

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO
DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

SIGMA

San Andrés Islas, diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

Sentencia No. 114

Radicado	41001-23-31-010-2010-00403-00
Medio de control	Controversias Contractuales
Demandante	Consortio RMB 2007 y otros
Demandado	Instituto Nacional de Vías – INVIAS.
Magistrada Ponente	Noemí Carreño Corpus.

I. OBJETO DE DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado en el proceso y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a proferir sentencia dentro del proceso instaurado en ejercicio de la acción de controversias contractuales promovida por el CONSORCIO RMB 2007 integrado por RICARDO BETANCOURT RAMIREZ, RICARDO BETANCOURT TABARES, R Y M LEZACA Y CIA LTDA – MARIO BERNARDO LEZACA ROJAS en contra del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS.

II. ANTECEDENTES

- DEMANDA

La parte actora presenta la demanda solicitando que se acceda a las siguientes pretensiones:

PRETENSIONES

“1. Que por causas no imputables al CONSORCIO RMB 2007, o como consorciados a los señores: RICARDO BETANCOURT RAMIREZ, RICARDO BETANCOURT TABARES, MARIO BERNARDO LEZACA ROJAS y a la sociedad R Y M LEZACA Y

CIA LTDA, ni al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS -, se rompió la ecuación económica contractual desde el momento de la adjudicación y celebración del CONTRATO 1919 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2007, en perjuicio de la asociación en Consorcio contratista de los integrantes del mismo, como consecuencia del incremento no previsible del asfalto, productos petroquímicos y de los combustibles producidos por la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL -, y las plantas de asfalto que no cumplían con las mezclas por la razón que ECOPETROL no les despachaban los productos petroquímicos, se dice lo anterior, porque:

- a. Posterior a la adjudicación y celebración del CONTRATO 1919 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2007, cuyo objeto fue “ejecutar para el INSTITUTO, por el sistema de precios unitarios sin ajustes, el MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE LAS CARRETERAS DE LA ZONA SUR OCCIDENTE DEL PAÍS, GRUPO 6, modulo 2, PITALITO – GARZÓN DE LA CARRETERA PITALITO – NEIVA, RUTA 45 TRAMO 4504, de acuerdo con los pliegos de condiciones de la licitación, la propuesta del CONTRATISTA aceptada por EL INSTITUTO y bajo la condiciones estipuladas en el presente contrato”, se incrementaron en forma anormal e imprevisible los precios del asfalto, productos petroquímicos y de los combustibles producidos por la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL -, los cuales son necesarios para la ejecución del ya mencionado contrato.*

En razón de lo anterior, a mis poderdantes les era imposible calcular ese incremento dentro del precio propuesto, el cual fue base para la adjudicación del contrato referido, lo cual hizo más oneroso el cumplimiento del mismo.

- b. Además las plantas de asfalto no cumplían con las mezclas por la razón que ECOPETROL no les despachaba los productos petroquímicos.*

Esto anterior produjo la paralización de las obras por un lapso de sesenta y siete (67) días, en los cuales los compromisos con el recurso humano – los trabajadores -, la paralización o stand by de maquinarias y equipos seguían

su curso normal en materia de costos, lo cual hizo más oneroso el cumplimiento del mismo.

- c. El incremento del asfalto, productos petroquímicos y de los combustibles, y por la falta de despacho de los productos petroquímicos constituyeron una circunstancia extraordinaria e imprevisible para las partes que llevó a que la ejecución de la obra tuviera un mayor costo, lo cual produjo el rompimiento del equilibrio financiero del contrato al disminuir, por no decir nula, la utilidad prevista por mis poderdantes con la ejecución del contrato.*

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS – a restablecer la ecuación económica financiera del contrato, pagando al CONSORCIO RMB 2007 y por supuesto a los consorciados como parte integral de la asociación en Consorcio, los daños materiales que sufrió como consecuencia del rompimiento de la ecuación económica financiera del CONTRATO 1919 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2007, daños constitutivos por el mayor valor que tuvo que asumir para el cumplimiento del objeto contractual, en un sesenta por ciento (60%) como consecuencia del incremento del precio del asfalto, productos petroquímicos y de los combustibles y que las plantas de asfalto no cumplieran con las mezclas por la razón que ECOPETROL no les despachaban los productos petroquímicos, los cuales los estimo en la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES SIETE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$385.007.236.00) MONEDA CORRIENTE.

3. Que las cantidades que constituyeron un mayor valor en la ejecución del CONTRATO 1919 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2007, y las cuales se ha negado a reconocer el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS – como consecuencia del aumento de los precios del incremento del precio del asfalto, productos petroquímicos y de los combustibles producidos por ECOPETROL y que las plantas de asfalto no cumplieran con las mezclas por la razón que ECOPETROL no les despachaban los productos petroquímicos, se actualicen en su cuantía en consideración a la pérdida de poder de compra del peso colombiano al momento de la expedición definitiva, a fin de que se compensen los efectos de esa pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la época de causación del daño y la fecha del fallo final y definitivo de

conformidad con los índices de precios al consumidor certificados por el Departamento Nacional de Estadísticas – DANE -.

4. Así mismo, se condene al pago del interés legal, seis por ciento (6%) sobre las sumas históricas desde el momento de su deducción hasta la fecha del fallo definitivo, tal como lo ha reconocido el Honorable Consejo de Estado, a título de lucro cesante.

5. Que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS – pagará a mis poderdantes, intereses tal como lo prescribe el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

6. Se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS – en las costas y gastos del proceso, así como en las agencias en derecho.”

- HECHOS

La parte actora sustenta sus pretensiones en los fundamentos fácticos que en síntesis se expresan a continuación:

El día 23 de mayo de 2007, el INVIAS mediante Resolución No. 02143 ordenó la apertura de la licitación pública No. SRN 042-2007 cuyo objeto era el mejoramiento y mantenimiento de las carreteras de la zona suroccidente de país, Grupo 6, el cual fue adjudicado al Consorcio RMB 2007 mediante Resolución 3627 del 9 de agosto de 2007, luego de haber presentado con fecha 21 de junio de 2007, oferta para participar en dicha licitación.

El 14 de septiembre de 2007, las partes suscribieron el contrato de obra pública No. 1919, por valor de SETECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$766.471.398.00) siendo el inicio de ejecución del contrato a partir del 1º de noviembre de 2007.

El 11 de noviembre de 2007, el INVÍAS entregó a los demandantes el anticipo pactado del 40% del precio total del contrato, anticipo que fue incrementado al 50% en virtud de modificación que se hiciera al Contrato 1919 de 2007 con fecha 20 de noviembre de 2007.

El 23 de noviembre de 2007 los demandantes suscribieron contrato con la UT CRGS PITALITO para el suministro de la mezcla MDC-2 a razón de \$220.000 por metro cúbico, empresa que luego manifestó presentar retrasos en la entrega de la mezcla MDC-2 atribuyéndolo a retrasos que la empresa ECOPETROL tenía en despacho del material asfalto 80/100.

Mediante Oficio No. RMB-010-2007 el 18 de diciembre de 2007, la parte actora le informó al INVIAS de los inconvenientes presentados para la adquisición del material MDC-2 como insumo indispensable para la ejecución de la obra contratada.

Señala la parte demandante que con fecha 20 de diciembre de 2007 en acta de comité se solicitó por los demandantes el reajuste del precio de la mezcla debido a la variación sufrida en el precio del asfalto, a lo cual el INVIAS respondió indicando que el contrato no tenía previsto ajustes de ningún tipo.

El 8 de enero de 2008 la Unión Temporal CRGS PITALITO volvió a manifestar su imposibilidad de mantener el suministro de la mezcla MDC-2 al mismo precio contratado, indicando que tal suministro sería cumplido a un precio de \$250.000 por metro cúbico sin incluir IVA, situación que afectaba el equilibrio económico del consorcio RMB – 2007.

El Consorcio RMB suscribió contrato de suministro con la empresa OICA S.A. ingenieros contratistas, el 18 de febrero de 2008, a fin de poder contar con la mezcla asfáltica requerida para el cumplimiento del contrato con INVIAS, sin embargo, el 28 de febrero de 2008 la empresa OICA S.A. manifestó que el suministro de la mezcla MDC-2 se había visto interrumpido debido a imprevistos operativos en su planta de producción.

Así mismo, por medio de comunicación RMB-110-2008 del 29 de febrero de 2008 se puso de presente al INVIAS la situación crítica que atravesaba el CONSORCIO RMB 2007, por la incapacidad manifestada por las plantas de asfalto de la región (OICA, UT CGRS y OMEGA) para producir cantidades específicas de acuerdo a un cronograma diario de trabajo y la discrecionalidad con la que despachaban el material cuando está disponible, haciendo que los costos de paralización de la obra y de personal fueran una constante vena rota para las finanzas del Consorcio, ascendiendo

a más de cuatro millones de pesos de pérdida diaria, comunicación frente a la cual la interventoría de la obra respondió negativamente.

Manifiesta la parte actora que todas estas circunstancias llevaron a una paralización de las obras por un lapso de treinta y siete (37) días, tiempo durante el cual se produjeron costos por \$148.003.996.

Al avecinarse el vencimiento del contrato, mediante oficio No. RMB – 120 – 2008, la parte actora solicitó la suspensión o prórroga del contrato por 45 días y cambio de actividades que incluían el material MDC-2 por otras actividades también necesarias en la vía como muros, gaviones, adecuación de cauces, ante lo cual el INVIAS guardó silencio.

El día 16 de julio de 2008 el Consorcio RMB 2007 radicó ante la Subdirección Red Nacional de Carreteras del INVIAS comunicación en la que expresó que siendo el contrato de \$766.471.398.00 se les entregó como anticipo un 50% equivalente a \$382.415.317.00 y a través de amortización de actas de obra 1, 2, 3 y 4 se les entregó \$178.736.868.00 para un total de \$561.152.185.70 entregados por el INVIAS, valores que se habían ejecutado dentro del desarrollo del contrato. Pero que desde el inicio de la obra no se tuvo en cuenta el “reajuste” que había tenido el petróleo, elemento primordial, materia prima esencial para el desarrollo de la obra contratada, debiendo el consorcio contratista utilizar recursos propios de su patrimonio, invirtiendo más de \$690.000.000.00 en el desarrollo de las obras del contrato las cuales a noviembre de 2007 se logró ejecutar en un 60%, pero resultando imposible continuar con la ejecución del mismo, atribuyendo en todo momento dicha circunstancia al incremento que tuvo el petróleo.

La parte demanda expresa que ante la imposibilidad alegada de poder completar la ejecución del contrato en un 100%, solicitaron al INVIAS recibir las obras en el estado en que se encontraban, ejecutadas hasta un 60% a fin de minimizar los perjuicios al Consorcio demandante. Se indica que el INVIAS guardó silencio ante esta solicitud.

El Consorcio RMB 2007 afirma que su propuesta para contratar estuvo basada en los precios del mercado, conforme a los valores que históricamente se encuentran registrados en la página web de ECOPETROL.

Ante la falta de dinero para cumplir con el objeto contractual, el CONSORCIO RMB 2007 recurrió a prestar en el mercado extra bancario el dinero necesario, préstamo tomado por el consorciado Ricardo Betancourt Ramírez y entregado al consorcio en la siguiente forma:

FECHA	VALOR PRÉSTAMO
11/02/2008	\$100.000.000.00
01/03/2008	\$80.000.000.00
<u>22/03/2008</u>	<u>\$50.000.000.00</u>
	\$230.000.000.00

Aseguran que el dinero del anticipo está totalmente invertido como se destaca en el acta de entrega y recibo parcial final de obra de fecha 12 de agosto 2008 y en donde se indicó que la obra se ejecutó en el 56.86%.

Finalmente, se indica que el señor Ricardo Betancourt Ramírez presenta quebrantos de salud por el estrés producido con ocasión de todos los contratiempos sufridos y los gastos de dinero que tuvieron que asumir el y los demás consorciados.

- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A juicio de la parte actora, con los hechos y pretensiones de la demanda se establece de manera clara que el contrato No. 1919 del 14 de septiembre de 2007 celebrado con el INVIAS bajo la modalidad de precios unitarios, se vulneró el equilibrio financiero y económico del contrato cuando durante su ejecución se presentó de manera imprevisible para las partes, pero afectando directamente a la parte demandante, un alza en el precio de los elementos necesarios para la ejecución del objeto contratado.

Para la parte actora, el INVIAS en su condición de ente estatal contratante no observó que desde la apertura de la licitación pública, hasta el desembolso de los anticipos contractuales, pasó un lapso prolongado en el que los precios de los combustibles y el desabastecimiento de los mismos, los cuales son producidos por ECOPETROL, hicieron que los precios variaran de manera abrupta.

Invocó como fundamento de la demanda la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con el equilibrio económico del contrato, en desarrollo de los postulados de la ecuación económica y financiera del contrato y la teoría de la imprevisión.

- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Instituto Nacional de Vías – INVIAS, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora, aduciendo principalmente que los incumplimientos en la ejecución del contrato se debieron absoluta y exclusivamente a la responsabilidad del contratista por su deficiente organización administrativa y operativa.

Afirma que, en todo caso, cualquier desequilibrio financiero que la parte actora hubiera sufrido por la variación de precios o falta de suministro, no son imputables al INVIAS pues la compra de materiales e insumos era responsabilidad del contratista quien insistió mantener la compra de la mezcla MDC-2 con una unión temporal que no le garantizaba el suministro, pudiendo recurrir a otro proveedor. Además, señala que los daños o perjuicios derivados de los incumplimientos que los proveedores de la mezcla MDC-2 hubiesen tenido con el Consorcio RMB 2007, puede estos demandarlos judicialmente a cada uno de estos proveedores no siendo de responsabilidad del INVIAS el resarcimiento de tales daños o perjuicios.

Señala además, que conforme a lo dispuesto en el ítem 3.8.3 numeral 7 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SRN-042-2007 que dio origen al contrato de obra No. 1919 de 2007, era responsabilidad del proponente familiarizarse con los detalles y condiciones bajo los cuales serían ejecutados los trabajos, así como los riesgos previsibles de la obra, pues su desconocimiento no se consideraría como excusa válida para posteriores reclamaciones. En su defensa reafirma que el incremento de precios aducido por el demandante era y fue un hecho previsible, máxime si en la propuesta presentada por el contratista, este estimó como imprevistos el valor equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del contrato.

Sostiene que contrario a los hechos narrados en la demanda, no es cierto que las obras objeto del contrato suscrito con la parte actora hubieran estado paralizadas por

treinta y siete (37) días, ya que, conforme al informe de interventoría, la única suspensión de obra ocurrió de manera concertada y por el término de veinte (20) días.

En cuanto a la tesis del “hecho del príncipe” expuesta en la demanda, sostiene que no es de aplicación al presente caso, por cuanto los requisitos y elementos constitutivos de esta teoría no se encuentran presentes.

Con fundamento en los anteriores argumentos, propuso como excepciones de mérito las de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, Culpa Exclusiva del Contratista, Inexistencia de la obligación a indemnizar, Caducidad de la Acción, Cobro de lo no debido y Petición antes de tiempo.

- ACTUACION PROCESAL.

La demanda fue presentada el dos (2) de agosto de 2010¹, fue admitida por auto del 19 de agosto de 2010², notificada personalmente a la entidad accionada y al Ministerio Público, conforme a las reglas procedimentales señaladas en el Decreto 01 de 1984 vigentes para la época.

El Instituto Nacional de Vías – INVIAS - a través de apoderada judicial legalmente constituida, contestó la demanda³ proponiendo excepciones de mérito de las cuales se dio el debido traslado mediante fijación en lista del día 2 de diciembre de 2010⁴.

Posteriormente, con fecha 20 de enero de 2011 se dispuso a convocar a las partes para celebrar audiencia de conciliación judicial⁵ la cual se surtió el día 23 de febrero de la misma anualidad, siendo fallida. En esa misma oportunidad, se profirió auto de pruebas quedando notificado en estrados.

Vencido el periodo probatorio, mediante proveído de fecha 12 de octubre de 2011 se dio

¹ Fl. 41 cuaderno principal 1

² Fl. 710 cuaderno principal 4

³ Fl. 736 a 751 cuaderno principal 4

⁴ Fl. 767 cuaderno principal 5

⁵ Fl. 769 cuaderno principal 5

traslado a las partes para alegar de conclusión⁶, oportunidad de la cual hicieron uso las partes. El Ministerio Público no emitió concepto alguno.

Con fecha 31 de octubre de 2011, el expediente pasó al Despacho del Magistrado Ponente correspondiente del Tribunal Administrativo del Huila para emitir sentencia⁷. Posterior a ello, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3º del Acuerdo No. PSAA16-10535 del 27 de junio de 2016 por medio de la cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura adoptó unas medidas de descongestión para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el presente proceso fue remitido el 5 de agosto de 2016 a la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁸, siendo devuelto al Tribunal de origen con fecha 19 de diciembre de 2016 en virtud de no haber sido prorrogada la medida de descongestión⁹. Finalmente el proceso volvió a ingresar al Despacho del Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo del Huila para fallo el día 28 de marzo de 2017¹⁰.

En desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 2º del Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se remitió el expediente al Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Mediante auto del 6 de septiembre de 2021, esta Corporación, avocó el conocimiento del presente proceso.¹¹

- ALEGATOS

Parte demandante

Reiteró los argumentos expuestos con la demanda, y solicitó negar las excepciones propuestas por la contraparte concediendo todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

⁶ Fl. 848 cuaderno principal 5

⁷ Fl. 875 cuaderno principal 5

⁸ Fl. 1025 cuaderno principal 5

⁹ Fl. 1026 cuaderno principal 5

¹⁰ Fl. 1032 cuaderno principal 5

¹¹ Cuaderno digital – Archivo No. 03

En oposición a las pruebas recaudadas, cuestiona el testimonio rendido por la ingeniera Elsa Torres Arenales indicando que, entre otras, sus afirmaciones no coinciden con las conclusiones a las que en audiencia del afectado del 18 de mayo de 2010 se llegó y en donde se dijo que el contratista RMB-2007 hizo un esfuerzo por tratar de cumplir la ejecución del contrato, con lo que se demostraría que los actores no actuaron con dolo ni culpa tal y como lo afirma la apoderada del INVIAS en su defensa.

Respecto de la prueba pericial practicada en el proceso, manifestó que esta fue desnaturalizada al pretender variar con la solicitud de aclaración de la misma el objeto por el cual fue solicitada su práctica, en razón de ello solicita la no apreciación de esta prueba en cuanto a su aclaración.

Finalmente, frente a las excepciones propuestas por la demandada, reiteró los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, resaltando frente a la caducidad de la acción que el acta de entrega y recibo final de la obra fue en el mes de agosto de 2008 y no en el mes de abril de 2008 como lo afirma la parte demandada, por lo que en el presente asunto la demanda no se encontraría caducada.

INVÍAS

La apoderada del INVIAS, en su escrito de alegatos, reiteró la posición asumida en la defensa al no aceptar la atribución de responsabilidad en el desequilibrio económico y financiero que el demandante señala haber sufrido.

Resalta que era responsabilidad del contratista considerar en el valor de su propuesta “los riesgos previsibles de obra” como también de los posibles proveedores y haber ejecutado en oportunidad las acciones necesarias para garantizar la disponibilidad del suministro y la ejecución de la obra contratada.

Aduce que, desde el mismo pliego de condiciones el contratista favorecido con el contrato quedó advertido y obligado a conseguir oportunamente todos los materiales y suministros que se requirieran para la ejecución de la obra toda vez que el contrato no permitiría la realización de ajustes.

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

No rindió concepto en esta instancia.

III. CONSIDERACIONES

Previo a pronunciarse sobre el fondo del asunto, atendiendo las excepciones de insuficiencia de poder en relación con las declaraciones y condenas demandadas, caducidad de la acción y falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas entre otras, con la contestación de la demanda, procede la Sala a pronunciarse respecto de estas, toda vez que siendo el presente asunto de aquellos que se tramitan conforme a las normas del derogado Decreto 01 de 1984 anterior Código Contencioso Administrativo, la resolución de todo tipo de excepciones, incluso las consideradas como previas o mixtas, han de ser resueltas en la sentencia.

- INEPTITUD DE LA DEMANDA POR INSUFICIENCIA DE PODER

Señala el INVIAS que el señor Ricardo Betancourth Ramírez, actuando en causa propia y en representación legal del CONSORCIO RMB 2007, consorciado con Ricardo Betancourth Tabares y Mario Bernardo Lezaca Rojas, quien también actúa en causa propia y representación legal de la sociedad RYM LEZACA Y CÍA LTDA, demandan al Instituto Nacional de Vías – INVIAS – con el objeto de obtener el pago de la suma de \$385.007.236.00, como consecuencia del daño recibido en la ejecución del contrato de obra pública NO. 1919 de 2007 derivados de los imprevistos por incremento de los insumos para la mezcla asfáltica, pero que sin embargo, el poder otorgado para ello tiene determinado como monto a demandar la suma de \$329.807.236.00 y que además al apreciar las actas mediante las cuales se agotó el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, claramente se establece que las pretensiones eran por el monto de \$329.807.236.00 y no de \$385.007.236.00, motivo por el cual considera que existe insuficiencia de poder para pretender una condena superior al monto determinado en el poder y en las actas de conciliación prejudicial.

Al respecto cabe indicar que el artículo 65 del entonces vigente Código de Procedimiento Civil y que era aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A exigía que en los poderes especiales debía determinarse claramente el asunto para el cual se confería el respectivo mandato, de tal modo que no pudiera confundirse con otro. A su vez, el artículo 70 de la misma normativa señalaba que el poder para litigar se entendía conferido para todo el proceso al que estaba destinado y para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas, multas y perjuicios en el mismo expediente.

Para la Sala, la suficiencia de poder ha de ser entendida respecto de la determinación que en forma clara se haga del asunto objeto de mandato, el cual en el presente caso puede entenderse que mas allá del monto específico que se indicó en el numeral 2º de cada uno de los poderes otorgados al abogado postulante, dicho mandato expresa claramente que su objeto era iniciar y llevar hasta su terminación proceso contencioso administrativo en ejercicio de la acción contractual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo en contra del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS – siendo tal mandato claro que no da lugar a confundirse con otro objeto, por lo que no hay lugar a declarar la insuficiencia de poder excepcionada.

- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Sostiene el ente demandado que en el presente asunto se configura la caducidad de la acción, toda vez que si bien con fecha 12 de agosto de 2008 se levantó el acta de entrega y recibo final de obra por causa del Contrato No. 1919 de 2007, en ella se dejó expresa constancia que dicha acta se suscribía en la mencionada fecha en razón a que el contratista Consorcio RMB 2007, solicitó un tiempo adicional para corregir trabajos ejecutados, toda vez que la obra realmente fue entregada en el mes de abril de 2008, por lo que presentada la solicitud de conciliación prejudicial en el mes de enero de 2010, esta ya se encontraba extemporánea al término consagrado en el art. 136 del C.C.A.

De conformidad con el artículo 136, numeral 10, del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998¹², en las acciones relativas a contratos establece que esta caducará en el término de 2 años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia

¹² Norma que ya se encontraba vigente al momento de presentarse la demanda.

de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. Sin embargo, el literal d) del precitado numeral prescribe:

“En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

En el *sub judice* se pretende el restablecimiento del supuesto desequilibrio económico causado a los demandantes con la ejecución del contrato de obra No. 1919 del 14 de septiembre de 2007, el cual en su cláusula vigésima segunda estableció que sería objeto de liquidación conforme con lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, procedimiento que debía efectuarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordenara su terminación a la fecha del acuerdo que así lo dispusiera¹³.

Con fecha 12 de agosto de 2008 se levantó por las partes intervinientes del contrato No. 1919 de 2007 el acta de entrega y recibo parcial final de obra en el cual quedó establecido que la fecha de vencimiento del contrato había sido el 14 de abril de 2008, de forma tal que el término para la liquidarlo bilateralmente vencía el 15 de agosto de 2008¹⁴. Es a partir de este momento que iniciaba el término para que la entidad contratante procediera a la liquidación unilateral del contrato el cual fenecía el 16 de octubre de 2008.

Al no existir prueba en el proceso de que el contrato en mención hubiese sido liquidado bilateral o unilateralmente, se entiende que el término de caducidad de la acción comenzó a correr a partir del 17 de octubre de 2008 terminando el 17 de octubre de 2010.

Así las cosas, al haber sido presentada la demanda el 2 de agosto de 2010 para la Sala no hay duda de que esta fue interpuesta oportunamente, esto sin considerar la

¹³ Fl. 66 cuaderno principal 1

¹⁴ Fl. 90 cuaderno principal 1

suspensión que del término de caducidad haya operado en virtud del trámite de la conciliación extrajudicial.

- LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DEL INVIAS.

Arguye el INVIAS que en la demanda se confiesa que por causas no imputables a los demandantes ni al ente demandado, se produjo el rompimiento de la ecuación económica contractual derivada de la ocurrencia de hechos imprevistos que afectaron la debida ejecución del contrato No. 1919 de 2007, por lo que mal puede pretenderse que se le condene al pago de unos presuntos daños y perjuicios que le son imputables a terceros y contra los cuales, el demandante puede perseguir el resarcimiento de las pérdidas que hubiera sufrido.

La legitimación en la causa se refiere a la calidad que tiene una persona, natural o jurídica para formular o contradecir las pretensiones de la demanda.

En hilo a esta línea de pensamiento, el H. Consejo de Estado¹⁵ ha sido reiterativo en su posición que data aún desde la vigencia del Decreto 01 de 1984 en cuanto a la existencia de dos tipos de legitimación, a saber: “i) *una de hecho que hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal y ii) una material que da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto*”.

(...)

Así las cosas, en lo que respecta a la legitimación por pasiva, es claro que la que debe ser acreditada en la etapa inicial del proceso es la de hecho; (...)”

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera Auto del 06 de mayo de 2019 Radicado: 25000-23-36-000-2016-00276-01(60032)
Consejera Ponente: María Adriana Marín

En el presente caso, conforme a los hechos y pretensiones de la demanda, se encuentra acreditada la legitimación de hecho de INVIAS al ser la entidad contratante del contrato objeto de la controversia, y será de acuerdo con las consideraciones que se hagan del fondo del presente asunto, que se establezca su legitimación material.

- PROBLEMA JURIDICO

Corresponde a la Sala determinar si conforme a los hechos narrados, la defensa y las pruebas allegadas al proceso se logra demostrar la ocurrencia del desequilibrio económico y financiero que el Consorcio RMB 2007 y sus asociados integrantes manifiestan haber sufrido con ocasión de la ejecución del contrato de obra No. 1919 del 14 de septiembre de 2007 suscrito con el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, el cual atribuyen a lo que afirman fue un hecho exógeno e imprevisible como lo es el incremento de los precios del asfalto y otros productos petroquímicos producidos por la empresa ECOPETROL, y los retrasos en el despacho de estos que impidió que las empresas de asfalto pudieran cumplir con las mezclas requeridas para el cumplimiento del objeto contractual.

De encontrarse demostrado el desequilibrio económico y financiero alegado, deberá procederse con el restablecimiento de la ecuación financiera en favor de los demandantes hasta un punto de no pérdida financiera.

- TESIS

La Sala declarará no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y dado que la parte actora no logró acreditar los perjuicios invocados en la demanda, las pretensiones serán negadas.

- HECHOS PROBADOS

Al proceso se aportó el siguiente material probatorio, que resulta relevante para el estudio del caso, encontrándose demostrados los siguientes hechos:

- En desarrollo de la Licitación Pública No. SRN 042-2007, el consorcio RMB 2007 presentó propuesta económica para el Mejoramiento y Mantenimiento de las

Carreteras de la Zona Suroccidente del País, Grupo 6 respecto al módulo 2, Tramos Pitalito – Garzón de la carretera Pitalito – Neiva, Ruta 45 Tramo 4504 en el Departamento del Huila, en la cual declararon conocer la información general y demás documentos del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública y aceptaban los requisitos en ella contenidos; que habían visitado el sitio del proyecto y tomado atenta nota de sus características y de las condiciones que pudieran afectar su ejecución y que asumían el reconocimiento y asunción de los riesgos previsibles que pudieran surgir en la ejecución del contrato, incluidos los riesgos ambientales. (Fl. 50 cuaderno principal 1)

Se adjuntó a la propuesta, el formulario No. 4 donde se discriminó la descripción de materiales y actividades a ejecutar con sus precios unitarios y cantidades estimadas de la siguiente manera: (Fl. 54 cuaderno principal 1)

DESCRIPCIÓN	UND	CANT	PRECIO UNITARIO	VALOR
Excavación para reparación de pavimento	M3	1.000	35.000	35.000.000
Excavaciones sin clasificar de la explanación, canales y préstamos	M3	9.831	3.500	34.408.500
Base granular	M3	12.0	50.000	600.000
Imprimación	M2	30.000.0	1.500	45.000.000
Mezcla densa en caliente tipo MDC-2 incluye cemento asfáltico	M3	1.040.0	330.000	343.200.000
Mezcla densa en caliente para bacheo tipo MDC-2 incluye cemento asfáltico	M3	300.0	350.000	105.000.000
Transporte de Mezcla asfáltica	M3/Km	52.000.0	900	46.800.000
Demolición de estructuras en ciclópeo	M3	4.0	40.000	160.000
Excavaciones varias sin clasificar	M3	730.0	24.700	18.031.000
Relleno para estructuras	M3	410.0	25.400	10.414.000
Concreto clase D (210KG/Cm2)	M3	145.0	350.000	50.750.000
Concreto clase G ciclópeo	M3	5.0	236.000	1.180.000
Concreto clase F	M3	2.0	300.000	600.000
Acero de refuerzo PDR 60	Kg	6.000.0	4.000	24.000.000
Geotextil	M2	200.0	5.500	1.100.000
Material filtrante	M3	40.0	51.000	2.040.000
Líneas de demarcación	ML	18.000	1.000	18.000.000
Conformación y compactación zonas de depósito.	M3	10.000	950	9.500.000
SUBTOTAL OBRAS				745.783.500

Obras complementarias incluye provisión PAGA (Programa Adaptación Guías Ambientales)	16.000.000
VALOR BÁSICO	761.783.500
IVA	4.687.898
VALOR TOTAL= (A) + (D)	766.471.398

Del anterior cuadro se aprecia, que la oferta del contratista por **1.040 M3** de Mezcla densa en caliente tipo MDC-2 incluido cemento asfáltico y **300 M3** de Mezcla densa en caliente para bacheo tipo MDC-2 incluido cemento asfáltico, se estableció en \$330.000.00 y \$350.000.00 M3 respectivamente.

- Mediante Resolución 3627 del 9 de agosto de 2007 el Instituto Nacional de Vías – INVIAS adjudicó al CONSORCIO RMB 2007 el contrato para el Mejoramiento y Mantenimiento de las Carreteras de la Zona Suroccidente del País, Grupo 6 módulo 2, Tramos Pitalito – Garzón de la carretera Pitalito – Neiva, Ruta 45 Tramo 4504 en el Departamento del Huila, por un valor total de \$766.471.398 con un AIU del 30% discriminado así: Administración 20%, Imprevistos 5% y Utilidad 5%. El plazo de ejecución del contrato que se adjudicaba era de 3.5 meses. (fl. 53-56 cuaderno principal 1).
- El 14 de septiembre de 2007, el Instituto Nacional de Vías y el Consorcio RMB 2007. suscribieron el Contrato 1919 (fls. 60-64 Cuad.1), que tenía por objeto mejorar y mantener las carreteras de la zona suroccidental del país, grupo 6; en particular, el módulo 2, que comprendía el sector Pitalito – Garzón de la carretera Pitalito – Neiva, Ruta 45 Tramo 4504. En la cláusula segunda se reguló el valor del contrato, estableciendo que el mismo sería “[...] *la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas, por los precios unitarios estipulados en la propuesta del CONTRATISTA [...]. Las cantidades de obra son aproximadas y por lo tanto se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra y tales variaciones no viciarán ni invalidarán el contrato [...]*”. En todo caso, se estimó el precio en la suma de \$766.471.398. De igual manera, las partes pactaron un A.I.U. del 30%, discriminado así: administración del 20%, imprevistos del 5% y utilidad del 5%.

Según la cláusula cuarta, el plazo del contrato sería de 3.5 meses. Asimismo, en la cláusula sexta se precisó que las obras objeto del contrato se realizarían de acuerdo con el programa de inversiones presentado por el contratista, el cual debía

ser presentado para aprobación al subdirector de la Red Nacional de Carreteras, la interventoría y los supervisores. Cualquier modificación del programa de inversiones requería de la aprobación de estos y, en todo caso, no podía implicar una modificación del valor o del plazo del contrato, salvo la previa suscripción de una adición o de una prórroga.

En la cláusula novena se dispuso que la entidad podría entregar un anticipo de hasta el 40% del valor total del contrato, porcentaje que aumentó al 50% debido a la modificación del 20 de noviembre de 2007 (fl. 69 cuaderno No.1).

- Mediante Oficio SRN 45685 del 30 de octubre de 2007, el INVIAS comunicó al Consorcio RMB 2007 la orden de iniciación al contrato No. 1919 de 2007 a partir del 1º de noviembre de 2007. (fl. 65 cuaderno No. 1).
- Con fecha 23 de noviembre de 2007 el Consorcio RMB 2007 suscribió contrato de suministro No. 001 con el ingeniero Ariel Serrano González (Fl. 169 cuaderno No. 1), cuyo objeto era el suministro en boca de planta ubicada en el kilómetro 5 vía a Bruselas Municipio de Pitalito la cantidad de **1.250 M3 de MDC-2** (Mezcla Densa en Caliente Tipo 2) cumpliendo con las especificaciones INVIAS 96, de acuerdo a las cantidades especificadas en el siguiente cuadro:

ITEM	DESCRIPCION	UND	CAN	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
1	Suministro de Mezcla densa en caliente tipo MDC-2 en boca de planta	M3 - suelto	1.250	\$220.000.00	\$275.000.000
TOTAL					\$275.000.000
SON: DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS.					

Habiendo sido el precio unitario de la mezcla densa ofertada por el contratista de \$330.000.00 M3 y la mezcla para bacheo de \$350.000.00 M3, el precio contratado con el ingeniero Ariel Serrano se encontraba dentro de los límites del precio ofertado por el contratista. Así mismo, se advierte que la cantidad de mezcla densa en caliente tipo MDC-2 contratada también se encuentra acorde con la ofertada por el contratista.

- El 18 de diciembre de 2007, la parte actora le envió al INVÍAS la comunicación con radicado RMB-010-2007 (fl. 72 cuaderno No. 1), en la cual señaló que: *“De acuerdo con la información suministrada en el día de ayer, por el proveedor de la mezcla densa en caliente MDC-2, ingeniero Ariel Serrano, existe en la actualidad una restricción en el despacho del combustóleo, insumo principal para la elaboración de la mezcla que afectó la producción de la planta, hasta el punto que no nos suministrará mezcla para este mes.”*, e informó que el suministro se normalizaría a principios de enero de 2008.
- Efectivamente, el señor Ariel Serrano González en calidad de gerente de la Unión Temporal CRGS PITALITO el 26 de noviembre de 2007, comunicó al Consorcio RMB 2007 que los suministros de la mezcla MCD-2 se cumplirían de acuerdo a la disponibilidad en los despachos de asfalto 80/100 por parte de la empresa ECOPETROL que para la temporada de fin de año se ven afectados debido a la gran demanda que para esa época se producía y a los recortes en los horarios de despacho por las festividades de fin de año. (Fl. 75 cuaderno No. 1). Posteriormente, el 14 de diciembre de 2007 volvió a manifestar que la disponibilidad del suministro de material dependía de los despachos de asfalto 80/100 por parte de ECOPETROL, los cuales no se realizaron de acuerdo con el cronograma que se tenía previsto, motivo por el cual, el suministro de la mezcla densa contratada se haría a partir del 7 de enero de 2008. (Fl. 76 cuaderno No. 1)
- De forma continua, mediante oficios del 8 de enero de 2008, 29 de enero de 2008 y 13 de febrero de 2008 (Fls. 77 – 80 Cuaderno No. 1) el contratista Ariel Serrano González manifestó que por diversos motivos se encontraba imposibilitado de cumplir con el suministro de la mezcla MCD-2 contratada con el Consorcio RMB 2007, lo cual llevó a dicho Consorcio a buscar otro proveedor de la mezcla indicada.
- El 18 de febrero de 2008 el consorcio RMB 2007 suscribió contrato de suministro de Mezcla MDC-2 con la empresa OICA S.A. Ingenieros Contratistas, obligándose esta al suministro de **600 M3** de mezcla densa en caliente MDC-2 por un valor total de \$150.000.000.00, lo cual permite deducir mediante una simple operación matemática que el valor del metro cúbico contratado con OICA S.A fue de

\$250.000.00 precio por M3 que se ajusta al ofertado por el Consorcio RMB 2007 al INVIAS. (Fl. 93 cuaderno No. 1)

- Con fecha 14 de febrero de 2008 de común acuerdo entre el Consorcio RMB 2007 y el INVIAS se suscribió contrato adicional número uno (1) al contrato principal No. 1919 de 2007 por el cual se dispuso prorrogar el término del contrato por un (1) mes hasta el 15 de marzo de 2008 atendiendo el escrito de fecha 22 de enero de 2008 remitido por el contratista por el cual solicitó una prórroga *“con el fin de cumplir la meta física estipulada en el contrato, ya que durante la ejecución del mismo se presentaron dificultades, como que los espesores de la carpeta asfáltica encontrados son superiores a los previstos inicialmente, lo cual hace disminuir el avance contemplado en la programación de obra.”* (Fl. 72 cuaderno No. 1).
- Las partes suscribieron el acta de entrega y recibo definitivo de la obra el 12 de agosto de 2008, en donde al establecer las cantidades totales de la obra ejecutada, se conservó el precio unitario ofertado por el contratista para la mezcla densa en caliente tipo MDC-2 y su transporte y se estipuló que el valor total ejecutado ascendió a la suma de \$433.121.641.00. (Fl. 91 cuaderno No. 1)
- La empresa ECOPETROL en respuesta a requerimiento probatorio realizado mediante oficio No. 0669 del 23 de febrero de 2011, certificó que durante los meses de noviembre y diciembre de 2007, enero al 30 de marzo de 2008, le suministró insumos (asfalto) para la producción de mezcla MDC-2 a la Unión Temporal CGRS PITALITO – ARIEL SERRANO GONZÁLEZ durante las fechas relacionadas así (Fl. 810 Cuaderno No. 5):

Fecha Factura	Nombre material	Cantidad facturada	UM
16/12/2007	ASFALTO PAVIMENTO 80/100	29.017	KG
19/01/2008	ASFALTO PAVIMENTO 80/100	28.960	KG
26/01/2008	ASFALTO PAVIMENTO 80/100	33.004	KG
28/01/2008	ASFALTO 80-70	29.026	KG
01/02/2008	ASFALTO PAVIMENTO 80/100	33.075	KG
02/02/2008	ASFALTO PAVIMENTO 80/100	33.336	KG
22/02/2008	ASFALTO 80-70	33.020	KG

- En el proceso se decretó la práctica de prueba pericial conforme fue solicitado por la parte demandante en el numeral 4º del acápite de pruebas de su demanda que establece (Fl. 778 Cuaderno No. 5): “**Peritaje:** Se sirva nombrar perito evaluador para realizar pericia sobre variación porcentual de los precios del asfalto teniendo en cuenta la fecha del 21 de junio de 2007 cuando se hizo entrega de oferta para participar en la LICITACIÓN PÚBLICA No. SRN-042-2007, la firma del contrato 14 de septiembre de 2007, entrega del anticipo por el 40% del valor del contrato, 11 de noviembre de 2007”

Siendo el objeto de la pericia establecer cual fue la variación porcentual del precio del producto petroquímico “asfalto” durante el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2007 y el 11 de noviembre de 2007, y siendo este un insumo producido por la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL, resulta admisible el soporte documental al que recurrió el perito designado tomado de la página web de dicha empresa en donde se certifican los precios vigentes de los productos petroquímicos (Fls. 819 – 825 Cuaderno No. 5), documentación que no fue objetada ni tachada de falsa por el INVIAS al momento del traslado del peritaje, que solo solicitó la aclaración y complementación de dicho peritaje a fin de establecer la incidencia de la variación del precio del insumo “asfalto 80/100” en el costo total de mezcla asfáltica, cuando la influencia de este petroquímico en la elaboración del MDC-2 se encuentra en el 5 y 5.5.%.

Para la Sala es evidente que el objeto de la aclaración y complementación solicitada por el INVIAS rebasa el objeto de la prueba decretada, cuyo fin – se repite – era únicamente establecer en qué porcentaje se dio la variación de los precios del asfalto en un periodo determinado.

Los documentos denominados “*Productos Petroquímicos*” aportados junto con el dictamen pericial en los que la empresa Ecopetrol registró los precios vigentes para diferentes materiales, entre ellos, el asfalto, desde junio de 2007 y hasta febrero de 2008, indican que el precio del asfalto por tonelada, tanto facturado de contado, como a 30 días, comenzó a incrementarse desde septiembre de 2007, alcanzando un precio de \$916.295 por tonelada (el máximo registrado) en febrero de 2008.

Estos documentos sobre los cuales sustentó el perito su dictamen, señalan el precio que por tonelada del asfalto su surtió desde junio de 2007 hasta febrero de 2008 así:

FECHA	PRECIO (CONTADO)	PRECIO (CRÉDITO)
jun-07	574.441	579.037
jul-07	559.133	563.606
ago-07	584.529	589.205
sep-07	642.982	648.126
oct-07	707.280	712.938
nov-07	742.644	748.585
dic-07	816.908	823.443
ene-08	898.599	905.788
feb-08	909.023	916.295

No teniendo mayor contradicción u objeción el dictamen rendido, las conclusiones de este en cuanto al evidente incremento que presentó el precio por tonelada el asfalto de entre el 56.43% y 58.24% dependiendo si se trataba de precio de contado o a crédito son admisibles.

- Finalmente se recibió en el proceso el testimonio de la Ingeniera ELSA TORRES ARENALES quien fue la encargada de la interventoría del Contrato No. 1919 de 2007 y afirmó que *“... los precios oficiales del Invías para la presentación de las propuestas se encontraban dentro de los precios del mercado en su momento y podían permitir alzas en los insumos específicamente para el cemento asfáltico (...) El precio del asfalto tuvo un aumento hasta la entrega del anticipo del 29.28% condición que le permitía al contratista realizar la ejecución de las obras teniendo en cuenta que cuando presentó su propuesta decidió de manera libre ofertar al Invías para los ítems de mezcla asfáltica en un 5.71% por debajo del precio oficial para el ítem 5 y del 6.67% para ítem 6 (...) asumiendo el riesgo que implica posibles alzas en el precio de los insumos”*.

El testimonio de la ingeniera Torres es consistente en afirmar que, si bien durante la ejecución del contrato objeto de la litis hubo variaciones en el precio de algunos

insumos, estos no guardaban una proporción a los normales en el mercado y que dichas variaciones son un riesgo previsible para el contratista.

- EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO.

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual “[e]n los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre [los] 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”, constituye la base normativa sobre la cual se ha edificado la teoría del equilibrio económico del contrato.

Adicionalmente, el artículo 4º de la Ley 80, que regula los derechos y los deberes de la entidad estatal y del contratista, establece que la entidad pública podrá solicitar la actualización o revisión de precios cuando ocurran fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato pudiéndose adoptar las medidas necesarias para mantener, durante el desarrollo y ejecución del contrato, las condiciones económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 80 determina que el contratista tiene derecho a que se le pague la remuneración de manera oportuna, y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. Por lo tanto, la Administración estará en obligación de restablecer el equilibrio de la ecuación contractual a un punto de no pérdida, cuando se presenten situaciones imprevistas e inimputables al contratista.

La jurisprudencia que en este sentido ha expresado el H. Consejo de Estado ha dispuesto:

[...] si bien es cierto que, en principio, en materia de contratos funge el principio del pacta sunt servanda, esta exigencia de cumplimiento exacto de lo pactado, opera en la medida en que las condiciones existentes al momento de celebrar el contrato, se mantengan incólumes, por lo que se recurrió al principio del rebus sic stantibus, conforme al cual, las condiciones originales del contrato se deben mantener, siempre y cuando

se conserve durante la etapa de ejecución o cumplimiento la situación de cargas y beneficios que soportaban las partes en el momento de su celebración, pero no se puede ni debe mantener, cuando esa situación sufre modificaciones entre el momento en que se trabó la relación negocial y una época posterior durante la ejecución del contrato; con fundamento en dicho principio, se abrió paso el derecho de la parte afectada por una situación imprevista y sobreviniente durante la ejecución de las prestaciones, a que se le restablezca la ecuación contractual, cuando haya sido gravemente afectada¹⁶.

Ahora bien, ha precisado también el Consejo de Estado que no cualquier situación fractura la ecuación contractual, en tanto ello exige la concurrencia de ciertos presupuestos tales como:

- Que ocurra con posterioridad a la celebración del contrato
- Se trate de un hecho anormal, extraordinario y excepcional con entidad suficiente para perturbar el equilibrio (teoría de la imprevisión)
- Que la entidad contratante en ejercicio de sus funciones administrativas y poderes exorbitantes, tome una medida de carácter general que afecte a su propio contratista. (Hecho del príncipe).¹⁷.

Ha reiterado también la jurisprudencia del Consejo de Estado que “*si el desequilibrio se produce por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o exorbitante o en ejercicio de su imperium, será procedente no sólo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación, sino también indemnizar al contratista. Entre tanto, si la ruptura o desequilibrio tiene su génesis en un hecho externo, imprevisible y ajeno a las partes, que afecta de manera anormal y grave la ecuación financiera del negocio, las partes contratantes sólo estarán obligadas a llevar al sujeto que padece o sufre el desequilibrio a una situación de no pérdida.*”¹⁸

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de agosto de 2020, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 05001-23-31-000-2006-03354-01 (46.057).

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de diciembre de 2003. Proceso No. 16433. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de agosto de 2016, Proceso No. 25000-23-26-000-2002-02382-01(36359) Acumulado C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Por lo anterior, la entidad estatal no tiene la obligación de reconocer las pérdidas causadas por *aleas* normales u ordinarios, entendiendo que todo negocio comporta riesgos inherentes a la actividad contractual, y que el contratista, en razón de su profesión, oficio y ejercicio habitual, tiene el deber de conocer y de prever.

El rompimiento del equilibrio económico del contrato tampoco se produce por la simple manifestación de no obtención de utilidades o hayan surgido mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, de poder estos calificarse como propios del álea normal del contrato *puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato (subraya fuera de texto)*¹⁹.

- TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

En desarrollo de esta teoría, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha expresado:

“La teoría de la imprevisión se relaciona con hechos de diversa índole, que no se previeron al momento de celebrar el negocio jurídico, y que, al presentarse, agravan -mas no imposibilitan- la ejecución del contrato. Según la jurisprudencia de esta Sala²⁰, dicha teoría se presenta cuando hechos extraordinarios, sobrevinientes a la celebración del contrato, y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, afectan de manera grave el cumplimiento de las obligaciones, haciendo mucho más onerosa su ejecución para una de ellas. Son, por ello, requisitos para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato, que dé lugar al reconocimiento de los mayores costos a favor de la parte afectada, los siguientes:

1) Que, con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho ajeno a las partes, no atribuible a ninguna de ellas. 2) Que ese hecho altere, de

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de febrero de 2013, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 76001-23-31-000-1999-02622-01 (24.996).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 31 de enero de 2019, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 25000-23-26-000-2003-00650-01 (37.910).

manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya un alea extraordinaria. 3) Que esa nueva circunstancia no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes. 4) Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite.

En cuanto a las consecuencias económicas de la teoría de la imprevisión, se tiene que cuando se produce un hecho que encaja en la misma, la parte afectada tendrá derecho únicamente al reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir por causa de esos hechos imprevistos, por cuanto el evento extraordinario que afecta de manera grave la ecuación contractual, es ajeno a las dos partes, es decir, que no le es atribuible ni al contratista afectado, ni a la Administración contratante, quien, por lo tanto, también es sorprendida por ese hecho inesperado y también resulta afectada, en la medida en que se ve amenazada la correcta ejecución del contrato.”²¹

- CASO CONCRETO

Partiendo del marco normativo y jurisprudencia antes explicado, corresponde a la Sala determinar si en el presente asunto la parte actora logra demostrar la ruptura del equilibrio económico del contrato 1919 de 2007 suscrito con el Instituto Nacional de Vías – INVIAS -, como consecuencia de los incrementos tan altos que tuvo el precio del asfalto durante el segundo semestre del año 2007, situación que considera fue imprevisible afectando en forma grave el equilibrio financiero y económico del contrato.

Ciertamente la Sala encontró demostrado que durante el periodo comprendido entre los meses de junio de 2007 y febrero de 2008, se produjeron alzas significativas en el precio del producto petroquímico “asfalto” producido por la empresa ECOPETROL, insumo necesario para la elaboración de la mezcla densa en caliente tipo 2 MDC-2 y que era indispensable para el cumplimiento del objeto contractual, situación que de demostrarse su imprevisión podría dar lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato, siempre que se prueben todos los demás elementos que dicha teoría exige.

²¹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Proceso No. 54001-23-31-000-2010-00216-01(55541) C.P. MARIA ADRIANA MARIN

Es así como a criterio de la Sala, el hecho de que el precio del asfalto haya aumentado desde la suscripción del contrato y encontrando su máximo incremento durante su ejecución, por sí solo no acredita que la parte demandante se hubiese visto afectada con tal circunstancia, pues no basta con simplemente afirmar que existió una variación del precio de mercado de dicho insumo, sino que ha de demostrarse el impacto que realmente este tuvo en la economía del contrato objeto de análisis, toda vez que si a pesar de dichas variaciones de precio, el valor finalmente pagado por el insumo referido se encontraba dentro de lo previsto y presupuestado en la oferta del contratista, no dará lugar a declarar el rompimiento de equilibrio financiero alegado.

Tal y como se indicó en el acápite relativo a los hechos probados, la oferta del contratista por **1.040 M3** de Mezcla densa en caliente tipo MDC-2 incluido cemento asfáltico y **300 M3** de Mezcla densa en caliente para bacheo tipo MDC-2 incluido cemento asfáltico, se estableció en **\$330. 000.00 y \$350.000.00 M3** respectivamente.

A pesar de las alzas evidentes que tuvo el precio del asfalto producido por la empresa ECOPETROL, el consorcio RMB 2007 a la hora de contratar el suministro de la Mezcla densa en caliente MDC-2, logró acordar con su proveedor inicial la UT CRGS PITALITO – ARIEL SERRANO GONZÁLEZ, un precio de **\$220.000 M3**, siendo este precio inferior al indicado en la oferta del contratista.

Se suma a la anterior conclusión el contrato de suministro de mezcla MDC-2 suscrito con la empresa OICA S.A. Ingenieros contratistas con el cual se estableció que el CONSORCIO RMB 2007 pagó por este insumo la suma de **\$250.000.00 M3**, siendo este precio, aunque mayor al pagado a la UT CRGS PITALITO, un precio ajustado al pactado originalmente en la oferta.

Por otra parte, si bien al proceso no fue aportado copia del pliego de condiciones, si se logra demostrar que conforme a este, la parte actora en su oferta declaró haber visitado el sitio del proyecto y tomado atenta nota de sus características y de las condiciones que pudieran afectar su ejecución y que asumían el reconocimiento y asunción de los riesgos previsibles que pudieran surgir en la ejecución del contrato, entre los cuales se puede considerar la fluctuación en los precios de los insumos, fluctuación que los demandantes no logran demostrar les haya llevado a sobrepasar

el riesgo asumido con el contrato No. 1919 de 2007, toda vez que en últimas, el precio pagado por dicho insumo se encontró dentro de los límites de lo ofertado por el contratista, no siendo posible determinar la existencia de la ruptura de la economía del contrato.

No pretende desconocer la Sala el hecho que efectivamente el consorcio RMB 2007 presentó inconvenientes con el proveedor ARIEL SERRANO GONZÁLEZ que en forma reiterada manifestó razones con las que justificaba el incumplimiento del contrato de suministro suscrito con los demandantes. Sin embargo, para la Sala estas razones no son atribuibles al ente demandado, máxime si como quedó demostrado existían otras empresas y/o personas relativamente cerca de la obra que también fabricaban la mezcla MDC-2 y de las cuales no demostró que estas les haya manifestado imposibilidad alguna para el suministro de las cantidades de mezcla que aún requiriera.

Llama la atención de la Sala, que fue la UT CRGS PITALITO – ARIEL SERRANO GONZALEZ la única empresa respecto de la cual la parte actora manifiesta haber tenido el inconveniente del suministro de la mezcla asfáltica, escudando su incumplimiento contractual en los supuestos retrasos en el despacho que le hacía ECOPETROL del material “asfalto”, cuando este certificó que a dicha unión temporal entre los meses de diciembre de 2007 y febrero de 2008 le realizó despachos consecutivos de asfalto 80/100, por lo que el contratista al advertir la imposibilidad de esa empresa cumplir con el suministro del material pactado, debió prontamente gestionar la consecución de lo requerido con otro proveedor.

Bajo estos términos, y dado que la parte actora no logró acreditar los perjuicios invocados en la demanda, no hay lugar, se reitera, a ordenar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato alegado por los demandantes y, por lo tanto, las pretensiones de la demanda serán negadas.

- COSTAS

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

V.- FALLA

PRIMERO: DECLÁRANSE NO PROBADAS las excepciones de caducidad, falta de legitimación en la causa de hecho por pasiva e insuficiencia de poder propuestas por el Instituto Nacional de Vías – INVIAS.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

TERCERO: No hay lugar a condena en costas

CUARTO: Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Contencioso Administrativo del Huila. Desanótese en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadores de este Tribunal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JOSE MARIA MOW HERRERA

JESUS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

Firmado Por:

Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 002 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **48d1d9f81c0c11264568f074c33c750eae2cc77f7a3621ccd6ab0caf38a844d5**

Documento generado en 24/06/2022 10:38:30 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>