

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

San Andrés Isla, dieciocho (18) de octubre de dos mil doce (2012)

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

Expediente No.: 05-001-23-31-000-2007-03205-00

Acción Contractual

Dte.: ASESORIAS, DISEÑOS Y CONSTRUCCIONES S.A. – ADYCOR-

Ddo.: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – EPM-

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en los Acuerdos Nos. PSAA11-8151 del 31 de Mayo de 2011, PSAA11-9100 del 23 de Diciembre de 2011 y PSAA12-9540 del 21 de Junio de 2012, proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

Surtido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a dictar sentencia, dentro del proceso instaurado en ejercicio de la acción de controversias contractuales contenida en el artículo 87 del C.C.A., por ASESORIAS, DISEÑOS Y CONSTRUCCIONES S.A. en adelante ADYCOR S.A. contra las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. en adelante EPM.

1. PRETENSIONES

“Primera. Que en la ejecución del Contrato No. 020118286, celebrado entre Adycor S. A. y las Empresas Públicas de Medellín E. S. P., cuyo objeto se definió como la "Construcción y reposición de redes de alcantarillado, aliviaderos y obras complementarias necesarias para la optimización del sistema de alcantarillado y de los procesos de recolección y transporte de las aguas residuales y combinadas en la zona sur del Valle de Aburrá", debidamente determinado en la parte motiva de este escrito, se alteraron o agravaron las prestaciones a cargo de Adycor S. A. en forma tal que resultaron excesivamente onerosas.

Segunda. Que dicha alteración o agravación se produjo por circunstancias ajenas a la responsabilidad de Adycor S. A.

Tercera. Que, examinadas las circunstancias que alteraron las bases del Contrato, se revise ordenando el ajuste que la equidad indique.

Cuarta. Que, en consecuencia, Sé condene a las Empresas Públicas de Medellín E. s. P. a pagar las sumas de dinero en que se concrete dicho ajuste.

Quinta. En subsidio, si no es procedente la revisión del Contrato en los términos del artículo 868 del Código de Comercio, se declare que en el Contrato ya determinado se produjo un enriquecimiento ilícito a favor de las Empresas Públicas de Medellín E. S. P. y en contra de Adycor S. A.

Sexta. Que, como consecuencia de esta petición subsidiaria, se condene a las Empresas Públicas de Medellín E. S. P. a pagar los valores que sean demostrados en el proceso.

Séptima. Que el Contratista tiene derecho al pago de las actividades ligadas a la garantía del flujo vehicular mientras se pavimenta, en los términos señalados en la parte motiva de este escrito.

Octava. Que, como consecuencia de esta petición, se condene a las Empresas Públicas de Medellín E. S. P. a pagar los valores que sean demostrados en este proceso.

Novena. Que las sumas que sean reconocidas al Contratista y a cuyo pago sea condenada la Entidad sean actualizadas desde la fecha de terminación del Contrato y hasta la fecha de la sentencia, con la variación del índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

Décima. Que se condene en costas y agencias en derecho a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P.”

2. HECHOS

Las Empresas Públicas de Medellín E. S. P. declararon la apertura de la licitación No. 009081, cuyo objeto era contratar la "Construcción y reposición de redes de colectores, redes secundarias, aliviaderos y obras complementarias necesarias para la optimización del sistema de alcantarillado y de los procesos de

recolección y transporte de las aguas residuales y combinadas en las cuencas La Guayabala, La Mina, La Zúñiga, Doña María, El Molino, La Pelahueso, Santa Elena, La Isla, Ana Díaz, La Iguana Parte Alta, Tinajas - Malpaso y construcción de canalizaciones de teléfonos en las cuencas Santa Elena y El Molino".

Ésta contratación obedeció a criterios técnicos con base en los cuales se elaboraron los diseños y el respectivo presupuesto exigiendo a los consultores elaborar para cada uno de los proyectos las cantidades de obra más no los análisis de precios unitarios totales, sino solamente aquellos que no existieran en las Empresas, tal como quedo consignado a los pliegos de condiciones dentro del contrato 005858.

Con posterioridad al cierre de la contratación estima el actor se dieron las siguientes situaciones (sic):

"Que el Presupuesto Oficial de la Contratación no fue elaborado por los Consultores que conocían las condiciones técnicas y reales en que se iban a ejecutar los trabajos.

Que el Presupuesto Oficial de la Contratación fue elaborado por las Empresas Públicas de Medellín E. S. P.

Que las Empresas Públicas de Medellín E. S. P., hecho que se conocería posteriormente, como se demostrará en el proceso, elaboraron el Presupuesto Oficial con promedios históricos de otras contrataciones.

Que, por ésta razón, el presupuesto oficial de la Contratación NO fue elaborado para "...atender necesariamente los conceptos de costo y calidad de los bienes, obras o servicios objeto del contrato..."

Relata que en el pliego de condiciones no se exigió una investigación del subsuelo, algunas redes del servicio existentes, estructuras subterráneas, calidad del terreno o posibles infiltraciones de agua entre otras situaciones, pues el objeto de la contratación 005858 citada fue el *"diagnostico y diseño de redes de alcantarillado y de las obras complementarias necesarias para la optimización de los procesos de recolección y transporte en diversas cuencas del Valle de Aburrá"*.

Afirma la actora que, EPM realizó directa o indirectamente la investigación completa de las redes y condiciones existentes, diseñó los trabajos que tendrían que ejecutarse para cumplir con la finalidad proyectada, estimaron un presupuesto que debía remunerar los costos y permitía obtener una utilidad y cuantificaron un plazo que era técnicamente posible de cumplir.

Estima que la responsabilidad del Contratista en la Contratación No. 009081 no era suplir la actividad de investigación que previamente se había realizado

(cuyos detalles, además, no se le entregaron para la preparación de la propuesta), ni diseñar lo que ya debería estar diseñado, sino solamente construir las obras encomendadas.

Por ello los pliegos establecían que los proponentes debían ceñirse a "*los planos y especificaciones suministrados por las Empresas*" (numeral 2.21 de los pliegos) y en ellos se incluyó una descripción completa de los proyectos que tendrían que ejecutarse.

A ningún proponente se le entregaron las copias de las memorias de las visitas, inspecciones, diagnósticos, memorias de cálculo y diseños definitivos realizadas por el CONSULTOR, ni se le exigió revisar dichos documentos.

Por ello es evidente que al proponente se le hacía responsable del error que, durante la ejecución del contrato se cometiera en la aplicación de los diseños, condiciones y especificaciones entregados.

Relata la actora, que con base en su experiencia en ejecución de proyectos similares para las Empresas Públicas de Medellín E. S. P., en los planos entregados, en las especificaciones suministradas, y en la visita previa a los sitios en que se ejecutarían los trabajos, ADYCOR S. A., estimó que podía ejecutar las obras objeto del contrato y en el plazo máximo señalado por EPM.

Que cumplidos los trámites previos se adjudica el contrato de obra y se perfecciona con el No. 020118286 cuyo objeto determinó: "*Construcción y reposición de redes de alcantarillado, aliviaderos y obras complementarias necesarias para la optimización del sistema de alcantarillado y de los procesos de recolección y transporte de las aguas residuales y combinadas en la zona sur del Valle de Aburrá*".

Para La ejecución de los trabajos contratados la firma actora, elaboró un programa de actividades el que fuera aprobado por la parte demandada en el que se concretaron los plazos que eran estimados para cada tramo de cada proyecto, junto con una determinada asignación de recursos de administración, materiales, mano de obra y equipo.

EPM, ordena la iniciación del plazo de la obra para el 15 de marzo de 2004 con finalización el 9 de mayo de 2005, quedando la interventoría técnica en cabeza de la firma ECA.

En desarrollo de las actividades contratadas y acorde al cronograma de trabajos los resultados no se dieron por las siguientes causas:

- La continúa presencia de derrumbes en las paredes de las zanjas ocurridos por la gran inestabilidad del terreno. Estos derrumbes no se podían evitar porque ocurrían antes que se pudiera proteger la zanja o después de haberlo hecho.

Pone de presente el actor que al momento de preparar la propuesta, no se tenía ni la información, ni la posibilidad de prever situaciones de ejecución más difíciles de las normales, las mismas que la Entidad con sus documentos y presupuesto permitían prever.

- La presencia de redes de servicios públicos dentro del alineamiento proyectado para las redes a construir, sin que existiera la forma de variar o mejorar su ubicación, hecho que no podía ser ni previsto ni controlado desde la presentación de la propuesta, porque se suponía superado desde el diseño del proyecto.

- La interferencia de la construcción con redes de servicios públicos subterráneas o estructuras subterráneas existentes que no aparecían referenciadas en los planos de construcción suministrados por la interventoría o que apareciendo en planos no permitían considerar unas condiciones de ejecución diferentes a las normales. En ocasiones los planos mostraban esta interferencia en una abscisa totalmente diferente a aquella en que finalmente fue encontrada.

La mayor dificultad de ejecución derivaba de que era necesario acomodarse a las limitaciones de espacio, los derrumbes permanentes por esta razón y al obstáculo que significaban dichas redes y estructuras y su necesaria protección para no causar un mayor perjuicio a la comunidad.

- Los daños en las redes de servicios públicos como consecuencia de los hechos referidos precedentemente, los cuales siempre producen como consecuencia la parálisis de las obras mientras se hacen las reparaciones correspondientes.

- La repetición o reparación de trabajos ya ejecutados, pero dañados por efectos de la lluvia y sin que ello se hubiera podido evitar, causa que se presentó en diferentes tramos de la obra.

- Demoras en la disposición final de los escombros debido al cierre parcial de los lugares destinados para ese fin, situación que generó la parálisis de la maquinaria por dicha situación y por ende mayores costos por dicha situación.

- La ubicación de algunas redes de alcantarillado a construir, las cuales se encontraban muy próximas a las viviendas o estructuras aledañas. Para evitar y disminuir los derrumbes e impedir daños debido a la profundidad e inestabilidad del terreno, la Interventoría ordenó realizar la excavación en tramos muy cortos y en forma diferente a la programada.

-Los mayores espesores de pavimento que hicieron más difíciles las condiciones técnicas de ejecución de los trabajos de rotura y demoraron las excavaciones.

Con las investigaciones previas realizadas por los diseñadores, se tenían que haber definido los espesores de pavimento que serían encontrados en cada proyecto. Al no haberse entregado ésta información, dicha previsión no podía haberse hecho y las dificultades finalmente encontradas, por unos mayores espesores, constituían unas pérdidas económicas para la ejecución del contrato.

- La continúa presencia de agua durante el proceso de las excavaciones, lo que ocasionó bajos rendimientos en las actividades. Naturalmente este problema se presentó en algunos de los proyectos que fueron ejecutados y para los cuales aparece detallada esta causal en los informes de obra respectivos.

-Las mayores dificultades en la instalación de tubería de fibra de vidrio, porque los tramos que podían ser ejecutados (menos de 12 metros) no permitían su colocación en las longitudes de especificación (12 mts). La Entidad no advirtió la necesidad de contemplar en la propuesta un mayor riesgo o costo por uniones adicionales que se requerían en proyectos especiales o por las circunstancias del terreno, ni aprobaron las solicitudes de aprobación de uniones adicionales.

Las características del terreno no permitían tramos de excavación de 12 metros, ni aún de 6 metros, porque se colapsaba, razón por la cual se afectaron notablemente los rendimientos en la colocación de esta clase de tubería.

Tan cierto es esto que finalmente se aceptaron algunos cambios de longitud y se pagaron algunas uniones adicionales.

-La imposibilidad, no previsible, de cierre de la vía en la que se estaban construyendo algunos proyectos, lo cual hacía que las condiciones de ejecución fueran diferentes pues había que garantizar el acceso y la circulación por la vía de todos los transeúntes y habitantes de la zona.

-La demolición de estructuras u obras de concreto que no aparecían referenciadas en los planos de construcción ni presupuestadas dentro de las cantidades de obra de contrato, que no era previsible detectar y que se interponían con las obras que debían ejecutarse.

-La mayor dificultad en la excavación por la aparición en algunos proyectos de una gran cantidad de material que se asemejaba a una roca de gran tamaño (comúnmente llamado corroncho), pero que debido a su dureza no cumplía con las condiciones para que fuera considerado como roca por las especificaciones y condiciones del contrato.

La forma de ejecución del trabajo era prácticamente la misma a la de excavación en roca, pero la Interventoría no la reconoció como tal, de forma que, además de la mayor dificultad, la remuneración que se recibía no era la equilibrada para el tipo de trabajo que se estaba ejecutando.

- La excavación en roca en algunos proyectos donde no se tenía presupuestado éste tipo de trabajo y en conjunción con otro material, como el señalado anteriormente, se puede ver claramente en la descripción de las dificultades presentadas en los proyectos en los cuales este tipo de material se encontró.

Cuando se presenta la excavación en roca se afectan los rendimientos de todas las otras actividades y, por tanto, se incrementan los costos de ejecución de obra.

Estas mayores dificultades originaron una alteración en el cumplimiento del programa de trabajo en cual se precisa en la demanda en cuadro comparativo. (Fls. 33 a 37 del cuaderno principal)

-Pese a tal situación y gracias a un esfuerzo económico frente a la mayor cantidad de recursos que se dispusieron, las obras se entregaron dentro del plazo convenido, generando esto una perdida financiera para ADYCOR S.A., la que no puede soportar por no haberse equivocado en la ejecución de la obra y por tanto no puede cargar dicha responsabilidad, por ello le asiste el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por cuanto los menores rendimientos de trabajo no obedecieron a equivocaciones técnicas, sino a situaciones en la ejecución mucho más difíciles que generaron imprevisiones que impidieron el rendimiento normal del contrato.

Todo lo anterior genera una suma adicional a pagar a favor de ADYCOR S.A., por parte de EPM, por valor de \$1.058.672.341, por concepto de perdida en la ejecución del contrato, la cual se niega a reconocer la demandada, pese a los requerimientos efectuados por la parte demandante.

En concreto la negativa frente a dicha solicitud se argumentó de la siguiente manera por parte de la interventoría (Sic):

- *"Que en los pliegos a los proponentes se les ha indicado "que deben tener en cuenta en sus análisis de precio unitario, ese material en los sobre costos", o lo que es lo mismo, que los pliegos determinan que los costos de esta actividad constituyen "costos asociados" del proyecto y debían haber sido incluidos dentro de los costos indirectos del contrato.*

- *Que no existió solicitud de aclaración sobre esta actividad durante el trámite del proceso de contratación.*

- Que no existe ningún antecedente de cobro durante la ejecución del contrato, lo que demuestra que no existe "la más mera intención de su cobro".

- Que dicha petición no se ha planteado en otros contratos, lo que demuestra que no existe "la más mera intención de su cobro".

- Que "la interventoría no determinó la utilización posterior del material proveniente del cajeo, como tampoco la interventoría lo descontó en los otros sitios donde éste se colocó".

-Que la actividad de lleno temporal es simplemente una alternativa menos costosa de elección del Contratista, frente a otra más costosa, como es la pavimentación inmediata".

Frente a ésta circunstancia, la demandante redarguye y remite al contenido del oficio No. GG1204 de fecha 24 de noviembre de 2005, radicado ante la entidad demandada bajo el No. 02142369, cuyo contenido transcribe con la demanda (Fls. 44 a 50 del cuaderno principal), considerando entre muchas razones no haber cometido ningún error en su propuesta, lo que la haría responsable de sus pérdidas, no siendo justo que habiendo actuado de conformidad con las previsiones que se podían hacer de acuerdo con los diseños entregados, el presupuesto oficial y el plazo máximo señalado, tenga que asumir las consecuencias económicas del mayor esfuerzo que tuvo que realizar para la ejecución del contrato.

Sostiene que si EPM, hubiera acometido las obras directamente, seguramente el presupuesto oficial se hubiera desbordado totalmente, lo que significa que existió un enriquecimiento a su favor, con un claro empobrecimiento del contratista al que se le pagó un valor menor.

Afirma el cumplimiento a término de las obras con un mayor esfuerzo económico al presupuestado y ofertado, habiendo desaparecido la oportunidad de una utilidad y con enormes pérdidas de dinero.

Considera afectado el equilibrio económico que debe reinar en los contratos conmutativos produciéndose a favor de EPM un enriquecimiento, pues finalmente pagó un valor menor al que podría haber tenido las obras ejecutadas.

Estima que EPM propuso liquidación bilateral del contrato la que acepto ADYCOR S.A., reservándose el derecho a discutir judicialmente sus derechos.

Finalmente, asevera que con al presente demanda ADYCOR S.A., busca se restablezca la conmutatividad al contrato y se pague el valor justo por las obras

ejecutadas, ó, al menos, que se reconozca que hubo un enriquecimiento ilícito pagándose el valor esa afectación pudo producir en la economía del contratista.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La parte demandante sostiene los siguientes fundamentos:

1. EL DERECHO A LA REVISIÓN DEL CONTRATO.

Parte de considerar que la entidad pagó el total que resultaba de multiplicar las cantidades ejecutadas por los precios unitarios convenidos, hasta aquí no habría nada raro.

Afirma, no obstante, cuando el contrato es de aquellos que se llaman *conmutativos*, si se presenta un desequilibrio económico entre las prestaciones de las partes contratantes, la parte perjudicada tiene derecho a un reconocimiento económico que devuelva las cosas a su estado de equilibrio, fundamenta lo expresado acorde con lo dispuesto en los artículos 1497 y 1498 del C.C., así como la construcción jurisprudencial que entorno al tipo de contrato referido, al equilibrio de la relación financiera o económica y la imprevisión que ha efectuado la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, citando variedad de jurisprudencia referida al tema.

Estima que los riesgos en el contrato no son del contratista y estos deben ser asumidos por el contratante quien en últimas es el que se beneficia con la obra que recibe a satisfacción, por ello, no se debe ver únicamente el justo reclamo en éste tipo de contrato frente a la teoría del caso fortuito y la fuerza mayor, pues las visiones e hipótesis de la imprevisión entran a construir un camino importante de justicia en estos temas.

Considera que EPM no puede pretender que el riesgo de lo que se encuentra por debajo del pavimento sea de responsabilidad de sus contratistas, pues primeramente nadie puede prever lo que allí se encontrará, sencillamente se preparará en situaciones como ésta y de manera razonablemente para enfrentar dicho evento; y ningún contratista tiene el patrimonio suficiente para afrontar los costos económicos que significa el imprevisto.

Considera que el equilibrio del contrato partió del presupuesto fijado junto con los rendimientos y precios de la obra que la entidad estimó. Dicha estimación no constituyó un parámetro sin importancia, sino un verdadero punto de comparación que permitía confiar en la obra si podía ejecutarse con unos costos y una utilidad determinada.

Esta previsión es la más importante, como quiera que se haya podido demostrar que las causas que originaron la disminución de los rendimientos presupuestados, se salieron de las previsiones que normalmente podían haberse realizado, las mismas que la propia entidad contratante realizó.

En definitiva frente a este tópico observa que la equidad es la que finalmente se impone a la regla de ajuste que hay que aplicar al contrato y, por consiguiente, lo que se busca es que no desaparezca la justicia que él también tiene que encarnar como norma de regulación del comportamiento de las partes contratantes, pues estima que la seriedad de los diseños y el presupuesto oficial con claridad dan una pérdida de \$700.000.000, la que no se puede descargar simplemente en cabeza del contratista como un riesgo bajo su responsabilidad ya que la misma entidad con sus propios precios hubiera sufrido la misma consecuencia.

2. EL ENRIQUECIMIENTO ILICÍCITO.

Afianza su argumento sobre la teoría del enriquecimiento sin causa transcribiendo el texto de la posición jurisprudencial contenida en el fallo del H. Consejo de Estado de fecha 8 de mayo de 1995 expediente 8118 M.P. Juan de Dios Montes, examinando así dar prevalencia a los principios de equidad y justicia dentro de la situación deprecada, buscando así una visión de la reparación integral del perjuicio sufrido a la luz del texto constitucional 90, sosteniendo los elementos exigidos para el fin indemnizatorio el cual se constituye a partir de la omisión de la entidad estatal; el daño antijurídico; y el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación.

4. TRÁMITE

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 30 de enero de 2008, por el Tribunal Administrativo de Antioquia y notificada de manera legal a la parte demandada. Durante el término de fijación en lista la entidad accionada presentó su correspondiente escrito de contestación.

El proceso entra a periodo probatorio mediante auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia de fecha 3 de octubre 2008 y abierto a alegatos de conclusión el 22 de junio de 2010, oportunidad procesal que fue aprovechada por la entidad demandada, guardando silencio en esta etapa la parte demandante y el Ministerio Público.

Finalmente, el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cumplimiento del Acuerdo No. PSAA11-8151 del 31 de Mayo de 2011 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, decide remitir el proceso de la referencia a este Tribunal, quien lo recibe el 5 de julio de 2011 y avoca su conocimiento en auto de fecha 2 de agosto de 2011.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN -EPM. ESP.-

Dentro de la oportunidad establecida para este fin la entidad a través de apoderado judicial dio contestación a la demandad en el siguiente sentido:

A LAS PRETENSIONES.

Expresa su total oposición y solicita sean negadas al estimar que durante la ejecución del contrato no se presentaron reclamos del contratista por bajo rendimiento por causas imputables a EPM.

Sostiene que el pliego de condiciones en el numeral 2.36 estableció: *“Cualquier reclamo relacionado con el contrato por razones de tipo financiero, administrativo, técnico, legal o de cualquier otro orden, deberá presentarlo el contratista por escrito a las Empresas dentro de los treinta (30) días siguientes a la primera ocurrencia del hecho motivo del reclamo, señalando claramente y detalle sus bases; vencido ese término quedará entendido que el contratista renuncia al derecho de establecer cualquier reclamación por dicho hecho contra Las Empresas.”*

En lo referente al tema de los derrumbes, estima que estos no se presentaron en todos los tramos y menos aún que estos fueron los causantes de la pérdida de rendimiento en la ejecución de las obras. Se

dieron diferencias en las cantidades de material en operación de cargue, retiro y botada de material sobrante a distancia, diferencias que fueron canceladas por EPM y respondieron a 1.094 M3.

Cara al tema de la presencia de redes de servicios públicos, es normal que frente a este tipo de trabajo se encuentren estas dificultades, por ello EPM, exige a los contratistas ejecutores de sus proyectos experiencia tratando de evitar inconvenientes, la entidad determinó en los planos la presencia de estas redes y precisó su ubicación, así mismo efectuó en los respectivos pliegos de condiciones lo relativo a los trazados y disposición de las obras, considerando que en eventos no previstos en los planos y que sean generadores de sobrecosto el contratista debe seguir el protocolo de reclamo ante ésta.

En lo concerniente al cambio de diseño se realizó de común acuerdo y la entidad canceló en su momento la diferencia correspondiente.

Determina que en los pliegos, numeral 2.19 se dispuso la protección de los servicios públicos y por ello los daños ocasionados por el contratista a dichas estructuras son de su cuenta y riesgo, los daños que se prestaron en éste tema fueron por errores de los operadores de la retroexcavadora ya que las redes estaban previamente identificadas.

Frente a la reparación de trabajos por causa de las lluvias, a las cuales atribuye retardo en el rendimiento de la obra no comparte lo pretendido por el demandante, por cuanto estas son circunstancias que un contratista con experiencia como es el del caso debe tener en cuenta, máxime si desde el pliego de condiciones se advierte que el fenómeno de lluvias no es factor constitutivo de Fuerza Mayor y Caso Fortuito, pliegos 2.32.

En lo referente al conjunto de obras ejecutadas cerca de viviendas, estima que los rendimientos de instalación de infraestructura se debieron haber tenido en cuenta para los proyectos La Mina, La Capilla, La Mota Vieja y el callejón del proyecto ALS-01-05-274 de Belén Rincón.

Ante los espesores de pavimentos, aprecia que el contratista cuando conoce que se presenta esta situación debe buscar una solución rápida que permita continuar con la obra, asignando más personal y maquinaria para el retiro del material evitando demoras, ese trabajo simultáneo se compensa

con el pago de mayor cantidad de metros cúbicos de demolición de pavimento.

Las excavaciones en presencia de agua, no las justifica como elemento de disminución del rendimiento, toda vez que en las paginas 3-8 ítems 2.4, 5.5, y 2.6, de los pliegos se estipularon y era carga del proponente indicar los valores unitarios por trabajos a ejecutar, considera que en el presente contrato las cantidades de trabajos con estas características estuvieron por debajo de lo presupuestado, es decir esto no generó ningún sobre costo al contratista, a demás en el objeto contractual se determinó la presencia de ésta situación, pues dispone la “ *Construcción y reposición de colectores, redes secundarias, aliviaderos y obras complementarias para la optimización del sistema de alcantarillado y de los procesos de recolección y transportes de aguas residuales*”, situación a todas luces previsible por el demandante.

Longitud de la tubería a instalar. Estima que en ninguna parte del pliego se establecía la longitud de 12 metros para licitar. El contratista compró toda la tubería de esa longitud y la partió en la obra, y muchas de las uniones para instalar dicha tubería fueron asumidas por EPM, aprecia la demandada que debido a la longitud que habría de utilizarse en las zanjas no era posible que se pudieran cerrar el mismo día evento que no previo el contratista, pues debía entregar los tramos al finalizar cada jornada diaria en proceso de instalación de la tubería.

Frente al tema del cierre vial, afirma que era un hecho previsible por el contratista y así se fijó en el respectivo pliego de condiciones numeral 1.2.2.4, y en idéntica forma se dejo en el manual de impacto comunitario.

Ante la demolición de estructuras que no aparecían en los planos, afirma la demandada que el contrato prevé unas cantidades que a veces se ejecutan y a veces no, por ello en los pliegos en su numeral 2.5 señaló que las cantidades de obra son aproximadas.

El ítem de demolición de obras de concreto era suficiente para que el contratista lo tuviera en cuenta al momento de presentar la oferta. Si por la ejecución de este ítem de demolición tuvo sobre costo, en ningún momento EPM lo conoció.

En lo concerniente a la excavación en roca y corroncho (piedra meteorizada más compacta que la tierra) considera que dicho evento estaba contemplado en los pliegos con el rotulo “excavación en roca cualquier profundidad”, y lo ejecutado estuvo por debajo de lo proyectado por lo tanto no se presentó ningún sobrecosto.

Semanas programadas para ejecutar el trabajo y las reales. Las propuestas a EPM por parte del contratista fueron aceptadas sin objeciones, por lo tanto era responsabilidad del contratista proyectar las semanas que emplearía en desarrollo de cada proyecto, sin que las mismas superaran el plazo de ejecución del contrato programado para 420 días calendario, asumiendo éste los inconvenientes de en su cronograma al ejecutar la obra, como serian los días festivos y feriados, la semana santa, y accidentes de trabajo que en algún caso generó la muerte de un trabajador.

Sostiene que los rendimientos para el calculo del programa de trabajo con sus respectivos recursos, son del conocimiento y manejo del contratista, y en ningún momento EPM se hace responsable de sus omisiones o cálculos, tan es así, que no está al cuidado de sus recursos y manejo de la obra, por lo tanto, no es admisible aceptar nuevos precios basado en que los rendimientos estimados por el demandante, fueron inferiores a los ejecutados en el desarrollo del contrato, no presentándose ningún sobre costo en la ejecución de la obra.

A LOS HECHOS:

Considera que unos no le constan, otros son ciertos, otros no lo son y otros requieren ser probados.

Afirma que para el caso del contrato objeto de esta demanda el presupuesto se elaboró de una base de datos, efectuando cada uno de los ítems por factores de las particularidades de cada proyecto de acuerdo con la información entregada por el consultor y reflejada en el AIU. El análisis de precios unitarios de EPM va ligado a consulta de precios de precios del mercado, de donde el presupuesto oficial sí atendió los conceptos de costo y calidad de los bienes, obras o servicios objeto del contrato.

Desestima el conocimiento por parte del particular del proyecto después del cierre de la licitación, toda vez que al momento de la venta del pliego de condiciones, con los planos de la licitación se entregó una descripción de

cada uno de los proyectos con la información del consultor, siendo estos elementos suficientes para la elaboración de la propuesta que se allegó a EPM.

Las obras se ejecutaron en el tiempo establecido por valor de \$3.631.019.965 más un reajuste de \$346.523.876.15, sumas estas que fueron canceladas al contratista.

En lo referente al tiempo de ejecución y costo de la obra EPM siempre se fija, por ello el proponente partiendo de esa información, debe evaluar los recursos necesarios para la ejecución de la obra en el tiempo estipulado; si estos recursos terminaron siendo más de los contemplados inicialmente por el proponente, es un hecho de su entera responsabilidad y no de la entidad.

Frente al tema de los imprevistos en las excavaciones estima que fue algo mínimo.

Deja en claro que al contratista se le entregó el diseño definitivo del proyecto para ejecutarlo, no siendo necesario para éste la forma como el consultor realizó los estudios.

De otro lado ante la circunstancia de herramienta y equipos necesarios para el desarrollo de la obra claramente se determinó en los pliegos y el contrato como se utilizarían, no significando que el empleo de más de éstos EPM tenga la obligación de reconocerle un mayor valor del contrato por ese hecho, por cuanto el contratista debía mantener en cada sitio de los trabajos todos los equipos y herramientas apropiadas para la ejecución de la obra objeto del contrato.

Frente a la reclamación por desequilibrio económico EPM estimó que ésta no era procedente, pues no se configuraba y existía una responsabilidad única y exclusiva del contratista.

RAZONES DE LA DEFENSA

Parte de considerar que si el contratista obtuvo bajos rendimientos fue por falta de planeación de los recursos y la maquinaria utilizada en la ejecución de la obra ya que en varias ocasiones la interventoría requirió que se adecuaran los recursos con el fin de que se cumplieran los plazos estipulados.

No admite la presencia de un desequilibrio económico del contrato ya que se tienen que presentar situaciones imprevisibles, lo cual no ocurrió en el desarrollo del contrato, tal como lo exigen los artículos 688 del Código de Comercio, y los artículos 4, 5 y 27 de la L.80/93.

Considera que en el presente caso no se ha dado una grave desestabilización del negocio jurídico ni alteraciones extraordinarias de las prestaciones de los contratantes, ni cualquier desbalance en el contrato da lugar al restablecimiento ya que el análisis de ello debe hacerse sobre todo el contrato y no sobre un determinado ítems de éste.

A más de lo anterior debe haber ausencia de culpa de quien alega el desequilibrio económico, es decir no puede ser que los hechos que se alegan sean imputables a esa misma persona.

Frente al tema del enriquecimiento sin causa no lo estima en el desarrollo de este contrato, pues EPM no se enriqueció a costa del contratista y tampoco le causo daño económico, cosa distinta es que éste hubiera esperado obtener una mayor ganancia con la ejecución de dicho contrato.

La liquidación de la relación contractual se dio cumpliendo los lineamientos de los artículos 31 y 32 de la L. 142/94, D. 118 artículo 20 (estatuto interno de contratación de las empresas públicas) y lo establecido en el numeral 2.28 del pliego de condiciones, al no haberse llegado a un acuerdo con el contratista se realizó unilateralmente mediante documento privado del 28 de abril de 2006, sin adeudar suma alguna al contratista.

Reitera (sic) que el contrato se ejecutó dentro del plazo establecido su ejecución sin reajuste fue del 101.47%. En este porcentaje no se incluye el reajuste porque no se puede comparar la suma adjudicada con el valor total reajustado, toda vez que éste es una actualización en el tiempo. El valor adjudicado fue de \$3.578.467.367, y los valores finales del contrato fueron:

Valor contractual reajutable ejecutada	\$3.520.732.274.92
Valor obra extra reajutable ejecutada	\$ 101.565.668.09
Valor obra extra no reajutable ejecutada	\$ 8.722.023.00

Valor total contrato ejecutado sin ajuste	\$3.631.019.966.01
Valor reajuste obra ordinaria, adicional y extra pagada \$	346.523.876.15
Valor total contrato con reajuste	\$3.977.543.842.16

Finalmente, expresa que el acta de liquidación unilateral del contrato fue enviada al contratista advirtiéndole que en caso de tener argumentos adicionales de los planteados hasta ese instante debía presentarlos dentro de los días siguientes al recibo del acta de liquidación unilateral, sin embargo éste no presentó ninguna objeción y por el contrario, aportó ampliación de las garantías por el valor final del contrato y pagó el impuesto de timbre de acuerdo con lo solicitado por EPM

EXCEPCIONES.

Como tales propone:

No se presentó el desequilibrio económico del contrato. Estima que no se afecta ningún interés del demandante

Cumplimiento de EPM. Con la obligaciones derivadas del contrato, especialmente la obligación de pago de las obras a los precios acordados.

Otras Excepciones. Solicita al despacho que en caso de encontrar probada cualquier otra excepción, se sirva dar aplicación al artículo 310 del C.P.C.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto fechado el 22 de junio de 2010 se declaró vencido el término probatorio dentro del presente proceso, en consecuencia se corrió traslado a las partes a fin de que presentaran sus alegatos de conclusión oportunidad que solo fue aprovechada por la parte demandada.

EPM.

Sostiene los mismos argumentos presentados en la contestación de la demanda y sus manifestaciones en la defensa, de igual forma presenta un resumen de lo ocurrido durante el desarrollo del debate procesal y resalta la inercia que mantuvo la parte activa durante el debate jurídico, por lo tanto solicita dar

aplicación a la renuencia como indicio en contra conforme lo consagra el artículo 71 numeral 6 del C.P.C.

Finalmente solicita a la Sala de decisión, negar las suplicas de la demanda por carencia de elementos probatorios al no cumplir la parte activa con los principios de carga probatoria establecidos en el artículo 177 de nuestra legislación procesal por lo que consecuentemente requiere exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a esta Sala de decisión definir si durante el término de ejecución del contrato de obra No. 02118286 de fecha 23 de febrero de 2004, celebrado ente EPM y ADYCOR S.A., se ha presentado un desequilibrio dentro de la ecuación económica de éste negocio jurídico, lo cual alteró o agravó de manera drástica y excesivamente onerosa las prestaciones del actor, al considerar que dicha situación devino de factores ajenos al contratista, haciéndose necesario que se revise el contrato y se ajuste de acuerdo a las reglas de equidad por estarse presentando un enriquecimiento injusto a favor de la parte contratante y un empobrecimiento en el patrimonio del contratista al no haber éste obtenido una justa ganancia durante la realización de la obra contratada.

EXCEPCIONES.

Antes de abordar la temática de fondo se hace necesario que la Sala se pronuncie sobre las excepciones planteadas las cuales esgrime la demandada sobre los siguientes epígrafes:

No se presentó el desequilibrio económico del contrato. Estima que no se afecta ningún interés del demandante.

Cumplimiento de EPM. Con la obligaciones derivadas del contrato, especialmente la obligación de pago de las obras a los precios acordados.

Otras Excepciones. Solicita que en caso de encontrar probada cualquier otra excepción, se sirva dar aplicación al artículo 310 del C.P.C.

Advierte el Tribunal que todas las excepciones formuladas por la parte demandada, no comportan un sustento factico ni jurídico e incluso una de ellas es indeterminada y que por tener el carácter de fondo o de mérito, no serán admitidas como tales y más bien serán consideradas como razones de la defensa.

Cara a la temática planteada en esta *litis* el H. Consejo de Estado ha sido reiterativo en considerar que frente al cumplimiento de los fines del Estado, la administración puede contratar con particulares para que éstos ejecuten las tareas que por imposibilidad de ser asumidas por ésta, han de serles encargadas. Nace, entonces, una relación negocial en la que el contratista se compromete a la consecución de tales fines, incitado no sólo por la colaboración con el Estado, sino por el provecho económico que se genera en su favor, mientras que el Estado, en virtud de dicha relación, satisface el interés público.

Por ello ante a tal circunstancia negocial de índole contractual ha considerado nuestro Tribunal de Cierre que:

“el contrato estatal debe entonces colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato existente a la fecha que surge la relación jurídico negocial. (...) Por virtud de la mentada ecuación, se pretende que la correspondencia existente entre las prestaciones correlativas que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcancen la finalidad esperada con el contrato”¹.

Por ello, cuando las condiciones económicas pactadas en el contrato fueren alteradas en perjuicio de una de las partes por causas no imputables a ésta, ocurridas durante la ejecución del contrato, se impone la obligación de restablecer el equilibrio financiero. En efecto, el artículo 27 de la ley 80 de 1993 dispone que:

“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 (...)”.

Lo anterior, independientemente de que se haya o no pactado en el contrato.

¹ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 29 de abril de 2010, Exp. 2006-00375, M.P. Rafael Ostau de Lafont

La verificación de dicho equilibrio impone la obligación de valorar la ecuación financiera en cada caso particular, analizando los valores acordados en el contrato, de manera tal que se pueda establecer si el mismo ha permanecido inalterado. En caso contrario, es menester dilucidar a quién le es imputable el quiebre de dicha ecuación, con el objetivo de que la restablezca.

Frecuentemente la jurisprudencia del Consejo de Estado nos ha indicado que el equilibrio económico se ve afectado por tres causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, referidos por ejemplo, al pago inoportuno de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, o a la falta de oportunidad en la aprobación de la documentación necesaria para el desarrollo del contrato, tal como diseños o planos de las obras a realizar; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

La teoría de la imprevisión *“regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4° numeral 3° y 8°; 5° numeral 1°; 25 numeral 14; 27 y 28”*².

En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible. No obstante, las partes contratantes pueden prever la ocurrencia de dichos imprevistos, y convenir el mecanismo de reajuste o revisión de precios al que se refiere el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993³.

Con esto se pretende, pues, mantener la ecuación contractual cuando se presentan aumentos en los costos del contrato. Al efecto, la sección tercera del

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente No. 1952, M.P. Enrique Arboleda Perdomo

³ Numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993: *“Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que hubiere realizado licitación (o concurso), o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios (...).”*

H. Consejo de Estado ha considerado en forma habitual que la existencia de ésta situación así:

“Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso”⁴.

El tema puesto a estudio de esta Sala, evidencia que el actor pretende que se revise el contrato de obra suscrito con la demandada, al considerar que se presentaron imprevistos en el desarrollo de la obra contratada (falta de planeación) que han desbalanceado el equilibrio de la ecuación económica contractual, circunstancias ajenas a éste, que no le permitieron obtener las ganancias esperadas y han generado una merma en el patrimonio del contratista y un aumento injustificado en el patrimonio de EPM, por lo que se hace necesario que se restablezca en forma equitativa y justa la ecuación económica del contrato.

De lo narrado por el demandante se observa que previo proceso de selección se suscribe el contrato de obra No. 020118286, con el Consorcio ADYCOR. S.A., cuyo objeto buscó *“La Construcción y reposición de colectores, redes secundarias necesarias para la optimización del sistema de alcantarillado y de los procesos de recolección y transporte de las aguas residuales y combinadas en las cuencas La Guayabala, La Mina, La Zúñiga, Doña María, El Molino, La Pelahueso, Santa Helena, La Isla, Ana Díaz, La Iguana Parte Alta, Tinajas – Malpaso y la construcción de canalizaciones de teléfonos en las cuencas Santa Helena y el Molino. Grupo 1, por un valor de \$3.578.467.367.00, en un plazo inicialmente pactado de 420 días”*. (Fol. 19 a 22, anexo 1 del expediente)

Que el citado consorcio presenta propuesta basada en los pliegos de condiciones donde se encuentra el presupuesto oficial de obra que incluye los ítems a ejecutar con la discriminación de cada uno de los precios unitarios. El consorcio conforme al

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 22952, M.P. Alir Hernández Enríquez

presupuesto oficial, eleva su propuesta económica y ésta es aceptada por EPM quien adjudica el mencionado contrato el cual se realiza en el término fijado.

En el libelo introductorio el actor considera que EPM desconoció el principio de planeación por cuanto a ningún proponente se le entregaron las copias de las memorias de las visitas, inspecciones, diagnósticos, memorias de cálculo y diseños definitivos realizadas por la consultoría, ni se le exigió revisar dichos documentos, lo cual generaría un sin número de inconvenientes en el desarrollo de la obra, tales como: derrumbes por inestabilidad del terreno; presencia de redes dentro del alineamiento proyectado a construir; interferencia de la construcción con redes de servicios públicos subterráneas existentes que no aparecían referenciadas en los planos suministrados; limitaciones de espacio lo cual generó dificultades al momento de construir; daños en las redes de servicios públicos que generaron parálisis en las obras; repetición de trabajos por efecto de las lluvias; demoras en disposición final de escombros; mayores espesores de pavimento; presencia continua de agua durante las excavaciones; dificultades durante la instalación de tubería en fibra de vidrio cuya longitud fue de 12 metros; imposibilidad en el cierre de las vías intervenidas con los trabajos; imprevistos en demolición de obras de concreto no contempladas en los planos; presencia de rocas de alta dureza y de gran tamaño en la excavación.

Estas situaciones al decir del actor lo colocaron en imposibilidad de prever las dificultades citadas durante la ejecución de la obra y dieron al traste con el presupuesto establecido para tal fin lo que le ocasionó pérdidas económicas.

Ahora bien, frente al tema de la violación del principio de planeación se tiene que al anexo 2 del expediente (fl. 1 a 283), está el pliego de condiciones No. 009081, el cual guarda la relación de planos y demás condiciones necesarias para contratar, las cuales habría de tener en cuenta el actor al momento de realizar la propuesta, que definiría la adjudicación del contrato y por ende al ser ésta armónica con el pliego fijó las reglas de la contratación ejecutada, la cual en los numerales 2.19 del pliego establecía la protección de los servicios públicos.

En idéntica forma los imprevistos alegados por lluvia, derrumbes y circunstancias previsibles, claramente el precitado pliego en su numeral 2.32, dejó fijado el evento y el manejo del plazo e igualmente la forma de reportar el hecho sobreviniente por efecto de la fuerza mayor o el caso fortuito, así mismo los numerales 1.2.2.4 del citado documento el cual se refiere al tema del manejo vial y la forma a intervenir los corredores de movilidad, esto generó un manual de impacto y manejo comunitario que el contratista debió tener en cuenta al momento de

de desarrollar la obra contratada y la manera como debía intervenir el pavimento para la disposición de la tubería a colocar, así como el material resultante de la remoción de dichos trabajos, eventos que claramente se explican a la contestación de esta demanda y que se demuestran con el material probatorio allegado al proceso el cual es voluminoso y en él se detallan todos los eventos que se presentaron en la ejecución del contrato.

Por lo anterior, no vislumbra ésta Sala alteración o violación al principio de planeación deprecado en esta acción, toda vez que en el pliego aportado al proceso en las paginas 1-3,1-4, 1-5, 1-6, 1-7,1-8,1-9,1-10, se ve con claridad que los planos y demás situaciones técnicas necesarias para poder realizar la propuesta por el contratista estuvieron a su disposición desde el inicio de la etapa precontractual y pese a haberse presentado cambios acordados en ellos durante el desarrollo del contrato de obra suscrito entre las partes se logro el resultado final en el término pactado de 420 días, acatándose las especificaciones técnicas requeridas en la obra.

La imprevisión alegada durante el desarrollo de la obra.

En la demanda se puntualizan situaciones irresistibles, las cuales a decir del accionante están en cabeza de EPM al no haberse contado con los estudios y diseños tales como la disposición final de material producto de la remoción de la obra, excavaciones en diámetro mayor a las previstas en terreno integrado por grandes rocas, inestabilidad de los suelos, trabajos en zonas lodosas y con agua permanente, colocación de tubería en diámetro de 12 metros, incomodidad para la realización de ciertos trabajos debido a la estrechez y a la presencia de la red pública de acueducto y alcantarillado domiciliario en algunas zonas intervenidas entre otras.

Se tiene que a folios 26 a 33 del anexo 1 están los cuadros que discriminan la obra ordinaria, adicional ejecutada y pagada al contratista por EPM, en ellos se detallan los precios unitarios y la cantidad cancelada por cada uno de los ítems descritos en los pliegos así como las diferencias que se presentaron el desarrollo de la obra, sin que demuestre el contratista en forma fehaciente y clara los reales imprevistos alegados en su acción, correspondiendo a este dicha tarea procesal por virtud del principio de carga probatoria.

Por lo anterior, se tiene que ninguna de las circunstancias aducidas por el actor como imprevistos, demuestran ser irresistibles, pues como lo afirma EPM, en su

contestación junto con el vasto material probatorio que allegó al proceso que dichas situaciones se presentaron por descuido del contratista, no siendo dable discutir su propio error en circunstancias como la aquí deprecada. En consecuencia, no se trata de condiciones externas que permitan la aplicación de la teoría de la imprevisión como lo alega el demandante, pues los hechos aducidos como inesperados, fueron considerados como probables en las especificaciones técnicas que hacen parte de los pliegos de condiciones los que son parte integrante del contrato suscrito entre las partes, y por lo tanto, el contratista no puede solicitar el reconocimiento de un mayor valor por los correctivos realizados para la buena ejecución del mismo.

Ahora, reafirma lo dicho precedentemente los pronunciamientos jurisprudenciales del H. Consejo de Estado en aplicación de la teoría de la imprevisión, al establecer que:

“no son suficientes la desaparición del beneficio del cocontratante, ni la existencia de un déficit que lo afecte; hace falta que la gravedad y persistencia de éste último excedan lo que aquél haya podido y debido razonablemente prever”⁵.

La ecuación financiera.

A folios 24 y 25 del anexo 1, se tienen los motivos financieros que componen la liquidación del contrato, en ella se parte con los debidos soportes presentados durante el desarrollo de la obra contenidos en los anexos 2 a 9, en donde están los informes diarios de interventoría generados durante la ejecución de la obra, los cuales comportan los imprevistos y demás situaciones que se dieron en el lapso de la tarea, así mismo, es claro el cuadro de la obra ordinaria y adicional cancelada al contratista viéndose que el valor de la obra pagada ascendió a \$3.520.732.274.92, el valor extra pagado correspondió a \$ 110.287.691.09, la cuantía por reajustes fueron de \$346.523.876.15, y el valor total de la obra pagada correspondió a \$3.977.543.842.16, eventos estos que no se desvirtúan probatoriamente por el demandante, por ello no le asiste razón al actor en este proceso pues los reajustes e imprevisiones derivadas de la obra se pagaron, como se desprende de lo expresado en la demanda y en la contestación.

De otro lado, se observa no haberse desconocido el principio de planeación, y al haberse reconocido ajustes de precios, y obras adicionales que fueron por

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2005, Exp. 14291, M.P. Alir Hernández Enríquez

razones no imputables al descuido del contratista (cambio en algunos sectores de los diseños), se concluye que la ecuación financiera del contrato no fue afectada, y en consecuencia, no se puede aducir ruptura del equilibrio financiero ni enriquecimiento injusto por cuanto el contratista no demuestra el acaecimiento de tal situación y el cumulo documental allegado al proceso da certeza que las vicisitudes que se dieron durante el desarrollo de la obra fueron atendidas económicamente y de manera oportuna por EPM, sin dejar a la deriva al contratista a un punto de reconocer situaciones no contempladas en el contrato como fueron los temas relativos a un conjunto de uniones en tuberías y el cambio de estas por material diferente al exigido inicialmente.

Sostiene lo aquí expresado, la clara jurisprudencia del H. Consejo de Estado cuando se ha referido a este tema:

“ la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido no corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio”⁶.

Por lo aquí expuesto en referencia al tema *sub-examine*, se concluye que a pesar de haberse presentado algunos eventos inesperados en el desarrollo de la obra, los mismos no fueron “*extraños, imprevisibles y anormales al contrato, requisitos indispensables para aplicar la teoría de la imprevisión, determinante de la obligación de la entidad a reparar la ecuación financiera del contrato*”⁷. En efecto, dado que el contratista demostró experiencia y al no haber sido ésta la primera obra que realizaba con EPM, pues al decir de la demandada lleva mas de 18 años contratando este tipo de obras y siendo conocedor de la zona en que desarrollaría la obra, debió probar en esta acción que los imprevistos desbordaron sus previsiones por irresistibles.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Exp. 14043, M.P. Germán Rodríguez Villamizar

⁷ ídem

F A L L A:

PRIMERO: NIÉGANSE las EXCEPCIONES, planteadas por EPM, denominadas: *No se presentó el desequilibrio económico del contrato; Cumplimiento de EPM. Con las obligaciones derivadas del contrato otras excepciones*, conforme lo razonado.

SEGUNDO: NIÉGANSE las súplicas de la demanda, conforme lo razonado.

TERCERO: Devuélvase el remanente de lo consignado para gastos del proceso.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión de la fecha,

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

Magistrado

NOEMI CARREÑO CORPUS

Magistrada

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

Magistrado