte de la contratista se debió a las prórrogas y suspensiones que éste mismo solicitó y que le fueron concedidas en aras de evitar imponerle multas y sanciones, de ahí que los mayores costos en los que incurrió no dan lugar al restablecimiento del equilibrio contractual, *"pues no cumplen la condición de ser inherentes a la parte contratante"*, sino a las conductas de la contratista (fls. 490 a 495 C. 1).

### 3.- Alegatos de conclusión de primera instancia.

**3.1.** Los demandantes manifestaron que las circunstancias expuestas en la demanda y los costos adicionales que ellas generaron se encontraban acreditadas y, por tanto, debía procederse *"... a declarar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato como consecuencia de la mayor permanencia ejecutando las obras objeto del contrato estatal, para lo cual solicito tener en cuenta el reconocimiento de los mayores costos en los que se incurrió por parte de la U.T. CONSTRUCCION (sic) VIAL en la ejecución del contrato"*, más aun



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

cuando la entidad estatal desconoció su obligación legal de liquidar el contrato (fls. 535 a 539 C. 1).

**3.2.** Por su parte, la entidad demandada argumentó que no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones de la contratista, pues los perjuicios que alega, representados en los sobrecostos que tuvo que asumir por mayor permanencia en la obra, se generaron por el despliegue de sus propias conductas; en otras palabras, los demandantes pretenden beneficiarse de su propia culpa y muestra de ello son las constancias que se plasmaron en las actas de suspensión y prórroga contractuales según las cuales la contratista "... renunciaba a cualquier reclamación posterior por desequilibrio económico, por mayor plazo del contrato".

Por otro lado, señaló que el desequilibrio financiero de un contrato no se da por la mera concreción de riesgos correlativos a las obligaciones de las partes, sino por circunstancias externas o anormales que no fueron previstas en la distribución de riesgos entre las partes. Consideró que, en este caso, las condiciones alegadas por la contratista y que suscitan el litigio estuvieron previstas desde el pliego de condiciones y, por tanto, su ocurrencia era previsible, situación que impide declarar el desequilibrio económico del contrato (fls. 522 a 533 C. 1).

**3.3.** El Ministerio Público guardó silencio.

#### **4.- Sentencia impugnada.**

Mediante sentencia del 2 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, se liquidó el contrato y se declaró a las partes a paz y salvo, en la forma señalada en el inicio de esta providencia (ver pág. 1).

Para llegar a la anterior decisión, el a quo analizó el contrato motivo de controversia y señaló que las partes pactaron como objeto del mismo el mejoramiento y mantenimiento de las carreteras de la zona sur occidente del país, grupo 5, módulo 1: Honda – RI Ermitaño, ruta 4510, sectores del PRO+00 al PR10+0200, del PR14+0600 al PR28+0400, establecieron como pago la suma de



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías - INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

\$2.350'245.957.36, monto que se amortizaría mensualmente conforme al sistema de precios unitarios sin ajustes y a la presentación de las actas de obra y acordaron como duración un plazo de 4.5 meses, a partir de la orden de inicio.

Advirtió que la ejecución del contrato inició el 1 de noviembre de 2007 y finalizó el 28 de septiembre de 2008, que el mismo sufrió tres suspensiones, que soportó dos adiciones y una modificación, todas a solicitud de la contratista, y que no fue liquidado bilateral ni unilateralmente.

Expuso que, para que se reconozcan sobrecostos en una liquidación contractual, se requiere que éstos se hayan producido por: i) modificaciones surtidas por la entidad contratante, "*ius variandi*", ii) actos generales del Estado, "hecho del príncipe" o iii) factores exógenos a las partes negociales, "*teoría de la imprevisión*". Consideró que, aun cuando las circunstancias alegadas en la demanda están llamadas a ser analizadas en este último escenario, lo cierto es que ninguna de ellas se ajusta a los requisitos de dicha teoría.

Respecto a esto último, dijo el tribunal que la ola invernal, la cual afectó la zona de labores y sus alrededores e impidió la normal movilización de insumos, personal, equipos, la ejecución de la cobertura con mezcla asfáltica caliente y la extracción de materia prima de los ríos para la elaboración de esa mezcla, no podía calificarse como imprevisible, pues desde el pliego de condiciones se le había exigido a la contratista examinar las condiciones geográficas y climatológicas de las zonas a intervenir, razón por la cual, en concepto del a quo, la falta de previsión de la contratista es causa suficiente para desestimar la reclamación por los costos adicionales que éste dice haber sufragado.

A igual conclusión llegó tras analizar la situación de los materiales para la ejecución de la obra. Dijo el a quo que la obtención de mezcla asfáltica era una condición conocida desde el principio por la contratista, pues en el pliego de condiciones se estableció que, si se llegaban a cambiar las fuentes de suministro, la entidad contratante no asumiría costos adicionales, de ahí que la oferta económica que se presentara debía tener en cuenta tal condición y prever ese tipo de circunstancia, razón por la cual, según el a quo, la instalación de una



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

planta asfáltica por desabastecimiento de la contratista y el encarecimiento, por dicha causa, del precio de los insumos no eran situaciones imprevisibles y, por tanto, no justificaban los costos adicionales asumidos por aquél.

Agregó que, para noviembre y diciembre de 2007, la contratista debía efectuar obras complementarias como la instalación de señales verticales tipo I, lo cual no se llevó a cabo, aun cuando para ello no se requería de mezcla asfáltica, asimismo, dijo que tal circunstancia dejaba ver el incumplimiento de la contratista y ponía en evidencia que el retraso en la ejecución del contrato no se debió únicamente a las dificultades de suministro de materiales y a su encarecimiento sino también a hechos imputables a aquella.

Señaló que las modificaciones y adiciones contractuales efectuadas se hicieron todas a petición de la contratista, sin que en las mismas se hubiera hecho constar el desequilibrio económico que, según aquella, se estaba presentando, razón por la cual, concluyó el tribunal, no es admisible que éste reclame sobrecostos y mayor permanencia en la obra, máxime que guardó silencio en las oportunidades previstas para reclamar y teniendo en cuenta que la entidad pública no ordenó ni autorizó obras adicionales.

Finalizó diciendo que, en todo caso, no hay prueba de los perjuicios alegados por los demandantes, pues, por una parte, el dictamen pericial con el que pretendió probarlos no puede ser apreciado, en tanto que el perito "se limitó a transcribir los cuadros que resumen los valores solicitados" en la demanda y, por otra parte, algunas facturas allegadas contienen inconsistencias y contradicciones, además de que no obra la propuesta económica que la contratista presentó en el proceso licitatorio, la cual hubiera permitido analizar si los sobrecostos superaban o no lo contemplado como AIU en el pliego de condiciones.

Por lo anterior, manifestó el a quo que no se presentó un desequilibrio económico del contrato, efectuó su liquidación y, en este análisis, concluyó que: i) los valores pactados en el contrato habían sido pagados en su totalidad por la contratante, ii) no había lugar a reconocimiento de sobrecostos, iii) el contrato había tenido una ejecución del 99.995% y iv) que no habían saldos pendientes entre las partes,



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

razón por la cual dijo que estaban a paz y salvo y, en consecuencia, declaró próspera la excepción de "*inexistencia de la obligación*", propuesta por la demandada (fls. 541 a 576 C. Ppal).

## **5.- Recurso de apelación.**

**5.1.** Inconforme con la decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación, con el propósito de que se accediera a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, manifestó que las circunstancias que generaron los sobrecostos no son imputables a la contratista y, además, son imprevisibles, pues la primera de ellas, fue una ola invernal cuyo nivel de pluviometría fue superior incluso a zonas de intensas lluvias como el Chocó y la segunda está asociada al incremento desmesurado del precio de la materia prima, en este caso, del asfalto; así, aseguró el apelante que el tribunal erró al confrontar tales circunstancias con las previsiones del pliego de condiciones, pues, al ser imprevisibles, aquéllas no pudieron ser tenidas en cuenta durante la etapa precontractual y, mucho menos, al momento de la celebración del contrato estatal motivo de controversia.

Asimismo, precisó que los sobrecostos de la materia prima no devienen del cambio de fuente del suministro de la misma, como equivocadamente lo señaló el a quo, pues, según el recurrente, provienen del incremento de precio de la mezcla asfáltica derivada del incremento del barril del petróleo como lo reflejan la listas de precios de Ecopetrol; por tanto, al ser ésta una circunstancia inimputable a la contratista, no puede entonces tenerse en cuenta para desechar la pretensión de ajuste por los precios pagados por este último.

Manifestó que tal situación también fue irresistible y, para mitigar los efectos de su ocurrencia, instaló una planta de suministro propia, que le permitiera disminuir costos, sin que ello hubiera tenido los resultados deseados, pues la ecuación económica del contrato se mantuvo siempre desbalanceada.



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

Por otra parte, discrepó de la aseveración del tribunal según la cual la contratista había guardado silencio en las actas de prórroga y suspensión contractual, pues lo cierto es que en ellas se hizo constar que las causas que las generaron no eran imputables a ninguna de las partes, razón por la cual, manifestó el apelante, la mayor permanencia en la obra y los sobrecostos asumidos por la contratista debían ser tenidos en cuenta para efectos de la liquidación contractual.

En relación con la apreciación probatoria, manifestó que los sobrecostos en los que incurrió la contratista, derivados de la concreción de riesgos imprevisibles, están plenamente acreditados. Señaló que el dictamen pericial rendido durante la primera instancia debe tenerse en cuenta, pues las conclusiones técnicas que éste refleja provienen de la información contenida en los libros contables de la contratista y no de las manifestaciones de los demandantes como lo afirmó el a quo; así, aseguró que dicho dictamen debía ser valorado en conjunto con las demás pruebas obrantes en el proceso, esto es, con las facturas, los pagos de nóminas, los parafiscales, etc.

Finalizó diciendo que en la sentencia de primera instancia no se analizó integralmente el acervo probatorio obrante en el proceso, pues el a quo se limitó a revisar algunas pruebas de forma independiente y relegó otras importantes que soportaban sus pretensiones y que habían sido aportadas con la demanda, como el informe del interventor del contrato, por medio del cual avalaba la solicitud de reajuste de precios, presentada por la contratista antes de la finalización de aquél (el contrato) (fls. 622 a 627 C. Ppal).

**5.2.** Por auto del 2 de marzo de 2012, el a quo citó a las partes a audiencia de conciliación judicial (fl. 593 C. Ppal) y, ante la falta de ánimo conciliatorio de los citados, la diligencia se declaró fallida y se concedió el recurso de apelación (fls. 600 y 601 C. Ppal).



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

### III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

#### 1.- Admisión y traslado.

Mediante auto del 17 de agosto de 2012, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 2 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió parcialmente a las pretensiones (fl. 242 C. Ppal).

#### 2.- Alegatos de conclusión.

2.1. Mediante providencia del 28 de septiembre de 2012, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fls. 618 C. Ppal).

2.2. La parte demandante reiteró los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación (fls. 622 a 627 C. Ppal).

2.3. El Ministerio Público y la parte demandada no se manifestaron (fl. 628 C. Ppal).

### IV. CONSIDERACIONES

#### 1.- Jurisdicción y competencia.

Esta corporación tiene jurisdicción para conocer del asunto de la referencia, toda vez que, al ser el INVÍAS un establecimiento público del orden nacional que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio (artículo 52 del decreto 2171 de 1992) y también ser parte de la relación negocial invocada por los aquí demandantes, el contrato por ellos celebrado se reputa estatal<sup>2</sup> y las controversias derivadas del mismo son de aquellas que el artículo 75

<sup>2</sup> Al respecto, la jurisprudencia de esta corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza, afirmación tiene fundamento legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que, al definir los contratos estatales, adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato y en el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 30 de la ley 446 de 1998, modificado éste a su vez por el artículo 1 de la



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

*ibídem*<sup>3</sup> establece como del resorte exclusivo de esta jurisdicción.

Por otro lado, esta corporación cuenta con competencia funcional y por cuantía para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 2 de marzo de 2012, porque, por una parte, dicha providencia fue proferida en primera instancia por un tribunal administrativo, en este caso, el del Tolima y, por otra parte, porque el asunto ostenta vocación de doble instancia<sup>4</sup>, en los términos del artículo 132 (numeral 7) del C.C.A., subrogado por el artículo 40 de la ley 446 de 1998.

## **2.- Ejercicio oportuno de la acción.-**

De conformidad con el artículo 136 (numeral 10, literales c y d) del Código Contencioso Administrativo, en los contratos sujetos a liquidación el término de dos años para el ejercicio de la acción contractual se cuenta desde el día siguiente a la fecha en que se liquidó el contrato bilateral o unilateralmente o, cuando ello no hubiera ocurrido, desde el día siguiente "al incumplimiento de la obligación de liquidar".

En este caso, el contrato estatal del cual surge el litigio tenía una duración de 4.5 meses como se pactó en la cláusula 4 del mismo, inició el 1º de noviembre de 2007<sup>5</sup>, se suspendió en tres ocasiones, a saber: i) del 24 de enero al 23 de febrero de 2008<sup>6</sup>, ii) del 29 de mayo al 28 de junio de 2008<sup>7</sup> y iii) del 11 de julio al 11 de agosto de 2008<sup>8</sup>; además, se adicionó en dos oportunidades, esto es: 1) el 15 de

---

ley 1107 de 2006, que establece que esta jurisdicción es la competente para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

<sup>3</sup> "Del Juez Competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo".

<sup>4</sup> Para el 8 de julio de 2011, fecha en la cual se interpuso la demanda (fl. 2 C. 1), la pretensión mayor, tasada en \$1.225'458.000, superaba ostensiblemente los \$803'400.000, monto al que equivalen los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes que exigía el artículo 132 (numeral 5) del CCA, subrogado por el artículo 40 de la ley 446 de 1998, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia (para esa fecha, un salario mínimo legal mensual vigente equivalía a \$535.600).

<sup>5</sup> Como puede verse en el acta de suspensión 1 del 23 de enero de 2008 (fl. 61 C. 2).

<sup>6</sup> Acta de suspensión 1 del 23 de enero de 2008 (fl. 62 C. 2).

<sup>7</sup> Acta de suspensión 2 del 29 de mayo de 2008 (fl. 67 C. 2).

<sup>8</sup> Acta de suspensión 3 del 11 de julio de 2008 y acta de ampliación de la suspensión 3 (fls. 72 y 75 C. 2).



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

abril de 2008, cuando se pactó un plazo adicional de dos meses<sup>9</sup> y 2) el 14 de agosto de 2008, cuando se convino otro plazo adicional de cuarenta y cinco (45) días<sup>10</sup> y, finalmente, venció el 28 de septiembre de 2008<sup>11</sup>.

El contrato no fue objeto de liquidación bilateral ni unilateral; por tanto, la caducidad de la acción de controversias contractuales corrió desde el 29 de marzo de 2009 –cuando vencieron los cuatro (4) meses convenidos por las partes para surtir la liquidación bilateral y los dos (2) meses para que la entidad pública lo liquidara unilateralmente– hasta el 29 de marzo de 2011, pero, como el 23 de febrero de 2009 la parte demandante solicitó conciliar y la constancia de que tal procedimiento resultó fallido se expidió el 22 de mayo de ese año<sup>12</sup>, el plazo de caducidad se extendió hasta el 28 de junio de 2011, teniendo en cuenta que el trámite conciliatorio que suspendió el término extintivo duró dos meses y 29 días más. Así, como la demanda se presentó el 3 de febrero de 2011, es claro que la acción se ejerció de manera oportuna.

### **3.- Aspectos metodológicos.-**

Los argumentos expuestos por el apelante giran en torno a dos aspectos esenciales: i) que los sobrecostos en los que incurrió están justificados y deben ser cancelados, en tanto que su origen está en circunstancias anómalas, que no tienen el carácter de previsibles (desequilibrio económico del contrato estatal) y ii) que el dictamen pericial por medio del cual se pretendió acreditar los mayores costos sufragados es plenamente válido y, por tanto, debe ser valorado en conjunto con los demás documentos obrantes en el proceso, para efectos de la liquidación contractual.

Así las cosas y con el propósito de dirimir la controversia planteada, la Sala hará una breve exposición sobre el desequilibrio económico de los contratos estatales y de los hechos que dan lugar a su declaratoria, para determinar si los expuestos por los demandantes son generadores de esa condición y, en el caso de que ello

<sup>9</sup> Como se advierte en la modificación obrante a fl. 59 C. 2.

<sup>10</sup> Como se advierte en la modificación obrante a fl. 60 C. 2.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Certificación expedida por la Procuraduría General de la Nación el 3 de junio de 2009 (fl. 444 C. 2).



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

sea así, se analizará la capacidad probatoria del dictamen pericial para acreditar los costos adicionales asumidos por la contratista en la ejecución de un contrato, ello con el fin de determinar si el que obra en este proceso puede ser valorado conjuntamente con las demás pruebas que reposan en el plenario.

Si bien en el recurso de apelación se manifiesta que, además de los sobrecostos por la ocurrencia de riesgos imprevisibles e irresistibles, debe tenerse en cuenta la mayor permanencia en la obra para efectos de la liquidación judicial, lo cierto es que los demandantes usan una y otra noción como equivalentes, al punto que las razones del recurso y los fundamentos de las pretensiones de la demanda (ver pág. 2), se circunscriben a la primera de ellas, esto es, a los sobrecostos por circunstancias imprevisibles e irresistibles; por tanto, la Sala abordará el análisis sólo en torno a este último asunto, como se dijo atrás.

#### **4. El equilibrio económico del contrato.-**

Esta Sección ha definido el equilibrio económico del contrato en los siguientes términos:

*"En el momento de concreción de la relación negocial, se fijan unas prestaciones a cargo de las partes que obedecen a una causa, la cual en el caso de los contratos sinalagmáticos conmutativos está dada por las respectivas contraprestaciones, es decir que una parte asume el cumplimiento de ciertas obligaciones, con miras a obtener que la otra, a su vez, cumpla con las que correlativamente asumió y que se consideran como equivalentes de acuerdo con los propios intereses de cada parte.*

*"Y es en esto precisamente, que consiste el llamado equilibrio del contrato, que no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución del mismo, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración"<sup>13</sup>.*

De igual forma, esta subsección ha precisado que la ruptura del equilibrio económico se debe entender como:

*"un supuesto pasible del ejercicio del medio de control contractual, es decir, con causa en el contrato bajo el cual una parte puede reclamar a la*

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, exp. 15119.



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

*otra el mayor valor de las prestaciones ejecutadas en desarrollo del mismo, cuando se presenta una variación material en la ejecución de la fórmula financiera que gobernó el respectivo contrato, la cual no debe ser imputable a la conducta o al riesgo asumido por la parte que presenta la reclamación”<sup>14</sup>.*

Igualmente, la misma subsección ha dicho:

*“En efecto, no han sido pocos los pronunciamientos de este (sic) Subsección en los cuales se ha enfatizado que la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma.*

*“En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como ‘Hecho del Príncipe’ o ‘Ius variandi’, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.*

*“Las mencionadas circunstancias podrían dar lugar a que la parte afectada solicite a su co-contratante la adopción de los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como la implementación de los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos, si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución del contrato”<sup>15</sup>.*

En relación con las causas y los requisitos que originan el desequilibrio económico de un contrato estatal, se ha dicho que:

*“... ha identificado las causas y los requisitos que al amparo de la legislación pueden dar lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal”<sup>16</sup>. Dentro de esas causas, se han indicado las siguientes: i)*

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 26 de abril de 2018, exp. 49970.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 24 de mayo de 2018, exp. 55851.

<sup>16</sup> Nota del original: “El equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, a saber: i) actos o hechos de la entidad estatal contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo –ius variandi–, sean éstas abusivas o no; ii) actos generales de la administración como Estado, o ‘teoría del hecho del príncipe’, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato; y iii) factores exógenos a las partes del negocio, o ‘teoría de la imprevisión’, o ‘sujeciones materiales imprevistas’, que involucran circunstancias no imputables al



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

el denominado hecho del príncipe (acto o hecho del Estado), **ii)** el *ius variandi* (modificación unilateral de las condiciones contractuales)<sup>17</sup>, **iii)** la teoría de la imprevisión (ocurrencia de circunstancias imprevisibles) y **iv)** más recientemente, la jurisprudencia de esta Corporación ha estudiado el defecto en la formación del precio contractual imputable a la entidad contratante (afectación del valor intrínseco de la remuneración)<sup>18</sup>.

Para acreditar la ruptura del equilibrio económico del contrato se deben demostrar las causas, el efecto económico correspondiente y, teniendo en cuenta la causa, que el desbalance financiero no sea imputable al contratista; al respecto, esta corporación ha indicado que:

*"La ruptura del equilibrio económico del contrato debe probarse por la parte que la alega, demostrando: i) las causas y ii) el efecto económico correspondiente. Por ello, el análisis de la prueba del desequilibrio pasa por identificar la ecuación económica que gobernó el contrato, el factor de desfase en su ejecución y la causalidad entre los hechos que originan las alteraciones y el efectivo desbalance de las prestaciones a cargo de las partes, representadas en la ecuación económica. Se agrega que para salir adelante con las pretensiones por concepto de desequilibrio económico del contrato es preciso probar: iii) la imputación del desbalance financiero a las conductas o cargas de la parte contra la que se pretende la condena correspondiente"*<sup>19</sup>.

##### 5. Caso concreto.-

Una vez establecidos los presupuestos de la ruptura del equilibrio económico del contrato, la Sala procederá a estudiar si los mismos se dan en el asunto objeto de estudio, para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes hechos:

---

*Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos los eventos antes referidos surge la obligación para la entidad estatal contratante de auxiliar a su contratista colaborador asumiendo, bien mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida-, o bien indemnizándolo integralmente, según el caso, previo cumplimiento de los requisitos señalados para cada figura". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2013, exp. 24996. En relación con el 'hecho del príncipe' véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 24020. Sobre el desequilibrio económico y la causa por defecto en la formación del precio véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 2 de julio de 2015, exp. 34518".*

<sup>17</sup> Nota del original: "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 23 de noviembre de 2016, exp. 62161".

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A", sentencia del 30 de agosto de 2017, exp. 37567.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A", sentencia del 19 de abril de 2018, exp. 54590.



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

Mediante resolución 3739<sup>20</sup> de 2007, el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS adjudicó el módulo Honda – Rio Ermitaño, ruta 4510, sectores del PR 0+000 al PR 10+200 y del PR 14+600 al PR 28+400, a la Unión Temporal Construcción Vial.

Transcurridos 107 días desde el acto de adjudicación, esto es, el 22 de octubre de 2007, se celebró el contrato de obra 2352<sup>21</sup>, cuyo objeto fue el mejoramiento y mantenimiento de las carreteras de la zona sur – occidente del país en los tramos descritos en el párrafo anterior (clausula 1ª), su plazo de ejecución fue acordado en 4.5 meses, contados a partir de la orden de iniciación del subdirector de la Red Nacional de Carreteras del INVÍAS (clausula 4ª), su valor fue pactado en \$2.350'245.957.36, conforme al sistema de precios unitarios sin ajustes (clausula 1ª y 2ª) y su pago fue convenido de forma mensual, previa presentación de actas de entrega de obra debidamente avaladas por la contratista, el interventor, los supervisores del contrato y el proyecto y el ordenador del pago, con observancia del Programa de Inversiones del INVÍAS (clausula 8ª).

El 1 de noviembre de 2007 inició la ejecución del contrato referido; no obstante, un mes y 20 días después de ello, el Subdirector de la Red Nacional de Carreteras (E) puso de presente algunos incumplimientos de la contratista; así, en comunicación 55511 del 21 de diciembre de 2007, dirigida a este último, el Subdirector manifestó lo siguiente (transcripción con posibles errores):

*"De conformidad con los reportes de la interventoría Consorcio CARSA, se informa al INVÍAS que la contratista viene incumpliendo con los compromisos pactados derivados del contrato y demás documentos que lo complementan e integran.*

*"(...) la interventoría manifiesta su no conformidad por incumplimiento del contrato por parte de la Unión Temporal Construcción Vial, así:*

*"(...)*

*"A continuación se resumen los incumplimientos verificados directamente por la Supervisión de Proyectos así:*

*"1. Incumplimiento por atraso en el programa de inversiones, para lo cual la contratista contempló una ejecución de \$78.791.225,00 equivalentes a un*

<sup>20</sup> Fls. 42 a 66 C. 2.

<sup>21</sup> Fls. 50 a 57 C. 2.



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

3.37% para el primer mes 'noviembre de 2007' compromiso incumplido con cero (0%) ejecución de obra en ese mes. Igualmente la contratista programó una ejecución de \$662.946.176,00 equivalentes a un (28.34%) para el mes de diciembre de 2007', compromiso igualmente incumplido, ya que a la fecha se lleva tan solo una ejecución aproximada de \$6.000.000,00 cifra muy por debajo del avance actual en la obra.

"2. Incumplimiento en mantener al frente de la obra, la maquinaria y equipo ofrecido en la propuesta y documentos técnicos numeral 5.2. , a la fecha la fresadora no se encuentra dispuesta en la obra y registra un atraso de 49 días.

"3. Incumplimiento en la obligación relativa de mantener al frente de las obras al ingeniero residente de la obra.

"4. Incumplimiento por la no instalación oportuna de la valla informativa de conformidad con el pliego de condiciones de la licitación y contrato No 2352 de 2007.

"(...)

"Con base en las disposiciones legales vigentes, le solicito hacer sus descargos y explicaciones por escrito con la debida sustentación que justifique coherentemente la situación registrada tanto por la interventoria, como por la Supervisión de Proyectos de la Subdirección de la Red Nacional de Carreteras.

"Por lo anterior, se imparte un plazo máximo de cinco (5) días a partir de la presente comunicación, con el fin de obtener una respuesta precisa y oportuna sobre el particular" (fl. 8 C. 3).

Pese al anterior requerimiento, la unión temporal no se pronunció al respecto o, si lo hizo, no obra prueba de ello en el plenario.

Posteriormente, la contratista solicitó la suspensión del contrato, para instalar una planta de mezcla asfáltica propia que permitiera superar el desabastecimiento de materia prima que se había generado por la inactividad de uno de los proveedores y la falta de producción de otro, petición a la cual accedió INVÍAS y que, por tanto, generó la suspensión del contrato por 30 días, contados desde el 24 de enero hasta el 23 de febrero de 2008<sup>22</sup>. En el acta de suspensión se consignó lo siguiente (se transcribe como obra en el original):

<sup>22</sup> Acta de reanudación visible a folio 64 C. 2.



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

*"CAUSAS QUE DAN ORIGEN A LA SUSPENSIÓN*

*"Plantas de asfalto comprometidas en su producción desde el inicio de la obra, inactivos en los últimos días de Diciembre de 2007 y primeros días de Enero de 2008. El 92% de las obras contratadas son en asfalto.*

*"Como solución del punto anterior, la contratista ofrece el montaje de una planta propia de asfalto desde Dic. 15 de 2007 para el seguro suministro de la mezcla, pero en este tiempo transcurrido no ha sido posible completar el montaje.*

*"El montaje de esta planta, la trituradora y los trámites ambientales para la explotación ya se iniciaron, pero falta un 60% de terminación, que de acuerdo al tiempo de trabajo en ella, nos muestra que se requiere de 30 días mas (sic) para su montaje y pruebas de laboratorio" (fl. 62 C. 2).*

El 15 de abril de 2008 las partes celebraron un contrato adicional<sup>23</sup> mediante el cual prorrogaban el plazo de ejecución contractual, teniendo en cuenta la suspensión convenida.

El 29 de mayo de 2008 el contrato se suspendió nuevamente<sup>24</sup>, a petición de la contratista, hasta el 29 de junio de ese año<sup>25</sup>, sin que se conozcan las razones de dicha suspensión, pues como causa de ella se indica lo expuesto en las comunicaciones UT-O-005-2008 y INTERV.HRE.44/08, suscritas por la contratista y por el interventor, las cuales no obran en el expediente.

El 11 de julio de 2008, el contrato se suspendió una vez más<sup>26</sup>, a petición de la unión temporal contratista, hasta el 31 de esos mismo mes y año, sin que se tenga noticia de las circunstancias que lo generaron, pues como causas de la suspensión se invocó lo reportado en las comunicaciones UT-O-009-2008 y INTERV. HRE. 48/08, suscritas por la contratista y el interventor, las cuales tampoco obran en el expediente.

El 30 de julio de 2008 se pactó una ampliación de la última suspensión acordada<sup>27</sup> y, en consecuencia, ésta se extendió hasta el 11 de agosto de ese año, sin que se tenga noticia de las razones que motivaron tal acuerdo, pues se alude a las comunicaciones UT-O-011-2008 y INTERV. HRE. 51/08, suscritas por la contratista y por el interventor, respectivamente, las cuales no obran en el expediente.

<sup>23</sup> Fl. 59 C. 3.

<sup>24</sup> Acta de suspensión contractual visible a folio 66 C. 3.

<sup>25</sup> Acta de reanudación visible a folio 69 C. 3.

<sup>26</sup> Acta de suspensión contractual visible a folio 71 C. 3.

<sup>27</sup> Acta de ampliación de la suspensión visible a folio 74 C. 3.



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

Ahora, según los demandantes, las suspensiones contractuales que vienen de mencionarse, las correspondientes prórrogas y los sobrecostos que, según él, tuvo que sufragar y por los cuales demanda fueron ocasionados por dos circunstancias, a su juicio, imprevisibles e irresistibles: **i)** el fuerte invierno, que impidió la ejecución de algunos trabajos propios del contrato como el vertimiento de mezcla asfáltica caliente y otras actividades correlativas al mismo como el transporte de personal, de maquinaria, de insumos y repuestos y **ii)** el incremento desmesurado del valor de la mezcla asfáltica.

### 5.1. El invierno.-

Sin embargo y en relación con la primera circunstancia, esto es, el fuerte invierno de que hablan los demandantes, la Sala no advierte prueba alguna que la respalde; en efecto, la mayoría del acervo probatorio, es decir, el pliego de condiciones, las actas de modificación contractual, las comunicaciones cruzadas entre contratista, interventor, supervisor y contratante, soportes de pago por maquinaria, equipos y salarios apuntan a demostrar los sobrecostos en los que dice haber incurrido la unión temporal contratista, pero ninguno de ellos prueba la ocurrencia de una fuerte ola invernal que hubiera afectado la zona y que hubiera obstaculizado la ejecución del objeto contractual, como lo aseguran los demandantes, a lo cual se agrega que, según el pliego de condiciones, las circunstancias climáticas eran un punto a tener en cuenta para presentar una oferta económica en el proceso licitatorio, pues en el numeral 7 de dicho documento, denominado "examen de los sitios" se consignó lo siguiente:

***"El proponente deberá inspeccionar y examinar el sitio y los alrededores de la obra e informarse, (sic) sobre la forma y características del sitio, las cantidades, localización y naturaleza de la obra y la de los materiales necesarios para su ejecución, transporte, mano de obra, y de manera especial, las fuentes de materiales para su explotación, zonas de botaderos ... las condiciones ambientales y sociales del área de influencia, las cuales debe considerar para el desarrollo y manejo ambiental del proyecto ... es responsabilidad del proponente familiarizarse con los detalles y condiciones bajo los cuales serán ejecutados los trabajos, así como de los riesgos previsibles de la obra, pues su desconocimiento no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones"*** (fl. 22 C. 2 –se resalta–).



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

Así las cosas, resulta claro para la Sala que la primera circunstancia de hecho sobre la cual los demandantes justifican el desequilibrio económico del contrato 2352 de 2007, esto es, la ola invernal que, según éste, era imprevisible, estaba contemplada en el pliego de condiciones como un asunto a tener en cuenta para efectos de presentar una oferta económica en el proceso licitatorio y si bien adujo que su intensidad fue tan alta que sale de lo previsible, lo cierto es que no desplegó actividad probatoria alguna que dé muestra de ello, razón por la cual no hay lugar a analizar los mayores costos –si es que los hubo– en los que dijo haber incurrido por ello, pues la causa que los generó –se insiste– no se probó.

## 5.2. El incremento del valor de la mezcla asfáltica.-

En relación con la segunda circunstancia, esto es, el incremento desmesurado de los precios del asfalto, la Sala observa que en el numeral 5.19 del pliego de condiciones se consignó que el "AJUSTE DE PRECIOS ... no aplica para el actual proceso" y, en consecuencia, en la cláusula 1º del contrato estatal se pactó que "La contratista se obliga a ejecutar para el INSTITUTO, **por el sistema de precios unitarios sin ajustes**, MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE LAS CARRETERAS DE LA ZONA SUR OCCIDENTE DEL PAIS ..." (subrayado y negritas de la Sala), razón por la cual podría pensarse que no hay lugar a analizar la variación de precios alegada por los demandantes, pues el valor a pagar por la obra ejecutada que se pactó en el contrato es invariable.

Sin embargo, en sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 20524, esta corporación manifestó que la modalidad de pago a precio o precios fijos sin fórmula de reajuste es poco plausible, ya que pone en riesgo el mantenimiento de la ecuación financiera del contrato estatal; en efecto, en esa providencia se dijo que:

*"tal proceder es completamente equivocado, pues, por una parte, la simple prohibición o la renuncia al cobro de los reajustes de precios no impide que éstos varíen durante la ejecución del contrato y, por otra parte, la prohibición en tal sentido sólo conduce a imposibilitar que se conserve o*



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

*se restablezca la ecuación económica del contrato, en detrimento del patrimonio de una de las partes intervinientes y con el correlativo incremento injusto del patrimonio de la parte contraria, lo cual pugna con el principio general del derecho según el cual nadie puede enriquecerse, sin justa causa, a expensas del patrimonio de otro, en la medida en que el comitente puede recibir una construcción cuyo costo puede ser superior al que ha pagado por ella al constructor".*

Y si bien es cierto que la voluntad de excluir o no pactar una fórmula de reajuste de precios nace de la liberalidad de las partes que así lo desean, también es cierto que:

*"(...) en el evento en el que se llegare a romper la ecuación contractual la contratista puede acudir a la figura de la revisión de precios, tanto ante la administración como ante el juez, para que se le restablezca su derecho, es decir, el contrato sin fórmula de reajuste no excluye la revisión de aquéllos, dado que, como se viene explicando, cuando se da un alza en los mismos que afecte el equilibrio económico del contrato la contratista puede acudir a esas figuras (reajuste o revisión) para que se estudien las repercusiones en la relación y, si es del caso, se proceda a los correctivos necesarios, para lo cual la contratista deberá probar que efectivamente se dio una variación económica que afectó el negocio convenido" (sentencia del 7 de diciembre de 2016, proferida por esta Subsección en el exp. 36430).*

Así, el hecho de que las partes hayan convenido en el contrato bajo análisis que no habría lugar a reajuste de precios, no impide que los demandantes lo puedan exigir en sede judicial, no sin antes demostrar: **i)** que, efectivamente, hubo una variación en los precios que afectaron el contrato y **ii)** que el rubro pactado por imprevistos no lo cobijó.

En este caso, desde la fecha de celebración del contrato motivo de controversia, esto es, desde el 22 de octubre de 2007 hasta la fecha de su vencimiento, es



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

decir, el 28 de septiembre de 2008<sup>28</sup>, el insumo esencial para la mezcla asfáltica varió su precio como puede apreciarse en los listados expedidos por Ecopetrol S.A. y aportados por los demandantes:

MES	PRECIO DEL ASFALTO POR TONELADA
Octubre de 2007 <sup>29</sup>	\$707.280
Noviembre de 2007 <sup>30</sup>	\$742.644
Diciembre de 2007 <sup>31</sup>	\$816.908
Enero de 2008 <sup>32</sup>	\$898.599
Febrero de 2008 <sup>33</sup>	\$909.023
Marzo de 2008 <sup>34</sup>	\$850.772
Abril de 2008 <sup>35</sup>	\$869.251
Mayo de 2008 <sup>36</sup>	\$886.086
Junio de 2008 <sup>37</sup>	\$971.088
Julio de 2008 <sup>38</sup>	\$1'014.699
Agosto de 2008 <sup>39</sup>	\$1'126.317
Septiembre de 2008 <sup>40</sup>	\$1'158.720

De lo anterior se puede deducir que el precio del asfalto por tonelada tuvo una variación de hasta un 61.03%<sup>41</sup> durante la ejecución del contrato estatal de obra 2352 de 2007.

<sup>28</sup> Como se advierte en la modificación contractual que obra a fl. 60 C. 2.

<sup>29</sup> Fl. 414 C. 2.

<sup>30</sup> Fl. 416 C. 2.

<sup>31</sup> Fl. 418 C. 2.

<sup>32</sup> Fl. 420 C. 2.

<sup>33</sup> Fl. 422 C. 2.

<sup>34</sup> Fl. 424 C. 2.

<sup>35</sup> Fl. 425 C. 2.

<sup>36</sup> Fl. 427 C. 2.

<sup>37</sup> Fl. 429 C. 2.

<sup>38</sup> Fl. 431 C. 2.

<sup>39</sup> Fl. 433 C. 2.

<sup>40</sup> Fl. 435 C. 2.

<sup>41</sup> Porcentaje que se obtiene después de cotejar el menor y el mayor de los precios por tonelada de asfalto indicados por Ecopetrol S.A., es decir, de tomar \$707.280, multiplicarlo por 100 y dividirlo por \$1'158.720.



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

Ahora, en relación con el rubro de imprevistos, se observa que en el pliego de condiciones el INVÍAS exigió lo siguiente:

"AIU

*"El proponente deberá calcular un AIU, (sic) que contenga, (sic) todos los costos de administración en los que incurre la organización del constructor para poder desarrollar la obra, los imprevistos y la utilidad o beneficio económico que pretende percibir por la ejecución del trabajo. EL VALOR DEL AIU DEBERÁ SER EXPRESADO ÚNICAMENTE EN PORCENTAJE (%) Y NO EN PESOS Y DEBERÁ CONSIGNARLO Y DISCRIMINARLO EN EL FORMULARIO No. 4 ASI: ADMINISTRACIÓN (A), IMPREVISTOS (I) Y UTILIDAD (U). La no (sic) incorporación del porcentaje de AIU en las condiciones establecidas en el presente numeral y contenidas en el formulario No. 4, será causal de RECHAZO, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3.8.2. de este pliego de condiciones" (reverso fl. 22 C. 2).*

Al respecto, advierte la Sala que los demandantes no aportaron la oferta económica que presentaron en la licitación pública de la cual salieron favorecido, documento que resulta ser determinante para efectos de calificar el aumento del precio de los insumos como un hecho generador de la ruptura de la ecuación financiera del contrato estatal analizado, pues, al ser la propuesta económica el principal fundamento de la decisión de adjudicación y un elemento vinculante para el futuro contratista, integra el contrato estatal<sup>42</sup> y fija, junto al pliego de condiciones, los términos bajo los cuales las partes se obligan a ejecutar el contrato.

Ahora, a pesar de la ausencia probatoria anotada y de la importancia que ella reviste para decidir lo pedido por los demandantes, la Sala no pasa por alto el oficio SRN-45962 del 30 de octubre de 2007, mediante el cual el INVÍAS resolvió una solicitud de reajuste de la ecuación financiera del contrato de obra 2352 de 2007, elevada por la contratista, en donde se lee lo siguiente (se transcribe con posibles errores):

*"Ref. Radicado INVÍAS No 71264 del 24 - 10 - 2007 / Su solicitud actualización precios y ajustes mantenimiento de ecuación contractual /*

<sup>42</sup> En el contrato 2352 de 2007 se consignó textualmente: "CLAUSULA VIGESIMA (sic) QUINTA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO.- Los documentos del contrato que se citan a continuación integran, determinan, regulan, complementan y adicionan las condiciones del presente contrato ... La Propuesta (sic) del Contratista (sic)".



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

Licitación No SRN 034 de 2007 / Modulos 1 y 2 / para el mejoramiento y mantenimiento del sector Honda – La Dorada y Garzón – Neiva.

"(...)

"En respuesta a su radicado INVÍAS No 71264 del 24 / 10 / 2007, por medio del cual solicita lo expuesto en el asunto de la referencia, le informo que su solicitud no es procedente por cuanto la contratista debió prever en la estructuración de sus análisis de precios unitarios, los posibles incrementos de los insumos, tarifas y precios en general para la ejecución de cada uno de los proyectos y contratos derivados de la licitación en mención. Asimismo, se infiere de la evaluación de su escrito y de los análisis de precios unitarios entregados, que la contratista contempló en sus costos indirectos (AIU=25%) un imprevisto del nueve por ciento (9%), el cual le permite tener una holgura para cubrir las variaciones de precios y costos por usted reportadas o proyectadas para estos dos casos específicos, dado el corto plazo de ejecución proyectado (4.5 meses). Tenga en cuenta que este tema fue tratado con suficiencia en la audiencia pública de aclaración de pliegos de condiciones de la licitación en mención.

"Igualmente usted manifiesta que el precio del asfalto ha tenido un incremento del 23,12% contados a partir del 13 de junio de 2007 (mes de cierre de la licitación) hasta el mes en curso (octubre de 2007) pasando de \$579,037 / tonelada de asfalto a \$712,938 / tonelada de asfalto, y el precio unitario de asfalto por usted registrado en los análisis de precios unitarios corresponde a \$800 / kilogramo de asfalto, es decir \$800,000 / tonelada, tarifa que supera con suficiencia el precio contemplado en el insumo principal para la mezcla asfáltica" (fl. 5 C. 3).

Así, aun cuando la oferta económica no está presente en el expediente, lo cierto es que a partir del oficio acabado de transcribir puede deducirse que, en el análisis de precios unitarios presentado por la contratista, el valor por tonelada de asfalto fue estimado en \$800.000 y que el AIU fue estimado por aquella en un 25% del valor total del contrato, previsión última que coincide con lo consignado en el parágrafo primero de la cláusula segunda del contrato 2352 de 2007 que dice que "El (sic) CONTRATISTA presentó en su propuesta un A.I.U (sic) del veinticinco 25% por ciento, discriminado así: Administración del doce (12%), imprevistos del nueve (9%) (sic) utilidad del cuatro (4%)" (fl. 50 C. 2).

Teniendo en cuenta que el valor total del contrato es de \$2.350'245.957.36<sup>43</sup> y que el porcentaje estimado para los imprevistos de obra corresponde al 9% de ese valor, se tiene que este último rubro equivale a \$211'522.136; por tanto, con el

<sup>43</sup> Como puede apreciarse en su cláusula segunda (fl 50 C. 2).



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

ánimo de establecer si el aumento de valor del asfalto generó un desequilibrio económico del contrato, se hace necesario analizar si el valor pagado por tonelada de material por la contratista supera los \$800.000 por él estimados y si la sumatoria de esa diferencia rebasa el monto al cual equivale el 9% del valor del contrato, es decir, si supera los \$211'522.136.

Pues bien, al revisar la totalidad de las facturas de compra de asfalto aportadas por los demandantes se observa lo siguiente:

FACTURA DE VENTA	FECHA	VALOR UNITARIO	CANTIDAD EN TON.	VALOR
0027985 <sup>44</sup>	18/03/2008	\$842.270	34,603	\$29'145.069
0028266 <sup>45</sup>	10/04/2008	\$860.560	34,005	\$29'263.343
0028341 <sup>46</sup>	16/04/2008	\$860.560	32,047	\$27'578.366
0028558 <sup>47</sup>	02/05/2008	\$860.560	35,004	\$30'123.042
00000147 <sup>48</sup>	15/05/2008	\$877.220	34,084	\$29'899.166
00000588 <sup>49</sup>	18/06/2008	\$961.380	35,012	\$33'659.836
00000726 <sup>50</sup>	03/07/2008	\$1'004.560	33,920	\$34'074.675
00000802 <sup>51</sup>	11/07/2008	\$1'004.560	34,020	\$34'175.131
00000868 <sup>52</sup>	16/07/2008	\$1'004.560	34,230	\$34'386.088
00000862 <sup>53</sup>	24/07/2008	\$1'004.560	34,190	\$34'345.906
00001004 <sup>54</sup>	30/07/2008	\$1'004.560	35,130	\$35'290.192
00001022 <sup>55</sup>	31/07/2008	\$1'004.560	34,033	\$34'188.190
00001139 <sup>56</sup>	13/08/2008	\$1'115.060	35,003	\$39'030.445
00001152 <sup>57</sup>	13/08/2008	\$1'115.060	35,027	\$39'057.206

<sup>44</sup> Fl. 389 C. 2.

<sup>45</sup> Fl. 390 C. 2.

<sup>46</sup> Fl. 391 C. 2.

<sup>47</sup> Fl. 392 C. 2.

<sup>48</sup> Fl. 393 C. 2.

<sup>49</sup> Fl. 394 C. 2.

<sup>50</sup> Fl. 395 C. 2.

<sup>51</sup> Fl. 396 C. 2.

<sup>52</sup> Fl. 397 C. 2.

<sup>53</sup> Fl. 398 C. 2.

<sup>54</sup> Fl. 399 C. 2.

<sup>55</sup> Fl. 400 C. 2.

<sup>56</sup> Fl. 401 C. 2.

<sup>57</sup> Fl. 402 C. 2.



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

00001310 <sup>58</sup>	28/08/2008	\$1'115.060	31,870	\$35'536.962
00001476 <sup>59</sup>	13/09/2008	\$1'147.130	32,025	\$35'589.708
00001642 <sup>60</sup>	30/09/2008	\$1'147.130	34,033	\$39'040.275
<b>TOTAL</b>			578,236	\$545'260.558

Como se ve, todas las facturas aportadas por los demandantes reflejan un valor por tonelada de asfalto superior a lo estimado por la contratista (\$800.000) en el análisis de precios unitarios que constan en la respuesta a la solicitud de reajuste expedida por la entidad contratante (ver pág. 24 y 25), asimismo, que el total de material comprado por la contratista asciende a 578,236 toneladas de asfalto y que por él pagó \$545'260.558; no obstante, como el tope máximo estimado por la unión temporal fue tasado \$800.000 por tonelada de asfalto, debió pagar por las 578,236 toneladas de material no más de \$462'588.800, para mantener el equilibrio económico del contrato, suma evidentemente inferior a aquella que finalmente sufragó, lo cual, podría pensarse, generó un desequilibrio del balance financiero del contrato estatal, como lo afirmó el interventor del contrato en el oficio INTERV. HRE 57/08 de noviembre 30 de 2008, mediante el cual avaló una solicitud de reajuste de precios presentada por la contratista, documento que, según el apelante, fue ignorado por el a quo en el fallo de primera instancia y que justifica sus pretensiones. En este último se lee lo siguiente (se copia como obra en el original):

*"Esta interventoría ha analizado nuevamente la solicitud de reajuste para el contrato de obra INVÍAS 2352 de la UNION TEMPORAL CONSTRUCCION VIAL, y considera que es procedente la solicitud, de acuerdo con los criterios expuestos por la contratista en el oficio UTCV 2352-23-07.*

*"Es de todos conocido que los incrementos en los costos del asfalto y combustibles si se produjeron y que origino un desequilibrio económico para la contratista, pues el tiempo transcurrido entre la presentación de la licitación y la orden de inicio fue de 107 días.*

*"Anexo a la presente copia del oficio INTERV. HRE.41/08 de junio de 23 de 2008, donde esta interventoría realiza el análisis y conceptúa el posible reajuste de acuerdo a condiciones normales del contrato.*

<sup>58</sup> Fl. 403 C. 2.

<sup>59</sup> Fl. 404 C. 2.

<sup>60</sup> Fl. 405 C. 2.



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

*“Es importante aclarar que el monto y la forma de liquidar el reajuste corresponde al instituto nacional de vías INVÍAS. Sin embargo esta interventoría calculó el reajuste asumiendo criterios justos e imparciales entre las partes, de acuerdo a los eventos y condiciones contractuales, el cual se muestra en el oficio referido anexo<sup>61</sup>” (fl. 108 C. 2).*

Sin embargo, aun cuando el interventor emitió el concepto transcrito, observa la Sala que la diferencia entre lo pagado por la contratista (\$545'260.558) y lo que éste estimó pagar en su análisis de precios unitarios (\$462'588.800<sup>62</sup>), por concepto de asfalto, es de \$82'671.758, monto que no supera los \$211'522.136, correspondientes a imprevistos del contrato de obra 2352 de 2007.

En este estado de cosas, para la Sala es claro que, aun cuando la jurisprudencia de esta corporación ha manifestado que la fluctuación de precios es una circunstancia imprevisible que tiene diversas fuentes y que puede generar el rompimiento del desequilibrio económico de un contrato estatal<sup>63</sup>, lo cierto es que, en este caso, esa variación de precios no superó el rubro pactado por imprevistos en el respectivo contrato y, en este sentido, no afectó las cargas prestacionales de los contratantes.

En consecuencia, no hay lugar a hacer reconocimientos mayores a los previstos y pagados por la entidad contratante y, por tanto, la liquidación judicial efectuada por el juez de primera instancia, surtida con fundamento en las actas de recibo de entrega de obra que reflejan lo pagado y lo entregado será confirmada.

#### **7.- Costas.-**

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenarlas en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

<sup>61</sup> Tal anexo no obra en el expediente.

<sup>62</sup> Monto que se obtiene de multiplicar \$800.000 (precio estimado por tonelada de asfalto) por la cantidad de toneladas efectivamente compradas por el contratista (578,236).

<sup>63</sup> Ver sentencia del 7 de diciembre de 2016, proferida por esta subsección en el exp. 36430.



**Radicación:** 73001-23-31-000-2011-00060-01 (44715)  
**Actor:** Luis Fernando Moreno Rubio y otro  
**Demandado:** Instituto Nacional de Vías – INVÍAS  
**Referencia:** Acción de controversias contractuales

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

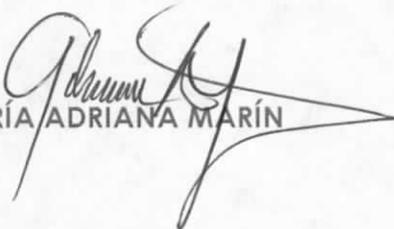
**FALLA:**

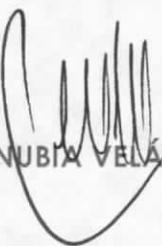
**PRIMERO:** De conformidad con las razones expuestas en esta providencia, **CONFÍRMASE** la sentencia del 2 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio de la cual se liquidó el contrato 2352 de 2007, celebrado entre la Unión Temporal Construcción Vial y el INVÍAS el 22 de octubre de 2007, y se declaró a las partes a paz y salvo.

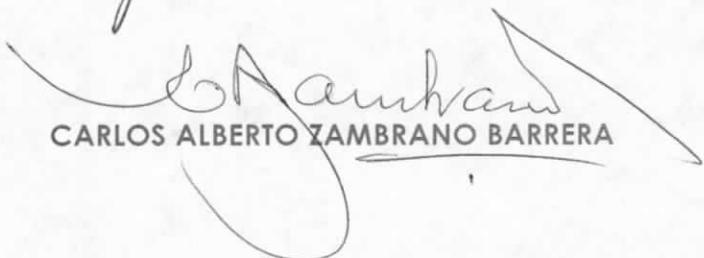
**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
MARÍA ADRIANA MARÍN

  
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

  
CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

