



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

DEMANDANTE: UNIÓN TEMPORAL TRANSVERSAL DE BOYACÁ

DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- INVIAS

RADICACIÓN: 150012333000201900076-00

I. LA ACCIÓN

Procede la Sala de Decisión No. 6 de la Corporación a emitir fallo de primera instancia dentro del medio de control de CONTROVERSIAS CONTRACTUALES promovido por la UNIÓN TEMPORAL TRANSVERSAL DE BOYACÁ en contra del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-en adelante INVIAS.

II. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y oposición a los mismos

- Para este punto de los antecedentes y atendiendo la gran cantidad de supuestos fácticos invocados en la demanda, se precisa que inicialmente se acudirá a lo consignado en el libelo demandatorio y en el escrito de contestación, para determinar lo expuesto por las partes respecto a los hechos relacionados con los antecedentes contractuales que dieron lugar a la celebración del contrato 780 de 2009; respecto a los demás hechos y el pronunciamiento de la parte demandada sobre los mismos, se retomará lo expuesto en la audiencia inicial que tuvo lugar el 8 de mayo de 2019, precisando en todo caso que en aquella oportunidad procesal se relacionaron de manera resumida aquellos hechos que la entidad demandada no admite como ciertos.

2.1.1. Hechos relacionados con la celebración del contrato 780 de 2009.

- La UNIÓN TEMPORAL TRANSVERSAL DE BOYACÁ, presentó propuesta dentro del proceso de licitación No. LP-SGT-SRN-007-2009, para la celebración del contrato de obra pública bajo la modalidad de precios unitarios, para los "estudios, diseños gestión social, predial ambiental y mejoramiento del proyecto transversal de Boyacá".

- Mediante resolución No. 3255 de 1 de junio de 2009, le fue adjudicado el contrato a la Unión Temporal. Fue así como el 3 de julio de 2009, se suscribió el Contrato No. 780 de 2009 entre el INVIAS y la UNIÓN TEMPORAL TRANSVERSAL DE BOYACÁ. Se estipuló dentro del objeto contractual, el mismo decantado en el proceso licitación, respecto al valor, se dejó consignado que el mismo se definiría suma que resultara de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por los precios unitarios determinados en la propuesta del contratista, en el documento lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta.

- Se expidió el acta de inicio el 7 de septiembre de 2009. Durante la ejecución del contrato, se suscribieron varios modificatorios y adicionales al mismo.

- Finalmente, el 30 de octubre de 2015 se dio por terminado el contrato 780 de 2009.

2.1.2. Hechos relacionados con la modificación de las principales actividades a ejecutar en el marco del contrato 780 de 2009.

2.1.2.1. Mayores cantidades de obra – concreto clase A y Pilotes (ítems de obra incrementados para la construcción de los voladizos.

Parte demandante	Parte demandada
Dentro de la construcción de estructuras, el pliego de condiciones de la Licitación Publica LP-SGT-SRN-007-09, que dio nacimiento al Contrato No. 780, consideraba solo un puente en concreto de grandes características, ubicado en el sector de	Las obras eran variables, el contrato fue celebrado bajo la modalidad de Precios unitarios y cantidades variables, ya que las obras a ejecutar dependían de los estudios y diseños definitivos por el contratista; los cálculos de su propuesta debió

la quebrada agua blanca y la ejecución de estructuras como puentes, viaductos y muros, fueron previstas como menores; contemplaba las mayores cantidades de obra en el ítem de pavimento en concreto hidráulico, lo que era coherente con la actividad principal del proyecto- mejoramiento en pavimento rígido en tanto que las cantidades de obra para construcción de estructuras - como concreto clase A y pilotes pre excavados, eran mínimas.

Con base en lo anterior, el objeto del contrato y su alcance, el demandante contratista presento su oferta económica, estructurando un precio unitario **para los ítems concreto Clase A y Pilotes preexcavados**, ofertándose y pactándose un precio "bajo" y menor al estipulado en EL APU de la licitación pública.

Las cantidades pactadas contractualmente para los ítems concreto clase A y Pilotes preexcavados, tuvo un incremento superior al del cálculo económico realizado, lo que genero un desequilibrio económico del contrato, que obligó a la demandante a asumir costos desproporcionados.

Las circunstancias imprevisibles para el contratista al momento de presentar su oferta económica que dio lugar al incremento de las cantidades de concreto clase A y pilotes preexcavados, obedece a la decisión

hacerlos con fundamento en los precios del mercado, proyecciones, alcances, requerimiento y tiempo de ejecución de la misma y por el contrario, cuando se requieren mayores cantidades los costos se reducen; no se presentaron circunstancias extraordinarias o imprevisibles que alteraran los precios y consecuentemente el equilibrio contractual; el contrato 780 contaba con cláusula de ajustes, que buscaba mantener los precios pactados al contratista en su propuesta, manteniendo el equilibrio del contrato.

Las afirmaciones del demandante no se ajustan a la realidad, ya que confrontados el presupuesto oficial con cada uno de los ítems que contemplaba, con el presupuesto de la oferta económica presentada por el Contratista, se establece que el demandante ofertó el 18% por debajo del presupuesto oficial, para todos los ítems y sin ninguna consideración, lo que denota una falta de planeación de la propuesta con el único fin de adjudicársele el contrato. El hecho de que no se obtenga la utilidad esperada por el contratista por sí solo no implica un desequilibrio contractual.

Las mayores cantidades se dan dentro de las circunstancias normales y previsibles en la naturaleza de esta clase de contratos.

Para la escogencia de la estructura de

<p>del INVIAS relacionada con la construcción de estructuras de voladizos en aproximadamente 4 km, ubicados entre PR 14 y el PR 42 de la Ruta 6007 del Proyecto vial en mención.</p> <p>No existió requerimiento o acuerdo con la entidad contratante para la modificación de las principales actividades a ejecutar, ni para ajustar el diseño geométrico, previo a su aprobación, conforme a la propuesta relacionada con las estructuras de voladizo presentadas por la unión temporal, en especial, para los sitios ubicados entre el PR 28 y el PR 42 de la ruta.</p> <p>Además de la alternativa correspondiente a los voladizos para el sector indicado, se siguió considerando el corte de los taludes como la opción a implementar no obstante haberse entregado la información económica solicitada por parte de la entidad contratante, así como discutido la alternativa de los voladizos, no se realizó requerimiento alguno o acuerdo, para la modificación de las principales actividades a ejecutar en el marco del contrato de obra citado, así como de los estudios y diseños que se venían ejecutando.</p> <p>En paralelo a la aprobación por parte de la interventoría del proyecto y del INVIAS de las abscisas donde debían ir los voladizos, conforme a la decisión adoptada por la entidad contratante el</p>	<p>voladizos, como la solución más favorable para la entidad, se debió hacer un comparativo de las alternativas, teniendo como criterio su costo; para ésta corporación, el contratista tomó los precios de los ítems que eran aplicables establecidos por el mismo en su propuesta, por lo que no es aceptable, que con posterioridad y con un avance superior al 90%, considere que los precios por las cantidades de obra no se adecua a sus nuevas expectativas de utilidad.</p> <p>Lo que se visualiza de las pruebas es adelantar cortes donde era viable ejecutar esa labor, y construir voladizos en donde eran estrictamente necesarios, para lo cual se hizo visita técnica con los especialistas y en terreno se identificaron esos sitios.</p> <p>Para la construcción del pavimento rígido, se requería previamente una adecuación de calzada conforme lo exigía el pliego de condiciones, y para obtener esas condiciones en sitios donde se presentaba dificultad, se establecieron las dos alternativas (corte de talud o voladizo) lo cual no significa que se haya cambiado el mejoramiento mediante la construcción de pavimento rígido, pues lo diseñado por el contratista es un pavimento rígido constituido por lozas en voladizo, quedando un carril soportado en piso firme y otro en voladizo; muy hábilmente, el</p>
---	---

7 de diciembre de 2010, se continuo con el proceso de estudios y diseños respectivo; debido a esto, se debió modificar el diseño geométrico y las estructuras que se adelantarían en el sector comprendido entre el PR 42 y el PR 14, que fueron debidamente pagados y que consistieron en el ajuste geométrico y en la ejecución de los nuevos estudios y diseños de las estructuras den voladizos.

De acuerdo a la decisión de construcción de las estructuras en voladizos, la UNION TEMPORAL solicito al INVIAS y a la interventoría del proyecto, el pago de los estudios y diseños de las estructuras en voladizos, toda vez que estos correspondían a nuevos estudios y diseños, diferentes de los inicialmente pactados en el contrato No 780 de 2009, y por lo tanto significaban una modificación de los inicialmente entregados por la UNION TEMPORAL y aprobados, por la entidad contratante.

A marzo del año 2014, las mayores cantidades de obra de los ítems de pago 630-07 concreto clase A y 621p pilotes Preexcavados (caissons), se habían incrementado en los porcentajes del 2850% y 1168%, respectivamente.

Luego de reconocer que el incremento de cantidades de los ítems de pago concreto clase A y pilotes preexcavados no se generó por causas

diseñador utilizó el concreto clase A que es más costoso para implementar ese tipo de pavimento, mejorando sus condiciones de inversión de los recursos asignados en esos tramos. La alternativa constructiva de voladizos, fue considerada por el mismo contratista y previo acuerdo, a solicitud de la UNION TEMPORAL, se acordó para algunos puntos críticos la construcción de los mismos.

En el acta de aprobación de diseños de 21 de diciembre de 2010, se dejó constancia que los estudios y diseños estarán sujetos a la verificación de ajustes o adición durante la etapa de construcción de acuerdo con las necesidades generadas en campo, con el fin de optimizarlos a favor de la seguridad y eficiencia técnico financiera de las obras.

Desde la etapa precontractual, estaban establecidos los estudios y diseños a cargo del contratista, por los cuales se había establecido un valor como contraprestación a su realización y así fue reconocido por el INVIAS; además se contaba con formula de ajuste que efectivamente se aplicó en aras de mantener su valor en el plazo de ejecución.

El interventor no consideró la procedencia del reconocimiento de los mayores valores de la obra, lo que indicó refiere a la viabilidad del estudio de la solicitud de revisión de los precios correspondientes a los ítems Concreto Clase A y pilotes

<p>imputables al contratista, posteriormente la interventoría informó a la UNIÓN TEMPORAL que no continuaría con la revisión de los sobrecostos causados al contratista por dichos ítems</p>	<p>preexcavados; así mismo, lo que hizo posteriormente el interventor, fue indicar el sustento legal y contractual por el cual no era viable reconocimiento alguno de mayor valor de los ítems.</p>
--	---

2.1.2.2. Hechos relacionados con el rendimiento de equipos para la producción de los concretos estructurales.

Parte demandante	Parte demandada
<p>En el documento "presupuesto y APU" , en las adendas 1 y 5, referente al presupuesto oficial contenido en el pliego de condiciones de la licitación publica del INVIAS, se determinó para los ítems denominados Concreto Clase A y Concreto clase C, en lo correspondiente al Equipo utilizado en la fabricación del concreto, la utilización de mezcladoras manuales con rendimiento; para los ítems Concreto Clase D y Concreto Clase F en lo correspondiente al Equipo utilizado en la fabricación del concreto, la utilización de mezcladoras manuales de concreto de un bulto.</p> <p>El INVIAS modificó el ITEM correspondiente a pavimento en concreto hidráulico, reemplazando la mezcladora manual por la central de fabricación de mezcla.; y para los concretos estructurales A, C, D, F Y G, mantuvo la mezcladora manual.</p> <p>Elaborados y aprobados los estudios y diseños del corredor vial y los voladizos, y ejecutadas las obras conforme a las instrucciones impartidas por el INVIAS, se incrementaron las cantidades de obra correspondientes a los concretos estructurales clases A, C, D, F y G; para la producción de los mismos fue</p>	<p>Las adendas 1 y 5 fueron documentos precontractuales y previos a la presentación de la oferta, y si el demandante está ofertando un concreto hidráulico con mezcladora, no se entiende que la UNION TEMPORAL pretenda ejecutar trabajos de aproximadamente 104.000 metros cúbicos con mezcladora manual, cuando la adenda del pliego ya exigía una central de fabricación de mezcla, dada la cantidad y el control de calidad a dicha mezcla.</p> <p>El equipo mínimo exigido para los concretos estructurales denominados Clase A,B,C,D,F y G, era mezcladora; sin que ello quisiera decir que era imperativo que para estos concretos se tuviera una central de fabricación.</p> <p>A pesar que las cantidades establecidas en el presupuesto inicial y sus adendas, las cantidades que indica el demandante como reales después de los diseños, no corresponden a las recibidas por el INVIAS.</p> <p>La interventoría dio respuesta integral y de acuerdo con la licitación, propuesta y contrato suscrito por las partes, a la solicitud de reconocimiento por implementación</p>

<p>necesaria la utilización de Centrales de fabricación de concreto, debido a que no era posible producir las cantidades requeridas, con la mezcladora manual vigente.</p> <p>La demandante solicitó ante la interventoría del proyecto el reconocimiento de los mayores gastos generados por el montaje de las plantas industriales, a lo cual ésta contestó que la implementación de las mismas obedeció a una decisión libre del contratista y no a la modificación de las principales obras a ejecutar en el marco del contrato 780 de 2009, e informa que no habrá lugar al pago de los mayores costos administrativos en el caso de concreto hidráulico, cuando dicha solicitud no fue la que se invocó.</p>	<p>de plantas de concreto entre otros, presentada por la demandante.</p> <p>La interventoría no aprobó sobrecostos, lo que hizo fue un recibo de la obra. Así mismo, respecto a la solicitud de mayores gastos generados por el montaje de las plantas industriales, a lo cual esta contestó que la implementación de las mismas obedeció a una decisión libre del contratista y no a la modificación de las principales obras a ejecutar en el marco del contrato 780 de 2009, e informa que no habrá lugar al pago de los mayores costos administrativos en el caso de concreto hidráulico, cuando dicha solicitud no fue la que se invocó.</p>
--	---

2.1.3. Hechos relacionados con el sobre costo por acarreo de agregados para concreto hidráulico y para concretos estructurales.

Parte demandante	Parte demandada
<p>El INVIAS mediante adendas modificó a 60 Km la distancia para el Transporte tanto de triturado como de arena correspondiente al ITEM denominado Pavimento de Concreto Hidráulico, previendo que a la distancia anteriormente fijada- 30 Km, no se encontraban fuentes para la extracción del material.</p> <p>La Unión Temporal identificó otras fuentes de material ubicadas en el kilómetro 67, tales como la Cantera San Antonio. El titular del contrato de concesión de esta fuente de material, se encontraba en fase de explotación</p>	<p>El INVIAS efectuó las adendas de acuerdo a las fuentes de materiales existentes y viables de utilizar.-</p> <p>La interventoría, en acta de 23 de marzo de 2010, le manifestó que la única cantera autorizada y que cumplía con los requerimientos, era la de San Antonio, que se encontraba dentro de la distancia prevista en los pliegos de condiciones (40 km del eje del proyecto) y tan cierto es que a la fecha de la contestación se estaban explotando dichos los materiales de la cantera mencionada, para obras similares dentro del mismo corredor</p>

<p>y contaba con los requisitos legales para explotar el material de la misma. En ese sentido suministró material a la Unión Temporal para Sub base, sin embargo las características del material no cumplían con los requisitos para la elaboración del pavimento en concreto hidráulico y concretos tipo A, C, D y F.</p> <p>La Demandante inicio el trámite de autorización temporal para otra fuente de material ubicada en el PR 67 Ruta 6007, la Secretaria de Minas de la Gobernación de Boyacá otorgó la Autorización Temporal para la explotación de materiales de construcción mediante la Resolución No. 246 del 27 de mayo de 2010; sin embargo, realizados los ensayos respectivos el material del área otorgada no cumplía con los requisitos exigidos por el INVIAS para la elaboración del pavimento en concreto hidráulico y concretos tipo A, C, D y F.</p> <p>Lo anterior, dio lugar a que se buscaran otras fuentes a mayor distancia que proporcionaran los materiales de elaboración de los concretos requeridos, lo cual representó un sobrecosto para el contratista, pues la obtención del material tendría que hacerse a una distancia de 121 km del eje del proyecto; en consecuencia, solicitó en el año 2014, a la interventoría que procediera al ajuste de precios</p>	<p>vial.</p> <p>Existían fuentes materiales dentro de las distancias previstas en el pliego de condiciones, lo cual fue reiterado por la interventoría, y que cumplían con las exigencias del INVIAS.</p> <p>La solicitud de reconocimiento de sobrecostos se dio hasta el 9 de mayo de 2014, cuando ya se llevaba más del 80% de la obra ejecutada, y precisamente, esa actividad consistía en un riesgo consagrado en la matriz de riesgos a cargo del contratista, sin que este con anterioridad a dicha fecha haya efectuado pronunciamiento alguno al respecto.</p>
---	--

<p>unitarios y el reajuste de los mayores gastos de transporte de los ítems mencionados, solicitud que fue resuelta de manera negativa, indicando que el riesgo de la ubicación de las fuentes de materiales para la producción de los concretos referenciados eran del contratista.</p>	
--	--

2.1.4. Hechos relacionados con mayores cantidades de obra - material granular filtrante, concreto clase D, concreto Clase F y Concreto Case G.

Parte demandante	Parte demandada
<p>En el momento de ofertar y contratar, la UNION TEMPORAL, con base en el alcance de las actividades del proyecto previsto en los pliegos de condiciones presentó un valor y asumió los costos que generaba el mismo, incluso en los casos de incrementos de cantidades de obra que podían preverse con base en la información consagrada en el pliego de condiciones respectivo. No obstante, en el caso de los ítems de Material granular Filtrante, Concreto clase D y Concreto clase G, se trata de un incremento exorbitante (en promedio de un 421.5%), que supera el cálculo económico realizado y por lo tanto genera un desequilibrio económico del contrato, dado que obliga a la UNION TEMPORAL a asumir una pérdida desproporcionada, en razón del porcentaje de incremento de las cantidades obras de los ítems mencionados.</p>	<p>El contratista pretende hacer ver como un alea extraordinaria una circunstancia previsible como lo era la de mayores cantidades de obra, y no es comprensible su manifestación de que por tratarse de bajas cantidades asumía costas que generaba el mismo, y que ahora por ser mayores cantidades le resulta más costoso, cuando resulta elemental concluir que a mayores cantidades existe reducción de costos y en consecuencia le resulta más beneficioso.</p>

2.1.5. Hechos relacionados con mayores cantidades de obra de remoción de derrumbes.

Parte demandante	Parte demandada
<p>Las cantidades de obra previstas para la remoción de derrumbes en la licitación eran mínimas, de manera que si bien las mismas se contemplaron, lo cierto es que no correspondían a la actividad principal del contrato; la UNION TEMPORAL presentó un precio unitario para el ítem de remoción de derrumbes, con base en las características del proyecto, las condiciones de ejecución y el tipo de actividades que se esperaban ejecutar en el corredor vial y ofertó un precio bajo y menor al estipulado en el APU propuesto en la licitación pública.</p> <p>Las cantidades ofertadas se incrementaron debido al intenso invierno que afectó al país desde finales del año 2010, que generaron derrumbes en la zona donde se desarrollaba el proyecto vial, lo que generó una afectación al equilibrio económico del contrato.</p> <p>La UNION TEMPORAL solicitó a la interventoría se reconocieran los mayores costos de obra por este ítem, a lo cual esta respondió que remitiría la solicitud al INVIAS para su consideración y estudio, atendiendo a que en dicho pedimento se indicó que el incremento se dio aproximadamente en un 78% a causa</p>	<p>El contratista para todos los ítems, tomó el presupuesto oficial y las adendas y les aplicó un descuento del 18%, lo que demuestra que no hubo ningún análisis diferente al de presentar una oferta con el propósito de que le fuera adjudicada.</p> <p>En el caso particular no se presentaron hechos imprevisibles, el contratista, atendiendo a la clase de contrato, estaba obligado a garantizar la transitabilidad, el INVIAS estableció un precio muy favorable para este y todos los ítems, e igualmente, debe tenerse en cuenta que el transporte de material de derrumbes al sitio de disposición final se pagaba por otro ítem.</p> <p>La interventoría hace el reconocimiento de cantidades ejecutadas y no de sobrecostos, como lo hace ver el demandante; el contrato contó con la fórmula de ajustes, lo cual se hizo y equivalió al 7% del valor de la obra ejecutada.</p>

<p>de la intensidad de la ola invernal que ocurrió en el año 2010. Al respecto, el INVIAS no emitió ningún concepto</p>	
---	--

2.1.6. Hechos relacionados con la extensión de la etapa de ejecución del contrato 780 de 2009.

Parte demandante	Parte demandada
<p>El no contar con un presupuesto definitivo de las obras de mejoramiento, rehabilitación y construcción, generó la incertidumbre relacionada con los valores a invertir en las mismas, los plazos consagrados en la cláusula cuarta del contrato No 780 de 2009 y los valores de las vigencias, afectando el buen desarrollo de contrato.</p> <p>Es claro que: (i) durante el año 2010 y 2011, no se había definido la totalidad de las obras que debían adelantarse en la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción del contrato No. 780 de 2009, (ii) esta situación afectó no solo la definición del presupuesto del mantenimiento que debía adelantarse a finales de 2012 y en el año 2013, sino también la buena ejecución del contrato de obra No 780, por la razones expresadas, (iii) la indecisión respecto de las obras a ejecutar y el tiempo que requirió el INVIAS para</p>	<p>La ejecución de obras estaba supeditada a la aprobación de los diseños cuya elaboración estaba a cargo del contratista; de acuerdo con los requerimientos de la interventoría, la no aprobación de los estudios y diseños era la causa para no definir las obras a ejecutar.</p> <p>No está demostrado que el contratista haya cumplido con sus obligaciones en tiempo (estudios y diseños), lo que implicaba las reprogramaciones de inversión; las adiciones y prorrogas fueron firmadas de manera libre y espontánea por parte del contratista.</p> <p>El actor omite relacionar como causa de la mora en los trabajos, la entrega tardía de los estudios y diseños por él elaborados, debidamente aprobados, máxime cuando nos encontramos ante un contrato de precios unitarios con formula de ajuste, siendo la contratista quien presento oferta con precios bajos</p>

impartir directrices concretas al respecto, unido a otros inconvenientes por la ola invernal, generaron que debiera solicitarse la reprogramación de las cantidades de obra por fuera del plazo inicial previsto para la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción, (iv) la solicitud de reprogramación, presentada por la UNION TEMPORAL no fue aprobada por el INVIAS, que informó la aplicación del documento CONPES 3705 del 14 de octubre de 2011, relacionadas con la reprogramación de vigencias y la correspondiente modificación del contrato de obra mencionado y (v) La UNION TEMPORAL, remitió un nuevo programa de inversión en consideración a la modificación de las vigencias presupuestales requerida y contemplada en el CONPES 3705 del 14 de octubre de 2011

En el nuevo programa se contemplaba para el año 2013 la inversión de 33.669.475.403, situación generada por la modificación de vigencias solicitada por el INVIAS, y que tuvo como consecuencia la extensión de la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción hasta el mes 48 del contrato, dado que las obras de pavimentación en concreto rígido y estructuras en voladizos requerían de estos recursos para ser finalizadas.

La extensión de la etapa de mejoramiento, rehabilitación y

<p>construcción, le genero a la UNION TEMPORAL, una mayor permanencia en el sitio de las obras, desde el mes 37 hasta el 48 del contrato referido, adelantando actividades diferentes a las de mantenimiento que eran las inicialmente previstas en el momento de la licitación LP</p>	
--	--

2.2. Pretensiones:

Se contraen a las siguientes:

- Como **pretensiones declarativas** invoca las siguientes:

Primera.- Que se declare que el INVIAS incumplió con su deber de planear el contrato No. 780 de 2009 y que como consecuencia, el acarreo de materiales desde la fuente varió de 60 Km establecidos en el pliego de condiciones hasta la distancia real a la que se hallaron las fuentes de la cual se obtuvo los materiales para la producción del pavimento de concreto hidráulico, esto es 121 Km, generando con esto el desequilibrio económico del contrato.

Primera subsidiaria de la primera pretensión.- Que se declare que el INVIAS incumplió con su deber de planear el contrato No. 780 de 2009 y que, como consecuencia, el acarreo de materiales desde la fuente vario de 60 Km establecidos en el pliego de condiciones hasta la distancia real a la que se hallaron las fuentes de las cuales se obtuvo los materiales para la producción del pavimento de concreto hidráulico, esto es 121 Km, generando con esto daños y perjuicios a la Unión Temporal Transversal de Boyaca, que el INVIAS está obligado a pagar. (PRETENSIÓN QUE NO INVOCA EL EQUILIBRIO SINO QUE RECLAMA EL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS. EN TODO CASO, HAY QUE MIRAR CUALES SON LOS QUE PIDE EN CONDENATORIA, Y SI LOS PERJUICIOS REFIEREN DE MANERA ESPECÍFICA AL EQUILIBRIO DEL CONTRATO).

9

Segunda.- Que se declare que se alteraron las condiciones técnicas y económicas inicialmente previstas al suscribir el contrato No. 780 de 2009, en lo relativo a un aumento desproporcional de las cantidades de obra inicialmente pactadas para el ítem 211.01 Remoción de derrumbes. con ocasión a un hecho

constitutivo de la teoría de la imprevisión, generando con esto el desequilibrio económico del contrato.

Tercera.- Que se declare que se alteraron las condiciones técnicas v económicas inicialmente previstas al suscribir el contrato No. 780 de 2009, en lo relativo a un aumento desproporcional causado por la decisión de la Entidad de modificar las principales actividades a ejecutar en general por las razones aducidas en los fundamentos de hecho de esta demanda, de las cantidades de obra inicialmente pactadas para los ítems i) Material granular Filtrante, ii) Concreto clase D, iii) Concreto clase F., iv) Concreto clase G, y v) Remoción de derrumbes. generando con esto el desequilibrio financiero del contrato.

Cuarta.- Que se declare que el INVIAS modificó unilateralmente las condiciones técnicas del contrato al variar el alcance del objeto del contrato mediante la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de la estructuras en voladizos y su construcción, generando con esto el desequilibrio financiero del contrato, representado en el sobre costo en los ítems de pago de los concretos clase A, C, D. F v G v el de pilotes pre excavados caissons que requieren de los concretos clase C y clase F para su construcción, lo que obligo al contratista a la instalación de tres plantas industriales.

Primera subsidiaria de la cuarta pretensión.- Que se declare que el INVIAS incumplió el contrato No. 780 de 2009, al variar el alcance del objeto del contrato mediante la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de la estructuras en voladizos y su construcción, luego de haberse fijado aquel (el alcance) mediante la aprobación de los diseños para la construcción y mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico, generando con esto el desequilibrio financiero del contrato, representado en el sobre costo en los ítems de pago de los concretos clase A, C, D, F y G y el de pilotes pre excavados (caisson) que requieren de los concretos clase C y clase F para su construcción, lo que obligó al contratista a la instalación de tres plantas industriales. (PRETENSÓN DIFERENTE PORQUE PIDE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y NO EL EQUILIBRIO FINANCIERO- VER SI APLICA TEORIA DE CONSEJO DE ESTADO SOBRE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS)

Segunda subsidiaria de la cuarta pretensión.- Que se declare que el INVIAS incumplió el deber de planeación durante la ejecución del contrato y su deberes asociados a la dirección general del contrato, al haber dado la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de la estructuras en voladizos

y su construcción, luego de haberse aprobado los diseños para la construcción y mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico, modificando con esto las actividades principales del contrato y generando con esto el desequilibrio financiero del mismo, representado en el sobrecosto en los ítems de pago de los concretos clase A, C, D, F y G y el de pilotes pre excavados (caisson) que requieren de los concretos clase C y clase F para su construcción, lo que obligó al contratista a la instalación de tres plantas industriales.

Quinta. Que se declare que el INVIAS modificó unilateralmente las condiciones técnicas del contrato al variar el alcance del objeto del contrato mediante la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de las estructuras en voladizos y su construcción, generando con esto el desequilibrio financiero del contrato, representado en una pérdida desproporcionada (o suma dejada de percibir) ocasionada por el aumento excesivo de los ítems de pago concreto clase A y 621p pilotes Pre excavados y Caissons.

Primera subsidiaria de la quinta pretensión: Que se declare que el INVIAS incumplió el contrato No. 780 de 2009, al variar el alcance del objeto del contrato mediante la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de las estructuras en voladizos y su construcción, luego de haberse fijado aquel (el alcance) mediante la aprobación de los diseños para la construcción y mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico, generando con esto el desequilibrio financiero del contrato, representado en una pérdida desproporcionada (o suma dejada de percibir) ocasionada por el aumento excesivo de los ítems de pago 630.1 concreto clase A y 621p pilotes Pre excavado (Caissons). (MISMO ANÁLISIS QUE EN LA CUARTA)

Segunda subsidiaria de la quinta pretensión.- Que se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS incumplió el deber de planeación durante la ejecución del contrato y sus deberes asociados a la dirección general del contrato, al haber dado la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de las estructuras en voladizos y su construcción, luego de haberse aprobado los diseños para la construcción y mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico, modificando con esto las actividades principales del contrato y generando con esto el desequilibrio financiero del contrato, representado en una pérdida desproporcionada (o suma dejada de percibir) ocasionada por el aumento excesivo de los ítems de pago concreto clase A y 621p pilotes Pre excavado (Caissons).

Sexta Que se declare que el desequilibrio económico del contrato representado en los sobrecostos administrativos por la mayor permanencia de obra en virtud **de la extensión de la etapa de mejoramiento**, rehabilitación y construcción del contrato, generado por la **modificación unilateral del alcance del objeto** del contrato mediante la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de las estructuras en voladizos y su construcción por parte del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS así como la decisión adoptada por el INVIAS respecto de la modificación de las vigencias presupuestales del contrato No. 780 de 2009 de los años 2011 y 2012, y/o debido a la orden tardía (o después de haberse aprobado los diseños para la construcción v mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico) dada por la Entidad contratante de elaborar los estudios v diseños de las estructuras en voladizo, v su correspondiente construcción.

Primera subsidiaria de la 6 pretensión: Que se declare que el desequilibrio económico del contrato representado en los sobrecostos administrativos por la mayor permanencia de obra en virtud de la extensión de la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción del contrato, ocasionado por el **incumplimiento de la entidad contratante al contrato No. 780 de 2009**, al variar el alcance del objeto del contrato mediante la orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de la estructuras en voladizos y su construcción, luego de haberse fijado aquel (el alcance) mediante la aprobación de los diseños para la construcción y mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico.

Segunda subsidiaria de la sexta pretensión.- Que se declare que el desequilibrio económico del contrato representado en los sobrecostos administrativos por la mayor permanencia de obra en virtud de la extensión de la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción del contrato, ocasionado por **el incumplimiento de la entidad contratante deber de planeación** durante la ejecución del contrato y su deberes asociados a la dirección general del contrato, al haber dado orden de elaboración y aprobación de los estudios y diseños de la estructuras en voladizos y su construcción, luego de haberse fijado aquel (el alcance) mediante la aprobación de los diseños para la construcción y mejoramiento de las zonas inestables en concreto hidráulico.

- Como **pretensiones condenatorias**, la demandante invoca que se ordene al INVIAS en su calidad de contratista, pagar los siguientes valores:

Primera.- los sobrecostos o mayores gastos de transporte para los ítems Pavimento de Concreto Hidráulico, concretos estructurales (concreto clase A, C,

D, F y G) y pilotes pre excavados (caisson), la suma de DIEZ MIL QUINIENTOS NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$10.590'419.879), en razón al rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, causado por la imposibilidad de hallar fuentes para la extracción de material de arena y triturado para la producción de pavimento en concreto hidráulico, a la distancia fijada por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS- en el pliego de condiciones en el que se fundamentó el contrato No. 780 de 2009, de conformidad con lo expresado en el presente documento, debidamente actualizado a la fecha de su pago efectivo. (TIENE QUE VER CON LA PRIMERA PRETENSIÓN, Y LOS PERJUICIOS ESTÁN RELACIONADOS CON EL EQUILIBRIO FINANCIERO, NO PIDE OTROS ADICIONALES, DE MANERA QUE SÓLO SERA LA PRIMERA PRETENSIÓN.)

Segunda.- Por concepto de sobrecostos generados por el montaje de tres plantas industriales, ocasionado por la decisión adoptada por el INVIAS relacionada con la construcción de las estructuras en voladizos, que genero el aumento de las cantidades de los ítems de los concretos estructurales clase A, C, D, F y G y el de pilotes pre excavados (caisson) que requieren de los contratos clase C y clase F para su construcción, la suma de DOS MIL CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS m/cte (\$2.124'041.364), debidamente actualizado a la fecha de su pago efectivo.

Tercera.- Por concepto de afectación económica generada por el incremento de las cantidades de los ítems de pago 630,1 concreto clase A, pilotes pre excavados respecto de la construcción de voladizos por (9.526'130.261) debidamente actualizados;

Cuarta.- La afectación económica generada por el incremento de las cantidades de los ítems de pago, 610.2 Material granular Filtrante, 630.4 Concreto clase D, 630.6 Concreto clase F y 630.7 Concreto clase G, la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO OCHENTA PESOS (\$434,196,180), , debidamente actualizado a la fecha de su pago efectivo.-

Quinta.- La afectación económica generada por el incremento de las cantidades del ítem de pago, 211.01 remoción de derrumbes, la suma de QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS

VEINTIUN PESOS m/cte.(\$593,873,721), ocasionado por la temporada invernal de los años 2010-2011 y

Sexta.- la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO PESOS m/cte (\$2,400,493,528) debidamente actualizado a la fecha de su pago efectivo, por concepto de mayor permanencia en el sitio de las obras en virtud de la extensión de la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción.

2.3. Alegatos

La apoderada de la parte demandante y la representante judicial de la parte demandada, presentaron sus alegaciones finales, en los siguientes términos:

2.3.1. Alegatos parte demandante (fls. 426-463).

1. En sus alegaciones finales, este extremo procesal indicó que se encontraba acreditados principalmente, los siguientes supuestos fácticos:

- El INVIAS realizó una modificación imprevisible al alcance del objeto del contrato 780 de 2009 que dio lugar a un desequilibrio contractual en perjuicio de la UT demandante, en el entendido que pese a que el objeto principal del contrato correspondía prioritariamente al mejoramiento en concreto hidráulico en el corredor vial sobre el cual recaía la ejecución del mismo y sólo se consignó en el Pliego de Condiciones la construcción de un puente, el 7 de diciembre de 2011, la entidad contratante seleccionó la alternativa de estructuras en voladizo en varios de los tramos del sector PR 22 a PR 42 de la vía, a efectos de cumplir con los estándares de ancho de vía requeridos, lo que dio lugar a que (i) se incrementaran las cantidades de obra del concreto clase A y de los pilotes preexcavados caissons – insumos requeridos para la construcción de los voladizos- respecto de las aprobadas en el pliego de condiciones y (ii) producir los concretos estructurales C, D E, F y G con centrales de fabricación, mezcla de concreto y retro cargador – equipos diferentes a los mezcladores manuales definidos en el Pliego de Condiciones- generando sobre costos en dicha actividad de producción.

- Se incrementaron las cantidades de obra respecto de material granular filtrante y de los concretos estructurales clase C, D, E y F, por modificación de las principales actividades a ejecutar.

- La UT tuvo que proceder a la extracción de arena y triturado (insumos para la producción de concretos estructurales) a una fuente que se encontraba ubicada a 121 kms del proyecto vial, pues, dentro de la distancia de 60 kms fijada por el INVIAS en el pliego de condiciones para llevar a cabo dicha actividad, bien no se autorizó la extracción de tales materiales por parte de la Secretaría de Minas del departamento de Boyacá, o bien los materiales extraídos no cumplían con los estándares de calidad requeridos.

- El incremento de la remoción de derrumbes, respecto a los fijados en el pliego de condiciones de la licitación pública, a causa del invierno intenso que afectó al país desde el año 2010.

- Hubo sobrecostos administrativos generados por la extensión de la etapa de construcción, ocasionado por la decisión adoptada por el INVIAS respecto de la modificación de las vigencias presupuestales del contrato 780 de 2009, de los años 2011 y 2012.

2. A partir de lo anterior y en orden a acreditar la afectación al equilibrio financiero del contrato a causa de los hechos atrás enunciados, hizo mención al dictamen pericial emitido por el contador público Andrés Ricardo Carvajal (como consecuencia de la objeción por error grave del dictamen del perito Roizón Arévalo), en el que se concluyó que la UT había tenido una pérdida registrada a 2015, de \$3.467.925.657,25), precisando que la causa que dio lugar a los perjuicios que se reclaman nunca cesó y precisó que la entidad ha cumplido a cabalidad con la carga de presentar la reclamación durante la ejecución del contrato – citando al respecto el oficio UTTB-294-15 y en consecuencia, ha actuado de buena fe frente a la entidad contratante y señala que el contratista al suscribir modificaciones, no renunció a sus reclamaciones pues su derecho a obtener el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, es independiente de la suscripción de tales modificaciones.

3. Finalmente, señaló que el perito contable Roizón Arévalo Hurtado, utilizó una metodología que no permitió dar respuesta al formulario, pues para ello era necesaria la contabilidad de la UT y de sus miembros; así mismo, respecto a la tacha de falsedad del testimonio del señor Edgar Pacheco, señaló que la misma no es procedente, debido a que el testigo es una persona calificada por sus conocimientos técnicos y científicos e igualmente indicó respecto al testimonio no practicado de la señora Adriana Cárdenas, sostuvo que si bien no se considera

que la declaratoria de parte hubiese sido el medio probatorio idóneo, el despacho debió hacer una reconducción tácita del medio probatorio a una declaratoria de parte, si no consideraba que el testimonio era el medio de prueba idóneo.

2.3.2. Alegatos parte demandada (fls. 464-470).: La apoderada de la entidad demandada, presentó sus alegaciones finales, en los siguientes términos:

1. Inicialmente, se ratificó en los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

2. Luego, tomando en consideración el litigio fijado en la audiencia inicial, solicitó se tuvieran en cuenta los siguientes argumentos:

- Respecto de los incrementos en Concreto Clase A y pilotes con ocasión de la alternativa aprobada de construcción de voladizos para aprobar el garantizar el de la vía, estos cambios en los ítems estaban sujetos a los resultados de los estudios y diseños, y el INVIAS canceló al contratista todas las mayores cantidades de obra, tal y como obra en actas parciales de obra y en adiciones al contrato 780 de 2009, advirtiéndose que el demandante ejecutó desde el año 2010 obra de construcción de voladizos , habiéndose suscrito adicionales de obra No. 1 y 5 y sin que se hiciera manifestación alguna del reclamo por las mayores cantidades de obra, elevando sólo hasta el 28 de mayo de 2014 solicitud de reajuste de precios.

- En cuanto al acarreo de materiales, afirmó que existe aún la cantera que cumplía con las especificaciones para la fuente de los mismos, tal y como debió verificarlo el proponente de la obra para familiarizarse con las condiciones de la propuesta que iba a presentar, precisando que en el análisis que aportó la UT se estableció como distancia de acarreo 25 km.

- Frente al rendimiento de los equipos para la producción de los concretos estructurales, indica que desde las adendas 1 y 5 del pliego de condiciones, ya se exigía una central de fabricación de mezclas.

- Respecto a las mayores cantidades de obra de material granular filtrante y de concretos estructurales Clase D, F y G, señaló que durante la ejecución del contrato no se presentaron aleas extraordinarias que afectaran los precios ofertados, y que todo lo contrario, estaba demostrado la falta de análisis de los

proponentes en su oferta, dado el objeto del contrato, lo que les imponía la carga en la presentación de una propuesta consistente, que en el caso no se dio, pues simplemente se limitó a un descuento automático del 18% para todos los ítems del presupuesto oficial.

- Frente a las mayores cantidades de obra por remoción de derrumbes, sostuvo que el contratante estaba obligada a analizar las diferentes circunstancias en que se desarrolla el contrato, siZ>n embargo, no previó aspectos como el histórico pluvioso de la zona vislumbrándose falta de diligencia en la respuesta.

- En cuanto a la extensión de la etapa de ejecución del contrato 780 de 2009, resaltó que la ejecución de la obra estaba supeditada a la aprobación de los estudios y diseños a cargo del contratista, y resalta los reiterados incumplimientos en que incurrió la UT en la entrega de estudios y diseños: adicionalmente, señaló que se iniciaron los procesos respectivos por incumplimiento del contratista.

3. Finalmente, hizo referencia a los dictámenes periciales aportados, indicando que ninguno logra demostrar las afectaciones financieras pretendidas por la UT.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

El Tribunal es competente para proferir fallo de primera instancia dentro del presente asunto, de conformidad con las previsiones del artículo 152 numeral 5 del C.P.A.C.A.

3.2. Problema jurídico

Conforme al litigio fijado en la audiencia inicial celebrada el pasado 9 de mayo de 2019 y las pretensiones ventiladas en la demanda advierte la Sala que EL problema jurídico principal se contrae a determinar si debe o no declararse la afectación del equilibrio financiero del contrato de obra 780 de 2009, celebrado entre la Unión Temporal Transversal de Boyacá y el INVIAS, que se materializan, según lo expuesto en la demanda, en aspectos relacionados con mayores cantidades de obra, sobre costos y mayor permanencia de la obra.

Siendo ello así, y en orden a determinar si hubo o no afectación al equilibrio financiero del contrato, se deberán analizar los siguientes aspectos:

(i) Si producto de una supuesta modificación al alcance del objeto del contrato de obra pública No 780 de 2009, derivada de una también supuesta falla en la planeación del mismo, se presentó un desequilibrio contractual por cuanto supuestamente el contratista tuvo que asumir, en la ejecución del objeto contractual, una mayor cantidad de obra, mayor cantidades de estudios y diseños no previstos, y obras tampoco previstas en el contrato a cambio de otras previstas que determinaron mayores costos en su construcción.

(ii) En caso de resultar mayores cantidades de obra ejecutadas, estudios y diseños no previstos en el objeto contractual y obras ejecutadas a costos mayores a los previstos en el objeto contractual, si dichas mayores cantidades de obra, estudios y diseños y obras ejecutadas a costos mayores, fueron pagados o no al contratista, o si las mayores cantidades de obra y mayores costos que reclama se le reconozcan son producto de haber presentado el contratista una propuesta artificialmente baja que la entidad contratante estima inferior al 18% de la prevista en el presupuesto oficial previsto en los pliegos de condiciones.

(iii) Si el contratista incurrió en costos mayores por concepto de rendimiento de los equipos para la producción de concretos por haber tenido que construir tres plantas de fabricación de concretos y concreto hidráulico a cambio de las procesadoras manuales de concreto manual previstos en los pliegos de condiciones para la producción de los concretos estructurales, requerido a la construcción de los voladizos dispuesta en la ejecución del contrato 780 de 2009.

(iv) Si el contratista tuvo que asumir un sobre costo por acarreo de los agregados de concreto; dado que tuvo que acarrearlos a mayor distancia de la determinada en el pliego de condiciones.

(v) Si el contratista tuvo que asumir mayores costos de material granular filtrante y concretos clase D, F Y G que no hayan sido reconocidas y pagadas.

(vi) Si el contratista tuvo que ejecutar mayores cantidades de obra por concepto de remoción de derrumbes y

(vii) Si el contratista tuvo que permanecer durante un periodo mayor al previsto inicialmente en los términos el contrato, es decir, si existió extensión en la etapa de ejecución por causa no imputable al contratista

En orden a resolver el problema jurídico, inicialmente, la Sala abordará el principio de equilibrio financiero del contrato y determinará conforme a las reglas jurisprudenciales decantadas, si se satisfacen los requisitos fijados para solicitar en sede judicial las pretensiones encaminadas a restablecer el equilibrio financiero del contrato.

Sólo de superarse este estudio de procedencia, la Sala analizará los demás aspectos decantados en el problema jurídico.

3.3. Del equilibrio financiero del contrato

3.3.1. 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 contratista¹.

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 negocial, 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 esperada².

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

¹ 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 Mélida Valle de la Hoz.

² Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 29 de abril de 2010, Expediente 2006-00375, M.P. Rafael Ostau de Lafont

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

(...)

Artículo 5° 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:

1°. 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 partes³.

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 siguientes⁴:

(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 contractual⁵;

(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 contractuales⁶.

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 requisitos⁷:

³ 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.

⁴ Op. Cit. Fl. 24.

⁵ 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)

⁶ Op. Cit. Fl. 28.

⁷ 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. 680012333000201300118 01 (52.666), C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

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.

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.

3.3.2. Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual

En pronunciamientos recientes, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸, 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"*

⁸Consejo 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.

de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar..."

Corolario de lo anterior, ha precisado el Consejo de Estado, es 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"⁹ (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

⁹ 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.

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 negocial las partes pueden 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 zanjadas¹⁰”.

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.¹¹

3.3.3. Análisis del factor oportunidad. Caso Concreto.

Memora la Sala que, conforme al problema jurídico planteado, la tesis de la parte actora estriba básicamente en alegar el desequilibrio financiero del contrato determinado en sobre costos, mayores cantidades de obra y mayor permanencia de obra, 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

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de noviembre de 2018, expediente 1999-00319-00 (55230), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹¹ Op cit.

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

3.3.3.1.- De la celebración del contrato 780 de 2009

(i) El **13 de julio de 2009**, el INVIAS y la UT TRANSVERSAL DE BOYACÁ, celebraron el contrato de obra No. 780 de 2009. En la cláusula primera, se estipuló como objeto contractual el siguiente (fls. 171-188 cuaderno 1 anexos):

"CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se obliga para con el INSTITUTO a ejecutar las actividades necesarias para la realización de proyecto ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTIÓN SOCIAL, PREDIAL, AMBIENTAL Y MEJORAMIENTO DEL PROYECTO "TRANSVERSAL BOYACÁ", por el sistema de precios unitarios con ajustes, de acuerdo con el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública LP-SGT-SRN-007-2009, sus apéndices A, B, C, E, F, y G, la propuesta DEL CONTRATISTA aceptada por el INSTITUTO y bajo las condiciones estipuladas en el siguiente contrato"

En la cláusula segunda del contrato se estipuló que el valor del contrato sería la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas, por los precios unitarios estipulados en la propuesta del contratista, en el documento lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta y se consignó que *"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"* Con base en esta condición se estimó el precio del contrato e la suma de \$120.865.437.576,00.

(ii) De las adiciones al contrato de obra 780 de 2009.

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 30 de noviembre de 2012	A solicitud de la UT, presentada el 23 de agosto de 2012, mediante comunicación UTTB-233-12, con el fin de ejecutar	Adición en valor del contrato: \$ 4.655.619.284

	(fl. 195-196 cuaderno anexos 1)	mayores cantidades de obra y finalizar la meta prevista.	
2	Adicional No. 2 de 6 de septiembre de 2013 (fl. 197-198 cuaderno anexos 1)	A solicitud de la UT, presentada el 29 de julio de 2013, mediante comunicación UTTB- 144-13, con el fin de ejecutar mayores cantidades de obra y finalizar la meta física.	Adición en plazo: desde el 7 de septiembre de 2013 y hasta el 22 de diciembre de 2013.
3	Adicional No. 3 de 19 de diciembre de 2013 (fls. 199-200 cuaderno anexos 1)	A solicitud de la UT, presentada el 29 de noviembre de 2013, mediante formato MSF-FR-019, con el fin de ejecutar mayores cantidades de obra y finalizar la meta prevista.	Adición en plazo: desde el 22 de septiembre de 2013 y hasta el 31 de diciembre de 2013.
4.	Adicional No. 4 de 30 de diciembre de 2013 (fl.201-203 cuaderno anexos 1)	A solicitud de la UT, presentada el 20 de noviembre de 2013, mediante comunicación UTTB- 268-13.	Adición en plazo: desde el 31 de diciembre de 2013 y hasta el 29 de marzo de 2014.
5.	Adicional No. 5 de 28 de marzo de 2014 (fls. 204-205 cuaderno anexos 1)	A solicitud de la UT, presentada el 17 de febrero de 2014, mediante comunicación UTTB- 030-14, conforme a las necesidades del contrato.	Adición en plazo: desde 29 de marzo de 2014 hasta el 26 de diciembre de 2014. Adición en valor: \$ 27.473.000.000
6.	Adicional No. 6 de 24 de diciembre de 2014 (fl.207-208 cuaderno anexos 1)	A solicitud de la UT, presentada el 18 de diciembre de 2014, mediante comunicación UTTB- 361-14, conforme a las necesidades del contrato de obra.	Adición en plazo: desde el 26 de diciembre de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014
7.	Adicional No. 7 de 31 de diciembre de	A solicitud de la UT, presentada el 29 de diciembre de 2014, mediante comunicación UTTB-	Adición en plazo: desde el 31 de diciembre de 2014

	2014 (fl.209-210 cuaderno anexos 1)	364-14, con el fin de dar continuidad a las metas físicas contratadas	hasta el 28 de febrero de 2015.
8.	Adicional No. 8 de 27 de febrero de 2015 (fls.211-212 cuaderno anexos 1)	A solicitud de la UT, presentada el 26 de febrero de 2015, mediante comunicación UTTB-069-15, con el fin de dar continuidad a las metas físicas contratadas	Adición en plazo: desde el 28 de febrero de 2015 hasta el 30 de junio de 2015.
9.	Adicional No. 9 de 26 de junio de 2015 (fls.213-214 cuaderno anexos 1)	A solicitud de la UT, presentada el 9 de junio de 2015, mediante comunicación UTTB- 265-15, con el fin de dar continuidad a las metas físicas contratadas	Adición en plazo: desde el 30 de junio de 2015 hasta el 30 de agosto de 2015.
10.	Adicional No. 10 de 28 de agosto de 2015 (fls.215-216 cuaderno anexos 1)	A solicitud de la UT, presentada el 24 de agosto de 2015, mediante comunicación UTTB-387-15, con el fin de dar continuidad a las metas físicas contratadas	Adición en plazo: desde el 30 de agosto de 2015 hasta el 30 de octubre de 2015.
			TOTAL ADICIÓN EN PLAZO: 26 MESES TOTAL ADICIONAL PRESUPUESTO: \$32.128.619.284

3.3.3.2. De la declaratoria de equilibrio financiero a causa de la construcción de estructuras de voladizos en la ruta 6007 – contrato 780 de 2009 (concreto clase A, pilotes pre excavados y plantas de fabricación de concreto estructural)

En orden a determinar si se acredita o no el factor de oportunidad respecto de las mayores cantidades de obra en los ítems concreto clase A y pilotes, así como supuestos sobrecostos por las plantas de fabricación de concreto estructural, cabe señalar que la UT demandante, dentro de la causa *petendi*, aduce que la ruptura del equilibrio financiero del contrato tuvo por causa la modificación unilateral que realizó el INVIAS al contrato 780 del 2009, el 7 de diciembre de 2010, en torno a la construcción de voladizos en el tramo PR 14 a PR 42 de la ruta 6007 del sector objeto de la ejecución del contrato.

Al respecto, se tiene acreditado de una parte, que el director de interventoría del contrato 780 de 2009, remitió a la UNIÓN TEMPORAL TRANSVERSAL DE BOYACÁ el 14 de diciembre de 2010, oficio No. 772-001-09-UTT de 10 de diciembre de 2010, mediante el cual oficializó las decisiones adoptadas en la reunión que había tenido lugar el 7 de diciembre de 2010, en la que participó representantes de las partes del contrato en mención y representantes de la interventoría, y en la que se adoptó entre otras, la decisión de construir voladizo en los tramos en los que no se cumpliera con el ancho de calzada requerido y que no fueran aptos para realizar cortes de taludes; lo anterior, en los siguientes términos (fls. 54-55 cuaderno anexos 1):

"En los sectores del PR- 31 + 500- PR 34+ 750, PR 39+300-39+870 y PR 41+700 -PR 42 + 750 de la ruta 6007, zonas donde se requiere la ampliación de la calzada, se deberá implementar una solución combinada que consistirá en construir los voladizos donde estos salgan más económicos y hacer los cortes donde esta solución sea más barata. Para efectos de presupuesto para la reprogramación, se podrá hacer una primera aproximación considerando que la mitad serán voladizos y la otra mitad cortes.

Adicionalmente, el 7 de junio de 2011, la UT demandante presentó a la interventoría del contrato 780 de 2009, solicitud de reprogramación del programa de inversión, en el cual, entre otros aspectos, contempló se avalara la reprogramación respecto de la aprobación de la construcción de los voladizos y las respectivas cantidades de obra a reprogramar por la no aprobación de los estudios y diseños para la construcción de los mismos (fls. 144-151); solicitud complementada el 19 de agosto de 2011 (fld. 152-155). Así mismo, la UT precisó al interventor del contrato, que la reprogramación correspondía a los siguientes valores (i) 4.000.000.000.000 que correspondía al valor de las cantidades de obra a ejecutar durante los tres primeros meses de construcción de voladizos; (ii) 800.000.000, valor requerido para alcanzar un equilibrio entre lo facturado y lo ejecutado en el año 2011 y (iii) \$5.927.000.000, valor correspondiente a la reprogramación de cantidades de obra con mezcla asfáltica; vale precisar que estos valores fueron adicionados en \$2.400.000, mediante oficio No. Remitido por la UT al consorcio interventor, el 6 de septiembre de 2011.

Así mismo, la UT presentó oficio dirigido al INVIAS el 5 de septiembre de 2011, en el que solicita se tenga en cuenta, a efectos de adicionar el contrato, aspectos relacionados con la no aprobación a la fecha, de la propuesta formulada por la demandante respecto de los estudios y diseños para la construcción de voladizos (fls. 157-162 cuaderno anexos 2).

El 14 de septiembre de 2011, la UT remitió al consorcio interventor, un nuevo plan de inversiones, ajustando unos valores presentados en los oficios anteriores de reformulación; no obstante, como causa de tal reprogramación reitera lo atinente a la construcción de los voladizos. (fls. 163- 165 cuaderno anexos 2).

Luego, el 18 de noviembre de 2011, la UT demandante, remitió a la interventoría un nuevo oficio relacionado con la reprogramación del plan de inversión; oportunidad en la que precisó una serie de aspectos en orden a la ejecución de algunas obligaciones contractuales, atendiendo la redistribución de las vigencias presupuestales que se habían ordenado mediante documento CONPES 3705 y que luego se plasmaría en la modificación No. 2 al contrato 780 de 2009. Respecto a la construcción de las estructuras de voladizos, la contratista señaló que se requería la colaboración de la interventoría, atendiendo a que dicha construcción debía adelantarse en el año 2012, conforme a las fases del contrato así como la disponibilidad presupuestal, razón por la cual manifestó su preocupación respecto de la disminución del presupuesto del año 2012, solicitando, de ser posible, la reprogramación de recursos para dicha calenda así como una extensión en la fase de construcción sin alterar el plazo del contrato.(fls. 179-183 cuaderno anexos 2) . Valga precisar que la UT remitió al INVIAS el 24 de noviembre de 2011, un documento con similares precisiones a las expuestas en el oficio de 18 de noviembre de 2011. (fls. 187-189 cuaderno anexos 2)

Así, las partes del contrato de obra 780 de 2009, suscribieron el 30 de noviembre de 2011, la Modificación No. 2 al contrato (fl.193 cuaderno anexos 1). Esta modificación, conforme a lo expuesto en sus consideraciones, tenía por finalidad realizar la redistribución de la vigencias presupuestales del contrato, tomando en consideración que en documento CONPES 3705 se incluyó el Proyecto Vial Transversal Boyacá en el grupo de contratos en los que se “desplaza la ejecución para las vigencias 2012-2013”.

Posteriormente, se tiene que las partes suscribieron el 15 de diciembre de 2011, el acta de aprobación de estudios y diseños para la construcción de los voladizos (fls. 116-117 cuaderno anexos 2) y que la ejecución de dicha estructura, se inició en el mes de junio de 2012 (fl.216 cuaderno anexos 2).

Finalmente, para el año 2013, se advierte que la UT formula una serie de requerimientos dirigidos al consorcio interventor, relacionados con la ejecución de la estructura de voladizos –específicamente, lo atinente a la facturación y ejecución del presupuesto del año 2013 y a la autorización del cierre parcial de la vía y el estado de la misma y su incidencia en la construcción de los voladizos

-, a saber: oficios radicados el 24 de mayo de 2013 y el 30 de julio de 2013. (fls. 208-219 y 241-265 cuaderno anexos 2)

- A partir de lo expuesto, la Sala encuentra que en el *sub júdice* **NO** se acredita la concurrencia del factor oportunidad, respecto del restablecimiento del equilibrio financiero representado en los sobrecostos por el uso de plantas de fabricación y en las mayores cantidades de obra en los ítems Concreto Clase A y Pilotes pre excavados; lo anterior, en consideración a lo siguiente:

En primera medida, tal y como se advierte de lo expuesto en precedencia, la UNIÓN TEMPORAL TRANSVERSAL DE BOYACÁ desde el 7 de diciembre del año 2010, tenía conocimiento de la inclusión de la construcción de las estructuras de voladizos en algunos de los tramos de la ruta PR 6007 en la ejecución del contrato 780 de 2009; así mismo, se advierte que tal circunstancia, había sido ventilada tanto al INVIAS como al consorcio interventor durante el año 2011, como fundamento de la reprogramación del plan de inversión del año 2011 y para formular una eventual extensión en la ejecución de la fase de construcción del contrato, lo que dio lugar a que las partes suscribieran el 30 de noviembre de 2011, la modificación No. 2 al contrato de obra 780 de 2009.

No obstante, dentro de la mencionada modificación, la UT demandante, no hizo algún tipo de salvedad o reclamación respecto al rompimiento del equilibrio financiero que podía generarse con ocasión de la construcción en los voladizos. Al respecto, cabe anotar que aun cuando, para la fecha en que se suscribió la modificación unilateral a la que se hace referencia, no se habían aprobado los estudios y diseños para la construcción de los voladizos, lo cierto es que la UT hubiese podido calcular los valores adicionales reclamados en este escenario judicial, que podían originarse a causa de la construcción de las estructuras.

De otro lado, y en gracia de discusión, la UNIÓN TEMPORAL TRANSVERSAL DE BOYACÁ hubiese podido igualmente dejar plasmadas las reclamaciones respecto a los sobrecostos y las mayores cantidades de obra, en el primer adicional al contrato presupuestales al contrato 780 de 2009 – esto es en noviembre del año 2012-, reclamación que claramente habría podido invocar, si se toma en consideración que los nuevos estudios y diseños avalados en diciembre del año 2011, permitían a la UT contratista, avaluar o calcular los ajustes de precio que eventualmente podían generarse con ocasión de la construcción de los voladizos en los tramos señalados.

Empero, advierte la Sala que en dicha adición no se consignó algún salvamento y que, por el contrario, la reclamación de restablecimiento de equilibrio financiero a causa de la alegada modificación unilateral del contrato, tan sólo se

formuló el 28 de mayo de 2014 (fl. 367 cuaderno anexos 2) – solicitud que valga precisar, se formuló al interventor del contrato y no al INVIAS-, calenda que resulta posterior, inclusive, a la fecha en que las partes pactaron una segunda adición al presupuesto mediante la adenda No. 5 al contrato de 780 de 2014 – esto es, el 28 de marzo de 2014- oportunidad contractual en la que, valga iterar, tampoco se dejó salvedad alguna respecto a la necesidad de realizar ajuste de precios respecto de los ítems relacionados previamente.

Aunado a lo anterior, y de acuerdo a lo expuesto en precedencia, tampoco se avizora que para los años 2012 – calenda en la que ya se había iniciado con la construcción de las estructuras de voladizos- o 2013, la UT hubiese formulado ajuste de precios por los ítems que reclama en este escenario judicial, haciendo dicha solicitud hasta el año 2014, tal y como se decantó en precedencia.

En ese orden de ideas, y atendiendo las pretensiones condenatorias invocadas en la demanda, concluye la Sala que los sobrecostos y las mayores cantidades de obra reclamadas a causa de la construcción de las estructuras de voladizos en algunos tramos de la ruta 6007 con ocasión de la ejecución del contrato 780 de 2009, no se realizó de manera oportuna al contratante, lo que impidió que se realizaran los ajustes al momento en que se dio bien la modificación a las vigencias presupuestales o bien las adiciones presupuestales.

3.3.3.3. De la declaratoria de equilibrio financiero representada en los sobrecostos por acarreos de materiales para concreto y en las mayores cantidades de obra en los precios unitarios de los concretos A, C, D, F y G. y material granular filtrante.

Respecto del restablecimiento del equilibrio financiero por las mayores cantidades de obra en los precios unitarios de los concretos estructurales A, C, D, F, y G y por el acarreo de los materiales para la elaboración de los concretos estructurales mencionados, desde una fuente diferente a la inicialmente fijada en el pliego de condiciones, la Sala debe concluir que no se encuentra satisfecho el factor de oportunidad.

En ese sentido, se tiene que Mediante resolución No. 232 de 27 de mayo de 2010, la secretaría de minas del Departamento de Boyacá, otorgó autorización temporal No. KL3-10001 por el término de 3 años, a la Unión temporal Boyacá Transversal de Boyacá, para la explotación de materiales de construcción, en un yacimiento ubicado en el municipio de San Pablo de Borbur (fls. 390-393 cuaderno anexos 2); así mismo, mediante Resolución No. 295 de 27 de mayo de 2010, la Secretaría de Minas del Departamento, otorgó la autorización

temporal KKO-08271 para la explotación de materiales de construcción en el municipio de San pablo de Borbur (fls.393-394 cuaderno 2 anexos)

No obstante, Secretaría de Minas del Departamento, expidió las resoluciones No. 166 de 12 de abril de 2010, 120 de 8 de abril de 2010, 246 de 28 de mayo de 2010 y 292 de 26 de junio de 2012, mediante las cuales rechazó algunas solicitudes de explotación de yacimientos de materiales de construcción solicitadas por la UNION TEMPORAL. (fls. 395 a 400 cuaderno 2 anexos y folios 1-6 cuaderno 3 anexos).

Nótese como desde el año 2010 a partir de las resoluciones que rechazaron las primeras solicitudes de explotación de materiales de construcción, la UT podía determinar la imposibilidad de realizar tal actividad en los puntos que se encontraban ubicados dentro del área fijada en el pliego de condiciones del contrato.

Sin embargo, conforme a las pruebas allegadas al expediente, la Sala encuentra acreditado que sólo hasta el **19 de mayo de 2014**, La UT TRANSVERSAL DE BOYACÁ, radicó oficio dirigido al interventor del contrato, mediante el cual solicitó el ajuste de precios unitarios de los siguientes ítems con ocasión de la ejecución del contrato 780 de 2009: Concreto Hidráulico y Concretos Clase A, Clase C, Clase D, Clase F y Clase G. Así como el reconocimiento del sobrecosto generado por la mayor distancia desde la cual debieron transportarse los materiales para la producción del concreto requerido para la ejecución de las obras objeto del contrato No. 780 de 2009. (fls. 7-22 cuaderno anexos 3).

Debe reiterarse en este punto de la motivación que fueron dos las adiciones presupuestales que las partes pactaron respecto del contrato de obra 780 de 2009, a saber: La primera, que tuvo lugar el 30 de noviembre de 2009 (Adicional 1) y la segunda, que fue pactada el 28 de marzo de 2014 (Adicional 5) y que en dichas adiciones presupuestales, la UT TRANSVERSAL BOYACÁ, no hizo ningún salvamento o reclamación relacionada con el ajuste de precios por mayores cantidades de obra o por sobrecostos respecto de algún ítem de los pactados por las partes a la ejecución del contrato.

Así las cosas, al no haberse formulado oportunamente la solicitud de sobrecostos por cambio de fuente de materiales de construcción, para la Sala resulta inane abordar el análisis de los demás elementos estructurales del rompimiento del equilibrio financiero conforme al litigio fijado respecto de este ítem, lo que de contera, conlleva a despachar desfavorablemente las pretensiones relacionadas sobre el particular.

Adicionalmente, en este punto resulta importante precisar que dentro de las pruebas allegadas al informativo, no reposa alguna que logre demostrar que la UT demandante hubiese elevado solicitud de reajuste de precios o de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato respecto de las mayores cantidades de obra que reclamó en el libelo demandatorio, respecto del ítem material granular filtrante, lo que da lugar a colegir que tampoco se encuentra acreditado el factor oportunidad respecto de esta pretensión.

Aunado a lo anterior, aun cuando se advierte que la solicitud de ajuste de precios por las mayores cantidades de obra respecto de los concretos estructurales clase C, D, F y G, se formula junto con el reclamo de restablecimiento por los sobrecostos por el cambio de la fuente de obtención de materiales para la producción de los mencionados concretos, encuentra la Sala que respecto de tales ítems, la UT demandante no expone en los hechos de la demanda o dentro del mencionado escrito, cual es la causa -imputable o no al INVIAS- (entiéndase modificación unilateral, incumplimiento del contrato, hecho del príncipe o imprevisto contractual) que dio lugar a la ruptura del equilibrio financiero. Recuérdese, conforme a lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia, las pretensiones resarcitorias originadas con ocasión de la ruptura de la ecuación contractual, deben fundarse en algún hecho ajeno al contratista, que fuera la causa de la grave afectación económica que se persigue, presupuesto que, en el presente asunto, no se adujo respecto de los concretos estructurales cuyo incremento se reclama.

En suma, la sala denegará las pretensiones relacionadas con los sobrecostos por cambios de fuentes para la extracción de materiales de construcción y con las mayores cantidades de obra del material granular filtrante y de los ítems de concreto estructural clase A, C, D, F y G, al no encontrarse acreditado que el rompimiento invocado en la demanda, se hubiese formulado oportunamente.

3.3.3.4. De la declaratoria de equilibrio financiero representada en los sobrecostos administrativos por extensión en la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción del contrato.

En orden a resolver este aspecto, la Sala considera pertinente precisar los siguientes supuestos fácticos que se encuentran acreditados conforme a las pruebas obrantes en el expediente:

En la cláusula cuarta del contrato 780 de 2009, se estipuló que el plazo para la ejecución del contrato sería de 48 meses, contados a partir de la iniciación que impartiera el subdirector de la Red Nacional de carreteras del instituto, plazo que se dividió en 3 etapas: **etapa de pre construcción**, la cual iniciaría a partir

del día calendario siguiente a aquel en que se haya impartido la orden de iniciación y terminará cuando se verifique el cumplimiento de todos los requisitos, siendo el plazo máximo de esta etapa de 4 meses; **etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción**, que iniciaría a partir del día calendario siguiente a aquel en que se haya impartido la orden de iniciación de la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción, por el subdirector de la Red Nacional de carreteras del Instituto la cual tendría una duración máxima de 32 meses y **etapa de mantenimiento**, que iniciaría el día calendario siguiente a la fecha de la orden de iniciación de la ejecución del contrato, y se prorrogaría hasta que se cumplieran los 48 meses del plazo contractual, etapa en la que el contratista garantizaría el mantenimiento y la transitabilidad del tramo conforme a lo señalado en el pliego de condiciones.

De otro lado, tal y como se decantó en acápites anteriores de ésta providencia, las partes del contrato de obra 780 de 2009, suscribieron el 11 de noviembre de 2011, la Modificación No. 2 al contrato. Esta modificación, conforme a lo expuesto en sus consideraciones, tenía por finalidad realizar la redistribución de la vigencias presupuestales del contrato, tomando en consideración que en documento CONPES 3705 se incluyó al Proyecto Vial Transversal Boyacá en el grupo de contratos en los que se “desplaza la ejecución para las vigencias 2012-2013”. Para ese momento, las vigencias presupuestales estaban distribuidas de la siguiente manera:

Vigencia	Presupuesto
2011	33.480.000.000,00
2012	33.066.015.997,00
2013	16.894.890.542,00

Así las cosas, en la cláusula primera del contrato, se dispone modificar el párrafo segundo de la cláusula tercera del contrato 780, en los siguientes términos:

" PARÁGRAFO SEGUNDO: Toda vez que el presente contrato excede las apropiaciones presupuestales de la actual vigencia, existe autorización del CONFIS para comprometer vigencias futuras según oficio 5.2.1. (Radicación 2-2009-00-3021) del 9 de febrero de 2009, suscrito por la Directora General de Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en las cuales se reservarán las siguientes sumas: Vigencia 2010, la suma de VEINTE SEIS MIL SETENTA Y OCHO MILLONES, OCHOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS (\$.26.078.875.205) M/CTE, y según oficio No. 2-2011-036002 del 3 de noviembre de 2011, suscrito por el Director General de Presupuesto público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Nacional, se reservarán las siguientes sumas: Para vigencia 2011 la suma de VEINTIUN MIL OCHOSCIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS

(\$21.840.000.000)M/CTE; Vigencia 2012, la suma de VEINTIOCHO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS (\$28.291.431.136)M/CTE y vigencia 2013, la suma de TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS TRES PESOS (\$33.669.475.403)”

Memora la Sala que una de las pretensiones invocadas por la UT demandante, radica en que se declare el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato y se reconozca el valor reclamado, por los sobrecostos en los que incurrió por la extensión de la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción del contrato.

Dentro de los supuestos fácticos de la demanda, se indica básicamente, que los sobrecostos por mayor permanencia se originaron por una causa NO imputable a la UT demandante, pues la reprogramación del presupuesto acordada en la modificación 2 de 2011 –que a su vez tuvo lugar por la decisión adoptada por el INVIAS a finales del año 2010 de que se elaboraran los respectivos estudios y diseños de estructuras de voladizos en algunos tramos del sector PR.24 a PR 42 y se ejecutara su correspondiente construcción-, **dio lugar a una extensión en la ejecución de la etapa de construcción, mejoramiento y rehabilitación del contrato**, en la medida en que dicha etapa tuvo que ejecutarse en el año 2013, cuando conforme a la licitación pública, para este año debía ejecutarse la fase relacionada con mantenimiento de la vía, actividad contractual que implicaba menores gastos de administración.

Quiere ello decir que el valor de los sobrecostos reclamados, obedecen a los gastos de administración en que incurrió la UNIÓN TEMPORAL DEMANDANTE, durante el año 2013, calenda en la que ejecutó la fase de construcción, rehabilitación y ejecución del contrato 780.

En ese orden de ideas, y de cara a determinar si se tiene por acreditado el factor de oportunidad, la Sala encuentra, conforme a la causa *petendi* expuesta en el libelo demandatorio, **que la reclamación o salvedad relacionada con los sobrecostos de administración que aduce la UNIÓN TEMPORAL demandante incurrió en el año 2013, debió formularse al momento en que se suscribió el modificadorio No. 2 del contrato, lo cual tuvo lugar el 30 de noviembre de 2011; lo anterior, en consideración a que con la reprogramación presupuestal allí pactada, la UNION TEMPORAL TRANSVERAL DE BOYACÁ tenía la certeza de que para el año 2013, se debía ejecutar presupuesto relacionado con el mejoramiento, rehabilitación y construcción del contrato.**

Y es que sobre el particular, la UNIÓN TEMPORAL afirmó en los hechos de la demanda, que la reprogramación presupuestal dispuesta para el año 2013 en el modificadorio 2 del contrato 780, implicaba la construcción de los voladizos – actividad que hace parte de la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción- en ese año ¹²:

" 6.26. En el nuevo programa se completaba para el año 2013, la inversión de 33.669.475.403, situación generada por la modificación de vigencias solicitada por INVIAS, y que tuvo como consecuencia la extensión de la etapa de mejoramiento, rehabilitación y construcción hasta el mes 48 del contrato, dado que las obras de pavimentación en concreto rígido y estructuras en voladizos requerían de estos recursos para ser finalizadas"

En otras palabras como quiera que con ese modificadorio se tenía conocimiento que el presupuesto fijado para el 2013 correspondía al destinado para la construcción de los voladizos, era en ese momento en el que se debía reclamar los sobrecostos en los que iba a incurrir la UNIÓN TEMPORAL por concepto de gastos de administración.

Empero, no se advierte que en dicha modificación contractual o en adiciones o modificaciones presupuestales posteriores o en alguna solicitud posterior, la UT contratista hubiese reclamado los sobrecostos en lo que incurriría con ocasión de la extensión de la etapa de construcción para el año 2013; contrario *sensu*, conforme a las pruebas allegadas- ya citadas dentro del acápite relacionado con la construcción de las estructuras de voladizos-, la aquí demandante allegó solicitudes de reprogramación de inversiones durante el año 2011, orientado a la reformulación de las obras facturadas y las obras ejecutadas para ese año y sin que se advierta alguna reclamación relativa a los sobrecostos que aduce, se generaron con ocasión de la modificación realizada en dicha calenda.

Así las cosas, la Sala concluye que tampoco se declarara la prosperidad de las pretensiones relacionadas con los sobrecostos por la extensión en la etapa de construcción del contrato 780 de 2009, al no haberse formulado oportunamente al INVIAS o al consorcio interventor, la solicitud de reajuste respectivo por este aspecto.

3.3.3.5. De las mayores cantidades de obra en la actividad de remoción de derrumbes –teoría de la imprevisión.

Tal y como se precisó al momento de analizar lo atinente al cumplimiento del factor de oportunidad respecto de los sobrecostos y mayores cantidades de obra

¹² Folio 42 cuaderno principal.

a causa de la construcción de los voladizos, se tiene que el 7 de junio de 2011, la UT demandante presentó a la interventoría del contrato 780 de 2009, solicitud de reprogramación de inversión, en donde incluye la reprogramación de la actividad de excavaciones, que incluye a su vez el ítem de remoción de derrumbes. (fls. 144- 151 cuaderno anexos 1), oportunidad en la que se precisó que en el caso de los derrumbes, se habían removido 152.000 m³ hasta el mes de abril de 2011.

El 14 de septiembre de 2011, la UT remitió al consorcio interventor, un nuevo plan de inversiones, en donde reafirma, debe tomarse en consideración a efectos de la aludida reprogramación, lo relativo a las mayores cantidades de obra en temas de explanación debido a la temporada invernal; así, aun cuando no se desagregaron los valores de explanaciones, se indicó que el valor total a reprogramar por mayores cantidades de obra- dentro de lo que se incluye la remoción de derrumbes- corresponde a la suma de \$1.513.000.000.(fls. 163-165 cuaderno anexos 2).

Posteriormente, se tiene que el 30 de noviembre de 2011, se suscribió modificación No. 2 al contrato 780 de 2009, en el que se procedió a reprogramar las vigencias presupuestales para la ejecución del mismo.

En esa misma calenda, es decir, el 30 de noviembre de 2011, la UT radicó oficio dirigido al consorcio interventor (folios 90-93, cuaderno 3 anexos), mediante el cual solicita a la interventoría la revisión del precio pactado correspondiente al ítem de remoción de derrumbes, en tanto su incremento afecta el equilibrio financiero del contrato.

Así precisó la UT en el aludido oficio, lo siguiente: (i) El volumen inicial de cantidades de obra pactadas para la actividad de remoción de derrumbes era de 25.300 m³; (ii) que durante la ejecución del contrato 780 de 2009, se incrementó la frecuencia y volumen de los derrumbes, por lo que a octubre de 2011, las cantidades de obra por dicha actividad habían ascendido a 198.91m³, que representa un 786 % más de las cantidades iniciales; (iii) que la situación descrita tenía como causa el intenso invierno que había afectado al país a finales del año 2010 y cuya intensidad se había mantenido en varios meses del año 2011; (iv) Que la UT estimó en el proceso de licitación pública, que los costos que podía asumir por la actividad de remoción de derrumbes, correspondía a \$2.570 precio que resultó ser menor al estipulado en los APU establecidos para esta actividad por la Regional Boyacá del INVIAS, y que ascendía a \$4.900.

Así las cosas, advierte la Sala que respecto del ítem relacionado con remoción de derrumbes, el factor de oportunidad se encuentra acreditado; pues aun

cuando en la modificación contractual No. 2 suscrita entre las partes el 30 de noviembre de 2012 no quedó plasmada alguna salvedad o modificación, la contratista en esta misma calenda, formuló la reclamación respectiva orientada al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato respecto a dicha actividad; razón por la cual, procederá la sala a determinar a partir de las pautas fijadas por la normativa y jurisprudencia aplicable al asunto, si hay lugar a la prosperidad de las pretensiones invocadas por la UNIÓN TEMPORAL TRANSVERSAL DE BOYACÁ relacionadas con esta actividad contractual.

3.3.3.6. Conclusión estudio factor oportunidad.

Conforme a lo expuesto en precedencia, la Sala precisa en este punto, que respecto de las pretensiones de la demanda relacionadas con **(i)** La modificación del contrato 780 de 2009 con ocasión de la construcción de las estructuras de voladizos en la ruta 6007 (mayores cantidades de obra en los ítems concreto Clase A y pilotes pre excavados y rendimiento de equipos para la producción de los concretos estructurales); **(ii)** Sobrecostos por acarreo de agregados en concreto (fuentes de extracción de materiales para producción de concreto estructural) **(iii)** Mayores cantidades de obra en la producción de material granular filtrante, y concretos estructurales clase D, F, y G y **(iv)** Extensión de la etapa de construcción del contrato 780 de 2009, **no se cumplió con una de las causales contemplados 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.**

Así las cosas, el silencio por parte de la UT demandante respecto de los ítems objeto de ajuste, al momento en que se suscribió las diferentes actas de adición y modificación del contrato 780 de 2009, implica una aceptación tácita por parte del consorcio, de las consecuencias que derivan de dicho silencio.

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 que las pretensiones ya mencionadas no están llamadas a prosperar y que, en consecuencia, no hay lugar a reconocer los sobrecostos y las mayores cantidades de obra, reclamadas.

Contrario *sensu* Como quiera que la Sala encuentra acreditado el factor de oportunidad respecto de la pretensión relacionada con las alteración del equilibrio financiero respecto al aumento de las obras pactadas en el ítem de remoción de derrumbes, procederá a continuación a analizar si los demás

elementos constitutivos de la declaratoria judicial del equilibrio financiero del contrato se encuentran o no acreditados.

3.3.4. De la pretensión relacionada con el desequilibrio financiero del contrato, representado en las mayores cantidades de obra pactadas para el ítem remoción de derrumbes durante la ejecución del contrato 780 de 2009, con ocasión de la teoría de la imprevisión.

Tal y como se decantó al momento de abordar el factor de oportunidad, la pretensión invocada por la UNIÓN TEMPORAL TRANSVERSAL DE BOYACÁ, se centra en lograr la declaratoria de rompimiento de la ecuación contractual, a causa de un hecho imprevisible- temporada invernal en los años 2010 y 2011- que dio lugar a que la demandante al ejecutar el contrato 780 de 2009, asumiera valores por concepto de remoción de derrumbes que superaban los fijados en las APU fijadas en el proceso licitatorio que dio lugar a la posterior celebración del mencionado contrato.

Pues bien, en punto a la teoría de la imprevisión, como causal del rompimiento del equilibrio financiero del contrato, además de lo expuesto en acápites precedentes de esta providencia, el Consejo de Estado ha definido que deben concurrir los siguientes requisitos¹³:

"1. Que, con posterioridad a la celebración del contrato, se haya presentado un hecho extraordinario e imprevisto, es decir, no atribuible a ninguna de las partes.

2. Que tal hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya un alea extraordinaria, que haga mucho más onerosa su ejecución para una de las partes.

3. Que ese nuevo hecho no haya sido razonablemente previsible por las partes.

4. Que esa circunstancia imprevista dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado ha resaltado respecto de la imprevisión, que el rompimiento del equilibrio económico debe ser extraordinaria "(...) y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia

¹³ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente 14854; Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sub Sección A. Sentencia de 25 de octubre de 2019. Expediente 76001233100020000003102 (42275). C. P. Carlos Alberto Zambrano Cetina.

entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato¹⁴ de manera que “ (...) el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones”

Precisado lo anterior, la Sala encuentra acreditado sobre la pretensión objeto de estudio, lo siguiente:

- Tal y como ya se había precisado en ésta providencia, el 30 de noviembre de 2011, la UT radicó oficio dirigido al consorcio interventor (folios 90-93, cuaderno 3 anexos), mediante el cual solicita a la interventoría la revisión del precio pactado correspondiente al ítem de remoción de derrumbes, en tanto su incremento afecta el equilibrio financiero del contrato; oficio en el que se precisaron los siguientes aspectos: (i) El volumen inicial de cantidades de obra pactadas para la actividad de remoción de derrumbes era de 25.300 m³; (ii) que durante la ejecución del contrato 780 de 2009, se incrementó la frecuencia y volumen de los derrumbes, por lo que a octubre de 2011, las cantidades de obra por dicha actividad habían ascendido a 198.91m³, que representa un 786 % más de las cantidades iniciales; (iii) que la situación descrita tenía como causa el intenso invierno que había afectado al país a finales del año 2010 y cuya intensidad se había mantenido en varios meses del año 2011 y (iv) Que la UT estimó en el proceso de licitación pública, que los costos que podía asumir por la actividad de remoción de derrumbes, correspondía a \$2.570 precio que resultó ser menor al estipulado en los APU establecidos para esta actividad por la Regional Boyacá del INVIAS, y que ascendía a \$4.900.

- La interventoría, mediante comunicado de 31 de enero de 2012, recordó al contratista las conclusiones a las que se había llegado en reunión de 23 de enero, en la que, respecto de la actividad de remoción de derrumbes, se acordó que el precio debía ajustarse al fijado para dicho ítem por la Territorial Boyacá del INVIAS. (fl. 101 cuaderno 3 anexos).

- La UT en oficio radicado el 18 de mayo de 2012, informó a la UT que desde el 20 de diciembre del 2011, había presentado ajuste del ítem remoción de derrumbes, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por la regional Boyacá del INVIAS. (fls. 113.114 cuaderno 3 anexos); se precia que a folio 118

¹⁴ Debe recordarse que, en la celebración y ejecución de los contratos, siempre hay una contingencia de ganancia o pérdida, un cierto grado de riesgo, es decir, un álea que es normal y que las partes deben asumir, como consecuencia de su decisión voluntaria de obligarse. En cambio, el “... Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato” (MARIENHOFF, Miguel: “Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III” -A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 524). Citado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sub Sección A. Sentencia de 25 de octubre de 2019. Expediente 76001233100020000003102 (42275). C. P. Carlos Alberto Zambrano Cetina.

del cuaderno de anexos 3, reposa oficio mediante el cual la UT adjuntó el APU del ítem en mención, por un valor de \$4.997.00, conforme a lo pactado entre la interventoría y el contratista.

- El 18 de mayo de 2012, la interventoría solicita a la UT aclarara la razones por las cuales el aumento de la cantidad prevista para el ítem de remoción de derrumbes, "*que tiene un precio libremente fijado*" por la contratista en la propuesta que resultó favorecida con la adjudicación del contrato, debe ser considerada una circunstancia imprevisible que afecta el equilibrio económico del contrato. (fl. 103 cuaderno 3 anexos).

-El 1 de junio de 2012, la UT da respuesta al requerimiento realizado por la interventoría precisando que en la solicitud se hizo referencia al incremento desproporcionado de las cantidades de obra por causa de la temporada invernal; así mismo, señaló que la contratista que seguía ejecutando la actividad aun cuando no se había dado solución de fondo a la solicitud formulada el 30 de noviembre de 2011.

- El 13 de junio de 2012, el Consorcio interventor remitió oficio dirigido al INVIAS, en el que pone en conocimiento de la entidad la solicitud de ajuste de precios formulada por la UT contratista, respecto del ítem remoción de derrumbes. En este documento, la interventoría señala que si bien en términos generales resultaba válido el planteamiento formulado por la UT respecto al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, hasta el punto de no pérdida, también debían tomarse en consideración a efectos de determinar la procedencia del cambio de precio solicitado, los siguientes aspectos:

(i) La demostración de que el aumento de la cantidad prevista para el ítem de remoción de derrumbes que tiene un precio "*libremente*" fijado por la UT en la propuesta, deba ser considerada una circunstancia imprevisible y (ii) que el pago de las mayores cantidades al precio establecido contractualmente les acarrea pérdidas.

Adicionalmente, se resaltó por parte de la interventoría en el aludido documento, que el valor ofertado por la UT en su propuesta fue de \$2.579/m³ (valor al que se estaba pagando la actividad), el valor del presupuesto oficial del INVIAS para la licitación era de \$3.129/m³ y el valor del ítem conforme a la APU de la territorial Boyacá del INVIAS equivalía a \$4.900/m³. (fls. 98-100 cuaderno anexos 3).

- Mediante oficio de fecha 17 de marzo de 2014, suscrito por el director del consorcio interventor y dirigido al INVIAS, se memora a la entidad contratante

respecto de la solicitud formulada por la UNIÓN TEMPORAL TRANSVERSAL DE BOYACÁ, orientada a cambiar el precio unitario para el ítem de remoción de derrumbes y respecto de la cual la entidad no había dado respuesta; así mismo, resalta la ocurrencia del incremento del mencionado ítem, con ocasión de la temporada invernal que se presentó en los años 2011 y 2012. Finalmente, precisa que una vez superada en más del 700% la cantidad prevista en el contrato para el ítem de remoción de derrumbes, el contratista podía ejercer el derecho a no ejecutar más cantidad de obra correspondiente al ítem en cuestión, o a pactar un nuevo precio para continuar con la actividad. Así, solicitó al INVIAS a efectos de garantizar la transitabilidad de los usuarios de la vía, procediera a la aprobación del precio unitario ajustado por la UT. (fls. 96-97 cuaderno 3 anexos)

- De otro lado, conforme al acta parcial de entrega No. 68, de 1 de septiembre de 2015, se registran los siguientes valores iniciales, modificados y acumulados, respecto del ítem 211-07 "Remoción de derrumbes" (fl. 206 cuaderno 3 anexos)

Condiciones originales			Condiciones actualizadas		Cantidad		valor	
Cantidad	Precio unitario	Valor	Cantidad	Valor	Cantidad	Valor	Cantidad	valor
25.300	2.570	65.021.000	270.001	695.444-570	-	-	270.001	695.444-570

Cabe precisar que Conforme al Adicional No 10 del contrato 780 de 2009, suscrita el 28 de agosto de 2015, el plazo final para la ejecución del contrato, vencía el 30 de octubre de 2015.

Pues bien, tomando en consideración las pruebas allegadas al informativo, la Sala advierte que en el presente asunto, No se encuentran acreditados los elementos configurativos de la teoría de la imprevisión; en razón a lo siguiente:

En primera medida, encuentra la Sala que el hecho extraordinario e imprevisto al que se atribuye la ruptura del equilibrio contractual fue la temporada invernal que tuvo lugar en durante la ejecución del contrato 780 del 2015. Sobre el particular, se tiene que si bien dentro de los informes de la interventoría de los años 2012 y 2014 se admite la ocurrencia de la temporada invernal para los años 2010 y 2011 y parte del año 2012, tal circunstancia no resulta suficiente para determinar o dar por hecho que hubo una temporada de fuertes lluvias en todo el tiempo de ejecución del contrato y que la misma fue de tal impacto respecto del ítem de remoción de derrumbes que implicó las mayores cantidades de obra a las que se hace referencia en los hechos de la demanda.

En otras palabras, no hay prueba suficiente que permita a la Sala determinar de manera precisa, los periodos de tiempo en los cuales tuvo lugar la temporada invernal, y el nivel de impacto de la misma en la zona en la que se ejecutaba el contrato y de manera específica, en la variación de las cantidades de obra respecto a la remoción de derrumbes.

De otro lado, la Sala tampoco encuentra la prueba pertinente que determine la ejecución onerosa de la actividad de remoción de derrumbes en los términos reclama la UT demandante.

Al respecto, cabe recordar que conforme a lo expuesto por el perito contable ROIZON AREVALO durante la audiencia de contradicción del dictamen que tuvo lugar el 3 de septiembre de 2019 – respecto al dictamen que allegó al informativo el 10 de julio de 2019 y que tenía como objeto determinar el nivel de costos en los que había incurrido la UT respecto de cada uno de los ítems mencionados en la demanda- incluido el de remoción de derrumbes- , el auxiliar no tuvo acceso a la información contable de la demandante y de sus integrantes, específicamente a la contabilidad de costos- análisis de precios unitarios- a efectos de determinar el porcentaje de ingresos y de costos en que incurrió la UT con ocasión de la ejecución de la actividad de remoción de derrumbes; e igualmente, dentro de la objeción presentada por el señor ANDRÉS RICARDO CARVAJAL al dictamen contable, precisó que tampoco había tenido acceso a la información financiera y contable de uno de los integrantes de la unión temporal.

En este punto, cabe recordar conforme a lo expuesto en los apartes normativos de ésta providencia que el principio del restablecimiento del equilibrio financiero es excepcional y el incremento o los sobrecostos respecto de alguna actividad contractual, no implica de manera alguna el reconocimiento inmediato del restablecimiento pretendido, pues debe demostrarse que el mismo afecto de manera grave la ecuación contractual, presupuesto que como se indicó, no se acreditó en el presente asunto.

Ahora bien, hay una circunstancia adicional que, considera la Sala puede tener injerencia en el restablecimiento pretendido y que tiene que ver con el hecho de que con la disminución de los precios unitarios que la UNIÓN TRANSVERSAL DE BOYACÁ hiciera dentro del proceso licitatorio LP-SGT-SRN-0072009, respecto del ítem 211-07 denominado "*remoción de derrumbes*" – y respecto de otros

ítems el contrato-, tal y como lo admite la entidad en las pruebas ya mencionadas.

Así, aun cuando del acta parcial de obra 68 se encuentra las cantidades de obras ejecutadas del ítem de remoción de escombros con el valor ofertado por la UT en su propuesta, lo cierto es que eventualmente el reajuste de precios pretendido, podría dar lugar a que la demandante adquiera por vía de restablecimiento de equilibrio financiero un reconocimiento por el valor del precio unitario del ítem de remoción de derrumbe fijado en la APU del INVIAS territorial Boyacá, circunstancia que le permitiría obtener una utilidad mayor a la esperada; lo anterior, sin perder de vista que implica un desconocimiento del principio de planeación y de selección objetiva, el hecho de que la entidad contratante al momento de adjudicar el contrato, no hubiese tomado en consideración los precios artificialmente bajos presentados por el proponente.

En suma, como quiera que no se encuentra acreditado el desequilibrio financiero por las mayores cantidades de obra en las actividades de remoción de derrumbes, la Sala despachará de manera desfavorable, la mencionada pretensión.

3.5. Costas y agencias en Derecho

Se condenará en Costas a la parte demandada, por ser el extremo procesal vencido y por encontrarse acreditada su causación. Por la Secretaría de esta corporación, liquídense estas y las agencias en derecho conforme a lo previsto en el artículo 366 del C.G.P.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 6, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- Denegar las súplicas de la demanda presentada por la UNIÓN TEMPORAL TRANSVERSAL DE BOYACÁ contra el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Condenar en costas a la parte demandante. Estas serán liquidadas por Secretaría siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP..

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente dejando las constancias del caso.

FELIX ALBERTO ROGRIGUEZ RIVEROS

Magistrado ponente

FABIO IVAN AFANADOR GARCIA

Magistrado

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado

HOJA DE FIRMAS
REF: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
2017-0076-00
DTE: UT TRANSVERSA DE BOYACÁ
DEMANDADO: INVIAS