



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 680012331000200700627 (51911)
Demandante: Consorcio Géminis
Demandado: Instituto Nacional de Vías – INVIAS
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

El objeto de la controversia tiene por fin determinar si se configuraron situaciones imprevisibles que llevaron a la ruptura del equilibrio económico del contrato, por la configuración de la teoría de las sujeciones imprevistas y por actuaciones de la Administración enmarcadas en el ejercicio del *ius variandi*. Para el *a quo* la respuesta fue negativa, al catalogar tales circunstancias, en unos casos, como incumplimientos del contratista y, en otros, como parte de los riesgos asumidos bajo la estructura negocial.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la providencia del 20 de marzo de 2014¹, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander, negó la demanda, cuyas pretensiones, supuesto de hecho y de derecho, se sintetizan a continuación.

Pretensiones

2. El Consorcio Géminis, integrado por Yamil Sabbagh Solano, la Compañía de Construcción e Ingeniería CCI Ltda., y Sohenco Constructora S.A, presentaron demanda² contra el Instituto Nacional de Vías, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe literal, incluyendo eventuales errores):

“a. Pretensiones Principales

¹ Folio 559 a 577 –ambas caras– del cuaderno ppal. No.2

² Presentada el 8 de noviembre de 2007, visible a fls. 1 al 67 del cuaderno ppal. No.1.

- 1) *Que se reconozcan por parte del INVIAS los hechos y actos generadores del desequilibrio económico del contrato de la referencia.*
- 2) *Que como consecuencia de lo anterior, el INVIAS proceda a reconocer y pagar el valor total de la presente reclamación, el cual asciende a la suma de Un mil ciento diez millones seiscientos ochenta mil seiscientos dieciocho pesos (\$1'110.680.618.00), en razón del acaecimiento de los hechos y actos generadores del desequilibrio contractual desde la fecha de inicio del contrato y hasta la terminación del mismo, o en su defecto, que el INVIAS proceda a reconocer y pagar la suma de Un mil treinta y cuatro millones ciento cincuenta y seis mil seiscientos ochenta y seis pesos (\$1'034.156.686.00), en razón del desequilibrio sufrido por el Consorcio Géminis durante la ejecución del contrato de la referencia, desde la fecha de la modificación del contrato.*
- 3) *Que adicionalmente, el INVIAS proceda a reconocer y pagar la actualización de la suma anteriormente citada, desde la ocurrencia de los hechos y actos generadores del desequilibrio del contrato de la referencia hasta la fecha de su pago efectivo aplicado la fórmula que para tal fin ha señalado el H. Consejo de Estado colombiano.*
- 4) *Que el INVIAS proceda a reconocer y pagar los intereses corrientes y moratorios, causados desde la ocurrencia de los hechos y actos generadores del desequilibrio del contrato de la referencia hasta la fecha de su pago efectivo, a la tasa pactada en el contrato, y en su defecto a la máxima tasa autorizada para tal fin por el H. Consejo de Estado colombiano.*
- 5) *Que finalmente, el INVIAS proceda a elaborar la liquidación bilateral, de mutuo acuerdo del contrato de la referencia, incluyendo la totalidad de las pretensiones descritas en este acápite, en los términos del artículo 60 y ss. de la Ley 80 de 1993.*

b. Pretensiones subsidiarias

1) Que en el evento en que el INVIAS no considere posible acceder a las pretensiones principales en sede gubernativa y en consideración al perjuicio inminente e irremediable, que con los hechos y circunstancias enunciados en este documento se le causaron al Consorcio Géminis, proceda a explorar de mutuo acuerdo la posibilidad de suscribir una cláusula compromisoria, tendiente a que las diferencias surgidas entre las partes sean ventiladas y resueltas ante un Tribunal de Arbitramento en la Cámara de Comercio de Bogotá “.

Hechos

3. Como supuestos de hecho, se indicó que el Consorcio Géminis y el INVIAS suscribieron el contrato de obra No. 2330 el 17 de diciembre de 2004, cuyo objeto consistió en el *“Mejoramiento y pavimentación de la carretera Oiba – Guadalupe Sector K+000 al K+10 500”* en un plazo de seis (6) meses. Este término fue ampliado en dos oportunidades hasta el 30 de diciembre del 2005. El acta de recibo final de obra y de terminación del contrato fue suscrita el 26 de diciembre de 2005.

4. En desarrollo del contrato, los precios unitarios rebasaron ampliamente los valores fijados en el presupuesto oficial, lo que propició el desequilibrio económico del contrato, cuyas particularidades concretó de la siguiente manera:

(i) *“Costos adicionales del relleno seleccionado ítem 9 especificación particular 1p”.*

5. Señaló que al ejecutar el contrato, el material de excavación no pudo ser utilizado dada su inadecuada especificación, motivo por el cual fue necesario recurrir a fuentes de cantera, situación anormal en una obra civil de estas características, que resultó imprevisible para las partes; adujo que para cumplir el contrato, tuvo que acudir a la fuente más cercana que era la cantera Piedra Herrada localizada a 4,2 km del centro de la obra, donde el costo real del material para relleno seleccionado

-entre el 20 de enero de 2005, fecha de inicio de la obra, y el 21 de julio de 2005 fecha en la cual se modificó el contrato a base estabilizada- fue de \$58´864.800 en costo directo, más \$17´659.440 de AIU, para un valor total de \$76´524.240 pesos M/Cte.

6. Indicó que aun cuando la especificación particular 1P del pliego de condiciones señalaba que se debía tener en cuenta el costo del suministro del material y del transporte -ya fuera proveniente de la misma excavación o del eventual mezclado con fuentes alternativas- la experiencia en obras de ingeniería revelaba que el mismo material de la excavación debía servir para ejecutar los rellenos requeridos. De modo que no incluyó en su propuesta la compra de materiales ni el transporte pues, de haberlo hecho, se excedía el precio unitario oficial en más de un 100%, razón por la cual, concluyó que el presupuesto del INVIAS no contemplaba tales costos

(i.i) “Cambio de base granular a base estabilizada por circunstancias no previsibles para el contratista y decisión de la entidad contratante”

7. Relató que la fuente de material más cercana detectada en la visita de obra y que sirvió de base para el cálculo de las distancias de transporte de la propuesta, era la cantera Piedra Herrada, única con la cual se podía presupuestar la base granular dentro del 100% del presupuesto oficial, además de ser la cantera que según los estudios que tenía el INVÍAS, permitía extraer las bases y sub-bases granulares que el proyecto requería.

8. Factores externos no previsibles para el contratista, como fue el hecho de no poder utilizar el material proveniente de la excavación, la limitada producción de la cantera Piedra Herrada para el nuevo ítem de base estabilizada, la mala calidad de los materiales ubicados en las canteras cercanas a la obra, la baja productividad de las diversas canteras de la zona y la modificación del contrato de cambiar de base granular a base estabilizada, conllevaron un exorbitante cambio en la estructura de costos y por ende un perjuicio económico valorado en \$556´722.260; reclamó, subsidiariamente, el sobrecosto generado a partir de la modificación del contrato, por valor de \$480´198.020.

(ii) “Mayores costos generados por sobre-acarreo de la mezcla asfáltica MDC-2. Mezcla densa en caliente, ítem 13, especificación 450-02p”

9. Indicó que al momento de presentación de la propuesta operaba una planta en el sitio denominado Berlín aproximadamente a 40 km del centro de la obra; el precio unitario del contratista contemplaba transporte hasta 25 km de acarreo, pero en el momento de la ejecución del ítem de asfalto (14 meses después de presentar la oferta) dicha planta había sido desmontada, así que para suplirla, luego de analizar alternativas, la interventoría aprobó la planta de asfaltos de Ingeniería de Vías localizada a 96 km de la obra. Precisó que el *sobre transporte* generado por la circunstancia imprevisible del cierre de la planta Berlín fue de 71 kms, y que el sobrecosto por este concepto fue de \$35.500 por m³ transportado, en términos de costo directo; como se transportaron 1.301 m³, el sobrecosto global fue de

\$46´185.500 en costo directo, y al sumar el AIU llega a un valor total de \$60´041.150 por este concepto.

(iii) “Mayor permanencia en obra o sobre permanencia en obra”

10. Dado que el plazo contractual pactado era de 6 meses, y la obra se ejecutó realmente en un lapso de 11 meses y 6 días –desde el 20 de enero de 2005 al 26 de diciembre de 2005–, reclamó una mayor permanencia en obra de 5 meses y 6 días, generada por eventos externos al contratista que llevaron a suscribir ampliaciones, suspensiones y mayores tiempos requeridos para su ejecución por valor de \$155´291.168.

11. Precisó, en relación con las suspensiones, que como éstas fueron pactadas por cortos lapsos, ello impedía la desvinculación del personal ante la reanudación de la ejecución contractual. Respecto de las ampliaciones de plazo, indicó que los mayores tiempos requeridos para la ejecución del contrato estuvieron asociados a eventos exógenos al contratista (estudios a cargo de la interventoría, análisis y aprobación de la base estabilizada, y dificultades logísticas y de producción de las fuentes de materiales).

(iv) Costos adicionales pagados por la base estabilizada con cemento ítem 36, respecto del precio pactado durante el desarrollo del contrato especificación 341, 1-02 y de su transporte por causas no imputables al contratista.

12. Para determinar los precios unitarios, el material a estabilizar se cotizó en las canteras de Piedra Herrada y el Cucharó el 15 de junio de 2005 a \$19.605 y \$17.645 pesos, respectivamente, en términos de costo directo; pero en la práctica, las condiciones de mercado fueron impactadas por la alta demanda de materiales, la baja productividad de las canteras y el fuerte invierno que afectó los niveles de producción; así, en la cantera Piedra Herrada se incrementó el precio ponderado subiendo a \$25.518; por su parte, la cantera el Cucharó afrontó problemas de disponibilidad de material, por lo que tuvo que ser cambiada por la mina “La Pedregosa” que finalmente proveyó el material con las características requeridas y que estaba localizada prácticamente en el mismo sitio del Cucharó, logrando un precio de \$18.500. El actor reclamó el sobrecosto por las alzas de los precios.

13. Además, lo pactado era realizar la actividad con un 63% de la cantera Piedra Herrada y un 37% de la cantera el Cucharó, pero por problemas de baja producción en la primera fue necesario aumentar la demanda frente a la segunda; el resultado del consumo fue de 54,10% en Piedra Herrada y de 45,90% en La Pedregosa, lo que incrementó el porcentaje acordado frente a esta última pasando de 37% a 45,80%, con un mayor transporte de 50 km que fue el propuesto para la mina del Cucharó, La sumatoria total por este concepto fue de \$38´208.900 que multiplicado por el porcentaje de AIU del 30% generó un menoscabo de \$49´671.580,78.

(v) “Mayores costos pagados por el consorcio por el relleno para estructuras, ítem 12, especificación 610, por circunstancias imprevisibles para el contratista”

14. Reseñó que para la realización de la oferta, además de la información recopilada en la visita de obra y en los pliegos, los proponentes contaban con los estudios del INVIAS, cuyos análisis de precios unitarios en el ítem de relleno para estructuras evidenciaban, que: (a) no se contempló costo para el material de relleno, circunstancia que sólo es posible si se reutiliza el material de excavación; y (b) no se consideró costo para el transporte, ratificando que el material debería estar en el sitio requerido, es decir, ser producto de la excavación. Los estudios son de mayo-junio de 1999, y la oferta se presentó en septiembre de 2004, así al actualizar los \$17.059 de 1999 con el incremento del salario mínimo legal, éste es de 51,41% lo que indica que el precio actualizado a la fecha de cierre de la licitación, esto es, el 1 de septiembre de 2004, fue de \$25.827, muy aproximado a los \$26.000 que definidos para el ítem en el presupuesto oficial; de forma que la oferta presentada se hizo bajo criterios similares a los elaborados por la entidad, es decir, sin costo de material y de transporte, lo que llevaba implícita la reutilización del material excavado, y por ello se ofrecieron \$25.000 para ese ítem.

15. Anotó que al momento de efectuar el relleno, el material de excavación no tenía las características ni la calidad requeridas, lo que obligó a comprar el material en la cantera Piedra Herrada y transportarlo al sitio de la obra teniendo un sobrecosto por este concepto de \$50'508.866.

(vi) "Excavación para reemplazo de la subrasante, ítem no pactado"

16. De acuerdo con esta actividad, indica el actor que se les pagó el trabajo ejecutado pero bajo el ítem de *excavación de la explanación*; de modo que la actividad pagada no correspondió a la realmente ejecutada.

(vii) "Conformación zonas de depósito. Ítem 31, especificación 3p"

17. Las zonas de depósito asignadas como botadero presentaron circunstancias no previsibles por el contratista como son las altas pendientes, la inestabilidad que se manifestó en la zona de depósito y la agudización de estos problemas debido al fuerte invierno; lo que obligó a que, adicionalmente al recurso de maquinaria previsto en el unitario contractual, se tuviera que utilizar retroexcavadora para terracear dichas zonas y atender la solicitud de la interventoría expresada en oficio JAL-OIBA-099-05 del 28 de junio de 2005, con el fin de estabilizar los taludes.

18. Igualmente, se ejecutaron estructuras con madera para contener las masas de tierra; además, por el invierno, el acceso de las volquetas se complicó pues se enterraban con facilidad incrementando la operación de la retroexcavadora y por ende el costo; el valor reclamado por este concepto es de \$14'836.705.

(viii) "Gastos adicionales ocasionados por el mayor número de señales de tránsito, grupo I, ítem 29, especificación 710, solicitadas e instaladas por el desplazamiento en el tiempo para la ejecución de esta actividad"

19. Bajo el contrato sólo se pedían 25 señales de tránsito y se le ordenó al contratista ejecutar 77, es decir, un 208% más de las pactadas; además, la

propuesta se presentó el 1 de septiembre de 2004 y la actividad se ejecutó en diciembre de 2005, 15 meses después de la oferta, situación imprevisible para el contratista que desbordó la propuesta, generando costos adicionales por valor de \$5'342.415. Señaló que *“el pequeño reajuste aplicado por el instituto no cubrió para nada el desfase”*, lo que se corrobora con las facturas de Coonsevia, las cotizaciones de otros proveedores, el acta de modificación y cartas del interventor.

(ix) “Falta de pago del hierro pontón. Ítem 21, acero de refuerzo grado 60”

20. Señaló que un fuerte aguacero puso en evidencia la presencia de cárcavas e inestabilidades en el k9 +937. La interventoría propuso como solución la ejecución de un pontón dándole al consorcio los diseños y los despieces del hierro; una vez el consorcio compró el hierro figurado y lo llevó a la obra, al hacer las excavaciones observó que la presencia de estas cuevas se extendía más allá de lo previsto por la interventoría, de manera que se cambió el diseño por un pedraplén, el cual se entregó el 9 de noviembre de 2005 con un esquema de terraplén a ejecutar, todo lo anterior sin reconocer al contratista el valor del acero previamente comprado el cual por ser figurado ya no se podía aplicar a otro tipo de obra, perdiéndose; finalmente se trajo a Bogotá lo que generó un costo adicional. El detrimento por esta situación fue de \$8'536.120,15.

(x) “Mantenimiento adicional de la ventana entre el k 3 + 800 al k 6 + 000”

21. Señaló que el INVIAS, a través de otros contratistas, desarrolló el tramo k 0+000 al k 6+000 el cual se encontraba en ejecución al momento de la licitación del contrato 2030 de 2004, de modo que el Consorcio Géminis esperaba encontrar la carretera terminada con buena transitabilidad para la iniciación de sus actividades; sin embargo, la meta física del anterior contrato se acertó y sólo llegó al k 3+800. Como INVIAS no podía incluir en la nueva licitación el objeto de un contrato en ejecución y sin liquidar, el contrato del Consorcio Géminis iniciaba en el k 6+000 generándose una ventana de la abscisa k 3+800 a k 6+000, quedando una carretera sin terminar que, por la acción del invierno y la falta de drenajes, se volvió una trocha de bajísima transitabilidad que afectaba la movilidad de todos los vehículos, en especial de las volquetas que proveían materiales.

Por ello, refirió que tuvo que destinar recursos para mantener dicha ventana y garantizar el tránsito en la vía, actividades que, además, fueron ordenadas por la interventoría. La inversión se realizó en horas de máquina, materiales rajón, relleno seleccionado, base granular, recebo y mano de obra; lo que corresponde a una reclamación por valor de \$68'419.865,80.

(xi) “Stand by de la maquinaria”

22. Afirmó que las suspensiones que afrontó el contrato fueron generadas por causas ajenas a la voluntad del contratista y por periodos cortos (30 días, 15 días, 31 días) para un total de 76 días; así que, por razones logísticas, el consorcio Géminis tuvo que mantener la disponibilidad de la maquinaria, generando por este concepto un costo de *stand by* valorado en \$122'577.826,80.

(xii) “Costo de estudios técnicos adicionales”

23. Señaló el actor que desarrolló los estudios técnicos adicionales para la estructura con base estabilizada con cemento y mezcla asfáltica MDC-2 los cuales fueron financiados y desarrollados por el consorcio, sin que INVIAS reconociera valor alguno; dicho costo ascendió a \$12'217.940,80. Indicó, así mismo, que en el contrato de obra pública 2330 de 2004 existieron actuaciones de la Administración que modificaron las condiciones iniciales del contrato.

Fundamentos de derecho

24. La parte actora fundó su reclamación en los artículos 3, 4, 5, 25, 26 y 27 de la Ley 80 de 1993, y citó doctrina y jurisprudencia relacionada con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Efectuó el desarrollo conceptual de dos figuras: “A. *IUS VARIANDI – SIMILITUDES DOCTRINALES CON EL HECHO DEL PRÍNCIPE*” y “B. *TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN*” (fls. 44 a 62 c.1 ppal.)

25. Bajo el acápite titulado “C. *EL CASO CONCRETO MOTIVO DE LA RECLAMACIÓN*”, la demandante reiteró que en ejecución del contrato existieron actuaciones de la Administración que modificaron las condiciones iniciales respecto del método constructivo y, al haber cambiado de base granular a base estabilizada se generaron importantes variaciones de ítems fundamentales y de los procedimientos previstos llevando a una situación financiera insostenible para el contratista.

26. Refirió que en los actos administrativos OAJ 37677 del 5 de septiembre de 2006, OAJ 39859 del 15 de septiembre de 2006 y SNR 43252 del 6 de octubre de 2006, el INVIAS reconoció el desequilibrio patrimonial causado al contratista por los sobrecostos asumidos.

Contestación de la demanda³

27. El Instituto Nacional de Vías luego de manifestar su oposición respecto de las pretensiones, se pronunció sobre cada uno de los hechos, así:

(i) En relación con los costos adicionales del relleno seleccionado, indicó que la inversión adicional realizada por el contratista fue de \$124'985.420, dada la modificación de base granular a base estabilizada. A su turno, señaló que el sobrecosto por transporte y materiales para base estabilizada según cuentas de cobro alcanzó un valor de \$49'740.041.

Adujo que el costo de material para relleno y transporte de La Pedregosa según cuentas de cobro fue de \$246'087.500 y el costo del material para relleno y transporte de la fuente El Raizado, según cuentas de cobro, ascendió a \$57'198.447 pesos.

³ Fls. 76 a 90 del c. ppal. 1.

(ii) Señaló que el sobre-acarreo por la ubicación de la planta asfáltica que cumplía las especificaciones fue de 71 kms y según cuentas de cobro correspondió a \$60.041.150.

(iii) Frente a la mayor permanencia en obra, refirió que el plazo se extendió a 11.2 meses pero dada la suspensión del contrato por 3,2 meses, el lapso que el contratista estuvo trabajando fue de 8 meses, razón por la cual no se reconocían sobrecostos por este concepto; además, el plazo adicional fue solicitado por el contratista para cumplir sus obligaciones en la obra. Advirtió que los costos por la suspensión del contrato corresponden a la suma de \$95'563.796.

(iv) Respecto a los costos adicionales pagados por el cambio de base granular a base estabilizada con cemento, indicó que ello favoreció los intereses del contratista, quien elaboró los precios unitarios para el material a estabilizar y para el cemento, ajustados a los precios de mercado con materiales de las canteras Piedra Herrada 63% y El Cucharó 37%.

(v) En cuanto a los mayores costos por relleno de estructuras, sostuvo que el consorcio no incluyó precio por material ni transporte al ofertar ese ítem. Según la bitácora de obra y cuentas de cobro el sobrecosto asumido fue de \$50'508.866.

(vi) En lo relativo a las excavaciones para reemplazo de la subrasante, aunque el contratista presentó un acta de comité de obra que indicaba que en el proceso de conformación se debía reemplazar la original en alturas hasta de 1.5 mts, las cuentas de cobro y el reporte diario de maquinaria no registran la profundidad a la cual se realizó la excavación.

(vii) En relación con la conformación de zonas de depósito, manifestó que por las condiciones del terreno -inestabilidad, altas pendientes y fuerte invierno- se tuvo la necesidad de utilizar retroexcavadoras en lugar de bulldozer para terracear esas zonas; el sobrecosto por este ítem fue de \$14'836.705.

(viii) Frente al mayor número de señales de tránsito indicó que bajo el contrato era posible aumentar, disminuir, o suprimir en la ejecución de la obra sus cantidades iniciales a través de actas de modificación, sin reconocimientos a efectuar.

(ix) Afirmó que para la construcción del pontón ubicado en el k 9+937, el contratista compró el hierro figurado, y con el cambio de diseño por un pedraplén ya no lo pudo reutilizar; el costo del hierro adquirido fue de \$7'903.815, sin incluir transporte, pero un buen porcentaje de hierro figurado se utilizó en otras obras de arte del mismo corredor, así que la pérdida no fue total.

(x) En lo que corresponde al mantenimiento adicional de la ventana entre el k3 +800 al k6+000 ordenado por la interventoría al contratista, su costo ascendió a \$68.392.428, según cuentas de cobro.

(xi) Respecto al *stand by* de maquinaria, indicó que éstas se usaron durante la suspensión del contrato para ejecutar actividades que garantizaran una vía en condiciones aceptables y sus cantidades se pagaron en actas de obra.

(xii) Tratándose de los costos por estudios técnicos adicionales, afirmó que el cambio de base granular a base estabilizada con cemento fue propuesta por el contratista y, según el numeral 5.1 de los pliegos tenía a su cargo adecuar y/o modificar en cualquier momento de la ejecución del contrato los estudios y diseños definitivos del proyecto; por lo que no había lugar a ningún reconocimiento.

28. Como medios exceptivos propuso, los siguientes:

(a) *“La Genérica”*, conforme al inciso 2º del art. 164 del CCA.

(b) *“Inexistencia del derecho reclamado”*, con fundamento en que no basta solicitar *“la declaración del hecho del perjuicio en su contra”* y su consecuente indemnización, sino que, además, se debe demostrar *“la real variación en su contra (hecho subjetivo) y los demás perjuicios que la asunción de la misma variación le produjo”*, sin que en este caso exista tal demostración.

(c) *“Falta de liquidación del contrato objeto de la litis”*; afirmó que, si de común acuerdo no se hace la liquidación o en forma unilateral no la realiza la Administración, el contratista está obligado a acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener tal liquidación; pero no solicitar en forma directa su pago cuando no se ha liquidado el contrato.

Alegatos en primera instancia

29. Concluida la etapa probatoria⁴, en auto del 2 de junio de 2009⁵, el *a quo* corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto –éste último guardó silencio–. El instituto demandado insistió en los medios de defensa planteados, e incluyó la falta de legitimación por activa, argumentando que el poder para demandar fue conferido por el representante legal del consorcio, cuya personería se limita al ámbito contractual y no al judicial.

⁴ Mediante auto del 30 de julio de 2008, el tribunal decretó como pruebas las documentales aportadas por las partes. Por la demandante, el contrato 2330 de 2004 y sus adicionales 1 y 2, así como los soportes con los cuales se indicó acreditar los 12 hechos generadores de desequilibrio económico. Por la demandada, copia de comunicaciones cruzadas entre las partes OIBA-2002-06, OIBA-021-05, OIBA -040-05, OIBA -063-05, OIBA -065-05, OIBA -065-05, OIBA -070-05, OIBA -074-05, OIBA -076-05, OIBA -085-05, OIBA -087-05, OIBA -090-05, OIBA -091-05, OIBA -099-05, OIBA -109-05, OIBA -114-05, OIBA -118-05, OIBA -183-05, OIBA -015-05 suscritas por el Consorcio JAL; copia de los oficios del 3 de junio de 2005, del 27 de mayo de 2005, del 16 de abril de 2007; análisis de precios unitarios del consorcio Géminis, y copia del oficio 54246 del 14 de diciembre de 2007 del INVIAS. Se ordenó, así mismo, librar oficios a (i) la Subdirección Red Nacional de Carreteras del INVIAS requiriendo el envío de toda la correspondencia cruzada entre contratistas e INVIAS en ejecución del contrato 2330 de 2004, (ii) la correspondencia cruzada entre aquellas y la Interventoría; (iii) el contrato 2330 de 2004, sus adicionales, suspensiones, actas de terminación, de recibo final y pliego de condiciones de la licitación pública y del contrato de interventoría respectivo. Se ofició al consorcio JAL para que remitiera la correspondencia cruzada entre el INVIAS y el contratista con ocasión del contrato 2330 de 2004; (iv) se decretaron los testimonios de Aliria Esperanza Aguillón, Juan amado Lizarazo –sin que éstos hubiesen comparecido al proceso–.

⁵ Folio 435 c. ppal. 1.

30. La actora ⁶ reiteró los argumentos de la demanda. Precisó que la calificación jurídica de los hechos constitutivos de desequilibrio económico no se situaba en la teoría de la imprevisión, sino en la teoría de las sujeciones imprevistas, como ocurrió respecto de las fuentes de materiales a las tuvo que acudir, las excavaciones a mayores profundidades, la adquisición de materiales de relleno inicialmente no previstos y la adecuación de zonas de depósito mediante actividades adicionales.

31. Señaló que el Tribunal debía reconocer que Invias modificó unilateralmente el contrato, en cuanto a: 1) cambio de base granular a base estabilizada; 2) mayores señales de tránsito; 3) adquisición de acero y sus anejos; y, 4) mantenimiento de la ventana o tramo de la vía –entre el k3 + 800 y el k6 + 000–.

32. Planteó la existencia de una contradicción en la contestación de la demanda, pues la entidad señaló que el contratista carecía de cualquier derecho, pero frente en cada uno de los hechos reconoció expresamente los mayores costos pagados por el Consorcio.

Fundamentos de la providencia recurrida

33. El Tribunal *a quo* al dictar sentencia⁷ precisó que no era necesario proveer sobre la falta de legitimación en la causa por activa, pues la jurisprudencia reconoció capacidad jurídica a los consorcios para comparecer y actuar en juicio. Para resolver el asunto, formuló tres problemas jurídicos centrales (se transcribe conforme obra):

- *¿Hubo desequilibrio contractual producto de circunstancias imprevisibles y órdenes extracontractuales dadas por la entidad demandada que se presentaron durante la ejecución del contrato y por tanto es menester del INVIAS responder por las erogaciones adicionales surgidas con posterioridad a su perfeccionamiento?*

- *¿El contratista puede solicitar al juez que se ordene a la entidad demandada que proceda a elaborar la liquidación bilateral del contrato?*

- *¿El juez está facultado para ordenar al ente contratante suscribir una cláusula compromisoria con el fin que las diferencias surgidas entre las partes en la etapa de liquidación del contrato sean resueltas por el Tribunal de Arbitramento?*

34. Frente al primer problema jurídico, afirmó que no se demostró la ocurrencia de circunstancias imprevisibles constitutivas de desequilibrio contractual, pues algunos eventos eran previsibles y otros fueron asumidos por el consorcio bajo el contrato.

35. Señaló que la determinación de los precios unitarios fue pactada entre las partes y si éstos no correspondían a la realidad se debió a que el análisis de los mismos al momento de contratar no fue el acertado, y el interesado debió solicitar las aclaraciones y ajustes frente a dichos valores; refirió que no había pruebas en el expediente para demostrar los precios que han debido tenerse en cuenta y que al compararlos revelarían la diferencia advertida por el actor.

36. En punto a los conceptos reclamados, más allá de precisiones adicionales que se harán al desatar la censura, el *a quo* concluyó, en síntesis, lo siguiente:

⁶ Folio 448 a 457 c. ppal. 1.

⁷ Folio 559 a 577 –ambas caras– c. ppal. 2.

CONCEPTO RECLAMADO	SENTIDO DE LA DECISIÓN
<i>Costos adicionales relleno seleccionado</i>	Se negó, en tanto fue una falta de previsión del contratista no haber incluido en el APU el costo de material y transporte que ahora reclama. Y en todo caso debió haberlo indicado a la entidad en las aclaraciones al pliego.
<i>Cambio de base granular a estabilizada</i>	Se negó, pues (i) el pliego indicó que era de responsabilidad del contratista informarse del terreno, localización y fuentes de materiales; y, (ii) fue una propuesta del contratista que incluyó nuevos APU's.
<i>Mayor valor de transporte de mezcla asfáltica MDC - 2</i>	Se negó. El contratista valoró de forma incompleta el transporte de mezcla asfáltica al proponer. Además, el pliego estableció que era su responsabilidad establecer las fuentes de materiales.
<i>Mayor permanencia y Stand by de maquinaria</i>	Se negó. El contratista dio lugar a las suspensiones al proponer 2 cambios (base estabilizada y planta asfáltica) y el pliego estableció que cuando el contratista sea quien propone los cambios no hay lugar a mayores costos. Además, el Consorcio expresó que tales cambios no generaban mayores costos. Y en todo caso, el <i>a quo</i> señaló que no se acreditó personal o maquinarias inactivas.
<i>Costos de estudios técnicos de base estabilizada</i>	Se negó. Tal modificación fue una propuesta del contratista, así que debía asumir los estudios y diseños, según el núm. 5.1 del pliego.
<i>Sobrecosto por suministro de relleno de estructuras</i>	Se negó. El contratista no contempló materiales y transporte en los APU "rellenos de estructura", sin embargo, el acta final le reconoció \$37'175.000.
<i>Sobrecosto - excavación por reemplazo subrasante</i>	Se negó, por no acreditar la profundidad de la excavación.
<i>Conformación zonas de depósito</i>	Se negó, porque la retroexcavadora utilizada estaba incluida en el valor estimado para ajustes y obras complementarias.
<i>Sobrecosto – señales de tránsito</i>	Se negó. Pues si bien se pactaron 25 señales, las 77 instaladas fueron reconocidas y pagadas según acta de entrega.
<i>Falta de pago – hierro del Pontón</i>	Se negó. Ya que no se demostró que el acero comprado, al cambiar la actividad, no hubiese sido utilizado en su totalidad.
<i>Mantenimiento ventana k3+800 al k6+800</i>	Se negó. Era una inversión que en todo caso debía prever el contratista al tratarse de la reparación de una vía, pues debía garantizar la transitabilidad de vehículos y volquetas con material.
<i>Costo de estudios técnicos adicionales</i>	Se negó, pues bajo el núm. 5.1 del pliego, los cambios propuestos por el contratista eran de su cargo y fue éste quien pidió modificar la base granular a base en cemento.

37. Tratándose del segundo problema jurídico, precisó los términos en que transcurre la liquidación bilateral y unilateral del contrato y negó la pretensión quinta de la demanda, en tanto solicitaba al juez ordenar al Invias la elaboración de la liquidación bilateral del contrato.

38. Sobre el tercer problema jurídico, relativo a la pretensión subsidiaria de exhortar a la demandada a suscribir una cláusula compromisoria para dirimir las diferencias surgidas en el contrato, indicó que como tal definición proviene de la autonomía

contractual y las partes no suscribieron un pacto en la materia, el juez administrativo era el encargado de conocer el asunto -al que ya se acudió para dichos fines-.

II. EL RECURSO INTERPUESTO

Síntesis del recurso de apelación:

39. La demandante formuló recurso de apelación⁸, cuyos motivos de disenso se resumen de la siguiente manera:

a) *“Inobservancia del material probatorio aportado y recolectado a lo largo del proceso frente a la falta de apreciación de los hechos de la demanda, lo confesado por la demandada y lo realmente probado en el proceso”*

En este capítulo la apelante retomó cada una de las 12 circunstancias en que fundó sus reclamos, y planteó cuestionamientos sobre la valoración probatoria efectuada por el Tribunal, como será detallado al resolver los cargos.

b) *“Ineficacia de pleno derecho de las estipulaciones que contraríen el derecho y la obligación al (sic) restablecimiento (sic) equilibrio económico”*

Reprochó que la entidad hubiere incorporado a los contratos adicionales cláusulas con apariencia de renunciaciones voluntarias por parte del contratista, cuando ellas están prohibidas por ley; adujo que, como la figura del equilibrio económico es de orden público en la contratación estatal, tales estipulaciones resultan ineficaces de pleno derecho.

c) *“La abstención de restablecer el equilibrio económico del contrato verificado (sic) los hechos que dan lugar a su configuración”*

Reclamó la aplicación del principio de planeación y de la institución de la ecuación económica y financiera del contrato. Al efecto, desarrolló la figura del equilibrio económico para subrayar que es un derecho del contratista orientado al reconocimiento del valor intrínseco de su remuneración, que el INVIAS desconoció.

d) *“La inobservancia del material probatorio aportado y recolectado a lo largo del proceso”*

Cuestionó que el Tribunal se hubiera limitado a analizar el pliego y el contrato 2030 de 2004, junto con sus adicionales, pero no haya tenido en cuenta las demás pruebas practicadas que dan cuenta de las situaciones que afectaron el equilibrio del contrato, pues no asignó ningún mérito probatorio a tres memorandos del INVIAS en los que se precisaron los sobrecostos que había asumido el contratista.

e) *“Falta de congruencia”*

⁸ Folio 581 a 638 c. ppal. 2.

Indicó que la sentencia debe fundarse en los hechos en controversia, en el material probatorio, y en las normas pertinentes. Reclamó que aunque ninguna de las excepciones planteadas por Invias prosperó, y aun cuando el material probatorio respaldó las pretensiones formuladas, éstas hubiesen sido negadas.

f) *“No acceder a la pretensión de liquidación del contrato”*

En relación con el análisis realizado por el Tribunal, al desatar el problema jurídico atinente a la pretensión de que el juez ordenara a la entidad demandada la elaboración de la *liquidación bilateral del contrato*, reprobó que si el juez consideraba que la pretensión no era acorde a la realidad, debió haberla ajustado otorgando un término perentorio a Invias o a las partes para liquidar el contrato, dado que ya habían transcurrido siete años desde su terminación.

Trámite de segunda instancia

40. Al alegar en segunda instancia, la parte actora ratificó las manifestaciones que realizó a lo largo del proceso y, además, resaltó la importancia de los principios de planeación y buena fe como guía de interpretación del contrato estatal.

Por su parte, el Instituto Nacional de Vías y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES

41. A partir de los motivos de disenso reclamados en la alzada, la Sala (i) hará algunas breves anotaciones relacionadas con los eventos generadores del desequilibrio económico del contrato y, en particular, se referirá a la teoría de las sujeciones imprevistas aducida por la impugnante como base de su reclamo; y (ii) resolverá los cargos de la apelación.

- Marco general del desequilibrio económico del contrato

42. La obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato, prevista en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es la respuesta que brinda el ordenamiento jurídico para preservar el balance económico contractual que resulte afectado, ya sea por (i) circunstancias sobrevenidas, extraordinarias y ajenas a la voluntad de las partes –teoría de la imprevisión–; (ii) como consecuencia de la expedición de actos generales y abstractos expedidos por la Administración como Estado que, sin estar dirigidos a un específico contrato, terminan afectando negativamente la equivalencia prestacional acordada –*hecho del príncipe*–; (iii) el ejercicio de las potestades atribuidas por ley a la entidad pública en calidad de contratante⁹, que le autoriza a introducir variaciones o modificaciones al contrato

⁹ Como lo prevé el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, “(...) *las entidades estatales al celebrar un contrato: 1° Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas,*

celebrado, con fundamento en el interés general que envuelve la contratación pública –*ius variandi*–.

43. Este catálogo de situaciones en las que se enmarca la figura del desequilibrio económico se diferencia, a su vez, del incumplimiento contractual, pues este último reprocha la conducta antijurídica de uno de los contratantes al desconocer los pactos adquiridos bajo la estructura obligacional que regenta el negocio jurídico celebrado; distinción que, de manera clara e integral, ha sido explicada por la jurisprudencia de esta Corporación, en los siguientes términos:

*“[...] 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”¹⁰, equilibrio prestacional que puede verse “afectad[o] 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*’, dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante”¹¹, (...) “[e]l incumplimiento contractual tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte incumplida”.¹²*

44. En clave de la anterior precisión, la Sala analizará los asuntos materia de examen para determinar la existencia o no de algún evento de desequilibrio contractual, o eventualmente de incumplimientos atribuidos a la entidad; y, en particular, hará una referencia puntual a la teoría de las sujeciones imprevistas que es llamada por la parte demandante como título configurador de sus insistidos reclamos.

- ***Breves referencias a la teoría de las sujeciones imprevistas***

45. En sus alegaciones de primera instancia, con proyección en la apelación, la parte demandante solicitó que las circunstancias aducidas como desequilibrantes del sinalagma contractual se analizaran bajo la teoría de las sujeciones imprevistas y, en este sentido, hizo un llamado para que así fueran examinadas por el juez y no bajo la teoría de la imprevisión. En este punto corresponde a la Sala efectuar algunas precisiones en relación con esta figura, con el propósito de ofrecer claridad en la materia, y definir los efectos que situaciones de tal naturaleza generan en el ordenamiento jurídico; lo anterior, comoquiera que bajo el *sub lite* se presentaron

introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado (...)”.

¹⁰ Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 14 de septiembre de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Exp. 50.907.

¹¹ Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 14 de septiembre de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Exp. 50.907.

¹² Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 25 de julio de 2019, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 41.297. En el mismo sentido, ver Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 12 de septiembre de 2019, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Expediente: 44779.

circunstancias que, como adelante se verá, tuvieron origen en la existencia de situaciones materiales imprevistas.

46. En primer lugar, es necesario señalar que la citada teoría refiere a aquellas dificultades físicas que, aunque presentes al momento de la celebración del contrato son razonablemente imprevisibles para las partes, es decir, desconocidas para ellas, en tanto surgen en desarrollo de la obra y se asocian generalmente a condiciones geológicas, hídricas o incluso arqueológicas que, aunque no imposibilitan el cumplimiento del contrato, sí hacen más onerosa su ejecución.

47. La jurisprudencia de lo contencioso administrativo, en momentos oscilantes¹³, terminó por inscribir esta figura en el ámbito de la teoría de la imprevisión pues, más allá de que los hechos que le dan origen a cada una puedan ser distinguidos por su naturaleza, son sus notas características, arraigadas justamente en la imprevisibilidad, las que han llevado a asignarles paridad de tratamiento en el ordenamiento legal.

48. Sin embargo, como lo advierte la doctrina especializada, tal identidad no es una constante en otros sistemas jurídicos, pues *“en la concepción tradicional de esta forma de ruptura del equilibrio económico del contrato, (...) esas condiciones físicas imprevistas que hacen más oneroso el cumplimiento del contrato sobrepasando el alea normal, se traducen en un deber de la Administración de reconocer al contratista una indemnización integral, mediante un aumento de su remuneración”*¹⁴. De manera que la autonomía dada a esta modalidad de rompimiento del equilibrio económico, por fuera de la teoría de la imprevisión, ha sido reconocida en legislaciones foráneas¹⁵ con efectos indemnizatorios, y no sólo compensatorios como se tiene previsto en el ámbito local.

¹³ En sentencia proferida el 20 de noviembre de 2008, dentro del expediente 05001-23-26-000-1992-01369-01(17031) es posible advertir el viraje que presentaba la jurisprudencia en el entendimiento de esta figura, al señalar: *“(...) si bien la teoría de las sujeciones materiales imprevistas fue manejada con anterioridad por la jurisprudencia dentro de la teoría de la imprevisión, realmente observa la Sala en esta oportunidad que se trata de un título de imputación diferente, (...) mientras en las sujeciones o dificultades materiales imprevistas corresponden a un álea física o natural que se encuentra presente al momento del nacimiento del contrato y luego emerge en su ejecución, en la teoría de la imprevisión las circunstancias extraordinarias son sobrevivientes a la relación contractual y corresponden a un álea económica o financiera; por tanto, la Sala precisa que la sujeción o dificultad material imprevista no es una modalidad de la teoría de la imprevisión, como se venía manejando en la jurisprudencia, sino que se trata de otro factor diferente de imputación de responsabilidad de la entidad contratante para restablecer el equilibrio económico del contrato”*; lo anterior para indicar que tales eventos, en consecuencia, *“generan un daño antijurídico indemnizable a cargo de la entidad contratante, a título de responsabilidad objetiva o sin culpa”*.

¹⁴ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *“El equilibrio contractual en el derecho administrativo colombiano”* pág. 18. updates@academia-mail.com

¹⁵ Al respecto, la doctrina ha señalado: *“En Francia esta figura es reconocida y aplicada por los jueces de manera autónoma a las demás, contrario a lo que sucede en nuestro país, donde este tipo de situaciones (sujeciones materiales imprevistas) son estudiadas y resueltas a la luz de la teoría de la imprevisión, como una especie de ésta (Hernández, 2008, p. 174). Asimismo, otra diferencia importante entre ambos ordenamientos jurídicos radica en su forma de indemnización, toda vez que mientras en Francia procede para estos casos una indemnización integral o plena del contratista, incluyendo por supuesto todos los daños materiales (en sus vertientes de daño emergente y lucro cesante) e incluso los inmateriales que se puedan llegar a acreditar; en Colombia, por ser una especie o variante de la teoría de la imprevisión, el contratista únicamente tiene derecho al pago de los mayores costos y sólo hasta el punto de no pérdida, por lo que se excluye cualquier posibilidad de reparación o indemnización de la utilidad esperada”*. ZAMBRANO SANJUAN, Carlos Andrés. *La Responsabilidad Precontractual y Contractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés: algunos aspectos comparativos*. Revista Navarra Jurídica, pág. 58. Tomado de: <https://journals.uninavarra.edu.co/index.php/navarrajuridica/article/view/a4-v1-n1-2017/29>

49. De acuerdo con las anteriores precisiones, dada la relación de género a especie que el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido entre la teoría de la imprevisión y la teoría de las sujeciones imprevistas, no existe un tratamiento disímil entre ellas, de modo que los efectos patrimoniales que conceptualmente se desprenden de estas figuras, se limitan a reconocimientos compensatorios, a punto de no pérdida.

50. Establecido lo anterior, el llamado de la demandante de no aplicar la teoría de la imprevisión y, en su lugar, analizar el caso en perspectiva de las sujeciones imprevistas, se desvanece dada la identidad de tratamiento asignado en nuestro sistema jurídico a ambos institutos; con todo, y más allá del título de imputación o evento aducido como generador de una obligación restitutoria, en aplicación del principio *iura novit curia*, corresponde al juez la aplicación correcta del derecho con sujeción a la *causa petendi* invocada en la demanda¹⁶ haciendo prevalecer, bajo este postulado y con sus límites, el derecho sustancial sobre las formas. Con este horizonte la Sala pasa a analizar los argumentos de la alzada.

- **Caso concreto**

A. Examen de los cargos de la apelación

(i) “Respecto de los costos adicionales del relleno seleccionado ítem 9 especificación particular 1P, ante el cambio de base granular a base estabilizada por circunstancias no previsible para el contratista y decisión de la entidad contratante”

51. El apelante insistió en haberse ajustado al presupuesto INVIAS para el “relleno seleccionado ítem 9 especificación particular 1P”, pues según el Formulario No. 1 “presupuesto oficial” la entidad estableció para esta actividad el valor de \$29.000, sin contemplar costo de materiales ni transporte, lo que daba a entender, según era usual en este tipo de obras, que el relleno se haría con material de la excavación en sitio, única forma de ofertar dentro del 90% y 100% de los precios, según los parámetros que exigían los pliegos. Reiteró que tuvo que acudir a otras fuentes de materiales y que ello, unido a las inadecuadas especificaciones de la cantera Piedra Herrada respecto de los materiales para base granular, y las dificultades que en similares términos tenían las demás canteras de la región, llevaron a suspender el contrato por 20 días, (acta de suspensión No. 1) y a modificar el método constructivo, a base estabilizada, con los sobrecostos generados por dicha suspensión.

52. Luego, el actor reprochó al Tribunal su decisión, en los siguientes términos (se transcribe literal incluso con errores):

¹⁶ “La expresión ‘*iura novit curia*’ significa ‘*el juez conoce el derecho*’ y su alcance como principio se traduce en el deber de aplicar las normas adecuadas para resolver los conflictos, aun cuando no hubieren sido invocadas por las partes; por eso, su límite natural está dado por el principio de congruencia, el cual, a su vez, constituye garantía del derecho al debido proceso”. Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 19 de febrero de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, Exp. 47.255.

“es motivo de censura que el Tribunal no se haya percatado 1) de las circunstancias que condujeron a la suspensión del contrato por causas no imputables al CONSORCIO, por cuanto éste se limitó a indicar que tales hechos obedecieron a la falta de previsión del contratista, lo cual resulta totalmente alejado de la realidad, pues si bien se cita el subnumeral 4 del numeral 3.8.3 del Pliego de Condiciones ... el contratista realizó la visita de campo y con fundamento en el estudio efectuado por AMERICAN GEOXLORATION (sic) ... se establecía que la cantera piedra herrada cumplía con las especificaciones ... 2) la buena fe del contratista quien aceptó la suspensión del contrato a fin de llegar a una solución respecto de la fuente de materiales que permitieran cumplir la actividad contratada, 3) el hecho palpable que en ninguna parte de la sentencia no (sic) se hiciera alusión o valoración alguna de los soportes que acreditaban el sobrecosto en la actividad por relleno seleccionado (ITEM 9) (...)” y el hecho de no haber tenido en cuenta el reconocimiento que hizo el INVIAS en la contestación de la demanda respecto de la inversión adicional realizada por el contratista.

53. La Sala anticipa, en relación con este cargo, que encuentra razón en las siguientes conclusiones a las que arribó el *a quo*: (i) que el contratista no previó, debiendo hacerlo, la posibilidad de que el material de excavación tuviera que ser reemplazado o mezclado con otros de diversas fuentes como ocurrió en este caso, descartando una situación imprevisible; y, (ii) la existencia de un acuerdo entre la entidad y el Consorcio para el cambio de base granular a base estabilizada, en el que se consideró el estado de las canteras y se pactaron nuevos APU a precios de mercado; de forma que negó reconocimientos económicos derivados de tales situaciones¹⁷.

54. Al respecto, observa la Sala que en la estructura de los pliegos de condiciones de la licitación pública SRN-110-2004 que condujo a la suscripción del contrato que se analiza, se estableció en el numeral 3.8.3, los aspectos que debían considerar los proponentes al momento de valorar su propuesta, entre otros, los siguientes:

“3.8.3. Aspectos a considerar en el valor de la propuesta

El valor de la propuesta deberá incluir todos los costos directos e indirectos para la completa y adecuada ejecución de la obra objeto de la presente licitación pública. Por ser relevantes, a continuación se relacionan algunos de los aspectos que el proponente debe tener en cuenta para determinar el precio de la oferta:

1. Información previa

Estudiará la información relacionada en el numeral 2.1 de este pliego de condiciones, a efectos de familiarizarse con las condiciones técnicas necesarias para ejecutar el proyecto.

(...)

4. Materiales

El proponente establecerá las fuentes de materiales que, en caso de resultar favorecido, utilizará en la ejecución de la obra; por lo tanto, el Instituto no reconocerá costos adicionales por el cambio de dichas fuentes de materiales. Igualmente, el proponente en caso de salir favorecido, deberá cumplir a cabalidad con las normas legales y reglamentarias del Código de Minas para adelantar el aprovechamiento a que haya lugar. Asimismo, los correspondientes precios unitarios deberán cubrir, entre otros, todos los costos de explotación incluidos tasas, regalías, arrendamientos, servidumbres, producción, trituración, clasificación, almacenamiento, cargue y descargue los materiales.

¹⁷ fl 574, ambas caras, del c. ppal. 2.

El costo de todos los acarreos de los materiales, tales como el asfalto líquido y los materiales pétreos utilizados en la construcción de afirmado, subbase, base, concreto asfáltico, concretos hidráulicos y obras de arte, deberá incluirse dentro de los análisis de precios unitarios respectivos, toda vez que no habrá pago por separado para el transporte de los mismos.

Los materiales, suministros y demás elementos que hayan de utilizarse en la construcción de las obras, deberán ser de primera calidad en su género y adecuados al objeto a que se destinen. Para los materiales que requieran procesamiento industrial, éste deberá realizarse preferiblemente con tecnología limpia. La totalidad de sus costos deberán estar incluidos en los ítems de pago de las obras de que trata la presente licitación pública. El proponente favorecido con la adjudicación del contrato se obliga a conseguir oportunamente todos los materiales y suministros que se requieran para la construcción de las obras y a mantener permanentemente una cantidad suficiente para no retrasar el avance de los trabajos.

El Instituto no aceptará ningún reclamo del constructor por costos, plazos, falta o escasez de materiales o elementos de construcción, o por cualquiera de los eventos contemplados en este numeral”.

(...)

7. Examen de los sitios

El proponente deberá inspeccionar y examinar el sitio y los alrededores de la obra e informarse por su cuenta acerca de la naturaleza del terreno y del subsuelo, 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 vías de acceso al sitio y las instalaciones que se puedan requerir, las condiciones del ambiente y, en general, sobre todas las circunstancias que puedan afectar o influir en el cálculo del valor de su propuesta

(...)

El hecho de que los proponentes no se familiaricen debidamente con los detalles y condiciones bajo los cuales serán ejecutados los trabajos, no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones.”¹⁸

55. Por su parte, el Anexo No. 2. “**ESPECIFICACIONES TÉCNICAS**” estableció puntualmente, en relación con el ítem de relleno seleccionado, lo siguiente:

“**ESPECIFICACIÓN PARTICULAR IP – RELLENO SELECCIONADO**

(...) El precio unitario deberá cubrir los costos por concepto de obtención de permisos de explotación de fuentes de materiales, pago de regalías, adquisición, suministro, transporte, colocación, humedecimiento y/o secamiento, y compactación del material proveniente de fuentes de materiales aprobadas por el Interventor y su eventual mezclado con los materiales provenientes de las excavaciones y/o préstamos laterales. Así como todos los demás costos necesarios para la correcta ejecución de los terraplenes. Todo lo demás como la especificación general”.

56. La anterior especificación indicó, con suficiencia, que los proponentes debían calcular sus precios unitarios considerando todos los costos enunciados –como transporte, tratamiento y colocación– pero, de manera particular, señaló que el material debía extraerse de fuentes aprobadas por la interventoría y su **eventual mezclado con los materiales provenientes de las excavaciones y/o préstamos laterales** (se resalta).

¹⁸ Pág. 29 a 33 de los pliegos de condiciones

De esta forma, desde los pliegos se estableció que dicha actividad podía hacerse, de forma alternativa, con materiales de las fuentes que autorizara el interventor y, eventualmente, se previó la posibilidad de mezclarlo con los materiales de las excavaciones, y/o con préstamos laterales.

57. Entonces, si el Consorcio Géminis concluyó que la conformación de los precios unitarios de este ítem sólo se podía ofertar con materiales resultantes de la excavación (para estar en el rango del 90% al 100% del presupuesto oficial), debió advertirlo así a la entidad al momento de analizar tales especificaciones, antes de comprometerse en el alcance reseñado; máxime sí, como lo indicó, su entendimiento se fundó en que los precios unitarios elaborados por el INVIAS, registrados en el formulario No. 1, no consideraban materiales ni transporte, y ello le hizo suponer que no había otra alternativa que utilizar el material de la excavación de la obra. El citado formulario¹⁹ señaló (núm. 9):

MINISTERIO DE TRANSPORTE
INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS
 Subdirección de la Red Nacional de Carreteras
 Dirección Territorial Santander

LICITACIÓN PÚBLICA No. SRN-110-2004

OBJETO: MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA CARRETERA OIBA - GUADALUPE, SECTOR K6+000 AL K10+500.

FORMULARIO No. 1
 PRESUPUESTO OFICIAL

No.	ESPECIFICACIÓN (INV 1998)	G.P.P.	ACTIVIDAD	UNIDAD	CANTIDAD (1)	PRECIO (2)	VALOR PARCIAL (1) * (2) = (3)
1	200	E	Desmante y Limpieza	Ha	3,0	1.586.670,00	\$ 4.760.010,00
2	201	E	Demolición de estructuras	un	40,0	144.272,00	\$ 5.770.880,00
3	210	E	Excavación en roca de la explanación, canales y préstamos	m3	2.050,0	11.592,00	\$ 23.763.600,00
4	210	E	Excavación en material común de la explanación, canales y préstamos	m3	7.200,0	4.082,00	\$ 29.246.400,00
5	211	E	Ramoción de Derrumbes	m3	1.300,0	2.411,00	\$ 3.134.300,00
6	220	E	Terraplenes	m3	1.170,0	4.100,00	\$ 4.797.000,00
7	900	E	Transporte de materiales provenientes de la excavación de la explanación, canales y préstamos, entre cien metros (100 m) y más metros (1000 m)	m3-E	1.500,0	540,00	\$ 810.000,00
8	900	E	Transporte de materiales provenientes de la excavación de la explanación, canales y préstamos, para distancias mayores de mil metros (1000 m)	m3-km	21.000,0	1.100,00	\$ 23.100.000,00
9	1P	E	Relleno seleccionado	m3	12.100,0	29.000,00	\$ 350.900.000,00
							\$ 448.282.190,00

58. A juicio del actor, el precio de \$29.000 fijado por el INVIAS no podía abarcar todos los costos indicados en la especificación particular, pues éste solo alcanzaría en caso de que el material proviniera de la excavación de la obra; sin embargo, aunque tal limitación haría equivocada la especificación en sí misma –de cara al alcance indicado–, o el análisis del precio unitario efectuado por la entidad, lo cierto es que el entonces proponente guardó silencio. Ello fue analizado por el *a quo* al señalar que, “la determinación del valor de los precios unitarios se pactó entre las partes y si éstos no correspondían a la realidad, se debió a que el análisis de los mismos al momento de contratar no fue el más acertado, aún así en la audiencia respectiva ha debido la parte interesada efectuar las aclaraciones pertinentes para ajustar dichos valores”.

59. Lo anterior impone recordar, que la licitación es el escenario donde se lleva a cabo el proceso de conformación de la voluntad contractual, bajo la premisa de que, si bien tal procedimiento inicia con la determinación de un conjunto de análisis, necesidades y cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración - expresión del principio de planeación- en su recorrido y construcción involucra la

¹⁹ Fl. 236 del c. de pruebas 1.

participación fundamental y activa de los proponentes como expertos en las actividades, bienes o servicios que requiere el Estado; lo que explica, entre otros aspectos, el requisito de publicidad del que ha sido dotado este mecanismo de escogencia, pues apunta a que los interesados señalen a la entidad posibles yerros, omisiones o requerimientos de información del proyecto, que un experto en el objeto que se busca contratar debe estar en capacidad de advertir a la entidad pública respectiva.

60. Esta unión de necesidades y conocimientos, concreta el interés general que subyace las finalidades públicas perseguidas en los procesos de selección que adelantan las entidades estatales sujetas al EGCAP, para lograr la determinación más fiel del objeto a contratar y de los sujetos con capacidad de realizarlo; dicha conformación se proyecta en las diferentes etapas, oportunidades y audiencias que se llevan a cabo para afinar el proceso y sus reglas, y lograr así, conjuntamente, las precisiones necesarias tanto a nivel de requisitos y factores de escogencia, como en lo relacionado con la determinación de la estructura obligacional y, en ella, de manera relevante, lo que atañe a su contraprestación.

61. De ahí que sea posible afirmar que el principio de planeación, que se proyecta inicialmente en la elaboración de los estudios y análisis que deben preceder a la apertura del proceso de selección, se constituya, a su turno, en una carga de la que también es responsable el proponente y luego contratista, justamente de cara a su conocimiento especializado en la materia, y como expresión nítida del principio de buena fe en la etapa precontractual. Esta Subsección, ha sido prolija en señalar:

“Se puede afirmar que el principio de planeación en la contratación pública es bifronte, es decir, se traduce en una carga tanto para la entidad estatal como para el contratista, respecto de aquellos aspectos que compete definir a cada parte. La exigencia de obrar de acuerdo con el principio de planeación se predica en la formación del contrato y, de la misma forma, en la negociación de sus modificaciones y adiciones. Dentro del marco de la colaboración que compete al contratista, se encuentra igualmente sometido a respetar el principio de planeación, es decir, el contratista tiene la carga de analizar la suficiencia y consistencia de los estudios previos y de los precios presupuestados, en orden a definir su participación en la licitación y el contenido de su oferta; se entiende que es una carga, en el sentido de que el contratista no podrá desconocer los términos y condiciones que aceptó y mucho menos aquellos que negoció con la entidad pública”²⁰.

62. En el *sub lite*, se observa que el Consorcio Géminis no formuló inquietudes respecto al precio del ítem, no señaló la aparente discordancia entre el alcance de la especificación para *relleno seleccionado* y el valor presupuestado por la entidad en el formulario No. 1, ni pidió a la entidad pública aclarar su entendimiento en el asunto. Este silencio fue advertido por el Tribunal y no fue objeto de apelación por el actor, de modo que la conducta del Consorcio, al haber analizado a fondo la especificación y su correlativo precio unitario –llegando a la conclusión ya conocida– permite a la Sala considerar que lo ocurrido correspondió a una elección del proponente en presentar un precio unitario únicamente con materiales de excavación, asumiendo un riesgo de cara a las diferentes alternativas planteadas en la especificación; posición que se sostiene y reafirma al haber omitido la carga

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 8 de mayo de 2019. Exp. 25000-23-36-000-2013-02029-01(59309) C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

de expresar una inquietud de tal calibre a la entidad pública para su aclaración, ajuste, o corrección.

63. Justamente, a través del numeral 2.2. del pliego de condiciones, se hizo énfasis en dicha carga y deber, al indicar:

“si los proponentes encontraren discrepancias u omisiones en los documentos de la presente licitación o tuvieran dudas acerca de su significado o interpretación, deberán darlos a conocer en la audiencia para precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones”.

Recuérdese, además, que el numeral 3.8.3 de los pliegos, sub numeral 4, entre otras cuestiones, señaló que:

“El proponente establecerá las fuentes de materiales que, en caso de resultar favorecido, utilizará en la ejecución de la obra; por lo tanto, el Instituto no reconocerá costos adicionales por el cambio de dichas fuentes de materiales”.

64. De modo que, contando con la oportunidad y deber de expresar tales inquietudes, las cuales, indefectiblemente eran relevantes en torno a la definición del alcance que cubría la especificación particular de relleno seleccionado, la Sala no podría concluir en una inquietud no advertida, o colegir, como lo insiste el censor, en que lo usual en este tipo de obras era solo una de tales alternativas, y lo *anormal* era acudir a fuentes de cantera, aspecto que sin duda no tiene la aptitud de postularse como un evento admisible para generar un restablecimiento.

65. En este punto, es necesario subrayar que la propia estipulación particular *“IP relleno seleccionado”* confirma la posibilidad de que los materiales pudieran provenir de fuentes aprobadas por la Interventoría o, eventualmente, de mezcla con materiales resultantes de las excavaciones del proyecto, y/o de préstamos laterales; de suerte que, más allá de que el actor indicara que escogió la alternativa de uso común en la construcción en este tipo de obras, lo cierto es que las demás no revelan la anomalía que el Consocio atribuye en sede de *imprevisión*, de cara a las modificaciones presentadas en obra que, como se observa, estaban advertidas en la citada especificación.

66. Con todo, un adecuado análisis del entonces proponente y las revelaciones que sobre los precios unitarios del referido ítem eran de cargo del contratista, le imponía considerar, entre las fuentes de material, las más cercanas a la obra, como el caso de Piedraherrada, cantera identificada también en los estudios previos –elaborados por *AMERICAN GEOEXPLORATION*– que, al hacer el estudio geotécnico de materiales de construcción hizo las siguientes referencias (se transcribe literal, con eventuales errores):

“La principal fuente de recursos se encuentra sobre la vía Guadalupe – Oiba, adelante de la Hacienda La Trinidad. La Cantera “PIEDRAHERRADA” (ver foto 6) (...)

*La Caliza se utiliza para la obtención de cal, como triturado para base y subbase de carretera, mezclas, concreto estructural y/o asfáltico, rellenos y demás obras que las requieran, (...)*²¹
(se subraya).

²¹ Fl. 266 del c. 1 de pruebas.

67. Así que el Consorcio optó por definir el precio unitario bajo la alternativa de obtener los materiales de relleno seleccionado producto de la excavación, sin un análisis de la cantera Piedraherrada que era la más cercana a la obra —a 4,5 kms— con la que, finalmente, cumplió la especificación analizada.

68. De allí que la omisión en advertir las falencias que el Consorcio estimaba que existían en los precios del Invias, unido a la falta de diligencia al no considerar la cantera Piedraherrada en el APU respectivo (por su cercanía a la obra) según lo preveía la especificación, impiden la prosperidad de la reclamación que se analiza. Incluso, habrá de decirse, que los problemas que posteriormente surgieron respecto a la baja o inadecuada especificación de materiales que llevaron a la suspensión del contrato el 4 de mayo de 2005, se referían a la calidad de los materiales para base granular y no para relleno seleccionado pues, se itera, la fuente de material de la cantera Piedraherrada sí cumplía con las especificaciones de relleno seleccionado, como lo declaró la actora en los hechos de su demanda al señalar:

“Como el material de la excavación del sitio de las obras no sirvió, tal y como es de conocimiento del interventor de la obra y del INVIAS, se recurrió a la fuente más cercana que era la cantera Piedra Herrada localizada a 4,2 km del centro de la masa de la obra. El costo real del material para relleno seleccionado con la cantera Piedra Herrada, entre el 20 de enero de 2005 fecha de inicio de la obra y el 21 de Julio del mismo año fecha en la cual se modificó el contrato base estabilizada fue de \$58'864.800 en costo directo (...)”²².

De manera que no es admisible un reclamo fundado (i) en las propias determinaciones y riesgos asumidos por el contratista, (ii) en su falta de previsión respecto de alternativas que, debiendo haber sido consideradas, no lo fueron al momento de conformar los precios unitarios respectivos; y (iii) sin que mediara solicitud de aclaración, corrección o ajustes respecto del alcance y valor de dicha especificación.

69. Igualmente, el censor reprochó al Tribunal no haber tenido en cuenta las circunstancias reales que llevaron a la suspensión del contrato; indicó que confió en la información de los estudios previos efectuados por American Geoexploration que informaban que la cantera Piedraherrada sí cumplía con las especificaciones para ser usada en todos los materiales que requería el proyecto y, junto con la visita de obra, definió los precios unitarios para el ítem de base granular, presupuestando el transporte para una distancia de 4,5 km, pero las condiciones de los materiales superaron toda previsión.

Refirió que la suspensión acordada fue expresión de su buena fe, para llegar a una solución respecto de la fuente de materiales que permitiera realizar la actividad contratada, pues las diversas canteras no cumplían las especificaciones exigidas por la norma INVIAS, lo que generó mayores costos a los previstos.

70. Al respecto, observa la Sala que en el análisis del Tribunal sí se tuvieron en cuenta las situaciones que condujeron a la suspensión del contrato el 4 de mayo de 2005, solo que a juicio del *a quo* la problemática asociada a los materiales de cantera no podía atribuirse a situaciones imprevistas pues, de acuerdo con el

²² Fl. 26 del c. pal 1

numeral 3.8.3. de los pliegos de condiciones, el contratista estaba obligado a realizar el *examen de los sitios*, debiendo inspeccionar el lugar donde habría de desarrollarse la obra, informarse de la naturaleza del terreno, del subsuelo, su localización, las fuentes de materiales, entre otros aspectos (fl. 574 del c. ppal. 2). Asimismo, señaló que la propuesta del Consorcio, de pasar de base granular a base estabilizada, se hizo acordando nuevos precios; por lo cual, no había lugar a más reconocimientos.

71. Al respecto, y reafirmando la calidad de experto del contratista, es necesario precisar que si bien tiene la responsabilidad de desplegar una conducta diligente en orden a realizar el examen de la zona de los trabajos, considerar si hay zonas de montaña, la maquinaria y equipos requeridos, informarse de las condiciones del terreno, el estado de las vías de acceso, los índices de movilidad y tránsito vehicular, las fuentes de materiales a las que era posible acudir, la mano de obra disponible, los precios de mercado, las condiciones climáticas, sociales, entre otras, de dicho examen no hacen parte situaciones cuyo conocimiento imponga la realización de estudios especializados que van más allá de aquellos que en dicha etapa es posible realizar y conocer, lo que debe ser analizado en cada caso. A su turno, y en ello se debe enfatizar, no podrá decirse que todo aquello que acontezca en curso de la obra escape a tal conocimiento inicial, pues lo cierto es que la dinámica constructiva lleva inmersa la adopción de decisiones que pueden ser cambiantes en curso del proyecto, de modo que no cualquier cambio relevante implica, de suyo, un evento sobrevenido.

72. En esta línea, en los estudios previos de la licitación se consideró a la cantera Piedraherrada como referente más próximo a la obra, y así dio cuenta el estudio geotécnico de materiales de construcción realizado por *AMERICAN GEOEXPLORATION* que, como atrás se vio, llevó a cabo la caracterización de los materiales encontrados en la zona indicando que esa cantera “*se dedica a la explotación de calizas principalmente biomicríticas (...). La Caliza se utiliza para la obtención de cal, como triturado para base y subbase de carretera, mezclas, concreto estructural y/o asfáltico, rellenos y demás obras que las requieran*” (núm. 66 de esta providencia).

Igualmente, en dicho estudio se indicó (se transcribe literal, con eventuales errores):

“La cantera Piedraherrada, trabaja a pequeña escala; allí se halla 3 bancos principales de caliza con espesores que varían entre los 3.5 y 4 metros intercalados con pequeños niveles de shales con concreciones que no superan los 80 cm de espesor.

La cantera no presenta un método de explotación específico, para lo cual se utiliza dinamita como explosivo para remover el material, el cual es transportado en grandes bloques a la trituradora, obteniendo ese material grueso bien seleccionado, el grave inconveniente que presenta esta trituradora es su pequeño alcance para la demanda que ofrece dicha cantera, lo cual le resta efectividad y retarda su producción.

Los niveles de Caliza a partir de la cantera, como reserva natural siguen una dirección NNW con poca pendiente (...) con características semejantes a la de la cantera, para lo cual se sugiere un estudio más profundo para determinar reservas medidas, las estimadas, control de calidad, manejo de la explotación optimización de la planta de triturado, seguridad industrial control de calidad e impacto ambiental.

Otra fuente material a explotar se ubica en La Floresta al lado izquierdo de la vía Oiba - Guadalupe. este material consiste en las mismas calizas masivas de la cantera Piedraherrada, con la diferencia de que el volumen de material limoarcilloso y de capa vegetal es considerable (...) actualmente se halla abandonada, pero se puede recomendar (a conveniencia) para la extracción de material, aunque se debe realizar un descapote de hasta 1m (...).

También es importante considerar el material de construcción que ofrece el río Suárez cuando hace su paso por el municipio de Guadalupe (ver tabla 4), aprovechándose como recurso natural seleccionado redondeado y medianamente calibrado. Para esta explotación se debe aprovechar las épocas de verano, pero se debe tener en cuenta el respeto al cauce natural del río (...)²³

73. En la siguiente tabla, del mismo informe, se registró el resultado del “ESTUDIO DE FUENTES DE EXPLOTACIÓN (MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN)” para la cantera Piedraherrada:

Tabla 2. ESTUDIO DE FUENTES DE EXPLOTACION (MATERIALES DE CONSTRUCCION)

Carretera: Oiba – Guadalupe.
 Nombre: CANTERA PIEDRAHERRADA
 Departamento: Santander Municipio: Oiba
 Abscisa: 4 K delante de la Trinidad de Guadalupe a Oiba, margen izquierda
 Propiedad: PRIVADA.
 Descripción del material: Calizas masivas color gris oscuro.
 Volumen sin estimar.

	Unidades homogéneas de explotación				
	Suelo	Roca Meteorizada	Unidad A	Unidad B	Unidad C
ESTADO DE EXPLOTACION					
Sin Explotar			X		
En explotación					
Abandonada					
METODO DE EXPLOTACION					
Explosivos			X		
Mecánico					
Gravedad					
Otros					
METODO DE PROCESADO					
Fracturación manual					
Explosivos			X		
Trituración					
Selección					
Lavado					
Ninguno					
USOS POSIBLES					
Mezclas			X		
Relleno			X		
Sub-base			X		
Base			X		
Concreto estructural			X		
Concreto asfáltico			X		

74. Se advierte de la caracterización de la fuente de materiales efectuada para la dicha cantera, que ésta se encontraba en estado de explotación, con método de explosivos, procesamiento mediante trituración y, en efecto, hizo referencia entre los “USOS POSIBLES” a mezclas, rellenos, sub -base, base, concreto estructural y concreto asfáltico. A su vez, el estudio culminó con las siguientes conclusiones y recomendaciones:

La explotación se lleva a cabo mediante uso de explosivos, una trituradora pequeña que no satisface la demanda del material que se extrae, el agua se obtiene del río Oibita que se encuentra a pocos metros. Se recomienda que la explotación continúe hacia el río Oibita, y se sugiere la realización de un estudio profundizado de la fuente, tomándose así las medidas preventivas para mayor estabilidad del terreno, y mayor eficiencia de la explotación.

75. Conforme a lo anterior, es posible advertir que los estudios geotécnicos no identificaron como única fuente de material a la cantera Piedraherrada, como

²³ FI. 266 a 269 del c. de pruebas 1 (AZ).

equivocadamente lo asevera la parte apelante, además, indicaron la necesidad de avanzar en un estudio más profundo de la fuente respecto del terreno y de su capacidad de producción; de manera que se trató de una decisión del contratista presupuestar los precios unitarios de la base granular con materiales de dicha cantera pues, en todo caso, era de su cargo la determinación de las fuentes de materiales en los términos establecidos en el pliego, asentidos por el proponente.

76. Ahora, la Sala no considera, como lo hizo el *a quo*, que las problemáticas asociadas a la calidad de los materiales y sus fuentes, se generaron a raíz del incumplimiento del Consorcio de su obligación de realizar un adecuado *examen de los sitios* (sub numeral 7 del numeral 3.8.3 de los pliegos) pues, como atrás se indicó, la diligencia de informarse del estado de la zona y las fuentes de materiales, entre otros aspectos, no le permitían en ese momento advertir las dificultades asociadas a la inadecuada o baja especificación de los materiales de la región, de cara a la norma técnica INVIAS, pues era necesario para ello, la realización de sendos exámenes de laboratorio que así lo definieran. Baste decir que, ni siquiera en el estudio geotécnico de materiales analizado se podía desprender una circunstancia como la acontecida, siendo recomendación del consultor ahondar en los dichos estudios; lo anterior permite colegir que tal dificultad realmente escapaba a las previsiones de ambas partes y se concretaba en un evento configurativo de la teoría de las sujeciones imprevistas.

77. Sin embargo, y en ello acierta el Tribunal de primer grado, las partes adoptaron las medidas a su alcance para superar tales dificultades y, en primer término, acordaron suspender el contrato mediante el acta de suspensión No. 1, por 20 días –del 4 al 24 de mayo de 2005–, tiempo en el cual acordaron “*QUE EL CONTRATISTA HARÁ EL DISEÑO DE LA ESTRUCTURA DE PAVIMENTO CON BASE ESTABILIZADA, EL DISEÑO DE LA BASE ESTABILIZADA Y UN ANÁLISIS DE FACTIBILIDAD TÉCNICO-ECONÓMICA DE DICHA ALTERNATIVA*” y, de tales resultados, en segundo lugar, convinieron incorporar al contrato ítems no previstos, junto con sus precios respectivos, bajo análisis de mercado realizados por el contratista.

78. La Sala estima necesario, en este punto, incorporar al presente análisis, el cargo de la apelación denominado “*costo de los estudios técnicos adicionales*”, (numeral 10 del primer capítulo de la impugnación) en la medida que está íntima y sustancialmente relacionado con las medidas adoptadas por las partes para superar las dificultades materiales en obra que, en efecto, acontecieron, como atrás fue advertido. Dicho reproche se sustenta, justamente, en la inconformidad del censor con la determinación de las causas de la suspensión No. 1 efectuada por el *a quo* (tratada en precedencia) y la obligatoriedad de que Invias pagara los estudios adicionales que el consorcio realizó para la estructura con base estabilizada con cemento, pues no se reconoció valor alguno por ellos.

79. Al revisar los antecedentes que condujeron a la suspensión del contrato el 4 de mayo de 2005, se observa que el contratista inició las actividades de caracterización de los materiales a utilizar en relleno seleccionado y base granular, luego de impartida la orden de inicio de contrato del 20 de enero de 2005.

De acuerdo con la comunicación *Oiba 015* del 22 de febrero de 2005, la Interventoría indicó al contratista lo siguiente (transcripción literal, incluidos eventuales errores):

“Revisada la información remitida mediante este, correspondiente a los ensayos de laboratorio, para la caracterización de los materiales a utilizar para relleno seleccionado y base granular, la Interventoría aprueba el material propuesto para relleno seleccionado y solicita el inicio inmediato de la conformación de la sub rasante empleando dicho material. Respecto al material para base granular solicitamos implementar en la cantera un proceso de trituración que permita obtener un material cuya curva granulométrica sea uniforme y sensiblemente paralela a los límites de la franja especificada por el INVIAS”²⁴

80. Luego, el 14 de marzo de 2005, la interventoría le manifestó al Consorcio Géminis, en comunicación *Oiba-031-05*²⁵, que:

“En vista de que a la fecha el Contratista no ha entregado la totalidad de los resultados de los ensayos de laboratorio para caracterización de los materiales de relleno seleccionado y base granular, la Interventoría llevó a cabo dichos ensayos.

Los ensayos de laboratorio realizados por la interventoría de los materiales de la cantera “Piedra Herrada” la cual fue propuesta por el contratista para extraer materiales de relleno seleccionado y base granular dan los siguientes resultados (...)

Estos resultados indican que el material no es apropiado para su utilización como base granular. Por otra parte, continuamos a la espera del resultado del ensayo de CBR de laboratorio para el relleno seleccionado, para determinar si este material cumple con la totalidad de las especificaciones para su utilización en esta actividad (...) solicitamos agilizar las gestiones necesarias para garantizar un material que cumpla los requerimientos del INVIAS y remitir a esta interventoría los nuevos ensayos para revisión y observaciones. Actividad que debería realizarse a la mayor brevedad considerando que la conformación de la capa de base granular debe iniciarse en próximos días.

Le recordamos que contractualmente los ensayos de las fuentes de materiales se debían entregar para revisión de la interventoría antes de la orden de iniciación del contrato”

81. El 1 de abril de 2005, el laboratorio E.I.E. Echevery Ingeniería y Ensayos Ltda. entregó al contratista constructor el reporte de resultados obtenidos de los ensayos de caracterización *de un material granular enviado de la obra de la referencia*, el cual arrojó las siguientes conclusiones, sin considerar el ensayo de resistencia al ataque de los sulfatos que aún estaba en proceso de análisis:

“De acuerdo con los parámetros chequeados, el material puede ser utilizado como afirmado e inclusive como subbase granular en estructuras de pavimento de acuerdo con las especificaciones INVIAS artículo 300.

Para ser utilizado como base granular se requiere disminuir la plasticidad y aumentar el equivalente de arena mediante la adición de arena aluvial en un mínimo de 20% del peso seco y suelto del granular a mejorar; sin embargo, se debe realizar los chequeos antes de iniciar la colocación. (...)”²⁶

82. Posteriormente, fueron entregados los ensayos de equivalente de arena, el 11 de abril de 2005, en los que se concluyó, entre otros aspectos, lo siguiente:

“El material referenciado como 7 base + 2 fino de cantera + 1 arena de trituración presenta un equivalente sensiblemente por debajo del especificado, sin embargo

²⁴ Fl. 145 del c. papal 1.

²⁵ Fl. 279 del c. de pruebas 1.

²⁶ Fl. 272 del c. de pruebas 1.

(...) el material puede ser utilizado como relleno estructural de base granular si los demás parámetros geocánicos se encuentran dentro de la especificación.

En la muestra referenciada como 7 bases + 3 finos de cantera, el equivalente se encuentra más alejado de la norma de especificación (...) si se requiere adicionar material para mejorar las características del mismo, se recomienda la adición de arena o mezclar el material de base con un 1% de cal, (...)

De los materiales enviados, se recomienda utilizar el denominado 7 base 2 fino + 1 arena de pescadero, o mejorar la base sin adición de fino de trituración y cambiar este portal o cemento (...)²⁷.

Efectuados los ensayos de laboratorio de diferentes fuentes de materiales como Piedraherrada, Las Vegas ubicada en el municipio de Vado Real, y Los Pinos en Pescadero, se advirtió por el Consorcio y la interventoría que no se logró el parámetro del equivalente de arena. En otros casos, la fuente de materiales se alejaba más de la especificación de la norma, o la cantera estaba muy distante del centro del proyecto.

83. Así, en oficio del 25 de abril de 2005, radicado en el Invias el 27 de abril siguiente, el constructor señaló a la interventoría que *“en el caso concreto de la base granular, la única manera que ese ítem se puede elaborar al costo del presupuesto oficial es trabajando con la cantera de Piedra herrada, pues cualquier otra fuente pasaría el precio debido al incremento del sobre acarreo (...); en los comités de obra, en especial los del 01 y 12 de abril del presente, en los cuales se ha discutido ampliamente lo correspondiente a los materiales, le recordamos lo siguiente:*

- ✓ La caracterización de los materiales correspondientes a las fuentes tanto de Piedra Herrada (cantera oficial para el contrato), como de la fuente Las Vegas ubicada en el municipio de Vado Real 38 Km del centro de gravedad del proyecto, fue entregada en el comité del 1 de abril con oficios OIBA – 038, 040 y 041 – 05 (se anexan copias), lo que quedó también registrado en el acta de comité de obra.
- ✓ En este comité se evidenció que la base granular triturada de la cantera de Piedra Herrada cumplía todos los parámetros excepto el equivalente de arena, para lo cual se inició a trabajar en conjunto para obtener la solución mediante mezclas con arena de pescadero o otras fuentes como el Río Fonce en San Gil y arena de Baraya, de lo cual ustedes están absolutamente enterados. Cabe anotar que con estas mezclas no se obtuvieron resultados satisfactorios al respecto.
- ✓ Pese a los inconvenientes, el consorcio ha venido realizando el mejor esfuerzo para que el INVIAS no incurra en costos adicionales en el desarrollo del contrato.

Si se revisan cuidadosamente los ensayos de caracterización efectuados al material de las fuentes de Vado Real (siguiente fuente más cercanas al proyecto), claramente se nota que los materiales están mucho más alejados de la especificación, especialmente en lo referente al incumplimiento del análisis de desgaste en la máquina de los ángeles y otros ensayos correspondientes a la norma, lo que involucra riesgos inadmisibles con su uso.

Otras soluciones pueden ser:

- ✓ Cambio de estructura de base granular a base estabilizada con cemento
- ✓ Compra de base Granular en Planta de Trituración Los Pinos de Coviandes en Pescadero a 120 Km del centro de gravedad del proyecto.

Cabe anotar que el sobre costo en transporte no es posible ser asumido ya que esto corresponde a mas del 45% del valor del contrato.

Sobre costo = 120 Km x \$ 1.100/M³ – Km x 6.956 M³ x 1.3 (factor de expansión)

Sobre costo = \$ 1.193'649.600,00 (a precios contractuales)

²⁷ Fl. 272 del c. de pruebas 1.

84. Luego, en el comité de obra celebrado el 27 de abril de 2005, de cara a las posibles soluciones a la ruta crítica de la obra, se avaló la propuesta del constructor de pasar de base granular a base estabilizada; el mismo Consorcio Géminis en comunicación remitida posteriormente a la Interventoría, señaló que tal modificación fue una de las alternativas de su propuesta para la solución a los inconvenientes – descartando que se tratara de una imposición de la Administración en ejercicio del *ius variandi*–. Precisamente, al hacer el recuento de los sucesos relacionados con las bajas e inadecuadas especificaciones de material para base granulada y su solución, señaló (transcripción literal, incluidos eventuales errores):

“(…) En reunión sostenida en el Invias con la Interventoría y las supervisoras del proyecto (...), el 27 de abril, se propuso por parte del contratista estudiar una solución de base estabilizada que utilizara los materiales de las canteras disponibles de Piedraherrada, Las Vegas y el Cucharó en el municipio de Socorro. Se acordó suspender el contrato por 20 días para realizar el diseño de la base estabilizada, el diseño de la estructura de pavimentos respectiva y la evaluación de la factibilidad técnico económica de la nueva propuesta, suspensión que tuvo efecto a partir del 4 de mayo. Todo esto con el ánimo de lograr una solución que hiciera viable el proyecto dentro de una racionalidad de costos tanto para el Invias como para el contratista. (...)

Los estudios de la base estabilizada requerían de la recopilación de muestras, elaboración de briquetas con diversos porcentajes de cemento y ensayos de los mismos, granulometrías, plasticidades; con el resultado de los ensayos se requería el diseño de la estructura de pavimentos. Dicho informe junto con la primera aproximación de precios y costos se remitió con oficio el 28 de mayo a la interventoría (...) Con oficio de junio 4, nuevamente se enviaron a la interventoría estudios de análisis de precios y alternativas de las diversas fuentes, con las correcciones del caso. (...)

Paralelamente se realizaron todos los trámites de comparación de precios, pactación de precios y los trámites de las actas respectivas, (...) radicándose el 7 de Julio en el Instituto Nacional de Vías los documentos respectivos. Dichos documentos fueron revisados por el INVIAS y corregidos en 2 oportunidades para ajustarse en un todo a las condiciones legales del contrato y a la presentación de forma de los precios y las actas obteniéndose el memorando de aprobación de precios el 21 de Julio (...)”²⁸ (se subraya).

85. De esta forma, es posible advertir, que en la comunicación del 25 de abril de 2005 el contratista señaló dos posibles soluciones a estas dificultades, una dirigida al cambio de base granular a estabilizada -lo que llevaría a fijar nuevos ítems y precios-; y otra, referida a la compra de la base granular en la planta de trituración Los Pinos en Pescadero, a 120 Kms del centro del proyecto. Respecto de esta segunda alternativa, precisó que por tal distancia “*el sobre costo en transporte no puede ser asumido*”.

Este panorama, analizado en el comité de obra del 27 de abril de 2005, llevó a avalar la primera propuesta del Consorcio Géminis para racionalizar los costos de las modificaciones y buscar una solución totalizadora a través de la fijación de nuevos ítems y precios unitarios para ellos, con la que se superaría enteramente la problemática de materiales, fuentes y transporte.

86. Razona la Sala, en este contexto, que todos los aspectos relacionados con el cambio de base granular a base estabilizada debían ser analizados por el consorcio, quien se comprometió, como él mismo describió, a elaborar los estudios, comparación de precios, alternativas de diversas fuentes; y dentro de sus análisis,

²⁸ FI. 233 a 234 del c. ppal. 1

indicó que con el resultado de tales ensayos (granulometrías, muestras, porcentajes de cemento etc.), se *“requería el diseño de la estructura de pavimentos”*, así formuló el primer ejercicio de aproximación de precios y costos. En esos términos, el actor presentó a la interventoría y a la entidad contratante la estructura de los precios nuevos con los cuales podría cumplir con el objeto del proyecto.

87. Sirva todo lo dicho para indicar, que la aprobación de los nuevos precios unitarios convenidos, incluida la etapa de suspensión y las actividades por las cuales ésta fue acordada –elaboración de estudios–, fue justamente la medida a través de la cual las partes corrigieron la situación imprevista relacionada con las dificultades de las especificaciones de materiales para base granular en las diversas fuentes de la zona; sirviéndose para ello de las investigaciones y análisis realizados en marzo, abril y mayo de 2005, los cuales le permitían conocer el estado de las canteras, la productividad y límites de cada una, los actuales eventos climáticos y precios de mercado, llevando a definir, así mismo, el porcentaje de materiales que cada cantera aportaría para la consecución del fin contractual.

88. Hay que subrayar que la suspensión del contrato del 4 al 24 de mayo de 2004 tuvo un propósito expreso, que el contratista determinara el diseño de la estructura de pavimento con base estabilizada, el diseño de la base estabilizada y el análisis de factibilidad técnico - económica de tal alternativa, como fue acordado; y, paso seguido, se convinieran los respectivos precios no previstos.

De modo que, el alcance expresado en tal suspensión pone al descubierto la dimensión real de la manifestación de voluntad del contratista que culminaría con la determinación de los nuevos precios, los cuales incluirían todos los aspectos relacionados con la base estabilizada y su factibilidad de ejecución, incluyendo, por supuesto, el diseño de base estabilizada en la medida en que el ítem se presupuestó como obra nueva, esto es, debiendo incorporar todos los costos asociados a la actividad, de forma completa, sin omitir algún factor o variable vinculada necesariamente al análisis y elaboración de los costos y precios de tal actividad, menos aun cuando dicha medida tenía por finalidad viabilizar las actividades del contrato en ese punto.

89. Así que los mayores costos que pudieron generarse en dicha etapa y que, según el actor, Invias reconoció al contestar la demanda, no requieren de examen pues de haber tenido lugar, (i) frente al relleno seleccionado, sus costos eran parte del riesgo asumido con la oferta presentada y provinieron de la conducta omisiva del contratista, como atrás se indicó, por tanto, existentes o no, los debe asumir el contratista; y (ii) respecto de la base estabilizada, se pactaron nuevas actividades y precios que cubrían enteramente tal modificación, incluyendo los estudios realizados para convenir en los nuevos ítems; así que frente a tal cambio, no procede una nueva reclamación, en los términos expuestos.

90. No hay duda que a través del *“Acta de fijación de precios no previstos”*, las partes remediaron el estado de dificultad que estaba afectando la obra, como fue reconocido por el *a quo* y como esta Subsección acompaña, pues con la determinación de nuevas actividades a precios de mercado se estableció, *en un*

todo, la vía de superación integral de tales inconvenientes, en la forma en que se consideró que era equilibrada para ambas partes del contrato; pero de ninguna manera guardándose el contratista reclamaciones posteriores, de cara al punto de negociación por ellas alcanzado; razón por la cual, los dos cargos de la alzada analizados bajo este título serán desestimados.

(ii) Mayores costos generados por sobre-acarreo de la mezcla asfáltica MDC2 (mezcla densa en caliente ítem 13 especificación 450-02P)

91. El censor adujo que, (a) para la época de presentación de la oferta operaba una planta en el sitio denominado Berlín, aproximadamente a 40 km del centro de la obra, y (b) que fue imprevisible para éste, que al momento de la ejecución del ítem de asfalto, 14 meses después de presentada la oferta, se hubiera presentado el desmonte de dicha planta; así que (c) indicó que a 80 km se encontraba una planta en Charalá, pero la autorizada por la interventoría fue la ubicada a 96 kms de la obra.

92. Reprochó que el Tribunal (i) se limitara a señalar que tal circunstancia fue producto de la falta de previsión del contratista, citando el numeral 3.8.3, sub numeral 4, referido a las fuentes de materiales, pues éste no aplicaba para la *Masa Densa en Caliente*; (ii) que no se hiciera valoración alguna de los soportes que acreditaban el sobre costo en el fallo de primer grado; y (iii) que ignoró el reconocimiento que el Invias hizo al contestar la demanda, informando que la planta asfáltica más cercana que cumplía las normas era la ubicada a 96 km, como también los mayores costos que ello representó. Por lo anterior, insistió en que se debía pagar el mayor acarreo de 71 km para mezcla densa en caliente, pues ofertó 25 km de transporte y, según cuentas de cobro ello ascendió a \$60'041.150 pesos M/Cte.

93. En primer lugar, advierte la Sala que el sub numeral 4 del numeral 3.8.3., al desarrollar los aspectos que debían considerar los proponentes para definir los precios unitarios de su propuesta, se refirió, en general, a los materiales requeridos para adelantar el proyecto, entre éstos, los provenientes de fuentes de cantera y todos los asociados a la construcción de la obra; para los efectos, señaló de manera ilustrativa, no restrictiva, lo siguiente:

“El costo de todos los acarreos de los materiales, tales como el asfalto líquido y los materiales pétreos utilizados en la construcción de afirmado, subbase, base, concreto asfáltico, concretos hidráulicos y obras de arte, deberá incluirse dentro de los análisis de precios unitarios respectivos, toda vez que no habrá pago por separado para el transporte de los mismos” (se subraya).

Los materiales, suministros y demás elementos que hayan de utilizarse en la construcción de las obras, deberán ser de primera calidad en su género y adecuados al objeto a que se destinen. Para los materiales que requieran procesamiento industrial, éste deberá realizarse preferiblemente con tecnología limpia. La totalidad de sus costos deberán estar incluidos en los ítems de pago de las obras de que trata la presente licitación pública. (...)” (resaltado añadido).

94. Evidentemente, ninguna razón existiría, de cara a lo expresado en el sub numeral 4 que se analiza, para entender excluida de estas reglas al ítem correspondiente a la mezcla densa en caliente MDC-2; de manera que, el examen

del cargo sí es compatible con el numeral 3.8.3. de los pliegos, a diferencia de lo indicado someramente por el censor; no siendo extraña su aplicación en los términos que señaló el *a quo*, pues en efecto era parte de su responsabilidad haber analizado la ubicación de diferentes plantas de asfalto en la zona y haberse informado debidamente sobre ellas.

95. Esta pauta se enlaza, de cara a los acontecimientos *sub examen*, con el principio y carga de planeación del que entra a participar el proponente en la etapa precontractual, escenario donde su diligencia, experiencia y buena fe son de máxima preponderancia, pues llenan de contenido y explican la función técnica y jurídica de la visita obligatoria a la obra, exigida en los pliegos; y permite analizar la conducta del contratista en orden a valorar su diligencia en adelantar las negociaciones con sus proveedores.

96. Sobre el primer asunto, hay que señalar que cuando se prevé la visita al sitio de los trabajos, la entidad pública busca que el proponente se informe debidamente de las condiciones físicas, sociales, climáticas y de terreno, así como de los materiales y servicios que en caso de resultar adjudicatario deberá adquirir y contratar para la ejecución de la obra. De allí que, para Sala, cuando los pliegos establecen la visita a la obra de forma obligatoria, están plasmando un criterio de diligencia razonable que, aun cuando no fuera pedido, se estima sensato como parte de la agenda de un proponente serio y responsable para hacer iguales ofrecimientos con su propuesta.

97. De lo anterior, emerge que la obligatoriedad de la visita a la zona de obra no se agota con la simple presencia del proponente en dicho lugar, sino que debe estar orientada al cumplimiento de las finalidades de inspección y examen de los sitios, que en el caso concreto, entre otras estipulaciones, fue expresado en el alcance del sub numeral 7, del pluricitado numeral 3.8.3. de los pliegos al indicar que:

“El proponente deberá inspeccionar y examinar el sitio y los alrededores de la obra e informarse por su cuenta acerca de la naturaleza del terreno y del subsuelo, 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 vías de acceso al sitio y las instalaciones que se puedan requerir, las condiciones del ambiente y, en general, sobre todas las circunstancias que puedan afectar o influir en el cálculo del valor de su propuesta”.

98. Por manera que, la conducta que se espera de un contratista diligente impone que en dicha visita se informe de todos los aspectos atrás indicados, acudiendo a proveedores y pidiendo cotizaciones de materiales y servicios, pues de qué otra manera podría entenderse soportado el análisis puntual de sus precios unitarios, o la definición, p. ej. de la maquinaria y equipos requeridos en una zona de obra montañosa, o con pendientes en determinados sectores.

Por ello, tal visita debe ser afrontada y cumplida, de una parte, bajo la mira de que quienes quieran proponer conozcan, como parte del negocio, los lugares y características donde el contrato será ejecutado; y de otra, que no sea posible que situaciones que podían ser advertidas en la visita se trasladen al campo de las reclamaciones pues allí se exige su completa diligencia, máxime que no acude a

ella un inexperto enviado sólo a cumplir un requisito, sino alguien versado en estas materias con la capacidad de atender el propósito y alcance del denominado “examen de los sitios”.

99. Al analizar el *sub examen*, varias circunstancias llaman la atención de la Sala; la primera, se refiere al hecho de que a partir de la visita no se haya analizado por el proponente y, a la postre, tampoco considerado en los precios unitarios ofertados, ni siquiera la planta de asfalto Berlín a la que se refiere el apelante, y que era la más próxima al proyecto.

Ello por cuanto, el Consorcio Géminis estableció en el análisis de precios unitarios del ítem que se analiza el transporte del material *hasta 25 kms*, pero la planta de asfalto más cercana –Berlín– se encontraba a 40 kms del centro de la obra; así lo reveló el actor tanto en su demanda como en la alzada, en los siguientes términos:

“En la fecha de presentación de la oferta operaba una planta en un sitio denominado Berlín, aproximadamente a 40 km del centro de la obra. El unitario del consorcio contemplaba transporte hasta 25 km de acarreo.”²⁹

100. En efecto, al revisar el formulario del precio unitario presentado por el contratista, lo que se advierte, a diferencia de lo exigido en el *examen de la obra*, es un ejercicio meramente matemático que no se compadece con la diligencia y responsabilidad con la que debía construir los precios de su propuesta; lo anterior, por cuanto se toman los valores máximos del presupuesto, los que, luego se desagregan para indicar a cuántos kilómetros equivale el valor total que estima es posible ofertar, proponiendo una cifra, como dato numérico, desprovista de la realidad de la distancia de la planta más próxima y de una averiguación del estado de la misma.

OBJETO: Mejoramiento y Pavimentación de la Carretera Oiba - Guadalupe, Sector K6+000 al K10+500
 CARRETERA - OIBA - GUADALUPE

ITEM : 450 - 02P
 Mezcla Asfáltica MDC - 2

UNIDAD : M³

I. EQUIPO				
Descripción	Tipo	Tarifa/Hora	Rendimiento	Valor-Unid.
Terminadora		65.000,00	30,00	2.166,67
Compactador de Rodillo		45.000,00	30,00	1.500,00
Compactador de llantas		45.000,00	30,00	1.500,00
Herramienta menor				1.172,50
Señalización				9.000,00
Sub-Total				15.339,17

II. MATERIALES EN OBRA				
Descripción	Unidad	Precio-Unid.	Cantidad	Valor-Unid.
Mezcla densa en caliente tipo MDC - 2	M3	170.000,00	1,27	215.900,00
Sub-Total				215.900,00

III. TRANSPORTES					
Material	Vol-peso ó Cant.	Distancia	M ³ -Km	Tarifa	Valor-Unid.
Transporte hasta 25 Km	1,27	25,00	31,75	846,15	26.865,26
Sub-Total					26.865,26

IV. MANO DE OBRA					
Trabajador	Jornal	Prestaciones	Jornal Total	Rendimiento	Valor-Unid.
Cuadrilla	140.000,00	1,56	218.400,00	30,00	7.280,00
Sub-Total					7.280,00

Total Costo Directo 265.384,43

V. COSTOS INDIRECTOS			
Descripción	Porcentaje	Valor Total	
Administración	0,22	58.384,57	
Imprevistos	0,03	7.961,53	
Utilidad	0,05	13.269,22	
Sub-Total			79.615,33

Precio unitario total aproximado al peso 345.000

NOMBRE DEL CONTRATISTA: CONSORCIO GÉMINIS
 FECHA: DICIEMBRE DE 2004
 NOMBRE Y FIRMA DEL REPRESENTANTE LEGAL: FRANCISCO ACOSTA NEIRA

²⁹ Fl. 30 del c. ppal. 1.

101. No es de recibo para la Sala una conducta precontractual como la indicada, pues ya sea que el entonces proponente haya menospreciado el papel que asumió frente al Estado al ofertar de la forma en que lo hizo, o que conscientemente haya creído que, aun proponiendo en desfase, ello podría ser reclamado planteando la diferencia de kilómetros recorrida, lo cierto es que ello no fue lo acordado en el contrato.

Y si, nuevamente, el consorcio consideraba que la única alternativa para ofertar estaba por fuera de las posibilidades del presupuesto oficial, tenía la carga de informarlo y de solicitar la aclaración, ajuste o corrección, y no simplemente proponer un precio unitario nacido de su falta de diligencia y de la omisión en advertir cualquier situación que estaba afectando, a su juicio, la conformación del presupuesto contractual; y, por supuesto, contraviniendo el principio de buena fe y responsabilidad que se exige tanto a contratante como a contratista.

102. Unido a lo anterior, surge una segunda circunstancia a analizar en el presente cargo, y es que, conforme a lo acontecido, es evidente que el contratista no llevó a cabo gestiones diligentes para garantizar la adquisición o negociación de este ítem de forma oportuna, pues tal como lo indica el actor en la propia alzada, al igual que lo señaló en la base de su demanda, el Consorcio Géminis conoció que *“en el momento de la ejecución del ítem de asfalto (14 meses después de presentada la oferta), la planta localizada en el sitio denominado “Berlin” había sido desmontada y por lo tanto dentro de las opciones para suplir la planta de Berlín, se encontró la planta de asfaltos de Corvías - Encovías (en Charalá) a 80 km y la planta de asfaltos de ingeniería de vías localizada a 96 km”*³⁰.

103. Para la Sala no es posible concluir que la visita y examen al sitio de las obras, y la definición de los precios unitarios del ítem *sub examen*, hubiese sido adelantada con una mínima diligencia, pues además de no considerar la verdadera distancia de la planta de asfaltos más próxima, como ya se dijo, ni siquiera hay evidencia de que el Consorcio se hubiera dirigido a dicha planta, o a otra, -por alguno de los medios en que podía hacerlo- para solicitar información sobre su producción, la capacidad de atender la demanda de material requerida en obra, o pedir cotizaciones en esa etapa precontractual.

Pero hay más, habiendo sido firmado el contrato el 17 de diciembre de 2004, es decir, con un panorama comercial definido y cierto, no se observa que el contratista entablara negociaciones para garantizar el suministro de la mezcla asfáltica MDC – 2 con la Planta Berlín o con cualquier otra, tal como se desprende de los documentos que militan en el expediente –*Documentos mayor distancia de acarreo mezcla densa en caliente MDC-2*³¹ aportados por la parte actora –cuadro 2B– con sus respectivos soportes.

³⁰ Fl. 616 del c ppal. 2

³¹ Fl. 324 a 384 del c. de pruebas 3. Revisado el capítulo de pruebas asociado a este ítem, en los folios indicados, la parte demandante aportó como soportes de su reclamación, entre otros documentos, unos comprobantes de control y despacho de material con la empresa Ingeniería de Vías S.A., ubicada a 96 Kms. del centro del proyecto y, en tal compendio, no se advierten soportes relacionados con cotizaciones o negociaciones con la Planta de Asfaltos de Berlín, seleccionada por el contratista al momento de conformar sus precios unitarios.

104. Tal circunstancia, desconoce una regla clara que fue establecida desde los pliegos y quedó incorporada en el contrato, sub numeral 7, del numeral 3.8.3, a partir de la cual se indicó:

“(…)

El proponente favorecido con la adjudicación del contrato se obliga a conseguir oportunamente todos los materiales y suministros que se requieran para la construcción de las obras y a mantener permanentemente una cantidad suficiente para no retrasar el avance de los trabajos.

El Instituto no aceptará ningún reclamo del constructor por costos, plazos, falta o escasez de materiales o elementos de construcción, o por cualquiera de los eventos contemplados en este numeral”. (se subraya).

105. Al respecto, aunque no se conoce el momento preciso en el que, según el actor, fue desmontada la planta de asfalto Berlín, lo cierto es que la ubicación y elección de ésta, o de otra planta, era de responsabilidad del proponente -contratista (según el numeral 3.8.3 de los pliegos ya analizado) y, para ello, debió haber evaluado las diferentes condiciones de las plantas de asfalto con las que se podía ofertar la mezcla asfáltica o, de ser el caso, indicar la imposibilidad de cubrir el ítem con el tope del precio unitario. Más, nada se dijo, y se ofertó conforme a la elección empresarial exclusiva del Consorcio Géminis.

En esta línea, es inviable acceder al reclamo insistido en la alzada, relativo al reconocimiento de 71 kms recorridos –que resulta de la diferencia de restar a los 96 kms de distancia de la planta utilizada, los 25 kms ofertados– en la medida que, como se indicó al iniciar el examen del presente cargo, tal definición estuvo desprovista de verificaciones que consultaran la realidad de la planta que, se dice, fue considerada en la visita de obra, dejando de analizar el estado cierto de las otras plantas y la posibilidad de suministrar el material necesario para la obra.

106. Ahora, frente al interrogante acerca de si, entonces, debiera pagarse 56 kilómetros, resultado de restarle a los 96 kms de la planta utilizada frente a los 40 kms en que estaba ubicada la planta Berlín, la respuesta para la Sala es negativa, por dos razones centrales. La primera, en tanto no se vislumbra, como lo propone la actora, la ocurrencia de un hecho *imprevisible* consistente en el desmonte de la planta de asfalto Berlín, pues lo que se observa es una cadena de actuaciones carentes de diligencia que llevaron a ofertar tal ítem sin considerar la distancia de ninguna planta, ni siquiera de la Berlín, siendo éste un ejercicio negligente, pues se imponía al proponente haber averiguado debidamente el estado de las 3 plantas existentes en la región pero, como quedó atrás explicado, simplemente ello no ocurrió; de modo que no puede caracterizarse como imprevisible una circunstancia que era de su cargo indagar.

107. Y la segunda, revela que el contratista, habiendo transcurrido gran parte del plazo contractual, reconoció que tardíamente se dio cuenta de que en el mes 14 posterior a su oferta la planta Berlín había sido desmontada, según se extrae de su propio dicho; así que, conocedor de que tal determinación era parte del alcance de sus responsabilidades y riesgos, envió la comunicación INV2330-1109-74 del 9 de noviembre de 2005 dirigida a la Interventoría, y copiada al Invias, en la que expresó

que la planta que debía utilizarse era la ubicada a 96 km de la obra, e indicó que ello no implicaba ningún beneficio o recursos adicionales, pues lo relevante era cumplir con las exigencias del contrato respecto a la calidad de los materiales, así el costo estuviera por debajo del valor del precio que había ofertado. Puntualmente, afirmó lo siguiente (se transcribe conforme obra, con eventuales errores):

“(...) como es de su conocimiento en la región donde se desarrolla el contrato en referencia, existen en la actualidad sólo 2 plantas de asfalto disponibles; una en el municipio de Charalá y la otra en el municipio de Vélez. La primera está a 80 kilómetros del centroide de la obra, y la planta de Vélez se encuentra a 96 km del centroide de la Obra. Se nos ha informado en varias ocasiones que la mezcla de la planta de Charalá tuvo problemas en el primer tramo de la vía y se tomó la decisión de cambiar de planta, igualmente los estudios y ensayos que nos suministró dicha planta fueron enviados para su estudio y aprobación y no se enmarcaron dentro de las Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras del INVIAS.

Ante el compromiso adquirido con el INVIAS, preferimos recurrir a la planta de Ingeniería de Vías (...) es una planta moderna y su dueño tiene una amplia trayectoria. Dicha planta ha tenido un excelente comportamiento en el tramo Vélez – Landazuri (en ejecución).

Queremos hacer énfasis que nuestra solicitud de usar la planta de Vélez no conlleva ningún beneficio económico adicional y por el contrario nos sale más costosa pues el estimado de nuestro transporte era de 25 km y va a ser de 96 km, el costo de la MDC-2 en planta es de \$170.000 sin iva, que supera también al del análisis unitario de la oferta, nuestra motivación es realizar la obra en condiciones de calidad que nos permitan tener confianza y garantizarle al INVIAS la estabilidad de la obra. (...)³² (se subraya).

108. Tal manifestación no pasa desapercibida para la Sala pues, además de haber sido expresada en noviembre de 2005 –exhibiendo el conocimiento pleno de lo acontecido con la situación de las plantas de asfalto y en general del contrato, pues en diciembre de 2005 vencía su plazo– lo relevante es que ésta fue reflejo de lo que el contratista conocía en relación con el cumplimiento de lo ofertado y los riesgos asociados a las cargas y responsabilidades asumidas. No de otra manera se explica el énfasis que el mismo Consorcio Géminis le imprimió a los efectos económicos que, en desmejora de lo que había ofertado, debía y estaba asumiendo de cara a la mayor distancia a recorrer desde la planta de Vélez; y, en tales condiciones, fue dada la aprobación de la interventoría³³.

109. En este contexto fáctico y jurídico, la existencia o no de mayores costos derivados del aumento de la distancia de la planta de asfalto utilizada, es una circunstancia que siendo parte del alcance y riesgos de las obligaciones del consorcio, no requiere del análisis de los soportes de tal acarreo pues, aunque se hubiese hecho un mayor recorrido -que el Invias señaló haber ocurrido, pero no admite su imputación- lo cierto es que, bajo el *sub lite*, tal evento no obedeció a un imprevisto, sino que estaba inscrito en el ámbito de responsabilidad del contratista; razones que llevan a confirmar la decisión de *a quo*, por lo que el cargo analizado será desestimado.

(iii) Mayor permanencia en obra o sobre permanencia en obra; y Stand by de maquinaria por periodos de suspensión

³² Fls. 325 y 326 del c. de pruebas 1.

³³ Fl. 327 del c. de pruebas 1.

110. En relación con estos dos cargos, que la Sala examina en conjunto pues comparten aspectos sustanciales de análisis, el apelante reprochó al Tribunal no haber indagado acerca de las verdaderas causas de las suspensiones y las adiciones del contrato en tiempo pues, a su juicio, pasó por alto que: (i) éstas no fueron imputables al consorcio; (ii) aun cuando el contratista hubiese renunciado a reclamar los perjuicios causados, ello contraviene el artículo 5 de la Ley 80 de 1993; (iii) se desconoció la buena fe del contratista, quien aceptó las adiciones y suspensiones con el fin de superar las afectaciones del contrato generadas por problemas de planeación de la entidad; (iv) cuestionó la falta de análisis del Tribunal en torno a la legalidad de las manifestaciones de renuncia, pues debía precaver que no se vulneraran normas de orden público, y en todo caso no se pronunció sobre los 5 meses y 6 días que el contratista estuvo en mayor permanencia en obra lo que equivale al 98% del tiempo contractualmente previsto; y, (v) reprochó la ausente valoración de los soportes de los gastos por mayor permanencia.

Derivado de las etapas de suspensión, el censor reclamó los costos en que incurrió al haber tenido que mantener en obra la maquinaria, dado que tales periodos, al ser cortos, impedían adoptar alguna medida de mitigación, pues al reanudar debía contar de manera oportuna con ella; así que cuestionó que el *a quo* no hubiese ofrecido análisis en relación con este reclamo.

111. Al revisar la determinación del Tribunal, en los aspectos cuestionados, éste aludió al contenido del párrafo 9, del numeral 5.9 del pliego de condiciones, el cual estableció que *“si fuera el contratista quien propusiere los cambios o modificaciones, el instituto podrá aceptarlos siempre y cuando éstos no impliquen mayores costos para el proyecto, si de la ejecución de dichos cambios se derivaren mayores costos, estos serán asumidos por el constructor”*.

Indicó, en este sentido, que fue el consorcio el que condujo a la suspensión del contrato, la primera vez, el 04 de mayo de 2005, para la elaboración de los diseños para base estabilizada con cemento y para hacer las evaluaciones técnicas y económicas que allí se acordaron; y la segunda, de septiembre a noviembre de 2005, para la aprobación de la planta de asfalto, también por solicitud y responsabilidad del contratista. Adujo, además, que el consorcio expresó que no presentaría reclamaciones al suscribir los contratos adicionales 1 y 2, así que desestimó tal petición.

Añadió que no se acreditó qué personal y maquinaria quedó inactiva durante los periodos de suspensión, e indicó que, conforme a lo indicado por la interventoría, en todo caso no habría lugar a pago alguno por ese concepto, pues durante la suspensión el consorcio adelantó actividades para garantizar el tránsito vehicular.

112. Como punto de partida de este examen, se impone precisar el marco decisorio del juez de segunda instancia, en la medida que su competencia está definida en función de los argumentos de disenso que el sujeto procesal inconforme exprese frente a una o más determinaciones adoptadas por el sentenciador de primer grado.

Así, el alcance de este recurso, que obra como mecanismo de control de las decisiones judiciales, no está dirigido a ventilar inconformidades genéricas frente al resultado del juicio, ni puede estar orientado a repetir el trámite acontecido en la primera instancia, sino que, como lo ha advertido la doctrina especializada, se trata de un *“remedio procesal que tiene por objeto el control de la función judicial y se funda en una aspiración de mejor justicia, remedio por el cual se faculta al litigante agraviado por una sentencia o interlocutoria, a requerir un nuevo pronunciamiento de un tribunal jerárquicamente superior para que, (...) examine en todo o en parte la decisión impugnada como erróneamente, por falsa apreciación de los hechos o equivocada aplicación o interpretación del derecho y la reforme o revoque en la medida de lo solicitado”*³⁴.

113. En efecto, si la aspiración de justicia que subyace al recurso de alzada tiene por finalidad que el superior jerárquico revise la decisión de primer grado, acusada de ser errática, o de romper o lesionar el ordenamiento jurídico, resulta imprescindible que el recurrente determine mediante los cargos planteados, qué asuntos deben ser resueltos ante el superior jerárquico y los motivos por los cuales el impugnante se alza contra la decisión; este marco restricto define, por regla general, la competencia del *ad quem*; por consecuencia, aquello que no es materia de impugnación queda amparado por la presunción estable de legalidad y acierto que acompaña la decisión judicial de primera instancia.

A su vez, la omisión o incumplimiento de la carga de sustentación, por cuya virtud el interesado debe hacer expresión concreta de los motivos de disenso, conduce a que el *ad quem*, cuando ello se presente, deba confirmar la decisión debatida por carencia de objeto en la impugnación.

114. Al descender al caso concreto, advierte la Sala que el primer planteamiento que se expresa en el cargo formulado no satisface la carga de argumentación que exige la ley, pues no permite *determinar con precisión* los motivos de disenso en los que se refugia el censor para atacar la legalidad de la decisión.

Al respecto, luego de transcribir los apartes de la decisión de primera instancia, el impugnante planteó, frente a la negativa del *a quo* de reconocer la mayor permanencia derivada de las suspensiones y adiciones, lo siguiente, (se transcribe literal, con eventuales errores):

“Esta desafortunada interpretación es motivo de reproche, por cuanto el Tribunal más allá de no indagar acerca de las verdaderas causas por las cuáles se suspendiera el contrato así como sus reanudaciones o se adicionara (sic) en tiempo, tuvieron un fundamento, que 1) Estas NO ERAN imputable (sic) a CONSORCIO GÉMINIS” (subraya añadida).

115. El apelante, en este punto, no superó el estadio genérico de manifestar su inconformidad con la decisión; basta observar que el argumento no desarrolla razones que confronten la tesis del *a quo*, que indiquen con precisión qué se dejó

³⁴ COSTA Agustín. Citado por TAWIL Guido Santiago: *Recurso Ordinario de Apelación ante la Corte Suprema de Justicia, Buenos Aires*, Ediciones Depalma, 1990. Pág. 40.

de tener en cuenta, o por qué no fue acertada la aplicación del parágrafo 9 del numeral 5.9 del pliego de condiciones, base de tal determinación, que establecía que *“si fuera el contratista quien propusiere los cambios o modificaciones ... y si de la ejecución de dichos cambios se derivaren mayores costos, estos serán asumidos por el constructor”*;

No se expresaron argumentos para rebatir la conclusión de que estaba a cargo del contratista asumir los efectos económicos de cada una de las suspensiones -base estabilizada y planta de asfalto- las que, para el *a quo*, sí eran de responsabilidad del contratista según la regla del pliego atrás indicada, y que, a su juicio, en ambas oportunidades, fueron originadas en solicitudes del consorcio asociadas a sus propias obligaciones.

116. Como lo ha advertido la jurisprudencia, no basta en la alzada reiterar los mismos argumentos de la demanda, sino que se exige una verdadera confrontación que exprese por qué la decisión cuestionada debe ser total o parcialmente retirada del ordenamiento jurídico; si ello no se da, no puede el *ad quem* suponer ni construir los motivos puntuales de disenso, como tampoco repetir el mismo horizonte de la primera instancia. Bajo el recurso de apelación el superior jerárquico se ciñe a ejercer el control frente a la decisión debatida según los precisos motivos que sean expresados, de forma que, la mera afirmación de que las suspensiones y adiciones no eran imputables al contratista, no ofrecen un razonamiento contra el fallo de primer grado, lo que lleva a concluir que no existe materia, en este punto, sobre la cual proveer.

117. Igual situación viene a predicarse de los señalamientos vertidos en los numerales 2 y 3 de este cargo, en los cuales el censor volcó su descontento, nuevamente general, en relación con la validez de las renunciaciones a presentar reclamaciones expresadas por el contratista, sin acompañarlo de alguna razón o desarrollo. Al respecto, expresamente indicó:

“2) aun cuando el contratista renunciara al derecho legítimo de reclamar los perjuicios que se le estaban generando esto vulnera el artículo 5 de la ley 80 de 1993”.

“3) La buena fe del contratista quien aceptó la adición, suspensión (sic) con el propósito de culminar el contrato que se vio afectado por la falta de planeación de la contratante en varias oportunidades”.

118. Ciertamente, tales afirmaciones no pasan de ser una idea sin desarrollo, en la medida que corresponden, más bien, a un título desprovisto de contenido del que no se desprende un argumento dirigido a atacar materialmente la decisión; por ende, tal circunstancia, impide al *ad quem* emprender su análisis.

Lo anterior se evidencia, en tanto el censor no indicó cómo la expresión de voluntad del contratista vino a ser contraria a dicha norma, o a cuál de los eventos que contiene el citado artículo 5 se estaba refiriendo, ni particularmente sus motivos de inconformidad frente a la decisión adoptada; ni siquiera cursó en el proceso un argumento acerca de vicios en el consentimiento del contratista frente a las expresiones de voluntad efectuadas sobre sus propios intereses, y tampoco refirió el censor los aspectos que, de haber sido considerados por el *a quo*, debían llevar

a tener por inválidas tales manifestaciones en el caso concreto. Igual ocurre frente al principio de buena fe aludido, que según el apelante fue ignorado en los análisis del *a quo*, sin que se revele de qué manera fue desconocido, o cómo, a su juicio, debía llegarse a conclusión diversa a la del Tribunal, que fue reconocer efectos a tales manifestaciones.

119. Con todo, vistas las proposiciones que completan el presente cargo – orientadas a reprochar que el Tribunal se hubiese apoyado en las manifestaciones de renuncia del contratista a hacer reclamaciones por los periodos de suspensión y de prórrogas y la ilegalidad de tales manifestaciones de cara a normas de orden público– la Sala procederá a hacer su examen conjunto, pues ha advertido que en otro segmento de la apelación -en el capítulo segundo sobre la *ineficacia de pleno derecho* de tales renunciaciones- se desarrollaron los planteamientos relacionados con ambos cargos llenando el vacío que, en efecto, dejó plasmado el apelante bajo el presente reproche. Así las cosas, en una visión sustancial y omnicompreensiva de la apelación, entendiendo que ambos cargos se complementan, la Subsección efectuará su análisis de manera conjunta, como sigue.

- ***“Ineficacia de pleno derecho de las estipulaciones que contraríen en derecho y la obligación al restablecimiento del equilibrio económico”***

120. Expone la apelante que, no siendo imputable al Consorcio Géminis las causas de las suspensiones ni de la adición en plazo, el Invias no podía imponer al contratista la *renuncia a cualquier reclamación por desequilibrio económico del contrato*, pues de esta manera se vulneró su derecho a ser restablecido; para el efecto, refirió jurisprudencia en la que se efectuó el análisis de las renunciaciones anticipadas pactadas en una cláusula contractual. Sostuvo que los artículos 5°, numeral 1°, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, relativos al equilibrio económico del contrato, son normas de orden público, de modo que el derecho al restablecimiento económico es un imperativo legal que no admite la posibilidad de ser derogado ni modificado por las partes del contrato.

121. Añadió que de acuerdo con el numeral 3° del citado artículo 5°, las autoridades tienen prohibido *“condicionar la participación en licitaciones (...) la adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste”*, norma que proscribe que la Administración, de forma abusiva, incluya este tipo de renunciaciones en las cláusulas de tales instrumentos, para dar apariencia de existir voluntad del contratista, en contra de tal restricción legal.

Por tanto, pidió declarar ineficaces de pleno derecho las renunciaciones contenidas en los contratos adicionales No. 1 del 9 de agosto de 2005, y No. 2 del 24 de noviembre de 2005, al haberse impuesto al contratista, en la cláusula cuarta, renunciaciones a su derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de cara a circunstancias que no eran imputables a él, evidenciando una conducta contraria al actuar honesto y de buena fe que se exige en materia contractual.

122. Para empezar, se debe confirmar que entre los derechos que tiene el contratista, en virtud de su relación negocial con el Estado, se encuentra el denominado restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, expresado en el numeral 1° del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, que reza:

“1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, 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. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

123. A la luz de esta norma, la institución del restablecimiento del equilibrio económico obra como forma de restitución y conservación de las condiciones originalmente pactadas, ante hechos sobrevenidos que afecten de forma anormal y grave, sin imposibilitarlo, el cumplimiento del contrato como resultado de su mayor onerosidad, ya sea que ello provenga de causas externas a las partes –teoría de la imprevisión– o porque se trate de actos proferidos por la actividad de la administración como Estado –hecho del príncipe– o en calidad de contratante –*ius variandi*–.

124. En orden a definir sus linderos, dada la amplitud que en ocasiones intenta darse a tal figura, conviene precisar que esta institución no pretende cubrir el déficit que pueda experimentar el contrato, o los cambios que en su ejecución puedan presentarse en su normal devenir, como tampoco enerva los riesgos y responsabilidades del contratista asumidos bajo el acuerdo.

Puntualmente, hay que advertir, que no se trata de una equivalencia construida en clave matemática, sino que el carácter extraordinario y gravoso del evento que sobrevega debe ser de tal entidad, que afecte las cargas y ventajas en que se cimentó el negocio jurídico. De modo que esta figura se presenta como la solución ofrecida en el ordenamiento jurídico para que las partes adopten los mecanismos que les permitan conjurar tal desequilibrio y restablezcan la balanza entre prestaciones y contraprestaciones que ha sido alterada por tales eventos, todo lo cual halla justificación en el empeño de lograr el cumplimiento del objeto contratado, privilegiando el interés general que envuelve el contrato estatal y así evitar su frustración, pues estas medidas lo posibilitan.

125. Por ello, la disposición arriba transcrita, debe ser leída en conjunto con el artículo 27 del mismo estatuto que, al regular la ecuación contractual, dispuso:

“ARTICULO 27. DE LA ECUACION CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. 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.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e

intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

126. En el caso concreto, se ha advertido la existencia de varias manifestaciones de voluntad surgidas entre las partes en curso de la ejecución contractual, las cuales estuvieron destinadas al manejo y gestión de las contingencias provenientes tanto de circunstancias ajenas a las partes, como de incumplimientos en las cargas del contratista, según quedó visto en capítulos precedentes.

Con este panorama, el escenario de análisis que se apresta a hacer la Sala, no puede partir de un punto distinto a aquel en que fueron acordadas, tanto la suspensión No. 1 del contrato –del 4 al 24 de mayo de 2005–, como el acuerdo relativo a la modificación de base granular por base estabilizada –el 30 de junio de 2005– por haber sido los instrumentos convenidos por las partes para superar el imprevisto asociado a las dificultades físicas en ejecución de la obra, que revelaron inadecuadas especificaciones de materiales en las diversas canteras de la región. De esta manera, a través de las nuevas estipulaciones y precios, fueron adoptadas las medidas que, para ambas partes, resultaron razonables para la continuidad del objeto contratado, sin reserva de reclamo de ningún tipo, lo que incluye aspectos relacionados con los costos de la suspensión como personal o equipos. Así que no se volverá sobre este tema, ya analizado.

127. Posterior al 30 de junio de 2005, fue suscrito por las partes el denominado contrato adicional No. 1, celebrado el 9 de agosto de 2005, con el objeto de *“prorrogar el plazo del contrato principal No. 2330 de 2004, hasta el 9 de septiembre de 2005”.*

Como antecedentes de este acuerdo contractual, se observa que el consorcio Géminis, mediante comunicación *OIBA-084-05 del 8 de julio de 2005*,³⁵ presentó solicitud de adición, refiriéndose al plazo, en la que señaló: *“teniendo en cuenta que los estudios y diseños en especial los diseños geométricos de la obra en referencia, tuvieron una duración de un mes aproximadamente, a partir de la fecha de inicio simultáneo de los contratos tanto de interventoría como de obra, es de anotar que a partir de la entrega inicial de dichos diseños es cuando se pueden programar actividades para el inicio de las labores de construcción, lo cual demoró el inicio de las mismas, por lo anterior comedidamente le solicitamos la adición de un (1) mes para la terminación de la obra”.*

128. En respuesta a tal solicitud, la interventoría, en comunicación *OIBA-114-05* del 11 de julio de 2005³⁶, conceptuó favorablemente sobre dicha adición, indicando que en efecto, al llevar a cabo la revisión de los estudios y diseños del tramo de carretera a construir, que estaba incluida en el contrato de interventoría, y dadas las deficiencias técnicas halladas, *“procedió a la realización de la totalidad del diseño geométrico, actividad que ocupó parte del primer mes del contrato”*; y que, *“para mayor agilidad de las obras, se fueron entregando tramos de carretera al contratista,*

³⁵ Fl. 266 del c. ppal. 1.

³⁶ Fl. 140 del c. ppal. 1.

el primer tramo de 900 m se entregó el día 03 de febrero de 2005, los siguientes 900 m se entregaron el 7 de febrero de 2005 y la totalidad de los 4.5 km se entregaron el 17 de febrero de 2005". En estos términos, la interventoría recomendó al Invias aceptar dicha prórroga; y, con memorando SRN-30294 del 1° de agosto de 2005, la entidad contratante consideró viable la solicitud, y la aprobó.

129. Sin que el contratista en su solicitud de prórroga anunciara o solicitara algún reconocimiento económico –pues el simple paso del tiempo no determina la configuración de un perjuicio, sino que, de presentarse, éste debe ser informado y acreditado–, observa la Sala que la conducta y acercamientos de las partes fueron concordantes con el alcance del citado contrato adicional No. 1, en cuyas cláusulas se acordó:

“PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo del contrato principal No. 2330 de 2004 hasta el 09 de septiembre de 2005. PARÁGRAFO: No obstante la prórroga que se acuerda en este documento, las partes declaran que el valor del contrato permanece inalterable y el CONTRATISTA manifiesta de forma expresa que no presentará reclamación alguna que tenga como causa la prórroga acordada. (...) CLÁUSULA CUARTA.- VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES: Continúan vigentes todas las estipulaciones el contrato principal, las actas de suspensión y reanudación que no se hayan modificado por lo acordado en este documento (...).” (se subraya)

130. Es dable concluir, sin mayor esfuerzo, que en la concreción de dicho acuerdo se vertieron las expresiones de voluntad de las partes, quedando el citado contrato adicional cobijado por el principio de buena fe (art. 1603 del C.C) respecto de las circunstancias y los pactos a los que ellas indicaron, querían llegar; y del principio de normatividad de los contratos (art. 1602 del C.C) por cuya virtud, éstos se erigen en ley para las partes y no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales; y, ninguno de estos dos escenarios se presentó en este asunto.

131. De lo anterior, además, se desprenden dos aspectos a resaltar; de un lado, que en la demanda, la actora no adujo la existencia de un vicio del consentimiento, como ahora pretende introducir bajo el esquema de una ineficacia de pleno derecho, siendo inexistente una pretensión de nulidad relativa en la demanda o que en sus hechos de cuenta de que tales renunciaciones obedecieron a una *imposición* de la entidad pública, argumento recientemente traído al proceso; y, de otra parte, no se presentan los supuestos señalados en la ley para que se configure la ineficacia que se aduce, pues como adelante se precisará, lo que la ley proscribe son las *renunciaciones anticipadas* a derechos que sean incorporadas en los pliegos, actas o contratos, pero en manera alguna limitan la capacidad negocial del contratista de definir si un evento o modificación contractual en específico le genera o no algún perjuicio, todo lo cual se explica en el derecho de autorregulación de sus intereses y en la libertad contractual para hacer tales definiciones.

132. De modo que, nada impide que el contratista exprese su voluntad, como en este caso, indicando que *“el valor del contrato permanece inalterable”* y que manifieste que *“no presentará reclamación alguna que tenga como causa la prórroga acordada”*, pues, a diferencia de lo expresado en la alzada, el ejercicio de este derecho encuentra respaldo en el artículo 15 del Código Civil al tenor del cual

“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”; y, en este caso, se itera, el marco de la prohibición –cuyo carácter es de interpretación limitada y taxativa– gravita sobre aquellas manifestaciones anticipadas de renuncia, en tanto restringen, justamente, el ejercicio de la libertad negocial del contratista para decidir el destino de sus intereses ante la ocurrencia de una de tales circunstancias, siendo entonces vinculante la expresión de voluntad analizada.

133. Luego, en el lapso transcurrido entre septiembre y noviembre de 2005, se suscribió por las partes el acta de suspensión No. 2, y las actas de ampliación de suspensión -No. 3 y No. 4- cuyas consideraciones fueron las siguientes:

(i) Acta de suspensión No. 2: (30 días) del 7 de septiembre al 6 de octubre de 2005, las causas fueron:

“1. En el transcurso de la última semana, el Consorcio Géminis ha tenido problemas para suministrar los materiales de relleno seleccionado y base estabilizada a causa del régimen de lluvias que se impone en la región.

2. El Consorcio Géminis presentó el diseño de la mezcla asfáltica tipo MDC -2 para ser utilizada en el contrato de la referencia, mezcla que pertenece a la planta de pavimentos ubicada en el municipio de Charalá (...).

3. Por las razones expuestas en los numerales 1 y 2 se considera conveniente suspender los trabajos por 30 días (...).

4. El Contratista expresa en forma libre y espontánea que no habrá ninguna reclamación por la mayor permanencia en la obra, causada por la suspensión del contrato” (se resalta).

(ii) Acta No. 3 de ampliación de suspensión: (15 días) del 7 al 22 de octubre de 2005. las causas fueron:

“1. Las circunstancias que motivaron la suspensión No. 1 se encuentran vigentes.

2. El recrudecimiento del invierno ha dificultado la labor de explotación de las canteras de Piedra Herrada y La Pedregosa, no ha permitido tener la producción adecuada para la producción de las obras.

3. El régimen hidrológico presenta lluvias de alta intensidad que han permitido vislumbrar en la carretera afloramientos de agua y deterioro de la subrasante que amerita intervención para curar los fallos detectados. Igualmente se han observado sitios donde se hace necesario plantear drenes o zanjas de coronación (...)

4. La planta de asfalto de Charalá, que fue utilizada parcialmente en contratos anteriores ha presentado problemas en dichos sectores (...) Se considera prudente estudiar la alternativa de la Planta de Asfalto (sic) de Vélez, esa alternativa se encuentra en estudio.

5. El Contratista expresa en forma libre y espontánea que no habrá ninguna reclamación por la mayor permanencia en la obra, causada por la suspensión del contrato” (se resalta).

(iii) Acta No. 4 de ampliación de suspensión: por 35 días, hasta el 25 de noviembre de 2005, las causas fueron:

“1. Las circunstancias que motivaron la suspensión No. 1 se encuentran vigentes.

2. El recrudecimiento del invierno ha dificultado la labor de explotación de las canteras de Piedra Herrada y La Pedregosa, no ha permitido tener la producción adecuada para la producción de las obras.

3. El régimen hidrológico presenta lluvias de alta intensidad que han permitido vislumbrar en la carretera severos afloramientos de agua y deterioro de la subrasante que amerita intervención para curar los fallos detectados. Igualmente se han observado sitios donde se hace necesario plantear drenes o zanjas de coronación (...)

4. La planta de asfalto de Charalá, que fue utilizada parcialmente en contratos anteriores ha presentado problemas en dichos sectores (...) Se considera prudente estudiar la alternativa de la Planta de Asfalto (sic) de Vélez, esa alternativa se encuentra en estudio”.

134. En los documentos que precedieron estas suspensiones, se observa, respecto de la contenida en el Acta No. 2, que el consorcio Géminis solicitó la suspensión del contrato por las problemáticas vinculadas a las fuentes de materiales en el sitio

denominado el Raizudo (para relleno seleccionado), y Cucharero (para la producción de base estabilizada); también indicó que era prudente dicha suspensión de cara a la determinación de la planta de asfalto que sería utilizada (Berlín, Charalá o Vélez); y frente a tales circunstancias subrayó, *“en forma libre y espontánea que no habrá ninguna reclamación por la mayor permanencia en la obra causada por la suspensión del contrato”*, según se lee en su comunicación INV-2330-093-57 del 2 de septiembre de 2005³⁷.

135. De lo anterior, solo es posible colegir que, siendo el contratista conocedor del alcance de sus responsabilidades bajo el contrato, en orden a la fuente de materiales escogida y a la oportuna definición de la planta de asfalto –temática abordada en acápites precedentes–, su manifestación libre de voluntad estuvo dirigida a obtener un mayor plazo, el que, conforme a sus análisis, no generaba reclamación económica alguna frente al Invias.

Así las cosas, y como lo advirtió el *a quo*, de tal suspensión no es posible desprender nada distinto a la existencia de la confluencia de voluntades en orden a suspender el contrato, sin controversia en el aspecto económico; ni se advierte una imposición de la entidad contratante, máxime que, en el texto de la suspensión se incluyó, en iguales términos, las manifestaciones efectuadas por el contratista, al indicar: *“[e]l Contratista expresa en forma libre y espontánea que no habrá ninguna reclamación por la mayor permanencia en la obra, causada por la suspensión del contrato”*, quedando por tanto atado a su propia expresión de voluntad, la que, entrelazó a través del mutuo acuerdo concertado.

136. Lo propio aconteció con el Acta No. 3 de ampliación de la suspensión, en la medida que fue el contratista quien también, en esta oportunidad, la solicitó en orden a parar temporalmente el contrato. Así se constata en la solicitud INV-2330-1004-66 del 4 de octubre de 2005³⁸, en la que indicó que las circunstancias que motivaron la suspensión seguían vigentes y (i) reiteró las temáticas relativas a la planta de Charalá, por ser inconveniente para el proyecto; (ii) requirió más tiempo para estudiar la viabilidad de acudir a la planta de Vélez; y (iii) señaló que el invierno había dificultado la explotación de las canteras Piedraherrada y La Pedregosa, además de presentarse afloramientos de agua por el invierno que afectaba la carretera y la subrasante. Frente al análisis de estas situaciones, *motu proprio*, indicó:

“5. El Contratista expresa en forma libre y espontánea que no habrá ninguna reclamación por la mayor permanencia en la obra, causada por la suspensión del contrato”.

Por manera que, de cara a la identidad de circunstancias, la Sala arriba a las mismas conclusiones que fueron advertidas frente al Acta No. 2, pues el contratista ejerció su libertad contractual, definiendo aquello que estimó era la medida idónea para afrontar las situaciones señaladas y, al hacerlo, no consideró que existiera un desbalance que debiera ser cubierto por la entidad contratante en términos

³⁷ Fl. 199 del c. ppal. 1

³⁸ Fl. 211 del c. ppal. 1

económicos pues, lo que expuso, es que bastaba aumentar el plazo, enfatizando en ello no generaba reclamaciones por el periodo de suspensión.

137. En relación con el acta de suspensión No. 4, se advierte que el contratista, a través de la comunicación *INV-2330-1020-68* del 20 de octubre de 2005, nuevamente presentó solicitud de ampliación de la suspensión del contrato, y refirió lo siguiente (se transcribe literal, incluidos eventuales errores):

“hemos encontrado que siguen presentándose los mismos inconvenientes razón por la cual formalmente solicitamos una ampliación de la suspensión de los trabajos por 30 días más, a razón de:

- 1. La alternativa propuesta de utilizar la planta de asfalto de Vélez, aún se encuentra en estudio.*
- 2. Siguen sin alcanzar la productividad esperada las canteras de piedra herrada y la pedregosa, debido al fuerte invierno que se mantiene en la zona.*
- 3. Debido al mismo invierno, los afloramientos de agua que se han presentado en la carretera han vislumbrado la necesidad de proyectar una serie de drenes adicionales no previstos igualmente existen en la carretera grandes fallos que aún no se han podido reparar”.*³⁹

Finalizando tal solicitud, nuevamente el contratista expresó:

“por la suspensión y ampliaciones de la suspensión expresamos en forma libre y espontánea que no habrá ninguna reclamación por la mayor permanencia en obra”.

Luego, en comunicación *INV-2330-1021-68A* del 21 de octubre de 2005⁴⁰, que dio alcance a la anterior, el contratista precisó que el plazo de la suspensión solicitado era por 35 días, para reanudar actividades el 25 de noviembre siguiente; sin cambiar las manifestaciones relacionadas con los efectos económicos de dicha petición.

138. Es evidente que el consorcio, en ejercicio de su libertad económica, contractual y empresarial, de cara a las situaciones que venían consumiendo el plazo del contrato, consideró y propuso medidas tendientes a mitigar los *desfases* que implicaban tales circunstancias, revelando, de forma libre y espontánea, que por tales periodos no habrían reclamaciones que formular ante Invias; más bien, lo que es posible desprender de sus expresiones, las cuales, de forma consistente mantuvo en tal sentido en todas sus solicitudes, es que frente a las problemáticas referidas a las fuentes de materiales, a la escogencia de la planta de asfalto, así como los efectos del invierno en esa temporada, el contratista conocía los riesgos a ellas asociados y eran del ámbito y manejo de sus responsabilidades de cara al negocio jurídico pactado y conforme a la conducta contractual así materializada.

139. Entonces, por los periodos de suspensión, no existe un camino legal que admita reclamaciones a favor el contratista, incluida la relacionada con la maquinaria por *stand by*, pues justamente la trascendencia de las manifestaciones de voluntad efectuadas por el consorcio lo llevaron a subrayar, expresamente, que de tales suspensiones no se generaba ninguna reclamación económica; de modo que la postura que luego adoptó el contratista al reclamar, debe ser catalogada

³⁹ Fl. 237 del c. ppal. 1.

⁴⁰ Fl. 213 del c. ppal. 1.

como contraria a sus propios actos, en desconocimiento del principio de buena fe que prevé el art. 1603 del C.C.

No se constituye en errática la conclusión, que en el mismo sentido adoptó el *a quo*, al reconocer la validez y eficacia a tales manifestaciones del contratista, vertida en los precitados documentos contractuales y proyectarla en los costos pretendidos por esta vía, siendo argumento suficiente para negar los denominados sobrecostos por las suspensiones y el *stand by* de maquinaria vinculado a los periodos de suspensión, como quedó analizado.

140. Finalmente, en relación con el contrato adicional No. 2, suscrito el 24 de noviembre de 2005, basta señalar que, en este instrumento, las partes convinieron únicamente prorrogar el plazo del contrato hasta el 30 de diciembre de 2005, conforme a la solicitud del contratista; mecanismo a través del cual los cocontratantes terminaron de ajustar los mayores tiempos empleados en los estudios de base estabilizada, análisis de factibilidad técnico - económica y fijación de precios respectiva, junto con la menor productividad de las canteras que fueron definidas para avanzar en las nuevas actividades pactadas; en relación con las cuales, las partes acordaron lo siguiente:

*“(...) 1. Que con comunicación No. INV-2330-18/11-77 del 18 de noviembre de 2005, el Representante legal del Consorcio Géminis (...) solicita el trámite de una prórroga en plazo en 36 días, teniendo en cuenta que el proceso de los estudios de la base estabilizada, análisis de factibilidad técnico – económica, estudio y aprobación de estos elementos y fijación de precios demoraron un tiempo importante. La complejidad asociada al tema logístico de productividad y cumplimiento técnico de las diversas fuentes de materiales a las que ha tocado recurrir para sacar adelante el proceso, que ha ocasionado muchos inconvenientes que se reflejan en los rendimientos de la obra, **consumiendo valiosos recursos de tiempo.** 2) Que la Interventoría (...) manifiesta que aun cuando el atraso de las obras no se debe únicamente al trámite de la base estabilizada con cemento como se ha demostrado, considera conveniente para el desarrollo del proyecto conceder la prórroga (...) CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO-. Prorrogar el plazo del contrato principal (...) hasta el 30 de diciembre de 2005. PARÁGRAFO: No obstante, la prórroga que se acuerda en este documento, **las partes declaran que el valor del contrato permanece inalterable y el CONTRATISTA manifiesta en forma expresa que no presentará reclamación alguna que tenga como causa la prórroga acordada.** (...) CLÁUSULA CUARTA.- VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES: Continúan vigentes todas las estipulaciones el contrato principal, (...) que no se hayan modificado por lo acordado en este documento (...)”⁴¹. (se destaca)*

141. Como no existe realmente un reproche que enerve la validez y eficacia de las manifestaciones del contratista frente a las suspensiones y los contratos adicionales acordados, se concluye que las medidas solicitadas y convenidas frente a las circunstancias referidas en cada uno de tales instrumentos, tienen el efecto normativo que le asigna la ley a las expresiones de voluntad emitidas en sede contractual.

142. Lo anterior conduce a declarar imprósperos los cargos por (i) mayor permanencia en obra, (ii) reconocimientos por stand by de maquinaria por los periodos de suspensión, y, (iii) el relativo a la ineficacia de pleno derecho que se pidió desatar; esta última en tanto la prohibición de que trata el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, que pregona el censor, está referida a aquel

⁴¹ Fl. 415 del c. ppal. 1

condicionamiento que, ya sea en el marco de los procesos de selección –pliego de condiciones– o, en curso de la ejecución del contrato –frente a la “*adición o modificación de contratos*” o a “*la cancelación de sumas adeudadas al contratista*” imponga “*la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de[] [contratista]*”, circunstancia que es, en absoluto, ajena a este examen, pues lo acontecido no revela una imposición o condicionamiento, sino un acto liberal y autónomo del contratista de regular sus intereses dentro de una estructura negocial que, además, es concordante con sus propias responsabilidades. De modo que los cargos aquí analizados, serán negados.

(iv) Costos adicionales pagados por la base estabilizada con cemento ítem 36 respecto del precio pactado durante el desarrollo del contrato especificación 341,1-02 y de su transporte por causas no imputables al contratista

143. Luego de repetir, *in extenso*, los argumentos de la demanda, la parte apelante precisó el motivo de su impugnación, así (se transcribe literal):

“Frente a lo anterior, es evidente como (sic) el despacho no resuelve el asunto sometido a su conocimiento, pues cita como fundamento para la negación del hecho que fundamenta (sic) la pretensión de sobrecosto, lo atinente a quien (sic) le correspondía la obligación de asumir los estudios y diseños, lo cual evidentemente no corresponde a lo solicitado, pues este hecho se fundamentó (sic) que si bien se pactó la aprobación de ítems no previsto (sic), el precio no resultó (sic) suficiente por factores ajenos a la voluntad del contratista lo que genero (sic) sobrecostos en cuanto al suministro y transporte del material los cuales no fueron cubierto (sic) por el APU aprobado por INVIAS y 2) El Tribunal no tuvo en cuenta ni valoró los soportes aportados con la demanda (...) para de esta manera comprender el asunto sometido a su consideración, lo cual evidentemente hace que el fallo preferido carezca de soporte probatorio”⁴²

144. La sentencia de primer grado, negó la reclamación por mayores costos derivados de los nuevos ítems pactados por el cambio de base granular a estabilizada, al señalar que, como se trató de una propuesta que provino del contratista, éste se encontraba en la obligación de elaborar, nuevamente y a su cargo, los estudios y diseños según establecía el numeral 5.1 del pliego de condiciones, que indicaba que “*el contratista deberá adecuar y/o modificar en cualquier momento de la ejecución del contrato los estudios y diseños definitivos del proyecto*”, así que correspondía a una actividad inherente al contrato y, además, adujo que en ninguna parte del negocio jurídico se indicó que los costos de tal modificación debieran ser asumidos por el Invias.

145. Sin que se compartan enteramente las razones del *a quo* en este punto, pues para la Sala la obligación de *modificar y ajustar* los diseños, por sí sola, no determinaba que el contratista debía afrontar sus costos, toda vez que ello pendía de la causa que diera origen a tal modificación, lo cierto es que, en este caso, el consorcio Géminis sí debía asumirlos, no porque dicho cambio proviniera, a la llana, de que el contratista hubiese hecho tal propuesta –en tanto se recuerda que si ello ocurrió, fue por tratarse de una de las alternativas planteadas para superar las dificultades relacionados con las inadecuadas especificaciones de los materiales

⁴² Fl. 620 del c. ppal. 2.

para base granular, que excedieron la racional previsión de las partes–, de modo que resultaría insostenible que sólo por proponerlo, ello fuera criterio de razón suficiente para que el contratista asumiera su elaboración y costo; sino porque el pacto de nuevas actividades, implicaba el cumplimiento del deber de planeación y diligencia en el análisis de los precios no previstos, pues para ese momento estaba en capacidad y en el deber legal de prever las circunstancias que ahora reclama como imprevistos.

146. Para completar la proposición que, ciertamente, hace al contratista responsable de los costos adicionales que eventualmente se hubieren generado frente a los nuevos ítems y precios acordados para la base estabilizada con cemento ítem 36, especificación 341,1-02, la Sala apunta a un argumento central que avala esta tesis.

Como fue analizado en esta providencia, al haberse acordado actividades nuevas junto con la fijación de precios no previstos, el contratista tenía la obligación de preparar adecuadamente las nuevas condiciones, informarse de las fuentes de material, su productividad, limitaciones y problemáticas, los valores de mercado, clima, transporte y, en general, adelantar todas las investigaciones y cotizaciones necesarias para definir los nuevos precios a pactar. Es decir, debía desplegar toda su diligencia con el mismo detalle y responsabilidad exigido para la elaboración de los precios originales de su oferta, pero ahora con la ventaja derivada del conocimiento más cabal, adquirido respecto de los factores a considerar en la zona.

147. Se habrá de notar, que el consorcio Géminis estuvo adelantando indagaciones y ensayos de materiales en diversas canteras, al punto que, para el momento en que se tomó la decisión de hacer la modificación de base granular a base estabilizada, en el comité de obra del 27 de abril de 2005, ya venía analizando, meses atrás, las características de las variadas fuentes de materiales. Esta situación lleva a descartar que el contratista se hallara en un escenario neófito respecto a las condiciones de las canteras, materiales y niveles de producción pues, con el nivel de análisis desarrollado, sustentó ante la interventoría que entre las alternativas para superar las dificultades advertidas, el cambio del método constructivo de base granular a base estabilizada era técnicamente y económicamente conveniente; bajo ese contexto, es razonable colegir que en el despliegue de la actividad de planeación y análisis que se reclama de un experto, esa propuesta ya contaba con algunas bases que le permitían arribar a tal punto.

148. A esa aproximación, se suma el alcance de la suspensión No. 1 suscrita el 4 de mayo de 2005, concertada para que el contratista hiciera *“el diseño de la estructura de pavimento con base estabilizada, el diseño de la base estabilizada y un análisis de factibilidad técnico- económica de dicha alternativa”*; y de allí, llegar al detalle inscrito en la fijación de precios no previstos; panorama que permite advertir que entre mayo y junio de 2005 éste llevó adelante los estudios, comparación de precios y alternativas de diversas fuentes, entre otros aspectos, para concretar la adopción de los precios no previstos.

149. A partir de tales investigaciones, y siendo conocedor de las características y problemáticas de las fuentes de material de la región, el consorcio Géminis estaba obligado y en capacidad de haber considerado en la elaboración de los nuevos APU, las limitaciones de producción de las canteras que él mismo propuso utilizar para ejecutar los nuevos ítems, Piedraherrada y Cucharo, respecto de las cuales, atribuyó el carácter de imprevisible a las circunstancias relacionadas con (i) la alta demanda de materiales, (ii) la baja productividad de las canteras, y (iii) el fuerte invierno, que encareció los materiales a estabilizar⁴³.

150. Como fue aseverado por la misma parte actora en la demanda⁴⁴, para determinar los precios unitarios, el consorcio cotizó el material a estabilizarse en las canteras de Piedraherrada y del Cucharo “en junio 15 de 2005” a \$19.605 M/Cte y a \$17.645 M/Cte, respectivamente, en términos de costo directo; de allí que, luego de realizar las actividades de debida diligencia, la decisión del consorcio desembocó en la escogencia de aquellas⁴⁵, habiendo contado con una medida de tiempo suficiente y razonable que respaldaba sus conclusiones.

151. Para esta Subsección, en las condiciones anotadas, no es posible calificar como imprevisibles los factores asociados a la alta demanda de materiales, la baja productividad y el alza de precios por el invierno, pues de todo ello debió haber tenido noticia el contratista para la integración de los análisis de precios, al punto que, a partir de dichas consideraciones, logró discriminar y asignar porcentajes de explotación frente a cada cantera y material; y así se propuso⁴⁶:

ITEM	DESCRIPCIÓN
	Mezclador
	Material a Estabilizar (Cucharo 37%)
	Emulsión CRR-1 de curado (Cucharo 37%)
	Material a Estabilizar (Piedra Herrada 37%)
	Emulsión CRR-1 de curado (Piedra Herrada 37%)

152. No es atendible que el contratista hubiese rotulado los citados eventos como ajenos a cualquier razonable previsión, pues contrario a ello, en relación con la cantera Piedraherrada, habrá de tenerse en cuenta, además, que (i) esta fuente venía siendo utilizada por el Consorcio desde febrero de 2005 para extraer el material para relleno seleccionado, de modo que ya conocía su dinámica de explotación, y; (ii) en todo caso, desde los estudios previos elaborados por AMERICAN GEOEXPLORATION se había informado acerca de su limitada capacidad productiva, por lo que con una mínima diligencia, tal anuncio imponía verificar si podía o no atender la demanda requerida de material. Allí se indicó lo siguiente:

“La cantera Piedraherrada, trabaja a pequeña escala; allí se halla 3 bancos principales de caliza con espesores que varían entre los 3.5 y 4 metros intercalados

⁴³ Fls. 618 a 619 del c. ppal. 2.

⁴⁴ Fls. 33 a 35 del c. ppal. 1

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Fl. 275 del c. ppal. 1. Transcripción parcial del formato “reversión de precios unitarios no previstos” que obra como soporte del análisis de precios unitarios.

con pequeños niveles de shales con concreciones que no superan los 80 cm de espesor.

(...)

el grave inconveniente que presenta esta trituradora es su pequeño alcance para la demanda que ofrece dicha cantera, lo cual le resta efectividad y retarda su producción.

153. Y respecto de la cantera el Cucharó que se dice, tuvo problemas en los niveles de producción requeridos, ello no obedece a un evento imprevisible, pues en los análisis que acompañan las definiciones técnicas contractuales es parte fundamental examinar la capacidad de atención, oferta-demanda, de la cantera, y proyectarla en un plazo que considere las necesidades de material en la obra, las condiciones de la zona y los meses más lluviosos en los que se ejecutaría esta actividad y, a partir de allí fijar un precio que se correspondiera con tales realidades y contingencias.

154. De este modo, el resultado de la propuesta económica debía incluir las valoraciones asociadas a estos factores de sensibilidad técnico económicos, que en términos razonables, son variables que se reflejan en la composición de los costos de las actividades, los riesgos asociados y, en particular, la determinación del respectivo A.I.U. Este último, en su componente de *imprevistos*, sirve de media para la estimación relacionada con incertidumbres que es posible que ocurran como parte del riesgo propio de la actividad constructiva. Así que, era del ámbito de responsabilidad del contratista la construcción de tales precios, incluidos los porcentajes de A.I.U., los cuales, en cada caso, fueron valorados por el consorcio en los siguientes términos:

(i) A.I.U. para base estabilizada con cemento (alternativa seleccionada Cucharó-Piedraherrada) – según análisis de precios unitarios

“(...)

<i>Total Costo Directo</i>	<i>\$54.050,74</i>
----------------------------	--------------------

V. COSTOS INDIRECTOS

<i>Descripción</i>	<i>Porcentaje</i>	<i>Valor Total</i>	
<i>ADMINISTRACIÓN</i>	<i>0,22</i>	<i>11.891,16</i>	
<i>IMPREVISTOS</i>	<i>0,03</i>	<i>1.621,52</i>	
<i>UTILIDAD</i>	<i>0,05</i>	<i>2.702,54</i>	

Sub- Total \$16.215,22

(ii) A.I.U. cemento estabilizante para base (alternativa seleccionada Cucharó - Piedra herrada)

“(...)

<i>Total Costo Directo</i>	<i>\$326,40</i>
----------------------------	-----------------

V. COSTOS INDIRECTOS

Descripción	Porcentaje	Valor Total	
ADMINISTRACIÓN	0,22	71	
IMPREVISTOS	0,03	9,79	
UTILIDAD	0,05	16,32	
	Sub- Total	\$97,92	

(Fls. 646 y 647 del c. de pruebas 3)

155. No podrá decirse que con los antecedentes conocidos, el consorcio se enfrentara a un evento imprevisible, sustentado en la limitada producción de las canteras, el aumento del régimen de lluvias y la alta demanda de materiales que requería la obra, que dice, elevó los precios; menos aun, si se considera: (i) que el contrato incluía una fórmula de ajuste de precios, según se dispuso en el parágrafo segundo la cláusula séptima –ACTAS DE OBRA Y AJUSTES–⁴⁷; (ii) existe el porcentaje de imprevistos, destinado a absorber situaciones de ese orden, que debía ser aplicado; ni siquiera en el hipotético caso de tildarse de *imprevisibles* las circunstancias anotadas, que no lo son, éstas denotan una gravedad tal que afecte el equilibrio económico del contrato, pues como ya se indicó esta figura no descansa en una operación matemática⁴⁸; y (iii) en el sub numeral 4, del numeral 3.8.3 de los pliegos de condiciones, que forman parte del contrato, se definió que el proponente – contratista era el responsable de establecer las fuentes de materiales que utilizará en la ejecución de la obra y así construir los precios unitarios.

156. En estos términos la Sala declarará infundada la censura formulada y confirmará la decisión del Tribunal de negar esta reclamación, pues advierte que el contratista reclamó unos desfases económicos que se produjeron por su falta de diligencia en el análisis de los precios unitarios, siendo de su responsabilidad asumir tales efectos; y, dado que nadie puede alegar su propia culpa o negligencia en su provecho, el cargo resulta impróspero.

(v) Mayores costos pagados por el consorcio por el relleno para estructuras ítem 13 especificación 610, por circunstancias imprevisibles para el contratista

157. Reprochó el censor, que la decisión del *a quo* se limitara a señalar que en el análisis de precios unitarios para “rellenos de estructuras” el contratista no incorporara ningún valor por suministro ni transporte de material para dicho fin; así que bastaba advertir le fue pagado tal ítem, en esos términos, por \$37´175.000 M/Cte según quedó registrado en el acta de entrega de obra.

Adujo que, a diferencia de lo que señaló el Tribunal, no reclamó por los valores pagados, sino por los mayores costos que tuvo que asumir al cambiar de fuente de material; adujo que basado en la información del pliego y la visita a la obra, el precio unitario que ofreció para este ítem correspondió al valor de \$25.000 m3, muy cercano a los \$26.000 del presupuesto oficial de la entidad, y enmarcó tal coincidencia en que los precios Invias no contemplaban el costo de material ni de

⁴⁷ “**PARAGRAFO SEGUNDO: AJUSTES.**- El ajuste de precios se hará con el índice de costos de la construcción pesada – ICCP, calculados por el departamento administrativo de estadística “DANE”, el cálculo de los Ajustes se realizará con la siguiente fórmula PI igual PO por I/lo (...)”

⁴⁸ El apelante reclamó la suma de \$38´261.560.70 más 30% de A.I.U (valor real pagado), y por mayor transporte \$13´101.090, en un ejercicio de diferencia de costos, más no de desequilibrio económico.

transporte, circunstancia que sólo es posible si se reutiliza el material de excavación, por lo que entendió que esta actividad debía hacerse con material de la excavación en sitio. No obstante, dado que dicho material no tenía la calidad requerida, tuvo que comprar el material en la cantera Piedraherrada y transportarlo al sitio de la obra teniendo un sobrecosto por este concepto de \$50'508.866 M/Cte.

158. En la base de esta censura, advierte la Sala que este reproche guarda identidad argumentativa en relación con lo acontecido frente al ítem de relleno seleccionado (primer cargo) pues el apelante ha sostenido, en ambos casos, que la información contenida en los análisis del Invias no contemplaba material ni transporte, lo que le llevó a entender que la única alternativa para poder ofertar imponía la utilización del material de la excavación.

De la misma manera que la Sala puso de presente el papel que asume el proponente en la edificación de las condiciones contractuales, la construcción bifronte del principio de planeación en orden al adecuado estudio de todos los aspectos referidos al futuro contrato que la jurisprudencia ha explicado, y la relevancia de la calidad del experto del interesado en participar y ser adjudicatario del negocio jurídico, ratifican la exigencia hecha al contratista de que, en tal fase, se le impone cumplir la carga de diligencia y señalar a la entidad posibles yerros, omisiones o aclaraciones que estime pertinentes para la mejor confección de las prestaciones del contrato, superando así el estadio del silencio o de las suposiciones –impropio del carácter de un experto y colaborador de la Administración–.

159. En esta línea, por ser innecesario repetir los análisis que, *in extenso*, se desarrollaron al resolver el cargo relacionado con el relleno seleccionado, aplicables a las materias y razonamientos de que trata la actual censura, habrá de decirse, conforme al principio *Ubi eadem est ratio, eadem est o debet esse juris dispositivo*, que enseña que donde hay una misma razón, obra la misma la disposición, que la Sala traslada las conclusiones a las que arribó en tal oportunidad, a este escenario de resolución, para señalar: (i) que al consorcio correspondía hacer el análisis integral de la especificación y su correlativo precio unitario, pues, de forma correlativa estaba asumiendo la responsabilidad económica de la elección de la fuente de material a utilizar; (ii) si encontró una limitación como la advertida –en la que solo el material de excavación pudiera ser considerado– debía solicitar su aclaración para la conformación de sus precios unitarios, pues suponer, en materia de costos de obra, no se tiene como una conducta diligente; (iii) la especificación Invias en el artículo 610 sí incorporaba entre los costos a considerar el material y transporte y material, así que no considerarlo es propio del ámbito de elección económica y empresarial del proponente.

160. Nuevamente, en esta ocasión, la Sala concluye que lo ocurrido correspondió a una elección del proponente en presentar un precio unitario únicamente con materiales de excavación, asumiendo enteramente el riesgo de tal determinación, pues ni siquiera estuvo interesado en indagar frente a la entidad si era un yerro o una circunstancia que mereciera algún ajuste, cuando justamente el numeral 2.2. del pliego de condiciones, subrayó:

“si los proponentes encontraren discrepancias u omisiones en los documentos de la presente licitación o tuvieran dudas acerca de su significado o interpretación, deberán darlos a conocer en la audiencia para precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones”.

161. En consecuencia, ya sea por falta de diligencia, o porque se trate de un riesgo que así fue asumido, lo cierto es que la definición del precio unitario para relleno de estructuras fue un asunto que quedó inscrito en el marco de responsabilidad del contratista; y, como se sabe, en ello existe respaldo en el numeral 3.8.3 de los pliegos, sub numeral 4, tantas veces reseñado; razón por la cual, únicamente se debía reconocer al contratista por este ítem, como indicó el *a quo*, el valor acordado por las partes para la ejecución de esta actividad, se itera, incluyendo sus riesgos asociados, el cual fue pagado según el valor ofertado, como el mismo censor reconoce; de modo que el cargo analizado carece de vocación de prosperidad, y así será declarado.

(vi) Excavación para reemplazo de la subrasante (ítem no pactado)

162. Sostuvo la apelante, que ejecutó actividades que correspondían a *excavación para reemplazo de la subrasante* pero que arbitrariamente fueron pagadas por la entidad bajo el ítem de *excavación de la explanación*; cuestionó la inexistencia de valoraciones probatorias que acompañaran la conclusión del Tribunal de negar la pretensión formulada, argumentando, simplemente, que *“ese costo no se reconocerá comoquiera que no se acreditó dentro del plenario la profundidad de la excavación indicada por el contratista”*; reprochó que sin un examen de las pruebas aportadas al proceso que acreditaran el volumen acometido por el contratista, el *a quo* se hubiera limitado a indicar que no se probó la profundidad de la excavación.

163. Para dar claridad al panorama aludido, la Sala resalta dos aspectos cardinales que emergen del contrato, en orden a la determinación de las actividades y especificaciones técnicas que vincularon a las partes.

La cláusula **“VIGÉSIMA SEXTA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO”** estableció:

“Los documentos que se citan a continuación integran, determinan, regulan complementan y adicionan las condiciones del presente contrato: 1) las Especificaciones Generales de Construcción redactadas por el INSTITUTO. 2) los contratos que se suscriban para la obtención de las garantías y seguros exigidos. 3) la propuesta del CONTRATISTA. 4) registro presupuestal (...)”⁴⁹.

164. A su vez, en la cláusula décima *-obras adicionales-* las partes acordaron:

“Son obras adicionales aquellas que por su naturaleza, pueden ejecutarse con las especificaciones originales del contrato o variaciones no sustanciales de los mismos y en donde todos los ítems tengan precios unitarios pactados. El INSTITUTO podrá ordenar por escrito obras adicionales y el CONTRATISTA estará en la obligación de ejecutarlas. Las obras adicionales se pagarán a los precios establecidos en el Formulario No. 4. PARÁGRAFO. OBRAS COMPLEMENTARIAS: se entiende por obra complementaria la que no está incluida en las condiciones originales del contrato y por esta misma razón, no puede ejecutarse con los precios del mismo. El INSTITUTO podrá ordenar obras complementarias

⁴⁹ Fls. 17 y 18 del c. ppal. 1

y el contratista estará obligado a ejecutarlas, siempre que los trabajos ordenados hagan parte inseparable de la obra contratada o sean necesarias para ejecutar esta obra o para protegerla. Los precios que se aplicarán para el pago de la obra complementaria serán los que se convengan con el contratista, mediante la suscripción de un acta de precios no previstos (...)”

165. Ahora, revisados los hechos expresados en la demanda, la parte actora fue consistente en señalar que durante el desarrollo del contrato se encontraron fallos en la subrasante que debían ser reemplazados por buen material para garantizar la estabilidad de la vía, y que su excavación alcanzó profundidades hasta de 1 metro y medio; adicionalmente, que la excavación en sitios puntuales fue más dispendiosa que la excavación de la explanación, empleando más horas de máquina.

166. Como prueba de tal reclamación, se aportaron al proceso, siete *preactas* de obra relativas a “*volumen y transportes - reparación de fallos en conformación de subrasante*” identificadas con los números 04 a 09, suscritas de junio a diciembre de 2005⁵⁰ en las que se registraron las abscisas inicial y final de la actividad, las áreas de corte, volúmenes, entre otros datos.

En cada una de tales *preactas*, contratista e interventoría conciliaron el tipo de actividad desarrollada, junto con la medida de reconocimiento y pago (m3 y m3-EST) correspondiente. Todas ellas, debidamente firmadas, hicieron constancia de las prestaciones realizadas y sus valores, evidenciando el mutuo acuerdo tanto en la actividad ejecutada –*excavación de la explanación*– como en la cantidad.

167. Igualmente, en el acta No. 4 de ampliación de la suspensión del contrato, suscrita el 20 de octubre de 2005, se reportó entre sus causas, que:

“3. El régimen hidrológico presenta lluvias de alta intensidad que han permitido vislumbrar en la carretera severos afloramientos de agua y deterioro de la subrasante que amerita intervención para curar los fallos detectados. Igualmente se han observado sitios donde se hace necesario plantear drenes o zanjas de coronación (...)”.

Dicho instrumento, si bien aludió al deterioro de la subrasante, en todo caso, no trae mención alguna relacionada con la necesidad de ajustar las actividades referidas a la excavación para reemplazo de la subrasante a través de un nuevo o diferente ítem; de manera que de allí no es posible colegir la insatisfacción que solo en diciembre de 2005 –al terminar de ejecutar la actividad– planteó el contratista; no es atendible que el consorcio, en ese momento, habiendo ejecutando tal actividad (por 4 meses -desde junio de 2005 según las actas revisadas) no hubiese solicitado precisión sobre el asunto, requerido algún ajuste, o peticionado la conformación de un precio nuevo, pues de ser así estaba ejecutando algo no convenido.

168. Como se viene indicando, solo fue en el acta No. 15 que el Consorcio Géminis hizo la manifestación relacionada con sobrecostos generados por excavaciones más profundas por el reemplazo de la subrasante; sesión del comité realizada el 9 de diciembre de 2005, esto es, 17 días antes de la terminación del contrato, en la cual el consorcio Géminis anotó (se transcribe conforme obra):

⁵⁰ FI. 764 a 770 del c. de pruebas 3.

“el contratista manifiesta que en el proceso de conformación de la subrasante, se requirió reemplazar la subrasante original en alturas de hasta 1.5 metros, por la presencia de arcillas expansivas que no garantizaban la capacidad de soporte requerida, condición que le generó sobrecostos en maquinaria y equipo y material de relleno (500 m3)”⁵¹.

169. Al acudir a las Especificaciones Generales de Construcción del INVIAS, documento de primer orden en la integración de las reglas y los instrumentos que conforman el contrato, según quedó atrás reseñado, el artículo 210 está dedicado a describir y precisar la actividad de “EXCAVACIÓN DE LA EXPLANACIÓN, CANALES Y PRÉSTAMOS” y, entre otros aspectos, destaca:

EXCAVACIÓN DE LA EXPLANACIÓN, CANALES Y PRÉSTAMOS

210.1 DESCRIPCIÓN

210.1.1 Generalidades

Este trabajo consiste en el conjunto de las actividades de excavar, remover, cargar, transportar hasta el límite de acarreo libre y colocar en los sitios de disposición o desecho, los materiales provenientes de los cortes requeridos para la explanación, canales y préstamos, indicados en los planos y secciones transversales del proyecto, con las modificaciones que ordene el Interventor.

Comprende, además, la excavación y remoción de la capa vegetal o descapote y de otros materiales blandos, orgánicos y objetables, en las áreas donde se hayan de realizar las excavaciones de la explanación y terraplenes.

210.1.2 Definiciones

210.1.2.1 Excavación de la explanación

El trabajo comprende el conjunto de actividades de excavación y nivelación de las zonas donde ha de fundarse la carretera, incluyendo taludes y cunetas; así como la escarificación, conformación y compactación de la subrasante en corte.

Incluye, además, las excavaciones necesarias para el ensanche o modificación del alineamiento horizontal o vertical de calzadas existentes.

170. Del segundo inciso del artículo 210.1.1 de esta regla técnica contractual, se extrae que, de la gama de actividades comprendidas en este ítem, también hace parte la excavación y remoción de la capa vegetal o descapote en las áreas donde se hayan de realizar las excavaciones, lo que revela un género en el que se incorporan diversas actividades, en los términos descritos. Además, éstas incluyen actividades de excavación y nivelación donde habría de fundarse la carretera y las excavaciones necesarias para el ensanche o modificación del alineamiento de calzadas existentes (inciso segundo del artículo 210.1.2.1).

171. Precisamente, como fue expresado por la interventoría en comunicado OIBA-202-06 del 21 de julio de 2006⁵² al analizar la reclamación del contratista, ésta hizo precisión técnica en la materia y, respecto de la especificación ejecutada y pagada,

⁵¹ FI. 759 del c. de pruebas 3.

⁵² FI. 108 del c. ppal. 1.

señaló que dicho alcance se encontraba previsto en el artículo 210.4 de excavación de la explanación, según las Especificaciones Generales de Construcción del Invias.

La referida norma “*Ejecución de los Trabajos*”, en el aparte citado por la interventoría, indicó:

En caso de que al nivel de la subrasante se encuentren suelos expansivos y salvo que los documentos del proyecto o el Interventor determinen lo contrario, la excavación se llevará hasta un metro por debajo del nivel proyectado de subrasante y su fondo no se compactará. Esta profundidad sobreexcavada se rellenará y conformará con material que cumpla las características definidas en el Artículo 220, "Terraplenes". Los setenta centímetros (70 cm) inferiores se rellenarán con un material apropiado para “núcleo” y los treinta centímetros (30 cm) restantes con un material idóneo para “corona”.

172. De los documentos aportados al expediente no se extrae la ejecución de un ítem diferente al acordado por las partes, en tanto:

(i) La conducta desplegada por el contratista ratificó, mes a mes, los acuerdos existentes en relación con la naturaleza de las actividades ejecutadas y sus cantidades, sin asomo de divergencia entre la actividad que fue contratada y la que se estaba ejecutando.

(ii) El concepto de la interventoría ilustró, bajo la norma técnica referida, que las actividades realizadas correspondieron al ítem pactado en la sub especie referida en el artículo 210.4 de las Especificaciones Generales de Construcción del Invias.

(iii) Lo anterior, es concordante con la cláusula décima del contrato que hizo definición de las denominadas *obras adicionales*, entendidas como “*aquellas que por su naturaleza, pueden ejecutarse con las especificaciones originales del contrato o variaciones no sustanciales de los mismos y en donde todos los ítems tengan precios unitarios pactados*”; por el contrario, entenderlas como un ítem no previsto, como lo plantea la impugnante, habría requerido el trámite para la definición de las llamadas “*obras complementarias*”, las cuales no están llamadas a su ejecución si no existe convenio expreso sobre ellas y su precio, mediante *la suscripción de un acta de precios no previstos (...)*”.

(iv) La parte apelante no concentró los esfuerzos de la alzada en demostrar cómo la decisión del *a quo* era equivocada, de cara los medios de prueba y al carácter determinante o no de la profundidad que, aquel señaló, no había quedado demostrada –aspecto que corresponde al ámbito de actuación del impugnante en cumplimiento de su carga de sustanciación–; pues no atacó la falta de demostración de la profundidad, ni desestimó las conclusiones a las que arribó el fallo de primer grado, sino sólo echo de menos que tales conclusiones no estuvieran acompañadas de una valoración probatoria suficiente.

173. Conforme a lo anterior, y al lado del argumento del *a quo*, múltiples razones se suman para negar el cargo planteado que, valga indicar, se dirigió de manera particular a cuestionar la falta de valoración probatoria de la decisión de negar la pretensión que reclamó el actor; la Sala, al verificar tal insuficiencia -objeto puntual de alzada- se ocupó de realizar su examen y valoración, arribando a la misma

conclusión denegatoria de la pretensión, así como del cargo formulado, y así será declarado.

(vii) Conformación zonas de depósito (ítem 31 especificación 3P)

174. Al resolver este punto, el Tribunal se contrajo a indicar lo siguiente⁵³ (se transcribe literal, incluyendo eventuales errores):

“En el análisis de precios unitarios relaciona el contratista dentro del equipo requerido para ello bulldozer, y según cuentas y reportes diarios de maquinaria se registra retroexcavadora para la conformación de zonas de depósito la cual se tuvo que utilizar, según su dicho, por las condiciones del terreno, la inestabilidad y las altas pendientes, y fuerte invierno para terracear estas zonas generando un sobre costo de \$14.836.705,00, valor que debía ser reconocido por la entidad demandada por tratarse de circunstancias ajenas al contrato, sin embargo dicho rubro se encuentra incluido dentro del valor estimado para ajustes y obras complementarias”.

175. Para la impugnante, el *a quo* desconoció el material probatorio en relación con la existencia de circunstancias adversas y no previsibles, consistentes en (i) las altas pendientes, (ii) la inestabilidad de la zona, y (iii) problemas de invierno; todo lo cual lo llevó a tener que utilizar retroexcavadora, no prevista en el APU, para terracear y cumplir la solicitud de la interventoría expresada en el oficio JAL-OIBA-099-05 del 28 de junio de 2005. Indicó que, por tales circunstancias ejecutó estructuras de madera para contener las masas de tierra, incrementando la operación de la retroexcavadora dado que las volquetas se enterraban.

Sostuvo que el rubro de ajustes y obras complementarias no cubrió estos sobre costos, al punto que Invias al contestar la demanda reconoció la ejecución de mayores valores, así que reprochó que no se expuso ningún fundamento de prueba para negar la reclamación.

176. En línea con la apelación, dado que el censor reprochó la inexistente valoración probatoria en relación con los eventos que tildó como imprevisibles, la Sala abordará tal reclamo para determinar si aquellos tenían o no dicha connotación de cara a lo que fue la ejecución de la actividad *sub examen*, en vista de que, en efecto, no hubo mayor desarrollo en la sentencia de primer grado sobre este aspecto.

177. De acuerdo con los pliegos de condiciones, como lo ha reseñado esta providencia, se fijó una regla vinculada a la información de las zonas, examen de los sitios y debida diligencia en el análisis y elaboración de los precios unitarios, como lo establecía, entre otros, el numeral 3.8.3 -sub numerales 2 y 7-. En particular, en el último de estos sub numerales, se indicó:

“7. Examen de los sitios

El proponente deberá inspeccionar y examinar el sitio y los alrededores de la obra e informarse por su cuenta acerca de la naturaleza del terreno y del subsuelo, la forma y características del sitio, las cantidades, localización y naturaleza de la obra

⁵³ Fl. 576 del c. ppal. 2

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 vías de acceso al sitio y las instalaciones que se puedan requerir, las condiciones del ambiente y, en general, sobre todas las circunstancias que puedan afectar o influir en el cálculo del valor de su propuesta

(...)

El hecho de que los proponentes no se familiaricen debidamente con los detalles y condiciones bajo los cuales serán ejecutados los trabajos, no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones.”⁵⁴

178. En relación con la especificación particular 3-P conformación y compactación de zonas de depósito, se indicó lo siguiente:

“3-P.1 Generalidades

El trabajo cubierto por esta especificación consiste en la preparación y conformación de las áreas de depósito, y el riego y compactación de los materiales colocados en ellas. Se refiere a aquellos materiales que por sus características sean inadecuados para la fabricación de concretos, construcción de llenos u otros fines de la obra, o que por exceder el volumen requerido sea necesario desperdiciar, o que deban llevarse a estas por instrucción del interventor.

(...)

3-P.4 Pago

El pago por la compactación de las zonas de depósito en material común se hará de acuerdo con el precio unitario establecido en el contrato para el ítem “Conformación y compactación de zonas de depósito”. Este precio incluirá todos los costos de materiales, equipos, mano de obra y todos los demás costos requeridos para regar y compactar los materiales en las zonas de depósito, mantener las superficies y evitar por (sic) los daños por erosión, construir y mantener las vías industriales, terminar de arreglar las superficies y taludes y, en general, los demás trabajos requeridos para completar la obra de acuerdo con lo establecido en estas especificaciones.

En este ítem no se cubrirán los siguientes trabajos: Descapote (sic) de las zonas de depósito, que se pagará como se estipula en la especificación 200.2 (Invias 96), acarreo, cargue y transporte de los materiales que lleguen al área de depósito, como se estipula en la especificación 900 (Invias 96); y tratamientos superficiales como empradización, cunetas, etc., que se pagarán como se estipula en los numerales correspondientes a las Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras del Instituto Nacional de Vías 1996” .

179. Debe recordarse que estas reglas contractuales, fueron adoptadas en el marco de un contrato cuyo objeto fue el “*Mejoramiento y pavimentación de la carretera Oiba – Guadalupe Sector K+000 al K+10 500*”, lo que significa, en un ejercicio de diligencia básica, que los proponentes debían informarse de las condiciones geográficas, inclinaciones y pendientes de los trayectos a intervenir, condiciones físicas del terreno, aspectos climáticos, tipo de suelo en ese tramo y, en particular (dado el cargo que se analiza) las características de las zonas de depósito que desarrollaría el proyecto.

⁵⁴ Pág. 29 a 33 d ellos pliegos de condiciones

180. Aquí cobra total relevancia, nuevamente, el deber de diligencia del proponente de cara a la función técnico - jurídica del examen a los sitios de los trabajos pues, no es de recibo, a juicio de la Sala, que el consorcio Géminis fundara su reclamo en los aspectos aludidos, cuando justamente la ubicación, características de los terrenos y suelos debían revisarse para poder elaborar los precios unitarios. No es plausible que el actor hubiese catalogado como evento imprevisible las altas pendientes del sector pues éstas son parte de la geografía de dicho territorio, de manera que, si existían o no, era factible identificar esa circunstancia y determinar qué maquinaria y demás factores asociados a esa actividad debían ser tenidos en cuenta en las valoraciones económicas y de cara a la licencia ambiental que para las zonas de depósito y botadero se imponía considerar; máxime que, como se sabe, el departamento de Santander está ubicado en una vertiente de la Cordillera Oriental, lo que evidencia que existen sistemas de montaña, al igual que serranías, de modo que resultó insuficiente la actividad del consorcio de examinar e indagar por las condiciones de la zona.

181. Lo propio acontecía con la información relacionada con la estabilidad del terreno de la zona de depósito, pues ésta debía ser recogida y analizada en el examen al sitio de las obras, y completada, de ser el caso, con otras investigaciones en señal de una básica diligencia; dicha tarea imponía considerar la ubicación y terreno de la zona de depósito y la influencia del régimen de lluvias en el sector, y no concluir, sin más, que el consorcio podía comprometerse frente a un ítem, en el que, daría igual cotizar la actividad si era un valle, una pendiente, o una montaña y, aun así, simplemente ofertar un valor, sin mediar inquietud u observación, en una construcción evidentemente teórica o en abstracto apartada de la realidad.

182. Ahora, si en gracia de discusión se quisiera insistir en que la inestabilidad de los suelos era una circunstancia imprevisible, ello debía acreditarse, pues tal carácter no se construye a partir de la enunciación de su ocurrencia, sino que es necesario demostrar cómo el advenimiento de determinados eventos desbordó la racional previsión efectuada al analizar y hacer la valoración de tal actividad.

183. En este caso, (i) de una parte, la actora se limitó a afirmar en su demanda que hubo *“inestabilidad que se manifestó en la zona de depósito”*⁵⁵ –y así también lo planteó en la alzada–, pero no explicó las causas y circunstancias en que tal evento ocurrió y cómo ellas superaron su prudente juicio y análisis. La parte demandante solamente hizo la afirmación antedicha y, de allí, dio un salto a los costos de maquinaria al referir que tuvo que utilizar retroexcavadora, sin precisar por qué dicho costo estaba por fuera de sus responsabilidades bajo la especificación 3P, y cómo, además, excedía sus previsiones en el caso concreto.

184. Lo anterior, por cuanto la actividad de conformación y compactación de zonas de depósito -especificación 3P- estableció en la descripción de los trabajos, que ésta abarcaba la preparación y conformación de las áreas de depósito, y el riego y compactación de los materiales colocados en ellas... [e] incluirá todos los costos de

⁵⁵ Fl. 38 del c. ppal. 1. En ese apartado la demandante se limitó a enunciar que los tres eventos –altas pendientes, inestabilidad de la zona de depósito, e invierno– fueron imprevisibles para el contratista

materiales, equipos, mano de obra y todos los demás costos requeridos para regar y compactar los materiales en las zonas de depósito, mantener las superficies y evitar por (sic) los daños por erosión, construir y mantener las vías industriales, terminar de arreglar las superficies y taludes y, en general, los demás trabajos requeridos para completar la obra de acuerdo con lo establecido en estas especificaciones” (se subraya). Al lado de lo anterior, puntualizó las actividades que no quedaban cubiertas por este ítem, refiriéndose al descapote, transporte y acarreo, y tratamientos superficiales.

185. Así que, por la ausencia de un desarrollo que ilustre cómo los factores de inestabilidad que se presentaron estaban excluidos del alcance de la citada especificación técnica, o por qué los trabajos de completar los taludes no comprendían, en la técnica de terracear y en la estructura de muros en madera, el uso de una retroexcavadora no es posible para la Sala suponer algo no explicado y sustentado por el censor.

Se resalta que, la mera afirmación de catalogar una situación como imprevista y señalar que lo ofertado en el precio unitario era un bulldozer y no una retroexcavadora, no excluye, por sí solo, que ello estuviera comprendido en el alcance de la obligación del contratista de considerar en sus unitarios todos los costos y aspectos que esta actividad requería pues, se itera, no basta la existencia de un costo, sino que el análisis debe pasar por la determinación de que éste no fuera de su cargo y, además, del por qué era imprevisible; entonces, más allá de las pruebas aportadas relacionadas con los pagos por retroexcavadora, –reconocido por Invias en los valores pagados por maquinaria, pero oponiéndose a la imputación de responsabilidad–, o el oficio de la interventoría del 28 de junio de 2005⁵⁶, el cargo es escaso en argumentos y pruebas en orden a llenar de contenido los dos requerimientos atrás expresados.

186. En este punto, recuérdese que el rompimiento del equilibrio económico del contrato –como ya se ha indicado– no se funda en una comparación aritmética en la que se valoren costos y sus diferenciales, sino en la advertencia de una verdadera situación extraordinaria que afecte de manera anormal el equilibrio mismo e integral del negocio, entre otros elementos, lo cual, no quedó acreditado en el proceso.

187. De otra parte, (ii) en segundo lugar, si el impacto de dicha situación afectaba la economía del contrato, ya fuera o no en perspectiva del desequilibrio económico, el contratista debía *oportunamente* advertirlo y solicitar a la entidad contratante la modificación del precio unitario en el factor respectivo para que, en sede contractual se discutieran a nivel técnico las soluciones y eventualmente se pudieran adoptar medidas para superar la situación; pero de ninguna manera se torna en admisible la postura de guardar silencio y, solo al finalizar el contrato, elevar una reclamación por una inconformidad que no fue expresada, es decir, fue inexistente en el curso del negocio jurídico, y ello, es parte del análisis integral del *iter contractual* y su plataforma legal.

⁵⁶ Comunicación en la que se advierten consideraciones enteramente técnicas que, por sí solas, no permiten llegar al entendimiento de una imprevisibilidad, ni menos excluir de la responsabilidad del contratista la decisión de utilizar una u otra maquinaria, conforme a la especificación 3P contractual. Fl. 831 a 832 del c de pruebas 3.

188. En este punto la Sala llama la atención respecto al alcance y entendimiento del principio de la buena fe contractual, en el que no basta la simple creencia de estar actuando conforme a derecho y contrastar tal convicción, unilateral y subjetiva, con el ordenamiento jurídico, sino que, en este ámbito se impone definir si el comportamiento del cocontratante se ajusta o no a la normatividad y al negocio jurídico celebrado con sustento en una premisa fundamental, ambas partes han esculpido las reglas que determinan la estructura obligacional del contrato y han regulado sus intereses en recíproco beneficio, de modo que en tal propósito, una y otra, son correlativa y objetivamente merecedoras de un trato recto y fiel, que les impone actuar *“con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces”* y que desde otro ángulo se identifica con *“la confianza, legítima creencia... y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo fe”* puesto que *“fidelidad quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que ésta no la engañará”*⁵⁷.

189. La Sala, entonces, se opone a considerar fundado un reclamo que se contraponga a la conducta de las partes en el *iter contractual*, en razón del principio de buena fe que gobierna los contratos (art. 1602 del C.C.). Nada más alejado a éste que, en la ejecución del contrato, las partes avancen bajo la convicción de estar honrando la ley que ellas construyeron, es decir el contrato, pero alguna se guarde un motivo que sólo ella conoció, para reclamarlo posteriormente a la otra.

190. Finalmente, y unido a lo anterior, sin la demostración de una situación imprevista, o que excediera la responsabilidad y riesgo asumido por el contratista, carece de relevancia cuestionar, simplemente a nivel teórico, si en el caso concreto, como lo afirmó el *a quo*, los costos reclamados estaban o no cubiertos por el rubro estimado para obras complementarias, pues ello dependería del análisis puntual del evento, para determinar si conforme a la cláusula décima del contrato podían o no inscribirse en alguna de esas categorías como obra adicional o como obra complementaria; con todo, tal análisis, en nada modifica la concusión a la que llegó la Sala por las razones ya anotadas y, por tanto, el cargo será negado.

(viii) Gastos adicionales ocasionados por el mayor número de señales de tránsito Grupo I Ítem 29 especificación 710

191. Reprochó el censor que el Tribunal se limitara a indicar que fueron pagadas al contratista las 77 señales de tránsito solicitadas, cuando lo pedido era que se reconociera la diferencia entre lo ofertado y el costo realmente asumido. Para soportar el cargo, resaltó que tuvo que instalar a precios de 2005 aquellas señales que excedieron las 25 acordadas en el contrato, desbordando la oferta presentada en septiembre de 2004 pues su ejecución se realizó 15 meses después, situación imprevisible para el contratista. Sostuvo que si bien el contrato podía aumentar o disminuir en cantidades, ello no impedía al contratista reclamar el costo de tal

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de noviembre de 2020, radicación 11001-3103-001-2017-00213-01.

diferencia al romper el equilibrio económico del contrato; y que, aun cuando esta actividad fue objeto de ajuste, ello no cubrió el total de su real ejecución.

192. La Sala negará este cargo el encontrar, tal como lo indicó el *a quo*, que se encuentra acreditado el pago efectuado al contratista respecto de esta actividad conforme a los precios convenidos bajo el contrato y, por el contrario, no halla razones que permitan cuestionar o desconocer que el efecto jurídico de tal pago fue la extinción de toda obligación derivada de la ejecución de este ítem, en cuanto tiene que ver con la contraprestación acordada.

193. Tres premisas centrales son suficientes para desestimar este cargo; la primera tiene fundamento en la modalidad de pago del contrato *sub examen*, el cual fue acordado a precios unitarios debiéndose pagar las cantidades de obra ejecutadas por el precio definido para el ítem respectivo; se debe resaltar, de forma sucinta, que una característica inherente a este sistema de pago es la existencia de mayores o menores cantidades de obra; de modo que sólo el ejercicio final, en el que se multipliquen todas las actividades ejecutadas, permite determinar el valor total del contrato.

194. Así las cosas, bajo el principio de normatividad que rige en materia contractual y que postula al contrato como ley para las partes, en el caso que se analiza las partes convinieron en dicha modalidad, quedando sujetas al aumento o disminución de que trata este dispositivo de pago y, en ello, no hay discordancia entre las partes, como lo evidencia la alzada. Al respecto, la cláusula segunda del contrato estipuló, lo siguiente:

“CLÁUSULA SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO.- El valor de este contrato se estima en la suma de (...) \$2.563'387.360.00, suma que incluye IVA, equivalente a 7.160.299 salarios mínimos legales mensuales vigentes. El valor de los precios de la obra será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por los precios unitarios estipulados en la propuesta del CONTRATISTA, en el documento Formulario No. 4 valor total de la propuesta. Las cantidades de obra son aproximadas y están sujetas a variaciones”.

195. En complemento de lo anterior, en segundo lugar, en la cláusula séptima del contrato se pactó que los precios unitarios tendrían *fórmula de ajuste*, esto es aquella medida contenida en las bases mismas del negocio jurídico que se aplica a los precios unitarios pactados, con miras a contener los eventuales cambios e impactos en la variación de los precios del mercado y conservar así el valor intrínseco de la contraprestación en contratos de tracto sucesivo, particularmente de mediano y largo plazo.

196. La dimensión de este tipo de cláusulas de ajuste tiene origen en una actividad de previsión de las partes, quienes, conocedoras de la posibilidad de que las variables y eventuales fluctuaciones del mercado incidan en los precios originales, deciden que tal medida les permite afrontar el escenario de ejecución contractual en su mutuo beneficio, aminorando el ámbito de controversia en esta materia, al asumir, ambos contratantes, los efectos que se derivan de la aplicación de la

fórmula pactada⁵⁸. Recuérdense, como bien lo ha señalado la doctrina especializada, que “Contratar es prever ... [y] el contrato es una empresa que se sitúa en el futuro”⁵⁹.

197. Dispuso el parágrafo segundo de la citada cláusula séptima, lo siguiente:

SEGUNDO: AJUSTES.- El ajuste de precios se hará con el índice de costos de la construcción pesada - ICCP, calculados por el Departamento Administrativo de Estadística "DANE". El cálculo de los ajustes se realizará con la siguiente fórmula: $P_i = P_o \times I / I_o$. Los componentes de la fórmula tienen los siguientes significados: P_i = valor ajustado del saldo del acta de suministro a precios básicos, después de amortizar el anticipo para cada grupo de obra. P_o = Saldo del valor básico del acta, después de amortizar el anticipo para el grupo correspondiente, calculado según las cantidades de concretos suministradas a los precios unitarios de la Lista de Cantidades de Obra, Precios Unitarios y valor Total de la Propuesta del Contratista, I = valor del "Índice de Costos de Construcción Pesada del DANE", para el grupo de concretos, correspondiente al mes en que se ejecute el suministro, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del Programa de Suministro aprobado, o se trate de suministro en forma adelantada y se esté cumpliendo con la ejecución de las cuotas partes en los meses anteriores. Se entiende por cuota parte el valor de la inversión que cumpla con la ejecución de la totalidad del suministro programado para cada mes. Cuando el suministro ejecutado no corresponda al menos a dicha cuota parte, o no haya cumplimiento en el valor mensual acumulado, el índice de ajuste será el que corresponda al mes en que ha debido suministrarse el concreto. Los ajustes se consignarán en actas que suscribirán las partes. Si por alguna razón los índices de ajuste no se obtienen oportunamente, se podrá elaborar un acta provisional con los índices disponibles. El ajuste definitivo, se efectuará una vez se obtengan los índices del mes que corresponda al cumplimiento del programa de obra. EL CONTRATISTA no

198. Así, las partes acordaron que, mes a mes, se haría el ajuste de los valores a cancelar a través de la fórmula pactada en el parágrafo segundo de la cláusula séptima, atrás referido, y ello se aplicaría a las cantidades –mayores o menores– que fueran ejecutadas, lo que se acompasa con la regla indicada en la cláusula segunda (valor del contrato) relativa a los precios unitarios y a las variaciones de las cantidades; de forma que era conocido por las partes que en el *iter* del contrato habría lugar a realizar, como en este caso, mayores cantidades de señales de tránsito, y el consorcio Géminis no puede, ahora, desconocer este acuerdo que se sostiene, además, en la naturaleza misma del sistema de precios unitarios acordado; máxime que el actor acepta que así le fueron pagadas todas las señales.

199. Finalmente, hay que señalar que el mismo pliego de condiciones en el numeral 5.15. estableció como obligación del contratista la ejecución de las mayores cantidades de obra a los precios indicados en la propuesta y dispuso, como excepción a esta regla, la existencia de situaciones imprevisibles que por su gravedad y anormal onerosidad condujeran al desequilibrio económico del contrato; al respecto reseñó:

⁵⁸ Lo anterior no desconoce que, en tal actividad de previsión de las partes, también éstas pueden acordar, en expresión de su libertad negocial, que los valores definidos en los precios unitarios no contengan fórmula de ajuste, y ello impondría un ejercicio de presupuestación adecuado a la asunción de tales variaciones a través del precio fijado.

⁵⁹ RIPERT, George. “La Regle Morale dans les obligations civiles” París. LGDJ, pág. 144.

“Las cantidades de obra por ejecutar son las que se presentan en el formulario número No. 4. Estas Son aproximadas y están calculadas con base en el estudio del proyecto; por lo tanto, se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra. Tales variaciones no viciarán ni invalidarán el contrato producto de esta licitación pública. El contratista está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten, a los mismos precios de la propuesta, salvo que se presenten circunstancias imprevisibles que afecten el equilibrio económico del contrato”.

200. Al revisar los soportes de las cantidades de obra ejecutada, se observa que, en efecto, la cantidad final de señales de tránsito ejecutadas fue de 77, como se advierte en el acta de recibo final del contrato de obra⁶⁰, en la cual se registró que dicha actividad, al precio unitario ofertado de \$153.386,00 M/Cte, y multiplicado por las cantidades finales, llevó al reconocimiento de \$11.810.722,00 M/Cte.

En esta línea el contratista reclamó haberse comprometido en 25 señales de tránsito, indicando que el costo de las 52 que fueron requeridas demás rebasó toda previsión, por dos situaciones que catalogó de imprevisibles, según se revela al revisar la apelación en línea con las causas aducidas en la demanda⁶¹, a) *“el primero, que en la propuesta y el contrato sólo se pedían 25 señales de tránsito y nos ordenaron ejecutar 77, es decir, un 208% más de las pactadas”*; y b) *“[e]l segundo, consistió en que la propuesta se presentó el primero de septiembre de 2004 y la actividad se ejecutó en diciembre del 2005, es decir, 15 meses después de la oferta, situación imprevisible para el contratista”*.

201. Nuevamente, no hay una referencia que desarrolle en qué consistió la imprevisibilidad aducida, pues la ejecución de mayores cantidades fue un aspecto puntualmente previsto en el contrato y formó parte de sus características principales. El porcentaje de las mayores cantidades de señales de tránsito ejecutadas no es más que la cifra que concretó el ejercicio de las cláusulas acordadas, y de allí, no se desprende ninguna imprevisión como tampoco se evidencia una falta de la entidad atribuida a título de incumplimiento del contrato.

202. De otra parte, la causa asociada al tiempo transcurrido entre la presentación de la propuesta y el momento de ejecutar esta actividad tampoco reviste la categoría de imprevisible, por un lado, por el orden *crono-lógico* de los procesos de escogencia de contratista, pues la presentación de la propuesta se efectuó en el marco de un proceso de licitación pública que concluyó en diciembre de 2004 y por cuya virtud fue suscrito el contrato 2030 el 17 de diciembre de esa anualidad, momento en el cual el consorcio Géminis era conocedor y responsable de ejecutar el negocio jurídico que estaba suscribiendo con los precios propuestos –actividades que, sin duda, serían realizadas en la vigencia 2005–; de modo que ninguna relevancia tiene el argumento indicado por el censor en orden a la proyección de los precios unitarios ofertados en 2004 y ejecutados en 2005 pues ello fue parte del término en que transcurrió el proceso de selección y, en atención al momento de celebrar el respectivo contrato.

⁶⁰ Fl. 402 del c ppal. 1

⁶¹ Fls. 38 y 39 del c. ppal. 1.

203. Además, habiéndose acordado una cláusula de ajuste de precios aplicada mensualmente a las actas de obra, como ya se indicó, las partes adoptaron una fórmula que retuviera y solventara los efectos del paso del tiempo (que en todo caso no son los 15 meses aducidos por el censor, pues ni siquiera había contrato), y este factor, el tiempo, en punto a los análisis ya efectuados en esta providencia relacionados con las suspensiones y prórrogas del contrato, impiden la prosperidad de este reclamo, pues en ningún momento se advirtió por el contratista la insuficiencia de la fórmula de ajustes a los precios del contrato, por algún evento de imprevisión.

204. Lo que observa la Sala, es que el 9 de noviembre en oficio OIBA-182-05⁶², la interventoría entregó al contratista la relación de señales verticales de tránsito a instalar, junto con los soportes respectivos y, posteriormente, fue suscrita la respectiva “Acta de modificación de cantidades de obra No. 2”⁶³ el 2 de diciembre de 2005, suscrita por el representante legal del contratista, el representante legal de la interventoría, la supervisora del contrato designada por el Invias, la supervisora del contrato Invias - territorial Santander, y el Subdirector Nacional de la Red de Carreteras del Invias.

No se registra en el expediente manifestación del consorcio constructor que, en respuesta al oficio del 9 de noviembre, señalara la grave consecuencia de ejecutar el ítem referido, o la inconformidad o dificultad en el cumplimiento de esta actividad; por el contrario, lo expresado en el acta de modificación de cantidades de obra del 2 de diciembre de 2005, fue su acuerdo con las condiciones pactadas y con las mayores cantidades requeridas y su precio, conforme lo establecía el contrato, lo que descarta el reclamo de la parte demandante en el que atribuyó al ejercicio del *ius variandi* por arte de la Administración, la mayor cantidad de las señales de tránsito que requirió el proyecto.

205. Para la Sala es posible colegir, de manera razonable, que en el lapso comprendido entre el 9 de noviembre y el 2 de diciembre de 2005, el contratista en caso de advertir tan grave situación, generadora de la ruptura del equilibrio económico del contrato, debía haberlo indicado al responder la carta de la interventoría; pero lo cierto es que ello no aconteció, y lo que está probado es que se firmó el acta de mayores cantidades con su venia y pleno acuerdo en cantidades y precios, de manera que no es posible entender nada distinto a lo que fue su manifestación expresa y su conducta contractual. Por estas razones, en su conjunto, este cargo carece de vocación de prosperidad y por tanto, será negado.

(ix) Falta de pago del hierro pontón ítem 21 acero de refuerzo grado 60

206. Este cargo cuestiona la decisión del *a quo* de negar el reconocimiento y pago del *hierro figurado* que por órdenes de la interventoría fue adquirido por el contratista y llevado a la obra para dar solución al problema de presencia de cárcavas e inestabilidades en el k 9 + 937.

⁶² Fl. 841 del c. de pruebas 3.

⁶³ Fl. 845 y 846 c. de pruebas 3.

Sostuvo el censor que el Tribunal desconoció el acta de comité de obra No. 10 del 21 de Julio de 2005 y la carta del 19 de julio de 2005 oficio JAL-OIBA-125-05, en el que la interventoría pidió al contratista ejecutar el pontón, y le entregó los diseños y los despieces del hierro para tal fin; también, que ignoró que al momento de hacer las excavaciones no se encontró un estrato adecuado para avanzar con el pontón, y la interventoría tuvo que cambiar el diseño por el de un pedraplén, el cual fue entregado el 9 de noviembre de 2005 al contratista para su ejecución; y, aunque el consorcio ya había adquirido el hierro figurado, el Invias no canceló tal ítem. En suma, reprochó que el Tribunal, sin respaldo en las pruebas, simplemente desatara el cargo en los siguientes términos –los que se transcriben en su totalidad–:

“La parte actora no allegó prueba que el acero que compró para cimentar los estribos, al cambiarse la propuesta de labores, no fue utilizado en su totalidad, en cuyo evento cabría la posibilidad de ser indemnizado por dicho costo.”⁶⁴

207. Al analizar el planteamiento de la demanda, el actor señaló que a raíz de un fuerte aguacero se evidenció un problema de presencia de cárcavas e inestabilidades en el k 9 + 397 y para ello la interventoría propuso como solución la ejecución de un pontón dándole al consorcio los diseños y despieces del hierro. Se adujo que, una vez adquirido el hierro figurado y puesto en obra, al hacer las excavaciones para ejecutar la fundación del pontón no se encontró un estrato adecuado porque la presencia de estas cuevas se extendían más allá de lo previsto por la interventoría, lo que condujo a cambiar el diseño por un pedraplén, con un esquema de terraplén; todo lo cual sin reconocer al contratista el valor del acero previamente comprado, el que, por ser figurado, ya no se podía aplicar a otro tipo de obra; finalmente, indicó que dicho material se llevó a Bogotá y ese costo también se le debía pagar. En total, reclamó la suma de \$8.536.120,15 M/Cte.

208. Al contestar la demanda, el Invias coincidió en que la solución para dicho problema fue el pontón, y que el diseño elaborado por la interventoría para estos fines, a la postre, tuvo que ser cambiado por el de un pedraplén por las dificultades relatadas en la demanda. Indicó que, según las facturas de compra del hierro figurado, su adquisición correspondió a la suma de \$7.903.815, restando el valor del transporte Oiba - Bogotá; pero sostuvo que un buen porcentaje de hierro figurado fue utilizado en otras obras de arte dentro del mismo corredor y, en tal sentido, adujo que la pérdida no fue total⁶⁵.

209. Observa la Sala que, en comunicación del 19 de julio de 2005 –oficio OIBA-125-05– entre otros asuntos, la interventoría indicó al contratista: *“requerimos atención inmediata a las siguientes observaciones: (...) 2. Iniciar inmediatamente la construcción de los Box coulvert (...) y del pontón del k 9 + 937, según diseños entregados por la interventoría”⁶⁶.*

Lo anterior, teniendo en cuenta que entre las especificaciones y alcance de las actividades de la interventoría, conforme registra el *“Acta de Recibo Definitivo de la*

⁶⁴ Fl. 576 del c. ppal. 2.

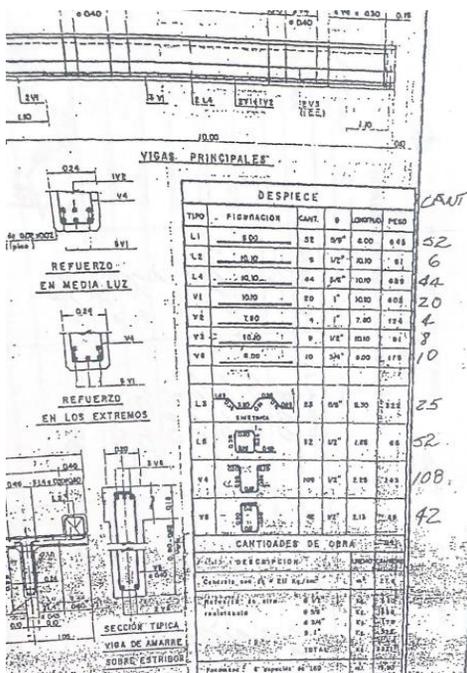
⁶⁵ Fl. 82 del c. ppal. 1.

⁶⁶ Fl. 866 del c. de pruebas 3.

Interventoría”⁶⁷ suscrita entre Invias e Interventor se certifica: “Los trabajos consisten en la Consultoría, Asesoría, e Interventoría Técnica y Administrativa del contrato de obra No. 1330-2004 suscrito con el CONSORCIO GÉMINIS bajo los cuales, la Interventoría tuvo a su cargo la revisión y aprobación de los diseños de la estructura de pavimento, obras de drenaje y efectuar los diseños de las demás obras ordenadas y ejecutadas a través del contrato”.

Luego, en sesión del comité de obra, llevado a cabo el 21 de julio de 2005, quedó consignado en el acta respectiva⁶⁸, sobre este punto, que: “1. Se entregó diseño del pontón del k 9 + 937, en Julio 07 de 2005. Responsable: Interventoría”.

210. Igualmente, milita en el expediente el diseño de los despieces⁶⁹ y el cuadro de despieces de hierros⁷⁰, ilustrando las formas en que debía figurarse el acero, su diámetro, longitud y cantidades, como se advierte en tales documentos:



CONSORCIO GEMINIS
 CUADRO DE DESPIECE DE HIERROS
 OBRA: PONTON K9+937 HOJA No. 1 DE 1

FIGURA	DIAMETRO	LONGITUD	CANTIDAD
E.D	5/8"	8.00	52 L1
10.10	1/2"	10.10	6 L2
10.10	5/8"	10.10	44 L3
10.10	1"	10.10	20 V1
7.80	1"	7.80	4 V2
10.10	1/2"	10.10	8 V3
8.00	3/4"	8.00	10 V4
8.30	5/8"	8.30	25 L3
1.65	1/2"	1.65	52 L5
2.25	1/2"	2.25	108 V4
2.13	1/2"	2.13	42 V5

En estos medios de prueba se registró que la cantidad requerida para el pontón en el K9+937 correspondió a 3338,38 kg.

211. La Sala encuentra que, en efecto, y conforme a los medios de prueba analizados, para la solución de la galería de cavernas hallada bajo la subrasante el interventor realizó, en cumplimiento de su contrato de interventoría No. 2510 del 28 de diciembre de 2004⁷¹, el diseño para la construcción de un pontón conformado por vigas y losas apoyadas en estribos⁷², y solicitó al contratista disponer lo necesario para su ejecución, según comunicación del 19 de julio de 2005, atrás reseñada; determinación que, valga aclarar, fue establecida en la dinámica de diseño y construcción que, a su vez, hacía parte del marco de las actividades

⁶⁷ Fls. 417 a 419 del c. ppal. 1

⁶⁸ Fl. 858 y ss. del c. de pruebas 3.

⁶⁹ Fl. 863 del c. de pruebas 3.

⁷⁰ Fl. 864 del c. de pruebas 3.

⁷¹ fls 404 a 411 del c. ppal. 1

⁷² Fl. 109 del c. ppal. 1. En el que la interventoría rindió informe sobre la reclamación del contratista.

fue total, al estimar que, parcialmente, tal material pudo usarse en otras obras de arte del contrato; se destaca, además, que en ningún momento la entidad cuestionó la determinación del interventor en hacer tales definiciones, pues se trataba de la ejecución misma de las obligaciones contratadas a la interventoría, lo que, a su vez, concuerda con la conducta contractual y procesal del Invias en tanto no puso en tela de juicio, en aquel o en este escenario, la decisión de hacer el pontón, sino que se centró en la cuantía de lo que debía reconocerse al contratista por tal circunstancia. Ambas, en nítido reconocimiento de su adquisición y coincidentes en los valores de su compra.

214. Este contexto permite a la Subsección concluir, a partir de la valoración de los distintos medios de prueba, en conjunto con la construcción fáctica que emerge del libelo introductorio y su contestación, que dicha actividad sí debía ser pagada al contratista puesto que al gestarse la solución relativa a las cavernas, la interventoría dio la instrucción al consorcio de realizar las actividades vinculadas a la construcción del pontón, y realizó el diseño respectivo para ser ejecutado en obra, de modo que el contratista realizó la adquisición del hierro figurado según los diseños y los puso en obra.

215. Así, es posible advertir, de un lado, que factores externos que superaban las previsiones razonables de la interventoría en el diseño, llevaron a modificar la solución inicial propuesta y, en consecuencia, a decidir el reemplazo del pontón por un pedraplén, como fue relatado por la interventoría al pronunciarse sobre los sucesos y cuestionamientos que debían ser absueltos para definir el sustento o no de tal reclamación (se transcribe literal, con eventuales errores):

“luego de iniciar las excavaciones para cimentación de los estribos y a una profundidad de 2.50 metros se evidenció que bajo la subrasante se localizaba toda una galería de cavernas por donde drenaba el agua subterránea de una cuenca localizada en una finca aguas arriba de este sitio, razón por la cual la interventoría inmediatamente recurrió a su especialista en geotecnia, quien planteó una nueva propuesta que se entregó al contratista mediante oficio OIBA-183-05 de noviembre 09 de 2005. Si bien es cierto que el contratista antes de conocer la nueva propuesta ya había puesto en obra del acero para el pontón también lo es que aprovechó parte del acero para construir obras de arte menores (...) por tanto el contratista debe aclarar (...) qué cantidad adquirió para todo el proyecto, cuánta utilizó realmente en las obras del mismo, cuánta le quedó sobrando (...) antes de reclamar por el 100% del acero adquirido”⁷⁷.

216. De otro lado, es necesario precisar que si bien la causa del cambio aludido provino de una situación física del subsuelo que sólo pudo ser conocida por las partes al descender a casi 3 metros de excavación, lo cierto es que, más allá de sus causas, la ocurrencia cierta y documentada de la necesidad de cambiar el rumbo constructivo y el mayor costo generado por este viraje, imponía a la entidad cumplir su obligación de pago por las actividades ejecutadas para el hierro pontón, conforme al ítem 21 –*acero de refuerzo grado 60*– bajo el cual se llevó a cabo el desarrollo de dicha actividad, poniendo en obra el hierro figurado que fue adquirido.

⁷⁷ Fl. 109 del c. ppal. 1

217. Para esta Sala, el punto de divergencia entre las partes no es si se debía pagar el hierro, sino, cuánto, –pues una reclama el pago del 100% del valor del hierro figurado comprado para el pontón, incluyendo el transporte de regreso a Bogotá; y la otra señala que la pérdida no fue total, pues parte del material fue utilizado en otras actividades–. Esta discrepancia debe ser resuelta a través de la aplicación de la carga de la prueba, cuya doble perspectiva determina dos reglas cardinales: “*Onus probandi incumbit actore*” esto es, al actor incumbe probar los hechos en que fundamenta su ataque y, “*Reus, in excipiendo, fit actor*”, el demandado funge como actor de las excepciones que formule, ello en atención a lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al *sub lite* por la época en que fue promovido este proceso, que dispone:

“ARTÍCULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

218. En el *sub lite* la parte actora acreditó su tesis, como atrás quedó visto, pues cumplió la carga de probar los hechos en los cuales fundó esta reclamación, en tanto (i) demostró la instrucción de la interventoría de construir el pontón y recibió los diseños para la figuración del hierro requerido; (ii) adquirió y puso en obra el material figurado; (iii) acreditó que por razones inherentes a las condiciones de la obra, no imputables a las partes, se impuso la necesidad de cambiar el pontón por la construcción de un terraplén; y (iv) demostró que el hierro no fue utilizado para el pontón, pues su ejecución se declinó.

219. Además, en los documentos soporte en que se definieron las cantidades, diámetro y peso del hierro figurado a adquirir, se determinó que para las tres actividades que debían adelantarse –esto es: a) el pontón; b) box culvert k7+606,4; y, c) Muro K10 +026– la cantidad de 3338,38 Kg correspondía a la construcción del pontón, dentro de un peso total de 8.144,30 kg para las tres actividades.

220. En esta línea, al discriminar las cantidades adquiridas para el pontón en la factura de venta No. 1355 expedida por Figufer Ltda., los 3338,38 kg, multiplicados por el valor unitario de \$1.570, da como resultado el valor de \$5`241.256,6; esta cifra, al sumarle el 30% del AIU que correspondió a \$1`572.376,98 da como base el valor de \$6`813.633,58; y, al aplicar el IVA del 16%, que equivale a \$1`090.181,37, genera un valor total de hierro figurado adquirido para el pontón, por valor de \$7.903.815, suma que coincide plenamente con la indicada por el Invias al contestar la demanda en relación con este costo, también sin incluir el transporte del material de regreso a Bogotá, pues esas ya eran determinaciones unilaterales del consorcio sobre la disposición del material.

221. *Contrario sensu*, aunque Invias encontraba parcialmente admisible dicho cobro, opuso a esta reclamación la tesis de que no procedía el pago del 100%, en tanto un buen porcentaje de hierro figurado habría sido utilizado en otras obras de arte; tesis que no probó, pues en relación con este argumento de defensa no existe medio de convicción que lo respalde, de suerte que tal proposición no pasó de ser una llana afirmación que no se compadece con el conocimiento que sobre lo

utilizado y pagado en la ejecución del contrato debe tener el dueño de la obra, que es el Invias, máxime si tales ejercicios estaban acompañados de la revisión y aprobación de la Interventoría quien, al supervisar el contrato de obra, tenía a su cargo aprobar las actas parciales de obra y, junto al acta de recibo final, tener los soportes de los materiales adquiridos y las inversiones realizadas en la obra; razón por la que era de su cargo desacreditar el planteamiento del actor mediante un real ejercicio en orden a la demostración de su tesis, y no mediante una negación genérica e indefinida.

- **El pago del hierro pontón**

222. Considerando que en el parágrafo quinto de la cláusula novena del contrato 2330 de 2004, las partes pactaron que en caso de mora en los pagos *“el INSTITUTO reconocerá al CONTRATISTA un interés moratorio del ocho por ciento (8%) anual”*⁷⁸, la Sala reconocerá los intereses sobre el valor histórico actualizado, que se calculará aplicando a la suma debida, por cada año de mora, el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos.

223. En lo que refiere al momento desde cuando éstos deben ser reconocidos en el caso concreto, la Sala no advierte en el expediente la existencia de una factura en la que el contratista hubiese presentado para cobro el mencionado ítem, razón por la cual no es posible hacer correr el cómputo de los 90 días calendario que tenía la entidad para efectuar el pago una vez presentados los documentos de cobro, según la cláusula novena citada; en consecuencia habrá de acudir al numeral 3º del artículo 1608 del Código Civil⁷⁹, para definir cuándo el acreedor se constituyó en mora.

224. En armonía con esta disposición, el inciso segundo del artículo 90 del CPC⁸⁰, en punto a la constitución en mora, dispone que la *“notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes”* (se subraya).

Al revisar el expediente se advierte que el Consorcio Géminis presentó ante Invias requerimiento de pago, entre otros, del que denominó *“Falta de pago del Hierro pontón del PR 9+937”*, según comunicación con radicado núm. 41093 del 31 de mayo de 2006; entonces, a partir de esta fecha, el actor constituyó en mora a la

⁷⁸ Fl. 12 del c. ppal. 1

⁷⁹ Artículo 1608. Código Civil. Mora del deudor. *“El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”*.

⁸⁰ *“ARTÍCULO 90. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCION EN MORA (...) La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes. (...)”*

entidad demandada respecto al pago de dicha obligación dineraria, por lo que, a partir del día siguiente –1 de junio de 2006– deberán ser calculados.

225. La Sala reconocerá el valor del hierro figurado que fue adquirido, conforme al análisis probatorio realizado, por valor de \$7.903.815, monto que se actualizará utilizando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE; para lo cual se tendrá en cuenta que el índice inicial corresponde a la fecha en que la entidad fue constituida en mora según requerimiento efectuado por el contratista el 31 de mayo de mayo de 2006 y que el índice final corresponde a la fecha de esta providencia⁸¹. A su vez se calcularán los intereses moratorios respecto del capital actualizado, conforme a la tarifa prevista en la cláusula novena del contrato establecida en el ocho por ciento anual (8%); tal como se observa en las tablas que a continuación se muestran:

(i) El valor actualizado de la obligación dineraria conforme la fórmula señalada, arroja el siguiente resultado:

Valor histórico	Mes de IPC final	IPC final	IPC inicial (noviembre de 2007)	Valor actualizado
\$ 7.903.815	dic-06	61,33	64,51	\$ 7.514.199
\$ 7.903.815	dic-07	64,82	64,51	\$ 7.941.796
\$ 7.903.815	dic-08	69,8	64,51	\$ 8.551.950
\$ 7.903.815	dic-09	71,2	64,51	\$ 8.723.479
\$ 7.903.815	dic-10	73,45	64,51	\$ 8.999.151
\$ 7.903.815	dic-11	76,19	64,51	\$ 9.334.858
\$ 7.903.815	dic-12	78,05	64,51	\$ 9.562.746
\$ 7.903.815	dic-13	79,56	64,51	\$ 9.747.753
\$ 7.903.815	dic-14	82,47	64,51	\$ 10.104.288
\$ 7.903.815	dic-15	88,05	64,51	\$ 10.787.954
\$ 7.903.815	dic-16	93,11	64,51	\$ 11.407.909
\$ 7.903.815	dic-17	96,92	64,51	\$ 11.874.713
\$ 7.903.815	dic-18	100,00	64,51	\$ 12.252.077
\$ 7.903.815	dic-19	103,80	64,51	\$ 12.717.656
\$ 7.903.815	dic-20	105,48	64,51	\$ 12.923.491
\$ 7.903.815	dic-21	111,41	64,51	\$ 13.650.039
\$ 7.903.815	oct-22	123,51	64,51	\$ 15.132.541

⁸¹ Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad No.19216 del 16 de agosto de 2012; sentencia Rad No. 15307 del 25 de septiembre de 2006. Para el efecto, se aplicará la siguiente fórmula (donde Vp corresponde al valor presente y Vh al valor histórico o inicial):

$$Vp = \frac{Vh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

(ii) El cálculo de intereses moratorios sobre los valores actualizados por periodo arroja el siguiente resultado:

Inicio	Final	Días	Interés moratorio anual pactado	Interés proporcional	Capital (actualizado)	Intereses moratorios periodo	Intereses acumulados
31/05/2006	31/12/2006	214	8,00%	4,69%	\$ 7.514.198,95	352.446,81	352.446,81
1/01/2007	31/12/2007	365	8,00%	8,00%	\$ 7.941.796,44	635.343,72	635.343,72
1/01/2008	31/12/2008	366	8,00%	8,02%	\$ 8.551.949,88	686.030,39	1.321.374,11
1/01/2009	31/12/2009	365	8,00%	8,00%	\$ 8.723.478,96	697.878,32	2.019.252,42
1/01/2010	31/12/2010	365	8,00%	8,00%	\$ 8.999.150,70	719.932,06	2.739.184,48
1/01/2011	31/12/2011	365	8,00%	8,00%	\$ 9.334.857,62	746.788,61	3.485.973,09
1/01/2012	31/12/2012	366	8,00%	8,02%	\$ 9.562.746,25	767.115,64	4.253.088,73
1/01/2013	31/12/2013	365	8,00%	8,00%	\$ 9.747.752,62	779.820,21	5.032.908,94
1/01/2014	31/12/2014	365	8,00%	8,00%	\$ 10.104.288,06	808.343,05	5.841.251,99
1/01/2015	31/12/2015	365	8,00%	8,00%	\$ 10.787.953,97	863.036,32	6.704.288,31
1/01/2016	31/12/2016	366	8,00%	8,00%	\$ 11.407.909,08	912.632,73	7.616.921,03
1/01/2017	31/12/2017	365	8,00%	8,00%	\$ 11.874.713,22	949.977,06	8.566.898,09
1/01/2018	31/12/2018	365	8,00%	8,00%	\$ 12.252.077,20	980.166,18	9.547.064,27
1/01/2019	31/12/2019	365	8,00%	8,00%	\$ 12.717.656,13	1.017.412,49	10.564.476,76
1/01/2020	31/12/2020	366	8,00%	8,00%	\$ 12.923.491,03	1.033.879,28	11.598.356,04
1/01/2021	31/12/2021	365	8,00%	8,00%	\$ 13.650.039,21	1.092.003,14	12.690.359,17
1/01/2022	30/11/2022	334	8,00%	7,3205%	\$ 15.132.540,55	1.107.784,89	13.798.144,06

226. Por ende, el valor de la condena actualizada, con el cálculo de los intereses moratorios, que en esta oportunidad se profiere asciende a la suma de **VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS CON SEIS CENTAVOS (\$28'930.685,06) M/Cte**, la cual deberá ser pagada a favor del extremo demandante, atendiendo los porcentajes de participación de los integrantes del Consorcio Géminis⁸², como parte actora, a saber: (i) Yamil Sabbagh Solano 75%; (ii) Compañía de Construcción e Ingeniería CCI Ltda. 15%; y (iii) Sohenco Constructora S.A. 10%.

Condena a favor de la parte actora	
Valor histórico actualizado	\$ 15.132.541,00
Intereses moratorios	\$ 13.798.144,06
TOTAL	\$28'930.685,06

⁸² Fl. 5 del c. ppal. 1 en el que reposa copia del documento de constitución del Consorcio Géminis y se establecen los porcentajes de participación de sus integrantes.

(x) Mantenimiento adicional de la ventana entre el K3+800 al K6+600

227. Se quejó el censor de que el Tribunal hubiese obligado al consorcio Géminis a asumir una obligación que no le correspondía, pues ignoró (i) que el objeto del contrato *sub examen* comenzaba en la abscisa K6 + 000 al K10 500; (ii) que a través de un negocio jurídico anterior, Invias había contratado la intervención del sector K0 +000 al k 6 + 000, de suerte que el alcance de dicho contrato debía empatar con el punto de inicio del contrato 2330 de 2004, lo que garantizaría buenas condiciones de transitabilidad; (iii) como el contrato precedente se acertó en su meta física, ello generó una ventana de la abscisa K3 + 800 a la abscisa K6 + 000, dejando una parte de la carretera sin terminar que, por la acción del invierno se convirtió en una trocha de baja transitabilidad que afectó la movilidad vehicular, especialmente, de las volquetas que proveían el material; (iv) por ello, se vio obligado a invertir recursos en mantener dicha ventana pues eran trabajos indispensables para garantizar el tránsito de la vía, y fueron ordenados por la interventoría según oficio Oiba-118-05 y bitácora de obra; (v) insistió en que el pago de maquinaria, materiales y mano de obra por valor de \$68´392.428 M/Cte, fueron actividades y valores aceptados por Invias como generadores de mayores costos al contestar la demanda; y subrayó que un contratista no puede ser obligado a cumplir con un objeto contractual distinto al pactado.

228. En punto al fallo cuestionado, hay que indicar que el Tribunal concluyó que dicho valor no sería reconocido pues se trataba de una inversión que debió ser prevista por el consorcio Géminis al celebrar el contrato ya que, de todas maneras, ésta debía hacerse así no existiera tal ventana por tratarse de la reparación de una vía, situación que afectaba la movilidad de los vehículos particulares y las volquetas que proveían el material⁸³.

229. Al revisar los medios de prueba a los que alude la impugnante, se observa que en la comunicación OIBA-118-05 del 14 de julio de 2005 la interventoría señaló al contratista, lo siguiente, en punto a la feria comercial de Oiba (se transcribe literal, con eventuales errores):

“Considerando las festividades del 15 al 18 de los Corrientes, solicitamos atender los siguientes requerimientos, a fin de garantizar la seguridad del Tránsito Vehicular; para lo cual se requiere:

- *Implementar señalización.*
- *Realizar mantenimiento de la vía en los sitios de obra, y en los sitios que lo requieran.*
- *Programar Plan de Contingencia para atender eventualidades que afecten el tránsito vehicular normal.*
- *Realizar limpieza y remoción del material sobrante de las excavaciones colocado en el sector del contrato.*
- *Conformar los rellenos en cuanto sea posible para las medias alcantarillas en las cuales ya se ha instalado tubería.*
- *Garantizar en los sitios de alcantarilla un ancho de calzada que permita el paso seguro de los vehículos.”⁸⁴*

230. Igualmente, obra en el plenario copia de una página, que el demandante refirió ser parte de la bitácora de obra, en la que se trata el tema que se analiza; documento

⁸³ Fl. 576 del c. ppal. 2.

⁸⁴ Fl. 951 del c. de pruebas 3.

que, habiendo sido aportado con la demanda y decretada en los medios de prueba por parte del *a quo*, ingresó al proceso sin tacha u oposición de la demandada; razón por la cual será valorada por la Sala.

En dicho reporte de obra se registró lo siguiente:

“Julio 19 de 2005 (martes)

(...)

- K3 + 840 – K6+000: mantenimiento de la vía para los sitios más críticos. 1 volqueta y suministro de relleno seleccionado de “Piedra Herrada”⁸⁵.

231. Para la Sala, el asunto controvertido por el censor no es revelador de una actividad impuesta por la interventoría, ni que excediera o fuese ajena al objeto del contrato, pues aun cuando el referente utilizado planteó como punto de quiebre en la materia, que la ventana generadora de la abscisa K3 + 800 a la abscisa K6 + 000 pertenecía a la intervención de otro negocio jurídico, y como sustento le bastó contrastar su localización con las coordenadas de los trabajos contratados al consorcio Géminis, ello no resulta suficiente para acreditar el planteamiento del censor; por el contrario, este escenario impone distinguir entre el alcance de tales intervenciones y las obligaciones conexas al objeto del contrato 2030 de 2004 en materia de vías de acceso y otras obras provisionales.

232. En este sentido, como ya se ha indicado, el objeto del contrato consistió en el *“Mejoramiento y pavimentación de la carretera Oiba – Guadalupe Sector K+000 al K+10 500”*, al lado de lo cual, como es apenas razonable, se hace ineludible considerar las vías de acceso a la obra y los efectos que puede generar el tránsito permanente de volquetas y demás maquinaria para transportar materiales y ejecutar las labores contratadas; de esta forma, aunque las vías de acceso no se incluyen en aquellas zonas en que se ejecutarían trabajos de *“mejoramiento y pavimentación”*, sí correspondían a actividades necesarias para el desarrollo del objeto contratado, conexas a éste, pues con ellas se evitaría el deterioro y la agravación de las condiciones de seguridad de las vías utilizadas para el tránsito de llegada a los sitios de obra y, por eso, su atención se debía realizar a través de actividades de mantenimiento.

233. En respaldo de la tesis del *a quo*, referida a que los trabajos relativos al sector de la citada ventana correspondían a una inversión que debió ser prevista por el contratista al celebrar el contrato, la Sala precisa que, en efecto, ello es así, no por tratarse de una actividad que dejara de ser susceptible de pago, pues ello rompería el principio de conmutatividad de los contratos y desconocería el derecho a la contraprestación del contratista, sino porque bajo el negocio jurídico acordado, los costos asociados a las actividades relacionadas con la atención de las vías de acceso, debían estar considerados por el proponente al momento de estimar el valor de su propuesta. Al respecto el pliego establecía:

“3.8.3. Aspectos a considerar en el valor de la propuesta

El valor de la propuesta deberá incluir todos los costos directos e indirectos para la completa y adecuada ejecución de la obra objeto de la presente licitación pública. Por ser

⁸⁵ Fl. 952 del c. de pruebas 3

relevantes, a continuación se relacionan algunos de los aspectos que el proponente debe tener en cuenta para determinar el precio de la oferta:

(...)

3. Vías de acceso y otras obras provisionales

Adicionalmente, correrán por su cuenta [del contratista] los trabajos necesarios para no interrumpir el servicio en las vías públicas usadas por él (...)"

234. A través de tal estipulación, uno de los aspectos que debían ser considerados en el valor total de la propuesta era el atinente a las *vías de acceso*, el cual, fue ubicado en la misma línea de tratamiento que tienen las actividades denominadas como "*otras obras provisionales*". En este contexto, quedaron incorporadas dentro de los valores de la oferta presentada por el contratista aquellas relacionadas con la transitabilidad de las vías de acceso a los sitios de la obra –a la par que ocurre, *mutatis mutandis*, con las vías internas de los proyectos de construcción, en los que, como parte de las responsabilidades del contratista se incorpora en su alcance, por ejemplo, el mantenimiento de vías provisionales, vías de acceso, industriales y vías internas de explotación a las fuentes de materiales, entre otros aspectos–.

235. Por manera que tal previsión, que indicaba que los costos de atención de las vías de acceso corrían por cuenta y riesgo del contratista, no hace cosa distinta que confirmar que no habría pagos individuales y directos por tales actividades, como viene a reclamar el actor, sino que éstas debían estar incluidas dentro de los costos de administración del contrato, como quedó estipulado.

236. Y es que, evidentemente, el tratamiento que solicitó realizar la interventoría al consorcio Géminis en el sector en que se generó la ventana, de acuerdo con la bitácora de obra, no fue extender el objeto del contrato 2030 de 2004, puesto que no se pidió el *mejoramiento y pavimentación* de dicha zona, sino que se refirió únicamente a actividades de "*mantenimiento de la vía para los sitios más críticos*", y se indicó que los insumos se limitaban a "*1 volqueta y suministro de relleno seleccionado de "Piedra Herrada"*", medida que garantizaba la transitabilidad de la vía, mitigando, en particular, los efectos del tránsito de vehículos pesados propios de la obra a cargo del consorcio Géminis⁸⁶ y las incidencias del invierno; además, la necesidad y conexión con el objeto contratado fue innegable, tal como lo reconoce la apelante, pues se trató de "*trabajos eran indispensables para garantizar la transitabilidad de la vía*"⁸⁷, quedando tales actividades catalogadas en aquellos trabajos que eran necesarios para mantener en uso público las vías de acceso.

237. De conformidad con lo anterior, la Sala no encuentra razones para acompañar el disenso promovido en la alzada, pues de acuerdo con el contexto *sub examen* era responsabilidad del consorcio haber estimado en sus costos e incluido en la *administración* la previsión relacionada con el mantenimiento de las vías de acceso de la obra. Además, en los términos acordados, el AIU fue establecido en el párrafo primero de la cláusula segunda –valor del contrato–, y la Sala estima razonables los rangos de este componente, para entender, en línea de lo dicho, que

⁸⁶ En la demanda se indicó, entre otros aspectos, que el sector de la ventana generada, "*por la acción del invierno y falta de drenajes (...) afecta[ba] la movilidad de todos los vehículos pero en especial de las volquetas que proveían el material*" (Fl. 40 del c. ppal. 1)

⁸⁷ Fl. 623 del c. ppal. 2.

la estipulación del pliego analizada, resulta coherente con el resto del cuerpo contractual.

“PARÁGRAFO PRIMERO: El CONTRATISTA presentó en su propuesta un AIU del treinta por ciento (30%) con una utilidad del cinco por ciento (5%)”.

238. Aun si en gracia de discusión el reclamo de la parte actora hubiese estado fundado en la excesiva onerosidad de la actividad de mantenimiento de las vías de acceso, lo cierto es que no se encuentra acreditado o discriminado en los documentos aportados por el actor, el porcentaje que estaba obligado a prever en sus costos indirectos atinentes a la administración de la obra, para atender en mayor o menor medida este tipo de labores y, de allí, revisar la diferencia, teniendo además que haber demostrado por qué y cómo resultaba excesivo el costo de dicha actividad. Por todo lo anterior, el cargo será despachado de manera desfavorable.

- ***Los argumentos contenidos en los capítulos 3 a 5 de la apelación***

239. En refuerzo de los motivos de inconformidad que el censor planteó respecto de cada uno de los 12 aspectos técnicos y sus correlativas reclamaciones, los cuales, como se sabe, fueron negados por el Tribunal de primer grado, la impugnante remarcó en los capítulos 3 a 5 que, a su juicio, la sentencia había incurrido en tres yerros que afectaban la decisión:

- ***“La abstención de restablecer el equilibrio económico del contrato verificado los hechos que dan lugar a su configuración”;***
- ***“La inobservancia del material probatorio aportado y recolectado a lo largo del proceso”;*** y,
- ***“Falta de congruencia”***

240. Estos reproches, en primer lugar, estuvieron orientados a ratificar la consumación de la figura del desequilibrio económico del contrato, insistiendo en que el *a quo* desatendió el fundamento fáctico que demostraba su configuración y, en suma, reiteró el derecho del contratista a recuperar el balance económico del contrato que fue roto por situaciones ajenas a su voluntad; en segundo lugar, elevó una queja constante en función de la inadecuada y en ocasiones inexistente valoración probatoria al resolver los cargos; y, en tercer lugar, acusó de incongruente el fallo pues conforme a la ley la sentencia debe ser motivada y estar soportada en los hechos y su prueba, y, a su juicio, todo el material probatorio ofrecía soporte suficiente para despachar favorablemente las pretensiones del actor.

241. Vistos en su conjunto los precitados motivos generales de inconformidad, pero apreciados de forma individual en el análisis de cada uno de los cargos examinados, baste señalar que esta Subsección transitó y detalló, punto por punto, aquellos argumentos de disenso postulados por la actora en orden a definir la presencia o no

de situaciones configurativas de desequilibrio contractual, o de aquellos eventos que fueron generados por falta de diligencia del actor, o por la asunción misma de los riesgos asumidos por las partes, e incursionó en el análisis de valoración probatoria que imponía la alzada; tal ejercicio, de cara al resultado del examen acometido, no revela incongruencia entre los hechos probados y las consecuencias de derecho a las que arribó el sentenciador de primera instancia, los que la Sala ha compartido casi en la totalidad de los cargos.

Se indica, solo a manera de precisión, que el reproche contenido en el capítulo segundo de la impugnación referido a la *“ineficacia de pleno derecho de las estipulaciones que contraríen el derecho y la obligación al restablecimiento del equilibrio económico del contrato”*, fue desatado conjuntamente al analizar el cargo relativo a la mayor permanencia en obra por cuenta de la suspensiones y prórrogas.

- ***No acceder a la pretensión de liquidación del contrato***

242. El apelante cuestionó la decisión del *a quo* al negar la quinta pretensión de la demanda que consistía en que el juez ordenara al Invias elaborar la liquidación bilateral del contrato incluyendo las pretensiones relativas a los hechos y actos generadores de desequilibrio contractual.

El Tribunal adujo que, previo a la presentación de la demanda las partes, de mutuo acuerdo, no liquidaron el contrato ni tampoco Invias lo había efectuado unilateralmente; precisó que la liquidación bilateral podía realizarse mientras no hubiese caducado la acción, y siempre que no se hubiera acudido al juez para que la elaborara, en el entendido que la Administración perdía competencia con la notificación del auto admisorio de la demanda. De modo que, habiéndose instaurado el proceso, no era posible acceder a la pretensión del actor que buscaba ordenar a la entidad pública elaborar la liquidación del contrato de mutuo acuerdo, pues tal escenario ya no era plausible.

243. Para la apelante, si el juez consideraba que la pretensión no estaba ajustada a la realidad, tenía la obligación de ajustarla *“a fin de que efectivamente se liquidara el Contrato de Obra de la referencia, otorgando para ello un término perentorio a la Entidad o las partes para liquidar el Contrato, en tanto no es jurídicamente admisible que habiendo transcurrido siete años desde la presentación de la Demanda el contrato de obra número 2030 del 17 de diciembre de 2004 (...) no se haya liquidado aún (...) resta anotar, como el juez en sus poderes debió adecuar la pretensión (...) [y] ordenarse la liquidación (...)”* (transcrito de forma literal, incluidos eventuales errores).

244. La Sala negará este cargo de impugnación pues, en efecto, como lo anotó el *a quo*, ha sido pacífica y constante la identificación de los límites en los que es posible efectuar la liquidación bilateral del contrato estatal, los cuales parten de identificar como punto máximo, aquel momento en que la entidad pública pierde competencia para hacerlo, esto es, (i) una vez expira el término de caducidad para la presentación de la demanda de controversias contractuales; o (ii) cuando se ha notificado el auto admisorio de la demanda contractual; en cualquiera de estos

casos, la entidad carece de competencia para expresar su voluntad en un acto jurídico negocial, como es el acta de liquidación del contrato, por afectación del criterio *ratione temporis*.

245. Advierte esta Subsección que la pretensión quinta, negada por el *a quo*, estructuró el interés del actor enfocado, de manera expresa, en el *mutuo acuerdo* de las partes en lograr la liquidación y, en una particular aproximación a tal intención, peticionó que ello debía acontecer por órdenes que el juez impartiera al Invias para hacerlo. De tal alcance da cuenta la citada pretensión al señalar (se transcribe literal, con eventuales errores):

“5. Que finalmente, el INVIAS proceda a elaborar la liquidación bilateral, de mutuo acuerdo del contrato de la referencia, incluyendo la totalidad de las pretensiones descritas en este acápite, en los términos del artículo 60 y ss. de la Ley 80 de 1993”

246. Basta recordar, en términos generales, que la pretensión es un acto de *parte* promovido por el actor a través de la demandada, en búsqueda de una decisión favorable por parte del juez, respecto de aquello que es pedido. Para autores versados en los terrenos del derecho procesal, la pretensión *“es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva”*⁸⁸; naturaleza que irradia las pretensiones formuladas en los juicios contencioso administrativos, por cuenta del carácter rogado de esta jurisdicción.

247. Este marco, que determina el origen de la pretensión, por regla general no permite oficiosamente al juez, como lo plantea la impugnante, alterar, modificar o incluso agregar una pretensión que no fue promovida por el actor, único sujeto titular del interés jurídico vertido en los petitorios invocados; y, con este derrotero, el entendimiento del principio *iura novit curia* que acompaña el análisis de las pretensiones, se contrae a dotar al juez de la capacidad de interpretar la *causa petendi* de conformidad con los hechos que lo llenan de contenido, con el fin de que posibles errores en la identificación del título de imputación o del medio de control, puedan ser superados, haciendo prevalecer el derecho sustancial sobre las formas.

248. Sin embargo, tal interpretación, al estar enlazada con las libertades individuales y las garantías fundamentales al debido proceso que pregona el ordenamiento jurídico, de ninguna manera autoriza variar las pretensiones y a la vez del objeto del proceso, pues ello desarticula los elementos y las bases en que éste descansa, al ser el sujeto activo o demandante, en principio, el único dueño del interés que reclama en juicio.

249. Sirva lo dicho para indicar, que acertó el Tribunal en la decisión impugnada, pues resolvió la pretensión en los términos ciertos planteados por la demandante, pues su interés estuvo dirigido, en todo momento, a lograr que el Invias elaborara el acta de liquidación bilateral siempre que en ella se incluyeran los valores de los reclamos aducidos como generadores de la ruptura del equilibrio económico del

⁸⁸ COUTURE, Eduardo J, *“Fundamentos de derecho procesal civil”* Tomo 1, parte general, Bogotá – Buenos Aires, Ed. Temis- Depalma 1969, pág. 113.

contrato, pero, por lo demás, su interés seguía estando dirigido al pago de tales eventos, para lo cual no requería pasar por una petición de liquidación judicial y, de haber tenido la aspiración de que la liquidación se hiciera en sede contenciosa, así debió haberlo pretendido, pero tal petitum ni siquiera fue promovido de manera subsidiaria.

250. Conforme a lo explicado, la Sala encuentra infundado el reproche analizado, y confirma la decisión de *a quo* de negar la pretensión quinta de la demanda, que se orientaba a ordenar al Invias a proceder con la elaboración de la liquidación bilateral del contrato, por las razones aducidas en ambas instancias.

Costas

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

IV. PARTE RESOLUTIVA

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:

MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 20 de marzo de 2014, por las razones expuestas en esta providencia, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento contractual por parte del Instituto Nacional de Vías –INVIAS– del contrato de obra 2030 de 2004, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR al Instituto Nacional de Vías –INVIAS– a pagar a favor del Consorcio Géminis la suma de VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS CON SEIS CENTAVOS (\$28`930.685,06) M/Cte. Esta suma deberá ser pagada a favor del Consorcio Géminis atendiendo los porcentajes de participación de sus integrantes⁸⁹ así: (i) Yamil Sabbagh Solano 75%; (ii) Compañía de Construcción e Ingeniería CCI Ltda. 15%; y (iii) Sohenco Constructora S.A. 10%.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia.

⁸⁹ Fl. 5 del c. ppal. 1 en el que reposa copia del documento de constitución del Consorcio Géminis y se establecen los porcentajes de participación de sus integrantes.

Radicación: 680012331000200700627 (51911)
Demandante: Consorcio Géminis
Demandado: INVIAS
Asunto: Controversias contractuales

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁹⁰
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF

⁹⁰ Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.