

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, **21 DE ABRIL DE 2020**

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE: ADRIANA ROCIO BENITEZ CAMARGO Y OTROS
DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS -INVIAS-
RADICACION: 150013333005201400065-01

=====

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponda, respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja, el día veintinueve (29) de octubre de dos mil quince (2015), que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1.- LA DEMANDA. (Fls 6 – 34 Cdno 1)

1.1 Adriana Rocío Benítez y otros, en condición de miembros del CONSORCIO CENTRO 2010 y a través de apoderado judicial, interpusieron demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra del Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, con el propósito de que se declare el incumplimiento del contrato de obra No. 497 de 2010. Así mismo, solicitaron que se disponga la liquidación y terminación del referido negocio jurídico, y que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 7124 del 17

de diciembre de 2012 y 004289 del 17 de septiembre de 2013, por medio de las cuales la demandada declaró el incumplimiento del referido contrato y le impuso a los demandantes las respectivas sanciones.

1.2 Dentro del libelo demandatorio se exponen como sustento de las pretensiones los siguiente **HECHOS RELEVANTES:**

— El INVIAS abrió el proceso licitatorio No. LP-SGT-SRN-O17-2010, para la contratación de las obras de mejoramiento y mantenimiento de la carretera Chiquinquirá-Tunja, ruta 60-Departamento de Boyacá-Modulo 1.

— El consorcio CENTRO 2010 presentó propuesta para la licitación ya indicada, consistente en la siguientes actividades: i) explanaciones, ii) sub bases, iii) bases, iv) pavimentos asfálticos, v) estructuras y drenajes y vi) señalización y seguridad. Mediante Resolución No. 03296 del 23 de julio de 2010, le fue adjudicada la obra al consorcio CENTRO 2010.

— El 18 de agosto de 2010 se firmó el referido contrato entre el consorcio CENTRO 2010 y el INVIAS, negocio jurídico en cuya cláusula decima séptima se acordó como mecanismo de solución de divergencias que las que se presentaran entre el interventor y el contratista, relacionados con la supervisión, control y dirección de los trabajos, serían dirimidas por el sub-director del INVIAS, y que en caso de no llegarse a un acuerdo se acudiría al Secretario General Técnico.

— El contrato 497 de 2010 se pactó por un valor de \$1.327.441.918, el cual incluía los ajustes, obras complementarias y/o adicionales, obras ambientales del paga, estudios y diseños e IVA, con una duración inicial de 3.5 meses y una prórroga aprobada el 31 de diciembre de 2010 por 1.5 meses más, para un plazo total de 5 meses.

— El plazo definitivo para la entrega del objeto contratado era el día 21 de febrero de 2011, fecha en la que se hizo entrega real definitiva de la obra a la interventoría, habiendo cumplido satisfactoriamente con el objeto del contrato dentro del término fijado, quedando pendiente la suscripción del acta definitiva que se firmó el 18 de marzo de 2011.

— Durante el término de ejecución del contrato, la interventoría comunicó al INVIAS, unos presuntos incumplimientos por parte del consorcio CENTRO 2010, los cuales no se configuraron y que

sirvieron de base para que fuera declarado el incumplimiento definitivo del contrato.

— En efecto, mediante escrito del 18 de noviembre de 2010, el interventor le comunicó al gestor técnico del contrato, un presunto incumplimiento al parecer por: i) estudios y diseños, ii) inicio de las obras, iii) incumplimiento programas de inversiones, iv) incumplimiento a observaciones y solicitudes de la interventoría. Mediante escritos 052 del 3 de diciembre de 2010, 054 del 16 de diciembre de 2010, 055 del 17 de diciembre de 2010 y 057 del 23 de diciembre de 2010, el consorcio explicó que, debido al intenso invierno de finales del año 2010, se presentaron dificultades para ejecutar la obra. Aspectos que no fueron tenidos en cuenta por el interventor ni por el INVIAS en el trámite administrativo sancionatorio.

— Mediante oficio del 01 de febrero de 2011, el interventor le comunicó al consorcio un presunto atraso en la ejecución de la obra por: falta geotextil para filtros, falta continuidad para la construcción de cunetas, inactividad en el fresado de pavimentos y falta de carrotanque para la compactación de base. Mediante oficio del 5 de febrero de 2011, el interventor le comunicó al consorcio CENTRO 2010, un presunto incumplimiento consistente en instalación de mezcla asfáltica, construcción bateas de acceso, entrega especificaciones emulsión asfáltica y geotextil. Actividades que fueron subsanadas en el transcurso de la ejecución de la obra, ya que esta se entregó y recibió a satisfacción, tal como consta en acta de entrega del 18 de marzo de 2011, en la cual no se registró anotación de alguna obra inconclusa.

— Mediante escrito del 14 de febrero de 2011, el consorcio le solicitó al INVIAS la suspensión de la obra por razón de lluvias y un paro camionero, situación respecto de la cual la interventoría respondió que no era procedente la solicitud, toda vez que el paro caminero fue levantado el 17 de febrero y que las lluvias se presentaron en horas de la tarde y debió ajustarse el horario de trabajo.

— Si bien la interventoría efectuó las observaciones relacionadas en los citados oficios, la mismas no tuvieron relevancia alguna al momento de la entrega definitiva del objeto del contrato, toda vez que, para el vencimiento del plazo, el CONCORCIO CENTRO 2010 las había subsanado en su totalidad, sin dejar obras inconclusas o incompletas.

— Los demandantes cumplieron con el objeto del contrato, y prueba de ello son las comunicaciones del propio interventor, quien vía correo electrónico hizo llegar a la ingeniera ADRIANA ROCIO BENITEZ el acta de liquidación para su firma.

— En forma simultánea a las comunicaciones dirigidas al consorcio CENTRO 2010, el interventor solicitó al INVIAS la declaratoria de incumplimiento, sin tener en cuenta las órdenes impartidas por el mismo ni las explicaciones rendidas por el contratista, ni aspectos objetivos y de público conocimiento que incidían en el cumplimiento del cronograma acordado, como fue el aumento desproporcionado de la lluvia y el paro camionero.

— Mediante oficio del 24 de junio de 2011, el INVIAS solicitó al consorcio CENTRO 2010, rendir descargos por el presunto incumplimiento en la ejecución del contrato. Para ese momento de la actuación administrativa, el objeto del contrato ya había sido entregado de manera definitiva y a tiempo.

— La solicitud de descargos se fundó en el oficio de fecha 10 de mayo de 2011, suscrito por el interventor y dirigido al Gestor Técnico del INVIAS, pero omitió señalar que esos supuestos retrasos e incumplimientos ya habían sido superados por el consorcio contratista, dentro del plazo del contrato.

— Con fundamento en las comunicaciones enviadas por el interventor, el INVIAS mediante oficio OAJ 58432 del 14 de noviembre de 2012, citó a algunos integrantes del consorcio CENTRO 2010 a audiencia, con el propósito de aclarar las imputaciones del presunto incumplimiento.

— El referido trámite administrativo fue irregular, toda vez que solo se tuvo en cuenta las manifestaciones del interventor, como las comunicaciones del Director Regional, omitiendo valorar las explicaciones que rindieron los miembros del referido consorcio referentes a situaciones ajenas del contratista.

— A través de la Resolución No. 124 del 17 de diciembre de 2012, la Oficina Asesora Jurídica del INVIAS resolvió declarar el incumplimiento del contrato de obra No. 497 de 2010, haciendo efectivo la cláusula penal y siniestrando la póliza única de cumplimiento.

— En contra del anterior acto administrativo se interpuso recurso de reposición, advirtiendo que no existió imparcialidad en el trámite de las audiencias o tramite verbal sancionatorio, por

cuanto se solicitó por parte de la Oficina Asesora Jurídica concepto en relación con los descargos y las pruebas invocadas por el CONCORCIO CENTRO 2010, para que el interventor y el director regional del INVIAS, se pronunciaran sobre estos aspectos. Así mismo, no se levantó acta del trámite de cada sesión de las audiencias, en donde se dejara constancia de la intervención de cada uno de los sujetos procesales, así por ejemplo, no aparece la intervención de la consorciada ADRIANA ROCIO BENITEZ ni la del interventor del contrato ni la del apoderado del consorcio.

I.2.- DECISIÓN EN PRIMERA INSTANCIA. (Fls 874-892 C.2ª Instancia)

El Juzgado Quinto Administrativo de Tunja, mediante sentencia del 29 de octubre de 2015, accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

Lugo de referirse a los hechos que se encontraban probados dentro del expediente, señaló que de conformidad con el clausulado del contrato 497 de 2010, se podía advertir que dicho negocio jurídico correspondía a un contrato de obra pactado por la modalidad de precios unitarios por cantidad de trabajo realizado, entendiendo que ante la finalización del plazo pactado, el valor ejecutado puede ser diferente, por ser menor o mayor al que inicialmente se dispuso en el instrumento jurídico.

Que conforme a lo anterior, no puede predicarse que la ejecución del valor estimado dentro del contrato se convierta en una obligación que se impone al ejecutor, por lo menos acudiendo a los parámetros jurisprudenciales y legales que los gobiernan. En efecto, indicó que según la cláusula segunda del ya mencionado negocio jurídico, la entidad contratante previó la eventual fluctuación del valor final del contrato, de ahí que el valor inicial funcionó como una estimación mas no como una obligación para el contratista.

En ese sentido, concluyó que la decisión de imponer sanción al contratista por el incumplimiento de una obligación que no le era imputable, desconoce garantías propias del derecho al debido proceso, además, la entidad demandada no logró desplegar una carga probatoria suficiente para determinar que el contratista había incumplido el contrato.

Que por el contrario, de las pruebas allegadas al expediente se pudo constatar que no hubo reproche en cuanto a la ejecución de

las obras, toda vez que los actos sancionatorios partieron del informe de interventoría, según el cual: *"...es cierto y comparto con el contratista las obras que se ejecutaron se recibieron a satisfacción tanto por parte de la interventoría como por el INVIAS..."*, situación sumada al hecho de que según la cláusula séptima del referido negocio jurídico, el acta de recibo definitivo constituye el único documento aprobatorio de las obras objeto del contrato, razón por la cual la afirmación hecha en el acta del 18 de marzo de 2011, según la cual: *"la interventoría deja constancia que las obras recibidas cumplen con las normas y especificaciones generales de construcción y demás condiciones contractuales..."*, refuerza la idea de que la obligación del contratista fue cumplida a cabalidad, hecho ratificado por las pruebas testimoniales recaudadas.

I.3.- DEL RECURSO DE APELACIÓN. (Fls 898-908 C.2ª Instancia)

La entidad demandada apeló el fallo de primer grado y manifestó que no era cierto que los contratos de obra pública por la modalidad de precios unitarios, no conlleve el cumplimiento del valor pactado en el contrato, como tampoco que el valor pactado no sea una obligación del contratista, pues si bien es cierto el valor final corresponde al valor total de la obra ejecutada, ello no significa que el contratista no esté en la obligación de cumplir la totalidad del objeto contratado.

Que a partir de lo anterior, sostuvo que tanto en el pliego de condiciones como en la propuesta presentada, se encuentran establecidas en forma clara, concreta y precisa las obras que debía ejecutar el contratista, de donde se desprende que de ninguna manera era la obra que alcanzara a ejecutar, sino la totalidad de las obras que se indicaron en la licitación y que se encuentra establecida en el **PROGRAMA DE INVERSIONES Y CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES** consignado en la cláusula sexta del contrato No. 497 de 2010.

Conforme a lo anterior se extrae que sí era obligación contractual del contratista, sujetarse al referido programa de inversiones aprobado por el Subdirector de la Red Nacional de Carreteras, la interventoría y los Gestores del Proyecto, de suerte que su no cumplimiento constituye un incumplimiento del objeto contractual, como en efecto ocurrió.

Que el incumplimiento y retraso del plan de Programa de Inversión y en el Cronograma de Actividades, que en efecto fue lo que no

cumplió el contratista, fue la razón fundamental por la que se amplió el plazo del referido negocio jurídico, prorrogándose desde el 7 de enero de 2011 hasta el 21 de febrero de 2011, de conformidad con el acuerdo suscrito por las partes el 31 de diciembre de 2010, documento en el cual claramente se estableció y acordó que el contratista efectuaría una reprogramación de las obras con los recursos existentes del contrato.

De otro lado, indicó que el juez de primera instancia no emprendió un análisis riguroso de los actos demandados para concluir su nulidad porque los fundamentos de hecho y de derecho que le sirvieron de causa a los mismos incurrieron en desvío de poder, falsa motivación o ser contrarios a la ley.

En efecto, señaló que el A-quo parte de una premisa falsa al considerar que en la etapa precontractual y contractual no se encuentran claramente establecidas las obligaciones del contratista, lo cual es errado, dado que según la cláusula primera del ya mencionado negocio jurídico, como lo establecido en la cláusula sexta relacionada con el programa de inversiones y actividades, el contratista de obra debía cumplir con dicho programa, el que se vino cumpliendo de manera irregular, pese a los constantes llamados de atención de la interventoría, lo que motivó la prórroga del plazo del contrato.

Así mismo, indicó que el fallo de primera instancia adolece de una adecuada valoración probatoria, pues si bien era cierto que el valor total del contrato podía subir o bajar, el cronograma de actividades y programa de inversiones se debía cumplir y ejecutarse en su totalidad, siendo este el incumplimiento que se declaró por el INVIAS a través de los actos administrativos demandados.

Finalmente, sostuvo que no se logró demostrar que el incumplimiento del objeto contractual hubiere sido por situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, dado que el paro camionero de ninguna manera le afectó al contratista de forma objetiva, mucho menos en razón a su duración, como tampoco se le puede atribuir dicho incumplimiento a las lluvias, dado que solamente afectó en unos muy pocos días e impidió el trabajo en algunas horas.

I.4 ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Parte demandante (Fls 929-932 C.2ª Instancia)

Insistió en los cargos de la demanda y recalcó que la solicitud de incumplimiento del contrato que hizo el interventor al INVIAS, se produjo sin tener en cuenta la fuerza mayor y el caso fortuito (como fueron las fuertes lluvias y el paro camionero); que habiendo sido superada dicha situación, los contratistas procedieron a dar cumplimiento al contrato. Sin embargo, las explicaciones rendidas por los miembros del consorcio no fueron tenidas en cuenta durante el proceso administrativo sancionatorio.

De igual manera, señaló que el trámite administrativo adelantado por el INVIAS fue irregular: i) porque no se registró en actas todas las audiencias adelantadas, ii) confundió el atraso con el incumplimiento de la ejecución del contrato por fuerza mayor y ajena al consorcio CENTRO 2010, iii) no tuvo en cuenta como prueba el concepto emitido por la Facultad de Ingeniería Civil de la Universidad Santo Tomás el 19 de diciembre de 2012, la certificación del proveedor de mezcla de asfalto, el concepto de la oficina de meteorología de la UPTC, el acta de recibo del objeto del contrato, las noticias del paro camionero y declaraciones de funcionarios del consorcio CENTRO 2010.

Parte demandada (INVIAS) (Fls 933-936 C.2ª Instancia)

Adujo que el contrato objeto de estudio fue pactado por el sistema de precios unitarios, lo que implica que si para lograr el fin o el objeto contractual se requiere adelantar una serie de actividades complementarias no previstas en el contrato, estas deben ser desarrolladas y remuneradas partiendo de los precios unitarios previamente determinados.

Que el contratista debió ejecutar la totalidad de la obra que se comprometió a ejecutar, según su propuesta y que se encuentra establecida en el PROGRAMA DE INVERSIONES Y CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES consignado en la cláusula sexta del ya mencionado negocio jurídico, que de aceptar otra interpretación como la realizada por el juzgado de primera instancia, se entendería que basta ejecutar un 1% y se consideraría satisfecha la obligación.

En ese sentido, indicó que independientemente de que el sistema de forma de pago sea a precio unitario, el objeto contractual debe ser ejecutado, lo que varía es el precio. Que para el asunto en estudio, el contratista no dio cumplimiento a los programas de inversión por causas imputables al mismo contratista.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática de la discusión, la Sala abordará, en su orden, *i.* lo que se debate en segunda instancia y la formulación del problema jurídico; *ii.* la relación de los hechos probados, y, finalmente, *iii.* el estudio y la solución del caso en concreto.

II.1.- LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y PROBLEMA JURÍDICO.

➤ Tesis del juez de primera instancia.

Sostuvo que el INVIAS declaró el incumplimiento del contrato 497 de 2010, porque el contratista no había ejecutado en su totalidad el valor señalado en el mencionado negocio jurídico. Concluyó que cuando se pacta la modalidad de precios unitarios por cantidad de obra ejecutada, el valor finalmente ejecutado puede ser diferente al que se expresó dentro del respectivo negocio jurídico.

En efecto, consideró que el valor pactado inicialmente dentro del contrato 497 de 2010, se tomó como un referente o estimativo que podía variar al finalizar el plazo para su ejecución, pero no como una obligación contractual, porque ello es imposible atendiendo a la modalidad acordada, concluyendo que la decisión de imponer sanción al consorcio demandante, por el incumplimiento de una obligación que no le era imputable, constituyó un vicio del procedimiento sancionatorio y particularmente de los actos demandados.

➤ Tesis del apelante.

Señaló que no es cierto que los contratos de obra pública por la modalidad de precios unitarios, no conlleve el cumplimiento del valor y del objeto pactado dentro del respectivo negocio jurídico. Que para el caso en estudio, la cláusula primera del contrato señalaba las obras que debía ejecutar el contratista, de suerte que no era la obra que caprichosamente quisiera hacer, sino la totalidad de la misma y que igualmente se encuentra en el PROGRAMA DE INVERSIONES Y CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES consignado en la cláusula sexta *ibídem*, sin que el juzgado de primera instancia hubiere demostrado que los fundamentos de hecho y de derecho de los actos administrativos demandados fueren ilegales.

➤ **Tesis de la Sala.**

Conforme a las tesis de las partes en contienda, le corresponde a la Sala establecer si, atendiendo a la modalidad que fue utilizada dentro del contrato de obra 497 de 2010, esto es, precios unitarios por cantidad de obra ejecutada, dicho aspecto afecta el cumplimiento del objeto contractual acordado en la cláusula primera del ya referido negocio jurídico. En caso de que la respuesta a dicha inquietud sea negativa, se deberá establecer si la no ejecución del monto total acordado obedeció a circunstancia externas al contratista.

Desde ya la Sala anticipa que, contrario a lo expuesto por el juez de primera instancia, al haberse acordado la modalidad de precios unitarios, dicha situación no podía afectar el cumplimiento del objeto contractual, pues se encuentra demostrado que el CONSORCIO CENTRO 2010 si incumplió con el mismo; sin embargo, también se encuentra acreditado que ello obedeció a circunstancias externas no imputables al contratista, esto es, a una fuerza mayor que pese a ser demostrada dentro del proceso administrativo sancionatorio, no mereció análisis alguno por el INVIAS, de ahí que los actos administrativos a través de los cuales se declaró su incumplimiento, y que fueron demandados, se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación.

II.2.- PROPOSICION SOBRE LOS HECHOS PROBADOS.

En el expediente se encuentran probadas las siguientes afirmaciones sobre los hechos:

2.1. Entre el Instituto Nacional de Vías –INVIAS- y el Consorcio CENTRO 2010, se celebró el contrato No. 497 de 2010, cuyo objeto según la cláusula primea del mismo consistió: "**OBJETO.** *El CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el INSTITUTO, por el sistema de precios unitarios con ajustes, el MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE LA CARRETERA CHIQUINQUIRA-TUNJA-RUTA 60, DEPARTAMENTO DE BOYACA, MODULO 1, de acuerdo con el Pliego de Condiciones de la respectiva licitación, la propuesta del CONTRATISTA aceptada por el INSTITUTO y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato.*". Así mismo, en la cláusula segunda se acordó: "**VALOR DEL CONTRATO.** *El precio de este contrato será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas, por los precios unitarios estipulados en la propuesta del CONTRATISTA...Las cantidades*

de obra son aproximadas y por lo tanto se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra y tales variaciones no viciarán ni invalidarán el contrato, bajo esta condición se estima el precio de este contrato en la suma de MIL TRECIENTOS VEINTISETE MILLONES CUATROSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$1.327.441.918) MONEDA CORRIENTE". (Fls. 46-53 Cdno 1)

2.2. Igualmente, en la cláusula cuarta del referido negocio jurídico se acordó: "**PLAZO.** El plazo para la ejecución de los trabajos será de tres punto cinco (3.5) meses, contados a partir de la orden de iniciación que impartirá el subdirector de la Red Nacional de Carreteras del Instituto...". De otro lado, en la cláusula quinta se estableció: "**VIGILANCIA Y CONTROL DE LA EJECUCION DEL CONTRATO.** El INSTITUTO vigilará el cumplimiento de las obligaciones del CONTRATISTA, por conducto de un interventor contratado por la Entidad". En la cláusula sexta se estableció el PROGRAMA DE INVERSIONES Y CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES. La cláusula séptima estableció: "**ACTAS DE OBRA Y AJUSTES:** El valor básico de la respectiva acta de obra será la suma que resulte de multiplicar las cantidades de obra mensual por los precios unitarios de la propuesta del CONTRATISTA. El valor de la obra ejecutada debe corresponder al menos a la cuota parte establecida en el Programa de Inversiones para el mes correspondiente, las actas de obras mensuales tendrán carácter provisional en lo que se refiere a la calidad de obra y a las cantidades de obra aprobadas por el Interventor...**Ningún documento que no sea el Acta de recibo definitivo de la totalidad o parte de las obras podrá considerarse como constitutivo de aprobación de las obras objeto del contrato.**" (Fls. 46-50 Cdno 1)

2.3. Mediante Oficio 629-040 del 16 de noviembre de 2010, el interventor le comunicó al gestor técnico del contrato los incumplimientos del contratista durante la ejecución del referido negocio jurídico, en relación con los siguientes ítems: i) incumplimiento en los estudios y diseños, ii) inicio de obras, iii) incumplimiento del programa de inversiones, iv) incumplimiento a las observaciones y solicitudes de la interventoría. (Fls. 745-746, Cdno 2)

2.4. Mediante comunicado del 10 de diciembre de 2010, el INVIAS le informó al CONSORCIO CENTRO 2010, que se había dado inicio al trámite administrativo para declarar la sanción del contrato 497 de 2010. Como consecuencia de lo anterior, el consorcio presentó descargos mediante escrito del 23 de diciembre de 2010. (Fls. 64-68 Cdno 1)

2.5. El día 26 de enero de 2011 se llevó a cabo audiencia pública por posible incumplimiento en la ejecución de las obras del contrato 497 de 2010, irregularidades que fueron subsanadas tal como se advierte del acta de entrega y recibo definitivo de fecha 18 de marzo de 2011, en la cual no se dejó advertencia alguna por las obras entregadas hasta la fecha. (Fls. 574-579 Cdno 2)

2.6. Mediante escritos del 16 y 17 de diciembre de 2010, el contratista CONSORCIO CENTRO 2010, le solicitó a la interventoría del contrato y al INVIAS, la prórroga por un término de mes y medio, advirtiendo que el término restante con el que contaban resultaba insuficiente para la culminación de las obras; señaló entre otras causas: *"condiciones climáticas adversas-lluvias-durante el transcurrir diario de la ejecución de las obras contempladas en el contrato en referencia han retrasado en un alto porcentaje la construcción de las mismas y las que se han podido ejecutar se están llevando a cabo bajo condiciones difíciles...Además de lo anterior, es importante adicionar a la presente solicitud de prórroga otra razón que afecta el normal desarrollo de los trabajos y es que debido a las restricciones de vehículos de carga por los puentes y festivos, principalmente los correspondientes al final y principio de año y al Aguinaldo Boyacense que se realiza en Tunja, disminuyen las horas y días laborados"*. (Fls. 58-60, 63 Cdno 1)

2.7. Como consecuencia de la anterior solicitud, las partes suscribieron, el día 31 de diciembre de 2010, el adicional No. 1 al contrato, acordando prorrogar el plazo del contrato 497 de 2010 desde el 7 de enero de 2011 hasta el 21 de febrero de 2011. (Fl. 51 Cdno 1)

2.8. Mediante comunicación del 31 de enero de 2011, el Interventor le comunicó al contratista CONSORCIO CENTRO 2010, que en reunión llevada a cabo en las instalaciones del INVIAS el día 26 de enero de 2011, y de acuerdo a los atrasos en la ejecución del programa de inversiones y debido a que se acercaba la fecha de finalización del contrato, la intervención de la obra faltante se haría por tramos previa autorización de la interventoría, como quiera que a la terminación del contrato se debía entregar los sitios intervenidos con obras completas. (Fl. 570 Cdno 2)

2.9. Mediante escrito del 3 de febrero de 2011, el CONSORCIO CENTRO 2010, le presentó al interventor un plan de contingencia, para efectos de subsanar los retrasos en la obra que se vio afectada por el intenso invierno en los meses de diciembre y

enero, buscando con ello obtener un mayor rendimiento y así poder culminar la totalidad del objeto contratado. (Fls. 580-584 Cdno 2)

2.10. Por escrito del 14 de febrero de 2011 y recibido el 17 del mismo mes y año, el CONSORCIO CENTRO 2010 le solicitó al interventor del contrato la suspensión del mismo, argumentando que el abastecimiento de materiales tales como cemento, hierro y otros, se estaba viendo afectado por el paro camionero iniciado el día 3 de febrero de 2011, así como por el aumento de lluvias presentado en las últimas semanas en horas de la tarde, generando la disminución de horas laborables y el rendimiento de actividades programadas en el plan de contingencia. (Fls. 585-586 Cdno 2)

2.11. La anterior petición fue respondida por la interventoría mediante escrito del 18 de febrero de 2011, en la que indico: *"1. Una de las causales que soporta la solicitud es el paro camionero que se presentó en el país, situación que fue superada a la medianoche del día 17 de febrero de 2011, con lo cual regresaría a la normalidad el abastecimiento de materiales, 2. Las lluvias se están presentando en parte de horas de la tarde y no todos los días, se debe ajustar el horario de trabajo"*. (Fl. 159 Cdno 1)

2.12. La Representante Legal del CONSORCIO CENTRO 2010 como la Interventoría del mismo y residente de obra, suscribieron el 18 de marzo de 2011, acta de entrega y recibo definitivo de las obras ejecutadas hasta la fecha, indicando que el valor ejecutado correspondió a \$1.039.319.027. (Fls. 560-562 Cdno 2)

2.13. Mediante escrito del 10 de mayo de 2011, el Interventor del contrato le informó al INVIAS el incumplimiento definitivo del contrato 497 de 2011, señalándole que el valor del referido negocio jurídico era de \$1.327.441.918, ejecutándose solo \$1.039.319.027, correspondiente a un 78.3%, dejándose de ejecutar \$288.122.891. Así mismo, se indicó que el contratista se había justificado aduciendo problemas climáticos y un paro camionero. (Fl. 557 Cdno 2)

2.14. A través de memorandos SRN 55175 del 5 de septiembre de 2011 y SRN 4203 del 12 de julio de 2012, el Subdirector de la Red Nacional de Carreteras solicitó a la Oficina Asesora Jurídica citar a audiencia por el presunto incumplimiento definitivo del contrato de obra ya señalado. (Fls. 125-129 Cdno 1), razón por la cual el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del INVIAS, mediante oficios OAJ 58432 del 14 de noviembre de 2012, OAJ 54286 del 23 de octubre

de 2012, citó a los miembros del CONSORCIO CENTRO 2010 a audiencia. Así mismo, le indicó que de conformidad con el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, podía ejercer su derecho de contradicción. (Fls. 117-122 Cdno 1)

2.15. En virtud de lo anterior, el contratista presentó sus descargos respectivos; indicó que de acuerdo con el plan de contingencia que fue presentado, se debía facturar un monto de \$760.329.340, de los cuales solo se ejecutó \$582.364.197, por factores climáticos y a la existencia para el mes de febrero de 2011 de un paro camionero. (Fls. 359-362 Cdno 1)

2.16. La anterior diligencia tuvo lugar el día 3 de diciembre de 2012, y en la cual intervino la Representante Legal del Consorcio CENTRO 2010, indicando que el incumplimiento había obedecido a que el mes de febrero de 2011 fue uno de los meses con mayor precipitación, por lo que al no tener el piso seco no podían asfaltar; luego vino el paro camionero siendo imposible trasladar los materiales; que ante dicha situación solicitaron prórroga y suspensión pero que la interventoría no la había autorizado; adjuntó pruebas como histograma de la precipitación y copia de periódicos de la publicación del paro camionero, argumento frente al cual la interventoría señaló que no otorgó la suspensión por cuanto para el momento en que había llegado la solicitud, se levantó el paro camionero. La diligencia fue suspendida para analizar los argumentos del contratista y se anunció que se emitiría una decisión el día 17 de diciembre de 2012, señalando que la presente acta junto con la decisión que se llegare a tomar constituía el acto administrativo surgido del proceso sancionatorio. (Fls. 339-340 Cdno 1)

2.17. El día 17 de diciembre de 2012 se continuó con la respectiva audiencia, diligencia en la cual intervino la firma contratista y en la que se profirió la Resolución No. 7124 del 17 de diciembre de 2012 por medio de la cual se declaró el incumplimiento definitivo del contrato de obra No. 497 de 2010. (Fls. 400-411 Cdno 1)

2.18. Mediante escrito del 21 de diciembre de 2012, el apoderado del CONSORCIO CENTRO 2010 interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 7124 de 2012, adjuntando como pruebas: i) concepto emitido por el Decano de la Facultad de ingeniería Civil de la USTA TUNJA de fecha 19 de diciembre de 2012, ii) certificación de proveedor de mezcla asfáltica, iii) estación de meteorología de la UPTC, iv) noticias paro camionero, y solicitó la práctica de testimonios. (Fls. 235-250 Cdno 1)

2.19. Los días 27 de diciembre de 2012 y 19 de marzo de 2013 se llevó a cabo audiencia de pruebas en el trámite administrativo sancionatorio (Fls. 391-392, 311-329 Cdno 1).

Dentro de dicha diligencia se recibió el testimonio del señor **ISIDRO CASTELBLANCO TORRES**, a quien se le preguntó sobre las actividades laboradas, respondiendo: *"yo me desempeño y soy el que opero la maquina compactadora de asfalto, la que compacta la base sub-base".* Seguidamente, al interrogarlo sobre qué otros factores distintos de la lluvia pudieron retrasar la obra, respondió: *"que me acuerde un paro camionero que dificultaba el acceso a materiales de volquetas por la dificultad del paro y lo otro por la dificultad del invierno, porque solía llover demasiado, cuando no llovía en la noche llovía en el día, era frecuente siempre la lluvia en esa época cuando se estaba ejecutando la obra".* Al preguntarle que indicara si esos hechos que fueron ajenos al contratista, habían provocado la interrupción de la obra, y que en caso afirmativo manifestara durante qué tiempo aproximadamente, contestó: *"Los hechos del invierno y del paro, siempre conllevaron el atraso, pero eso se logra o restituía, trabajando horas extras, trabajando los domingos, los sábados todo el día o en la noche, aprovechábamos cuando ya no había invierno para poder trabajar, que no hubiese lluvia, porque es muy delicado extendiendo una base en un tiempo de invierno y si usted la va a remover tiene que estar totalmente despejado y totalmente seco, para poderlo usted compactar para hacer la pista para echar el pavimento, lo que hacíamos era eso aprovechamos los momentos donde no hubiese la lluvia, donde no nos tocaba trabajar siempre durito, por ejemplo en la nohecita, de pronto los domingos, hubo algunos domingos que tuvimos que trabajar."*

Se continuó con el testimonio de la señora **ADRIANA LUCIA BENITEZ** en su condición de Representante Legal del CONSORCIO CENTRO 2010, a quien al preguntarle si en la ejecución de la obra se habían presentado retrasos y por qué razón, contestó: *"sí efectivamente nosotros tuvimos dificultades en la ejecución del contrato, como es de conocimiento del público en general, no solo por el clima, en noticias y demás, en noviembre de 2010 se presentó un invierno considerable de acuerdo a las lluvias de los últimos 20 años, un incremento considerable y de acuerdo a esa situación de noviembre de 2010 se solicitó una prórroga, nos aceptaron la prórroga evidentemente, nosotros teníamos unos atrasos en base a la temporada y las condiciones climáticas se generaron atrasos...en el mes de febrero, igualmente ya finalizando el contrato una condición siempre adversa para la ejecución del contrato, sí se presentaron atrasos evidentes, lastimosamente por casos fortuitos y fuerza mayor ajenos a nuestra voluntad se presentaron retrasos esas fueron las dificultades, y al finalizar el contrato el paro camionero fue en el mes de febrero finalizando el contrato, nos tocó cumplir con la obras contratadas todo lo que teníamos aprobado y autorizado...".* A pregunta consistente en si

el contratista había presentado a la interventoría un plan de contingencia, respondió: *"si, porque pues evidentemente por las circunstancias climáticas teníamos retrasos en ejecución de las actividades, entonces presentamos un plan de contingencia para poder suplir las actividades digamos aprobadas y autorizadas por la interventoría"*; seguidamente al preguntarle si dicho plan de contingencia se había visto afectado por el paro camionero, indicó: *"si porque digamos si yo tenía que ejecutar hoy 100 m3 lluvia o las volquetas no podían pasar por el paro camionero, no instalaba los 100 sino instalaba 50 y al otro día 150, hasta cumplir con la meta física que teníamos autorizada por la interventoría, la meta física era los tramos hasta digamos todo lo que se abrió, se excavo, se cumplió, se empalmó hasta el milímetro de la obra..."*. Al preguntarle si la situaciones del paro camionero había sido informada a la interventoría, sostuvo: *"Si señor, mediante oficio y verbalmente se le manifestaba que teníamos esa condición, hoy no pudimos instalar los 100 metros pero al otro día nos tocaba doblar el trabajo para cumplir las metas físicas que teníamos en obra, ellos supieron más que nadie que se presentaron retrasos a lo que teníamos por ejecutar a tal punto que un día digamos me tocaba ir si no podía instalar completo las cunetas me toca pedir al siguiente día mas carros de concreto, me tocaba doblar el trabajo hasta cumplir lo que teníamos aprobado."* A pregunta consistente en si en algún momento la interventoría no la había escuchado en cuanto a las circunstancias de fuerza mayor en cuanto a las lluvias y el paro camionero, respondió: *"Pues si, a la final para no tener un trabajo tan forzado, trabajos nocturnos, nosotros habíamos solicitado una suspensión al contrato porque veíamos que estábamos muy justos, con una precisión digamos a dar cumplimiento a finalizar la meta, como ya se acercaba la fecha de terminación y vencimiento del contrato, entonces sí le hicimos conocer la solicitud de la suspensión pero con la negativa de parte de la interventoría, entonces simplemente tomamos las medidas necesarias para poder terminar, que fue lo que finalmente hicimos."*

Luego se continuó con el testimonio de **TEODULO BENITEZ CASTELLANOS** en su condición de director de la obra, quien al preguntarle si durante la ejecución de la obra por parte del CONSORCIO CENTRO 2010, se habían presentado retrasos, contestó: *"si claro que se presentaron, porque las lluvias como le comente al principio, se echaba la base por la mañana y comenzaba a llover y saque esa base...y no se podía echar pavimento porque llovía día a día..."*. Seguidamente, al preguntarle si el contrato había sido cumplido en su totalidad, respondió: *"de acuerdo a lo que pactamos en comité para hacer los tramos terminados completamente, para que no quedaran baches, no quedara la vía intransitable, la vía quedó en perfecta transitabilidad y se atacaron los sitios críticos."*

Se continuó con el testimonio de la señora **ESTHER MIGDONIA BAUTISTA** en su condición de inspectora de obra, quien al preguntarle si durante la ejecución de la obra se habían presentado atrasos y porque razón, respondió: *"Los atrasos que se presentaron fue porque hubieron lluvias, porque fueron hacia diciembre y hacia enero, en esa época también hubo paro camionero, pero los retrasos los logramos cubrir prolongando el tiempo de trabajo del personal, madrugábamos más, trabajábamos los sábados en la tarde, trabajábamos los domingos, la idea era cumplir con lo que la interventoría junto con el contratista..."*. A pregunta consistente en si de la obra quedó algo por ejecutar, contestó: *"incumplimiento creo que no existió, hubo fue retrasos, pero como dije anteriormente los retrasos los pudimos recuperar, los sábados en la tarde, los domingos todo el día, cualquier hora extra era primordial con tal de cumplir, para no tener el incumplimiento, ninguna actividad quedó, todas las actividades que decían tanto la interventoría como el contratista, las realizamos hasta cumplir totalmente."* Al preguntarle por qué no llegaron a considerar traer materiales o asfalto en plantas cercanas a Tunja y no desde Sogamoso, indicó: *"Nosotros lo solicitamos porque realmente pedimos los diseños de esas plantas, y cumplían, no sé porque interventoría insistía que fuera de Sogamoso, en la parte final como hacia diciembre y enero nos permitieron traer asfalto de Tunja, pero muy poquito ya cuando vieron que realmente teníamos el contrato por encima, para poder terminar la obra, pero fue muy poquita la cantidad de mezcla que se sacó de Tunja, el resto todo era de Sogamoso, porque ellos decían que la mezcla de Tunja no cumplía."*

2.20. Finalmente, el INVIAS, mediante Resolución No. 04289 del 17 de septiembre de 2013, resolvió el recurso de reposición interpuesto por al apoderado del CONSORCIO CENTRO 2010 en contra de la Resolución 7124 de 2012, resolviendo modificar los numerales cuarto y quinto del mencionado acto administrativo y confirmar en lo demás. (Fls. 165-185 Cdo 1)

II.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

La Sala confirmará la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en esta instancia, teniendo en cuenta que si bien la modalidad de precios unitarios por cantidad de obra ejecutada redunda en el precio del contrato, más no en su objeto contractual, lo cierto es que, conforme a las pruebas allegadas al expediente, la no ejecución en su totalidad del contrato de obra por parte del CONSORCIO CENTRO 2010 obedeció a circunstancias de fuerza mayor, tales como las lluvias intensas y el paro camionero que se presentó para febrero de 2011.

3.1. Contrato de obra pública cuya modalidad de pago corresponde a precios unitarios.

Debe indicarse que las modalidades de pago en la contratación estatal no se encuentran definidas en la ley, sino que se dan como consecuencia del acuerdo de voluntades de las partes. Podrían resumirse cuatro modalidades de pago, entre ellas: i) precio global, ii) precios unitarios, iii) administración delegada y iv) reembolso de gastos. Para el caso en estudio tan solo se analizará lo que corresponde a precios unitarios, toda vez que sobre dicha modalidad es que gira el asunto materia de litigio.

El artículo 78 del derogado Decreto ley 150 de 1976 señaló que los contratos de obra a precios unitarios son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas.

En efecto, los contratos a precios unitarios son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo negocio indique; de ahí que el valor indicado en el contrato tan solo es un estimativo, pues solo al finalizar se conocerá el valor real, cuando se tenga certeza de las cantidades de obra realmente ejecutadas. En relación con esta modalidad de pago el Consejo de Estado señaló:

Al respecto cabe precisar que el sistema de precios unitarios, según lo ha precisado la jurisprudencia de esta corporación de manera reiterada y uniforme, consiste en que ante la imposibilidad de establecer con exactitud, previamente a la ejecución del negocio jurídico, los montos totales que resultaran de realizar la obra contratada, la entidad tanto en los pliegos como en el contrato aproxima un cálculo estimado de la cantidad o unidades de obra que se requerirá ejecutar para que el proponente establezca en su propuesta unos valores unitarios respecto de cada unidad de obra prevista por el ente contratante, de tal manera que **el valor final del contrato será el resultado de sumar todos los productos que a su turno surjan de multiplicar los precios unitarios definidos en la propuesta y aceptados por la entidad contratante, claro está por las cantidades de obra final y efectivamente ejecutadas**".¹

¹ Sección Tercera, sentencia del veintisiete (27) de marzo de 2014 (2014) Exp. 24.845. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

A partir de lo anterior, se tiene entonces que esta modalidad redunda en el valor estimado inicialmente por las partes, pues el mismo puede variar, esto es, subir o bajar atendiendo a las cantidades de obra verdaderamente ejecutadas, sin que de ninguna manera pueda tener un efecto en el cumplimiento del contrato, pues este deberá ejecutarse en su totalidad, atendiendo a lo que se comprometió el contratista. En efecto, debe indicarse que una de las características de los contratos de obra es que el mismo se considera como un negocio jurídico de resultado, tal como lo ha sostenido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: "El contrato de obra pública se ha caracterizado por el ser el contrato administrativo por excelencia, y la doctrina lo ha calificado como un contrato de resultado...por ello el contratista asume el mayor riesgo o menor ventura u onerosidad que pueda significar la obtención del resultado. Lo único que importa es el resultado final -la entrega en plazo de la obra terminada"².

3.2. De la fuerza mayor y del caso fortuito como causales que impiden la ejecución del contrato.

La fuerza mayor o el caso fortuito son situaciones que la ley considera como eximentes de responsabilidad, y consisten en cualquier evento externo que por sus características de imprevisibilidad e irresistibilidad rompe el nexo causal entre el perjuicio sufrido y la conducta del demandado. Estas figuras se encuentran definidas en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 en los siguientes términos: *"Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público e.t.c."*

Ahora bien, dichos sucesos deben reunir ciertas características, entre ellas: i) imprevisibilidad, lo cual significa que se trata de un acontecer intempestivo, excepcional o sorpresivo, y ii) irresistibilidad, es decir, que es imposible superar en sus consecuencias, lo que implica entonces que debe tratarse de fenómenos externos al sujeto cuyo comportamiento se analiza. En relación con el tema, el Consejo de Estado señaló:

² Rad. 11001-03-06-000-2018-00124-00, cinco (05) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Consejero Ponente: Edgar González López.

"Sus elementos han sido desarrollados, principalmente, desde el punto de vista de la responsabilidad civil y allí se ha indicado que el hecho que se invoca como constitutivo de fuerza mayor debe reunir las siguientes tres características: i) imprevisibilidad, significa que quien aduce el hecho como constitutivo de fuerza mayor estuvo impedido para actuar con el fin de evitar sus consecuencias porque no podía prever con anterioridad su ocurrencia, es decir, que no había ninguna razón especial para que el sujeto pensara que se produciría el acontecimiento que configura la fuerza mayor...ii) irresistible, implica que el cumplimiento de la obligación se torne imposible pese a la conducta prudente adoptada por el sujeto. Es decir, hace referencia a que quien alega la fuerza mayor debe probar que la situación que invoca conlleva la imposibilidad de cumplir o de obrar de manera diferente a como lo hizo..."³

Ahora bien, tratándose de asuntos contractuales, debe indicarse que la fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible, que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del respectivo negocio jurídico, constituyendo causa eximente de responsabilidad, ya que rompe el nexo causal entre lo no ejecutado y el daño derivado del mismo. En relación con el tema, el Consejo de Estado sostuvo en la providencia ya citada de fecha 28 de mayo de 2019:

"A pesar de las diferencias, doctrina y jurisprudencia coinciden en que la fuerza mayor y el caso fortuito son supuestos normativos que extinguen las obligaciones y eximen de responsabilidad en los contratos... Así las cosas, fuerza mayor y caso fortuito son en la ley civil modos de extinguir las obligaciones y constituyen en la contratación estatal eximentes de responsabilidad. Sin embargo, ante la imposibilidad para ejecutar el contrato estatal, puede ocurrir que las partes modifiquen el efecto extintivo propio de dichas figuras y estipulen, en su lugar, dejar en suspenso las obligaciones hasta que el obstáculo que imposibilita el cumplimiento termine o sea removido. En efecto, los eventos originarios en circunstancias transitorias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, se han considerado en la jurisprudencia como causas que justifican el uso de la suspensión, en orden a conservar el vínculo contractual".

Lo anterior implica entonces que ante la existencia de una fuerza mayor que impida la ejecución del contrato, las partes, en aras de modificar las consecuencias que genera dicha situación (extinción de las obligaciones), podrán suspender el contrato a fin de

³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019) Rad. 11001-03-15-000-2018-03883-01 Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

preservar el vínculo contractual para efectos de llevar a feliz término el objeto contratado. En relación con los efectos que genera la suspensión, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo también sostuvo en la sentencia ya referenciada del 28 de mayo de 2019: "Se ha establecido que durante la ocurrencia de la suspensión acordada por las partes en la ejecución del contrato, ante la imposibilidad de ejecutarlo, no se hacen exigibles determinadas obligaciones y el plazo que los contratantes tienen para cumplirlas no transcurre. Esto es que el tiempo se detiene, y en consecuencia no se contabiliza. Por consiguiente, al reanudar el cumplimiento de las obligaciones, el vencimiento del plazo que inicialmente estipularon las partes se posterga por un término igual al que duró la parálisis del negocio jurídico, lo que implica que se altera o desplaza la fecha de finalización del contrato".

3.3. El caso concreto.

Para el caso en estudio, se tiene que el juez de primera instancia consideró que como el contrato de obra No. 497 de 2010 celebrado entre el INVIAS y el CONCORCIO CENTRO 2010 fue pactado bajo la modalidad de precios unitarios por cantidad de obra ejecutada, se tenía entonces que, al finalizar el plazo contractual, el valor acordado en la cláusula segunda podía variar, sin que por esa circunstancia se pudiera predicar un incumplimiento del contratista.

En efecto, adujo que el valor consignado en la cláusula segunda tan solo se tomó como un referente, pero no como una obligación contractual a cargo del contratista, pues ello sería imposible en atención a la modalidad de precios unitarios que se había pactado. Así las cosas, consideró que la decisión de imponer una sanción al CONSORCIO CENTRO 2010 por el supuesto incumplimiento de una obligación que no le era imputable, constituía un vicio de procedimiento que afecta los actos administrativos acusados.

Que por el contrario, ateniendo al acta de recibo a satisfacción de fecha 18 de marzo de 2011, se advertía que el objeto del contrato sí se había cumplido, y que si bien dicho documento había registrado como monto total ejecutado la suma de \$1.039.319.027, ello había ocurrido por la modalidad de pago que fue acordada, esto es, por precios unitarios por cantidad de obra, sin que ello implique que se hubiere incumplido el contrato, como erradamente lo había considerado el INVIAS dentro de los actos acusados.

Pues bien, contrario a lo expuesto por el juez de primera instancia y conforme a lo señalado por el INVIAS dentro del recurso de

apelación, se tiene que el hecho que se hubiere acordado como forma de pago la modalidad de precios unitarios, dicha situación tan solo podría incidir en el valor final del mencionado negocio jurídico, pero no en su objeto contractual, pues tal como se señaló líneas atrás, cuando se pacta bajo esta modalidad, el precio que se fije antes de iniciar las obras tan solo constituye un estimativo, pudiéndose conocer su valor real al finalizar al plazo, esto es, al momento en que se tenga certeza de las cantidades de obra realmente ejecutadas.

Para el caso en estudio, y contrario a lo señalado por el *A-quo*, el hecho de que el contratista hubiere ejecutado al finalizar el plazo contractual un monto de \$1.039.319.027, mientras que en el contrato No. 497 de 2010 se estimó la suma de \$1.327.441.918, no puede ser atribuible a la modalidad de pago que fue acordada, cuando el propio contratista reconoce que no ejecutó el total de las obras a las que se comprometió, y de las pruebas allegadas al expediente se tiene que efectivamente no se cumplió con la totalidad del objeto contractual.

En efecto, se tiene que según la cláusula primera del contrato No. 497 de 2010, su objeto consistía en: *"EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el INSTITUTO, por el sistema de precios unitarios con ajustes, el MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE LA CARRETERA CHIQUINQUIRA-TUNJA RUTA 60, DEPARTAMENTO DE BOYACA, MODULO 1, de acuerdo con el pliego de condiciones de la respectiva licitación, la propuesta del contratista..."*. Así mismo, de acuerdo con la cláusula cuarta del referido negocio jurídico, el plazo para la ejecución del mismo se acordó en un tiempo de 3.5 meses. De igual manera, se encuentra demostrado que la fecha de iniciación de obra se dio el 23 de septiembre de 2010 (Fl. 44 Cdno 1)

Se encuentra demostrado que mediante escritos del 16 y 17 de diciembre de 2010, el contratista le solicitó al interventor del proyecto y al INVIAS, la prórroga del contrato por un término de 1.5 meses, a efectos de entregar a satisfacción las obras acordadas. Como sustento de su petición, adujo que las lluvias durante el transcurrir diario de la ejecución de los trabajos había retrasado en un alto porcentaje la realización de obras, y que las que se habían podido ejecutar se estaban llevando a cabo bajo condiciones difíciles. Así mismo, entre otros factores, mencionó que la realización de un muro de tierra armada que estaba programado se debía hacer en tiempo seco.

Como consecuencia de la mencionada solicitud, las partes suscribieron el día 31 de diciembre de 2010, el adicional No. 1 al contrato de obra No. 497 de 2010, en el sentido de prorrogar el plazo del contrato desde el 7 de enero hasta el 21 de febrero de 2011.

En este punto, se hace necesario constatar que, mediante escrito del 18 de noviembre de 2010, la interventoría le solicitó al Gestor Técnico del proyecto el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio en contra del contratista por un supuesto incumplimiento en cuatro ítems, así: *i)* incumplimiento de los estudios y diseños, *ii)* inicio de obras, *iii)* incumplimiento de programa de inversiones, *iv)* incumplimiento a las observaciones y solicitudes de la interventoría; cargos frente a los cuales se refirió el contratista mediante escrito del 23 de diciembre de 2010 (Fls. 64-68 Cdnos 1). Si bien lo anterior, lo cierto es que dichas irregularidades fueron corregidas conforme se desprende del acta de entrega y recibo definitivo de la obra en relación con las obras ejecutadas a la fecha.

Siguiendo con el curso de los acontecimientos, se tiene que, mediante escrito del 03 de febrero de 2011, el contratista le presentó a la interventoría un plan de contingencia para efectos de subsanar los retrasos que se estaban presentando y así garantizar el cumplimiento total del objeto contratado. En efecto, según el mencionado plan, se debía facturar un monto de \$760.329.340 para cumplir con el objeto total. (Fls. 264-268 Tomo II)

Posteriormente, se advierte que mediante escrito del 14 de febrero de 2011, el contratista le solicitó a la interventoría la suspensión del contrato No. 497 de 2010 conforme a los siguientes argumentos: *"el abastecimiento de los materiales tales como cemento, hierro, agregados, para la construcción de cunetas, asfalto y agregados para la producción de mezcla asfáltica en caliente, actividades en ejecución se han visto afectadas por el paro camionero iniciado el día 3 de febrero de 2011, ha sido notoria la dificultad de obtener estos insumos ya que en los sitios de despacho han sido bloqueadas las salidas generando traumatismos en el desarrollo de las obras en ejecución. **El margen de lluvias en la última semana** sobre todo en horas de la tarde, no solo han afectado la disminución de horas laborales sino el rendimiento de actividades programadas con antelación, como se sabe lo ejecutado en horas de la mañana no se puede concluir deteriorando probablemente calidad y estabilidad."* (Fls. 69-70 Cdnos 1)

La anterior petición fue respondida por la interventoría mediante escrito del 18 de febrero de 2011, indicando: "1. *Una de las causales que soporta la solicitud es el paro camionero que se presentó en el país, situación que fue superada a la medianoche del día 17 de febrero de 2011, con lo cual regresaría a la normalidad el abastecimiento de materiales, 2. Las lluvias se están presentando en parte de horas de la tarde y no todos los días, se debe ajustar el horario de trabajo.*" (Fl. 159 Cdno 1)

Las partes suscribieron el acta de entrega y recibo definitivo de las obras ejecutadas a la fecha 18 de marzo de 2011, en la cual se estipuló que el monto ejecutado fue la suma de \$1.039.319.027. (Fls. 44-45 Cdno 1)

Mediante Comunicado 629-0150 del 03 de agosto de 2011, la interventoría le comunicó al Subdirector de la Red Nacional de Carreteras: "*La interventoría llevada a cabo al contrato 497 de 2010 de acuerdo a los lineamientos establecidos por el INVIAS hizo la solicitud formal de las siguientes sanciones al contratista por incumplimiento...Al respecto del oficio CE-090-C-497-2010 emitido por el contratista me permitió aclarar los siguientes aspectos: 1. El contratista hizo entrega del plan de contingencia hasta el día 4 de febrero de 2011. Dicho plan no se cumplió a cabalidad no solo por las razones que expone el contratista sino también por el poco tiempo que faltaba para terminación del plazo contractual. 2. El contratista expone principalmente dos razones por las cuales no pudo ejecutar el total del monto contratado a lo cual me permito precisar... Si bien es cierto y comparto con el contratista las obras que se ejecutaron se recibieron a satisfacción tanto por parte de la interventoría como por el INVIAS; pero si el contratista hubiere tomado de verdad las acciones de contingencia desde el inicio de los atrasos que se dieron y no al final del contrato **seguramente** se habría podido ejecutar el total del monto contractual.*" (Fls. 138-139 C dno 1)

Como consecuencia de lo anterior, el contratista dio respuesta a los cargos que le habían sido formulados, indicando que no se había podido llevar a cabo la ejecución total por dos circunstancias específicas: 1. Retraso en ejecución por circunstancias climáticas, 2. Retraso en ejecución por paro camionero. (Fls. 71-74 Cdno 1)

Lo anterior culminó con la expedición de la Resolución No. 7124 del 17 de diciembre de 2012 por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato de obra No. 497 de 2010, como argumentos de su decisión dentro del acto administrativo se señaló: "*sin embargo, haciendo un análisis profundo de los hechos*

y documentos aportados, se evidencia claramente que esta situación se dio en el mes de febrero de 2011, cerca de la fecha del plazo de ejecución frente al factor climático, y que no fue una circunstancia de fuerza mayor ya que la misma era predecible por la situación que atravesaba el país; frente al paro camionero, es claro que la afectación directa sobre la obra se dio por un lapso de 3 días, como lo demuestran los documentos (noticias) ... evidenciando que tuvieron 151 días para ejecutar y llevar a buen término las obligaciones adquiridas en el contrato 497 de 2010, y que solamente se vio el mismo afectado por un lapso de tres días con el paro camionero, y precipitaciones fuertes, en el mes de febrero de 2011, es decir, de los 151 días 3 días fueron difíciles...", la anterior decisión fue confirmada a través de la Resolución No. 4289 de 2013, excepto los numerales cuarto y quinto que fueron modificados.

Pues bien, del recuento hecho se advierte que durante la ejecución del contrato y más aun dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, el contratista justificó el no haber podido ejecutar la totalidad del contrato con base en dos puntos específicos: *i)* fuerte temporada invernal durante el mes de febrero de 2011, y *ii)* paro camionero del 3 al 18 de febrero de 2011.

En relación con la fuerte ola invernal se advierte que dentro del trámite del proceso administrativo sancionatorio, la parte actora con el propósito de demostrar tal situación, allegó: *i)* certificado de la estación de meteorología de la UPTC, *ii)* testimonios de los señores ISIDRO CASTELBLANCO PEREZ, JOSE EFRAIN MORENO BERNAL y ESTHER MIGDONIA BAUTISTA NIÑO, y *iii)* concepto emitido por el Ingeniero Miguel Ángel Toledo Castellanos en su condición de Decano de la Facultad de Ingeniería Civil de la USTA.

En relación con el certificado de valores de precipitación efectuado por la estación de climatología y meteorología de la UPTC, se tiene que dentro de la misma se hace constar que: *i)* para el año 2007 el nivel de precipitación en el mes de febrero fue de 5.1, *ii)* para el año 2008 fue de 8.4, *iii)* para el año 2009 en el mismo mes fue de 29.6, *iv)* para el año 2010 en el mes de febrero fue de 29.6, *v)* para el 2011 en el mes de febrero fue de **128.1**, lo que deja ver que para este último año en el mes de febrero la precipitación fue la más alta en los últimos cuatro años, con un nivel de precipitación diez (10) veces mayor al promedio de los años anteriores. (Fl. 304 Cdno 1)

En relación con los testimonios practicados, se tiene el del señor ISIDRO CASTELLANOS PEREZ, quien se encargaba de manejar la

maquina compactadora y al ser interrogado sobre la forma como se ejecutó el contrato 497 de 2010, indicó: *"...todo el trabajo que normalmente se requiere para una obra de estas dificultades, pues la obra se hizo en su totalidad, algunas dificultades que yo pienso que se retrasó un poquito eso fue a causa de la naturaleza del invierno, que para el año 2010 y 2011 estaba bastante critico el invierno, solía llover demasiado, cuando no llovía en la noche llovía en el día, era frecuente siempre la lluvia..."*. Igualmente la declaración de ESTEHR BAUTISTA NIÑO, inspectora de obra, quien, al preguntarle las dificultades que se habían presentado, indicó que ello obedeció a las fuertes lluvias que se presentaron para diciembre de 2010 y enero de 2011.

También se aportó concepto emitido por el Ingeniero Civil Miguel Ángel Toledo Castellanos en condición de Decano de la Facultad de Ingeniería Civil de la USTA, respecto de los efectos que tienen las lluvias en procesos de construcción de pavimentos flexibles. Al respecto indicó:

"En la construcción de la estructura mencionada **se exige EVITAR LOS EXCESOS DE HUMEDAD puesto que estos tienden a modificar notoriamente el material** presentando en algunos casos rebotes elásticos que se reflejarían en la capa de rodadura, es por ello, que **tras periodos de lluvia extensa o lluvias con intensidad apreciable, estos materiales granulares aunque con alta permeabilidad, se deben dejar secar hasta su humedad optima, antes de dar inicio a un periodo de manipulación y compactación.** Las deformaciones significativas y perdida de propiedades fundamentales requieren de un proceso de secado de acuerdo con los requerimientos de la norma, especialmente en la ciudad de Tunja cuyas temperaturas medias no superan los 15º esto sumado a la alta humedad relativa, la capa de rodadura flexible es aún más sensible bajo los efectos del agua

Las variables climáticas que más afectan este tipo de estructura en zonas tropicales, son las variaciones de temperatura y la acción del agua, esta última tiene especial significado en el comportamiento de un pavimento por las modificaciones que produce en la humedad de sus capas, las cuales se refleja necesariamente en su estabilidad.

Por lo anterior, **los efectos de los intensos y prolongados periodos de lluvia, en la construcción de pavimentos flexibles, son tan críticos que afectan la normal ejecución y construcción de los mismos,** ya que como es bien conocido en la rama de ingeniería está totalmente prohibido extender mezcla asfáltica lloviendo y para la construcción de sub-bases y bases granulares, hasta que la sobresaturación del material no se seque es imposible continuar con el proceso constructivo de extensión y compactación de los mismos."

De otro lado, para efectos de acreditar el paro camionero sucedido en el mes de febrero de 2011, la parte actora allegó: i) noticia del periódico EL TIEMPO de fecha 3 de febrero de 2011 titulada "Camioneros inmovilizan más de 130.000 vehículos por el paro nacional, ii) noticia del periódico EL TIEMPO de fecha 14 de febrero de 2011 titulada "Camioneros tienen paralizado Boyacá: La vía que de Sogamoso conduce a Bogotá se encuentra bloqueada a la altura de Tibasosa, Duitama, Paipa y Tunja por cientos de camioneros..", iii) noticia del periódico EL TIEMPO de fecha 17 de febrero de 2011 titulada "Camioneros cedieron a abrir carril en el sector de Higueras en Duitama, Luego de tres días de bloqueo los camioneros permitieron el paso por uno de los carriles...Aunque la propuesta de los camioneros cumple ya 15 días, los 11 primeros fueron casi ignorados por autoridades y medios de comunicación nacionales.", iv) certificación de CONSTRUCCIONES Y PAVIMENTOS BOYACA LIMITADA "PAVIBOY LTDA", en la cual indica: 1. La empresa PAVIBOY LTDA suministró el producto Mezcla asfáltica en caliente para el Consorcio Centro 2010 dentro del desarrollo del contrato 497 de 2010, planta y producto aprobado por la interventoría del contrato en mención, 2 La planta de asfalto queda ubicada en el Municipio de Sogamoso, Departamento de Boyacá, 3 Para la producción de mezcla asfáltica su insumo principal es el asfalto que se provee desde Barrancabermeja, 4. El consorcio centro 2010 presentó programación, para el despacho de mezcla asfáltica en caliente para los meses de Enero y para entregar la totalidad del pedido antes del 18 de febrero de 2011, 5. Debido al paro camionero presentado del 3 al 18 de febrero de 2011 nos fue imposible cumplir con los despachos programados, no solo por el desabastecimiento de los insumos sino por el transporte de la misma a la obra, ya que en la ciudad de Duitama, paso obligatorio de la vía Sogamoso a Tunja, fue donde más acentuado fue el paro camionero.

Pues bien, de las pruebas allegadas se puede advertir con claridad que si bien el contratista presentó, el día 3 de febrero de 2011, plan de contingencia para subsanar los retrasos de la obra, obligándose a facturar un monto total de \$760.329.340 para cumplir con el 100% del objeto contractual, lo cierto es que dicho plan fue imposible de ejecutar en su totalidad dadas las situaciones imprevistas e irresistibles que se presentaron para el mes de febrero de 2011 y que le resultaron ajenas, esto es, por circunstancias climáticas y por un paro camionero.

En efecto, en relación con las circunstancias climáticas, se advierte que para el mes de febrero de 2011 se presentó una de las más fuertes precipitaciones en los últimos cuatro años (2007, 2008, 2009, 2010), advirtiéndose entonces que dicha situación le resultó sorpresiva al contratista (imprevisibilidad), y sin que el mismo pudiera controlar sus consecuencias, pues como es sabido, nadie puede superar la fuerza de la naturaleza (irresistibilidad). Al respecto, la Sala recuerda que para la misma época el Gobierno Nacional ya había declarado el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, por razón de grave calamidad pública (Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010), al encontrar *"Que el fenómeno de La Niña desatado en todo el país, constituye un desastre natural de dimensiones extraordinarias e imprevisibles, el cual se agudizó en forma inusitada e irresistible en el mes de noviembre de 2010. (...) 1.2. Que la magnitud de las precipitaciones inusitadas resulta extraordinaria e imprevisible, como lo demuestran los registros del Ideam. Estos registros indican que en los quince primeros días del mes de noviembre llovió más de lo que llueve en todo el mes. El nivel superó todos los registros históricos de precipitaciones para el mes de noviembre"*.

Por otro lado, también se encuentra demostrada la existencia de un paro camionero entre el 3 y el 18 de febrero, que impidió el despacho de mezcla asfáltica en caliente desde su planta en Sogamoso hasta el sitio de la obra, situación que igualmente reúne las características de imprevisibilidad e irresistibilidad que se requieren para la configuración de la fuerza mayor.

No obstante lo anterior, estas situaciones no merecieron ningún reparo por parte de la interventoría y del INVIAS. Así por ejemplo, se encuentra demostrado que mediante escrito del 14 de febrero de 2011, el Contratista, advirtiéndose el estado de lluvias y el paro camionero que para dicha fecha llevaba varios días, le solicitó a la interventoría la suspensión del contrato de obra No. 497 de 2010, petición que fue contestada por la primera mediante escrito del 18 de febrero de 2011, indicando que respecto del paro camionero, el mismo había sido levantado el día anterior, arreglando el desabastecimiento de productos, y que respecto de las lluvias, las mismas tan solo se presentaban en horas de la tarde, recomendándole ajustar el horario de trabajo.

Al respecto, la Sala advierte que se trata de una respuesta sin fundamento alguno, ya que no le mereció un análisis juicioso y detallado de lo que estaba ocurriendo para el mes de febrero de 2011, ello por cuanto si bien es cierto que el día anterior a la respuesta dada por la interventoría, el 17 de febrero de 2011, ya

se había levantado el paro camionero, lo cierto es que tampoco fue negada o desconocida su existencia y la extensión de la misma por la interventoría, además, no era la única causal por la cual el contratista solicitó la suspensión del contrato, dado que otro de los factores estaba dado por las lluvias. En ese sentido, si la interventoría hubiere sido más sensata, habría entendido que accediendo a la petición del contratista no se hubiera extinguido las obligaciones contractuales, dándole la posibilidad al consorcio de llevar a feliz término el objeto contractual, ello atendiendo a los efectos de la suspensión que fueron estudiados líneas atrás.

Ahora, en relación con el factor climatológico, la Sala evidencia que tampoco mereció un análisis juicioso por la interventoría, la cual se dedicó a responder que, como la misma solo se presentaba en la tarde, ello no era obstáculo para seguir ejecutando el contrato, obviando por completo que en materia de ingeniería está totalmente prohibido extender mezcla asfáltica lloviendo o sobre piso húmedo.

Los mismos argumentos fueron expuestos por el interventor al Subdirector de la Red Nacional de carreteras en el oficio 629-0150 del 3 de agosto de 2011, memorial a través del cual le solicitó iniciar el respectivo proceso sancionatorio en contra del contratista.

Ahora bien, nada distinto sucedió con la argumentación expuesta por el INVIAS en la Resolución No. 7124 del 17 de diciembre de 2012, en la que, respecto a las lluvias presentadas, tan solo se dedicó a señalar que **el factor climático no era una situación de fuerza mayor por cuanto la misma era predecible**, afirmación que es refutada conforme a las pruebas allegadas y que fueron mencionadas líneas atrás. Tampoco resulta lógico concluir que mientras para el INVIAS el factor climático es un evento predecible que debe ser advertido por el contratista, para el Gobierno Nacional, la fuerte ola invernal que se produjo entre los años 2010 y 2011 constituye un "*desastre natural de dimensiones extraordinarias e imprevisibles*", que ameritó la declaratoria de un Estado de Excepción Constitucional.

De otro lado, en cuanto al paro camionero, dentro del referido acto administrativo se señaló que la afectación tan solo fue de tres días, argumento frente al cual habrá de decir que ello no resulta cierto, toda vez que, como se pudo advertir de las distintas noticias que fueron allegadas, documentos que son valorados en conjunto con la certificación expedida por la empresa PAVIBOY LTDA, encargada de suministrar la mezcla asfáltica al contratista, el paro camionero

fue significativo por su estado de gravedad, que duró del 3 al 17 de febrero de 2011; si bien es cierto que una de las mencionadas noticias afirmó *"luego de tres días de bloqueo los camiones permitieron el paso por uno de los carriles"*, lo cierto es que al hacer un análisis en conjunto se evidencia que la primera noticia data del 3 de febrero del mismo año y en la del 17 del mismo mes y año, se consignó: *"Aunque la protesta de los camioneros cumple ya 15 días, los 11 primeros fueron casi ignorados por autoridades y medios de comunicación."*, lo que deja entrever entonces que los tres días a que hizo referencia la anterior noticia fueron la de los últimos días del paro, pues como se advierte de esta última, los primeros 11 días no fueron tenidos en cuenta por los medios de comunicación. Lo anterior, sumado al hecho de que el Representante Legal de la empresa PAVIBOY LTDA certificó que los días en que no habían podido suministrar la mezcla asfáltica, fueron los días del 3 al 18 de febrero de 2011. Todo lo cual deja ver con claridad que el paro camionero se dio en este último plazo.

Así la cosas, se concluye, tal como lo sostuvo el apoderado de la parte actora dentro del escrito de demanda, a pesar de que dentro del proceso administrativo se habían aportado pruebas en torno a las dificultades presentadas durante la ejecución del contrato, las cuales resultaban ajenas a la voluntad del contratista (factor climático y paro camionero), las mismas no fueron valoradas por la entidad demandada.

Conforme a lo expuesto, se advierte que los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación, toda vez que los hechos que el INVIAS tuvo en cuenta para declarar el incumplimiento del contrato No. 497 de 2010 no se probaron dentro del respectivo proceso administrativo sancionatorio, a la vez que omitió tener en cuenta los hechos de fuerza mayor que exoneraban de responsabilidad al contratista, los cuales, como se señaló líneas atrás, se encontraban debidamente demostrados.

De las costas y agencias en derecho

En la actualidad, para los procesos contencioso administrativos, es aplicable el artículo 188 del CPACA, el cual dispone que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

En cuanto a la procedencia, si bien en la Ley 1437 del 2011 no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de

1984, que refiere a la facultad del juez de analizar la conducta asumida por las partes, no puede considerarse que la condena en costas opere de manera automática para el vencido en el proceso, pues a efectos de imponerla, el funcionario judicial deberá analizar si se causaron, situación que deberá ser examinada en cada caso.

Para tal efecto, el artículo 365 del CGP trae dos reglas que deben ser examinadas: el numeral 5 dispone que *"... en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión"*; y el numeral 8, que señala que *"... sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Conforme a la actual interpretación que sobre las costas es acogida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al Juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe emerger del estudio de distintos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas. Por ello, se ha concluido que el actual criterio es objetivo-valorativo.

En el *sub lite*, la Sala encuentra que el recurso de apelación presentado por la parte demandada fue resuelto desfavorablemente, por lo que, atendiendo a las reglas ya examinadas sobre el destinatario de la condena en costas, procede su imposición en contra de aquella. Así mismo, una vez revisado el expediente se advierte que en el trámite de la segunda instancia se acreditó la participación activa de la parte demandante, quien presentó alegatos de conclusión, lo que lleva a concluir que se causaron agencias en derecho en esta instancia.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

