



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE
TUNJA**

Tunja, siete (7) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control:	Contractual
Radicado:	15001 33 33 004 2016 0036 00
Demandante:	Consortio Vías de Colombia
Demandada:	Instituto Nacional de Vías -INVIAS.

1.- DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN.

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN.

PARTES.

Demandantes: Consortio vías de Colombia Nit. 900.544.091

Demandada: Instituto Nacional de Vías - INVIAS

OBJETO.

Declaraciones

La parte actora solicita que se declare que el Instituto Nacional de Vías- INVIAS, incumplió el contrato de obra No. 1285 del 2013, por no corresponder debidamente el principio de planeación, claridad y corrección al no proveer en forma completa los estudios y diseños EL CONTRATISTA, y posteriormente cambiando las condiciones técnicas y financieras del contrato desconociendo el principio de planeación.

Así mismo, solicita que se declare que el contrato de obra No. 1285 de 2013, cuyo objeto era el *“mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja-Zetaquirá-Miraflores-Páez, Módulo 2, suscrito entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVIAS y el CONSORCIO VÍAS DE COLOMBIA”*, resultó desequilibrado económicamente por razones imputables al INVIAS, pues las condiciones técnicas, económicas y financieras existes al momento de suscribir el correspondiente contrato, variaron sustancialmente provocando la imposibilidad del contratista de poder ejecutar el contrato.

Como consecuencia de lo anterior solicita que se declare que el contratista el Consortio Vías de Colombia no logró ejecutar el contrato en la forma y tiempo establecido, debido a los mayores costos financieros en los que incurrió, provocando la ruptura del equilibrio económico del contrato y negando con ello al contratista la posibilidad de obtener la utilidad propuesta.

Que se liquide judicialmente contrato de obra No. 1285 de 2013, cuyo objeto fue *“mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja- Zetaquira-Miraflores-Páez, Módulo 2.*

De condena

Solicita que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVIAS, al pago de la suma \$280.566.707.24, por concepto de ejecución de ítems no previstos ejecutados por el contratista, así como de las sumas correspondientes al daño emergente y lucro cesante atribuibles al incumplimiento contractual del INVIAS; además que se condene a la demandada, al pago de costas y agencias en derecho.

Hechos

Señala que entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVIAS y el CONSORCIO VÍAS DE COLOMBIA, se celebró el contrato de obra No. 1285 de 2013, cuyo objeto era el "mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja-Zetaquirá-Miraflores-Páez, Módulo 2; agrega que la descripción de la obra y la información técnica (localización, obras a ejecutar, fuentes de materiales, especificaciones particulares, etc.), se encontraban establecidas en los pliegos de condiciones, anexo técnico, los estudios y documentos previos.

Señala que la obra a ejecutar consistía en el mantenimiento y mejoramiento del tramo de la vía Tunja- Páez tramo para lo cual debía realizar el diseño y construcción de obras de pavimentación, de acuerdo con el Anexo Técnico, las actividades más representativas en el proyecto, incluidos los sitios críticos se encuentran localizados entre el PR58+0000 y el PR62+0600

Sostiene que el contrato se suscribió por la suma de \$1.372.694.506,00., de los cuales \$27.260.000.00 serían destinados para la elaboración de diseños; así mismo se estipuló en la cláusula novena del contrato el valor del 20% del contrato, el cual sería suministrado al contratista una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato, no obstante pese al cumplimiento de los requisitos formales por parte del contratista, el INVIAS de manera injustificada no canceló el valor pactado por anticipo.

Afirma que el plazo pactado para la ejecución del contrato sería de 4 meses los cuales se contarían a partir de la orden de inicio expedida por la entidad contratante, sin embargo y a pesar que dicha orden se emitió el 16 de septiembre de 2013, la reunión técnica inicial tan solo se realizó el 23 de septiembre de 2013, esto es ocho días después de la orden impartida.

Aduce que el tramo entre el PR58+0000 al PR60+0000 sobre el cual se había realizado la propuesta no se podía intervenir porque se encontraba cobijado por una póliza de estabilidad, dejando el proyecto limitado a zonas de inestabilidad y zonas de ampliación para pavimentación con excavación de roca que se había venido obviando en otros proyectos ejecutados por su grado de dificultad, circunstancia que no había sido advertida ni en el pliego de condiciones ni en los anexos técnicos, situación que derivó en el cambio de las condiciones contractuales inicialmente establecidas.

Afirma que el contrato de obra se encontraba totalmente desdibujado y alterado en sus condiciones técnicas y financieras pues los tramos a ejecutar no cumplían con las características descritas, razón por la cual el contratista se vio obligado a realizar los estudios y diseños en una situación totalmente alejada al marco contractual sobre tramos que por su complejidad habían sido obviados en otros contratos.

Aduce que para dar cumplimiento al contrato se realizó intervenciones con maquinaria especial, así como la remoción de grandes rocas que debían ser retiradas para poder ejecutar el contrato, situación que derivó en demoras en el desarrollo del tramo a intervenir; agrega que a pesar de la complejidad de la obras desplegadas estas no fueron tenidas en cuenta por la interventora para otorgar la prórroga solicitada, pues a la fecha del vencimiento del plazo contractual faltaban por ejecutarse unos ítems que se podían desarrollar en poco tiempo, tales como los filtros, la extensión de Sub-base, base y carpeta asfáltica, para los cuales se prepararon los materiales de acuerdo a las especificaciones técnicas entregadas por el INVÍAS.

Indica que a falta de ampliación del plazo contractual, dichas actividades no se pudieron ejecutar, ocasionando un perjuicio al contratista, pues los materiales quedaron comprados y procesados, generando un desequilibrio económico.

Afirma que la interventora tuvo pleno conocimiento de los diferentes ítems no previstos y que fueron ejecutados por el contratista como lo son aplicación y exacción de roca y canales, así como la adecuación de botaderos entre otros ítems que ascienden a la suma de \$280.566.707.24.

Finalmente sostiene que el plazo contractual expiró el 16 de enero de 2014, sin que al contratista se le hubiese aceptado una suspensión o prórroga, llevándolo a una irremediable inejecución del contrato el cual a la fecha no se ha liquidado.

Fundamentos Jurídicos.

Normas de rango Constitucional:

Sostiene que en el presente caso se está vulnerando el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007; 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; 5 y 27 de la Ley 80 de 1993.

Afirma que el incumplimiento del contrato únicamente le es atribuible al INVIAS toda vez que no procedió a pagar el anticipo pactado, así mismo no adicionó el contrato imposibilitando ejecutar la totalidad del mismo, no mantuvo las condiciones técnicas, económicas y financieras del contrato y finalmente lo contratado no correspondía a las obras que inicialmente se debían ejecutar incurriendo la entidad contratante en mala fe, faltando a las cargas contractuales de corrección y claridad *“...como consecuencia de ello dejo al contratista caer preso de una complejidad técnica y financiera que terminaron por desdibujar el contrato llevándolo a la inejecución”* (f. 13).

Agrega que la entidad demandada no informó en el pliego de condiciones o en el anexo técnico que el tramo comprendido entre el PR 58+000 al PR 60+000 no se podía intervenir por la existencia de una póliza de estabilidad, lo cual alteró las condiciones en las que se había suscrito el contrato, pues dicho tramo se iba a ejecutar gran parte de la obra, aunado al hecho que ya estaba listo y se podía realizar la extensión de la carpeta asfáltica.

Afirma que luego del cambio en las condiciones contractuales el proyecto quedo limitado a Grandes zonas de inestabilidad que para su estudio y diseño de soluciones requerían de un presupuesto igual o mayor al presupuesto global del contrato; zonas de ampliación para pavimentación con excavación en roca que se habían venido obviando en otros proyectos ejecutados por su grado de dificultad lo

cual se hizo necesario excavaciones en roca con el uso de explosivos,

Sostiene que el fracaso en el proceso contractual de la referencia **obedeció** a la falta de cumplimiento a los principios de claridad y corrección por parte del INVIAS, debiendo suministrar toda información para la ejecución del contrato y en la condición generalizada que las obras se deben ejecutar en los plazos contractuales sin tener en cuenta los casos fortuitos o de fuerza mayor que generan situaciones de obra de carácter especial, hechos estos que dan lugar a todas luces a la ampliación del plazo inicialmente pactado.

Indica que la falta de aprobación de los ítems no previstos, son responsabilidad exclusiva del interventora quien no utilizó los formatos establecidos para el efecto; así mismo, agrega que dentro de la ejecución del contrato fueron realizadas diferentes actividades como ampliación de la vía, mejoramiento de la sub-rasante, adecuación de botaderos entre otras obras que permitían dar cumplimiento al contrato sin mayor grado de dificultad.

Afirma que los diseños se presentaron cumpliendo con todas las especificaciones y parámetros de diseño requeridos por el INVIAS, los cuales fueron objeto de modificaciones por parte de la interventoría; agrega que la interventora afirma equivocadamente que existió incumplimiento por parte del contratista, desconociendo que éste en su intención de dar cumplimiento al contrato modificó en repetidas ocasiones los planos y diseños geométricos, no obstante se vieron en la obligación de realizar una localización directa en el área a intervenir, planos y diseños que al ser entregados no cumplían con las especificaciones y parámetros de diseños relacionados y requeridos por el INVIAS en el anexo técnico; no obstante y si lo que se requería un diseño y plano con localización directa se debió especificar para haber avanzado en la entrega de dichos documentos.

Agrega que existieron muchos inconvenientes que a pesar de haber sido puesto en conocimiento de la interventora no fueron analizados a la hora de resolver sobre la solicitud de prórroga del contrato, así mismo, se solicitó una suspensión del contrato la cual fue atendida de manera desfavorable; agrega que faltó una mayor mediación por parte de la entidad contratante entre la interventora y el contratista, para resolver de manera más oportuna las dificultades que se venían presentando.

1.1.2. OPOSICIÓN.

INSITITUO NACIONAL DE VIAS "INVIAS"

Señala que el contrato No- 1285 del 2013, suscrito por el Consorcio Vías de Colombia y el Instituto Nacional de Vías INVIAS, tenía por objeto el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja- Zetaquirá- Miraflores- Páez módulo 2 por el valor de \$ 1.372.694.506 M/cte, estableciéndose dentro de las obligaciones del contratista el de realizar estudios y diseños y/o actualización, revisión y unificación de los estudios y diseños existente, de conformidad con las condiciones técnicas establecidas en el pliego de condiciones.

Indica que no es posible pretender como lo hace la parte actora, justificar el incumplimiento del contrato en un mayor costo al establecido en el contrato para la ejecución del mismo, toda vez que el aquí demandante a pesar ser conocedor de las condiciones técnicas existentes, en ningún momento manifestó sus inquietudes o inconformidades con los rubros destinados a cada una de las actividades, por el

contrario la suma establecida por dicho contratista resultó ser inferior a la señalada por el Instituto Nacional de Vías INVIAS para la ejecución de dicho proyecto.

Afirma que los estudios y diseños fueron presentados extemporáneamente, los cuales no alcanzaron la calidad requerida por el INVIAS, por lo tanto no fueron aprobados por la interventora; así mismo, las observaciones realizadas a dichos diseños no fueron atendidas de manera completa por los especialistas de la interventoría y solo hasta el 14 de enero de 2014, esto es, cuando tan solo faltaba un día para la terminación del contrato.

Agrega que las actividades desarrolladas por el contratista, se limitaron únicamente a *“la simple elaboración de unas alcantarillas, la realización de algunas excavaciones y la conformación de la vía existente”* (f. 148), lo cual demuestra un total desinterés por parte del contratista de dar cabal cumplimiento al referido contrato, siendo esta la única circunstancia que impidió su ejecución en el término establecido para el efecto.

Indica que no existió modificación en el contrato por parte del INVIAS, así como tampoco de las condiciones contractuales en el proyecto, por el contrario las obligaciones establecidas en los pliegos de condiciones se mantuvieron por parte de la entidad contratante; agrega que no existió ninguna circunstancia sobreviniente o desconocida que le impidiera al aquí demandante ejecutar el contrato, en las condiciones pactadas en el pliego de condiciones, por el contrario éste siempre presentó demoras en la ejecución de las obras, no cumpliendo con el cronograma de actividades *“...resulta tan evidente la desidia del contratista que solicita suspensión del contrato el mismo día que vencía el plazo de ejecución e igualmente que la prórroga solo se tramitó ante la interventoría el 1 de enero de 2014, cuando el plazo vencía el 15 de enero de 2014...”* (f. 155).

Finalmente señala que la parte actora no cumplió con la carga probatoria de demostrar cuales fueron los ítems no previsto que fueron ejecutados, no obstante y en caso de aceptarse que los mismo fueron ejecutados, debe tenerse en cuenta que estos no se encontraba ajustados al manual de interventoría de obra pública del INVIAS, pues los referidos ítems no fueron presentados en los formatos destinados para el efecto.

1.2. TESIS Y PROBLEMA JURIDICO:

El apoderado de la parte actora Considera la parte en el presente caso se debe declarar que el contrato No. 1285 de 2013 resulto desequilibrado económicamente por razones imputables al INVIAS, pues las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de suscribir el contrato variaron sustancialmente, lo cual llevó a su inejecución.

Afirma que durante el término establecido para la ejecución del contrato se realizaron las actividades más representativas y tan solo faltaban algunas obras que por sus características no representaban ninguna dificultad para su ejecución, por lo que ante una corta prórroga se podía lograr su terminación de manera exitosa, agrega que no fueron reconocidas los ítems no previstos, cuya ejecución se encuentran acreditados en las diferentes actas de obra.

Tesis del Instituto Nacional de Vías INVIAS: Sostiene que no existió variación alguna en las condiciones del contrato, por el contrario, la inejecución del mismo se dio como consecuencia de los constantes incumplimientos por parte del contratista

en adelantar las actuaciones necesarias para su realización, agrega que el aquí demandante no entregó los planos oportunamente para su realización a pesar de los constantes requerimientos realizados por la interventora; así mismo, no hizo las correcciones correspondientes y solo un día antes al vencimiento del mismo solicito su prorroga.

Indica que los ítems no previstos que son reclamados por la parte actora no se encuentran debidamente acreditados, no obstante y en gracia de discusión y si los mismos fueron realizados, estos no pueden ser reconocidos, toda vez que su ejecución no fue autorizada por la interventora que se encontraba en la obra, como quiera que los diseños y los planos no habían sido aprobados.

El problema jurídico: Se concreta el debate en determinar dentro del contrato No. 1285 de 2013, cuyo objeto era el mejoramiento y mantenimiento de la carrera Tunja –Zetaquira –Miraflores –Páez, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías INVIAS y el Consorcio Vías de Colombia se evidencio un incumplimiento de la entidad demandada, así como determinar si se encontraba desequilibrado económicamente y en consecuencia establecer si dicha circunstancia incidió en la posibilidad del contratista en ejecutar el referido contrato; así mismo, se deberá establecer que obras fueron realizadas por el contratista, y proceder a su liquidación.

1.3. CRÓNICA DEL PROCESO.

Mediante providencia del 4 de mayo de 2016 se admitió la acción de la referencia y se dispuso la notificación del Instituto Nacional de Vías INVIAS, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 119-124). Una vez cumplido lo anterior, se dejó constancia secretarial de fecha 16 de mayo de 2016 sobre la copia de la demanda y de sus anexos a disposición de las partes dentro del término común de 25 días que consagra el inciso 5° del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, cuya término transcurrió entre el 17 de mayo de 2016 y el 22 de junio de 2016 (fl. 131). Vencido el término, se corrió traslado para contestar la demanda del artículo 172 de Ley 1437 de 2011 desde el 23 de junio al 5 de agosto de 2016 (f. 132), la cual fue contestada en término por parte de la entidad demandada.

Posteriormente, por medio de auto de 31 de agosto de 2016, se fijó el 8 de septiembre de 2016, para realizar Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (f. 398). El 8 de septiembre de 2016, se llevó a cabo la mencionada audiencia agotándose todas las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA, fijándose el 27 de octubre de 2016, para la realización de la Audiencia de Pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011. (f. 402-405). Posteriormente el 27 de octubre de 2016 se realizó Audiencia de Pruebas del artículo 181 del CPACA, no obstante y como quiera que en dicha oportunidad no se logró recaudar la totalidad del material probatorio solicitado (f. 437-439), mediante auto del 19 de enero de 2017, se fijó fecha para continuar con la audiencia de pruebas (f. 517), la cual se llevó a cabo el 14 de febrero de 2017, en la que se incorporó en su totalidad el material probatorio y se les concedió a las partes el termino de diez (10) días para alegar de conclusión (f. 520-521).

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. Instituto Nacional de Vías INVIAS a través de su apoderado presentó alegatos de conclusión en los siguientes términos:

Señala que de acuerdo con las diferentes anotaciones registradas por la interventora del contrato, el incumplimiento del mismo NO estuvo sometido a circunstancias imprevistas sino a circunstancias propias e inherentes a esta clase de contratos, las cuales debían ser analizadas y debidamente justificadas por el contratista, pues el mismo atendiendo a su experiencia en la ejecución de éste tipo de actividades podía prever y sopesar los riesgos e inconvenientes que se podían presentar durante su desarrollo y por lo tanto adoptar las medidas necesarias para contrarrestar dichas circunstancias, situación que no ocurrió por su negligencia y falta de previsión, dejando al azar un resultado que era previsible.

Indica que la propuesta económica realizada por el aquí demandante para la ejecución del referido contrato fue de \$ 1.372.894.505.00, cuando el Instituto Nacional de Vías INVIAS considerado un presupuesto oficial de \$1.612.800.0000.00 en el cual se incluyó en los Pliegos de Condiciones (obrantes al proceso) lo que demuestra que el Contratista CONSORCIO VIAS DE COLOMBIA asumió de manera consciente y sopesada que con el presupuesto asignado podía ejecutar lo contratado, por lo tanto asumió bajo su propio riesgo las eventualidades que pudieran ocurrir, por lo tanto pretender modificar el valor del contrato cuando las condiciones técnicas del mismo no han cambiado, sería otorgarle una ventaja injustificada respecto a los demás proponentes quienes, atendiendo a las condiciones técnicas presentadas en el proyecto, realizaron su correspondiente oferta, no siendo dable pretender como lo hace el demandante atribuir un mayor costo en la ejecución de las obras cuando, él de manera libre y voluntaria estableció un menor valor al considerado por el INVIAS para la intervención del tramo a ejecutar.

Afirma que el contratista no se hizo presentes en diferentes reuniones, así mismo el personal en obra destinado por el contratista era muy escaso y que si bien existió una modificación en el tramo a ejecutar, dicha circunstancia resultaría en un menor costo para el contratista, pues el sector a intervenir paso de 4.6 kilómetros a 2.6 kilómetros, pues el tramo inicial comprendido entre el PR58+0000 al PR62+0600 paso a ser del PR60+0000 al PR62+0600.

Sostiene que la auxiliar de la justicia se equivoca a la hora de señalar que el costo fijado por el Instituto Nacional de Vías INVIAS, era para una actualización o revisión de estudios y diseños y no para la elaboración de unos nuevos, pues tal afirmación desconoce lo establecido en el pliego de condiciones en la cual se establece como obligación del contratista la "Elaboración de Estudios Diseños /o la actualización revisión unificación de los estudios y diseños existentes", así mismo, al reducir el tramo que se debía intervenir, se reducía el costo de los estudios frente al valor global establecido contractualmente.

Manifiesta que no es posible tener en cuenta la comparación del contrato realizada por la auxiliar de la justicia, toda vez que los estudios, las cantidades de obra y especialistas requeridos son totalmente diferentes en cada uno de los contratos.

Por otro lado y respecto a la Conformación de la bancada, botaderos y demás actividades supuestamente desarrolladas por el demandante, no se encuentran adecuadamente acreditadas, pues la parte actora no demostró las cantidades ejecutadas y la aprobación de las mismas por parte de la interventora, toda vez que para su realización requería la aprobación de los planos, respecto de los cuales no se demostró la calidad, oportunidad y pertinencia de los mismo.

Así mismo, considera que no es posible reconocer el monto solicitado por el demandante por concepto de estudios y diseños presentados, toda vez que los mismos no cumplieron las especificaciones técnicas y los parámetros de diseño requeridos, prueba de ello es los contantes requerimientos realizados por la interventoría, en los cuales solicitaba al contratista la presentación de los soportes técnicos que permitieran sustentar las propuestas del diseño geométrico, de pavimentos y de estabilidad de taludes que este presentó, pues los que había sido allegados en su oportunidad presentaban múltiples inconsistencias.

Sostiene que de acuerdo al informe de interventoría es evidente el incumplimiento de la obligación de elaboración de estudios y diseños por parte del contratista, no obstante, la perito no tuvo en cuenta dichos pronunciamientos pues fue el incumplimiento reiterado en las obligaciones adquiridas las que finalmente impidieron la ejecución del contrato 1285 de 2013, así mismo, no está probada la calidad de las obras que fueron ejecutadas como ítems no previstos.

1.4.2. La parte actora y el ministerio público.

Por su parte el demandante y el ministerio público guardaron silencio durante esta etapa procesal.

DECISIONES PARCIALES

En el caso que nos ocupa, se surtió a cabalidad el trámite y procedimiento establecido en el C.P.A.C.A. sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, razón por la cual debe ahora el Despacho desatar la controversia.

2. PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO.

2.1. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Al respecto es preciso señalar que frente a las excepciones planteadas por los demandados se estará a lo dispuesto en la audiencia inicial llevada a cabo el 8 de septiembre de 2016 (f. 402-405).

2.2. PREMISAS FÁCTICAS.

Obran en el expediente las siguientes pruebas:

- Oficio del 16 de septiembre de 2014, a través del cual se rinden unos descargo como consecuencia del presunto incumplimiento definitivo del contrato de obra pública No. 1285 de 2013 por parte del Consorcio de Vías de Colombia (f. 27-36).
- Oficio del 5 de mayo de 2014, dirigido al Instituto Nacional de Vías por medio del cual se da respuesta al oficio No. OAJ 17760, a través del cual se hace la citación a audiencia por el presunto incumplimiento definitivo del contrato de obra pública No. 1285 de 2013, por parte del consorcio de vías de Colombia (f. 37-43).
- Acta de entrega y recibido de obra según formato del Instituto Nacional de Vías dentro del contrato No. 1285 de 2013 (f. 46-48).
- Actas de seguimiento de la obra pública No. 1285-2013 (f. 49-60-216-230).

- Anexo técnico correspondiente al mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja-Zetaquirá-Miraflores-Páez. (f. 61-84 y CD 166).
- Propuesta económica realizada por el Consorcio Vías de Colombia dentro del proceso de licitación pública No. LP-SGT-SNR-002-2013, correspondiente al valor de \$ 1.372.694.505. (f. 85).
- Copia del acta de constitución del consorcio vías de Colombia, para hacer parte de la licitación pública No. LP-SGT-SNR-002-2013, la cual tiene por objeto el mejoramiento y mantenimiento de carreteras grupo 2; módulos 1, 2 y 3 (86-87).
- Contrato de obra pública No. 1285 del 26 de agosto de 2013, suscrito entre el Instituto Nacional de vía y el CONSORCIO VÍAS DE COLOMBIA, el cual tiene por objeto el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja Zetaquirá-Miraflores - Páez módulo 2, en el cual se establece como plazo de ejecución cuatro meses (f. 88-96-207-2015).
- Oficio NO. SPR 50164 del 13 septiembre de 2013, suscrito por el subdirector red nacional de carreteras, el cual se da orden de iniciación del contrato No. 1285-2013 para el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja Zetaquirá-Miraflores - Páez módulo 2. (f. 97-98).
- Resolución No. 05713 del 18 de noviembre de 2013, por medio de la cual se declara la cesación de procedimiento y se archiva el proceso sancionatorio iniciado por el presunto incumplimiento parcial del contrato No. 1285 de 2013, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y el Consorcio Vías de Colombia (f. 99-107).
- Memorando No. SRN 72263 del 15 de octubre de 2014, a través del cual se hace pronunciamiento frente a los descargos presentado por el representante legal del consorcio vías de Colombia, dentro del proceso por incumplimiento definitivo del contrato de obra No. 1285 de 2013 (f. 108-113).***
- Antecedente contrato 1285 de 2013, en medio magnético el cual contiene el anexo técnico, estudios y documentos previos, informe final de interventoría, pliego de condiciones, presupuesto oficial, primer y segundo informe de incumplimiento (f. 166).
- Resolución No. 03220 de 2013 por la cual se adjudica la licitación pública No. PL-SGT-SRN-002-2013, cuyo objeto el mejoramiento y mantenimiento carreteras grupo 2. (f. 167-179).
- Entrega del informe No. 4 y final de interventoría, de fecha 18 de febrero de 2014 ante el subdirector del Instituto Nacional de Vías- INVÍAS (f.180).
- Oficio del 10 de junio de 2016, suscrito por la interventora del contrato NO. 1285 de 2013, el cual tiene por objeto el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja- Zetaquirá -Miraflores –Páez, en el cual emite concepto del comité de defensa y conciliación judicial (f. 181-186).
- Informe de incumplimiento total del contrato de obra No. 1285 de 2013 (f. 187-193).
- Resolución No. 03655 del 2 de junio de 2016, por la cual se declara la terminación del procedimiento administrativo sancionatorio iniciado por el presunto incumplimiento definitivo del contrato de obra No. 1285 de 2013, suscrito con el consorcio vías de Colombia, cuyo objeto es el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja Zetaquirá-Miraflores - Páez módulo 2 (f. 194-206).
- Memorandos SRN 68873, 70206, 73164, 75396, 75398 y 73465, allegados dentro del proceso administrativo por incumplimiento de contrato de la obra No. 1285 de 2013 (f. 231-242).

- Oficio SRN 2107 del 20 de enero de 2014, dirigido a la interventora del contrato No. 1285 de 2013 (f. 243).
- Formato del análisis de precios unitarios del contrato No. 1285 de 2013 (f. 244-246).
- Oficio MPP-BOY-INV-1214 de 2031-OF-069, a través del cual la interventor solicita la declaratoria de incumplimiento total en la ejecución del contrato de obra No. 1285 de 2013 (f. 247—251).
- Oficio MPP-BOY-INV-1214 de 2031-OF-086, del 22 de septiembre de 2016 por medio del cual la ingeniera Magda puentes prieto en su calidad de interventora del contra de obra No. 1285 de 2013, allega el informe final No. 4, actas de comité correspondencia cruzada entre otros registro correspondientes a la ejecución del referido contrato (f. 424-425).
- Oficio No. SNR 45434 del 21 de septiembre de 2016, a través de la cual se remite la correspondencia cruzada entre el INVIAS y el consorcio vías de Colombia, propuesta técnica y económica sobre la ejecución del contrato 1285 de 2013, bitácora de obra del contrato 1285 de 2013 y copia de las diligencias adelantadas con ocasión del proceso administrativo sancionatorio adelantado con ocasión del contrato de obra de vías de Colombia (f. 426-427)
- Oficio MPP-BOY-INV-1214 de 2013-OF-087, del 1 de noviembre de 2016 a través del cual se remite una información correspondiente a las actividades que se debía desarrollar en virtud del contrato de obra No. 1285 de 2013 (f. 442-445).
- Dictamen pericial allegado por la ingeniera Sara Inés Alvarado Carvajal en calidad de auxiliar de la justicia (f. 450-512).
- Oficio No. OAJ 60123 del 6 de diciembre de 2016, por medio del cual se remite copia de la totalidad del proceso administrativo sancionatorio iniciado en contra del consorcio vías de Colombia por el presunto incumplimiento del contrato de obra No. 1285 de 2013 (f. 514-515)

3. Premisas Jurídicas

3.1. Del incumplimiento contractual

La esencia de la contratación estatal radica en la satisfacción de las necesidades de la administración a través de la suscripción de contratos de derecho público regulados de manera especial por el ordenamiento jurídico pero que tiene como derrotero pactar obligaciones reciprocas entre las partes para la cobertura de determinado bien o servicio que requiera el Estado, lo cual comporta el cumplimiento de los principios que orientan la contratación estatal, en armonía con los requisitos señalados en el artículo 1502 del Código Civil.

El incumplimiento contractual, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, el cual asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa con ello un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento general la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

El incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como

extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.

En lo referente a la figura del incumplimiento de contrato el Consejo de Estado, ha señalado¹:

“La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.

La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste.”

En un pronunciamiento más reciente dicha corporación manifestó²:

“el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

Así mismo tiene ocurrencia **cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral**³.

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una **conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulada.**

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777).

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01573-01(38449). Actor: J.E. JAIMES INGENIEROS S.A. Y OTRA. Demandado: EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016).

³ Sobre el particular consultar sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

Así mismo, la ocurrencia del supuesto de incumplimiento del particular, al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, faculta a la entidad estatal contratante a declararlo mediante acto administrativo motivado con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el acuerdo." (Negrillas del despacho)

Es claro entonces que si una de las partes inmersas dentro de la relación contractual, se sustrae del cumplimiento de las obligaciones pactadas o su cumplimiento es parcial, tardío o no cumple con las características requeridas, dicha actuación da lugar a declarar el incumplimiento del contrato estatal, toda vez que el comportamiento desplegado por una de las parte genera un perjuicio a quien acatando las obligaciones adquiridas da pleno cumplimiento al contrato. De igual forma, como lo ha destacado el máximo Tribunal Contencioso Administrativo, este incumplimiento también se predica cuando no se observan o acatan los principios que orientan la contratación estatal.

3.2. ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO

Desde la expedición del estatuto de contratación estatal consagrado en la Ley 19 de 1982, por medio de la cual se modifica el Decreto Ley 150 de 1976, se dispusieron diferentes directrices para llevar a cabo el proceso de contratación por parte de la administración estableciendo ciertos principios entre ellos "el mantenimiento del equilibrio económico del contrato", el cual se mantuvo en el Decreto 222 de 1993 y posteriormente en la Ley 80 de 1993, desde entonces ha sido una constante que en los contratos que celebran las entidades públicas, se reconozca el derecho del contratista a no ver afectado su patrimonio, previendo el reembolso de los valores que no se encuentran contemplados en la ejecución de un contrato y que provienen de las modificaciones del mismo ya sean las ordenadas por la administración o por situaciones externas de las partes que hacen gravosa la ejecución de la labor contratada, respetando la condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración.

Es preciso señalar que las partes tanto contratante como contratista desde el momento en que celebran el contrato buscan la obtención de unos propósitos previamente definidos, para la administración será el cumplimiento de los fines del estado o el desarrollo de políticas públicas y por parte del contratista será la obtención del beneficio económico que dicha actividad le reporta; es decir, que desde ese momento surge lo que se conoce como ecuación financiera del contrato, la cual guía la existencia del mismo procurando que las condiciones en las que se desarrolla no varíen, esto es, evitando que se presenten mayores costos en su ejecución, por lo tanto la finalidad del equilibrio económico del contrato es mantener durante su ejecución que la obligaciones y derechos de los contratantes sean las mismas que se presentaron al momento de su celebración. Al respecto el Consejo de Estado ha definido el equilibrio económico en los siguientes términos:

"El equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales

al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma.

13. Para ello, tiene en cuenta todas las circunstancias imperantes en el momento de proponer, de índole material, jurídica, económica, social, laboral, etc., de tal manera que en la elaboración de los precios que ofrece a la administración, tiene en consideración factores tales como el sitio de ejecución contractual, la situación de orden público, los precios de los materiales y de la mano de obra, el costo de los equipos requeridos, las cargas tributarias que deberá asumir, etc., siendo uno de estos elementos a considerar para sus cálculos, el del tiempo que deberá invertir en la ejecución del objeto contractual, que constituye una variable importante en la determinación del valor de su oferta, que en virtud de la adjudicación, se tornará en el precio del contrato.”⁴

Sin embargo, en la ejecución de los contratos en especial de aquellos de largo plazo, las condiciones establecidas por las partes puede variar por la ocurrencia de situaciones imprevistas, posteriores y no imputables a las partes, toda vez que las variaciones en la economía durante la vigencia de los mismos rompe el equilibrio establecido entre las partes, las cuales generan una mayor costo en el cumplimiento de las obligaciones de una de ellas, en tal circunstancia los artículos 5 y 27 de la Ley 80 de 1993, han previsto que se debe buscar restablecer las condiciones iniciales del contrato, reconociendo los mayores costos en los que haya incurrido el contratista en la ejecución de la labor contratada llevándolo a un punto de no perdida, siempre y cuando esas alteraciones sean imprevistas, existiendo una desproporción objetiva evidente extraordinaria y no justificada.

Para que ocurra el rompimiento del equilibrio económico del contrato la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵, ha establecido tres circunstancias en las que surge la obligación de compensar los mayores costos por parte de la Entidad contratante llevando al contratista al punto de no perdida a saber: i) actos generales que expide la administración como Estado, en uso de sus facultades legales y constitucionales cuya voluntad se manifiesta a través de leyes y decretos de carácter general que afectó negativamente el contrato, conocido como el hecho del príncipe ii) actos expedidos por la entidad administrativa contratante, en su facultad de modificar el contrato ya sea de manera unilateral o no y iii) la ocurrencia de factores externos a las partes contratantes, que son externas al contrato y a los actos de la administración, los cuales se manejan bajo la teoría de la imprevisión.

Ahora, respecto a las situaciones que se pueden llegar a presentar en la ejecución del contrato y que a la postre representa circunstancias que modifican las condiciones iniciales del contrato, es preciso señalar que los artículos 19, 20 y 21 del Decreto Ley 222 de 1983, otorgaron a la administración poderes exorbitantes para la terminación y modificación unilateral de los contratos, siempre bajo el supuesto de proteger los intereses económicos del contratista, quien tiene el derecho de solicitar

⁴ SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912)

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012) Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990).

a la administración restablecer las condiciones del contrato inicialmente pactadas, evitando de esta manera que las alteraciones del mismo le resulte perjudiciales a sus intereses.

Ahora bien, las alteraciones al equilibrio económico del contrato se puede presentar por el hecho del príncipe, como consecuencia de un acto imputable a la entidad caso en el cual surge para ésta la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados con su decisión, mientras que la teoría de la imprevisión las situaciones en la alteración de las condiciones del contrato se presentan por situaciones ajenas a la voluntad de las partes, sin embargo para demostrar que los hechos en los que se fundamentó el rompimiento del equilibrio financiero es preciso demostrar su incidencia en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, por lo que la alteración debe provenir de una norma de carácter general pues si la misma es producto de carácter particular, se estaría en presencia de los poderes exorbitantes de la administración para modificar el contrato en uso del ius variandi y no frente al hecho del príncipe.

Por otro lado es del caso señalar que no cualquier alteración en las condiciones del contrato puede tomarse como causa o como elemento generador del rompimiento del equilibrio económico del mismo, pues es necesario que este se vea afectado de manera grave, anormal y en virtud de la aplicación de una norma de carácter general, con fundamento en la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas pues de lo contrario se estaría en presencia de las alteraciones propias y normales del contrato, siendo obligación de contratista soportar los daños económicos que se encuentren enmarcados en el riesgo propio y normal de cualquier negocio; sin embargo, si las circunstancias que privan de los ingresos y ganancias razonables que podría haber obtenido el contratista en el desarrollo normal de la relación contractual, si este se hubiese realizado en las condiciones inicialmente pactadas, éste podrá solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, buscando que la administración sufrague los mayores costos en los que se tuvo que incurrir para dar cumplimiento a las obligaciones del mismo.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, es claro que el Estado para lograr sus fines esenciales en algunas ocasiones recurre a servicios o actividades sean desarrolladas o ejecutadas por particulares, para lo cual acude al instrumento contractual en el cual se establece una línea vertical en la cual se debe desarrollar, por tal razón la ley ha previsto el restablecimiento del equilibrio económico del contrato como una forma de conjurar todas aquellas contingencias que se puedan llegar a presentar durante su ejecución, que a la postre implicaría la paralización o inejecución del mismo, asegurando de esta manera el cumplimiento de las obligaciones pactadas llevando a feliz término la ejecución del mismo; así las cosas es dable señalar, que el restablecimiento económico del contrato no solo está señalado para amparar los intereses del contratista, sino que el mismo tiene como objetivo fundamental proveer los mecanismos necesarios para procurar el interés público que se persiguen con su ejecución.

Ahora bien, el despacho considera para resolver el asunto puesto a su consideración en primer lugar, establecer las circunstancias que rodearon la ejecución del contrato No. 1285 del 2013, el cual tenía por objeto el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja - Zetaquirá - Miraflores -Páez KM 58+000-K62+600 modulo 2, para posteriormente analizar los argumentos expuestos por la parte actora para determinar a cuál de las partes le resulta imputable el incumplimiento del referido contrato y si efectivamente existió el desequilibrio contractual.

3.3. CASO CONCRETO

3.3.1. Hechos relevantes acreditados.

Es preciso señalar que a través de la Resolución No. 03220 del 2013 el Instituto Nacional de Vías INVIAS adjudicó la licitación pública No. LP-SGT-SRN-002-2013, cuyo objeto es el mejoramiento y mantenimiento carreteras grupo 2, en la que se establece para el Modulo No. 2 como ganador de la oferta al Consorcio Vías de Colombia en los siguientes términos:

“...para establecer el orden de elegibilidad para el módulo 2 siguiente y ultimo modulo, el cual es el menor valor, se procedió a dar aplicación a la siguiente formula de ponderación del método establecido en el cuadro del Numeral 5.2.1 del pliego de condiciones es el metro 4 **menor valor, arrojando en primer lugar de elegibilidad al proponente No. 54 consorcio vías de Colombia, el cual obtuvo un puntaje de 1000 puntos; con una oferta económica por el valor de mil trescientos setenta y dos millones seiscientos noventa y cuatro mil quinientos seis pesos (\$1.372.694.506 M/CTE)**.... en su artículo tercero dispuso “...adjudicar el Modulo No. 2 de la licitación pública No. LP-SGT-SRN-002-2013, cuyo objeto es el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja-Zetaquirá- Miraflores- Páez, al **proponente No. 54 consorcio vías de Colombia**..., por un valor total de la propuesta de mil trescientos setenta y dos millones seiscientos noventa y cuatro mil quinientos seis pesos **(\$1.372.694.506 M/cte)** IVA incluido.” (f. 167-178) (Negrilla y subraya fuera del texto)

La ejecución del referido contrato debía realizarse en el término de 4 meses contados a partir de la orden de iniciación otorgada por parte de la entidad contratante, la cual fue realizada por el Instituto Nacional de Vías INVIAS a través del oficio No. SNR 50164 del **13 de septiembre de 2013**, dirigido al representante legal del Consorcio Vías de Colombia, en el cual se indicó:

“...teniendo en cuenta que se han cumplido los requisitos previstos a la ejecución del contrato citado en la referencia, que tiene por objeto “mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja- Zetaquirá- Miraflores- Páez, modulo 2” atentamente les informo que a partir del **día 16 de septiembre de 2013**, se imparte la orden de iniciación, en el plazo y las condiciones que trata la cláusula cuarta del contrato...” (f. 4 anexo 1). (Negrilla y subraya fuera del texto)

Posteriormente la ingeniera Magda Carolina Puentes Prieto en calidad de interventora a través del oficio MPP-BOY-INV-1214-2013-OF- 063 del **13 de enero de 2014**, atiende de manera desfavorable **una solicitud de prórroga** presentada por el representante legal el consorcio vías de Colombia, en los siguientes términos:

“efectivamente en el proyecto inicial no contemplaba la excavación en roca de la explanación de canales, por lo cual se requirió la presentación de un APU no previsto desde el inicio del contrato, sin embargo esta interventora no está de acuerdo con argumentar que la ejecución de esta actividad genero retrasos en el programa general de obra, pues de acuerdo con la solicitud de multas y la declaratoria de caducidad solicitada por la interventoría, lo que impidió la ejecución oportuna de las obras, fue la falta de entrega de estudios y diseños ajustados a los requerimientos del INVIAS, impidiendo determinar de manera clara y precisa el alineamiento definitivo del eje del proyecto y con ello la ejecución de actividades como la mencionada....

En términos generales la interventoría no encuentra viables prorrogar el contrato de obra por las causales argumentadas en su oficio, pues ninguna de ellas atiene de forma clara

la principal causa del incumplimiento del contrato, que es la entrega de los estudios y diseños requeridos para la ejecución de obras, pues no se pudo aprobar el diseño de pavimento y el diseño geométrico del sector a intervenir (variables indispensables para autorizar la construcción de la vía), por la falta de atención de las observaciones de la interventoría, como se evidencia nuevamente en los oficios MPP-BOY-INV-1214-2013-OF-057 y 062 enviado el 20 de diciembre de 2013 y 3 de enero de 2014, donde se persisten observaciones a los diseños de pavimentos y geométrico, sin que a la fecha se haya dado respuesta alguna a los mismos.” (Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 117-118). (Negrilla y subraya fuera del texto)

Finalmente la interventoría mediante oficio No. MPP-BOY-INV-1214-2013-OF-066 del **15 de enero de 2014**, atendiendo de manera desfavorable una la solicitud de **suspensión** del contrato No. 1285 de 2013, en los siguientes términos:

“en atención a su comunicación nos permitimos ratificar que desafortunadamente se presentaron de manera tardía los estudios y diseños para la construcción de las obras del contrato de la referencia, el tomo físico respectivo fue recibido por la interventora el 16 de diciembre de 2013, dos meses después de la fecha prevista para su cumplimiento y a solo un mes de la fecha de terminación del contrato; además los mismo no atendía **los requerimientos mínimos necesarios para viabilizar su aprobación, pues se encontraba serias inconsistencias en la información de exploración de suelos y geotécnica presentada por el contratista, impidiendo verificar las condiciones iniciales de diseño para la estructura del pavimento; de igual forma se realizaron observaciones al diseño geométrico por parte de nuestro especialista, pues ni siquiera se adjuntaron planos de diseño, no se incluía sección transversal típica, no se presentaban los perfiles de borde izquierdo y derecho, no se presentaba la rasante propuesta**, no se encontraban completos los criterios de diseño y claramente desde la primera revisión adelantada por la interventoría a un bosquejo enviado por email en octubre, se solicitó al contratista mejorar el trazado sobre el borde izquierdo teniendo en cuenta que se encontraba al borde de la vial actual y cuando se implementará el espesor de la estructura del pavimento sobre la rasante actual, la altura del borde izquierdo generaría muros adicionales o rellenos innecesarios, por lo que se considera conveniente ajustar el eje en función a la localización del borde, previniendo que este se pudiera compactar. (Cd. f. 515 Carpeta 2 archivo No. 1 fls. 81).

Como consecuencia de la falta de ejecución de la obra adjudicada al Consorcio Vías de Colombia a través del contrato de obra No. 1285 de 2013, el Instituto Nacional de Vías INVIAS atendiendo los diferentes informes allegados por la interventoría, adelantó proceso sancionatorio en contra del contratista, no obstante el mismo culminó a través de la Resolución No. 03655 del 2 de junio de 2016, en el cual se declaró la “terminación del procedimiento por falta de competencia” y en consecuencia se dispuso archivar el proceso (f. 194-206); así mismo observa el despacho que hasta el momento no se ha liquidado el referido contrato, razón por la cual resulta procedente realizar la correspondiente liquidación por vía judicial.

3.3.2. DE LOS CARGOS EXPUESTOS POR EL DEMANDANTE:

3.3.2.1. Las condiciones contractuales establecidas por el INVIAS no se encontraban ajustadas a la realidad.

Considera la parte actora que las condiciones contractuales establecidas en el estudio técnico así como en el pliego de condiciones no se encontraban acordes a las realidades técnicas del terreno, toda vez que gran parte del tramo que se encontraba destinado a intervenir, por sus características físicas requerían de estudios, diseños al igual que inversiones superiores a las establecidas por el INVIAS; agrega que la

complejidad del tramo a intervenir era tal que el mismo se había venido obviando durante la ejecución de otros proyectos.

Por su parte la entidad accionada sostiene en primer lugar que los precios establecidos durante los estudios técnicos y los pliegos de condiciones se encontraban ajustadas al tipo de obras que se requerían, en segundo lugar el contratista previó a realizar su oferta debió haber acudido al sitio para familiarizarse con el terreno a intervenir y en caso de presentar alguna inconformidad con la información suministrada por el INVIAS, debió hacerlo en la oportunidad establecida para el efecto, y no una vez el contrato de obra le había sido adjudicado; tercero el INVIAS atendiendo a los estudios establecido un monto superior a la suma requerida por el aquí demandante, pues fue éste y no el INVIAS el que fijó el precio del contrato y finalmente señala que el precio resultó ser un elemento indispensable en el proceso de selección del contratista, por lo que éste una vez resulta ser beneficiario, no puede solicitar una suma mayor a la establecida, más si se tiene en cuenta que las condiciones del contrato no fueron modificadas.

Al respecto es preciso señalar que en el anexo técnico para el mejoramiento y mantenimiento de la carretera TUNJA - ZETAQUIRA - MIRAFLORES – PAEZ, se estableció las siguientes actividades:

“Las actividades más representativas en el proyecto, **incluidos los sitios críticos se encuentran localizados entre (PR58+0000 y el PR62+0600)** y se describen a continuación:

- **Elaboración y/o Actualización de Estudios y Diseños**
- **Excavaciones y explanaciones.**
- **Colocación de estructura de pavimento** (subbase, base y mezcla densa en caliente).
- Obras de drenaje: disipadores de energía, drenes, cunetas y filtros.
- **Construcción de muros de contención en concreto y/o gaviones**
- Señalización vertical y horizontal

En todos los casos, el alcance y los sectores a intervenir, se llevarán a cabo en coordinación con la Interventoría y el Gestor técnico del Contrato de la Territorial respectiva (f. 62) (Negrilla y subraya fuera del texto)

Así mismo, en el capítulo 3 se estableció respecto a la elaboración de estudios y diseños para garantizar la estabilidad de las obras lo siguiente:

“La información de referencia se tomó de los últimos informes de Administradores Viales y de las Territoriales de INVIAS. **El Contratista deberá investigar y consultar los estudios y/o diseños existentes, si los hubiese, recopilará y analizará toda la información que represente alguna utilidad para el proyecto. También deberán consultar los archivos de otras entidades gubernamentales o privadas que tengan que ver con la carretera en estudio.**

La información que se debe consultar debe hacer referencia principalmente a los siguientes aspectos: Geología, Topografía, Geotecnia y fuentes de materiales, Drenaje y Sub- drenaje, Tránsito, Factores ambientales, Diseño de mezclas y Diseño de pavimentos, mantenimientos y/o rehabilitaciones realizadas a la vía...” (f. 62). (Negrilla y subraya fuera del texto)

En cuanto a la elaboración de estudios y diseños se dispuso:

“Este trabajo consiste en realizar los Estudios y Diseños y/o la actualización, revisión y unificación de los estudios y/o diseños existentes, por parte del contratista, para la recuperación de las condiciones o características de servicio de la vía. Estos estudios y diseños deberán considerar todos los elementos constitutivos de la vía tales como estructura del pavimento, obras de contención, arte y drenaje, además

de la señalización y las bermas, entre otros, y atención de sitios críticos, en los diferentes sectores que se requiera.

Si la elaboración y/o la actualización y unificación de los estudios y diseños involucran evaluación de la estructura del pavimento y a su vez diseño de obras de arte y/o obras estructurales y/o de estabilización geotécnica, estos se llevarán a cabo simultáneamente, dados los plazos reducidos de los contratos, por consiguiente la Interventoría revisará y aprobará los mismos en la medida en que se vayan entregando, a fin de acometer de inmediato la ejecución de las obras.

La presente especificación particular es una guía básica que el contratista debe seguir sin perjuicio de poder aportar más al objetivo de obtener unos diseños óptimos y claros que le permitan una intervención de los tramos que así lo requieran. (f. 64-65) (Negrilla y subraya fuera del texto)

Por su parte el pliego de condiciones realizado por la subdirección nacional para la Licitación Pública LP-SGT-SRN-002-2013, estableció en su CAPÍTULO VII las CONDICIONES DEL CONTRATO en los siguientes términos:

“7.1 OBJETO DEL CONTRATO

El contratista se obliga para con el Instituto a ejecutar, a los precios cotizados en la propuesta y con sus propios medios – materiales, maquinaria, laboratorios, equipos y personal - en forma independiente y con plena autonomía técnica y administrativa, hasta su total terminación y aceptación final, las cantidades de obra que se detallan en su propuesta económica. Estas cantidades son aproximadas y están calculadas según las características del objeto del proceso, por lo tanto, se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra y sus variaciones no viciarán ni invalidarán el contrato producto de esta licitación pública.

El constructor está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten a los mismos precios de la propuesta.

El contratista debe realizar la totalidad de los estudios y diseños que se requieran, entregándole al Interventor los documentos técnicos necesarios para su correspondiente revisión y aprobación. Estos Estudios y Diseños deberán cumplir con los requerimientos de contenido y metodología de las especificaciones particulares.” (CD fl. 166 archivo pliego de condiciones f. 96)

7.7 ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS

Cualquier error u omisión del contratista en los costos directos o indirectos considerados en su APU para los ítems de obra, y en el formato para elaboración de estudios y diseños, es de exclusiva responsabilidad del contratista y por lo tanto no podrá reclamar al Instituto Nacional de Vías reconocimiento alguno adicional al valor de los precios unitarios consignados en el formulario de su propuesta. El contratista acepta que los precios unitarios por él ofertados constituyen su propuesta económica autónoma

El desglose de los Análisis de Precios Unitarios publicados en el SECOP por el Instituto Nacional de Vías, son únicamente de referencia, constituyen una guía para que el proponente prepare su propuesta, cada Análisis de Precios Unitarios presentado por el adjudicatario debe contener todo lo necesario y suficiente para llevar a cabo el ítem correspondiente: equipos, materiales, transportes, mano de obra y costos indirectos. Si existe alguna duda o interrogante sobre la presentación de estos APU y el precio de estudios publicados por INVIAS, es deber del proponente hacerlos conocer con cinco (5) días hábiles antes del cierre del proceso licitatorio para que el INVIAS los pueda estudiar. CD fl. 166 archivo pliego de condiciones f. 102) (Negrilla y subraya fuera del texto)

Atendiendo las especificaciones técnicas allí contenidas se observa la Propuesta económica realizada por el Ingeniero Fernando López Rojas en calidad de representante legal del Consorcio Vías de Colombia, el cual en el ítem 26 correspondiente a la “**elaboración de diseños para el mejoramiento y mantenimiento de carreteras**”, establece como costo total con IVA incluido el valor de \$ **27.260.000 M/Cte.** Así mismo

el costo total de la **propuesta económica** haciende a la suma de **\$1.372.694.506**. (f. 85), cundo el monto máximo establecido por la entidad contratante ascendía a la suma \$1.612.800.000 M/cte.

De acuerdo con lo anterior para el despacho es claro que las actividades que debía ejecutar el Consorcio Vías de Colombia correspondían a la elaboración de estudios y diseños, Excavaciones y explanaciones, Colocación de estructura de pavimento, obras de drenaje, construcción de muros de contención en concreto y/o gaviones y la señalización vertical y horizontal, para lo cual es Instituto Nacional de Vías INVIAS estableció unos precios de referencia respecto de las cantidades de obra que se debían ejecutar, no obstante y dentro del proceso de selección los posibles oferentes tenían la posibilidad de solicitar aclaraciones respecto de los precios de los estudios publicados o los análisis de los precios unitarios allí establecidos, no obstante esta situación no se presentó; si bien no se desconoce que durante la realización de cualquier obra pública pueden surgir algunos imprevistos que ineludiblemente genera mayores tiempos y costos en la ejecución de la misma, dicha situación por sí sola no tiene la connotación de generar la imposibilidad de ejecutar el contrato, pues tal circunstancia implicaría una adición del contrato o su eventual prórroga, situación que debe ser analizada atendiendo las circunstancias particulares de cada contrato y las actividades que hasta la fecha se hayan adelantado.

El contratista considera que el precio establecido para la realización de estudios y diseños era muy superior a la allí establecida, pues las condiciones del terreno no permitían la realización de los mismos en las condiciones técnicas solicitadas por el INVIAS con los precios por ella fijados; al respecto observa el despacho que si bien la auxiliar de la justicia designada dentro del proceso de la referencia, manifiesta que la suma de \$23.500.0000 M/cte, no resultaba ser insuficiente para realizar los estudios, también lo es que dicha circunstancia no impedía la realización y entrega de los mismos, (audiencia de pruebas grabación 3 minuto 41), pues el contratista los podía realizar y posteriormente con los respectivos soportes iniciar su recobro a la entidad contratante, situación que no ocurrió, pues los mismos a pesar de haber sido entregados en reiteradas oportunidades a la interventoría para su posterior aprobación, no cumplían con los requisitos técnicos mínimos requeridos, razón por la cual nunca fueron aprobados; ahora bien, el contratista en ningún momento le manifestó a la aquí demandada la imposibilidad de ejecutar los mismos como consecuencia del rubro que le había sido asignado, por el contrario se advierte que los mismos fueron realizados pero de manera deficiente razón por la cual fueron devueltos por los especialistas de la interventoría para su posterior corrección.

Considera el despacho que no es posible aceptar el argumento del demandante en cuanto sostiene que el monto allí señalado no cubría el costo para la realización de estudios y diseños nuevos sino que dicho monto correspondía a una actualización de los ya existentes, situación que se encontraba plasmada en los pliegos de condiciones y en los estudios técnicos, afirmación que es respaldada por la auxiliar de la justicia cuando manifiesta que *“el valor establecido corresponde a una actualización y no para la elaboración de nuevos diseños”* (minuto 8 grabación 2 audiencia de pruebas); pues si bien no se desconoce que en dicha oportunidad se estableció como obligación del contratista la obligación de **“realizar los Estudios y Diseños y/o la actualización, revisión y unificación de los estudios y/o diseños existentes”** (f. 64-65), también lo es que en el anexo técnico en su capítulo 3 al momento de hacer referencia al tema en comento señaló que **“El Contratista deberá investigar y consultar los estudios y/o diseños existentes, si los hubiese, recopilará y analizará toda la información que represente alguna utilidad para el proyecto. También deberán consultar los archivos de otras**

entidades gubernamentales o privadas que tengan que ver con la carretera en estudio. ...” (f. 62).

De acuerdo con lo anterior, es claro que para obtener los estudios y diseños necesarios para desarrollar el referido contrato, existían dos posibilidades: a) la existencia de estudios y diseños, caso en el cual el contratista debía recopilar la información relevante para el proyecto y proceder a su actualización o b) la realización de unos nuevos estudios; sin embargo en ningún de los dos casos el costo destinado por dicho ítem aumentaría, pues ante la existencia de esta dos posibilidades el oferente era consiente que el monto destinado era suficiente para dar pleno cumplimiento a las obligaciones adquiridas en cualquiera de las dos posibilidades, atendiendo para el efecto siempre la extensión del tramo que se debía ejecutar.

El 23 de septiembre de 2013 en el manual de interventoría de obra pública se instó al contratista para que entregara los documentos requeridos para realizar seguimiento al contrato de obra, al respecto señaló:

“el **contratista no ha presentado la documentación requerida para el seguimiento del contrato, por lo cual se requiere sus entrega inmediata;** se deja constancia que tampoco llegó a la reunión técnica inicial planeada para el día de hoy, por lo cual se hace un primer llamado de atención, pues no existe presencia en el frente de obra a 8 días de iniciado el contrato...” (f. 55-56). (Negrilla y subraya fuera del texto)

Diseños y estudios que de acuerdo con las diferentes pruebas documentales no fueron entregados oportunamente al respecto, la interventora al momento de referirse al tema en comento señaló:

“...solo se logra un mes antes de la terminación del contrato la entrega por parte del contratista del primer tomo de los estudios y diseños, quiere decir que más o menos para el 16 de diciembre 2013, teniendo en cuenta que el contrato terminaba el 14 de enero de 2014, el contratista entrega el primer tomo físico que da cuenta real de los estudios y diseños...es un entrega extemporánea, cuando lo tenía que entregar en el primer mes y desde allí las intervenciones de la interventoría para la imposición de multas...” (CD 441 grabación 2 minuto 13:30- 15:00).

El despacho no encuentra sustento alguno a la afirmación del demandante cuando señala que *“el contrato tremendamente desdibujado y altera en sus condiciones técnicas y financiera, pues el contratista primeramente se vio obligado a ejecutar el contrato dentro de un tramo terriblemente complejo y bajo exigencias alejadas totalmente del marco técnico y natural del contratado y constreñido a elaborar un diseño de complejidades ajenas al carga contractual y al precio pactado”* (f. 8), pues no se advierte que el contratista previamente a realizar su propuesta económica para ejecutar el contrato, no conociera de antemano la ubicación y condiciones técnicas del terreno en el que se debía ejecutar el mismo, pues dentro de los estudios técnicos del contrato se estableció la necesidad de intervenir sitios críticos para lo cual se debía *“considerar todas las condiciones que generan la inestabilidad (geología, geotecnia, hidrología, drenajes, estructuras, tráfico actual, etc.) y debe presentar las memorias de cálculo, planos y en general el diseño de todas las obras requeridas para garantizar la estabilidad del sitio y de las obras realizadas...”* (CD 166 anexo técnico del contrato), por lo tanto la parte actora no establece las situaciones complejas en las que se vio inmerso y de las cuales no tuviera previamente conocimiento y que los precios unitarios fuesen superiores al pactado contractualmente.

En suma el despacho considera que los pliegos de condiciones y el anexo técnico del contrato de obra pública No. 1285 de 2013, evidenciaba claramente los presupuestos técnicos del terreno en el que se debía ejecutar el contrato; por lo tanto no se observa una situación imprevista posterior a la suscripción del contrato que haya aumentado las dificultades propias del mismo, que imposibilitaran o aumentaran los costos y por ende retrasaran su ejecución.

3.3.2.2. La modificación en el tramo a ejecutar imposibilitó el cumplimiento del contrato.

Sostiene el demandante que el tramo a intervenir de acuerdo con el contrato de obra pública No. 1285 de 2013, se encontraba entre el PR58+000 y PR62+600, no obstante una vez se dio inicio a la ejecución del contrato se advirtió por parte de la interventoría que el tramo entre el PR58+000 y PR60+000 se encontraba amparado por una póliza de seguro de un contrato anterior, por lo que el mismo no podía ser intervenido, situación que afectó seriamente el contrato pues dicho sector de acuerdo con las especificaciones técnicas, no tenía ninguna dificultad y se encontraba casi listo para extender la capa asfáltica, no obstante el tramo entre el PR60+000 y PR62+600, por las condiciones del terreno, era un trayecto de difícil intervención, el cual requería de estudios y diseños complejos pues se trataba de zonas de alta inestabilidad, lo cual debió ser tenido en cuenta por parte de la entidad demandada a la hora de otorgar una prórroga al contrato, pues al momento del vencimiento del mismo, ya se había ejecutado las actividades más representativas y tan solo faltaban algunas que no tenían ningún grado de complejidad, razón por la cual el contrato se podía dar por terminado en un corto periodo de tiempo.

Por su parte considera la entidad demandada que si bien es cierto una parte del tramo de la vía que se debía intervenir se encontraba cobijado por una póliza de estabilidad, también lo es que dicha circunstancia no incidió en nada en el incumplimiento del contrato, toda vez que el tramo que el contratista debía intervenir paso de 4.6 kilómetros a 2.6 kilómetros, lo que representa una disminución del casi el 50% del tramo a ejecutar, razón por la cual no resulta válido desde ningún punto de vista otorgar un mayor plazo o destinar muchos más recursos cuando el sector de la vía se había visto ostensiblemente disminuido.

Observa el despacho que en el efecto dentro del referido contrato el cual tenía por objeto el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja- Zetaquirá – Miraflores - Páez, modulo 2 el tramo a intervenir correspondía al comprendido entre el PR58+000 y PR62+600, no obstante y a pesar que la orden de se impartió desde el 16 de septiembre de 2013, las partes involucradas en el referido contrato tan solo se dieron cuenta de la necesidad de reducir el tramo a intervenir el **1 de octubre de 2013**, esto es casi 15 días después de dada la autorización de inicio de la obra, al respecto dicha circunstancia quedo establecida en la bitácora de la interventoría en los siguientes términos:

“Se hizo recorrido conjuntamente con el ingeniero Fernando López representante legal de contratista...el administrador de mantenimiento vial informa telefónicamente que el tramo comprendido entre el **PR58+000 al PR60+00 está en garantía** de otro contrato de obra por lo tanto no se puede intervenir en este tramo. **Se identificaron tramos probables de intervención con construcción de estructura de pavimento del PR60+000 al PR60+200, el PR60+900 al PR61+500 y el PR62+000 al PR62+200 para los tramos intermedios que corresponden a fallas geológicas se recomienda visita de especialista**” (f. 8 anexo 1) (Negrilla fuera del texto)

Si bien es cierto existió una falencia por parte del Instituto Nacional de Vías INVIAS al establecer el impacto del proyecto sobre los tramos en los que se debía ejecutar la obra, pues no advirtió de manera oportuna la existencia de la póliza de garantía en una gran parte del tramo a intervenir, también lo es que dicha circunstancia en criterio del despacho no reviste la connotación de alterar el contrato al punto que lo haga inejecutable por parte del contratista, pues hasta la fecha en que se advirtió dicha circunstancia, el aquí demandante ni siquiera había hecho presencia en el frente de obra, así mismo, no había adelantado ninguna actividad de la cual se pueda deducir de manera siquiera indiciaria que dicha irregularidad generaba un retraso en la ejecución del mismo. En efecto revisada las diferentes anotaciones por parte de la interventoría se observa que desde el día 16 de septiembre al 1 de octubre del 2013, el contratista no se había hecho presente, incluso se llevó a cabo una reunión técnica inicial el 23 de septiembre sin presencia del ahora aquí demandante.

Como se puede observar de las diferentes anotaciones de interventoría tan solo el 6 de octubre de 2013 hizo presencia el personal de topografía por parte del contratista y únicamente hasta el 25 de noviembre de 2013, llegaron al sitio de las obras maquinaria y personal para dar inicio a la ejecución de la obras, es decir que solo dos meses después de dada la orden de inicio y más de mes y medio de la modificación del tramo a intervenir iniciaron las obras y si bien no se desconocen las actividades de topografía que se desarrollaron durante algunos días, así como los aforos vehiculares, dichas actividades no representaron un avance significativo en las obligaciones que habían sido adquiridas, incluso se advierte diferentes oficios por parte de la interventoría requiriendo al contratista para que allegara las afiliaciones a seguridad social del personal que estaba haciendo presencia en obra, sin que dicha solicitud haya sido atendida de manera oportuna por el representante legal del Consorcio Vías de Colombia.

En efecto la auxiliar de la justicia al momento de referirse a la causa que dio lugar al incumplimiento del contrato señaló:

“...se evidenció que en varias ocasiones el contratista fue oficiado por la interventora y en el libro de campo **se evidencia la falta de personal para iniciar las obras**, en cuanto a la falta de compromiso del contratista... **fue falencia de él no colocar la gente en campo mientras se hacía trabajo de oficina**...mientras que se adelantan estudios en oficina el contratista va adelantando actividades en campo, cosa que el contratista... me imagino se le hizo fácil fue arrancar con los diseños, cosa que retraso las obras, fue culpa de él, el mismo contratista debe saber mientras vamos adelantando trabajo de oficina vamos adelantando trabajo de campo... **se demoró mucho tiempo para arrancar la obra.** (CD f. 523 Grabación 2 minuto 23:00- 24:00)

Así las cosas, el despacho no encuentra sustento alguno para que el contrista hubiese pretendido como lo hizo en la solicitud de prórroga o a lo largo del proceso sancionatorio pretender que le fueron descontados los primeros quince días, pues dentro del plenario no existe justificación alguna que permita evidenciar la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito para dar inicio a las obras en la fecha que le había sido programada, así mismo y a pesar que el aquí accionante considera que el tramo que fue quitado del contrato se encontraba listo para intervenir, dicha circunstancia no se encuentra acreditada, no obstante y en gracia de discusión el despacho advierte que desde el 1 de octubre se identificaron posibles tramos en los cuales se podía llegar a extender la capa asfáltica, no obstante esta circunstancia tampoco ocurrió.

Al respecto se advierte que una vez hace presencia en el frente de obra (23 de septiembre de 2013), sufrió algunos contratiempos, como lo fue el daño de algunas

máquinas, no obstante se advierte que la falta de personal en la ejecución de las obras fue una constante; en efecto se observa que desde el inicio de la orden impartida 16 de septiembre de 2013 al 5 de octubre de 2013, no hubo presencia del contratista, posteriormente desde el 6 de octubre al 23 de noviembre solo hizo presencia un topógrafo y dos cadeneros y desde el 26 de noviembre al 6 de diciembre de 2013 se desarrollaron algunas actividades significativas, posteriormente desde el 16 de diciembre al 14 de enero cuando finalizó el plazo establecido para entregar la obra, hizo presencia el contratista, es decir que el contratista ejecutó la obra por un término aproximado de 1 mes y 12 días.

3.3.2.3. Considera el accionante que otro elemento determinante en la imposibilidad de dar cumplimiento al contrato fue el hecho de tener que ampliar la vía con excavación de roca.

Por otro lado se indicó que una de las imposibilidades para dar cumplimiento al contrato No. 1285 de 2013, y que no fue tomada en cuenta, a la hora de analizar la solicitud de prórroga del contrato, fue el hecho de tener que ampliar la vía con excavación de roca, ítem que no fue previsto en el proceso de licitación pública y que fue conocido por la interventoría y no reconocido en el acta final; agrega que para poder adelantar dicha actividad tuvo que acudir a prácticas artesanales como lo es la explotación de roca con pólvora negra, actividades que por su complejidad no son fáciles de desarrollar y que requieren mucho tiempo.

Observa el despacho que en efecto la excavación de roca fue adelantada por el aquí demandante durante la ejecución del referido contrato, al respecto dicha actividad fue consignada por parte de la interventoría en la bitácora de obra en los siguientes términos:

27/11/2013	la interventoría le aclara al residente de obra que <u>no se pueden hacer excavaciones en roca</u> , ya que no se ha presentado un diseño definitivo y el contratista no ha solicitado la aprobación de este ítem no previsto	Archivo contrato 1285-13 f. 205
3/12/2013	Interventoría le indica al ingeniero residente de obra que <u>no están aprobados las excavaciones en roca</u> por el contratista no haber entregado diseño definitivo en los APUS correspondientes	Archivo contrato 1285-13 f. 206
6/12/2013	<u>El contratista está haciendo excavaciones en roca que no están aprobadas por la interventoría</u>	Archivo contrato 1285-13 f. 207
21/12/2013	Continua explotación de roca, <u>la interventoría vuelve aclarar que los trabajos de ampliación y corte de roca no están aprobados por la interventoría ya que no han sido aprobados los diseños</u> y el contratista no ha presentado los APUS correspondientes	Archivo contrato 1285-13 f. 211

Como se puede observar de dicha actividad solo se tiene registro durante casi un mes, pues de acuerdo al bitácora no hubo ninguna actividad por parte del contratista durante los días 7, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 de diciembre de 2013, actividades que fueron suspendidas en atención al requerimiento de la interventoría de suspender la explotación de roca pues dicha actividad no había sido aprobada.

Por lo tanto, el despacho no considera válido el argumento expuesto por el aquí demandante, en primer lugar porque dicha actividad tan solo fue ejecutada una vez había transcurrido dos meses desde el inicio de las obras, en segundo lugar tan solo existe registro que se haya ejecutado durante aproximadamente un mes de los cuatro de duraba el contrato y finalmente dicha actividad en ningún momento fue aprobada por la interventora, es decir que a pesar que era una actividad que representaba cierto grado de dificultad en su desarrollo, la misma no era necesaria o por lo menos su necesidad no había sido establecida, por lo tanto pretender escudarse en dicha actividad para justificar el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista resulta a todas luces inviable, pues no se explica cómo sí se había establecido la viabilidad de extender la capeta asfáltica respecto a algunos tramos comprendidos entre el PR60+000 y PR62+600 el contratista no haya efectuado dicha actividad, al respecto en el acta de interventoría del 1 de octubre de 2013 se indicó que "Se identificaron tramos probables de intervención con construcción de estructura de pavimento del PR60+000 al PR60+200, el PR60+900 al PR61+500 y el PR62+000 al PR62+200".

Se advierte que de acuerdo a los diferentes requerimientos realizados por la interventoría la causa determinante en la imposibilidad de dar cumplimiento al contrato de obra No. 1285 de 2013 en el término de 4 meses allí establecido o por lo menos de mostrar un avance significativo en el desarrollo del mismo, lo constituyó el descuido del contratista, pues no dispuso del personal necesario para su ejecución desde un inicio y los estudios y diseños requeridos no fueron aprobados por las constantes inconsistencias encontradas, documentos que resultaba ser indispensables para permitir y aprobar obras relevantes de la obra.

De acuerdo con lo anterior el despacho no encuentra que la modificación en el tramo a efectuar hay revestido tal connotación que haya impedido al aquí demandante ejecutar la obra en el término allí establecido, pues de acuerdo con la auxiliar de la justicia la el porcentaje de ejecución de la obra corresponde al "...1 o 2 por ciento de la ejecución del contrato..." (Grabación 3 minuto 21:00), y si bien en principio se pensaría que los costos resultarían menores, también lo es que la referida auxiliar sostiene que por el grado de complejidad del terreno los mismo no eran suficientes, no obstante dicha circunstancia tampoco impedía la ejecución de la obra, pues el valor excedente podía ser recobrado al INVIAS, bajo la aprobación de ítems no previstos. Por lo tanto la no aprobación de una prórroga o suspensión del contrato No. 1285 de 2013, resultaba a todas luces improcedente, pues incluso tan solo un días del vencimiento de dicho contrato el Consorcio Vías de Colombia, nuevamente paso los diseños y los estudios que había sido devueltos para su aprobación, es decir, que respecto a dicho requisito, el aquí demandante tenía un retraso en la entrega de estudios y diseños de 3 meses, los cuales fueron requeridos por la interventoría en reiteradas oportunidades.

El despacho no desconoce los avances en las actividades desplegadas por el contratista para lograr la aprobación de los estudios y diseños, no obstante la mora en la realización de los mismos no resultó estar justificada, por el contrario las inconsistencia encontradas en los mismos solo resultaron ser una prueba más de la decidía del aquí demandante en la ejecución del contrato, al respecto a través del oficio MPP-BOY-INV-1214-2013-OF- 030 del **29 de octubre de 2013**, se consignó una de las inconsistencias encontradas en los estudios en los siguientes términos: **"revisadas las memorias de diseño de la estructura de pavimento realizadas para el tramo a intervenir entre PR60+000 al PR62+600 de acuerdo al contrato de la referencia, se muestra en la tabla No. 1 un total de 10 apiques.... Al respecto me permito manifestarle nuestra inconformidad y extrañeza, en relación al número de**

apiques, ya que según pudo constatar nuestro personal de campo, solamente se hicieron 4 apiques” (Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 61), situación que no fue justificada por el contratista o por lo menos dentro del plenario no existe prueba que así lo acredite.

El contratista en el presente caso no demuestra en que consistió la imposibilidad de ejecutar el referido contrato, al respecto el Consejo de Estado al momento de definir la imposibilidad de ejecutar los contratos ha señalado:

“4.4.- Pero no cualquier imposibilidad tiene la virtualidad de liberar al deudor o de extinguir la obligación a su cargo, pues la causa que dé lugar a esa situación debe ser: i) sobrevenida, es decir, que el deudor no tenga conocimiento o no hubiera podido prever su ocurrencia al momento de celebrar el contrato o negocio jurídico; ii) Definitiva, es decir, que sus efectos o consecuencias no puedan ser asumidos o sorteados⁶ a través de otros mecanismos⁷ desde el inicio de la ejecución del contrato; iii) Objetiva, es decir, que no se ocasione por una mera dificultad subjetiva, personal o económica del deudor, sino que sea totalmente ajena a su voluntad y; iv) que sea imprevisible e inevitable para éste, es decir, que el deudor no haya podido contemplar su advenimiento previamente a su ocurrencia⁸ y que no haya sido posible evitar o menguar sus consecuencias o efectos.

4.5.- Ahora, la imposibilidad a la que se ésta haciendo referencia puede ser física o jurídica, será física cuando proviene o se deriva de acontecimientos o hechos de la naturaleza o humanos; y será jurídica cuando se produce por un cambio legislativo o por cualquier norma, reglamento o providencia que expedida por una autoridad competente, impide la ejecución del contrato.”⁹

Así las cosas, el despacho considera que atender de manera favorable el argumento expuesto por la parte actora respecto a que el incumplimiento se dio como consecuencia de reducir o limitar la obra a una parte del trayecto, sería premiar su desinterés a la hora de efectuar una propuesta seria y ajustada a las necesidades del contrato, pues es claro que el monto que en esta oportunidad ofreció el Consorcio vías de Colombia resultó ser determinante en la adjudicación del contrato de obra pública No. 1285 de 2013, es decir que realiza una oferta sustancialmente baja para ser acreedora de una licitación pública para posteriormente una vez inicia la ejecución de la misma o una vez advierte que los recursos establecidos no resultan ser suficientes para la ejecución del contrato variar los precios unitarios para obtener una rentabilidad superior a la inicialmente pactada, atentando contra los principios de lealtad y transparencia que rige la contratación pública, además del principio de la buena fe respecto a los demás oferentes quienes realizaron ofertas más acordes a la realidad técnica del terreno y por lo tanto al aumentaron el costo de la ejecución de la obra y no resultaron ser adjudicatarios de dicho proyecto.

⁶ Ibidem Pág. 785

⁷ Se ha señalado que la imposibilidad que da lugar a la extinción de la obligación no puede ser de carácter transitorio, es decir, que sus consecuencias o efectos no puedan ser superados por otros mecanismos, tales como la suspensión de la ejecución de las obras o de la suscripción de actas de prórroga del plazo inicialmente convenido, entre otras.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Expediente: 14.781.

⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección tercera Subsección C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614)

3.3.3. El no pago del anticipo imposibilitó el cumplimiento del contrato.

Considera el demandante que la entidad demandada incumplió sus obligaciones contractuales al no girar el anticipo del 20% del valor de contrato, pues dichos recursos eran requeridos para continuar adelante con la ejecución de las obra.

Por su parte el INVIAS considera que de conformidad con lo establecido en el contrato No. 1285 de 2013, la realización de las obras o el cumplimiento de las obligaciones contractuales no está supeditado giro del anticipo.

Al respecto el despacho observa que en el referido contrato respecto al anticipo se estableció:

“CLAUSULA NOVENA: ANTICIPO. Una vez cumplido los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato, el instituto entregara un anticipo hasta del veinte por ciento (20) del valor básico del contrato pagadero en dos cuotas así **a).** Una primera cuota equivalente al 10% del valor básico del contrato, una vez cumplido los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato previa solicitud del contratista y aceptación de las condiciones del instituto para su entrega, para lo cual el ordenador del gasto debe autorizar el pago en el formato establecido para tales efectos, que se radicara por el contratista para el tramite con sus respectivos anexos. En todo caso el anticipo estará sujeto a la disponibilidad de cupo en el programa anual mensualizado de caja (PAC). **b).** una segunda cuota de hasta el 10% del valor básico del contrato, una vez se amortizado el 70% de la primera cuota entregada. Parágrafo primero: manejo del anticipo.- el contratista constituirá un patrimonio autónomo en los términos establecido en el artículo 91 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011- estatuto anticorrupción, en el cual se establezca que el beneficiario corresponde al instituto. No obstante en el contrato de fiducia que se constituya para efectos del manejo de los recursos del anticipo, se deberá establecer de forma expresa que la autorización de los desembolsos o cheques que se giren con cargo al patrimonio autónomo, necesitan la firma o autorización del contratista o su designado y la del interventor...”

PARAGRAFO CUARTO: La iniciación de las obras o el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales no se hayan supeditadas, en ningún caso a la entrega del anticipo. El INVIAS a través de las INTERVENTORÍA revisará, aprobará los programas de inversión del anticipo de conformidad con el Manual de interventoría.” (f. 207-2015)

De acuerdo con lo anterior es claro que para que la entidad demandada desembolsara el anticipo establecido en el contrato de obra pública No. 1285 de 2013, le correspondía al Consorcio Vías de Colombia, tramitar y acreditar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos para el efecto, situación que no se configura en el presente caso pues de las pruebas documentales allegadas al plenario se advierte que mediante acta de reunión técnica inicial llevada a cabo el **23 de septiembre de 2013**, se requirió al demandante en los siguientes términos:

“4.- Plan de inversión anticipo. Programa de inversiones, plan de inversión de anticipo.

5.- Flujo de caja: **Análisis de inversión de anticipo a más tardar el día de mañana, pues debieron presentarse en la semana anterior y ya se está en un incumplimiento.** (f. 57-58) (Negrilla fuera del texto)

Así mismo y de acuerdo con el oficio No. MPP-BOY-INV-1214-2013-OF-033 del 31 de octubre de 2013, la interventoría dio respuesta al contratista respecto del anticipo solicitado, en los siguientes términos:

“...le solicito diligenciar nuevamente los formatos MSF-FR-05 plan de inversión mensulizado del anticipo del contrato de obra y AGF-FR29 afectación presupuestal de obligaciones, discriminando la inversión de hasta el 10% para cada desembolso”
(Archivo contrato 1285-13 f. 125) (Negrilla y subraya fuera del texto)

Dicha comunicación cuenta con constancia de recibido por parte del contratista del 1 de noviembre de 2013, sin que con posterioridad a la misma se haya advertido que el demandante haya subsanado o diligenciado adecuadamente los formatos solicitados; es preciso señalar que el anticipo que había sido establecido para ser desembolsado estaba supeditado a que el contratista (Consorcio Vías de Colombia) acreditara el cumplimiento de los requisitos exigidos para el efecto, situación que no observa en el presente caso, por lo tanto mal haría el despacho en reprochar a la entidad demandada el desembolso de los recursos solicitados por el accionante cuando este no gestionó los documentos mínimos requeridos y que garantizaban la inversión de dichos recursos en la ejecución del contrato No. 1285 de 2013.

Es necesario precisar que el aquí demandante no demostró de manera siquiera sumaria el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud del contrato de obra pública No. 1285 de 2013, incluso del análisis probatorio reseñado a lo largo de la presente providencia se logra establecer que el incumplimiento de las obligaciones contractuales deviene del Consorcio Vías de Colombia, el cual se sustrajo de manera injustificada del cumplimiento de sus obligaciones tales como: i) no inicio la obra dentro del término otorgado por la entidad demandada; ii) no destino el personal suficiente para la ejecución del contrato; iii) no allegó la talidad de los documentos de seguridad social del personal que se encontraba laborando en la obra, iv) no realizó los estudios y diseños dentro del término establecido para el efecto, incluso al finalizar el contrato los mismos no había sido aprobados; v) las correcciones y requerimientos realizados no fueron acatados dentro de la oportunidad establecida; vi) desconoció los requerimientos de la interventoría respecto de no ejecutar ciertas actividades que no estaban autorizadas vii) no rindió los informes, ni allegó las actas de seguimiento del contrato entre otras actividades en las cuales no tuvo injerencia alguna el Instituto Nacional de Vías INVIAS.

En este punto se observa, que no obra en el expediente prueba válida que demuestre que el Consorcio Vías de Colombia, haya cumplido a cabalidad con las obligaciones pactadas en el contrato No. 1285 de 2013, pues para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su contratante.

3.3.4. Pago de los ítems no previstos y que no fueron reconocidos por la interventoría.

Considera la parte actora que la entidad demandada no ha reconocido el valor de las obras que fueron ejecutadas y de los ítems no previstos y cuyo valor asciende a la suma de \$280.566.707.24, de los cuales tiene pleno conocimiento de la interventoría

Por su parte considera el INVIAS que los ítems no previsto y que fueron solicitado por el contratista fueron devueltos pues los mismos no se encontraba ajustados al manual de interventoría.

Al respecto el despacho observa que el subdirector de red nacional de carreteras a través del oficio No. SNR2107 del 20 de enero de 2014, le manifiesta a la interventora del contrato No. 1285 de 2013, la imposibilidad de reconocer los APU no previstos atendiendo a las siguientes circunstancias:

“en atención a la comunicación No. MPP-BOY-INV-1214 de 2013, con radicado INVIAS 2648 del 15/01/2014, a través del cual usted aprueba los siguientes APU de ítems no previstos: excavaciones en roca de la explanación, canales y préstamos, conformación de la calzada existente y pedraplen compacto; referentes al contrato de obra No. 1285 de 2013, cuyo objeto es “mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja- zetaquirá- Miraflores- Páez Módulo 2 y teniendo en cuenta sus funciones, obligaciones y responsabilidades como interventora del contrato en comento, de manera atenta le devuelvo dichos documentos, toda vez que estos no se ajustan a lo establecido en el manual de interventoría obra pública de INVIAS- instructivo para aprobación de ítem no previsto, y no se presenta en los siguientes formatos:

- Cuadro comparativo de precios unitarios no previstos- formato MSE-FR- 16.
- Proyecto de acta de modificación de cantidades de obra, en la cual se incluyan los nuevos ítems, de acuerdo con el formato MSE-FR- 10
- Proyecto de acta de fijación de ítem no previsto- formato MSE-FR-13” (f. 61 anexo 1)

Observa el despacho que a folios 62, 63 y 64 del anexo 1, fueron allegados los análisis de precios unitarios para la excavación en roca de la explanación, canales y préstamos, conformación de la calzada existente y pedraplen compacto en los formatos MSE-FR14 los cuales se encuentran suscritos por el representante legal del Consorcio Vías de Colombia y la interventora ingeniera Maga Puentes Prieto; así mismo se observa que la referida profesional diligenció el formato MSE-FR-24 a través de la cual se establece el acta de entrega y recibido definitivo de obra del fecha 16 de enero de 2014 (un día después del vencimiento del contrato), establece dentro de las características y alcance al obra que recibe los siguientes:

- Construcción de alcantarillas en los PR60+095, 60+325, 62+120 y 62+270 lo cual corresponde a la instalación de 45 tubos de 36 pulgadas con las cantidades conexas, excavaciones, salados, atraques, concreto ciclópeo y relleno para estructuras.
- Ampliaciones la calzada entre el PR51+550 al PR61+720 sector san isidro, con un ancho promedio de 2.50m y una caja para el mejoramiento de 0.90m
- Construcción de gaviones y relleno en material seleccionado en el PR61+740 para permitir la ampliación de la calzada.
- Se armaron gaviones en el descole de la alcantarilla del PR60+260 para construir un dissipador.
- Afirmación PR61+690 a PR61+740.
- Excavación para el mejoramiento de la subrasante.
- Cortes en talud entre el PR62+040 y el PR62+500 (f. 59 anexo 1).

Dichas actividades para el momento de la liquidación incluyendo el IVA ascendían al valor de noventa y ocho millones quinientos treinta mil ochocientos cuarenta y nueve pesos (\$ 98.530.849) (f. 47); suma que no se encuentra acreditada que haya sido cancelando por la entidad demandada.

En el presente caso el despacho no desconoce que los formatos en los cuales fue diligenciado el pago de dichos valores no corresponden a los requeridos por la entidad

demandada, no obstante dicha falencia corresponde a un error formal que no impide tener en cuenta dicho valor para su reconocimiento.

Es preciso señalar que los ítems no previstos serán reconocidos teniendo en cuenta que para su ejecución los mismos hayan sido autorizados por la interventoría, pues no le sería dable al despacho reconocer actividades que el contratista asumió por su cuenta y riesgo, tales como las excavaciones en roca que fueron ejecutados por el contratista, pues de acuerdo con la bitácora de interventoría la mismas no fueron autorizadas en la medida en que no se había establecido la necesidad de su realización y mucho menos las cantidades requeridas. Respecto a las actividades desarrolladas por el contratista la interventora manifestó:

“durante el desarrollo del contrato el contratista realizo algunas actividades que podían darse, digamos, de manera paralela al tema de los estudios y diseños actividades como lo eran los cambios de alcantarillas de unos diámetros que no cumplían de 24 a 36 pulgadas, una conformación de la vía existente para el mejoramiento del tránsito por el sector y asumió a su cuenta y riesgo, realizo algunas actividades sin tener en cuenta que no existía valor de precios unitarios pactados de lo cual da cuenta también la bitácora que la interventoría advirtió de dicha situación que no se adelantaran obras sin precios no previstos, pues el contratista asumió su riesgo realizo dichos realizo algunas actividades específicamente de cortes en roca para la ampliación de la bancada de la vía, pero esos cortes eran inciertos pues no había diseños geométricos aprobados entonces al no haber un espacio en el cual yo identificara por donde iba a haber la vía, pues el corte podía hacerse más o menos en las cantidades pues digamos eran inciertas, entonces el contratista asumió su riesgo y ejecuto esas actividades, ejecuto algunas actividades también de unos muros en gaviones... el contrato tenía 4 meses de ejecución para el mes uno, se encuentra acta firmada por interventoría (audiencia de pruebas grabación 3 minuto 16.00-19.00)

Así mismo, **No** se reconocerá las sumas en las que haya tenido que incurrir el contratista para la realización de estudios y diseños, pues si bien a lo largo del plenario se demostró que el mismo efectuó algunos avances, también lo es que estos presentaron muchas falencias, razón por la cual nunca fueron aprobados, así mismo no se encuentra demostrado que alguno de los estudios y diseños que fue presentado haya representado alguna utilidad a la entidad contratante de la cual implicara la necesidad de efectuar el reconocimiento de los gastos en los que incurrió.

3.3.6 Del incumplimiento del contrato.

En el presente caso se encuentra acreditado que el Instituto Nacional de Vías INVIAS a través de la Resolución No. 03220 del 2013 adjudicó la licitación pública No. LP-SGT-SRN-002-2013, cuyo objeto es el mejoramiento y mantenimiento carreteras grupo 2, en la que se establece para el Modulo No. 2 como ganador de la oferta al Consorcio Vías de Colombia quien realizó una oferta económica por el valor de mil trescientos setenta y dos millones seiscientos noventa y cuatro mil quinientos seis pesos (\$1.372.694.506 M/CTE) (f. 167-178); así mismo se estableció que para ejecutar el referido contrato se había otorgado el termino de 4 meses, los cuales se contarían a partir de la orden de inicio realizada por la entidad contratante.

Así mismo, se observa que el Instituto Nacional de Vías INVIAS a través del oficio No. SNR 50164 del 13 de septiembre de 2013, dirigido al representante legal del

Consorcio Vías de Colombia, le impartió la correspondiente orden de inicio a partir del 16 de septiembre de 2013 (f. 4 anexo 1), por lo tanto y para verificar la consecución de los objetivos establecidos dentro del referido contrato se asignó como interventora a la ingeniera Magda Puentes Prieto, la cual junto con el personal de interventoría registraron el seguimiento del contrato en los siguientes términos:

ACTIVIDADES MÁS REPRESENTATIVAS REGISTRADAS POR LA INTERVENTORÍA CONTRATO No. 1285-2013		
DÍA	ANOTACIÓN	FOLIO
16/09/2013	Autorización de inicio para la ejecución de las obras establecidas en el referido contrato.	4 anexo 1
20/09/2013	Recorrido del tramo a intervenir del PR58+0000 AL PR62+0600 de la vía 6009. No hay presencia del contratista ni de personal del mismo.	7 anexo 1
23/09/2013	<u>Reunión técnica inicial a las 10:00 am en el instituto nacional de vías territorial Boyacá...no se presentaron a este comité el ingeniero Fernando López representante legal del contratista, ni el ingeniero Eduardo Vanegas, propuesto para el cargo de residente de obra.</u>	7 anexo 1- f. 55-60.
24/09/2013	Instalación de oficina y campamento por parte de interventoría...recorrido por parte de la interventoría del tramo a intervenir para realizar un inventario preliminar de las necesidades	7 anexo 1
01/10/2013	<u>Se hizo recorrido conjuntamente con el ingeniero Fernando López representante legal de contratista...</u> el administrador de mantenimiento vial informa telefónicamente que el tramo comprendido entre el PR58+000 al PR60+00 está en garantía de otro contrato de obra por lo tanto no se puede intervenir en este tramo. Se identificaron tramos probables de intervención con construcción de estructura de pavimento del PR60+000 al PR60+200, el PR60+900 al PR61+500 y el PR62+000 al PR62+200 para los tramos intermedios que corresponden a fallas geológicas se recomienda visita de especialista para definir el tipo de intervención.	8 anexo 1
02/10/2013	No hubo actividad en el tramo a intervenir por parte del contratista.	8 anexo 1
06/10/2013	Hace presencia personal de topografía por parte del contratista PR60+000 a PR60+700	190 archivo contrato 1285-13
9/10/2013	Continua levantamiento topográfico entre PR62+050 al PR62+600	9 anexo 1
10/10/2013	Inicio de aforos vehiculares en el PR66+700 vía 6009 por parte del contratista. Inicio de conteos desde las 4:00 am. No hay más actividades por parte del contratista.	9 anexo 1
11/10/2013	Continúan conteos en el PR66+700 desde las 4:00 a.m hasta las 8:00 p.m. no hay más actividades por parte del contratista.	9 anexo 1
12/10/2013	No hay ninguna actividad por parte del contratista en el tramo a intervenir (sábado)	9 anexo 1
15/10/2013	El contratista entregó documentos del No. 7.2 a los cuales la interventoría presentó observaciones entre los cuales se encuentran precios unitarios, relación de equipos, personal especialista, documento PAGA. Estudios y diseños: el plazo para la entrega se cumple el día de mañana 16 de octubre de 2013. El contratista de obra informa que los entrega el día 16 de octubre en la oficina de la interventoría.	Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 67-68).
21/10/2013	Estudios y diseños: el compromiso no se cumplió teniendo en cuenta que el contratista se había comprometido a entregarlos el día 16 de octubre de 2013	Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 70).
02/11/2013	Se termina nivelación de eje. Personal de obra. Un topógrafo y dos cadeneros.	Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 137).
05/11/2013	Trabajos de referenciación de eje de la vía. Personal de obra. Un	Cd. f. 515

Acción contractual

Demandante: Consorcio Vías de Colombia
 Demandado: Instituto Nacional de Vías INVIAS
 Radicación: 2016-0036

	topógrafo y dos cadeneros.	Carpeta principal archivo No. 1 fls. 137).
06/11/2013	Referenciarían de eje de la vía, se encontraron inconsistencias en el tránsito por parte de la comisión de topografía, el topógrafo hizo la respectiva consulta con el diseñador del contratista ya que no coincidía la cartera de la rasante y el abcisado corrido. Personal de obra. Un topógrafo y dos cadeneros.	Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 137).
10/11/2013	Toma de secciones transversales entre el PR61+8820 al PR61+960. Personal de obra. Un topógrafo y dos cadeneros.	Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 139).
12/11/2013	Toma de secciones transversales entre el PR61+640 al PR61+880. Personal de obra. Un topógrafo y dos cadeneros. Inicio suministro de tubería de 36" (10 tubos)	Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 139).
12/11/2013	Acta de comité. Entrega de comprobante de seguridad social. No se ha cumplido. Laboratorios. No se ha cumplido. Programa de socialización. Esta dentro del plazo. Maquinaria y equipo. Llego solo una volqueta	Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 98).
13/11/2013	Toma de secciones transversales, se inició localización de obras de drenaje, se hace chequeo de cotas de diseño, se encontró diferencia de un metro, razón por la cual se le solicita al ingeniero residente para que por medio de él, el diseñador del contratista hiciera los respectivos correcciones.	Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 139).
16/11/2013	No hubo presencia del personal del contratista en la obra	Archivo contrato 1285-13 f. 199
18/11/2013	Recorrido del tramo a intervenir por parte de la interventoría y no hubo presencia del personal del contratista	Archivo contrato 1285-13 f. 200
18/11/2013	Acta de comité: Se requiere que todo el personal que se encuentra laborando en la obra debe estar previamente afiliado a seguridad social. Así mismo se requiere al contratista para que proceda a colocar señalización en donde se encuentren ubicados materiales, lo anterior se hace necesario para evitar cualquier accidente.	Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 102).
19/11/2013	No hubo presencia del personal contratista en el tramo a intervenir	Archivo contrato 1285-13 f. 200
20/11/201	No hubo presencia del personal del contratista en la obra	Archivo contrato 1285-13 f. 200
25/11/2013	Acta de comité: Laboratorio. No se ha cumplido. Botadero. No se ha cumplido. Relación de maquinaria y equipo. No se ha cumplido Informe de seguimiento al PAGA. No se ha cumplido	Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 104).
25/11/2013	Llegaron al sitio de las obras retroexcavadora, excavadora de oruga una mezcladora, seis volquetas, se hicieron actividades de descapote, trabajos de excavación para construcción de alcantarilla. Personal en obra. 1 oficial, 1 maestro, 6 ayudantes, 2 bandereros 1 topógrafo 2 cadeneros, 6 conductores, 3 operadores de equipo	Archivo contrato 1285-13 f. 201
26/11/2013	Llega motoniveladora, hizo limpieza de cunetas del sector a intervenir, explanación, se entierran tubos, contratista bota material proveniente de la excavación por talud inferior de la banca, se la hace observación que dicha actividad está prohibida, se le solicita aumentar señalización	Archivo contrato 1285-13 f. 202

Acción contractual
 Demandante: Consorcio Vías de Colombia
 Demandado: Instituto Nacional de Vías INVIAS
 Radicación: 2016-0036

	porque la existente es insuficiente	
27/11/2013	Se realiza descapote de terreno, la excavadora trabajo desde las 7 am hasta las 9:30 pm, y se detuvo por daño en una manguera, la motoniveladora no trabajo por falla mecánica, se construye alcantarilla. Personal en obra 1 oficial, 1 maestro, 6 ayudantes, 2 bandereros 1 topógrafo 2 cadeneros, 6 conductores, 3 operadores de equipo	Archivo contrato 1285-13 f. 203
28/11/2013	Construcción de alcantarillado, instalación de 4 tubos, maquinaria trabajo después de las 10:15 am, levantamiento topográfico Personal en obra 1 oficial, 1 maestro, 6 ayudantes, 2 bandereros 1 topógrafo 2 cadeneros, 6 conductores, 3 operadores de equipo	Archivo contrato 1285-13 f. 204
29/11/2013	Llega vibro compactador, construcción de alcantarillas, Personal en obra 1 oficial, 1 maestro, 6 ayudantes, 2 bandereros 1 topógrafo 2 cadeneros, 6 conductores, 3 operadores.	Archivo contrato 1285-13 f. 204
30/11/2013	Construcción de alcantarilla personal en obra trabajo hasta medio día.	Archivo contrato 1285-13 f. 205
27/11/2013	Continua construcción de alcantarilla, la interventoría le aclara al residente de obra que no se pueden hacer excavaciones en roca , ya que no se ha presentado un diseño definitivo y el contratista no ha solicitado la aprobación de este ítem no previsto	Archivo contrato 1285-13 f. 205
2/12/2013	Acta de comité: la interventoría afirma que se necesita los estudios y diseños aprobados para permitir actividades importantes relacionadas con la ampliación de la vía y la construcción de la estructura de pavimentos. El ing. Carlos Cepeda afirma que se está esperando a que el diseñador envíe los diseños definitivos y va a hacer una solicitud respectiva al representante legal para que agilice el trámite	Archivo contrato 1285-13 f. 200
3/12/2013	Construcción alcantarilla. Interventoría le indica al ingeniero residente de obra que no están aprobados las excavaciones en roca por el contratista no haber entregado diseño definitivo en los APUS correspondientes. Continua mismo personal y equipo antes relacionado	Archivo contrato 1285-13 f. 206
4/12/2013	Continua construcción de alcantarillado, ampliación de vía, instalación de 4 tubos Personal en obra 1 oficial, 1 maestro, 6 ayudantes, 2 bandereros 1 topógrafo 2 cadeneros, 6 conductores, 3 operadores de equipo	Archivo contrato 1285-13 f. 206
5/12/2013	Ampliación de calzada, algunas observaciones sobre el material utilizado, utilizar pedraplen	Archivo contrato 1285-13 f. 207
6/12/2013	El contratista está haciendo excavaciones en roca que no están aprobadas por la interventoría , se continúa trabajos de construcción de alcantarillado.	Archivo contrato 1285-13 f. 207
7/12/2013	No hay presencia de personal ni maquinaria en el frente de obra	Archivo contrato 1285-13 f. 207
9-10-11-12-13-14/12/2013	No hay actividad por parte del contratista	Archivo contrato 1285-13 f. 208-209
11/12/2013	Acta de comité. La interventoría pregunta al ingeniero residente porque no se han entregado los estudios y diseños ya que solo se tenía un mes y ya ha pasado 2 meses más y no se he entregado los documentos para su aprobación. El ingeniero residente manifiesta que ha hecho la solicitud al representante legal y no ha dado respuesta	Archivo contrato 1285-13 f. 226-228
16/12/2013	Se funde alcantarilla y llega al frente excavadora, adecuación de botadero, personal en obra, 1 oficial, 1 maestro 5 ayudantes 1 operador	Archivo contrato 1285-13 f. 209
17/12/2013	Terminación de conformación de botadero, limpieza y excavaciones para fundir peseta	Archivo contrato 1285-13 f. 210
18/12/2013	Traslado de material proveniente de excavación, complementación de alcantarillado.	Archivo contrato 1285-13 f. 210
19/12/2013	Conformación de botadero, excavación alcantarilla	Archivo contrato 1285-13 f. 210
20/12/2013	Instalación de tubería, construcción de gavigon, corte de roca con martillo	Archivo contrato 1285-

21/12/2013	Continua explotación de roca, <u>la interventoría vuelve aclarar que los trabajos de ampliación y corte de roca no están aprobados por la interventoría ya que no han sido aprobados los diseños</u> y el contratista no ha presentado los APUS correspondientes	13 f. 211 Archivo contrato 1285-13 f. 211
22/12/2013	Ampliación de calzada, personal en obra: 3 ayudantes, 1 operador, 1 conductor 2 bandereros	Archivo contrato 1285-13 f. 212
23/12/2013	Ampliación de calzada, excavación en roca, armado de gaviones	Archivo contrato 1285-13 f. 212
24/12/2013	Construcción gaviones, excavación en roca	Archivo contrato 1285-13 f. 212
26-27-28-29-30-31-12-2013	Instalación de tubería, ampliación de calzada, construcción de gaviones,	Archivo contrato 1285-13 f. 213-214
1-2-3-4-5-6-7-8-9/01/2014	Atraque de tubos, ampliación de la calzada , llega volqueta doble torque, derrumbe sobre excavación inicial, instalación de tubos de 36"	Archivo contrato 1285-13 f. 214-216
10/11/02/2014	Ampliación de la calzada con excavación en roca	Archivo contrato 1285-13 f. 216-218
13/14/15/02/2014	Terminado armado de gaviones, fundición de peseta, conformación de botaderos	Archivo contrato 1285-13 f. 218-219

Así mismo, se observa diferentes oficios remitidos por parte de la interventoría al Consorcio Vías de Colombia, en los cuales requiere el envío de los estudios y diseños así como el cumplimiento de los compromisos y obligaciones adquiridas al momento de suscribir el contrato de obra No. 1285 de 2013; al respecto a través del oficio MPP-BOY-INV-1214-2013-OF 028 **del 23 de octubre de 2013**, suscrito por el ingeniero Ricardo Acosta Sichica se requirió al contratista en los siguientes términos:

"Teniendo en cuenta que hemos venido recibiendo vía correo electrónico diferentes documentos contractuales del contrato y específicamente documentos relacionados con estudios y diseños, me permito informarle que esta interventoría no puede aprobarlos hasta tanto hayan sido recibidos en la oficina principal de la interventoría en medio físico. Lo anterior, debido a que es fundamental evaluar económicamente el presupuesto de obra de acuerdo a los presupuestos de diseño, de modo que se puedan apreciar en gorma real las metas físicas del contrato; de esta manera que se quiere es evitar emitir concepto de manera irresponsable, lo que nos puede llevar a obras inconclusas, sin el cumplimiento mismo del objetivo propuesto por la entidad.

Al respecto de lo expuesto anteriormente y para claridad del contratista, nos permitimos recordarle una vez más los documentos que deben entregar precio al inicio de las obras en medio físico y magnético, como se establece claramente en el anexo técnico...

Teniendo en cuenta que a la fecha esta obligación contractual no se ha cumplido y es indispensable la presentación de la totalidad de documentos allí establecidos de manera inmediata, pues son documentos imprescindibles para la iniciación de las obras propuestas...

De otra parte me permito recordarle que a la fecha esta interventoría no ha recibido los soportes de pagos de seguridad social y parafiscales correspondientes al mes de septiembre (incluidos director y residente de obra, además del personal utilizado para la ejecución de los estudios y diseños), con fecha de pago de los primeros días de octubre del presente año,

por lo que nuevamente se le solicita su envío inmediato". (Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 57-60). (Negrilla y subraya fuera del texto)

Así mismo, por medio del oficio No. MPP-BOY-INV-1214-2013-OF 028 del **24 de octubre de 2013**, se le manifestó al contratista:

"...finalmente le recuerdo que de acuerdo al acta de comité de seguimiento No. 3 de fecha 21 de octubre se fijaron los siguientes compromisos:

- Entrega del documento PAGA, el 22 de octubre de 2013.
- Soporte de pagos de seguridad social del personal aprobado, el 22 de octubre de 2013.
- Proveedor de tubos para construcción de alcantarillas, el 23 de octubre de 2013
- Hojas de vida de los especialistas faltantes, el 23 de octubre de 2013.

Se menciona además que se tiene establecido para el 25 de octubre la socialización del proyecto, sin embargo esta interventoría no ha recibido la correspondiente presentación para la revisión y aprobación.

Por lo anterior una vez más, **esta interventoría la requiere de manera inmediata el cumplimiento contractual de acuerdo con los pliegos de condiciones del proceso del cual se derivó el contrato de la referencia y el contrato como tal; los compromisos adquiridos en los comités de seguimiento...** (Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 55-56). (Negrilla y subraya fuera del texto)

Ahora bien, respecto a los estudios que habían sido allegados por parte del contratista, los mismos fueron objeto de diferentes observaciones por parte de los especialistas de la interventoría, quienes manifestaron su inconformidad en especial con los estudios de suelos, así quedó consignado en el oficio MPP-BOY-INV-1214-2013-OF- 030 del **29 de octubre de 2013**, en los siguientes términos:

"revisadas las memorias de diseño de la estructura de pavimento realizadas para el tramo a intervenir entre PR60+000 al PR62+600 de acuerdo al contrato de la referencia, se muestra en la tabla No. 1 un total de 10 apiques, en los PRS60+0250, 60+0500, 60+0750, 61+000, 61+0250, 61+500, 61+0750, 62+00, 62+250 y 62+500. Al respecto me permito manifestarle nuestra inconformidad y extrañeza, en relación al número de apiques, ya que según pudo constatar nuestro personal de campo, solamente se hicieron 4 apiques en los PRS 61+500, 62+0020, 62+0250 y 62+500, el día miércoles 16 de octubre de 2013. Al mismo le recuerdo que según el acta el comité técnico del día 21 de octubre de 2013, esta interventoría trato el tema y le solicito realizar como mínimo tres (3) apiques por tramo a intervenir, con el objeto de que el diseño de la estructura del pavimento que resultara, fuera el más representativo. Es importante mencionar que esta interventora ha estado en el tramo a intervenir todos los días, razón por la cual no se explica este número de apiques.

De otra parte, esta oficina no ha recibido, ningún resultado de laboratorio de suelos, para su revisión y así mismo, en el diseño de estructura de pavimento, se referencia análisis de laboratorio, sin mencionar su origen.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, esta oficina le exige aclarar estas inconsistencias y hace llegar inéditamente la copia de los resultados de los ensayos de laboratorio de suelos contratado por usted, para que de la misma manera el especialista de esta interventoría proceda a su revisión. (Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 61). (Negrilla y subraya fuera del texto)

Así mismo, por medio del oficio No. MPP-BOY-INV-1214-2013-OF 036 del **1 de noviembre de 2013**, se le hizo al contratista un nuevo requerimiento en los siguientes términos:

*“en cumplimiento de las funciones propias de esta interventoría, me permito recordarle que a la fecha, 1 de noviembre de año en cursos, **no se ha entregado los estudios y diseños del contrato de la referencia, los cuales contractualmente deberían haberse entregado el pasado 15 de octubre del presente año**, teniendo en cuenta que la orden de iniciación fue dada el 16 de septiembre de presente año...”* (Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 63). (Negrilla y subraya fuera del texto)

Posteriormente a través del oficio No. MPP-BOY-INV-1214-2013-OF 039 del **14 de noviembre de 2013**, se requiere nuevamente al contratista en los siguientes términos:

*“teniendo en cuenta que aún no se ha atendido a cabalidad las observaciones inicialmente realizadas por la interventoría a los documentos relacionados en el asunto, **se solicita nuevamente la atención inmediata de las mismas y se informa que se comunicara al INVIAS la ratificación de la imposición de multas por el incumplimiento en la entrega de la documentación solicitada por la interventoría.**”* (Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 76-77). (Negrilla y subraya fuera del texto)

Por medio del oficio No. MPP-BOY-INV-1214-2013-OF-043 del **18 de noviembre de 2013**, se requiere al contratista:

*“comedidamente **me permito solicitarle él envió de los informes No. 1 y 2 de gestión socio ambiental del contrato en concordancia con lo establecido en el ítem 3.12.7.3 “informes de avance y seguimiento del PAGA, e informe final” del pliego del contrato... como la fecha de inicio del contrato es el 16 de septiembre de 2013, se debe dos (2) informes mensuales gestión socio-ambiental correspondiente a los periodos (16/09/2013 a 15/10/2013 y 16/10/2013 a 15/11/2013)** por lo tanto al ser un tema contractual que implica la aplicación de multas por su incumplimiento, se le solicita en un tiempo perentorio de tres (3) días la entrega de dichos informes...”* (Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 78). (Negrilla y subraya fuera del texto)

Debido a que las actividades hasta el momento desplegadas por parte del contratista para la ejecución del contrato no había sido suficientes, la interventoría por medio del oficio MPP-BOY-INV-1214-2013-OF-052 del **10 de diciembre de 2013**, le solicitó al subdirector de la red nacional de carreteras **la declaratoria de caducidad** del contrato atendiendo a las siguientes circunstancias:

*“1. **Incumplimiento por no presentar oportunamente documentos:** frente a esta obligación existen varios documentos requeridos por la interventoría y establecidos contractualmente por el INVIAS, y pendientes de entregar...
b. Entrega de estudios y diseños para el mejoramiento y mantenimiento...se informa al INVIAS que a la fecha **no se ha recibido ningún documento que atienda la obligación contractual de entregar unos estudios y diseños de acuerdo con lo establecido en la especificación particular** y se ratifica al INVIAS la solicitud de imposición de multas por el incumplimiento en la entrega de esta documentación solicitada por la interventoría y por el INVIAS...teniendo en cuenta que la mayoría de las obras a ejecutar dependen de la entrega y*

aprobación de los estudios y diseños de la vía, los cuales no han sido presentados después de casi tres meses de ejecución al contrato (85 días), para un contrato de obra que tiene un plazo total de cuatro meses (120 días) y un atraso del 60.83% en el programa de obra e inversiones y que se evidencia una incapacidad por parte del contratista para atender las observaciones y requerimientos realizados por la interventoría, lo cual afectara de manera grave la ejecución de las obras, las cuales no se efectuaron en el plazo establecido contractualmente (Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 161-165). (Negrilla y subraya fuera del texto)

Con el oficio No. MPP-BOY-INV-1214-2013-OF- 058 del **18 de diciembre de 2013**, se requiere al contratista él envió de los informes 1, 2 y 3 de gestión socio ambiental en los siguientes términos:

"...tres (3) meses después de iniciada la ejecución del contrato, no ha radicado un solo informe de seguimiento a la gestión socio ambiental, generando retrasos en la elaboración de los informes de interventoría de acuerdo con los tiempos establecidos por el INVIAS siendo causal de multa según el artículo 2, numeral 10 de la resolución 3662 de 2007.

*Por lo tanto, se **requiere la entrega inmediata de los tres (3) informes pendientes**. Así mismo para que este tema, no se siga repitiendo, se solicita se tomen medidas al interior de su empresa para que los responsables en su elaboración, lo radiquen en la interventoría en la fecha establecida contractualmente..." (Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 84). (Negrilla y subraya fuera del texto)*

Así mismo y por medio del oficio MPP-BOY-INV-1214-2013-OF-057 del **18 de diciembre de 2013**, se pone en conocimiento del contratista las inconsistencias encontradas en los estudios geotécnicos, estableciéndose como más relevante las siguientes inconsistencias:

- *Se menciona un estudio de zonificación, geológica y geotecnia sin mencionar el nombre de la persona que lo ejecuto, fecha o entidad que los suministro.*
- *Se clasifican los fenómenos de inestabilidad en 3 grupos, no obstante solo se relaciona un grupo.*
- *Se recomienda una profundidad en la cimentación de un metro y en capítulo 10 se afirma que existe un perfil heterogéneo hasta de 3 metros de profundidad cuando los estudios realizados se hicieron en una superficie de 50 c.m.*
- *Las exploraciones realizadas son insuficientes.*
- *El diseño de pavimento ya había sido revisado y se remite nuevamente el mismo archivo sin que se observe las correcciones que habían sido solicitadas (f 216-217 vto anexo 1)*

Por medio del oficio del **30 de diciembre de 2013**, se realizó la revisión del diseño geométrico en el cual se encontraron diferentes inconsistencias que impedían su aprobación, incluso en el mismo se señaló que *"...no se adjuntan planos por lo tanto persisten los siguientes comentarios presentado en el mes de octubre de 2013..."* (f. 214 anexo 1)

Posteriormente a través del oficio No MPP-BOY-INV-1214-2013-OF-060 del **2 de enero de 2014**, por medio de la cual se hace una nueva solicitud para la imposición de multas por el incumplimiento en la ejecución del contrato, dicha falencia se encuentra

representada por la falta de entrega de estudios y diseños los cuales fueron requeridos por la interventoría el 18 de octubre, 1 y 14 de noviembre de 2013; así mismo se requirió la entrega de los informes de seguimiento al documento PAGA (Cd. f. 515 Carpeta principal archivo No. 1 fls. 179-181).

De acuerdo con el material probatorio aquí relacionado, se logra establecer que no es posible como lo pretende la parte actora, que se declare que el incumplimiento del contrato de obra pública No. 1285 de 2013, que le es atribuible al Instituto Nacional de Vías INVIAS, pues es claro para el despacho que el incumplimiento del mismo se dio como consecuencia del desinterés y descuido del aquí demandante en el cumplimiento de sus obligaciones, toda vez que transcurrido dos meses desde la orden de inicio no había dispuesto del personal ni la maquinaria requerida para su ejecución, así mismo no atendió los requerimientos de manera oportuna por parte de la interventoría quien en todo momento buscó que la obra fuera ejecutada en los términos y condiciones técnicas contratadas, en consecuencia el incumplimiento del contrato le es únicamente imputable al consorcio vías de Colombia, el cual se sustrajo de cumplir las obligaciones adquiridas.

4. De la liquidación del contrato

Por último, se debe señalar que la liquidación del contrato es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada una de las partes o se declaren paz y salvo, según el caso, por lo que tiene por objeto definir como quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes, efectuar un balance de cuentas y pagos para establecer quién le debe a quién y cuánto, proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, declararse a paz y salvo de las obligaciones o derechos y finiquitar el vínculo contractual. Al respecto el consejo de estado al momento de referirse a la liquidación del contrato estatal ha señalado:

“En condiciones ideales, el contrato celebrado y ejecutado -según lo acordado-, conduce a que se liquide satisfactoriamente para ambas partes. Sin embargo, en ocasiones la ejecución se caracteriza por una serie de irregularidades, contratiempos y demás circunstancias sobrevenidas en esta etapa, que alteran las condiciones normales de desarrollo, lo que hace que una o ambas partes queden insatisfechas, y que por ende la liquidación no sea tranquila o normal, como pudo desearse cuando se celebró el contrato. En este último caso, las partes suelen formularse reproches, que se espera –no obstante- resolver mancomunadamente en la liquidación, y por eso intentan establecer cómo quedan los derechos y las obligaciones al terminar el contrato, usualmente por su ejecución total.

En este último caso, el esfuerzo que realizan puede frustrarse, es decir, no conducir a una liquidación de consuno, porque las diferencias pueden ser tan profundas que impiden suscribir un documento que concilie la situación. Cuando esto acontece, la ley contempla la posibilidad de que la administración liquide el contrato, es decir, que lo haga unilateralmente, asumiendo el poder excepcional de declarar el estado en que queda el negocio jurídico.”¹⁰

¹⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777).

Ahora bien, la liquidación del contrato se puede realizar de manera bilateral, por mutuo acuerdo de las partes una vez finaliza el término para dar cumplimiento a las obligaciones contractuales; de manera unilateral, por la entidad contratante una vez expira el término establecido la liquidación bilateral o por vía judicial, cuando las partes no se ponen de acuerdo y la entidad contratante ha dejado vencer el término para efectuar la liquidación de manera unilateral; al respecto el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 estableció:

“Artículo 11. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A...”
(Resalta la Sala)

Por su parte el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento señaló:

“Al respecto, se recuerda que la liquidación del contrato es el procedimiento mediante el cual las partes contratantes realizan un corte o ajuste de cuentas definitivos, con el objeto de aclarar y definir todo lo relativo al desarrollo de la relación contractual, para con ello determinar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. Este procedimiento se presenta a la terminación del contrato y se aplica, en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, a “los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran”.

*La liquidación puede hacerse de **mutuo acuerdo**, dentro del plazo convenido por las partes para tal fin o dentro de los **cuatro meses siguientes a la terminación del contrato** (en caso de que las partes no hayan acordado un término para tal efecto). Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a un acuerdo sobre la misma, ésta podrá ser realizada por la entidad contratante (**liquidación unilateral**), **dentro de los dos meses siguientes al cumplimiento del plazo establecido para la realización de la liquidación bilateral** o, en todo caso, si vencido el anterior plazo –dos meses– la entidad no la hace, **podrá intentarla hasta antes de que transcurra el término de 2 años más para que opere la caducidad de la acción de controversias contractuales.**”¹¹*

¹¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 25000-23-26-000-2005-02138-01(39691)

En el presente caso, el despacho observa que las parte adelantaron algunas actuaciones para obtener el reconocimiento de algunas de las obras que fueron ejecutadas y reconocidas por la interventoría, no obstante el reconocimiento de los valores allí establecidos no fueron reconocidas en la medida que no se diligenciaron en los formatos dispuestos para el efecto; así mismo no se advierte que la entidad contratante haya adelantado alguna actuación tendiente a liquidar de manera unilateral el contrato de obra No. 1285 de 201, pues si bien no se desconoce las actuaciones desplegadas dentro del proceso sancionatorio por incumplimiento del referido contrato, también lo es el mismo culminó con la Resolución No. 5713 del 18 de noviembre de 2013, en el que se dispuso su archivo, sin que se hubiese liquidado en definitiva el referido contrato. Así las cosas, resulta procedente efectuar la liquidación del contrato atendiendo a que la parte actora instauró la correspondiente acción judicial dentro del término establecido para el efecto.

Se procede entonces a realizar la liquidación del contrato, de conformidad con los movimientos financieros realizados en virtud del Contrato de obra No. 1285 de 2013 suscrito entre el Consorcio Vías de Colombia y el Instituto Nacional de Vías INVIAS, el cual tenía por objeto el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja-Zetaquirá- Miraflores- Páez.

Es preciso señalar que el monto reconocido por el INVIAS en el acta de liquidación final de la obra hace a la suma de noventa y ocho millones quinientos treinta mil ochocientos cuarenta y nueve pesos (\$ 98.530.849), los cuales según lo manifestó la interventora en su declaración incluye el valor de los ítems no previstos (audiencia de pruebas grabación 3 minuto 33), no obstante la auxiliar de la justicia considera que los gastos en los que incurrió fueron superiores, al respecto es necesario analizar los ítems que fueron tenidos en cuenta en el acta final y así establecer si en los mismos se encuentran los ítems no previstos.

Acta de entrega y recibido definitivo de obra.

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	VALOR
Explanaciones		
1	Demolición de estructuras	114.898.00
2	Remoción de alcantarillas	1.275.520
3	Excavaciones sin clasificar de la explanación y canales	23.352.119
Súbbase, bases y afirmados		
4	Afirmado	5.038.306
Estructuras y drenajes		
9	Excavación varias en material común en seco a mano	1.139.862,52
10	Rellenos para estructuras	5.649.180
12	Concreto clase F	17.878.663,26
13	Concreto clase G	15.811.278,57
15	Tubería de concreto reforzado de 900 mm de diámetro interior	12.600.585.00
20	gaviones	15.067.800
Valor total obra ejecutada más ajustes		98.530.849

Por su parte la auxiliar de la justicia, consideró que el monto ejecutado por el contratista resultaba ser superior, razón por la cual procedió a realizar la correspondiente liquidación en los siguientes términos:

Gastos contractuales incurridos por el contratista	
DESCRIPCIÓN	VALOR
Acta presentada por la interventoría A.I.U	\$ 98.530.849
Ítems no previstos incluye A.I.U	\$151.846.172
Estudios y diseños con precio real incluye IVA	\$27.260.000
Valora total gastos incurridos	\$277.637.021

Para llegar a dicha conclusión la auxiliar de la justicia procedió a tasar el valor de las obras ejecutadas por concepto de ítems no previstos, por los siguientes conceptos

Ítems no previsto	
DESCRIPCIÓN DE ACTIVIDADES	VALOR
Excavación en roca	\$65.773.139,20
Pedraplen	\$68.296.938,72
Conformación de la bancada existente	\$8.559.936,00
Conformación de botaderos	\$8.287.435,52
Valor total con IVA	\$151.846.172

Ahora bien de dicha liquidación el procede a realizar algunas precisiones:

En primer lugar se be excluir el valor establecido por el concepto de estudios y diseños, toda vez que en las diferentes oportunidades que fueron entregados, no fueron aprobados debido a las falencias que presentaba, así mismo, los estudios finales tan solo fueron presentados un día antes del vencimiento del contrato y por ende no fueron aprobados, finalmente la parte actora no demostró que los mismos cumplieran con las especificaciones técnica establecidas para el efecto y por ende representarían una utilidad para la entidad demandada.

En segundo lugar no se debe tener en cuenta las sumas en las que incurrió el contratista por concepto de excavación en roca, el despacho considera que dicho monto no debe ser reconocido, pues las excavaciones en roca, de acuerdo con las diferentes anotaciones realizadas por la interventoría durante la supervisión del referido contrato, nunca estuvieron autorizadas, por lo tanto mal haría el despacho en reconocer actividades que el contratista desarrollo por su propia cuenta y riesgo y de la cual no se demostró su necesidad o utilidad.

Respecto al ítem denominado conformación de botaderos, el despacho considera que el mismo a pesar de haberse acreditado su ejecución por parte del contratista no debe ser reconocido, como quiera que dicha actividad en sí misma no representó una utilidad o beneficio a la entidad demandada, en efecto se advierte que tales obras se había ejecutado para permitir la realización de otras, las cuales nunca se llegaron a realizar.

Finalmente respecto a la conformación de la bancada existente en la cual la auxiliar de la justicia estima que rubro por dicha actividad la suma de \$8.559.936,00, considera el despacho que dicho ítem ya se encuentra reconocido por la interventora en el acta final en el acápite denominado "base, subbase y afirmado".

Ahora, si bien el despacho no desconoce que en las actas de precio unitarios se estableció, excavación en roca de la explanación, canales y préstamo, conformación de la calzada existente y pedraplen compacto (f. 62, 63 y 64), también lo es que dichas actas fueron suscritas el 7 de diciembre de 2013, cuando aún no se había realizado el acta final del contrato, en la cual de acuerdo con la información suministrada por la interventoría cubría la totalidad de los gastos en los que incurrió el contratista, al respecto señaló:

“el contratista indicó la necesidad junto con la interventoría digamos se concibió la necesidad de generar unos precios no previstos, los precios no previstos eran tres la explanación, canales y préstamo, conformación de la calzada existente y pedraplen compacto, el contratista presento a finales de diciembre los precios unitarios por primera vez, la interventoría los devolvió para sus correcciones y el contratista nuevamente los volvió a presentar en enero casi sobre la terminación del contrato en enero10 donde cumplía las formalidades que pedía la interventoría, de presentar algunas cotizaciones y la corrección de otras cosas como el APU como tal, el ultimo día del contrato se cumplió, ese día el contratista le allego a la interventoría el precio corregido y en ese momento se cumplió la formalización de los APU, la interventoría ese mismo día traslado el **acta de fijación de precios a la entidad y por ello digamos se permitió incluir dentro del balance del contrato las cantidades que el contratista ejecuto en esas actividades, pues para que entraran en el tema de la liquidación toda vez que ya excedí a el plazo del contrato...** al preguntársele si los valores por concepto de ítemns no previstos se encontraban incluidos en el acta final manifestó **“si están incluidos”** (audiencia de pruebas grabación 3 minuto 33:00 a 35:00)

De acuerdo con lo anterior es claro que algunas de las actividades ejecutadas por el contratista y que fueron autorizadas por el contratista fueron reconocidas por la interventoría en el acta final de entrega del contrato de obra, no obstante el despacho no puede reconocer valores diferente a los allí establecidos pues, los demás conceptos no fueron autorizados.

Es decir que la liquidación por obras ejecutadas por el contratista corresponde al siguiente valor:

Gastos contractuales incurridos por el contratista	
DESCRIPCIÓN	VALOR
Acta presentada por la interventoría A.I.U	\$ 98.530.849
Ítems no previstos reconocidos por la interventoría durante su ejecución	\$ 0
Valora total gastos incurridos	\$98.530.849

Ahora bien, observa el despacho que no existe una suma que se deba reconocer a favor de la entidad demandada, pues si bien no se desconoce que en el contrato de obra pública No. 1285 de 2013 en su cláusula décimo quinta se estableció una clausula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor contrato por incumplimiento, también lo es que no le es posible al despacho analizar si hay lugar a la imposición de la misma, en primer lugar porque es una facultad reservada a la administración, la cual a través del respectivo proceso sancionatorio debe establecer la existencia de multas y sanciones como consecuencia del incumplimiento del contrato, permitiendo que el contratista ejerza sus derecho de defensa en cada una de las etapas de la investigación; en segundo lugar, se observa que la imposición de multas o sanciones

como consecuencia del incumplimiento del contrato no fue un punto de debate en el presente caso, por lo tanto mal haría esta instancia entrar a analizar dicha situación, pues adoptar una decisión referente a esta situación implicaría desbordar las facultades del juez, pues abordaría temas que no fueron puestos bajo su consideración, desconociendo el principio de congruencia y en tercer lugar se desconocería el derecho de defensa y contradicción de las partes, pues no contaría con la oportunidad procesal para debatir dicha situación; al respecto el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007:

“El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.***

PARÁGRAFO. *La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”*

En esta oportunidad advierte una falencia por parte de la entidad demandada a la hora de asumir su defensa, pues no presentó una demanda de reconvención en la que se estudiara los puntos que le resultaban favorables, así mismo en la contestación de la demanda no expuso argumento alguno tendiente a buscar la imposición de multas o la cláusula pecuniaria, pues la misma se limitó en su contestación a defenderse de los argumentos expuestos por el demandante. Por lo tanto no es dable al despacho analizar puntos que no fueron objeto de debate a lo largo de la actuación procesal.

Así las cosas, la liquidación del contrato 1285 de 2013 suscrito entre el Consorcio Vías de Colombia y el Instituto Nacional de Vías INVIAS, cuyo objeto era el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja- Zetaquirá- Miraflores- Páez, modulo 2, será la siguiente:

VALOR TOTAL DEL CONTRATO	\$1.372.694.506,00
VALOR EJECUTADO CONTRATISTA	\$ 98.530.849

SALDO SIN EJECUTAR	\$ 0
VALOR CLAUSULA PENAL A FAVOR DEL INVIAS 10%	\$ 0
PAGOS REALIZADOS POR EJECUCIÓN DEL CONTRATO	\$ 0
VALOR ANTICIPO	\$ 0
SALDO SIN EJECUTAR ANTICIPO	\$ 0
SALDO A FAVOR DEL INVIAS	\$ 0
SALDO A FAVOR DEL CONSORCIO VÍAS DE COLOMBIA	\$ 98.530.849

De lo anterior se tiene un saldo insoluto a favor del demandante Consorcio Vías de Colombia representado legalmente por el señor Fernando López Rojas, la suma de noventa y ocho millones quinientos treinta mil ochocientos cuarenta y nueve pesos (98.530.849) M/cte., valor que debe ser asumido por el Instituto Nacional de Vías INVIAS.

La suma que deberá cancelar el Instituto Nacional de Vías INVIAS, se actualizará de acuerdo con lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha en que expiró el plazo del contrato – 15 de enero de 2014).

5. CONCLUSIONES.

Observa el despacho que el contrato de obra pública No. 1285 de 2013, del cual resultó ser adjudicatario el Consorcio Vías de Colombia y cuyo objeto era el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja- Zetaquirá- Miraflores- Páez, modulo 2, se le dio autorización para su inicio por parte del instituto nacional de vías de Colombia el día 16 de septiembre de 2013, no obstante el mismo culminó el 14 de enero de 2014, sin que la totalidad de las obras que había sido contratadas hubiesen sido ejecutadas.

De conformidad con el material probatorio allegado en el expediente se logra establecer que una vez se dio la orden de inicio a la obra, el contratista no hizo presencia en el tramo a intervenir, así mismo, se advirtió que el tramo que se había contratado debió ser reducido, pues una parte se encontraba cobijado por una póliza de seguro, no obstante y una vez se delimita el tramo a ejecutar, el contratista de manera injustificada no hace presencia, sino solo hasta el 6 de octubre hizo presencia un topógrafo y dos cadeneros y solo hasta el 26 de noviembre, es decir dos meses después de la orden de inicio, se hizo presente maquinaria y personal para ejecutar el referido contrato.

Pese a que se desarrollaron algunas actividades las mismas no resultaron ser significativas, así mismo, el contratista no laboró desde el 7 al 14 de diciembre de 2013 y al expirar el término de contrato aún no se había aprobados los estudios y diseños, los cuales a pesar de haber sido presentados para su aprobación, en ningún momento cumplieron los requisitos técnicos mínimos requeridos para su aprobación.

La parte actora acreditó la ejecución de ampliación de la vía con explotación de roca, no obstante dicha actividad nunca fue aprobada por la interventoría quien en reiteradas oportunidades le prohibió su ejecución, pues para desarrollar tal actividad se requería previamente conocer los planos y diseños, para establecer la necesidad

y la cantidad a intervenir. Así mismo, se demostró que el contratista no atendió de manera oportuna y completa los diferentes requerimientos realizados por la interventora y sus especialistas quienes en todo momento requirieron los soportes de los estudios y diseños, sin que se hubiese acreditado su entrega de manera efectiva.

El despacho no desconoce que los estudios y diseños finalmente fueron entregados un día antes del vencimiento del contrato, no obstante no se advierte que los mismos hayan sido aprobados o que por lo menos hayan sido de utilidad para el INVIAS, razón por la cual no es procedente su reconocimiento.

En conclusión el despacho encuentra acreditado que el incumplimiento del contrato de obra No. 1285 de 2013 **NO le es atribuible al INVIAS**, pues su actividad se limitó a supervisar que las actividades desarrolladas por el contratista, fueran ejecutadas dentro del marco de conveniencia, oportunidad y calidad contratadas, en consecuencia las pretensiones presentadas por la parte actora tendientes a declarar el incumplimiento del contrato por parte del INVIAS, el desequilibrio económico del contrato y los mayores costos causados durante la ejecución del contrato, no se encuentran llamadas a prosperar, no obstante y teniendo en cuenta que el referido contrato a pesar de haber terminado no se ha liquidado, procede el despacho a realizar su liquidación judicial.

6. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Atendiendo lo contemplado en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., y dada la diferencia presentada en cuanto al tratamiento de la condena en costas y agencias en derecho el Despacho acogerá la reciente postura del Consejo de Estado¹² que frente al particular concluyó lo siguiente:

“el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre la condena en costas, **lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente deben aparecer causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP, descartándose así una apreciación solamente objetiva sobre el particular, que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas, pues se exige una valoración de la conducta” (Negrilla y subraya fuera del texto)

En el caso concreto, el Despacho no encuentra que se hayan causado algún tipo expensa que justifiquen su imposición a la parte vencida, aunado a ello no se observó una conducta dilatoria o de mala fe, y que se accede solo parcialmente a las pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹² Consejo de Estado Sentencia de unificación del 7 de diciembre de 2016, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado N° 25000234200020130467601 (2686-2014)

FALLA:

PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda encaminadas a declarar el incumplimiento del contrato por parte del Instituto Nacional de Vías INVIAS, rompimiento del equilibrio económico del contrato y la existencia de mayores costos incurridos por el contratista durante la ejecución el Contrato de obra No. 1285 de 2013 cuyo objeto era el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Tunja- Zetaquirá-Miraflores- Páez, modulo 2, suscrito entre el referido Consorcio Vías de Colombia y el Instituto Nacional de Vías INVIAS, de conformidad con lo expuesto en eta providencia.

SEGUNDO.- LIQUIDAR judicialmente el del Contrato de obra No. 1285 de 2013, suscrito entre el Consorcio Vías de Colombia y el Instituto Nacional de Vías INVIAS, de la siguiente manera:

VALOR TOTAL DEL CONTRATO	\$1.372.694.506,00
VALOR EJECUTADO CONTRATISTA	\$ 98.530.849
SALDO SIN EJECUTAR	\$ 0
VALOR CLAUSULA PENAL A FAVOR DEL INVIAS 10%	\$ 0
PAGOS REALIZADOS POR EJECUCIÓN DEL CONTRATO	\$ 0
VALOR ANTICIPO	\$ 0
SALDO SIN EJECUTAR ANTICIPO	\$ 0
SALDO A FAVOR DEL INVIAS	\$ 0
SALDO A FAVOR DEL CONSORCIO VÍAS DE COLOMBIA	\$ 98.530.849

De lo anterior se tienen como saldos pendientes lo siguiente:

- **Saldo insoluto a favor del** Consorcio Vías de Colombia **y en contra del** Instituto Nacional de Vías INVIAS, la suma de noventa y ocho millones quinientos treinta mil ochocientos cuarenta y nueve pesos (98.530.849) M/cte.

TERCERO.- La suma que deberá cancelar el Instituto Nacional de Vías INVIAS, se actualizará de acuerdo con lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha en que expiró el plazo del contrato – 15 de enero de 2014).

CUARTO.- No se condena en constas en esta instancia.

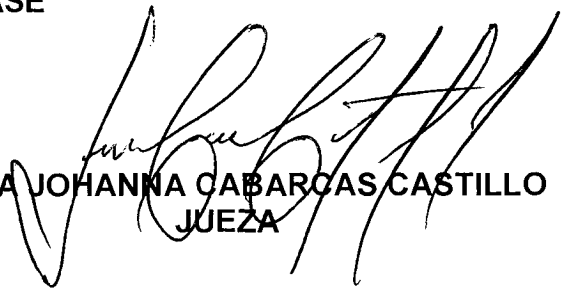
QUINTO.- DENIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- Dese cumplimiento a la sentencia conforme a lo ordenado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEPTIMO.- La sentencia se notificará conforme a lo señalado en el artículo 203 del C.P.A.C.A., al ser proferida por escrito.

OCTAVO.- Archivar el expediente una vez cobre firmeza la presente providencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


LAURA JOHANNA CABARCAS CASTILLO
JUEZA