



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"

Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., seis (6) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso número: 44001233100020050053501 (**34830**)
Actor: Ingeniería y Construcciones Garantiva ICG Ltda.
Demandado: Departamento de La Guajira
Acción: Contractual

Temas: Cómputo de la caducidad de la acción de controversias contractuales en contratos que requieren el trámite de liquidación. Acta de liquidación bilateral producida por fuera del plazo inicial pero dentro del periodo de dos años previsto para la caducidad de la acción contractual. Salvedades contenidas en la liquidación bilateral.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 3 de octubre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, mediante la cual declaró de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, “*por falta de individualización del acto bilateral de liquidación del contrato*” y en consecuencia se inhibió de fallar el fondo de la controversia (fl. 204, c. ppal, segunda instancia).

SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad Ingeniería y Construcciones Garantivá ICG Ltda., a través de su representante legal, pretende que se declare que durante la ejecución del contrato de obra 91 de 2000, celebrado entre la sociedad y el Departamento de La Guajira para la ampliación de las redes para el alcantarillado sanitario del municipio de Riohacha en lo concerniente a instalación del colector principal de los distritos sanitarios No. IIIA y V”, se produjo ruptura de la ecuación económica del contrato en perjuicio del contratista, debido a la ejecución de actividades que no fueron contempladas y que le implicaron mayores costos. En consecuencia, solicitó el reconocimiento de los perjuicios causados.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 5 de julio de 2005 (fl. 8 c.ppal), el representante legal de la sociedad Ingeniería y Construcciones Garantivá I.C.G. Ltda.¹, presentó demanda en contra el Departamento de La Guajira, en ejercicio de la acción contractual (fls. 1 a 8, c.ppal).

1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 2 a 5, c. ppal):

1.1.1. Previo agotamiento del proceso de selección de licitación pública, el Departamento de La Guajira y la sociedad Ingeniería y Construcciones Garantivá I.C.G. Ltda., suscribieron contrato No. 91 de 2000, el 13 de junio de 2000, por un plazo de cinco meses, para la *“ampliación de las redes para el alcantarillado sanitario del Municipio de Riohacha; instalación del colector principal de los Distritos Sanitarios no. IIIA y V”*.

¹ La representación legal de la sociedad demandante al momento de la presentación de la demanda se encontraba en cabeza de Fernando Hugo Garantivá Bruges, quien confirió poder, conforme se acredita en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de La Guajira (f.104-107c1).

1.1.2. Durante la ejecución de las obras del contrato se presentaron varias actividades que no fueron contempladas. En razón de ello, la sociedad contratista solicitó a la entidad contratante en varias oportunidades, por intermedio de la interventoría, desde el 15 de noviembre de 2000, una revisión o reajuste de precios atendiendo las circunstancias imprevistas que generaron sobrecostos.

1.1.3. El Departamento de La Guajira respondió negativamente a la solicitud presentada por el contratista, ocho meses después, el 21 de junio de 2001, argumentando que conforme a los pliegos de condiciones, los precios no estarían sujetos a reajustes y el anexo técnico contempló en esta circunstancia una excepción de pago.

1.1.4. De otra parte, el Departamento de La Guajira omitió, durante la ejecución de las obras contratadas, entregar al contratista los estudios de suelo para determinar las condiciones geológicas y geotécnicas del lugar de ejecución de las obras, lo cual provocó situaciones materiales imprevistas que desequilibraron la ecuación financiera del contrato, al punto de pérdidas por mayores costos para el contratista.

1.1.5. El contrato se ejecutó en su integridad por la sociedad contratista, lo cual consta en el Acta No. 001 de iniciación de obras de fecha julio 24 de 2000 y las Actas No. 002 hasta la No. 010 de fecha agosto 5 de 2001 de recibo final de obras. Finalmente mediante acta No. 011 de 2 julio de 2003, el contrato se liquidó por mutuo acuerdo entre las partes, donde el contratista consignó salvedades relacionadas con sus reiteradas reclamaciones.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 1a 2 c. ppal.):

1.- Que durante la ejecución y desarrollo del contrato de obra No. 91 de 2000, suscrito entre la sociedad INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES GARANTIVÁ ICG LTDA., y el Departamento de la Guajira, para la "Ampliación de las redes para el Alcantarillado Sanitario del Municipio de

Riohacha; Instalación del colector principal de los Distritos Sanitarios No. IIIA y V”, en cumplimiento de la Licitación No. 007 de 2000, se produjo la ruptura de la ecuación o equilibrio económico financiero del contrato en perjuicio del contratista, debido a la ocurrencia de la ejecución de mayores excavaciones y rellenos; sobreacarreos de material; desinstalación e instalación de tuberías de acueducto, alcantarillado sanitario y pluvial, suministro e instalación de tuberías de acueducto y alcantarillado; deshincada e hincada; actividades que no fueron contempladas dentro del contrato y que implicaron mayores costos del mismo a cargo del contratista.

2. Que, en consecuencia, el Departamento de La Guajira, para restablecer el equilibrio económico financiero del Contrato No. 91 de 2000 reconocerá y pagará a la sociedad contratista INGENERÍA Y CONSTRUCCIONES GARANTIVÁ ICG LTDA., la cantidad de doscientos ocho millones seiscientos sesenta y un mil siete pesos con 18/100 (\$208.661.007.18), suma esta que deberá actualizarse y sobre el valor actualizado se reconocerán y pagarán intereses moratorios, a la tasa permitida que certifique la Superintendencia Bancaria.

3. Que se condene en costas a la entidad pública demandada, teniendo en cuenta la conducta asumida frente a las legítimas reclamaciones presentadas por la sociedad contratista durante y después de la ejecución del contrato.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento de La Guajira guardó silencio, en la oportunidad prevista por la ley para que presentara su contestación (fl. 120 c. ppal).

3. LOS ALEGATOS

La parte demandante invocó como causal de desequilibrio financiero del contrato las sujeciones imprevistas, definidas por la doctrina como *“aquellas dificultades materiales que se presentan estrechamente relacionadas con la ejecución del contrato, y que aunque pudieran ser previsibles por la administración aparecen de manera imprevista para el contratista, haciendo más difícil y gravosa dicha ejecución. (...)”*². Refirió que en el presente caso la entidad contratante no entregó previamente al contratista estudios que permitieran conocer las dificultades del terreno en que sería ejecutada la obra, de allí sobrevinieron

² El demandante citó en este caso a RODRIGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*, décimo tercera edición, editorial Temis 2002 pág. 378.

circunstancias y dificultades que el contratista superó incurriendo en mayores costos.

Sostuvo que las circunstancias y los mayores costos en que incurrió el contratista se encuentran acreditados en el proceso. Señaló que si bien la ejecución de las obras contratadas se pactó a precios unitarios y sin reajustes, también lo es que, no se trata concretamente de revisión o reajuste de los precios, sino del reconocimiento y pago al contratista del valor de los mayores costos necesarios para superar las dificultades encontradas para garantizar la ejecución del contrato y que constituyen el desequilibrio económico cuyo restablecimiento se reclama (f. 165 a 167c.ppal.).

La entidad demandada estimó que el demandante solicita a través de la acción contractual el pago de obras adicionales dentro de la ejecución del contrato de obra, que no fueron previamente autorizadas ni por el interventor del contrato, ni por el funcionario del Departamento competente para contratar y sin la disponibilidad presupuestal previa para asumir el compromiso.

Indicó que ante la ausencia de autorización previa de la entidad para las obras realizadas por fuera del presupuesto o de contrato adicional, no pueden reclamarse las mayores cantidades de obra a través de la acción contractual, sino a través de acción de reparación directa para reclamar el enriquecimiento sin causa de una de las partes.

Concluyó que en este caso no procede la pretensión de equilibrio financiero del contrato, por las siguientes razones:

a) Al no estar autorizadas las obras adicionales previamente por la entidad estatal, no contar con las disponibilidades presupuestales previa y no estar justificadas (sic) su ejecución, es decir que se hicieron por fuera del contrato principal, el hecho se sale de la génesis del negocio jurídico.

b) Las obras adicionales se realizaron sin la autorización de la administración, es decir que no se puede considerar como un hecho atribuible a la propia administración contratante, puesto que no ha existido incumplimiento de sus obligaciones.

c) Tampoco la Administración ha ordenado la modificación en las condiciones de ejecución del contrato.

d) Así mismo, la ecuación financiera del contrato no sufrió menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión, que se da por eventos o circunstancias exteriores y en el caso de las obras adicionales esto no ocurrió. (f. 168 a 174 c. ppal).

El Representante del Ministerio Público rindió concepto resaltando la “absoluta incertidumbre probatoria” para decidir las suplicas de la demanda. Preciso que en este caso no está plenamente cuantificado el desequilibrio económico del contrato, con fundamento en las cantidades de obra y racionalidad del precio con su análisis en el mercado, pues de ello carece tanto la demanda como el dictamen pericial aportado.

Estimó que se exige para los contratos a precios unitarios, la adecuación a las necesidades durante su ejecución y el principio de mutabilidad de los mismos, pero debe ahondarse probatoriamente sobre la determinación de las cantidades de obras que se ejecutaron por necesidad, para el objeto del contrato, sobre su valor a la fecha de su ejecución y actualización.

Sostuvo que el juez debe decretar de oficio y en virtud del artículo 169 del C.C.A. una prueba pericial que satisfaga los interrogantes.

II. LA SENTENCIA APELADA

El 3 de octubre de 2007, el Tribunal *a quo* declaró de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, con sustento en las siguientes consideraciones (fls. 193 a 204, continuación c. ppal.):

Preciso que al encontrarse acreditada la liquidación del contrato de mutuo acuerdo y habiéndose manifestado salvedades en la misma, la parte

demandante debió solicitar como pretensión la nulidad parcial de la liquidación, en lo que a las salvedades se refiere, para que la jurisdicción se pronunciara sobre las cantidades de obras ejecutadas por la sociedad contratista y que no fueron reconocidas ni pagadas por la entidad pública contratante y sobre las causas de desequilibrio económico del contrato.

Resaltó que la demanda necesariamente debió solicitar la anulación parcial de la liquidación del contrato, para que en ella se incluyera el reconocimiento y la orden de pago de los montos reclamados en las pretensiones de la demanda, so pena de ineptitud sustantiva de la demanda, por falta del requisito formal de no individualización del acto administrativo de liquidación del contrato, en cuanto negó la inclusión de los valores reclamados por la demandante.

Sostuvo que esta exigencia sustancial no puede obviarse por vía de la interpretación de la demanda porque la liquidación de un contrato, es una etapa contractual establecida expresamente por el legislador, en la que las entidades públicas tienen expresas competencias constitucionales y legales que la jurisdicción contencioso administrativa no puede sustituir con fallos *extra petita* o *ultra petita*, sin contrariar la separación funcional de los órganos del Estado, o la autonomía administrativa y presupuestal de las entidades territoriales.

Finalmente consideró:

No se puede aceptar la posibilidad de que se demandara el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, dejando intangible la legalidad de la liquidación bilateral del contrato porque en ellas se hizo precisamente las salvedades de los hechos contractuales a que alude la demanda en el número 3, según se infiere del oficio del 21 de junio de 2001, dirigido al representante legal de la sociedad demandante por el secretario de obras públicas del ente demandado, así:

“En la fecha hemos recibido su reclamación para el restablecimiento de la ecuación económica que de acuerdo con su petición se ejecutaron mayores volúmenes de excavaciones y obras adicionales, afirmando que esto había sido aprobado por la interventoría, razón por las que hemos dado traslado a la misma para que emita el concepto técnico requerido para proceder a resolver su petición.

Les aclaramos así mismo que en la reclamación presentada por ustedes el pasado 15 de noviembre de 2000 ante la Interventoría externa contratada, no ha operado el silencio administrativo positivo de conformidad a lo preceptuado en el artículo 25 inciso 16 de la ley 80 de 1993, en razón a que la interventoría no pertenece a la Administración y ésta petición no fue elevada ante ninguno de los funcionarios del Departamento competentes para dar respuesta a su reclamación.

En estos momentos la petición ha sido elevada ante el funcionario competente para resolverla, por lo cual se está dando el trámite pertinente” (folio 82).

En el mismo sentido de haberse precisado en las salvedades los motivos de inconformidad que estaban pendientes entre las partes contratantes y que se determinaron precisamente en la liquidación del contrato, de acuerdo con las peticiones del 11 de marzo de 2002, 22 de octubre de 2002, 14 de noviembre de 2002 y 25 de marzo de 2003.

En el caso bajo examen, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, el Tribunal la encuentra probada de oficio, en los términos del inciso segundo del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 60 de la ley 80 de 1993, según el cual es en la etapa de liquidación del contrato, el momento para que se decidan las reclamaciones a que haya dado lugar la ejecución del contrato, por lo que si con posterioridad se hace en instancia judicial dichas peticiones, éstas deben atacar lo establecido en la liquidación de aquel, toda vez, que la administración goza del privilegio de la decisión previa.

Este Tribunal está sometido al imperio de la ley. La jurisdicción está sujeta a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, las que para el caso concreto determinan que ante el hecho de que la sociedad demandante no acudió ante esta jurisdicción en acción judicial para obtener anulación parcial de la liquidación del contrato, por ello, se encuentra oficiosamente probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

En consecuencia de lo anterior, esta Corporación se declara inhibida para fallar el fondo de esta litis (f. 193 a 204 c.ppal).

I. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora formuló recurso de apelación³. Para el efecto (fls. 207 a 213, c. segunda instancia) hizo alusión a la línea jurisprudencial que se ha construido en torno a la naturaleza jurídica del acta de liquidación bilateral del contrato y a los requisitos que han de observarse en las salvedades o inconformidades dejadas por el contratista en el acto bilateral.

Resaltó que la sentencia impugnada incurrió en yerro inexcusable al calificar el acto jurídico de liquidación bilateral del contrato como un acto administrativo, cuya impugnación sería necesaria para obtener fallo de fondo o de mérito sobre las pretensiones de la demanda. Sostuvo que la consideración aludida desconoce que el acta de liquidación bilateral del contrato, es un acuerdo de voluntades entre la entidad pública contratante y el contratista, que participa de la misma naturaleza negocial y régimen jurídico del contrato estatal.

En este caso lo propio era pretender judicialmente que se declarara que durante la ejecución y desarrollo del contrato se produjo ruptura de la ecuación o equilibrio financiero del contrato, en perjuicio del contratista, al haber sobrevenido circunstancias o hechos imprevistos que implicaron mayores costos para el contratista, por la ejecución de actividades que no fueron contempladas en el contrato, llevándolo al punto de pérdidas que no estaba obligado a soportar, solicitud que estuvo contenida en reclamaciones formuladas a la entidad y quedó consignada como inconformidad en el acta de liquidación bilateral.

Estimó que la decisión del Tribunal fue desacertada en tanto la demanda es apta en oportunidad y forma, y en tal sentido se imponía decidir el fondo del asunto mediante sentencia estimatoria o desestimatoria de las pretensiones.

³ El recurso fue interpuesto el 10 de octubre de 2007 (fl. 205 vto., continuación c. ppal.) y sustentado mediante memorial radicado el 17 de octubre de 2007 (fl. 207 a 213 c. ppal.).

De otro lado, el recurrente señaló que en un caso similar suscitado entre las partes, sometido a consideración del Tribunal *a quo*, se decidió de fondo denegando las pretensiones de la demanda, contrario a lo acontecido en el presente evento.

Acusó la incongruencia de la sentencia de primera instancia, toda vez que el problema jurídico planteado, la tesis, el marco normativo y conceptual y los argumentos traídos en sustento indicaban que la decisión lógica y razonable era declarar probada oficiosamente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse solicitado la anulación parcial del acta de liquidación bilateral del contrato estatal; sin embargo el *a quo* sorprendió con la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda debido a la *“falta del requisito formal de no individualización del acto bilateral de liquidación del contrato”*, configurándose en este caso un error, ante la distinción de los requisitos sustanciales y los formales de la demanda.

Solicitó a esta Corporación revocar la sentencia apelada y en su lugar acceder a la súplicas de la demanda.

2. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio. (fl. 232 c. segunda instancia).

II. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

1.1.1. En tanto uno de los extremos está conformado por una entidad pública, el Departamento de La Guajira, es esta la jurisdicción a la cual le corresponde asumir el presente asunto.

1.1.2. Ahora, la Corporación es competente para conocer del mismo, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo le asignaba el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos⁴.

1.1.3. De otro lado, como la controversia gira en torno a la presunta ruptura del equilibrio económico de un contrato estatal, la acción procedente es la contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que fue la intentada en esta oportunidad (fl. 8 c. ppal).

1.1.4. Cabe recordar que el *a quo* se inhibió para fallar de fondo el presente asunto al haber declarado probada la excepción de *“ineptitud sustantiva de la demanda, por falta del requisito formal de no individualización del acto bilateral de liquidación del contrato”* (f. 204 continuación c. ppal). Para el tribunal de primera instancia la demanda necesariamente debió solicitar como pretensión la nulidad parcial de la liquidación, en lo que a las salvedades se refiere, para que la jurisdicción se pronunciara sobre las cantidades de obras ejecutadas por la sociedad contratista y que no fueron reconocidas ni pagadas por la entidad pública contratante, además sobre las causas de desequilibrio económico del contrato.

Como fundamento de oposición al fallo de primera instancia el apelante censuró la calificación del acto jurídico de liquidación bilateral como un acto

⁴ La parte demandante reclamó como pretensión pecuniaria el reconocimiento de la suma correspondiente a \$208.661.007,18 (fl. 2 c. ppal., valoración del monto reclamado por concepto de desequilibrio económico), suma que supera los 500 smlmv, del año 2005, fecha de presentación de la demanda (\$51.730.000). El recurso de apelación se interpuso el 10 de octubre de 2007, en vigencia de la ley 446 de 1998, se concluye que el proceso tiene vocación de doble instancia, como quiera que establecida la pretensión mayor individualmente considerada, la cuantía supera los 500 SMLMV exigidos.

administrativo, cuya impugnación sería necesaria para obtener fallo de fondo o de mérito sobre las pretensiones de la demanda, consideración que desconoce la naturaleza negocial de la liquidación bilateral del contrato, en donde corresponde únicamente al demandante acreditar que la pretensión formulada guarda relación con las salvedades o inconformidades anotadas en el acta de liquidación, como en este caso se demostró.

Conciérne a la Sala determinar si en este evento, existe ineptitud de la demanda, debido a la falta de individualización del acto de liquidación bilateral conforme lo consideró el *a quo*.

En primer lugar es preciso reiterar que la Corporación, con apoyo en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, ha concluido la ineptitud sustantiva de la demanda, cuando se formula pretensión de incumplimiento contractual con la consecuente indemnización de perjuicios por este hecho, sin que se haya solicitado como pretensión la nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral, por cuanto es carga procesal del demandante “identificar en las pretensiones de la demanda el acto administrativo cuyos efectos pretende retirar del mundo jurídico, además de que la norma en cita exige que en relación con el acto administrativo acusado el demandante identifique las normas violadas y el concepto de dicha violación⁵6”.

Ahora bien, el referido criterio no resulta atinente a la liquidación bilateral del contrato, en tanto no comparte la misma naturaleza del acto administrativo de

[5] En este sentido se citan las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: sentencia de 17 de agosto de 2000, radicación 12640, C.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia de octubre 7 de 2009, radicado 18509, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sección Tercera Subsección A: sentencia de 7 de noviembre de 2012, expediente No.25.915, radicación No. 440012331000200000293 01, actor: Laureano Quintero Gómez, demandado: Instituto Nacional de Vías —INVIAS—.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de junio de 2013, exp. 17431, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

liquidación unilateral. Al respecto, la jurisprudencia atribuye a la liquidación bilateral el carácter de negocio jurídico vinculante para las partes, cuya validez sólo puede enjuiciarse ante la presencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo) o aún sin cuestionar su legalidad, cuando la parte interesada ha dejado expresa salvedad o inconformidad frente aspectos contenidos en el balance, último evento en el que le es admisible formular pretensión en ejercicio de la acción de controversias contractuales⁷ para que el juez pueda abordar su análisis, en tanto no fue objeto de acuerdo.

Deviene improcedente la exigencia edificada por el *a quo* que fundamentó la aparente ineptitud sustantiva de la demanda e impidió resolver de fondo las pretensiones de la parte demandante, en tanto resultaría contradictorio que las partes de la relación negocial convinieran la liquidación de mutuo acuerdo y al mismo tiempo se vieran compelidas a invocar su nulidad parcial, si los asuntos objeto de reclamación judicial quedaron contenidos en las salvedades del acta de liquidación bilateral. En estricto sentido, la salvedad es la excepción a los aspectos acordados en el balance contractual, y es, atendiendo esta discrepancia, que le es permitido al juez contencioso administrativo intervenir para dirimir la controversia.

La parte demandante demostró que al momento de suscribir el acta de liquidación bilateral del contrato, el 2 de julio de 2003, manifestó encontrarse en desacuerdo porque la misma no reconoció *“la solicitud de pago de varias obras ejecutadas y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato”* (f. 76 c.ppal).

Ahora, corresponde establecer el alcance de las salvedades invocadas por el contratista en el acta de liquidación bilateral para determinar si existe aptitud de la demanda de controversias contractuales formulada. Con tal propósito deberán verificarse las actividades previstas en el contrato de obra, las actividades

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de febrero de 2012, exp.1270, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

contenidas en las reclamaciones formuladas por el contratista, no contempladas en el objeto contractual y las mencionadas en sede judicial.

El Anexo No. 1 al contrato de obra 91 estableció las siguientes actividades:

ITEM	ACTIVIDAD	UNID.	CANT.	Vr. UNITARIO	Vr. TOTAL
1	LOCALIZACIÓN Y REPLANTEO	MI	5,632.22	619.00	3,486,344.18
2	EXCAVACIONES				
2.1	Menor de 2.00 mts.				
2.1.1	En material común seco	M3	9,730.96	5,344.00	52,002,250.24
2.2	Mayor de 2.00 mts y menor de 4.00 mts				
2.2.1	En material común húmedo	M3	6,968.95	8,093.00	56,399,712.35
2.3	Mayor de 4.00 mts				
2.3.1	En material común saturado	M3	1,980.04	15,925.00	31,532,137.00
3	INSTALACIÓN DE TUBERIAS				
3.1	En concreto				
	Mayor de 2.00 mts y menor de 4.00 mts				
3.1.1	D=900 mm(36´´)	MI	558.55	48,239.00	26,943,893.45
	Mayor de 4.00 mts				
3.1.2	D=900 mm(36´´)	MI	674.75	51,902.00	35,020,874.50
3.1.3	D=750 mm(30´´)	MI	559.61	51,902.00	29,044,878.22
3.2	EN PVC				0.00
3.2.1	D=200 mm (8´´)	MI	3,801.22	1,456.00	5,534,576.32
3.2.2	D=150 mm (6´´)	MI	280	1,191.00	333,480.00
4	RELLENOS CON MATERIAL COMPACTADO AL 85% PROCTOR STANDARD	M3	18,679.95	4,469.00	83,480,695.55
5	POZOS DE INSPECCIÓN				
5.1	En concreto 1:2:3 (D=1.50)				
5.1.1	Profundidad mayor a 3:00 mts y menor a 4.00 mts	UN	5	1,525,035.00	7,625,175.00
5.1.2	Profundidad mayor a 4:00 mts y menor a 5.00 mts	UN	12	1,718,111.00	20,617,332.00
5.1.3	Profundidad mayor a 5.00 mts y menor a 6.00 mts	UN	7	2,066,671.00	14,466,697.00
5.1.4	Profundidad mayor a 6.00 mts y menor a 7.00 mts	UN	1	2,598,054.00	2,598,054.00
5.1.5	Profundidad mayor a 7.00 mts y menor a 8.00 mts	UN	2	3,031,090.00	6,062,180.00
6	ROTURA Y RECONSTRUCCIÓN DE PAVIMENTO	M2	50.00	64,309.00	3,215,450.00
7	CONEXIONES DOMICILIARIAS				
7.1	Construcción de cajilla de inspección en concreto reforzado (3.000 psi) según diseño adjunto				
7.1.1	(0.5x0.5x0.5) mts. libras	UN	140	78,769.00	11,027,660.00
7.1.2	(0.6x.0.6x0.6) mts Libras	UN	1	97,244.00	97,244.00
7.1.3	(0.7x0.7x0.8) mts Libras	UN	50	126,0005.00	6,300,250.00
7.1.4	(0.7X0.7x1.0) mts Libras	UN	50	148,220.00	7,411,000.00
7.1.5	(0.7x0.7x1.2) mts Libras	UN	1	165,063.00	165,063.00
8	Instalación de silla yee 8´´ x6´´ (incluye adhesivo)	UN	140	7,660.00	1,072,400.00
TOTAL					404,437,347.81

Las actividades cuyo reconocimiento solicitó el contratista, no previstas en el objeto contractual, se relacionaron en documento anexo a la comunicación del 15 de noviembre de 2000 así:

ITEM	DESCRIPC.	UNIDAD	CANTIDAD REAL	CANTIDAD ACTAS	DIFERENCIA	V/UNIT	V/TOTAL
2.0	Excavaciones						
2.1.	h < 2.0 Mts						
2.1.1	Material común seco	M3	7.258.73	5.331.68	1.927.05	5.344	10.298.155
2.1.2	Material común saturado	M3	1.996.04	1.170.15	825.89	8.652	7.145.600
2.2	Mayor de 2.0 y menor de 4.0						
2.2.1	Material común húmedo	M3	1.584.27	1.436.27	148	8.093	1.197.764
2.2.2	Material común saturado	M3	3.324.71	2.587.71	737	13.300	9.802.100
2.3.	Mayor de 4.0 mts						
2.3.1.	En material común saturado	M3	510.40	471.70	38.7	15.925	616.297
4.0	Rellenos con material compactado	M3	14.674.15	10.997.51	3.676.64	4.469	16.430.904
9.0	Volumen de excavación transportado	M3	9.716.45		9.716.45	2.210	21.473.354

El contratista justificó su solicitud en el mayor volumen de excavación realizado en la obra en relación con el pactado, el transporte local de los volúmenes excavados debido a la imposibilidad de depositarlos en las calzadas, la desinstalación de tuberías de acueducto para instalar la tubería de alcantarillado, desenterrar postes eléctricos para evitar un accidente eléctrico y desinstalar la tubería de alcantarillado pluvial para instalar la tubería de alcantarillado sanitario.

El 22 de noviembre de 2000, las partes convinieron acta No. 003 de precios no previstos, bajo los siguientes parámetros:

“1.0 Que dentro de las actividades a realizar en el desarrollo del contrato No. 091 de 2000, no se tuvo en cuenta la realización de las siguientes actividades: a) excavación en material común saturado menor a 2.00 mts, b) Excavación en material común saturado mayor a 2.00 mts y menor a 4.00 mts c) Construcción de cajilla de Inspección de (0.70x0.70x1.130) mts libres en concreto de 3.000 PSI. d) Construcción de cajilla de Inspección de (0.70x0.70x1.30) mts libres en concreto de 3.000 PSI. e) Construcción de cajilla de inspección de (0.70x0.70x1.60) mts libres en concreto de 3.000 PSI.

2.0 Que para la correcta ejecución de las obras es necesario realizar las actividades enunciadas anteriormente, en los tramos que lo requieran.

3.0 Que el CONTRATISTA en conjunto con el DEPARTAMENTO realizaron los análisis de precios necesarios para cada una de las actividades relacionadas anteriormente.

4.0 Que la INTERVENTORIA revisó y aprobó los análisis de precios realizados por el CONTRATISTA y el DEPARTAMENTO.

ACUERDAN LOS SIGUIENTES PRECIOS UNITARIOS PARA LAS OBRAS NO PREVISTAS

NO.	DENOMINACIÓN	UN	VALOR UNITARIO
1.	Excavación en material común saturado menor a 2.00 mts	m3	8.652,00
2.	Excavación en material Común saturado Mayor a 2.00 mts y menor a 4.00 mts.	m3	13.300,00
3.	Construcción de cajilla de inspección en concreto de 3.000 PSI de (0.70X0.70X1.30) mts libres	UN	177.980,00
4.	Construcción de cajilla de inspección en concreto de 3.000 PSI de (0.70X0.70x1.40) mts libres	UN	186.162,00
5.	Construcción de Cajilla de Inspección en concreto de 3.000 PSI de (0.70x0.70x1.60) mts libres	UN	203.112,00

Las actividades anteriores se deberán ceñir en un todo, a las normas de construcción vigentes para este tipo de obras y/o a las especificaciones de obra del proyecto del alcantarillado de Riohacha.

Las actividades anteriores, se pagarán al CONTRATISTA, previa verificación en terreno de su ejecución y aprobación por parte de la Interventoría.” (f. 38-40 c1).

A su vez, el 28 de febrero de 2001, las partes suscribieron contrato adicional No. 01 (f. 22 a 25 c. ppal.), en consideración a la dificultad del Departamento de La Guajira para suministrar los materiales necesarios para la culminación de las obras. En tal sentido, la entidad solicitó al contratista la cotización de los materiales, aprobó los precios unitarios presentados por el contratista y a su vez la sociedad Ingeniería y Construcciones Garantivá Ltda., se comprometió a realizar las cantidades de obras adicionales contenidas en el anexo No. 01, que se reseñan a continuación:

ITEM	ACTIVIDAD	UNID.	CANT.	Vr. UNITARIO	Vr. TOTAL
1	LOCALIZACIÓN Y REPLANTEO	MI	753.00	619.00	466,107.00
2	EXCAVACIONES				
2.1	Menor de 2.00 mts.				
2.1.1	En material común seco	M3	499.74	5,344.00	2,670,609.80
2.2	Mayor de 2.00 mts y menor de 4.00 mts				
2.2.1	En material común húmedo	M3	500.35	8,093.00	4,049,332.55
3	INSTALACIÓN DE TUBERIAS				
3.2	EN PVC				
3.2.1	D=200 mm (8")	MI	753.00	1,456.00	1,096,368.00
4	RELLENOS CON MATERIAL COMPACTADO AL 85% PROCTOR STANDARD	M3			
5	CONEXIONES DOMICILIARIAS				
5.1	Construcción de cajilla de inspección en concreto				
5.1.1	(0.5x0.5x0.5) mts. libres	UN	56	78,769.00	4,411,064.00
5.1.2	(0.6x0.6x0.6) mts Libres	UN	10	97,244.00	972,244.00
5.1.3	(0.7x0.7x0.8) mts Libres	UN	10	126,0005.00	1,260,050.00
5.1.4	(0.7X0.7x1.0) mts Libres	UN	10	148,220.00	1,482,200.00
5.1.5	(0.7x0.7x1.2) mts Libres	UN	10	165,063.00	1,650,630.00
8	Instalación de silla yee 8" x6" (incluye adhesivo)	UN	55	7,660.00	421,300.00
SUBTOTAL INCLUIDO AIU					18,480,101.35
7	SUMINISTRO DE TUBERIA PVC PARA ALCANTARILLADO SANITARIO				
7.1	Ø=8"	ML	1,300.00	19,555.66	25,422,361.64
TOTAL COSTOS DIRECTOS					25,422,361.64
ADMINISTRACIÓN					(5.00%) 1,271,118.08
IMPREVISTO					(0.00%) 0.00
TOTAL PRESUPUESTO					26,693,479.72
VALOR TOTAL SUMINISTRO					26,693,479.72
VALOR TOTAL PRESUPUESTO					45,173,581.07

El 11 de marzo de 2002, el gerente de la sociedad contratista elevó comunicación al Gobernador del Departamento de La Guajira a través de la cual solicitó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato con el reconocimiento y pago del *“mayor valor en que incurrió la sociedad ICG LTDA., como consecuencia de las mayores excavaciones, mayores rellenos, sobreacarreos de material, desinstalación e instalación de tubería de acueducto,*

alcantarillado sanitario y alcantarillado pluvial, suministro de tuberías de acueducto y alcantarillado, deshincadas e hincadas de postes eléctricos en la ejecución del objeto contractual"; sin embargo en su solicitud no cuantificó el monto reclamado por concepto de obras adicionales, ni relacionó los actividades junto con su valoración económica por ítems (f. 89 c. ppal.)

En ejercicio de la acción contractual la parte demandante reclama el reconocimiento y pago de obras adicionales por un monto total de doscientos ocho millones seiscientos sesenta y un mil siete pesos con dieciocho centavos (\$208.661.007,18), además de la actualización correspondiente y los intereses moratorios, por concepto de mayores costos generados por el desarrollo de actividades adicionales no previstas en el contrato de obra, lo cual generó un presunto desequilibrio en la ecuación económica del contrato.

Recuerda la Sala que el contratista manifestó salvedad a la liquidación bilateral del 2 de julio de 2003, porque la misma no reconoció *“la solicitud de pago de varias obras ejecutadas y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato”* (f. 76 c. ppal).

Al respecto, en consonancia con la posición jurisprudencial de esta Corporación⁸, según la cual, las salvedades deben identificar de manera clara los aspectos de disconformidad en relación con la liquidación bilateral, encuentra la Sala que las pretensiones de la demanda exceden el contenido de las salvedades

⁸ Entre otros, en sentencia del trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016), la Corporación consideró *“En consecuencia, cuando las partes de un contrato, bien sea estatal o administrativo, suscriben liquidaciones bilaterales, la posibilidad de que prosperen las pretensiones formuladas está condicionada por la suscripción del acta respectiva con observaciones o salvedades, las cuales deberán identificar claramente la disconformidad con el respectivo texto; en el evento de que sólo se formulen observaciones genéricas, que no identifiquen claramente la reclamación, si bien será posible formular la respectiva demanda, bien sea Contencioso Administrativa o arbitral, no será posible que la jurisdicción resuelva favorablemente las pretensiones.// Dicho de otra manera toda reclamación en la liquidación bilateral de un contrato estatal supone que se consigne en el acta no sólo la salvedad, sino que, también, se deje constancia expresa de los aspectos y puntos que motivan su inconformidad. Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista.* (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, exp.

manifestadas por el contratista en el acta de liquidación bilateral suscrita el 2 de julio de 2003. Explica la conclusión a la que se arriba, el hecho que durante la ejecución contractual se hayan formulado reclamaciones de reconocimiento y pago de obras adicionales por un monto de \$66.964.174, correspondientes a mayores volúmenes de excavación, mayores rellenos, sobre acarreo de material, desinstalación e instalación de tubería de acueducto, alcantarillado sanitario y alcantarillado pluvial, suministro de tuberías de acueducto y alcantarillado, deshincadas e hincadas de postes eléctricos, en tanto, en la demanda se pretende el reconocimiento de una suma que supera los doscientos millones de pesos más intereses moratorios y actualización, en relación con actividades de instalación y desinstalación de tubería, excavación, relleno y sobre acarreo de material (anexo obras por cancelar fl. 93 a 94 c. ppal.).

Así las cosas, la Sala debe precisar que si bien halla coincidencia entre las salvedades manifestadas por el contratista en la liquidación bilateral del contrato y las pretensiones de la demanda para encontrarla apta en este caso, en tanto las mismas aludieron a un tema común, concerniente a las reclamaciones que por concepto de obras adicionales y desequilibrio económico se formularon durante la ejecución contractual, para resolver el fondo del asunto, se tendrán en cuenta, únicamente los ítems y valores reclamados antes de la liquidación bilateral del contrato, contenidos en las comunicaciones del 15 de noviembre de 2000 y 11 de marzo de 2002, en razón a que resulta procedente, en un correcto entendimiento de las salvedades, bajo la égida de la buena fe contractual que debe regir la actuación de las partes del negocio jurídico.

Acreditándose que la parte demandante consignó salvedades en el acta de liquidación bilateral en torno a la falta de reconocimiento de varias obras ejecutadas con el consecuente restablecimiento del equilibrio económico del contrato, las cuales guardan relación con las pretensiones de la demanda, bajo las precisiones efectuadas en esta oportunidad cuyo límite corresponde a los ítems y valores reclamados antes de la liquidación bilateral del contrato, contenidos en las comunicaciones del 15 de noviembre de 2000 y 11 de marzo de 2002, la Sala encuentra satisfecho el requisito para tener como apta la demanda y pasible de control jurisdiccional.

Toda vez que no procede declarar la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda esta Sala revocará la decisión de primera instancia.

1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos de la relación contractual en estudio.

1.3. La caducidad

Debe tenerse en cuenta que el contrato enjuiciado es de aquellos cuya ejecución se prolongó en el tiempo y de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 pasible de liquidación⁹. Igualmente, es claro que la impugnación del acto de liquidación unilateral y la pretensión consecuencial de liquidación judicial permite la procedencia de la acción contractual en estudio.

Es del caso precisar, que la Subsección B en sala mayoritaria¹⁰ tuvo la oportunidad de fijar su posición frente a la forma de computar el término de caducidad respecto de las pretensiones de la demanda que involucren contratos que se liquidan o se liquidaron, como ocurre en el *sub lite*. En efecto, se dijo que vencidos los términos para liquidar consensual y unilateralmente, iniciaba el cómputo del bienio de la caducidad de la acción contractual, aun si dentro de ese interregno se producía una liquidación bilateral o unilateral, por cuanto tal acto en modo alguno revivía términos para computar la caducidad que ya había empezado a correr¹¹.

⁹ La cláusula trigésima tercera del contrato materia de controversia dispuso la liquidación de conformidad con los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 (fl. 19 c. ppal.)

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de diciembre de 2016, exp. 37.069, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ Postura que no se compartía por el ponente pero que se acogía por respeto a la Sala Mayoritaria.

Ahora bien, dada la nueva integración de la Sala, el criterio preponderante apunta a tener como parámetro para determinar la oportunidad del medio de control de controversias contractuales, la fecha de suscripción del acta de liquidación bilateral o la ejecutoria del acto de liquidación unilateral, según fuere el caso.

En el presente asunto, se tiene que el contrato que aquí interesa estaba sometido al trámite de liquidación, en tanto, su régimen jurídico correspondía al de la Ley 80 de 1993 y se trataba de un contrato de tracto sucesivo. Por tanto, el término de caducidad de la acción, en este asunto, debe computarse a partir del momento en que venció la oportunidad para liquidar el contrato o desde que se liquidó, como corresponde a la regla general.

En el contrato de obra objeto de estudio, las partes convinieron en la cláusula trigésima tercera la forma en que sería liquidado:

Cláusula trigésima tercera: Liquidación del presente contrato. El presente contrato será objeto de liquidación de conformidad con los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 199, procedimiento que deberá efectuarse a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato. Para efectos de liquidación del contrato se elaborarán un Acta de Resumen en la que conste la cantidad y el valor final de las obras ejecutadas y las sumas recibidas por el contratista. Efectuarán la liquidación, el Gobernador del Departamento de la Guajira y el Contratista. Si dentro de los dos (2) meses fijados el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por el Departamento de La Guajira y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición. (fl. 19 c. ppal.)

El acuerdo dispuso que la liquidación del contrato debía hacerse de forma bilateral dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación. A su vez, aunque la redacción de la cláusula citada entraña confusión frente al plazo previsto para la liquidación unilateral, en caso de ausencia del contratista o la falta de consenso en la etapa bilateral, la Sala concluye, en concordancia con el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que la Administración podía pronunciarse mediante acto administrativo dentro de los dos meses siguientes al vencimiento de dicho plazo.

Con el propósito de establecer la oportunidad en el ejercicio de la acción, la Sala precisa traer a colación los hechos acreditados, para establecer la fecha en que el contrato terminó y a su vez, el periodo en que debía liquidarse:

-El 13 de junio de 2000, el Departamento de La Guajira y la sociedad Ingeniería y Construcciones Garantivá ICG Ltda., suscribieron contrato de obra para la *“ampliación de las redes para el alcantarillado sanitario del Municipio de Riohacha; instalación del colector principal de los distritos sanitarios No. III A y V.”*, por un plazo de vigencia de cinco meses contados a partir de la fecha del acta de inicio (f. 10 c.ppal.).

-El acta de iniciación de obra se firmó el 24 de julio de 2000 (f. 27 a 30 c.ppal.).

-El 18 de diciembre de 2000 las partes suscribieron acta No. 006 de suspensión temporal de obra, una vez se superaran los motivos de suspensión, que en este evento obedecieron a la insuficiencia de materiales (f. 47 a 49 c.ppal.).

-El 28 de febrero de 2001, las partes suscribieron contrato adicional No. 001 al contrato 091 y dispusieron que el plazo total del contrato y su adicional sería de 7 meses (f. 22 a 25 c. ppal.). En la misma fecha, convinieron la reiniciación de la obra mediante acta No. 007, y el vencimiento de la vigencia contractual para el día 7 de mayo de 2001 (f. 50 a 52 c. ppal.).

-El 2 de mayo de 2001, mediante acta No. 008 se dispuso la suspensión temporal de la obra una vez se superaran los motivos que la propiciaron, hasta tanto *“los equipos de bombeo sean recuperados y puestos en marcha para evacuar las aguas residuales provenientes de los Distritos Sanitarios Nos. IIIA y V”*, y así adelantar los trabajos de empalme del colector (f. 53 a 56 c.ppal.).

-El 28 de julio de 2001, las partes dispusieron mediante acta 009 la reiniciación de obra y establecieron que el plazo contractual vencería el 3 de agosto de 2001 (f. 57 a 60 c. ppal.).

-El 5 de agosto de 2001 se suscribió acta No. 010 de recibo final de obra, en la cual consta como fecha de terminación del contrato el día 6 de agosto de 2001 (f.61 a 70 c. ppal.).

-El 2 de julio de 2003, las partes suscribieron el acta No. 011 de liquidación bilateral, en donde el contratista manifestó no estar de acuerdo con la liquidación, *“porque en ella no se han reconocido la solicitud del pago de varias obras ejecutadas y el restablecimiento del Equilibrio económico del contrato”* (f. 71 a 76 c. ppal.).

De lo anterior, evidencia la Sala que el contrato de obra nº. 91 de 2000 terminó el 6 de agosto de 2001. En consideración al plazo pactado para la liquidación, desde el día siguiente las partes contaban con cuatro meses para liquidar bilateralmente, periodo que culminó el 7 de diciembre de 2001.

Finalmente a partir del día hábil siguiente, 10 de diciembre de 2001, la entidad contaba con dos meses más para liquidarlo unilateralmente, es decir hasta el 10 de febrero de 2002.

Culminada la oportunidad para liquidar bilateral y unilateralmente, desde el día siguiente, se tenían dos años más para pedir la liquidación judicial, los cuales vencían el 11 de febrero de 2004.

En un entendimiento ajustado a la norma procesal, una vez superado el plazo con que contaban las partes para la liquidación bilateral del contrato sin que esta se produjera, las partes se encontraban en libertad de formular demanda para reclamar la liquidación judicial del contrato, dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar (Literal d) numeral 10 artículo 136 del C.C.A.); no obstante, la Sala advierte que esta opción no fue acogida.

El demandante, haciendo uso de su derecho de acceso a la administración de justicia, optó por accionar para obtener el reconocimiento de obras ejecutadas en su condición de contratista, con el correspondiente restablecimiento del equilibrio económico del contrato, reclamación que estuvo contenida en las salvedades

consignadas en el acta de liquidación bilateral suscrita por las partes el 2 de julio de 2003.

Al amparo del supuesto contemplado en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C. C. A. la acción de controversias contractuales caducaría a los dos años contados a partir de la firma del acta de liquidación bilateral, es decir, hasta el 3 de julio de 2005. Como la demanda se presentó el 5 de julio de 2005, día siguiente hábil al vencimiento del término de caducidad (f. 8 c. ppal), fue oportuna¹².

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en determinar si durante la ejecución del contrato de obra 91 de 2000 celebrado entre la sociedad Ingeniería y Construcciones Garantivá I.C.G. Ltda., y el Departamento de la Guajira “para la ampliación de las redes para el alcantarillado sanitario de Riohacha; instalación del colector principal de los distritos sanitarios No. III A y V”, se ejecutaron actividades no contempladas en el objeto contractual que sean susceptibles de reconocimiento en los términos solicitados por la parte demandante.

3. De los hechos probados

3.1. El 13 de junio de 2000, el Departamento de La Guajira y la sociedad Ingeniería y Construcciones Garantivá ICG Ltda., suscribieron contrato de obra para la “*ampliación de las redes para el alcantarillado sanitario del Municipio de Riohacha; instalación del colector principal de los distritos sanitarios No. III A y V.*”. En relación con el objeto, el valor del contrato y su plazo las partes convinieron lo siguiente:

Cláusula primera: Acuerdo.1.1. El Departamento de la Guajira y el Contratista acuerdan celebrar el presente contrato de obra pública en los términos,

¹² De conformidad con el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, que al tenor consagra: “*En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil*”

condiciones, plazos y estipulaciones que se prescriben en el presente documento y en su anexo No. Uno (1), que se incorpora y hace parte del mismo contrato 1.2. Queda entendido que en el evento de producirse discrepancias en la interpretación y aplicación de este contrato o de cualquiera de sus anexos, prevalecerá el orden en el cual han sido enumerados en las diferentes cláusulas. Cláusula segunda: Objeto.2.1. El objeto del presente contrato es: Ampliación de las redes para el alcantarillado sanitario del Municipio de Riohacha; instalación del colector principal de los Distritos sanitarios No. III A y V. 2.2. En desarrollo del objeto contractual, el contratista se compromete a efectuar todos los trabajos necesarios para que las mencionadas obras puedan destinarse al fin para el cual fueron diseñadas, en las cantidades, precios, especificaciones técnicas y demás condiciones consignadas en el pliego. El contratista aportará todos los equipos, maquinarias, mano de obra, servicios profesionales, técnicos o accesorios y en general cualquier otro elemento o servicio que se requiera para el cabal cumplimiento del objeto antes descrito. Cláusula Tercera: Valor. 3.1. El valor definitivo del presente contrato será el resultado de multiplicar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, por los precios unitarios y/o globales, así como por las tarifas establecidas para cada ítem. 3.2. Para efectos fiscales el valor del presente contrato es la suma de cuatrocientos cuatro millones cuatrocientos treinta y siete mil trescientos cuarenta y siete pesos con ochenta y un centavos m.l. (\$404.437.347,81). Cláusula cuarta: Duración. 4.1. El contratista entregará la(s) obra(s) totalmente terminada(s) a satisfacción del Departamento de La Guajira dentro de los cinco (5) meses siguientes contados a partir de la fecha en que se firme el acta de inicio; en la fecha de vencimiento de este plazo, el contratista procederá a la entrega y el Interventor al recibo, debiendo tramitarse el acta correspondiente dentro de los treinta (30) días calendarios (sic) siguientes a dicha fecha. (f. 10 c.ppal.)

3.2. La cláusula vigésima segunda del contrato estableció el procedimiento para las variaciones en las actividades u obras adicionales:

Cláusula vigésima segunda: Planos y especificaciones. 2.2.1. En la ejecución del presente contrato, el contratista se ceñirá a los planos y a las especificaciones suministradas por el Departamento de La Guajira. Dichos planos y especificaciones hacen parte del contrato y se anexan al mismo. Los planos y especificaciones son complementarios entre sí, de tal manera que cualquier punto que figure en los planos, pero no en las especificaciones, o que se halle en éstas, pero no en aquellos, tendrá tanto valor como si se encontrara en ambos documentos. Queda entendido que en caso de contradicción entre los planos y las especificaciones se preferirán éstas. Cualquier duda o dificultad al respecto será resuelta por el Interventor. De cada plano recibirá el contratista una copia común y correrá por su cuenta la obtención de las copias adicionales que requiera. 2.2.2. En cualquier momento durante la ejecución del contrato, el Departamento de La Guajira podrá ordenar por conducto de la interventoría, los cambios que considere necesarios tanto en los planos como en las especificaciones o en cualquiera de ellos. Sin embargo, si estos cambios afectan el plazo y el precio de este contrato, o cualquiera de ellos, el contratista deberá acordar previamente tales variaciones con el Departamento de la Guajira, con el fin de que este último las autorice. Una vez autorizadas, las partes suscribirán un acta en la cual deberán constar las variaciones del caso y su correspondiente aprobación. 2.2.3. Cuando a juicio del contratista sea conveniente variar los

planos o las especificaciones, someterá las variaciones junto con los estudios correspondientes a la Interventoría, quien los presentará a consideración de EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, y las causas que justifican dichas variaciones. Si las mismas no son aprobadas, el CONTRATISTA se sujetará a los planos y a las especificaciones acordadas originalmente. En caso de ser aprobadas, se procederá como está establecido en el numeral anterior. 22.4. EL CONTRATISTA deberá entregar los planos definitivos, completos y detallados de las obras ejecutadas. (f. 14 c. ppal)

3.3. El acta de iniciación de obra se firmó el 24 de julio de 2000 (f. 27 a 30 c.ppal).

3.4. En comunicación del 15 de noviembre de 2000, el Representante de la sociedad contratista solicitó al interventor del contrato (estudios Técnicos y construcciones Ltda.):

Durante la ejecución del contrato de la referencia y una vez contabilizada la primera y segunda acta de recibo de obra, hemos encontrado los siguientes aspectos que motivan nuestras reclamaciones:

1.- Los volúmenes de excavación considerados para el acta, son mucho menores, a los que se realizan en la obra, el ancho de las zanjas sobrepasan en un 100 y 200% el considerado para el Acta. (ver control topográfico B=ancho de zanja).

2.- El transporte local de los volúmenes excavados, por la imposibilidad de depositarlos en las calzadas, por el poco ancho de la calle, genera costos no contemplados en los análisis de precios (tramo 464 hasta el 376).

3.- Desinstalación de tuberías acueducto. A partir del tramo 468, ha sido necesario desinstalar la tubería de acueducto y una vez instalada la tubería de alcantarillado, volver a instalar la tubería de acueducto.

4.- Postes eléctricos: en los tramos 464 y 461 fue necesario desenterrar postes eléctricos o sostenerlos por más de 48 horas con grúas, para evitar su hundimiento o volcamiento y así un accidente o un caos eléctrico.

5.- Alcantarillado pluvial. En algunos tramos ha sido necesario desinstalar la tubería de alcantarillado pluvial y reinstalarla una vez se instala la tubería de alcantarillado sanitario (del tramo 402 hasta el 376).

6.- Clasificación de material. Dentro de la clasificación del material de excavaciones se estableció en el contrato que:

2. Excavaciones

2.1. Menor de 2.00 metros

2.1.1. En material común seco

2.2. Mayor de 2.00 metros y menor de 4.00 metros

2.2.1. En material común húmedo

2.3 Mayor de 4.00 metros

2.3.1 En material común saturado

Del cuadro número 1 se puede establecer que el nivel freático a partir del tramo 464 esta a una profundidad menor de 2.00 metros lo que indica que a partir de allí, el terreno que se encuentra está saturado, por lo que los ítems 2.1 y 2.1.1., 2.2 y 2.2.1, deben ser revisados en su precio original, para ajustarlos a la necesidad encontrada en el terreno.

Es claro que la interventoría ha reconocido nuestro justo reclamo en cuanto a la clasificación del material excavado ya que en el Acta No. 02 fueron

contemplados nuevos precios; pero aún no se ha considerado los mayores volúmenes de excavaciones.

Haciendo un balance de las obras ejecutadas realmente, tenemos que hay una diferencia considerable, entre lo aceptado por la interventoría y lo ejecutado en el terreno (ver cuadro anexo No. 2).

Lo que demuestra que nuestra reclamación asciende a la suma de (\$66.964.174).

Esta diferencia de valores representa para nuestra empresa un desequilibrio de la ecuación contractual, ya que nuestros costos son superiores a los inicialmente considerados al presentar nuestra oferta, por lo tanto basado en el artículo 5º numeral 1 y artículo 27 de la ley 80 de 1993, solicitamos el restablecimiento de la ecuación contractual (...) (f. 77 a 78 c.ppal).

3.5. El 22 de noviembre de 2000, las partes convinieron Acta No. 003 de precios no previstos, bajo los siguientes parámetros:

“1.0 Que dentro de las actividades a realizar en el desarrollo del contrato No. 091 de 2000, no se tuvo en cuenta la realización de las siguientes actividades: a) excavación en material común saturado menor a 2.00 mts, b) Excavación en material común saturado mayor a 2.00 mts y menor a 4.00 mts c) Construcción de cajilla de Inspección de (0.70x0.70x1.130) mts libres en concreto de 3.000 PSI. d) Construcción de cajilla de Inspección de (0.70x0.70x1.30) mts libres en concreto de 3.000 PSI. e) Construcción de cajilla de inspección de (0.70x0.70x1.60) mts libres en concreto de 3.000 PSI.

2.0 Que para la correcta ejecución de las obras es necesario realizar las actividades enunciadas anteriormente, en los tramos que lo requieran.

3.0 Que el CONTRATISTA en conjunto con el DEPARTAMENTO realizaron los análisis de precios necesarios para cada una de las actividades relacionadas anteriormente.

4.0 Que la INTERVENTORIA revisó y aprobó los análisis de precios realizados por el CONTRATISTA y el DEPARTAMENTO.

ACUERDAN LOS SIGUIENTES PRECIOS UNITARIOS PARA LAS OBRAS NO PREVISTAS

NO.	DENOMINACIÓN	UN	VALOR UNITARIO
1.	Excavación en material común saturado menor a 2.00 mts	m3	8.652,00
2.	Excavación en material Común saturado Mayor a 2.00 mts y menor a 4.00 mts.	m3	13.300,00
3.	Construcción de cajilla de inspección en concreto de 3.000 PSI de (0.70X0.70X1.30) mts libres	UN	177.980,00
4.	Construcción de cajilla de inspección en concreto de 3.000 PSI de (0.70X0.70x1.40) mts libres	UN	186.162,00
5.	Construcción de Cajilla de Inspección en concreto de 3.000 PSI de (0.70x0.70x1.60) mts libres	UN	203.112,00

Las actividades anteriores se deberán ceñir en un todo, a las normas de construcción vigentes para este tipo de obras y/o a las especificaciones de obra del proyecto del alcantarillado de Riohacha.

Las actividades anteriores, se pagarán al CONTRATISTA, previa verificación en terreno de su ejecución y aprobación por parte de la Interventoría.” (f. 38-40 c1).

3.6. El 18 de diciembre de 2000 las partes suscribieron acta No. 006 de suspensión temporal de obra, una vez se superaran los motivos de suspensión, que en este evento obedecieron a la insuficiencia de materiales (f. 47 a 49 c.ppal).

3.7. El 28 de febrero de 2001, las partes suscribieron contrato adicional No. 001 al contrato 091, con el objeto de *“contratar mayores cantidades de obra para la ejecución del contrato principal “ampliación de las redes para el alcantarillado sanitario de Riohacha, instalación del colector principal de los distritos sanitarios No. III A y V”, bajo las normas, planos y especificaciones establecidas por el Departamento.”* Así mismo dispusieron que el plazo total del contrato y su adicional sería de 7 meses (f. 22 a 25 c. ppal.).

3.8. El 28 de febrero de 2001 las partes convinieron la reiniciación de la obra mediante acta No. 007, y el vencimiento de la vigencia contractual para el día 7 de mayo de 2001 (f. 50 a 52 c. ppal.).

3.9. El 2 de mayo de 2001, mediante acta No. 008 se dispuso la suspensión temporal de la obra una vez se superaran los motivos que la propiciaron, hasta tanto *“los equipos de bombeo sean recuperados y puestos en marcha para evacuar las aguas residuales provenientes de los Distritos Sanitarios Nos. IIIA y V”*, y así adelantar los trabajos de empalme del colector (f. 53 a 56 c.ppal).

3.10. El 21 de junio de 2001, el secretario de obras públicas y vías del departamento de La Guajira comunicó al gerente de ICG Ltda., frente a la solicitud de restablecimiento de la ecuación del contrato 091 de 2000:

En la fecha hemos recibido su reclamación para el restablecimiento de la ecuación económica que de acuerdo con su ejecución se ejecutaron mayores volúmenes de excavaciones y obras adicionales, afirmando que esto había sido aprobado por la interventoría, razón por la que hemos dado traslado a la misma

para que emita el concepto técnico requerido para proceder a resolver su petición.

Les aclaramos así mismo que en la reclamación presentada por ustedes el pasado 15 de noviembre de 2000 ante la interventoría externa contratada, no ha operado el silencio administrativo positivo de conformidad a lo preceptuado en el artículo 25 inciso 16 de la ley 80 de 1993, en razón a que la interventoría no pertenece a la Administración y ésta petición no fue elevada ante ninguno de los funcionarios del Departamento competentes para dar respuesta a su reclamación.

En estos momentos la petición ha sido elevada ante el funcionario competente para resolverla, por lo cual se está dando el trámite pertinente. (f. 82 c. ppal).

3.11. En comunicación del 6 de julio de 2001, la sociedad interventora informó al secretario de obras públicas y vías departamental, en relación al concepto requerido a raíz de la solicitud de reconocimiento de sumas por desequilibrio económico del contrato:

Con relación a su oficio del 21 de junio del año en curso, me permito informarle lo siguiente:

Esta interventoría no ha autorizado ningún tipo de obra adicional a excepción de las contenidas en el contrato adicional No. 01 al contrato de obra No. 091 del 2000.

En referencia a las solicitudes realizadas por el contratista me permito transcribirle el contenido en el Pliego de condiciones, documento que hace parte integral del contrato.

1. Sección II numeral 8.3. "PRECIO DE LA PROPUESTA"

Los precios ofrecidos por el proponente no estarán sujetos a reajustes durante el periodo de ejecución del contrato.

En la preparación de las propuestas, el proponente deberá incluir en sus precios todos los impuestos, derechos y otros cargos que se le causaren por concepto de la ejecución del contrato, los cuales se entenderán incluidos en el precio total de la propuesta.

2. Sección VI numeral 6 "REAJUSTES"

Los precios pagaderos al contratista con arreglo al contrato no estarán sujetos a ajustes dentro del cumplimiento del mismo.

Anexo técnico numeral 6 "EXCEPCIÓN DE PAGO"

No habrá medida ni pago por separado por la realización de las siguientes actividades:

- *Excavaciones y rellenos ejecutados por fuera de los límites mostrados en los planos, o los indicados por la interventoría, que sean llevados a cabo por el contratista intencional o accidentalmente, o para facilitar la ejecución de los trabajos.*
- *Los derrumbes que se presenten en la obra, cualquiera que sea su motivo.*
- *El corte de las raíces que se presenten en las excavaciones requeridas para la obra.*
- *El control de las aguas potables, negras o sub-superficiales que se presenten durante la ejecución.*
- *El cargue, transporte, descargue y disposición de los materiales excavados en la obra hasta los botaderos autorizados.*
- *Los daños ocasionados por lluvias, cualquiera que sea su magnitud.*

- *Los demás trabajos que deba ejecutar el contratista y que no son objeto de ítems separados de pago.*
- *La totalidad de licencias, permisos, impuestos, tasas, sobretasas y contribuciones de cualquier orden.*

Es de anotar que el ancho de las excavaciones programadas para la ejecución de las obras, fue contemplado en el pliego de condiciones y que el contratista no utilizó en obra los tablestacados previstos para la construcción de este tipo de obras.

Por lo anteriormente expuesto, esta Interventoría conceptúa que las mayores cantidades de obra que el contratista argumenta, se debieron a la falta de previsión por parte del contratista en la ejecución de los trabajos.

Por último deseo recordarle, que las mayores cantidades de obra que se realicen en la ejecución de un contrato, deben ser autorizadas por la entidad contratante, previo visto bueno de la interventoría antes de su ejecución, situación que no se dio en la presente ejecución del contrato de obra civil en referencia (f. 46-47 cuaderno de pruebas).

3.12. El 21 de julio de 2001, el secretario de obras públicas y vías del Departamento de La Guajira brindó respuesta a la solicitud formulada por el contratista:

Atendiendo su solicitud de la referencia se ofició a la interventoría contratada para que aclarase lo relacionado con su petición de la referencia y se manifestó que no habían sido autorizados para realizar obras adicionales a excepción de las contenidas en el contrato adicional No. 01, conceptuando que las mayores cantidades de obra ejecutadas por ustedes se debieron a la falta de previsión en la ejecución de los trabajos, por lo anterior el Departamento no puede asumir el pago de las mismas.

Adicionalmente y soportados en el concepto técnico emitido y los pliegos de condiciones, no se reconocerán valores por excavaciones y relleno ejecutados por fuera de los límites mostrados en los planos o los indicados por la interventoría.

De conformidad a la información reportada por la interventoría, los mayores valores presentados se debió a la no utilización de tablestacados previstos para la construcción de éste tipo de obras. (f. 66 cuaderno 2 pruebas)

3.13. El 28 de julio de 2001, las partes dispusieron mediante acta 009 la reiniciación de obra y establecieron que el plazo contractual vencería el 3 de agosto de 2001 (f. 57 a 60 c. ppal.).

3.14. El 5 de agosto de 2001 se suscribió acta No. 010 de recibo final de obra (f.61 a 70 c. ppal.).

3.15. El 11 de marzo de 2002, el gerente de la sociedad contratista elevó comunicación al Gobernador del Departamento de La Guajira a través de la cual expuso varias situaciones presentadas en el contrato:

Nuestra empresa I.C.G. LTDA., suscribió el contrato No. 091 de 2000 con el Departamento de La Guajira, con el objeto de construir el colector principal de los Distritos Sanitarios no. III y V, el cual resultó como producto de la licitación pública No. 007 del 2000.

En desarrollo de las obras del contrato en comento, se presentaron varias actividades que no fueron contempladas en el contrato tales como:

- 1. Desinstalación de tuberías de acueducto y reinstalación de dichas tuberías más suministros de tubos y uniones rotas.*
- 2. Desinstalación de tubería de alcantarillado y reinstalación de dichas tuberías más suministros de tubos y accesorios.*
- 3. Deshincada e hincadas de postes eléctricos por estar muy cerca de las zanjas. (Hubo uno que se tuvo que desmontar el transformador de 200 KVA).*
- 4. En algunos tramos fue necesario desinstalar la tubería de alcantarillado pluvial y reinstalarlo una vez se instalara el Colector.*

Además se encontró que el terreno era totalmente deslesnable (sic), circunstancia esta que generó mayores volúmenes de excavación y debido a la estrechez de la calle que no permitía depositar el material de excavación en la calzada se hizo necesario el uso de volquetas para el transporte de material excavado, depositándolo en un sitio de acopio y luego volver a cargarlos y transportarlos para rellenar las zanjas.

Debido a que nada de lo anteriormente expuesto fue tenido en cuenta por la Interventoría para su pago.

Nuestra empresa I.C.G. LTDA., a través de la comunicación de fecha noviembre 15 de 2000 solicitamos a la entidad una Revisión o Reajuste de precios, fundado en que con motivo de estas circunstancias imprevisibles, habíamos incurrido en unos sobrecostos por mayores volúmenes de excavación, por sobrecarreo del material excavado, por desinstalación e instalación de tuberías existentes.

Esta solicitud fue respondida ocho (8) meses después mediante oficio fechado julio 21 del 2001, no accediendo a la petición nuestra, bajo el argumento de que de acuerdo a los pliegos de condiciones los precios no estarían sujetos a reajuste, por una parte y por la otra, que el anexo técnico había contemplado en esta circunstancia una excepción de pago.

Sea lo primero señalar, que por regla general los contratos a precios unitarios fijos sin formula de ajuste, no permiten que los precios propuestos por el oferente sean modificados con posterioridad a la presentación de la oferta y mucho menos a la celebración del contrato que nació producto de un proceso de selección.

Sin embargo, la anterior afirmación tiene excepciones, valga decir que este tipo o modalidad de contratos de obras (precios unitarios sin ajustes) en algunos eventos puede ser objeto de revisión o reajuste de precios, pero no por el simple acuerdo de las partes contratantes, sino por circunstancias o hechos imprevisibles o porque fracasan los supuestos o hipótesis en que se fundamentó la ecuación contractual. En efecto, de conformidad con el numeral 8 del artículo 4, numeral 1 del artículo 5 y el artículo 27 de la ley 80, las entidades estatales

deberán restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, o lo que es lo mismo a la revisión o reajuste de precios cuando ocurran estos fenómenos.

(...)

Precisado lo anterior es necesario determinar si era previsible para el contratista determinar las condiciones reales del subsuelo y del tipo de terreno a acometer y cuál fue el actuar de la administración pública en el mismo, para poder determinar no solo la procedencia de la ruptura del equilibrio económico del contrato sino también si existe responsabilidad achacable al contratista de obra, pues en tal caso no debe ser objeto de esta figura jurídica.

Pero antes de este estudio, es de suma importancia pronunciarse sobre la cláusula contenida en el numeral 6 del anexo técnico (excepciones de pago) y a la circunstancia de que han debido tener en cuenta los imprevistos, según lo previsto en el pliego de condiciones.

Sobre el primero de estos temas, es necesario establecer si la excepción de pago consistente en que los rellenos y las excavaciones que sobrepasen los límites de los planos o interventoría, intencionales o accidentales, no son reconocidos, tiene fuerzas jurídicas. Al respecto, considero que carece de toda eficacia jurídica, toda vez que el literal d) del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 es categórico en disponer que en los pliegos de condiciones “no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren”, y agrega la referida norma en su parte final que “serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia que contravengan lo dispuesto en este numeral ...”

En el caso que ocupa, el único documento, dato o información que hubiera podido prever o determinar las condiciones geológicas o geotécnicas del lugar de las obras era el estudio de suelos, que como se manifestó en el numeral 1 de este escrito, nunca fue suministrado por la entidad estatal contratante y en consecuencia la referida cláusula resulta ser ineficaz al no haber suministrado una información indispensable, y en este caso de lata incidencia en la ejecución de los trabajos de excavación.

En cuanto al segundo de los temas, que dicho sea de paso resuelve el cuestionamiento referente a si era previsible para el contratista de obra determinar la situación geológica de los terrenos, es menester manifestar que si se trataba de un imprevisto que ha debido tener en cuenta el contratista, tal y como se afirma en una de las misivas de la administración, dejaría de ser una circunstancia imprevista, y es supremamente diáfano que si no existían los estudios de suelos era imposible establecer con exactitud o saber exactamente cuál sería el comportamiento del suelo objeto de la excavación.

Sobre el particular, ha sido reiterada y unívoca la jurisprudencia y la doctrina en expresar que cuando circunstancias imprevistas dan lugar a la ruptura de la ecuación contractual, el co-contratante deberá restablecer el equilibrio. (...)

(...)

Finalmente, en relación con la responsabilidad que le podría incumbir a la Sociedad contratista en el desarrollo de los trabajos objeto de este estudio, en mi concepto no existe, pues la administración en cumplimiento de lo que los doctrinantes han llamado el quinto principio de la ley 80 de 1993, el de planeación o planificación, ha debido contar con los documentos de carácter técnico que permitieran que los oferentes y el hoy contratista hubiera “previsto” el verdadero estado de los terrenos y en consecuencia hubiera estructurado sus ofrecimientos económicos en el mismo sentido. (...)

De acuerdo a los considerandos expuestos en este oficio, en nuestro concepto el Departamento de la Guajira debe proceder a restablecer el equilibrio económico

y financiero del contrato No. 091/2000, reconociendo y pagando el mayor valor en que incurrió la sociedad I.C.G. LTDA., como consecuencia de las mayores excavaciones, mayores rellenos, sobreacarreos de material, desinstalación e instalación de tubería de acueducto, alcantarillado sanitario y alcantarillado pluvial, suministro de tuberías de acueducto y alcantarillado; deshinzadas e hincadas de postes eléctricos en la ejecución del objeto contractual.” (f. 83-89 c.ppal).

3.16. Mediante comunicación del 10 de julio de 2002, el Secretario de Obras Públicas del Departamento de La Guajira brindó respuesta a la solicitud formulada por la sociedad contratista:

Para dar trámite a su solicitud del pasado 11 de marzo de 2002, relacionada con el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, inicialmente se remitió a la interventoría quienes fueron los directamente encargados de hacer el seguimiento a la ejecución de las obras y quienes pueden definir técnicamente el reconocimiento de pago por las actividades adicionales realizadas en su calidad de contratistas, no contempladas en el contrato, como ustedes lo han manifestado en su petición.

A través de oficio calendado el pasado 20 de mayo de 2002, la interventoría contratada ESTUDIOS TÉCNICOS Y CONSTRUCCIONES LTDA, reafirma su concepto emitido a través del oficio IT-AR-FF-050 del 6 de julio de 2001, en el cual manifiestan que la reclamación y/o solicitud de restablecimiento económico no da lugar, por tratarse de imprevistos de responsabilidad exclusiva del contratista, presentados durante la ejecución de las obras.

Finalmente han manifestado que en aras de discutir y aclarar las peticiones elevadas por ustedes, se coordine una reunión a la cual asistan en su calidad de contratistas, con funcionarios del Departamento y de la interventoría.

Por lo anterior, solicitamos a usted ponerse de acuerdo con la interventoría a fin de llevar a cabo la citada reunión y delegar a un funcionario del Departamento para que asista a ella. (f. 78 cuaderno de pruebas)

3.17. En oficio del 25 de marzo de 2003, el gerente de la sociedad contratista comunicó al Despacho del Gobernador de La Guajira:

Hemos recibido su oficio ADGN No. 0020 fechado marzo 21 del presente año, donde nos manifiesta que acogen el concepto de la interventoría en el sentido de que no es procedente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de la referencia; como quiera que esto ha suscitado una controversia le proponemos acogernos a la cláusula trigésima primera. Conciliación de controversias de acuerdo con el artículo 70 de la ley 80 de 1993.

Pensamos que esta sería la solución definitiva, por cuanto la interventoría tiene sus apreciaciones y nosotros tenemos nuestros argumentos y pruebas concretas para hacer valer nuestros derechos. (...) (f. 102 cuaderno de pruebas)

3.18. El 2 de julio de 2003, las partes suscribieron el acta No. 011 de liquidación de obras, en donde el contratista manifestó no estar de acuerdo con la liquidación, *“porque en ella no se han reconocido la solicitud del pago de varias obras ejecutadas y el restablecimiento del Equilibrio económico del contrato”* (f. 71 a 76 c. ppal).

3.19 El 18 de octubre de 2005, el perito Leonel Ibarra, ingeniero civil, rindió dictamen pericial decretado en primera instancia, en el que arribó a las siguientes conclusiones (fls.1 a 2 cuaderno 3):

(...) El día 16 de septiembre de 2005 solicité en la Secretaría del Tribunal, copias del proceso en mención y al ser recibidas, opté por analizar y estudiar la relación de las cantidades de obras pagadas y por pagar (excavación – relleno-desinstalación e instalación de tuberías de acueducto y alcantarillado, etc).

Luego de analizados y estudiados dichos ítems, se comprobó que si hay obras que han sido ejecutadas y no pagadas al contratista, esto ha motivado que el valor que está en el contrato (\$208.661.007.2) No. 091/2000, deberá actualizarse y una vez actualizado se deban reconocer y pagar con intereses moratorios, como se certifica en los cálculos anexados.

Es importante anotar que la entidad contratante, en este caso el Departamento de La Guajira, para restablecer el equilibrio económico financiero de este contrato No. 091/2000, debió reconocer y pagar el valor anteriormente mencionado y que a éste valor actualizado (\$290'654.106.70) se le apliquen los intereses moratorios certificados por la Superintendencia Bancaria, con el propósito de obtener el valor total (\$457'005.140,43).

En el libro de la obra “Bitácora” y algunas figuras geométricas, están todas las anotaciones relacionadas con cantidades de obra adicionales, ameritando la alteración de la ecuación económica financiera del contrato, en perjuicio del contratista, ya que éstas son significativas para el incremento en el costo de dicho contrato.

Por lo anteriormente descrito y como aparece en las hojas de cálculos y relación de cantidades de obras, se constató la justificación y cuantía de los sobre costos pagados por la sociedad ICG Ltda.

La forma que se utiliza para calcular los intereses moratorios por concepto de restablecer el equilibrio económico financiero del contrato se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 4, numeral 8 de la Ley 80 de 1993, reglamentado por el Artículo 1º del Decreto 679/94.

3.19.1. Una vez se corrió traslado del dictamen (fl. 129, c. ppal), el apoderado de la entidad demandada solicitó aclaración y complementación del dictamen pericial (f. 130-131 c.ppal.), respecto a los puntos que a continuación se resaltan:

(...) De lo anterior, es preciso que en su dictamen pericial el ingeniero perito manifieste con claridad, si el desequilibrio que aduce el demandante obedece a obras adicionales efectuadas por el contratista con o sin la autorización de la entidad contratante, o si el desequilibrio financiero se produjo como consecuencia de la variación de precios de los ítems y cantidades de obras establecidas dentro del contrato No.091/2000.

En el dictamen pericial el perito se limita a describir son cantidades de obras por pagar a la sociedad demandante, sin hacer claridad si estas obras estaban incluidas o no dentro del contrato inicial, igualmente, el perito omite en su dictamen la manifestación de que el equilibrio financiero existente por la suma de \$208.661.007.2 fue porque las cantidades de obras pactadas en el contrato 091/2000, tuvieron una variación de precios en el mercado, y estas afectan en forma considerable el equilibrio financiero del contrato 091/2000.

Ahora bien, si lo que existe son mayores cantidades de obras adicionales efectuadas por el contratista, le corresponde al perito decir si efectivamente estas obras no están contempladas en el contrato que se demanda, su monto y si estas fueron autorizadas o no por la entidad contratante. (...)

3.19.2. Mediante auto del 18 de noviembre de 2005, el a quo accedió a la solicitud de aclaración y complementación del dictamen pericial, para que el auxiliar de la justicia rindiera concepto respecto a: *“sí el desequilibrio económico del accionante obedece a las obras adicionales efectuadas por el contratista con o sin autorización de la entidad contratante, o si se produjo como consecuencia de la variación de precios de los ítems y cantidades de obras establecidas dentro del contrato No. 091/2000.”* (f. 136 c.ppal)

3.19.3. El auxiliar de la justicia respondió la solicitud de aclaración y complementación, en los siguientes términos:

Son dos las dudas o interrogantes que inquietan al petente:

1. *¿Sí el desequilibrio financiero existente por valor de \$208.661.007.18 lo fue porque las cantidades de obras pactadas en el contrato 091/2000, tuvieron una variación de precios en el mercado y estas afectan en forma considerable el equilibrio financiero de dicho contrato?*

2. *¿Sí lo que existe son mayores cantidades de obras adicionales efectuadas por el contratista, le corresponde al perito decir sí, efectivamente, estas obras no están contempladas en el contrato que se demanda, indicando su monto y explicando sí estas fueron o no autorizadas por la entidad contratante?*

Para responder al primero de los interrogantes planteados, sólo basta con leer la demanda y sus anexos, así como el dictamen rendido por el suscrito, puesto que ni en la una ni en el otro, se ha sustentado el desequilibrio económico financiero del contrato en la variación de precios en el mercado, que es una de las modalidades en las que se aplica este principio de la contratación estatal, sino que las causas de dicho desequilibrio, ocurrido durante la ejecución del referido contrato, lo fueron las mencionadas en la demanda, cuyas pruebas obran en el libro de bitácora y las peticiones del contratista, tales como desinstalación e instalación de tuberías de acueducto y alcantarillado pluvial y de aguas servidas, suministro e instalación de accesorios para las mismas, deshincada e hincada de postes eléctricos, hallazgo de terrenos totalmente deslenable (sic), sobre acarreo de material sobrante de excavaciones por estrechez de las calles, etc.; circunstancias estas surgidas durante la ejecución del contrato, que implicaron mayores costos para el contratista, puesto que no estaban incluidas en las cantidades de obras del contrato, las cuales fueron autorizadas por la interventoría contratada de la obra, tal como puede constarse en el libro de bitácora. En conclusión, no se trata de revisión o reajuste de precios, sino de cantidades de obras adicionales que surgieron durante la ejecución del contrato, las cuales no fueron previstas por la entidad contratante por falta de estudios de suelo previos a la licitación y al contrato.

Respecto del segundo de los interrogantes, el mismo encuentra respuesta en la anterior, pues como quedó dicho, se trató de cantidades de obras adicionales que surgieron durante la ejecución del contrato, las cuales no fueron previstas por la entidad contratante por falta de estudios de suelo previos a la licitación y al contrato, pero que eran esencialmente necesarias para garantizar la ejecución del contrato, por lo que resulta obvio que no estuvieran contempladas en el contrato de marras. En cuanto al monto de estas cantidades de obras adicionales efectuadas por el contratista, el mismo fue indicado detalladamente en la demanda y sus anexos, por valor de \$208.661.007.18, valor éste tomado en el dictamen para determinar los intereses moratorios conforme a las normas legales. Resulta indudable que las cantidades de obras adicionales ejecutadas por el contratista fueron autorizadas expresamente por la entidad contratante, representada por la interventoría contratada, puesto que para llegar a tal conclusión sólo basta leer las anotaciones que constan en el libro de bitácora, con el visto bueno del interventor. (...) (f. 137 a 139 c.ppal).

3.20. De los hechos probados es posible colegir que el Departamento de La Guajira y la sociedad Ingeniería y Construcciones Garantivá I.C.G. Ltda., celebraron contrato de obra para la ampliación de las redes de alcantarillado sanitario del municipio de Riohacha, en lo que concierne a la instalación del colector principal de los distritos sanitarios No. III A y V., por un valor inicial de cuatrocientos cuatro millones cuatrocientos treinta y siete mil trescientos cuarenta y siete pesos con ochenta y un centavos, y un plazo de cinco meses contados a partir del acta de inicio.

Durante la ejecución contractual la sociedad contratista formuló solicitudes de reconocimiento y pago de obras adicionales no contempladas en los precios unitarios acordados, que en su concepto configuran desequilibrio en la ecuación del contrato.

Así mismo se acredita que las partes suscribieron de común acuerdo contrato adicional No. 001 de 2001, en cuyo objeto el contratista se comprometió a ejecutar mayores cantidades de obra para la ejecución del contrato principal, por un valor de cuarenta y cinco millones ciento sesenta y tres mil quinientos ochenta y un pesos con siete centavos, en un plazo total del contrato de obra de siete meses. A su vez, las partes convinieron acta No. 003 de precios unitarios no previstos, en la que se incluyeron actividades que no habían sido contempladas en el objeto inicial.

Ante las solicitudes presentadas por el contratista, el interventor del contrato de obra conceptuó de manera desfavorable frente al reconocimiento de obras adicionales distintas a las contenidas en el contrato adicional 01. En consecuencia, el Departamento de La Guajira negó el reconocimiento de actividades adicionales por excavaciones y relleno ejecutados por fuera de los límites mostrados en los planos o los indicados por la interventoría, solicitadas por el contratista, con fundamento en el concepto de la interventoría y el contenido de los pliegos de condiciones.

El 5 de agosto de 2001 se suscribió acta No. 010 de recibo final de obra (f.61 a 70 c. ppal). El 2 de julio de 2003, las partes suscribieron acta No. 011 de liquidación de obras, en donde el contratista manifestó no estar de acuerdo con la liquidación, *“porque en ella no se han reconocido la solicitud del pago de varias obras ejecutadas y el restablecimiento del Equilibrio económico del contrato”* (f. 71 a 76 c. ppal).

4. DEL ASUNTO EN CONCRETO

La parte demandante pretende se declare el rompimiento de la ecuación económica del contrato de obra celebrado entre el Departamento de La Guajira y la sociedad Ingeniería y Construcciones Garantivá I.C.G. Ltda., al haber sobrevenido circunstancias o hechos imprevistos que implicaron mayores costos para el contratista, por la ejecución de actividades que no fueron contempladas en el contrato.

A su vez, el Departamento de La Guajira manifestó su oposición a las pretensiones al señalar que las obras adicionales objeto de reclamación no fueron previamente autorizadas por el interventor o funcionario competente del Departamento y sin disponibilidad presupuestal previa para asumir el compromiso.

Es preciso resaltar que tanto la parte demandante como la entidad demandada coinciden en indicar que la controversia suscitada gira en torno a la pretensión de reconocimiento y pago de obras o actividades adicionales no contempladas en el objeto contractual, que para la sociedad actora generaron mayores costos hasta el punto de alterar las condiciones pactadas en el contrato de obra generando un desequilibrio económico.

El contratista justificó su solicitud en el mayor volumen de excavación realizado en la obra en relación con el pactado, el transporte local de los volúmenes excavados debido a la imposibilidad de depositarlos en las calzadas, la desinstalación de tuberías de acueducto para instalar la tubería de alcantarillado,

desenterrar postes eléctricos para evitar un accidente eléctrico y desinstalar la tubería de alcantarillado pluvial para instalar la tubería de alcantarillado sanitario.

El procedimiento para el reconocimiento de obras adicionales acordado por las partes durante la ejecución contractual

Impera distinguir lo que esta Corporación ha definido como obras adicionales, para resolver la controversia en el presente evento. Las obras adicionales se consideran obras distintas de las inicialmente previstas en el objeto contractual, o ítems no previstos pero cuya ejecución se torna necesaria para cumplirlo a cabalidad, en tal sentido su reconocimiento implica variación del contrato¹³.

En armonía con esta noción, su reconocimiento a través de la acción de controversias contractuales, implica que la entidad contratante las haya autorizado y se consagren en el contrato a través de modificación de mutuo acuerdo o de manera unilateral, y no obedezcan a la iniciativa del contratista de realizarlas sin consentimiento de la entidad¹⁴.

Descendiendo al caso concreto, se encuentra acreditado que en la cláusula vigésima segunda del contrato las partes contemplaron la posibilidad de hacer modificaciones en las obras que debía realizar el contratista, contenidas en los planos o en las especificaciones, sin embargo distinguió entre aquellas modificaciones que afectarían el plazo y el precio del contrato y las que no produjeran alteración.

Cuando las modificaciones afectarían plazo y precio del contrato, estas variaciones deberían acordarse previamente entre el Departamento y el contratista, para obtener autorización de la entidad demandada. Una vez se impartiera autorización correspondía suscribir un acta en la que constaran las variaciones y su aprobación correspondiente.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2002, exp.22178, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2012, exp. 16371, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Si tales variaciones surgieran a iniciativa del contratista procedía someter la propuesta junto con los estudios correspondientes a la Interventoría y ésta a su vez debía presentarla a consideración del Departamento de La Guajira junto con la justificación de estas variaciones. En el evento de aprobarse tendrían que constar en acta donde se detallaran las variaciones con el beneplácito de la entidad contratante y en el caso de no aprobarse el contratista debía sujetarse a los planos y a las especificaciones acordadas originalmente.

Evidencia la Sala que el contratista no acredita haber agotado el procedimiento acordado en el contrato para el reconocimiento de mayores costos por obras adicionales, que le imponía abstenerse de adelantar actividades no previstas en el contrato hasta obtener concepto favorable de la interventoría y autorización de la entidad contratante elevada a escrito mediante acta en la que se incluyeron los nuevos ítems y los precios unitarios por cada actividad, tal como sucedió en el acta no. 3 de precios no previstos, suscrita el 22 de noviembre de 2000.

Se reprocha entonces que pese al conocimiento de las condiciones pactadas haya continuado con el desarrollo de actividades no previstas en el objeto contractual, sin la autorización de la entidad demandante, en los términos contemplados para el desarrollo de la relación negocial.

Señala el demandante que el desarrollo de las actividades adicionales contaba con la aprobación del interventor del contrato, lo cual se demuestra con la bitácora diaria de labores desarrolladas por el contratista cuyo reporte se adelantaba conjuntamente entre la sociedad Ingeniería y Construcciones Garantivá I.C.G. Ltda., y el interventor (Documento anexo a la demanda f. 1 a 114 entre fl. 108 a 110 c. ppal.)

El documento referido no tiene el carácter que pretende atribuirle el actor, toda vez que no se especifican las actividades que cataloga como adicionales ni distingue las que afectarían el plazo y el precio del contrato de aquellas que no

producen alteración, y en tanto el contratista no solicitó de las mencionadas en el documento, expresa autorización de la entidad contratante para su realización bajo el procedimiento acordado en el contrato, se entiende que no generan modificación de las condiciones inicialmente pactadas.

Aunado a lo anterior, el contrato facultó al Interventor para la supervisión y toma de decisiones necesarias para el cumplimiento correcto y oportuno del contrato. A su vez le encomendó el control técnico, administrativo y financiero del contrato, y con tal propósito dispuso que las órdenes e instrucciones impartidas por el interventor al contratista serían de forzosa aceptación en todo lo referente a las cláusulas establecidas en el contrato (cláusula sexta contrato 91 de 2000).

En este contexto, el interventor estaba facultado para vigilar el cumplimiento del contrato en los aspectos allí estipulados, por lo que carecía de competencia para avalar modificaciones al objeto contractual. Muestra de ello, es que ante la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato invocada por el contratista, se acredita que el interventor emitió concepto desfavorable mediante comunicación del 6 de julio de 2001, en donde señaló:

Con relación a su oficio del 21 de junio del año en curso, me permito informarle lo siguiente:

Esta interventoría no ha autorizado ningún tipo de obra adicional a excepción de las contenidas en el contrato adicional No. 01 al contrato de obra No. 091 del 2000.

En referencia a las solicitudes realizadas por el contratista me permito transcribirle el contenido en el Pliego de condiciones, documento que hace parte integral del contrato.

1. Sección II numeral 8.3. "PRECIO DE LA PROPUESTA"

Los precios ofrecidos por el proponente no estarán sujetos a reajustes durante el periodo de ejecución del contrato.

En la preparación de las propuestas, el proponente deberá incluir en sus precios todos los impuestos, derechos y otros cargos que se le causaren por concepto de la ejecución del contrato, los cuales se entenderán incluidos en el precio total de la propuesta.

2. Sección VI numeral 6 "REAJUSTES"

Los precios pagaderos al contratista con arreglo al contrato no estarán sujetos a ajustes dentro del cumplimiento del mismo.

Anexo técnico numeral 6 "EXCEPCIÓN DE PAGO"

No habrá medida ni pago por separado por la realización de las siguientes actividades:

- *Excavaciones y rellenos ejecutados por fuera de los límites mostrados en los planos, o los indicados por la interventoría, que sean llevados a cabo por el contratista intencional o accidentalmente, o para facilitar la ejecución de los trabajos.*

- *Los derrumbes que se presenten en la obra, cualquiera que sea su motivo.*
- *El corte de las raíces que se presenten en las excavaciones requeridas para la obra.*
- *El control de las aguas potables, negras o sub-superficiales que se presenten durante la ejecución.*
- *El cargue, transporte, descargue y disposición de los materiales excavados en la obra hasta los botaderos autorizados.*
- *Los daños ocasionados por lluvias, cualquiera que sea su magnitud.*
- *Los demás trabajos que deba ejecutar el contratista y que no son objeto de ítems separados de pago.*
- *La totalidad de licencias, permisos, impuestos, tasas, sobretasas y contribuciones de cualquier orden.*

Es de anotar que el ancho de las excavaciones programadas para la ejecución de las obras, fue contemplado en el pliego de condiciones y que el contratista no utilizó en obra los tablestacados previstos para la construcción de este tipo de obras.

Por lo anteriormente expuesto, esta Interventoría conceptúa que las mayores cantidades de obra que el contratista argumenta, se debieron a la falta de previsión por parte del contratista en la ejecución de los trabajos.

Por último deseo recordarle, que las mayores cantidades de obra que se realicen en la ejecución de un contrato, deben ser autorizadas por la entidad contratante, previo visto bueno de la interventoría antes de su ejecución, situación que no se dio en la presente ejecución del contrato de obra civil en referencia (f. 46-47 cuaderno de pruebas).

En consecuencia, encuentra la Sala la falta de acreditación de acuerdo entre el contratista y la entidad demandada, bajo las condiciones estipuladas en el contrato, para la ejecución de obras distintas a las pactadas en el contrato principal y el contrato adicional, tampoco se demuestra que el Departamento de La Guajira haya recibido obras adicionales. *Contrario sensu*, existen elementos de convicción que indican que las obras adicionales presuntamente realizadas no fueron conocidas ni autorizadas por la entidad contratante y obedecieron a la falta de previsión por parte del contratista en la ejecución de los trabajos, a su vez, no se acredita que las mismas obedezcan a la omisión que el demandante endilgó al Departamento relacionada con la ausencia de estudio de suelos, en la medida en que nunca fue alegada esta causa como determinante en la realización de las actividades reclamadas.

Además, corresponde desestimar el dictamen pericial aportado a la actuación para acreditar la existencia de obras adicionales susceptibles de reconocimiento y pago al demandante en tanto carece de fundamentación, como pasará a explicarse.

Los peritos ingenieros que conceptuaron en este asunto, determinaron que las obras ejecutadas y no pagadas al contratista ascendían a la suma de \$208.661.007.2, cuyo valor actualizado y reconocidos intereses moratorios sobre esta suma ascendía a \$457'005.140,43; sin embargo no establecieron en términos técnicos, porque se catalogaron esas actividades como obras adicionales distintas a las pactadas contractualmente y la razón para que las mismas se valoraran de esta forma.

Ante el requerimiento de aclaración y complementación efectuado por el *a quo*, para que se precisara si el desequilibrio reclamado obedeció a la realización de obras adicionales o a una variación de precios en el mercado, los auxiliares de la justicia en forma escueta indicaron que bastaba con hacer una lectura de la demanda y las pruebas aportadas para concluir que obedecía a obras adicionales.

Al respecto, corresponde indicar que la demanda no puede ser fundamento del dictamen pericial rendido, con mayor razón, si las pretensiones de la demanda fueron limitadas atendiendo las salvedades manifestadas en el acta liquidación bilateral, como se analizó al estudiar la aptitud de la acción de controversias contractuales. Así las cosas, careciendo de sustento la totalidad del monto reclamado por el demandante por concepto de obras adicionales debido a su exceso en relación con las salvedades, resulta improcedente otorgarle valor a las conclusiones del dictamen que coinciden en señalar esta suma como base de reconocimiento y pago.

A su vez, en respuesta al interrogante referido a la identificación de las obras adicionales no contempladas en el contrato, su monto y si existía autorización para su realización por parte de la entidad contratante, los auxiliares de la justicia refirieron que el reclamo pecuniario obedeció a *"cantidades de obras adicionales que surgieron durante la ejecución del contrato, las cuales no fueron previstas por la entidad contratante por falta de estudios de suelo previos a la licitación y al contrato, pero que eran esencialmente necesarias para garantizar la ejecución del contrato, por lo que resulta obvio que no estuvieran contempladas en el contrato de marras. En cuanto*

al monto de estas cantidades de obras adicionales efectuadas por el contratista, el mismo fue indicado detalladamente en la demanda y sus anexos, por valor de \$208.661.007.18, valor éste tomado en el dictamen para determinar los intereses moratorios conforme a las normas legales. Resulta indudable que las cantidades de obras adicionales ejecutadas por el contratista fueron autorizadas expresamente por la entidad contratante, representada por la interventoría contratada, puesto que para llegar a tal conclusión sólo basta leer las anotaciones que constan en el libro de bitácora, con el visto bueno del interventor. (f. 137 a 139 c.ppal).

Encuentra la Sala que el dictamen pericial carece de soporte, toda vez que no aporta elementos técnicos que permitan concluir la existencia de las obras adicionales valoradas, en oposición el concepto se sustenta en afirmaciones que colindan con asuntos de derecho frente a los que no le es dable al perito pronunciarse¹⁵.

Por lo expuesto, ante la falta de acreditación de la existencia de obras adicionales en los términos pactados por el contrato y de los perjuicios económicos alegados, corresponde negar las pretensiones de la demanda y en tal sentido se revocará la sentencia apelada.

5. Por último, no hay lugar a condena en costas, en tanto se echa de menos lo exigido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, es decir que exista una conducta temeraria de las partes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹⁵ Al tenor del artículo 233 del Código de Procedimiento Civil la peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

FALLA

REVOCAR la sentencia del tres (3) de octubre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira y en su lugar se dispone,

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: SIN COSTAS, toda vez que no están probadas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Sala

MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada (E)

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada (E)