



Tribunal Administrativo de Boyacá
Secretaria

E D I C T O

**LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, POR
EL PRESENTE NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA**

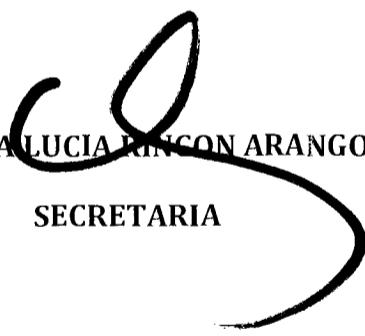
CLASE DE ACCIÓN **CONTRACTUAL**
RADICADO **1500123331004201100472-00**
DEMANDANTE **EDUARDO BERNAL ZAMBRANO Y OTROS**
DEMANDADO **DEPARTAMENTO DE BOYACA**
MAG. PONENTE **Dr. FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**
FECHA DE DECISIÓN **28 DE OCTUBRE DE 2019**

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LUGAR PÚBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, HOY 06/11/2019 A LAS 8:00 A.M.


CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO

SECRETARIA

CERTIFICO: QUE EL PRESENTE EDICTO PERMANECIÓ FIJADO EN LUGAR PÚBLICO DE LA SECRETARÍA DEL TRIBUNAL, POR EL TÉRMINO EN ÉL INDICADO, Y SE DESFIJA HOY 08/11/2019 A LAS 5:00 P.M.


CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO

SECRETARIA

MAYMM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 6

MAGISTRADO: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja,

28 OCT 2013

REFERENCIA: ACCIÓN CONTRACTUAL

DEMANDANTE: EDUARDO BERNAL ZAMBRANO Y OTROS

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

RADICADO: 150012331004201100472-00

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

- Actuando mediante apoderado judicial, el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ, representado legalmente por el señor EDUARDO BERNAL ZAMBRANO, la sociedad CONCONIN LTDA representada legalmente por el señor EDUARDO BERNAL ZAMBRANO y el señor AQUILEO ESQUIVEL BORDA, integrantes del CONSORCIO VIAS BOYACÁ, interpusieron demanda en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, contra el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, formulando las siguientes **pretensiones**:

(i) Se ordene al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ acceder a la liquidación del contrato de obra pública No. 430 de 2006, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ, cuyo objeto es el mejoramiento y pavimentación de la vía San Mateo- Guacamayas sector PR0 al PR13 en el Departamento de Boyacá.

(ii) Se reconozca y declare en favor de la parte demandante, que se rompió el equilibrio económico del contrato de obra pública No. 430 de 2006, como consecuencia de causa ajenas al contratista.

- Como consecuencia de lo anterior, pidió que se **condene a la parte demandada**, por lo siguiente:

(i) A restablecer el equilibrio económico del contrato de obra pública No. 430 de 2006, para cuyo efecto deberá condenarse **a resarcir integralmente y pagar a los demandantes** acorde con los derechos y acciones representados en los porcentajes de los compromisos de los demandantes plasmados en el documentos de constitución del consorcio demandante, por concepto del restablecimiento del equilibrio económico, las siguientes sumas de dinero, o las que subsidiariamente tase el perito que para el efecto se designe:

a. El reconocimiento y pago de las cantidades reales de material para pavimento transportado por el contratista, equivalente a \$1.328.053.

b. El reconocimiento y pago por concepto de reintegro, de la suma pagada por el contratista a la familia BEAINE MARTINEZ, por concepto de conciliación indemnizatoria, equivalente a \$90.000.000.

c. Reconocimiento y pago del costo de administración, conforme al porcentaje establecido en el contrato -10%- por concepto de mayor permanencia (19.15 meses adicionales) equivalente a \$1.210.378.794,85.

d. Los precios de las actas de obra ejecutada y recibida que se deben ajustar al año 2010 y que equivale a \$2.747.913.957,50.

(ii) Así mismo, solicita que se reconozca el resultado de la liquidación actualizada con el IPC y que se condene a la entidad accionada a que cancele los respectivos intereses moratorios conforme a las previsiones del artículo 4 numeral 8 de la ley 80 de 1993, así como al pago de costas

y agencias en derecho y a que se dé cumplimiento a la sentencia emitida dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del CCA.

- De otro lado, como **fundamentos fácticos** relevantes, el libelista expuso los siguientes:

(i) El 28 de noviembre de 2006 se constituyó y conformó el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ con el objeto de presentar la propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de las obras del objeto definido dentro de la licitación Pública No. 309 de 2006, adelantada por el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, para el mejoramiento y pavimentación de la vía San Mateo-Guacamayas, Sector PR0 a PR13; el consorcio en mención se encontraba integrado por:

Consortiado	ID.	Porcentaje de participación
AQUILEO ESQUIVEL BORDA	6768043	40%
CONCONIN LTDA	800181836-8	30%
RAFAEL HUMBERTO ALVAREZ BUSTILLO	19284240	30%

(ii) El 21 de diciembre del año 2006 el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ representado legalmente por el señor EDUARDO BERNAL ZAMBRANO y la GOBERNACIÓN DE BOYACÁ, celebraron contrato estatal de obra pública No. 430 de 2006 cuyo objeto es el mejoramiento y pavimentación de la vía San Mateo- Guacamayas sector PR0 al PR13 en el Departamento de Boyacá, con plazo inicial de ejecución de once (11) meses, discriminados así: dos (2) meses para estudios y diseños y nueve (9) meses para construcción, por un valor inicial de \$4.148.662.446,50 y un valor total contratado después de adiciones por \$12.970.238.026,95.

(iii) Ya en la ejecución del contrato, y por circunstancias ajenas al contratista, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ negó el permiso para la explotación de material de recebo en el sitio que se había indicado en la etapa de licitación pública, como en la etapa de estudios y diseños de la obra, lo que conllevó a acudir a fuentes de material por fuera del sitio definido inicialmente por la accionada y al consecuente acarreo de

materiales desde sitios por fuera del corredor de la obra con recorridos superiores a 10,5 km de distancia de la misma.

(iv) Frente a la mencionada situación, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ determinó la necesidad de concertar con los propietarios de predios para el montaje de una planta de trituración y triturar la totalidad del material de corte y derrumbe; instrucciones que fueron acatadas por el CONSORCIO, y que conllevaron posteriormente a asumir la obligación de indemnizar por un valor de \$90.000.000 a la familia BEAINE MARTÍNEZ.

(v) El ítem relacionado con el transporte de material para pavimento, al no haberse incluido dentro del presupuesto de la obra, fue incluido dentro del contrato adicional No. 03 de 19 de mayo de 2008; esta circunstancia, dio lugar a que se afectara el equilibrio financiero del contrato.

(vi) El 3 de marzo de 2010 el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ concluyó que resultaba procedente el reconocimiento al contratista del transporte del material para pavimento; sin embargo, indicó que no compartía las cantidades ni el precio con los que el Consorcio hacía la liquidación del desequilibrio económico del contrato.

(vii) El DEPARTAMENTO DE BOYACÁ incurre en un error pues al calcular el valor necesario para el restablecimiento económico del contrato, liquida sobre un volumen total de material inferior al realmente transportado y con un precio inferior al pactado en el contrato para el ítem de transporte de material para pavimento, por lo que la ecuación financiera del contrato continúa afectada.

(viii) El plazo inicialmente pactado para la ejecución del contrato-11 meses-, se prolongó a más de 30 meses, debido a adiciones ordenadas por la entidad accionada y a suspensiones que, en ningún caso, tuvo origen en alguna causa imputable al contratista; esta prolongación, conllevó a que el contratista incurriera en mayores costos a los inicialmente estimados, afectando el equilibrio financiero del contrato, dado que se registraron variaciones en los precios del mercado, circunstancia que igualmente dio lugar a que la diferencia del precio de la

obra inicialmente estimado por el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, fuera más allá de los límites del riesgo normal que había asumido el contratista.

(ix) La entidad accionada recibió a satisfacción la ejecución de la obra, según consta en acta de recibo final; no obstante, a la fecha de presentación de la demanda, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ no ha querido liquidar bilateralmente el contrato.

- Como **fundamentos de derecho**, en la demanda se citan los siguientes:

De orden legal: Artículos 4, 5, 27 y 60 de la ley 80 de 1993.

II. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada ante la oficina judicial de Tunja el día 14 de septiembre de 2011 (fls.154), siendo admitida por ésta Corporación mediante auto del 25 de abril de 2012 (fls. 156-157). El proceso fue fijado en lista por 10 días (fl. 168). Por auto de fecha 13 de febrero de 2013, se abrió a pruebas el proceso (fl. 196). Posteriormente, mediante auto de 29 de enero de 2014, se dispuso vincular como Litis consorte necesario por activa al señor RAFAEL HUMBERTO ÁLVAREZ BUSTILLO, en su calidad de integrante del CONSORCIO VIAS DE BOYACÁ. Luego, mediante auto de 15 de marzo de 2017, se declaró precluida la etapa probatoria por tanto se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, así como al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo (fl. 404) y seguidamente, en proveído de 13 de julio de 2018, se dispuso reconocer el Contrato de Cesión de Derechos Litigiosos suscrito entre el señor AQUILEO ESQUIVEL BORDA, en calidad de cedente y el señor JORGE AVELLA LOPEZ, en calidad de cesionario, celebrado el día 2 de abril de 2018 y correr traslado de la cesión al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ para su aceptación (fl. 464). Finalmente, en decisión de 18 de enero de 2019, el despacho requirió al litisconsorte necesario para que procediera a pagar al perito la suma correspondiente a sus honorarios (fl. 467), actuación procesal que se acreditó por parte del perito, en escrito radicado el 14 de febrero de 2019 (fl. 468).

III. RAZONES DE LA DEFENSA

La apoderada judicial del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, **se opuso a las pretensiones** de la demanda.

Frente a los **hechos de la demanda**, resaltó básicamente lo siguiente:

(i) El DEPARTAMENTO fue claro en establecer dentro del proceso contractual, que el proponente establecería las fuentes de materiales y en consecuencia, que no reconocería costos adicionales por el cambio de dichas fuentes de materiales, de manera que el proponente que saliera favorecido, debería cumplir con las normas del Código de Minas para adelantar el aprovechamiento a que hubiera lugar, y en consecuencia la no explotación minera dentro de la fuente señalada en la demanda por el contratista, tuvo como causa el no haberse reunido por aquel los requisitos legales necesarios para el efecto, circunstancia que no podía desconocer la entidad, razón por la cual el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ negó el permiso para la explotación de material de recebo necesario para la ejecución del contrato; **(ii)** Si bien el Departamento tuvo conocimiento de la necesidad del contratista de concretar acuerdos con la familia BEAINE, lo cierto es que es el consorcio y no la entidad accionada, quien debe responder por tal situación, dado que es quien ejecuta la obra; **(iii)** Hubo adición en el plazo y en el presupuesto del contrato 430 de 2006 – ajuste por cambio de resolución de precios de los ítems de imprimación de mezcla asfáltica y la inclusión de transporte al botadero requerido para la ejecución total del proyecto-, que aunados al cambio de fuente para la explotación de materiales, dio lugar a un valor total contratado después de adiciones de \$12.970.238.026,95; **(iv)** Si bien existió un desequilibrio económico respecto del contrato, en virtud del cual al consorcio contratista se le debería hacer un reconocimiento según lo establecido en el listado único de precios vigentes y la calidad de material calculado, tal reconocimiento no es tan considerable, ni corresponde a lo que solicita la parte demandante, pues tal desequilibrio no es imputable al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ; así, el 3 de marzo de 2010, se procedió a concertar con el contratista el reconocimiento del valor por el transporte

del material, haciendo la salvedad que no se compartían las cantidades ni los valores aducidos por el Consorcio demandante. Así, si bien conforme al concepto del supervisor del contrato existió un sobre acarreo ocasionado en la obra, este le será reconocido al Consorcio contratista pero de conformidad con los cálculos arrojados en el informe proporcionado por aquel; **(v)** Las solicitudes de adición del contrato se dieron por solicitud del contratista, - no al DEPARTAMENTO- y en su mayoría fueron en tiempo por plazo mayor a 30 meses, quedando finalmente como plazo total de la obra ejecutada 30 meses y 15 días, fuera de las suspensiones a que hubo lugar; **(vi)** Respecto a los presuntos mayores costos e incrementos de precios en el mercado y gastos por permanencia de la obra que afectaron al contratista, adujo la entidad accionada que en principio, estas situaciones son un riesgo en cada contrato que se celebra; se encuentra demostrado que la mayor permanencia de la obra se produjo por la necesidad de ejecutar obras adicionales y por inconvenientes que se dieron respecto de la extracción y transporte de los materiales y **(vii)** El DEPARTAMENTO está interesado en la liquidación del contrato.

Dentro de sus **argumentos de defensa**, la entidad procedió a reiterar los deprecados dentro de la contestación de los hechos de la demanda.

Finalmente, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, formuló las siguientes **excepciones**:

- **Buena fe contractual del departamento**, dado que la accionada dentro de las diferentes actuaciones desplegadas dentro del proceso contractual, actuó en atención al aludido principio, de manera honesta, y sin ningún tipo de abuso o trampa.

- **Inexistencia de los elementos de hecho y de derecho para reclamar mayor permanentica de la obra solicitada**, en el entendido que la entidad accedió a las solicitudes de adiciones del contrato tanto en plazo como en presupuesto, quedando demostrado que la mayor permanencia de la obra se produjo por la necesidad de ejecutar obras adicionales y por inconvenientes que se dieron respecto de la extracción

y transporte de materiales, haciendo reconocimientos al contratista de sumas por dichos conceptos.

- ***Objeción contradicción y objeción de la liquidación por error grave presentada por el demandante;*** toda vez que conforme al concepto técnico emitido por el supervisor del contrato en noviembre de 2010, se le adeuda al contratista la suma de \$93.152.129, 45, y no el valor invocado en la demanda por dicho extremo procesal.

IV ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante (fls. 405-414): Dentro del término para alegar de conclusión, el apoderado de los demandantes memora los dos pedimentos principales invocados con la demanda – liquidación del contrato 430 de 2006 y restablecimiento del equilibrio económico del contrato-.

Luego, señaló que las pruebas obrantes en el plenario, acreditaban que las decisiones administrativas y la permanencia en la obra supuso la existencia de un contrato de obra más oneroso para el contratista, prolongándolo en el tiempo más de lo inicialmente previsto, y que tales circunstancias son atribuibles al DEPARTAMENTO quien (i) al negar los permisos para explotación de material, obligó al actor a transportar material para pavimento desde una distancia superior a los 10,5km – lo que generó en consecuencia la prolongación en el tiempo del plazo de ejecución en más de 19 meses y en consecuencia una mayor permanencia de la obra-, (ii) negó el reconocimiento del precio del ítem de transporte de material para pavimento al valor establecido en el contrato y (iii) negó el acuerdo de una solución rápida y eficaz a la situación presentada.

Finalmente, en lo que refiere a la liquidación del contrato, indica encontrarse acreditado en el expediente que no obstante haberse firmado por parte de la interventoría y del Contratista el acta de liquidación, el DEPARTAMENTO se negó a firmar dicho documento., lo que constituye una violación al artículo 60 de la ley 80 de 1993.

4.2. Señor RAFAEL HUMBERTO ALVAREZ BUSTILLO- Litisconsorte Necesario (fls. 415-428)

Resalta como hechos probados dentro del informativo, entre otros, que desde el inicio del proceso de selección, la fuente de los materiales para la obra a ejecutar en virtud del contrato 430 de 2006, se encontraba en el corredor vial del sitio de la obra y que tal fuente fue proporcionada por la entidad contratante, que la fuente de materiales que había previsto el DEPARTAMENTO no pudo ser utilizada por el contratista y que la fuente de materiales utilizada por el contratista estaba ubicada a 10,5 km fuera del sitio de la obra. Así mismo, indicó encontrarse acreditado que el valor del transporte de material para pavimento se estipuló contractualmente- contrato adicional No.3 - y que el material transportado ascendió a 43.567,22 mts³.

Luego, dentro de la calificación jurídica de los hechos demostrados en el proceso, adujo la responsabilidad del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ por inobservancia al principio de planeación, esto, en el entendido que el consorcio realizó el estudio financiero de la obra y estructuró su oferta económica, con base, entre otros aspectos, en el hecho de que el material para la obra estaba dentro del mismo corredor, conforme a lo previsto en el proceso licitatorio por parte de la entidad accionada; con todo la situación prevista por el contratista cambió dado que los materiales para la obra no podían ser obtenidos de la fuente de material dispuesta por la entidad, debido a que la autoridad ambiental no permitió sacar material de dicha fuente, circunstancia ésta ajena a la voluntad del consorcio e imputable a la entidad accionada.

Aunado a lo anterior, señaló el desconocimiento de principio de buena fe por parte del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, dado que, pese a que el valor del transporte de material de pavimento fue estipulado contractualmente, la accionada se negó a reconocer dicho monto.

Finalmente, adujo que las resoluciones que se allegan por el DEPARTAMENTO referidas a la fijación de precios, fueron presentadas de manera extemporánea.

4.3. Departamento de Boyacá (fls. 429-449)

La apoderada judicial de la entidad demandada, presentó alegaciones finales, precisando inicialmente que la administración departamental realizó los requerimientos pertinentes para realizar la liquidación, conforme a lo dispuesto en la normativa que regula la materia, y siendo aquellos evasivos a las convocatorias que la administración les hiciera y queriendo de esta manera responsabilizar a su representada y así no dejar en el acta las salvedades que corresponderían a su inconformismo. Preciso que, dentro del acta de recibo final de 27 de abril de 2010, se dejó consignado las cantidades y valores reconocidos dentro del contrato 430 de 2006 en donde se advierten las cantidades de obra que fueron debidamente aprobados. Así, indicó que, si la contratista hubiese acudido a suscribir la liquidación del contrato de común acuerdo con la entidad, hubiese podido efectuar en ese momento las reclamaciones que a bien tuviera y dejar las salvedades pertinentes.

De otro lado, adujo que no se puede acceder al reconocimiento y pago de material para pavimentos según las cantidades alegadas por el contratista en la demanda, ya que estas no corresponden a la realidad del contrato, ni a lo plasmado en informes; aunado a lo anterior, preciso que el valor de transporte de materiales reclamado por el libelista, no corresponde con el listado oficial de precios unitarios fijos de precios para contratistas fijado en la resolución 014 de 5 de febrero de 2010, y sostuvo que las cantidades que aparecen en el anexo del acta de modificación de cantidades de obra No. 14 del contrato No. 430 de 2006, no fueron las cantidades realmente ejecutadas por el contratista.

Luego, resaltó que de acuerdo a los pliegos de condiciones, se estipuló que el proponente favorecido establecería las fuentes de materiales que utilizaría en la ejecución de la obra y debería cumplir con la normativa del código de Minas, y que en consecuencia, el departamento no reconocería costos adicionales por el cambio de dichas fuentes de materiales y en ese sentido, el DEPARTAMENTO negó el permiso para la explotación de materiales, por culpa del contratista porque no cumplió con los requisitos

previstos en el código de minas para adelantar el aprovechamiento.

Señaló que el valor cancelado por el contratista a la familia BEAYNI MARTINEZ, no tiene que ser asumida por la entidad, puesto que esta obligación es propia de la parte demandante y que las adiciones de los plazos de ejecución del contrato se produjeron por causas ajenas al DEPARTAMENTO, dado que la mayoría de adiciones fueron solicitadas por el contratista, adiciones y suspensiones respecto de las cuales estuvo de acuerdo el contratista.

Finalmente, sostuvo que, si bien re reconoce la existencia de un desequilibrio económico respecto del contrato, en el que al consorcio contratista se le debería hacer un reconocimiento según lo establecido en el listado único de precios vigente y según la cantidad de material calculada, este reconocimiento no es tan considerable, ni corresponde al solicitado por los demandantes.

4.4. El Ministerio Público no realizó pronunciamiento alguno.

Encuentra la Sala que hasta éste momento procesal no se avizora causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a proferir decisión de fondo en el presente asunto litigioso.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

De conformidad con las prescripciones del artículo 132-3, este Tribunal es competente para conocer del presente asunto en primera instancia.

4.2. Cuestión previa

De manera previa a abordar el estudio del asunto, resulta pertinente precisar una circunstancia que llamó de manera especial la atención de la Sala y que, se considera necesario poner de presente en este escenario

procesal, de cara a las eventuales implicaciones que la misma hubiese podido tener tanto en el litigio invocado por la demandante, como en la conducta asumida por la entidad demandada:

Revisadas las diligencias, se tiene que a la visita de obra que se adelantó en la etapa precontractual que dio lugar a la celebración del contrato 430 de 2006 – proceso de licitación Pública GB 039-06- asistieron, como posibles proponentes, representantes de los siguientes consorcios, uniones temporales y sociedades a saber (fl.49 cuaderno anexos 2):

- CONSROCIO VIAS 2006
- CONSORCIO BOYACÁ NORTE
- U.T. VIAL BOYACÁ
- CONSORCIO VIAS BOYACÁ
- CONITRACS.A.
- CONSORCIO BOYACÁ NORTE
- CONSORCIO VIAL NORTE BOYACÁ 2007.

No obstante, revisada el acta de adjudicación, se tiene que sólo fueron dos los proponentes que finalmente adelantaron el proceso de licitación a saber: UT CRG COCUY y el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ (fls. 168 -184 cuaderno anexos 3), siendo finalmente adjudicado el contrato de obra al consorcio que hoy funge como demandante en el presente asunto contencioso, circunstancia que llama la atención, tomando en consideración que el valor del contrato superaba inicialmente los \$8.000.000.000.

Aunado a lo expuesto, encuentra la Sala que en el pliego de condiciones se consignó en el acápite denominado “valor de términos de referencia” que el valor de los mencionados pliegos correspondía a la suma de \$10.000.000. (fl. 13 cuaderno anexos 2) términos que únicamente fueron adquiridos por la UT CRG COCUY y el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ (fl.95 cuaderno anexos 2)

Ésta última circunstancia, en criterio de la Sala, pudo determinar el hecho de que no todos quienes realizaron la visita de obra, participaran como

proponentes en el proceso de licitación GB 039-06-, actuar que se acompasa con una práctica habitual para la época en que se celebró el contrato 430 de 2006, en virtud de la cual, las administraciones contratantes adoptaban medidas precontractuales con miras a dirigir la adjudicación del contrato a un proponente en particular.

Lo expuesto, aunado al hecho de que ya en la ejecución del contrato, se procediera a realizar una adición presupuestal al mismo por un valor de \$4.303.298.023,95, que corresponde al 49.05% del valor adicional respecto al contrato inicial (fl. 22 cuaderno 1 anexos), itera la Sala, llama su atención en punto a eventuales circunstancias que pudieron haber afectado la transparencia dentro del trámite que se llevó a cabo para la adjudicación y ejecución del contrato 430 de 2006.

En ese orden de ideas, la Sala dispondrá compulsar copias de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación ya la Fiscalía General de la Nación, para que, si a bien lo tienen, inicien las actuaciones disciplinarias a su cargo respecto de las eventuales irregularidades en que hubiesen podido generarse dentro del proceso precontractual y en la ejecución del contrato 430 de 2006, y que pueden determinar que los servidores públicos responsables de las mismas hayan incurrido en faltas disciplinarias e incluso en actos delictivos, en los que también pueden haber incurrido los contratistas y los interventores del contrato por indebida celebración de contratos.

4.3. Aspectos procesales previos

4.3.1. Caducidad

Encuentra la Sala, conforme a lo expuesto en el libelo demandatorio, que son dos los pedimentos principales que cimientan la tesis expuesta tanto por la parte demandante como por el Litisconsorte Necesario por activa, a saber:

La primera, encaminada a la liquidación del contrato de obra pública 430 de 2006, celebrado entre el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ y el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.

La segunda, se contrae básicamente a perseguir la declaración del rompimiento del equilibrio económico del negocio jurídico ya mencionado y el pago de los perjuicios a favor de la parte activa, derivados de la declaratoria.

Pues bien, la Sala revisará la caducidad de la acción impetrada tomando en consideración los términos que en punto a la liquidación de los contratos se encuentra consignada en el artículo 136 del C.C.A., en los siguientes términos:

a. Liquidación del contrato 430 de 2006:

Inicialmente, se tiene que de conformidad con las previsiones del artículo 60 de la ley 80 de 1993¹, serán objeto de liquidación los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

El artículo 11 de la ley 1150 de 2007- precepto vigente para la fecha en la que se celebró el contrato 430 de 2006²- consagra respecto a los plazos para la liquidación de los contratos estatales, lo siguiente:

“Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos

¹ Norma vigente para el momento en que se presentó la demanda de la referencia. En todo caso, cabe precisar que el artículo 217 de decreto 19 de 2012, precepto que a la fecha regula lo atinente a la liquidación del contrato estatal, consagra en los mismos términos del artículo 60 citado, cuáles son los contratos estatales pasibles de liquidación.

² El contrato en mención se celebró el 21 de diciembre de 2006-FIs. 21-27 Cuaderno 7 anexos.

anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo".

A su turno, el artículo 136 del C.C.A, norma que regula la caducidad de las demandas presentadas antes del 2 de julio de 2012³ consagra respecto a la oportunidad de impetrar acciones que versen sobre contratos que deban ser liquidados, lo siguiente:

*"Artículo 136. Caducidad de las acciones...
(...)*

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

*En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:
(...)*

d) 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 dentro de los dos 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 años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar. (Subraya la Sala)

Finalmente, el Decreto 1716 de 2009, en su artículo 1, prescribe que son susceptibles de conciliación prejudicial los conflictos que se ventilen mediante acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y contractual; así mismo, consagra el artículo 3 del Decreto en cita, que la solicitud de conciliación prejudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta: a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la Ley 640 de 2001, o c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero. Aunado a lo anterior, consagra que en caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbadado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día

³ Conforme a las previsiones del artículo 308 del C.P.A.C.A.

hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.

Precisadas así las reglas en punto a la caducidad, encuentra la Sala acreditado dentro del presente asunto lo siguiente:

(i) EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ, celebraron el contrato 430 de 2006, cuyo objeto se contrajo al **"MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA SAN MATEO-GUCAMAYAS SECTOR PR 0 A PR 13, DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, de acuerdo a la propuesta presentada la cual forma parte integral del presente acto y al anexo No. 1."** (fl. 34)

En la cláusula novena del aludido contrato, se estipuló respecto a la liquidación final del mismo, lo siguiente (fl. 34-35, cuaderno 7 anexos):

"CLAUSULA NOVENA: LIQUIDACIÓN FINAL: Una vez terminado el objeto del presente acto y previo recibido a satisfacción del DEPARTAMENTO, se procederá a efectuar la liquidación final del contrato, la que se hará entre el INTERVENTOR y EL CONTRATISTA, teniendo como requisito previo la presentación de pólizas requeridas si a ellos hubiere lugar; esta liquidación hará constar en un acta especial que requerirá para su validez la aprobación por parte del departamento"

Nótese que, dentro de cláusula citada, NO se estipuló término alguno para la liquidación del contrato 430 de 2006, razón por la cual, resulta aplicable lo previsto en el inciso primero del artículo 11 de la ley 1150 de 2011 ya citado, en virtud del cual, **el acta de liquidación bilateral** deberá realizarse dentro de los 4 meses siguientes al término previsto para la ejecución del contrato.

Así las cosas, revisadas las diligencias, advierte la Sala que conforme al acta de recibo final, suscrita entre el señor HERNANDO GIL RUIZ-interventor del contrato en mención y el representante legal del CONSORCIO VÍAS BOYACÁ, **la fecha real de terminación es de 30 de abril de 2010**, y el plazo de ejecución del mismo, correspondió a 31 meses (fl. 107, cuaderno principal) y acompasado a lo anterior, en el adicional No. 7 del contrato de obra No. 430 de 2006⁴, se consigna que

⁴ Valga precisar, que las partes ya habían acordado adicionar el plazo de ejecución de 11 meses, inicialmente estipulado en la cláusula 5 del contrato 430 de 2006. mediante las siguientes adicionales: **Adicional No.1 de**

el plazo total para la ejecución del contrato es de 30 meses y 15 días (fl. 228 cuaderno anexos 1); finalmente, no debe perderse de vista que la ejecución del contrato se suspendió en 4 oportunidades, a saber: el 9 de Agosto de 2008 por 45 días (fl. 42 cuaderno anexos 1); el 4 de septiembre de 2009 por 30 días (fl. 243 cuaderno anexos 1); el 9 de octubre de 2009 por 60 días (fl. 271 cuaderno anexos 1) y el 5 de diciembre de 2009 por 90 días (fl. 328 cuaderno anexos 1).

A partir de lo anterior, lo primero que debe precisar la Sala es que el contrato 430 de 2006, puede ser objeto de liquidación, dado que se prorrogó el plazo de su cumplimiento, en tanto la ocurrencia de adiciones y suspensiones a su plazo inicial de ejecución.

Precisado lo anterior, y en punto a determinar lo atinente a la oportunidad en que se presentó la acción contractual de la referencia a partir de la normativa citada de manera precedente, se tiene que los 4 meses a los que alude el artículo 4 *ibídem*, para realizar la liquidación bilateral, **fenecían el 30 de agosto de 2010**; con todo, revisadas las diligencias se tiene lo siguiente:

(i) Mediante escrito radicado en la dirección de contratación del Departamento de Boyacá el **2 de diciembre de 2010**, el señor RAFAEL HUMBERTO ALVAREZ BUSTILLO, integrante del CONSORCIO VÍAS BOYACÁ, solicitó se aplase la diligencia que tendría lugar el 1 de diciembre de 2010 con el fin de liquidar, entre otros, el contrato 430 de 2006; lo anterior, en razón a que a la fecha no se contaba con la documentación solicitada para la liquidación, precisando de manera específica que *"es necesario verificar la documentación, actas de recibo e informes de interventoría de cada uno de los contratos en referencia a efectos de lograr establecer las circunstancias que deben quedar planteadas en el acta de liquidación de cada contrato"* (fl. 418 cuaderno anexo 1)

27 de noviembre de 2007(fl. 173 cuaderno anexos 4) Adición en tiempo: 5 meses; Adicional No. 2 de 9 de mayo de 2008 (fl. 19 cuaderno anexos 1), Adición en tiempo: 15 días; Adicional No. 3 de 19 de mayo de 2008 (fl.48 cuaderno anexos 1), Adición en tiempo: 5 meses; Adicional No. 4 de 25 de noviembre de 2008 (fl.168 cuaderno anexos 1), Adición en tiempo: 135 días; Adicional No. 5 de 14 de abril de 2009 (fl.205 cuaderno anexos 1), Adición en tiempo: 45 días y Adicional No. 6 de 19 de mayo de 2009 (fl.216 cuaderno anexos 1), Adición en tiempo: 1 mes.

(ii) Mediante oficio de **13 de diciembre de 2010**, el interventor dentro del contrato 430 de 2006, ingeniero HERNANDO GIL RUIZ, solicitó al representante legal del CONSORCIO VIAS BOYACÁ, señor EDUARDO ALONSO BERNAL ZAMBRAZO, que se presentara en las oficinas de la secretaría de infraestructura del departamento de Boyacá, con el fin de liquidar la obra del mencionado contrato, junto con los respectivos documentos que fueron solicitados para tal fin, *"ya que los 4 meses máximos dados para la liquidación respectiva se cumplieron el 30 de agosto como plazo fijado para ésta"* (fl. 96 cuaderno 10 anexos)

(iii) Mediante escrito radicado el **29 de diciembre de 2010**, el interventor HERNANDO GIL RUIZ solicitó al señor EDUARDO BERNAL ZAMBRANO, representante legal del Consorcio Vías Boyacá, que se presentara en las oficinas de la Secretaría de infraestructura de Boyacá el 11 de enero de 2011 con el fin de liquidar el contrato de la referencia, *"ya que en oficio del 13 de septiembre de 2010 no se acercaron a estas dependencias a realizar ese proceso de liquidación"* (fl. 94 cuaderno 11 anexos)

(iv) Mediante escrito radicado en la dirección de contratación el **7 de enero de 2011** el señor EDUARDO BERNAL ZAMBRANO, representante legal del CONSORCIO VÍAS BOYACÁ, solicitó se realizara reunión para proceder a la liquidación del contrato el 17 de enero de 2011 e igualmente, aclaró que no había solicitado el 4 de noviembre de 2010 determinación de fecha y hora para proceder a la liquidación del contrato 430 de 2010 y de otros contratos. (fls. 439 cuaderno anexo 1).

De lo expuesto hasta este punto, se puede colegir que en el interregno del 30 de agosto de 2010 al 30 de diciembre de 2010, NO se procedió al realizar la liquidación bilateral, razón por la cual, conforme a las prescripciones del inciso tercero del artículo 11 *ibídem*, en concordancia con el artículo 136 del C.C.A., la entidad contratante- en este caso, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ-, contaba con 2 meses para proceder a la **liquidación unilateral** del contrato, los cuales se vencían el **30 de febrero de 2011**; sin embargo, se advierte que a 26 de agosto de 2011,

la entidad demandada NO había desplegado lo atinente a elaborar el acta de liquidación unilateral de contrato 430 de 2006, dado que, para dicha calenda se citó en la dirección de contratación del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ a las partes interesadas para proceder a la liquidación del contrato 430 de 2006, dejando constancia que no atendieron la citación los señores EDUARDO BERNAL ZAMBRANO Y RAFAEL ALVAREZ BUSTILLO, del CONSORCIO VIAS BOYACÁ Y HERNANDO GIL RUIZ Interventor del contrato a liquidar. (fl. 492 cuaderno anexos 1).

Así las cosas, y aplicando las previsiones del artículo 136 del C.C.A. ya citado, encuentra la Sala que los dos años en los que debía impetrarse la demanda, vencían el **30 de febrero de 2013**, esto es, una vez vencían los dos años siguientes al fenecimiento del plazo de 2 meses con los que contaba la administración departamental para proceder a la liquidación del contrato 430 de 2006.

En ese sentido, revisado el expediente, se tiene que la demanda fue radicada el **14 de septiembre de 2011**, tal y como consta en el acta oficial de reparto (fl. 154 cuaderno principal); de suerte que, dentro del presente asunto, atendiendo la oportunidad de la presentación del libelo introductorio NO se encuentra configurada la caducidad de la acción en el presente asunto.

4.3.2. Legitimación en la causa

Según el Consejo de Estado, la legitimación en la causa consiste en la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial. También se puede definir como la posibilidad que tiene la parte demandante de reclamar el derecho invocado en la demanda – legitimación por activa-y de hacerlo frente a quien fue demandado – legitimación por pasiva-, por haber sido parte de la relación material que dio lugar al litigio⁵.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda –Subsección A- C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 6 de agosto de 2012, Radicado Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01063-00(AC).

En tal sentido, ha de colegirse que la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, toda vez que no afecta el procedimiento sino la relación jurídico material existente entre el demandante y el demandado.

Sobre el particular, advierte la Sala de una parte, que la fuente de los daños invocados en el presente litigio, provienen del contrato de obra 430 de 2006, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y el CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ (fls. 32-35 cuaderno 7, anexos)

A su vez se tiene que, según el acta de creación consorcial, que la participación de los miembros del consorcio en mención corresponde a los siguientes (fls. 32-33):

<i>NOMBRE</i>	<i>PARTICIPACIÓN</i>
CONCONIN LTDA	30%
RAFAEL HUMBERTO ÁLVAREZ B.	30%
AQUILEO ESQUIVEL BORDA	40%

En ese orden de ideas, en lo que atañe a la *legitimación en la causa por activa*, tenemos que la demanda fue impetrada inicialmente por los señores EDUARDO ZAMBRANO – actuando como representante legal de la sociedad CONCONIN LTDA y el señor AQUILEO ESQUIVEL BORDA, integrantes del CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ (fls. 1-2) y que luego, mediante proveído de 29 de enero de 2014 (fls. 210 a 212), se dispuso vincular en calidad de litisconsorte necesario al señor RAFAEL HUMBERTO ÁLVAREZ BUSTILLO, también integrante del mencionado consorcio.

Finalmente, mediante auto de 13 de julio de 2018, se reconoció el Contrato de Cesión de Derechos Litigiosos entre el señor AQUILEO ESQUIVEL BORDA en calidad de cedente y el señor JORGE AVELLA LÓPEZ, en calidad de cesionario. (fl. 464)

En ese sentido, encuentra la Sala que el extremo actor, se encuentra debidamente conformado y vinculado a la Litis.

Igualmente, se advierte que acudió en calidad de demandado el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, parte contratante del aludido contrato 430

de 2006, de manera que la legitimación en la causa por pasiva igualmente se encuentra acreditada. (fl. 170).

En consecuencia, encuentra la Sala acreditado que los extremos Litis de la presente acción, se encuentran debidamente conformados.

Decantados así los presupuestos de legitimación en la causa y de caducidad, procederá la Sala a abordar el fondo del asunto, en los siguientes términos:

4.4. Problema jurídico

De conformidad con la causa *petendi* invocada por la parte demandante y conforme a los argumentos deprecados por la accionada en su escrito de contestación, la Sala advierte que, en el presente asunto, el problema jurídico se contrae a establecer

(i) Si debe declararse el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, en razón a que la Secretaría de Minas del Departamento rechazó la solicitud de autorización presentada por el CONSORCIO VIAS BOYACÁ para la explotación de los materiales de pavimentación dentro de tramo de la vía San Mateo – Guacamayas Sector PR 0 a PR 13, lo que conllevó a que se generara sobrecostos por el cambio de fuente para la extracción de dichos materiales, a que se cancelara a la familia BAINÉ MARTINEZ un monto por concepto de indemnización de perjuicios y a que se generara una mayor permanencia de la obra.

(ii) Si debe ordenarse la liquidación del contrato de obra pública 430 de 2006. Celebrado entre el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ y el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.

En orden a resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala abordará inicialmente, los siguientes aspectos: (i) Del equilibrio financiero del contrato: concepto, naturaleza y procedencia de su reclamación y caso concreto; (ii) De la liquidación judicial del contrato estatal, caso concreto.

4.4.1. Del equilibrio financiero del contrato⁴

4.4.1.1. Principio del equilibrio financiero del contrato: concepto y causas para su reclamación.

Con el propósito de cumplir con los fines del Estado –Artículo 1 Superior-, la administración acude a los particulares de cara a ejecutar todos aquellos proyectos que conllevan a materializar tal propósito y que no pueden ser desarrollados por aquella; es así como nace la relación contractual entre la administración y los particulares, en la que, amén de perseguir esa finalidad pública, se busca obtener un provecho económico en favor del contratista⁶.

Y es precisamente que, en aras de colmar las expectativas de las partes, el ordenamiento jurídico consagró el derecho/ deber de conservar la ecuación financiera del contrato existente al momento en que surgió dicha relación comercial, de manera que la correspondencia entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezcan durante su vigencia, de suerte que una vez finalice aquel, cada una de ellas alcance la finalidad esperada⁷.

El principio en mención, se encuentra regulado en la ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

"Artículo 4°. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(...)

3°. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

(...)

*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 se 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***

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub Sección C. Sentencia de 7 de Marzo de 2011. Expediente No. 250002326000199704638-01 (20683); C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

⁷ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 29 de abril de 2010. Expediente 2006-00375. M.P. Rafael Ostau de Lafont

fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

(...)

Artículo 5º *De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 30. de esta ley. Los contratistas:*

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

En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas, Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

(...)

Artículo 27. *De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia que se trate".
(Subraya la Sala)

A partir de lo anterior, ha de indicarse que el rompimiento del equilibrio económico del contrato, supone la alteración de esa correlación y equivalencia de prestaciones pactado por las partes en el contrato, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante o bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles por razones no imputables a las partes⁸.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sub Sección A. Sentencia de 19 de febrero de 2018, expediente 25000232600020010075-01 (36833) C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Así las cosas, la jurisprudencia contenciosa, con base en desarrollos doctrinales, ha decantado como causas que dan lugar a la ruptura del equilibrio financiero del contrato, las siguientes⁹:

(i) Actos y hechos de la administración conocidas como **hecho del príncipe**, que resultan imputables al Estado en su ámbito de gobierno y de ejercicio de autoridad y que, siendo ajenas al contrato, inciden en él alterando gravemente la economía contractual¹⁰;

(ii) Factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual, denominados "potestas ius variandi" o álea administrativa; y

(iii) La **Teoría de la imprevisión**, que consiste en hechos justamente imprevisibles y externos a las partes, al Estado y al contrato, que inciden de manera grave y anormal en el regular desarrollo del objeto pactado y en la equivalencia de las prestaciones contractuales¹¹.

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha precisado que, para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos¹²:

1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE.

2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico.

⁹ Op. Cit. Fl. 24.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub Sección A, sentencia de 23 de noviembre de 2017, expediente 25000232600019990243101 (36865). C.P. Martha Nubia Velásquez Rico (E)

¹¹ Op. Cit. Fl. 28.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub Sección C, sentencia de 23 de octubre de 2017, expediente No. 15001-23-33-000-2013-00526-01(55855), C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2018, expediente No. 68001233300020130011801 (52.666), C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.

5.- Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta.

4.4.1.2. Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual

En pronunciamientos recientes, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹³, reiteró la postura que ha asumido dicha Corporación de vieja data, según la cual, uno de los requisitos determinantes para invocar los pedimentos propios del desequilibrio financiero del contrato, corresponde al **factor de oportunidad**.

En efecto, conforme a lo previsto en los artículos 16 y 27 de la ley 80 de 1993, se puede establecer que en tratándose de desequilibrio financiero del contrato, las partes pueden estipular lo pertinente para su restablecimiento, suscribiendo *"los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar..."*

¹³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub Sección C, sentencia de 23 de octubre de 2017, expediente No. 15001-23-33-000-2013-00526-01(55855), C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2018, expediente No. 680012333000201300118 01 (52.666), C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corolario de lo anterior, ha precisado el Consejo de Estado que si las partes, en virtud de la ocurrencia de situaciones que den lugar a desequilibrios financieros, suscriben adiciones, suspensiones o modificaciones al contrato, **es en esa oportunidad contractual en que la parte afectada debe poner de presente las salvedades o solicitudes que dan lugar a tal desequilibrio en su contra**, en aplicación del principio de la buena fe.

Así lo ha precisado la Máxima Corporación, en los siguientes términos:

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como se sabe, la buena fe contractual, que es la objetiva, "consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia" 14 (Se subraya).

Aunado a lo anterior, en jurisprudencia reciente, el Consejo de Estado precisó respecto a la oportunidad para buscar indemnizaciones derivadas de la ejecución de los contratos estatales, lo siguiente:

"(...) En varias providencias de la Sección Tercera de esta Corporación se ha advertido que las etapas del contrato son de carácter preclusivo, lo que equivale a sostener que las partes gozan de las oportunidades para negociar y pactar las condiciones del contrato, así como para proponer y acordar sus modificaciones, con base en la información disponible al tiempo en que estas se suscriben y en sus propios cálculos, las cuales, una vez formalizadas, agotan la posibilidad en lo que se refiere a buscar nuevos reconocimientos sobre las mismas condiciones que se conocieron, o debieron conocerse, a la celebración del contrato o de su respectiva modificación. Se reitera que durante la relación negocia! las partes pueden

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado): Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 18 de mayo de 2017, expediente 2001-01070 (44286) C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico de cara al advenimiento de circunstancias endógenas o exógenas al vínculo obligacional, con la virtualidad de impactar las condiciones técnicas y económicas originalmente estipuladas, inconvenientes que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contratantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución e instrumentados a través de contratos adicionales o modificatorios. Es por eso que estos instrumentos deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al mecanismo de ajuste dispuesto para cubrir alteraciones, dado que resultaría alejado del principio de buena fe contractual que se transara la renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas¹⁵”

En suma, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.¹⁶

4.4.1.3. Solución al problema jurídico

Memora la Sala que, conforme al problema jurídico planteado, la tesis de la parte actora estriba básicamente en alegar unos sobrecostos derivados del desequilibrio financiero del contrato, por causas que no son imputables a aquella.

En ese orden de ideas, y atendiendo al marco normativo expuesto de manera precedente, precisa la Sala que de manera inicial, y con base en el material probatorio obrante en el informativo, **determinará si se encuentra acreditado el factor oportunidad** consagrado en la jurisprudencia contenciosa como uno de los elementos determinantes en punto a reclamar el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato; esto, en la medida que, de no encontrarse satisfecho este requisito, daría lugar a concluir la improcedencia de lo pedido y de contera, resultaría

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de noviembre de 2018, expediente 1999-00319-00 (55230), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁶ Op cit.

inane abordar los demás requisitos que acreditarían la prosperidad del pedimento principal invocado.

- De lo probado en el proceso – factor oportunidad.

(i) De la celebración del contrato 430 de 2006

- El **21 de diciembre de 2006**, el Departamento de Boyacá y el Consorcio Vías Boyacá, celebraron el contrato de obra No. 430 de 2006. En la cláusula primera, se estipuló como objeto contractual el siguiente (fls. 110-113 cuaderno 7 anexos):

"CLAUSULA PRIMERA.OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con el Departamento EL (sic) MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA SAN MATEO- GUACAMAYAS SECTOR PR 0 AL PR 13, DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, de acuerdo a la propuesta presentada la cual forma parte integral del presente acto y al anexo Número 1"

En la cláusula segunda del contrato se estipuló que el valor del contrato correspondería a la suma de \$8.666.940.003; y, frente al plazo de su ejecución, se consagró en su cláusula quinta que el mismo corresponde a 11 meses, discriminados así: dos meses para la etapa de estudios y diseños y nueve meses para la etapa de construcción.

(ii) De las decisiones mediante las cuales se negó la solicitud de autorización temporal para la explotación de yacimiento de recebo en el área de ejecución del contrato 430 de 2006

- Mediante **resolución No. 043 de 16 de enero de 2007**, la secretaría de Minas del Departamento de Boyacá requirió dentro de la solicitud de autorización temporal 1522-15 presentada por el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ, al representante legal del mencionado consorcio para que, dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la decisión en mención, allegara memorial de alinderación del área requerida, teniendo en cuenta que las coordenadas deben basarse en origen Este Central. (fls. 57-58 cuaderno principal)

- Mediante **resolución No.0119 de 20 de febrero de 2007**, la secretaría de minas del Departamento de Boyacá resolvió rechazar la solicitud de autorización Temporal No. 1522-15 presentada por el representante Legal del CONSORCIO VÍAS BOYACÁ para la explotación de yacimiento de recebo, ubicado en los municipios de San Mateo y Guacamayas, del departamento de Boyacá (fls. 52-54, cuaderno principal).

Dentro de la resolución en cita, se decantó la siguiente motivación:

(i) Que, de acuerdo con el certificado del área, emitido por la entidad el 26 de diciembre de 2006, se informó que "*Se cargó por coordenadas planas de gauss la alinderación de la solicitud radicada en ésta dirección el día 26 de los corrientes, observándose coinciden con las del plano y que el área solicitada está libre de superposiciones con títulos, solicitudes y propuestas de nuestra competencia.*"

(ii) Que en oficio radicado en dicha Secretaría el 14 de febrero de 2007, mediante reporte de superposiciones de solicitudes mineras emitido por INGEOMINAS, se indicó que "*el área solicitada **se encuentra totalmente superpuesta** con títulos y/o solicitudes mineras de carbón y esmeraldas competencia de INGEOMINAS, como consta en éste reporte de área libre, **no queda libre***" y

(iii) Que de conformidad con el artículo 274 de la Ley 685 de 2001, la propuesta será rechazada si el área pedida en su totalidad se superpone totalmente a propuestas y contratos anteriores.

- Mediante **Resolución No. 126 de 20 de febrero de 2007**, la Secretaría de Minas del Departamento de Boyacá dispuso rechazar la solicitud de autorización temporal 1526 -15, presentada por el CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ, para la explotación de un yacimiento de materiales de construcción ubicado en el municipio de San Mateo; decisión que se adoptó con base en los siguientes argumentos (fls. 55-56 cuaderno principal):

(i) Se determinó que "*el área solicitada -Alinderación No. 1 y Alinderación No. 2- **se encuentra totalmente superpuesta** con*

*títulos y/o solicitudes mineras de carbón y esmeraldas competencia de INGEOMINAS, como consta en este reporte de área libre, **no queda área libre***"

(ii) Que de conformidad con el artículo 274 de la Ley 685 de 2001, la propuesta será rechazada si el área pedida en su totalidad se superpone totalmente a propuestas y contratos anteriores y, en este caso, el área se superpone con títulos y/o solicitudes para carbón, por lo que no queda área libre para poder otorgar.

(iii) De la extracción de material para la pavimentación de la obra a ejecutar y el adicional No. 3 al contrato 430 de 2006.

- Mediante oficio 0038 de **23 de febrero de 2007**, El secretario de Infraestructura del Departamento de Boyacá informa al representante legal del CONSORCIO VIAS BOYACÁ que debido a la existencia de licencias expedidas para la explotación de carbón en la zona, no es posible que dicha dirección pueda ayudar en el trámite de la solicitud y que para lograr el montaje de la planta de trituración en los sitios seleccionados, resultaba necesario entrar en conversación con los propietarios de la licencia y el predio para llegar a acuerdos. (fl. 82 cuaderno 9 anexos)

- Mediante oficio CVB-C430-VIAS-OF 07 de **6 de septiembre de 2007**, dirigido al Consorcio INTERVAL DEL NORTE el representante legal del consorcio VÍAS BOYACÁ manifestó la necesidad de utilizar el material del **sitio denominado el Alacrán, que hace parte de la ejecución del contrato 429 de 2006-** también ejecutado por el consorcio contratante del contrato de obra 430 de 2006-; lo anterior, dado que las características del material encontrado de cortes y derrumbes no cumple con las normas para ser aplicado como sub base, base y afirmado y el material que se encuentra no es suficiente. Lo anterior, en razón a que *"El secretario de infraestructura del Departamento de Boyacá sólo autorizó la utilización de material de corte y derrumbe como única alternativa para el cumplimiento del contrato de la referencia (anexo copia del memorando pertinente) debido a la no aprobación por parte de la Secretaría de Minas de las solicitudes de explotación de las fuentes de*

materiales identificadas durante la fase de estudios por parte de nuestros especialistas". (fl. 89 cuaderno 9 anexos).

- Con oficio DT-044-2008 de **14 de mayo de 2008**, dirigido a la Secretaria de Hacienda de la Gobernación de Boyacá, el señor GUILLERMO SALGADO GARCÍA, director técnico y supervisor del contrato de obra 430 de 2006, allegó **cuadro de cantidades y costos de contrato adicional**, el cual elaboró con base en la información allegada por la firma CONSORCIO INTERVENTORÍA NORTE, interventora del contrato en mención, y en el que incluyó tanto el "ajuste por cambio de resolución de precios de los ítems de imprimación y de mezcla asfáltica MCD-2", como "la inclusión del transporte a botadero del material de corte que se cause en el contrato adicional". (fl. 20 cuaderno anexo 1).

En el mencionado cuadro, además de hacer mención a los aspectos que hacen parte del ítem denominado "**Pavimentación**", de incluir el ajuste de precios a los ítems mencionados en el oficio y el ítem relacionado con el transporte de material proveniente de excavación, igualmente se adicionó dentro del numeral 9 denominado "**PENDIENTES DE APROVACIÓN**" (sic) el ítem 9.11 denominado "**Transporte material para pavimento**", definiendo un **valor unitario de \$1.950 en los siguientes términos** (fl. 22 cuaderno anexos 1):

No.	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	VAL. UNITARIO	Condiciones originales		Construcción	
				CANTIDAD	VALOR	CANTIDAD	VALOR
9.11	Transporte material para pavimento	M3-KM	1.950			25.730.71	50.174.892.86

El valor asignado a este nuevo ítem, hace parte del **monto de construcción** -Costo directo de la obra- equivalente a **\$10.325.686.582,26-**, el cual, sumado a los montos correspondientes a Administración, imprevistos, utilidad, valor total de obra, valor de estudios y diseños, IVA de estudios y diseños, total de estudios y total de la obra, arrojó un valor final de **\$12.782.145.185,63.**

Así mismo, se relacionó un valor adicional de **\$ 4.115.205.182,75**, producto de la diferencia entre el costo directo de la obra, esto es \$12.782.145.185,63 y el valor total de la obra con las condiciones originales del contrato, que equivalía a \$8.666.940.002,88.

El valor adicional de \$ 4.115.205.182,75, sumado al valor de ajustes de precios a las cantidades adicionales de los ítems -que corresponden a los ajustes de precios a las cantidades adicionales de impresión y de mezcla asfáltica MDC-2 y al transporte de material proveniente de excavación y al AUI de 22% **-\$188.092.841.20-**, arrojó un **valor total de contrato adicional de 4.303.298.023,95**, lo que correspondió a un porcentaje adicional respecto del contrato inicial de 49.65%.

- Mediante **Adicional No. 3** al contrato No. 0430 de 2006 de **19 de mayo de 2008**, las partes estipularon adicionar el contrato en mención a la suma de \$4.303.298.023,95, los cuales serían destinados para incluir las cantidades de obras anexas en la solicitud formulada por el supervisor del contrato. (fl. 24 cuaderno anexo1).

- Los días **27, 28 y 29 de mayo de 2008** se tomaron las muestras para los ensayos de laboratorio del material ubicado en el sitio el Cascajal, y se entregó el respectivo informe, por parte del laboratorio López Hermanos el 6 de junio de 2008 (fls. 115-138 cuaderno 9 anexos).

- En acta de comité No. 39 de **5 de junio de 2008**, levantada por el interventor NORBERTO BAYONA ESPITIA, se consigna sobre el material de base, lo siguiente (fl. 101 cuaderno 9 anexos):

*"Interventoría pregunta al contratista sobre el material de base y el contratista informa que se tiene **una nueva fuente ubicada en la vereda peñuela** del cual ya tiene resultado cuya plasticidad (sic) es cero y cumple con la granulometría. Sin embargo, interventoría hace la siguiente observación, que en el momento de explotación y cargue ese material se recibe (sic) para evitar los (...) (sic) su acarreo y tener que colocar una cuadrilla para sacarlos en vía.*

- En memorando interno No. FR 28 de **9 de julio de 2008** suscrito por LENCY JIMENA DIAZ RUIZ, ingeniera residente de la interventoría de NORBERTO BAYONA ESPITIA, y dirigido a JORGE GUILLERMO ROJAS, residente de obra, se consigna que *"DE ACUERDO A LOS RESULTADOS DE LABORATORIO OBTENIDOS POR ESTA INTERVENTORÍA Y REALIZADOS AL MATERIAL PROCEDENTE DE LA FUENTE LLAMADA EL CASCAJAL UBICADA EN LA VEREDA PEÑUELA DEL MUNICIPIO DE SAN MATEO, ME PERMITO INFORMARLE QUE DICHO MATERIAL CUMPLE CON LOS REQUERIMIENTOS EXIGIDOS EN LAS RESPECTIVAS NORMAS PARA SER EMPLEADO COMO MATERIAL DE AFIRMADO, SUB BASE GRANULAR Y BASE GRANULAR. LO ANTERIOR CON EL FIN DE TENER EN CUENTA PARA EL PAGO EN LAS ACTAS DE OBRA.* (fl. 92, cuaderno principal)

(iv) De las adiciones al contrato de obra 430 de 2006.

De conformidad con las pruebas allegadas al expediente, el contrato de obra 430 de 2006, presentó las siguientes adiciones:

No.	FECHA	PARTE QUE FORMULA LA SOLICITUD	MOTIVO DE LA ADICIÓN
1	Adicional No.1 de 27 de noviembre de 2007 (fl. 173 cuaderno anexos 4)	A solicitud del Consorcio, en virtud a que Se ha presentado tiempo lluvioso y además, por cuanto se había presentado dificultad en la consecución de fuentes de materiales y la aprobación de licencias de explotación por parte de la Secretaría de Minas de la Gobernación. (fls. 170 -173 cuaderno anexos 4)	Adición en tiempo: 5 meses.
2	Adicional No. 2 de 9 de mayo de 2008 (fl. 19 cuaderno anexos 1)	A solicitud del interventor, debido a inconvenientes en el aprovechamiento del material de corte necesario para la construcción de la estructura de pavimento (Sub - Base, Base, Carpeta Asfáltica) (fl. 11 cuaderno anexos 1) y del consorcio por los mismos motivos (f. 12 cuaderno anexos 5)	Adición en tiempo: 15 días
3	Adicional No. 3 de 19 de mayo de 2008 (fl.48 cuaderno anexos 1)	De acuerdo al cuadro de cantidades y costos de contrato adicional para alcanzar la meta física del contrato realizado por el supervisor del contrato, en el que incluyó ajuste por cambio de resolución de precios en los ítems de imprimación y de mezcla asfáltica MDC-2, y la inclusión del transporte a botadero de material de corte que se cause en el contrato adicional (fls. 20-22 cuaderno anexos 1).	Adición en presupuesto: \$4.303.298.023,95. En consecuencia, el valor total del contrato equivale a \$12.970.238.026,95 Adición en tiempo: 5 meses

		Dentro de los costos de obra que soportaron la solicitud de adición en costos del contrato, se incluyó el ítem 9.11 titulado "transporte pavimento"	
4.	Adicional No. 4 de 25 de noviembre de 2008 (fl.168 cuaderno anexos 1)	A solicitud del contratista, por las siguientes razones: (i) Inconvenientes en el aprovechamiento del material de corte necesario para la construcción de la estructura de pavimento (sub-base-base-carpeta asfáltica), debido a problemas derivados de la inconformidad de algunos propietarios de predios afectados por la ampliación y (ii) recrudescimiento de la ola invernal, situación que ha dificultado las labores, específicamente las actividades de pavimentación. (fl. 161 cuaderno anexos 1)	Adición en tiempo: 135 días.
5.	Adicional No. 5 de 14 de abril de 2009 (fl.205 cuaderno anexos 1)	A solicitud del interventor y del representante legal de Consorcio Vías Boyacá, aduciendo que, durante el último mes, el invierno en la zona reapareció, generando significativos inconvenientes para la ejecución de los trabajos tal como se consideró en la reprogramación respectiva, impidiendo el aprovechamiento de la prórroga concedida a partir del 12 de noviembre de 2008. (fl. 204 cuaderno anexos 1)	Adición en tiempo: 45 días.
6.	Adicional No. 6 de 19 de mayo de 2009 (fl.216 cuaderno anexos 1)	A solicitud del interventor, del supervisor del contrato y del Consorcio Vías Boyacá, aduciendo que (i) Durante el mes de abril se presentó un paro de transporte de carga, lo que imposibilitó el suministro de asfalto y cemento y (ii) Incremento de la temporada invernal en la zona de ejecución del proyecto. (fl. 217 cuaderno anexos 1)	Adición en tiempo: 1 mes
7.	Adicional No. 7 de 9 de junio de 2009 (fl.228 cuaderno anexos 1)	A solicitud del interventor y del contratista, en razón a que el invierno observado en el mes de mayo de 2009 había dificultado las labores de explotación de materiales para la producción de mezcla asfáltica y su posterior extendida y compactación. (fl. 229 cuaderno anexo 1)	Adición en tiempo: 2 meses
			TOTAL ADICIÓN EN TIEMPO: 30 MESES

(v) De las reclamaciones realizadas por los señores ROSA STELLA BEAINE MARTINEZ y JOSE EDUARDO BEAINE MARTINEZ.

- De conformidad con el Acta de la audiencia de conciliación celebrada el **15 de octubre de 2008**, ante el centro de Arbitraje y Conciliación del

Departamento de Boyacá, entre los integrantes del consorcio VIAS BOYACÁ y los señores JOSÉ EDUARDO BEAINE MARTINEZ y ROSA STELLA BEAINE MARTINEZ, en el curso de la audiencia, se buscó que los convocados desistieran del proceso ordinario que habían presentado en contra del mencionado consorcio, con ocasión de los daños causados a su predio, ubicado en la vereda Alizal, sitio el Alacrán del Municipio de Guacamayas, en cumplimiento del Contrato 429 de 2006.

En la mencionada conciliación se llegó a un acuerdo tendiente de un lado a desistir de la demanda ordinaria impetrada por los propietarios del inmueble y, de otra parte, a que los integrantes del consorcio cancelaría a los afectados la suma de \$90.000.000, suma que cubriría todos los posibles daños que hasta la fecha se podrían haber generado en la propiedad por la extracción de material y viajes de piedra efectuados por el consorcio, así como los posibles daños y perjuicios causados a la capa vegetal, los gastos que a futuro se pudieran generar en la reforestación del predio y los perjuicios morales (fls. 96-101, cuaderno principal).

- Los Señores JOSÉ EDUARDO BEAINE MARTINEZ y ROSA STELLA BEAINE MARTINEZ, radicaron **el 28 de julio de 2009** ante la dirección de contratación del Departamento de Boyacá, escrito mediante el cual solicitan se les cancele la suma de \$70.785.250, que corresponden a una serie de daños causados por el Consorcio Vías Boyacá en la finca pantanos de Ramos, vereda Alizal del municipio de Guacamayas la cual había sido arrendada al consorcio para el montaje de una trituradora y de una planta de tratamiento, por la destrucción de una montaña al momento de extraer material de la misma. (fls. 246-249 cuaderno anexos 1)

- Los señores JOSÉ EDUARDO BEAINE MARTINEZ y ROSA STELLA BEAINE MARTINEZ, radicaron el 24 de noviembre de 2010 ante la secretaría de infraestructura del Departamento de Boyacá, escrito solicitando se autorice el pago a ellos adeudado por parte del CONSORCIO VÍAS BOYACÁ, por un valor de \$57.269.367. (fl. 421 cuaderno anexos 1)

(vi) De las solicitudes de equilibrio financiero del contrato

- Mediante escrito radicado el **30 de junio de 2009** ante la Secretaría de hacienda del Departamento de Boyacá, el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ, mediante apoderado judicial solicitó el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato 430 de 2006, y en consecuencia, se ordenara el reconocimiento y pago de las sumas de dinero correspondientes a los mayores valores en que había incurrido el consorcio para la ejecución del contrato de obra 430 de 2006, por una suma de \$1.524.672.603, del cual 1.434.672.603 corresponde al monto por acarreo de material y 90.000.000 por la conciliación realizada con la familia Beaine Martínez.

Dentro de los argumentos expuestos en dicha solicitud de desequilibrio financiero se enrostran básicamente los siguientes (fls. 1-5 cuaderno anexo No.9):

1. En los términos de referencia de la licitación del contrato 430 de 2006, se estableció que dentro de los 13 kilómetros objeto de mejoramiento y pavimentación, existían los materiales suficientes para la ejecución de lo pactado, por lo que dentro de los ítems de rellenos se incluyen propuestas de precio por acarreo libre sin incluir sobre acarreos para fuentes ubicadas fuera de las fuentes físicas del contrato.
2. No obstante la secretaria de Minas del Departamento, rechazó el permiso de explotación temporal de materiales para la construcción de la vía, por superposición del área solicitada con títulos y/o solicitudes para explotar carbón.
3. Ante la imposibilidad de seguir las instrucciones del Secretario de infraestructura del Departamento de Boyacá de negociar con los poseedores de las licencias y propietarios de los predios o de utilizar el material de corte y derrumbe como alternativa para ser utilizado en mejoramiento, base granular y sub base, pues no cumplía con las especificaciones requeridas, se propuso traer materiales del PR 16+250 sitio denominado el Alacrán, ubicado en el sector del contrato de obra 429 de 2006, que también estaba siendo ejecutado por el consorcio VÍAS BOYACÁ.
4. Se iniciaron los rellenos con dicho material al cumplir con las especificaciones técnicas y se facturaron los respectivos volúmenes

de rellenos hasta el acta parcial No. 5, cuando se presentó demanda en el juzgado 5 civil del circuito de Bogotá, por parte de la familia Beaine Martínez, propietaria del predio donde se estaba cortando el talud para ampliar la banca y utilizar este material para rellenos en las estructuras de pavimentos; conflicto que se concilió ante la Cámara de Comercio de Bogotá, por una suma de \$90.000.000.

5. Por lo anterior, se realizaron estudios y se encontró una nueva fuente de materiales ubicada en la vereda Peñuela del municipio de San Mateo denominada el Cascajal, informando a la interventoría el resultado de los análisis de laboratorio para su verificación y aprobación para el mejoramiento, sub base, base y granular, la cual se da mediante memorando FR 028 de 9 de julio de 2008, fuente que se ubicaba a 10.5 kilómetros del sitio de ejecución de los trabajos correspondientes al contrato de obra 430 de 2006. Con la aprobación de dicha fuente, se inició la explotación y posterior transporte y procesamiento del material para ser aplicado en el sector objeto del contrato en mención, cobrado a la Gobernación de Boyacá a partir del acta parcial No. 6, hasta terminar los trabajos para la ampliación y pavimentación del sector del contrato.

6. Teniendo en cuenta la ubicación de la nueva fuente de materiales, los costos de ejecución del contrato 430 de 2006 se vieron notoriamente incrementados, debido a que se hizo necesario pagar un sobre acarreo de transporte de materiales, circunstancia que dio lugar al rompimiento del equilibrio financiero del contrato.

-El Secretario de infraestructura del Departamento de Boyacá, dio respuesta a la solicitud de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato formulada el 30 de junio de 2009, mediante oficio adiado del **20 de agosto de 2009**, precisando sobre la aprobación de la fuente el cascajal "*(...) donde la ingeniera residente de la Interventoría aprueba el material mediante memorando FR028 del 9 de julio de 2008, de (sic) indica "lo anterior con el fin de tener en cuenta para el pago en las actas de obra", no fue comunicado en su momento a la Supervisión, para ser tenida en cuenta como un costo adicional de la obra*", por lo que sugirió que el ingeniero NORBERTO BAYONA, representante legal de la interventoría, certificara que la empresa autorizó dicho sobreacarreo.

Aunado a lo anterior, señaló que los volúmenes transportados de mejoramiento, sub base y base, sí corresponden a lo facturado en las actas 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12, pero que se requería que el interventor certificara que *"si fueron extraídos, transportados, extendidos y compactados desde la Fuente el Cascajal durante 10.5 kilómetros al inicio de la obra PR 0+000"* e igualmente, aseguró que los 41.910.61 M3 que cuantifica el contratista lo convierta a viajes de material transportado en volqueta según recibos y *"se eleva a 57.434.M3 porque el contrato no contempla conteo de viajes de material transportado, el ítem de pago es M3 compacto"*.

Finalmente, en cuanto al pago de los \$90.000.000 de la conciliación con los dueños del terreno llamado el Alacrán, no resultaba procedente por cuanto no se podía *"trasladar a la gobernación una sanción impuesta al contratista por la demanda presentada por la familia BEAINE MARTINEZ, cuyas causales son muy claras ver folios 27 a 34"* (fls. 33-34 cuaderno 9 anexos)

- A efectos de establecer el alcance de la respuesta emitida por el secretario de infraestructura del departamento de Boyacá, el Director de Contratación del departamento, remitió el **1 de septiembre de 2009**, sendos oficios a quienes habían fungido como interventores dentro del contrato 430 de 2006, solicitando la siguiente información:

a) A MIGUEL ALBERTO ULLOA GARAVITO –interventor del contrato 430 de 2006, de acuerdo a contrato de interventoría No. 0839 de 2008- y a HERNANDO GIL RUIZ –interventor del contrato 430 de 2006, de acuerdo a contrato de interventoría No. 134A de 2009- se les solicitó certificaran si fue extraído, transportado, extendido y compactado material de mejoramiento, sub base y base, especificando el volumen facturado en las actas de recibo parcial No. 6, 7, 8, 9, 10 11 y 12 de la fuente el cascajal (fls. 36 a 45 cuaderno 9 Anexos); y

b) Al CONSORCIO INTERVAL DEL NORTE -interventor del contrato 430 de 2006, de acuerdo a contrato de interventoría No. 0437 de

2006- Informara si dicha interventoría había autorizado el pago de sobre acarreo desde la fuente de materiales denominada el Cascajal, ubicada a 10.5 km de San Mateo, mediante memorando FR 028 de 9 de julio de 2008, y que tal sobre acarreo fuera cobrado a la Gobernación de Boyacá, a partir del acta parcial No. 6 hasta terminar los trabajos para la ampliación y pavimentación del sector correspondiente al contrato 430 de 2006. (fls. 46-50 cuaderno 9 anexos).

- Mediante escrito radicado ante la dirección de contratación del Departamento el **2 de octubre de 2009**, el señor NORBERTO ESPITIA, representante legal del **Consorcio INTERVAL DEL NORTE**, dio respuesta a la petición de 1 de septiembre de 2009, informando lo siguiente (fl. 52 cuaderno 9 anexos):

"Una vez revisada la documentación recopilada durante el desarrollo de la obra por el Consorcio ejecutor del contrato de la referencia, me permito aclarar que se aprobó el material procedente de la fuente el Cascajal ubicado en la vereda Peñuela del municipio de San Mateo y en ningún momento se autorizó el pago independiente disgregado o adicional del sobre acarreo que señalan los numerales 14 y 15 del derecho de petición del Consorcio Vías Boyacá, puesto que los ítems contractuales incluían el acarreo al sitio de la obra y el consorcio contratista en su debida oportunidad no manifestó intención de reclamar este sobreacarreo"

- **En oficio radicado el 9 de octubre de 2009** en la Dirección de Contratación del Departamento de Boyacá y dirigido al director de dicha dependencia, el señor MIGUEL ALBERTO ULLOA GARAVITO **interventor** del contrato 430 de 2006, dio respuesta al oficio de 1 de septiembre de 2009, en el que le solicita *"certifique si fue extraído, transportado extendido y compactado material de mejoramiento, sub base, base, especificando el volumen facturado en las actas de recibo parcial 7, 8 y 9"*, señalando lo siguiente (fls. 88-91):

*** Sí fue EXTRAIDO de la fuente denominada El Cascajal de acuerdo a las actas 7, 8 y 9 que me correspondió como interventor:*

ITEM	DESCRIPCIÓN	ACTA	VOLUMEN COMPACTADO
6,2	Sub base granular	7	1.088,13
6,3	Base granular	7	1.463.07
	VOLUMEN TOTAL COMPACTO		2.551.120

ITEM	DESCRIPCIÓN	ACTA	VOLUMEN COMPACTADO
-------------	--------------------	-------------	---------------------------

6,2	Sub base granular	8	1.047,70
6,3	Base granular	8	1.359,75
	VOLUMEN TOTAL COMPACTO		2.407.45

ITEM	DESCRIPCIÓN	ACTA	VOLUMEN COMPACTADO
6,2	Sub base granular	9	495,85
6,3	Base granular	9	398,30
	VOLUMEN TOTAL COMPACTO		894.15

*Si fue TRANSPORTADO a una distancia de 10.5 km, del sitio de la obra
 *Si fue EXTENDIDO Y COMPACTADO de acuerdo a los volúmenes anteriormente descritos.

EL VOLUMEN TOTAL COMPACTADO de acuerdo a las actas es el siguiente:

5.852.80 m³

El material extraído de la fuente El Cascajal también se utilizó para los siguientes ítems de acuerdo a las respectivas actas:

ITEM	DESCRIPCIÓN	ACTA	VOLUMEN COMPACTADO
1,5	Material para mejoramiento de cajas	7	3.895.43
4,3	Mejoramiento de Piso (gaviones)	7	2.20
9.1	Relleno en muros y alcantarillas	7	862.72
	SUBTOTAL		4.760.35

ITEM	DESCRIPCIÓN	ACTA	VOLUMEN COMPACTADO
1,5	Material para mejoramiento de cajas	8	1.779.30
4,3	Mejoramiento de Piso (gaviones)	8	11.48
9.1	Relleno en muros y alcantarillas	8	61.65
	SUBTOTAL		1,852.43

ITEM	DESCRIPCIÓN	ACTA	VOLUMEN COMPACTADO
1,5	Material para mejoramiento de cajas	9	2,546.40
9.1	Relleno en muros y alcantarillas	9	202,22
	SUBTOTAL		2.748.62
	TOTAL COMPACTADO		9.361.40

Nota: La recepera El Cascajal se encuentra a 10.5 km de la obra. Se anexa el laboratorio de COEFICIENTE DE COMPACTACIÓN para los fines pertinentes ya que el material pagado en las Actas es compacto"

A la mencionada respuesta, se anexó el informe de los ensayos de laboratorio de coeficiente de compactación de la Cantera el Cascajal (fls.56-58 cuaderno 9 anexos).

- Mediante oficio radicado el 9 de octubre de 2009, el ingeniero interventor HERNANDO GIL RUIZ, dio respuesta a la solicitud de 1 de septiembre de 2009, en los siguientes términos (fls. 59-63 cuaderno 9 anexos):

Si fue **EXTENDIDO Y COMPACTADO** de acuerdo a los volúmenes que se describen más adelante.

Si fue **TRANSPORTADO** a una distancia de 10.5 km, del sitio de la obra.

Si fue **EXTRAÍDO** de la fuente denominada EL CASCAJAL de acuerdo a actas, 10, 11 y 12 que me ha correspondido en esta interventoría.

ACTA	ITEMS	VOLUMEN COMPACTO
10	6.2-6.3	10.705.06
11	6.3	4.780.15
12	6.3	1.813.75

VOLUMEN TOTAL COMPACTADO 17.298.86 M3

Además, el Material del Cascajal, se utilizó para el mejoramiento de Cajas contemplado en el Acta No. 12 del ítem 1.5 en un volumen de 52.55 M3.

NOTA: El material extraído de la cantera el Cascajal se encuentra a 10.5 Km de San Mateo, es de anotar que el volumen relacionado es compacto para lo cual se adjunta el laboratorio de coeficiente de compactación.

- Mediante **oficio de 30 de Diciembre de 2009**, el Secretario de Infraestructura del Departamento de Boyacá, **complementó** el concepto emitido el 20 de agosto de 2009, respecto de la solicitud de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato 430 de 2006 realizada por el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ, referente al "cobro de sobreacarreos a los materiales de afirmado, sub base y base para la ejecución de la estructura del pavimento de la vía San Mateo Guacamayas PR0 al PR13" con base en las respuestas dadas por interventorías externas por él consultadas, en los siguientes términos (fls. 410-412):

"El representante legal del consorcio Interval del Norte, interventores externos, aceptan haber aprobado la utilización del material de la fuente El Cascajal y coincide con mi concepto ya emitido de que los contratistas no manifestaron en esa época intención de reclamar el sobre costo, por lo cual en ninguna acta de las presentadas por los contratistas se canceló dicho concepto.

En cuanto a mi solicitud en el sentido que los nuevos interventores, el ingeniero HERNANDO GIL RUIZ Y MIGUEL ULLOA G, certifiquen los volúmenes extraídos de la fuente el Cascajal, transportados, extendidos y compactados durante su periodo de interventoría.

Las respuestas de los interventores emitidas el 16 y 18 de septiembre de 2009, concluyen según las actas 7, 8 y 9, recibidas por el ingeniero MIGUEL ALBERTO ULLOA G, suman 9.361.40 M3 transportadas a una distancia de 10.5 mts y en las actas No. 10, 11 y 12, recibidas por el ingeniero HERNANDO GIL, suman 17.261.41 M3 para un total de 26.622.81 M3 compactos transportados 10.5 km desde la fuente el Cascajal.

Con la información aportada por los tres interventores conceptúo que a pesar de no haber solicitado los contratistas el pago de dicho acarreo pero haber sido autorizada la fuente por la interventoría externa, Consorcio Interval del Norte, es obligación del ente contratante reestablecer el equilibrio económico del contrato puesto que no le fue concedido al contratista el permiso temporal de explotación de materiales dentro del corredor de los 13 kilómetros de operación del contrato, luego se debe entrar a compensar al contratista ese sobre acarreo, pero no comparto la cifra del volumen que certifican los interventores

"no se encuentra variación alguna de los cálculos del sobreacarreo ocasionado en la obra. Que asciende (sic) a 369.365,35 m³/km, el cual a listado oficial de precios unitarios fijos para contratistas resolución 014 de 5 de febrero de 2010 ITEM 10.3 "Transporte de materiales suelto (sic) después de 5 km" corresponde a \$883 m³/km, con un incremento por distancia promedio de 8.5% (San mateo 6% Guacamayas 11 %) para un valor de \$958 m³/km.

El costo del reconocimiento es:

369.565,35 m ³ /km	x	958	\$354.043.605,30
Valor A.I.U. (22%)			\$77.889.593,17
TOTAL			\$431.933.198,47

Y de acuerdo a lo consignado en el acta de recibo final, quedó pendiente de pago al departamento por parte del contratista por concepto de amortización de anticipo la suma de \$338.781.078,02.

- Solución al problema jurídico.

Pues bien, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, la Sala encuentra que en el presente asunto NO se acredita el elemento de la oportunidad, de cara a resolver el pedimento de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato formulado en la demanda.

Así, en lo que atañe al sobre acarreo de materiales para la pavimentación con ocasión del cambio de la fuente inicialmente pactada en el contrato a la fuente el Cascajal, debe indicarse lo siguiente:

En febrero del año 2007, la Secretaría de Minas del Departamento de Boyacá, denegó al CONSORCIO VIAS BOYACÁ el permiso para la explotación de material para la pavimentación de la vía San Mateo-Guacamayas Sector PR-0 a PR 13; sin embargo, es el sobre costo por transporte del material de pavimento, el cual se realizó desde la fuente del Cascajal hasta el punto de ejecución del contrato y que correspondía a 10.5 km (circunstancia que se acredita con lo señalado por el consorcio demandante en su primer escrito de solicitud de restablecimiento de equilibrio financiero radicado el 30 de junio de 2009, como por los informes rendidos por los señores MIGUEL ALBERTO ULLOA GARAVITO y HERNANDO GIL RUIZ, quienes fungieron como interventores del contrato 430 de 2006, durante los periodos en que se entregaron las actas de recibo parcial 7, 8,9 10, 11 y 12 del mencionado contrato), con ocasión de la imposibilidad de seguir realizando labores de extracción de la fuente

el Alacrán- propiedad de la familia BEAINE MARTINEZ- la causa principal del desequilibrio financiero reclamado por el consorcio demandante.

En ese sentido, se encuentra que **en el adicional No. 3 de 19 de mayo de 2008**, se procedió a realizar una adición al valor inicial del contrato de \$4.303.298.093.25, monto dentro del que se encuentra incluido el ítem nuevo relacionado con "*transporte de pavimento*"; lo cual, se encuentra debidamente decantado en el acápite de lo probado en el proceso.

En ese orden de ideas, considera la Sala que debió haber sido en esa oportunidad contractual -esto es, en el momento en que se adicionó el valor del contrato para incluir el ítem de transporte por pavimentación-, en que el consorcio demandante debió haber puesto en conocimiento de la entidad demandada, el rompimiento del equilibrio financiero en que ahora fundamenta la demanda, pues, precisamente el cambio de fuente para la extracción de materiales, dio lugar a que se realizara la mentada adición presupuestal; esto, más aún, si se toma en consideración que dentro del cuadro de cantidades y costos del contrato adicional, allegado por el supervisor del contrato, y que sirvió de fundamento para disponer la adición contractual No. 3, se fijaba el valor unitario del ítem denominado "*Transporte Material para pavimento*".

No obstante, la primera solicitud de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato se formuló por parte del CONSORCIO VÍAS BOYACÁ apenas el **30 de junio de 2009**- un año después de la adición presupuestal realizada al contrato 430 de 2006.

De otro lado, igualmente debe recalarse que transcurrieron más de 10 meses desde el momento en que se determinó mediante el oficio FR de 28 de junio de 2008 la viabilidad de la fuente "*El Cascajal*" para la obtención del material para el pavimento, hasta la calenda en la que se formularon ante el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ por primera vez los reproches encaminados al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato con ocasión del sobrecosto por el transporte del aludido material; circunstancia que igualmente desconoce el presupuesto de oportunidad en punto a la procedencia de la pretensión invocada.

Ahora bien, en gracia de discusión, podría inferirse, conforme a la causa *petendi* invocada en el libelo demandatorio, que la circunstancia que dio lugar al desequilibrio financiero alegado, se pudo determinar hasta el momento en que se suscribió el acta de recibo parcial No. 12, dado tal acta es la última que toma en cuenta el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ para determinar el monto reclamado, a causa del sobre acarreo de materiales para la pavimentación (Numeral 8 de los hechos de la demanda-fl.15, cuaderno principal); empero, aun tomando como punto de partida la aludida calenda, encuentra la Sala que tampoco se satisface el factor de oportunidad al que se hace alusión.

En efecto, se tiene que la fecha en la que se levantó el acta de recibo parcial de ejecución No. 12 es de **3 de abril de 2009** (fls. 198-199, cuaderno anexos 1), y se itera que la primera solicitud de desequilibrio financiero, fue formulada ante la Secretaría de Hacienda del Departamento de Boyacá el **30 de junio de 2009**; ahora bien, se tiene que durante el interregno en mención, se realizaron dos adiciones al contrato – correspondientes al 14 de abril de 2009, al 19 de mayo de 2009 y al 9 de junio de 2009-, sin embargo, en ninguna de las aludidas adiciones el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ consignó algún reproche en punto a las cantidades de pavimento transportados por el contratista.

Así mismo, no se advierte que se hubiesen autorizado suspensiones del contrato de obra 430 de 2006 durante el mencionado periodo.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ no procedió a formular oportunamente al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, la salvedad relativa a los sobrecostos generados por el cambio de fuente para el transporte de pavimento, pues dejó transcurrir más de un año desde el momento en que se adicionó el contrato con el rubro destinado para el efecto, para invocar el restablecimiento del equilibrio financiero por tal circunstancia.

De otra parte, es pertinente precisar que para la fecha en la que se suscribió la adición No. 3 del contrato 430 de 2006, el CONSORCIO VÍAS

BOYACÁ también debió formular la solicitud de desequilibrio financiero en punto a la indemnización conciliada con la familia BAINÉ MARTINEZ, pues, como se mencionó en párrafos anteriores, la imposibilidad de seguir extrayendo el material de pavimentación del predio "El Alacrán" propiedad de aquellos, dio lugar a que se procediera a fijar el ítem de transporte de material para pavimento como adicional al contrato en mención; sin embargo, la salvedad sobre tal circunstancia igualmente fue planteada por el CONSORCIO VIAS BOYACÁ hasta el 30 de junio de 2009, con la primera solicitud de desequilibrio financiero del contrato.

Finalmente, en lo que atañe al monto que por concepto de mayor permanencia de obra se reclama como restablecimiento de equilibrio financiero, debe indicarse que respecto del mismo tampoco se avizora el cumplimiento del presupuesto de oportunidad, pues no se encuentra probanza alguna de la cual se pueda determinar que el consorcio demandante hubiese puesto en conocimiento de la entidad demandada la aludida salvedad en las oportunidades contractuales en las que se adicionó el plazo de ejecución del contrato 430 de 2006, que de contera le hubiese permitido invocar tal pedimento en sede judicial.

En ese orden de ideas, el silencio por parte del consorcio demandante respecto de los sobrecostos en el acarreo de materiales para pavimentación al momento en que se suscribió el acta de adición No. 3, así como su falta de pronunciamiento respecto a las adiciones contractuales que se realizaron respecto del plazo del contrato 430 de 2006, implica una aceptación tácita por parte del consorcio, de las consecuencias que derivan de dicho silencio.

Es más, considera la Sala que el hecho de no haberse realizado oportunamente las salvedades por el CONSORCIO VIAS BOYACÁ, que ahora invoca en este escenario judicial, impedía que el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ admitiera la existencia del desequilibrio financiero del contrato - y menos aún, procediera a determinar el monto derivado de tal desequilibrio-; sin embargo, lo cierto es que la entidad demandada tanto en las pruebas obrantes en el expediente como en su escrito de

contestación, refiere a la existencia de desequilibrio financiero con ocasión del sobre acarreo de materiales para la pavimentación.

En este punto, la Sala considera pertinente precisar que aun cuando las causas que dan lugar al desequilibrio financiero invocado por el consorcio demandante ya eran conocidas por la entidad demandada, lo cierto es que tal circunstancia de manera alguna podría implicar que en sede judicial se pueda adelantar algún análisis en punto a determinar la configuración o no del desequilibrio alegado, si el mismo no es imputable al demandante y si hay lugar al reconocimiento de perjuicios, dado que, se reitera, el CONSORCIO VIAS BOYACÁ tenía la obligación de formular oportunamente, al momento mismo en el que durante la ejecución del contrato tuvieron lugar, los reparos o salvedades que dieron lugar al desequilibrio invocado.

Lo expuesto en precedencia, permite establecer que en el *sub júdice* no se cumplió con una de las causales contempladas por la jurisprudencia contenciosa de cara a invocar la prosperidad de los pedimentos encaminados a la declaratoria del desequilibrio financiero del contrato, relacionadas con la realización de las reclamaciones dentro de los criterios de oportunidad.

Circunstancia que, sin necesidad de abordar la configuración de las demás causales para invocar el desequilibrio financiero, en criterio de la Sala resulta suficiente para señalar sin ambages, que la pretensión invocada en el libelo demandatorio a saber, declaratoria del rompimiento del equilibrio financiero durante la ejecución del contrato 430 de 2006, no está llamada a prosperar y que, en consecuencia, no hay lugar a reconocer los sobrecostos reclamados.

4.4.2. De la pretensión de liquidación judicial del contrato. Caso Concreto

Memora la Sala, conforme al problema jurídico planteado, que el segundo pedimento principal invocado en la demanda, corresponde a la solicitud de liquidación judicial del contrato.

Atendiendo a que, en el acápite de esta providencia relativo a la caducidad de la acción, se decantaron aspectos relacionados con la oportunidad de invocar la liquidación judicial, estudio que, valga precisar, ya se encuentra superado en el sub *exámine*, la Sala en esta oportunidad dirá que la liquidación judicial es una actuación posterior a la terminación del contrato, *"destinada a hacer constar el balance del contrato, las obligaciones satisfechas y los derechos exigidos, valores ejecutados y pendientes. De manera bilateral por el consenso de las partes o, en caso de no lograrse un acuerdo, unilateralmente por la administración, mediante acto administrativo motivado. Lo último ya fuere porque el contratista no concurre o se niega a suscribir el acta, la que se habrá de extender y firmar de todas maneras, sin perjuicio de la confrontación del contratista, de la que quedarán las constancias respectivas"*¹⁷.

Pues bien, respecto a la liquidación del contrato, se tiene acreditado, además de las pruebas citadas en el acápite de liquidación del contrato y caducidad de la acción, lo siguiente:

- Mediante oficio CVB-430-VIAS-OF-0163 de **5 de diciembre de 2009**, suscrito por el representante Legal del CONSORCIO VÍAS BOYACÁ y dirigido al interventor del contrato 430 de 2006, ingeniero HERNANDO RUIZ GIL, el consorcio realizó algunos comentarios respecto a las solicitudes de documentos para la liquidación del contrato en mención, en los siguientes términos (fls. 329-330 cuaderno anexos 1):

1. *En cuanto a los planos record recuperados los archivos, procederemos a su entrega para su revisión y aprobación respectiva (...), en fecha no mayor al 12 de enero de 2010.*

2. *La certificación del Alcalde del cierre de canteras y manejo adecuado de escombreras, iniciaremos de forma inmediata su trámite de solicitud respectivo y la allegaremos una vez sea expedida la correspondiente aprobación, agradecería tenga en cuenta que por la fecha (fin de año) el proceso puede ser algo demorado.*

3. *En lo relacionado con el paz y salvo con el Personero Municipal, proveedores y trabajadores, me permito solicitar un plazo de noventa (90) días a partir de la fecha de entrega final de las obras. Esta solicitud de plazo está sustentada en que el Consorcio enfrenta dificultades financieras derivadas de los altísimos sobrecostos en que se incurrió por el sobreacarreo de materiales, situación que ha dado origen a no haber podido atender en forma oportuna sus acreencias.*

(...)

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. sentencia de 30 de agosto de 2018. expediente No. 470012331000199801143-01 (37935)A.C.P. Stella Conto Días del Castillo.

5. *La terminación de cunetas y el retiro de escombros a lo largo de la obra y limpieza general para el recibo final, lo procederemos a realizar a partir del doce (12) de enero de 2010 y terminaremos a más tardar el día diez (10) de marzo del mismo año.*

- En informe de interventoría presentado por el interventor HERNANDO GIL RUIZ de fecha **21 de junio de 2010**, se consignó que se había realizado visita el 30 de abril de 2010 (plazo final autorizado), donde se verificó el estado de la obra de acuerdo a las observaciones que se habían adelantado al contratista, por parte de la Alcaldía de San Mateo, Gobernación de Boyacá y la interventoría y consecuencia de dicha visita se constató el 100% de la obra ejecutada.

- El 1 de diciembre de 2010, se levantó acta de audiencia de liquidación bilateral del contrato 430 de 2006, audiencia que tuvo lugar con ocasión de la solicitud que para el efecto realizó el señor RAFAEL ÁLVAREZ BUSTILLO; sin embargo, en el acta se dejó constancia de no se presentaron los integrantes del consorcio vías Boyacá (fl. 240 cuaderno 8 anexos)

- En oficio 050255 de **13 de diciembre de 2010**, suscrito por la Directora de Contratación de la Gobernación de Boyacá se da respuesta a la solicitud de liquidación bilateral del contrato 430 de 2009 formulada por el representante legal del CONSORCIO VÍAS BOYACÁ, indicando que la misma había sido remitida a los interventores del contrato con el fin de que aquellos fijaran fecha y hora para llevar a cabo dicho trámite.

- Así mismo, se indicó que pese a que se había fijado inicialmente como fecha para llevar a cabo la liquidación del contrato para el 1 de diciembre de 2010 con fundamento en la solicitud radicada el 4 de noviembre de 2010 y mediante oficio de 9 de diciembre de 2010 "*se envió copia de la solicitud de aplazamiento de liquidación bilateral suscrita por usted a los interventores de los contratos referenciados a fin de que atiendan su solicitud*". (fl. 413 cuaderno Anexo No. 1). Así, reposa a folio 425 del anexo 1 de las diligencias, oficio 049817 de 9 de diciembre de 2010, dirigido a señor HERNANDO GIL RUIZ interventor del contrato 430 de 2006, en el que se le pone en conocimiento el mentado oficio de aplazamiento. Por lo anterior, la directora de contratación del

Departamento, procedió a remitir al ingeniero HERNANDO GIL RUIZ Interventor, del contrato 430 de 2009, oficio 050254 de 13 de diciembre de 2010, mediante el cual se solicita que fije fecha y hora para llevar a cabo audiencia de liquidación bilateral del contrato 430 de 2006. (fl. 416 cuaderno anexo 1).

- Mediante escrito radicado el **29 de diciembre de 2010**, el interventor HERNANDO GIL RUIZ solicitó al señor EDUARDO BERNAL ZAMBRANO, representante legal del Consorcio Vías Boyacá, que se presentara en las oficinas de la Secretaría de infraestructura de Boyacá el 11 de enero de 2011 con el fin de liquidar el contrato de la referencia, *"ya que en oficio del 13 de septiembre de 2010 no se acercaron a estas dependencias a realizar ese proceso de liquidación"* (fl. 94 cuaderno 11 anexos)

- Mediante escrito radicado en la dirección de contratación el **7 de enero de 2011** el señor EDUARDO BERNAL ZAMBRANO, representante legal del CONSORCIO VÍAS BOYACÁ, solicitó se realizara reunión para proceder a la liquidación del contrato el 17 de enero de 2011 e igualmente, aclaró que no había solicitado el 4 de noviembre de 2010 determinación de fecha y hora para proceder a la liquidación del contrato 430 de 2010 y de otros contratos. (fls. 439 cuaderno anexo 1).

- Mediante oficio 0263 de **20 de enero de 2011**, dirigido al señor EDUARDO BERNAL ZAMBRANO representante Legal del Consorcio Vías Boyacá, la Jefe del grupo de contratación del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ le solicitó al destinatario que allegara copia de las actas de liquidación en caso de haber existido acuerdo entre las partes; lo anterior, así mismo, precisó la dependencia, que la petición de liquidación fue realizada por el señor RAFAEL HUMBERTO ALVAREZ BUSTILLO, integrante del consorcio y la misma fue atendida mediante oficio de 24 de noviembre de 2010, fijando fecha y hora para el 1 de diciembre de 2010. (fls. 139-140, cuaderno anexos 11).

- Mediante apoderado constituido para el efecto, el representante legal del CONSORCIO VÍAS BOYACÁ RAFAEL HUMBERTO ALVAREZ BUSTILLO, radicó el **27 de enero de 2011** derecho de petición dirigido a la directora

de Contratación del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, mediante el cual solicita (i) informe de actuaciones que se han desarrollado por el señor EDUARDO BERNAL ZAMBRANO entre el 5 de noviembre de 2009 y el 27 de enero de 2011; (ii) Se le informe de manera efectiva, esto es, antes que queden consolidadas, las actuaciones que se surtan con ocasión del contrato 430 de 2006. Petición que funda en que no pudo asistir a realizar la liquidación del contrato el día 1 de diciembre de 2010, en razón a que no tenía la documentación necesaria para realizar tal acto e igualmente, en que existen problemas al interior del consorcio en orden a determinar quién es el representante legal del mismo. (fls. 428-430 cuaderno anexos 1).

El jefe de grupo de contratación del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, mediante oficio 003747 de **3 de febrero de 2011**, dio respuesta a la petición formulada por el representante legal del Consorcio, indicando que en efecto dicha dependencia advertía un problema al interior del consorcio, sin que considerara que tuviese la competencia para determinar quién tenía la representación legal del mismo, y señaló que conforme al RUT aportado por el señor EDUARDO BERNAL de 4 de noviembre de 2010, se observa que es él quien figura como representante legal y señaló que dicha dependencia desconocía los inconvenientes del señor Zambrano con el consorcio. Aunado a lo anterior, enlistó las actividades desarrolladas durante la ejecución del contrato 430 de 2006 (fl.435 a 438 anexos 1)

- El **26 de agosto de 2011**, se citó en la dirección de contratación a las partes interesadas para proceder a la liquidación del contrato 430 de 2006; no obstante, se dejó constancia que no atendieron la citación los señores EDUARDO BERNAL ZAMBRANO Y RAFAEL ALVAREZ BUSTILLO, del CONSORCIO VIAS BOYACÁ Y HERNANDO GIL RUIZ Interventor del contrato a liquidar. (fl. 492 cuaderno anexos 1).

Así las cosas, se advierte que, en el caso concreto, las partes del contrato 430 de 2006, NO procedieron a liquidar el contrato, pese a que se gestionaron varias citaciones para el efecto entre los años 2010 y 2011, razón por la cual corresponderá a esta instancia judicial definir el balance financiero y finiquitar la relación contractual.

En ese orden de ideas, y de cara a proceder al a la liquidación judicial del contrato, la Sala precisa que NO tomará como prueba para el efecto, los dictámenes periciales contables y financieros decretados y practicados dentro del presente asunto, dado que los mismos refieren a aspectos relacionados con la pretensión de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato¹⁸, la cual, al ser denegada por ésta Sala de decisión, se considera que los aspectos probatorios relacionados con aquella, no pueden tener injerencia alguna en punto a la liquidación judicial, pues ello, en criterio de la Sala, conllevaría a que se abordara por vía de la pretensión de liquidación judicial, el estudio de fondo de los argumentos del equilibrio financiero del contrato, respecto de los cuales se itera, no pueden ser estudiados en este escenario procesal al no haberse planteado oportunamente por parte del contratista en la etapa de ejecución del contrato 430 de 2006.

En consecuencia, la Sala precisa que tomará como punto referente para la liquidación judicial, los valores consignados en el acta de recibo final del contrato, respecto al estado final del contrato a la fecha de terminación y los ajustes admitidos por el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ respecto al valor del contrato al sobre acarreo del material para pavimentación.

En ese orden de ideas, se tiene que en el **acta de recibo final No. 16 de 27 de abril de 2010**, suscrita por el interventor del contrato-

¹⁸ El peritaje técnico del ingeniero civil, tenía el siguiente objeto(fl. 221):

- a) Lugar de ubicación de las fuentes de material según los documentos precontractuales, esto es, estudios previos y pliegos de condiciones.*
 - b) Lugar de ubicación real de las fuentes de material utilizada por el Consorcio Vías Boyacá, indicando distancia entre ésta y la establecida en el literal anterior.*
 - c) Items y cantidades de obra realmente ejecutadas por el consorcio contratista.*
- Para el efecto, el perito deberá no sólo tener en cuenta los documentos aportados al proceso, sino toda la documentación que repose en los archivos de las partes procesales, en especial la que repose en la Gobernación de Boyacá, relacionada con el contrato de obra pública No. 430 de 2006.*

Por su parte, el dictamen pericial contable se contraía a los siguientes aspectos(fl. 222):

- d) Valor pagado por el Consorcio Vías Boyacá, por concepto de transporte de material*
 - e) Sobrecostos por mayor permanencia en obra.*
 - f) Valor de las cantidades de obra realmente ejecutadas por el Consorcio contratista.*
- Para el efecto, el perito deberá tener en cuenta no sólo la contabilidad del consorcio contratista y/o de sus miembros, sino la contabilidad de la Gobernación de Boyacá, así como los documentos aportados al proceso y la documentación que repose en los archivos de las partes.*

Ingeniero HERNANDO GIL RUIZ y el Representante Legal del Consorcio vías Boyacá, se consignaron las siguientes cantidades y valores (fl. 107 a 111, cuaderno principal):

VALOR TOTAL DEL CONTRATO	12.970.238.026,95
VALOR TOTAL ANTICIPO (50%)	6.392.715.235,98
ACTAS PARCIALES (1-15)	5.729.143.364,12
VALOR TOTAL RECIBIDO	12.121.858.600,10
ACTA FINAL (16)	324.790.793, 84
AMORTIZACIÓN ANTICIPO ACTA NO. 16 (50%)	162.395.396,92
VALOR TOTAL AMORTIZACIÓN ANTICIPO	5.891.538.761,04
SALDO PARCIAL A FAVOR DE LA GOBERNACIÓN	-501.176.474,94
VALOR ACTA FINAL (No. 16) PARA AMORTIZAR ANTICIPO 1	62.395.396,92
SALDO FINAL A FAVOR DE LA GOBERNACIÓN	-338.781.078,02

En ese orden de ideas, se tiene, conforme a la documental referida, que quedó pendiente por parte del contratista la suma de \$338.781.078,2, por concepto de amortización del anticipo.

No obstante, en oficio de **23 de noviembre de 2010**, suscrito por el revisor del contrato – oficio que, valga precisar, fue citado por el Jefe del grupo de Contratación del Departamento de Boyacá en oficio de 24 de noviembre de 2010 para dar respuesta a uno de los integrantes del consorcio Boyacá respecto a la solicitud de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato- (fl.265 cuaderno 8 anexos), se consignó respecto a los valores del sobre acarreo de materiales para pavimentación, lo siguiente:

"no se encuentra variación alguna de los cálculos del sobreacarreo ocasionado en la obra. Que aciende (sic) a 369.365,35 m3/km, el cual a listado oficial de precios unitarios fijos para contratistas resolución 014 de 5 de febrero de 2010 ITEM 10.3 "Transporte de materiales suelto (sic) después de 5 km" corresponde a \$883 m3/km, con un incremento por distancia promedio de 8.5% (San mateo 6% Guacamayas 11 %) para un valor de \$958 m3/km.

El costo del reconocimiento es:

369.565,35 m3/km	x	958	\$354.043.605,30
Valor A.I.U. (22%)			\$77.889.593,17
TOTAL			\$431.933.198,47

Y de acuerdo a lo consignado en el acta de recibo final, quedó pendiente de pago al departamento por parte del contratista por concepto de amortización de anticipo la suma de \$338.781.078,02.

Pues bien, de lo expuesto en precedencia, se puede determinar las siguientes particularidades: (i) Dentro del acta de recibo final NO se incluyó valor alguno en torno al valor del sobre acarreo de materiales para

pavimento; (ii) El DEPARTAMENTO DE BOYACÁ admite se debe reconocer por dicho ítem, la suma de \$431.933.198,47 – y (iii) el CONSORCIO VÍAS BOYACÁ adeuda a la entidad contratante, por concepto de amortización de anticipo, la suma de \$338.781.078,02.

Así las cosas, descontando del valor pendiente por pagar al CONSORCIO BOYACÁ por concepto de sobreacarreos, la suma adeudada por el contratista, se tiene un saldo a favor del CONSORVIO VÍA BOYACÁ de NOVENTA Y TRES MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO VENINTE PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS \$93.152.120,45.

En consecuencia, la Sala procede a realizar la liquidación del Contrato 430 de 2006, y en consecuencia, ordena al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ reintegrar al CONSORCIO VIAS BOYACÁ, la suma de NOVENTA Y TRES MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO VENINTE PESOS CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS \$93.152.120,45.

Esta suma, será actualizada a la fecha de la presente providencia, desde el 23 de noviembre de 2010, calenda en la que se determinó por parte del Departamento de Boyacá, el monto adeudado al CONSORCIO VÍAS BOYACÁ por concepto de sobre acarreo de materiales para pavimentación, en los siguientes términos:

$$Va = Vh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial (noviembre de 2010)}}$$

$$Va = 93.152.120,45 \times \frac{103,26}{72,98 \text{ (noviembre de 2010)}}$$

Para un valor actualizado de CIENTO TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M/CTE **\$131.801.698**

En estos términos, se declarará liquidado judicialmente el aludido contrato.

Corolario de lo expuesto, dirá la Sala que accede a pretensión de liquidación del contrato en los términos previamente decantados.

4.5. Costas

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

V. DECISIÓN

En mérito de lo antes expuesto, la Sala de decisión No 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- Liquidar judicialmente, el Contrato 430 de 2006. En consecuencia, **ordenar** al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ reintegrar al CONSORCIO VIAS BOYACÁ, la suma de CIENTO TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M/CTE \$131.801.698

SEGUNDO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO.- Sin costas en ésta instancia.

CUARTO.- Compulsar copias de ésta providencia a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, para que, si a bien lo tienen, inicien las actuaciones disciplinarias y penales a su cargo respecto de las eventuales irregularidades que hubiese podido generarse dentro del proceso precontractual y en la ejecución del contrato 430 de 2006, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO.- En firme esta providencia archívese el expediente.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

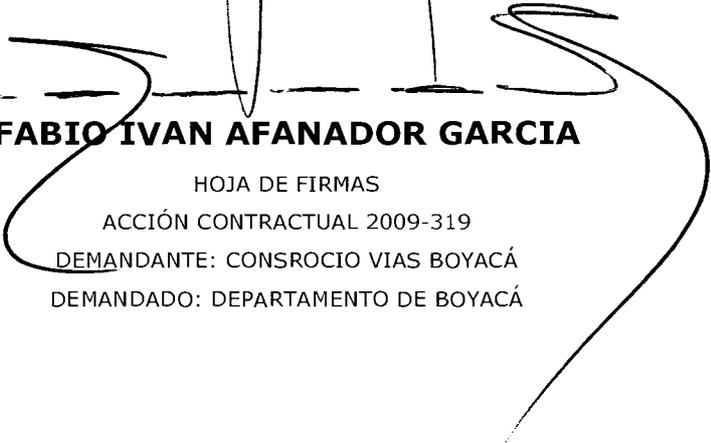
Los Magistrados



FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS



LUIS ERNESTO ARCINIÉGAS TRIANA



FABIO IVAN AFANADOR GARCIA

HOJA DE FIRMAS

ACCIÓN CONTRACTUAL 2009-319

DEMANDANTE: CONSROCIO VIAS BOYACÁ

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ