



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 080012333000201300105 01 (51526)
Actor: CONSORCIO GAPA 2010
Demandado: MUNICIPIO DE GALAPA
Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL (Ley 1437 de 2011)

Temas: FUERZA VINCULANTE DFI ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL – debe suscribirse por la contratante / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO EN EL ESCENARIO DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS – Mayor permanencia en obra y mayores cantidades de obra.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo Atlántico el quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014), mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

"SEGUNDO: Sin condena en costas (Art. 188 Ley 1437 de 2011).

"TERCERO: Reconócese personería al doctor Carlos Alberto Martínez Fernández, como apoderado judicial del municipio de Galapa, en los términos y con las facultades del poder conferido".

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el dieciocho (18) de enero de dos mil trece (2013), por el consorcio Gapa 2010, en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 141 del Código de Procedimiento



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), contra el municipio de Galapa con el fin de que: i) se declarara que el ente territorial demandado adeudaba a la demandante la suma de \$74'014.835 por mayores cantidades de obra ejecutada y ii) y la suma de \$560'286.379 correspondiente a costos administrativos derivados de la mayor permanencia en obra.

Así mismo, solicitó que se condenara a la entidad al pago de los intereses moratorios como consecuencia de la falta de pago oportuno de los citados conceptos.

2. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. Luego de agotar las etapas previstas en la Invitación Pública No. LP 01-2010, el 15 de marzo de 2010, el municipio de Galapa y el consorcio Gapa 2010 celebraron el Contrato de Obra No. 01, con el objeto de realizar, por el sistema de precios unitarios, la construcción en concreto rígido de la vía de acceso al barrio Los Carruajes del municipio de Galapa, de conformidad con las especificaciones técnicas previstas en los pliegos de condiciones que sirvieron de base al procedimiento de selección. El valor del contrato se pactó en la suma de \$2.442'848.616 y el plazo de ejecución se acordó en 4 meses.

2.2. El 26 de abril de 2010 las partes suscribieron el acta de inicio de obra.

2.3. En la demanda se sostuvo que debido al tipo de suelo, como a la falla geológica en constante evolución, las obras no pudieron ejecutarse en el trazado previsto, sino en el costado lateral izquierdo de la vía existente, para evitar el colapso, circunstancia que condujo al cambio de los diseños iniciales.

2.4. Según manifestó el actor, durante la ejecución contractual se presentó una ola invernal imprevista que afectó la ejecución de actividades dentro del término contemplado. Esta situación, aunada con la anterior, originó una mayor



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado: Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

permanencia y aumentó los costos de construcción por causas ajenas a la voluntad del contratista.

2.5. El 4 de mayo de 2011, las partes elevaron el acta de liquidación del Contrato No. 01 de 2010, en la que se dejó constancia de los siguientes valores a pagar en favor del contratista.

- \$74'014.835 por mayores cantidades de obra.
- \$560'286.379 por mayor permanencia en obra.

2.6. El municipio de Galapa no se ha allanado al cumplimiento de los compromisos económicos derivados del acta de liquidación bilateral.

3. Actuación procesal

3.1. Por auto de 17 de julio de 2013, el Tribunal Administrativo de Atlántico admitió la demanda y ordenó la notificación de la misma al municipio de Galapa¹.

3.2. Contestación de la demanda

A pesar de que la entidad demandada fue debidamente notificada del libelo introductor, el municipio de Galapa no ejerció su derecho de contradicción.

3.3. Audiencia inicial

El 26 de marzo de 2014 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. En desarrollo de la etapa de saneamiento se advirtió que no existía causal de nulidad alguna que invalidara lo actuado. Concedido el uso de la palabra, las partes ratificaron la inexistencia de irregularidades en el trámite procesal.

¹ Folio 44, cuaderno 1.



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado: Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

Seguidamente, ante la asuencia de excepciones por resolver, la primera instancia procedió a la fijación del litigio.

Para ese propósito refirió que la comprensión que debía brindarse a la pretensión formulada en la demanda, consistente en declarar que el municipio adeudaba al contratista valores por mayores cantidades de obra y por costos de mayor permanencia, se equiparaba a una verdadera declaratoria de incumplimiento contractual. En ese sentido, estimó que el conflicto se circunscribía a resolver el incumplimiento del municipio de Galapa, en cuanto se refería al reconocimiento de los valores consignados en el acta de liquidación bilateral.

A continuación, se tuvieron como pruebas todos los documentos aportados por la parte demandante y se requirió a la demandada para que allegara al proceso el expediente contentivo de los antecedentes administrativos del Contrato No. 01 de 2010.

Al finalizar la audiencia, el a quo corrió traslado a las partes por el término común de diez (10) días para que presentaran sus alegaciones y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

4. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda, con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones:

En primer lugar, el a quo verificó la capacidad procesal del consorcio demandante a la luz de la sentencia de unificación que sobre la materia dictó esta Corporación.

Luego de enunciar las pruebas obrantes en el plenario, la primera instancia se pronunció en torno al instituto del equilibrio económico del contrato y a la naturaleza del acta de liquidación bilateral de los contratos.



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

Descendiendo al caso concreto, advirtió que en el acta de liquidación bilateral del contrato se dejó sentada la existencia de obligaciones a cargo del municipio demandado y en favor del contratista; concretamente, se consignó que la Alcaldía habría de reconocerle los costos administrativos por concepto de mayor permanencia en obra, por desequilibrio económico en cuantía de \$560'286.379,80 correspondiente a seis meses.

Con todo, halló que el ente municipal no elevó manifestación alguna respecto de los \$74'014.835 adeudados al contratista, según la demanda, por mayores cantidades de obra.

Puesto de presente el panorama, el operador de primer grado consideró que no resultaba viable, a través del medio de control de controversias contractuales, reclamar el valor efectivamente reconocido por el municipio en el acta de liquidación, en atención a que su pago podría ser exigido por el contratista mediante la formulación de un medio de control distinto.

En lo concerniente al concepto de mayores cantidades de obra, cuyo reconocimiento se pretendió en cuantía de \$74'014.835, el Tribunal señaló que no se encontraba acreditado que se hubieran ejecutado las mayores cantidades de obra a pesar de haberse descrito esa suma en el acta de liquidación final del contrato.

Por lo anterior, concluyó que el actor desatendió la carga probatoria que le asistía.

5. El recurso de apelación

El consorcio demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Como argumento de la alzada, expuso que la providencia partió de una errada apreciación de las normas y de la jurisprudencia que le sirvió de apoyo a su decisión.



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

Señaló que en el acta de liquidación bilateral las partes identificaron con claridad el contrato, los contratantes, el precio, las actas pendientes de pago y el plazo para el efecto, a tal punto que lo reclamado por esta vía era que se cumplieran los compromisos allí adquiridos por el municipio.

Añadió que, al tenor de lo regulado por Ley 1437 de 2011, el medio de control de controversias contractuales se erigía como el mecanismo idóneo para perseguir la declaratoria de incumplimiento del acuerdo depositado por las partes en el acta final, a lo que agregó que el mencionado medio de control se implementó además para que se hicieran otras declaraciones y condenas originadas en el contrato estatal.

En cuanto a las mayores cantidades de obra que, según el *a quo*, no debían reconocerse, debido a que su ejecución tuvo génesis en la voluntad del consorcio mas no en una circunstancia ajena, y, por contera, se desvirtuaba el desequilibrio económico alegado, el apelante manifestó que aceptar tal hipótesis comportaría un abierto desconocimiento al acuerdo vertido en el acta de liquidación, documento público en cuyo mérito se demostraba la existencia de la obligación reclamada.

Para el censor, el documento en referencia debía presumirse auténtico, como cierto el contenido allí inmerso. De ahí que, en su criterio, no le asistía la carga de demostrar las obras ejecutadas en tanto las mismas se hallaban soportadas en el acta de liquidación. Con todo, afirmó que la prueba de su ejecución y su autorización por parte del ente territorial, bien podía desprenderse de los demás documentos militantes en el plenario.

Por último, concluyó que con la ejecución de la obra se presentó una fractura de la ecuación económica del contrato por circunstancias que encajaban dentro de la teoría de la imprevisión, en razón a que los valores adeudados se derivaron de la ola invernal y de los problemas del terreno.



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

6. Actuación en segunda instancia

6.1. Mediante providencia del 1 de agosto de 2014, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

6.2. Por medio de auto del 12 de septiembre de 2014, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1) competencia del Consejo de Estado; 2) oportunidad para el ejercicio de la acción contractual; 3) legitimación en la causa; 4) análisis del recurso: 4.1) fuerza vinculante del contenido del acta de liquidación; 4.2) del desequilibrio económico del contrato en el marco de la distribución de riesgos; 4.3) de la mayor permanencia en obra por la prolongación del término de ejecución contractual; 4.4) del reconocimiento de las mayores cantidades de obra y 5) costas.**

1.- Competencia del Consejo de Estado

1.1.- Se tiene presente que el artículo 104² de la Ley 1437 expedida en 2011 (C.P.A.C.A.), vigente a partir de 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción

² "Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

"Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

"(...).



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en los contratos “*sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas*” e igualmente le corresponde conocer de los contratos “*cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado*”.

El vínculo obligacional en cuyo seno se generó la controversia planteada en el presente proceso fue el Contrato de Obra No. 01 de 2010, celebrado entre el municipio de Galapa y el consorcio Gapa 2010.

Así las cosas, se precisa que la parte demandada, municipio de Galapa, es un ente territorial y, en ese orden, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 489 de 1998³ ostenta la naturaleza de entidad pública. Por la razón advertida, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto.



“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.

³ Ley 489 de 1998. “Artículo 2º.- Ámbito de aplicación. La presente Ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.

“Parágrafo. - Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política.

“Artículo 14º.- Delegación entre entidades públicas. La delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativos del orden nacional efectuado en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria. Así mismo, en el correspondiente convenio podrá determinarse el funcionario de la entidad delegataria que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones delegadas.

Estos convenios estarán sujetos únicamente a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos.



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

1.2.- Con fundamento en el numeral 5 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 y teniendo en cuenta que el valor de la pretensión mayor⁴ resulta superior al monto equivalente a 500 salarios mínimos legales vigentes⁵ a la fecha de presentación de la demanda, se concluye que el proceso tiene vocación de doble instancia.

2.- Oportunidad para el ejercicio de la acción contractual

En orden a analizar este presupuesto, resulta indispensable poner de presente que el Contrato de Obra No. 01 de 2010, sobre el cual recae la atención de la Sala, fue liquidado bilateralmente a través de acta suscrita el 4 de mayo de 2011⁶.

En secuencia con lo anterior, es de capital importancia realizar una breve precisión sobre el tránsito de legislación, teniendo en cuenta que en el presente caso el término fijado para la caducidad de la acción, según se observa, comenzó a correr en vigencia del Código Contencioso Administrativo, mayo de 2011, lo que de suyo conduce a sostener que ese presupuesto se ha de regir por las disposiciones que estaban vigentes a esa fecha en materia de caducidad de la acción, esto es, el artículo 136 del referido estatuto⁷.

Lo dicho aplica aunque la demanda se hubiera presentado cuando ya se encontraba en vigor la Ley 1437 de 2001, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) y el proceso se rija por las normas de este último código⁸.

⁴ \$560'286.379, folio 3 del cuaderno 1.

⁵ \$589.500, con fundamento en el salario mínimo legal vigente de 2013 (\$589.500 X 500 = \$294'750.000).

⁶ Fls. 27-28 C1.

⁷ Ley 153 de 1887. "Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

⁸ "Artículo 308. C.P.A.C.A. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

No obstante, se hace notar que la regla de la caducidad de la acción –hoy aplicable a las pretensiones del medio de control contractual- no cambió en forma importante, por virtud del nuevo Código. En efecto, el C.P.A.C.A siguió la regla de los dos años para establecer la caducidad, con la precisión de que corre a partir del término de ejecución del contrato⁹.

Además, se identificó que el plazo para la liquidación unilateral del contrato comienza a correr *al día siguiente* del vencimiento del plazo para realizar la liquidación bilateral, redacción con la cual se afianzó que el cómputo del plazo de liquidación unilateral se desplaza en un día respecto de la fecha en que, para algunos, comenzaba a correr bajo la redacción del antiguo cuerpo normativo (C.C.A.).

Aclarado lo anterior, con sujeción a las reglas de oportunidad del C.C.A., se precisa que la fecha inicial del cómputo de caducidad corresponde al 4 de mayo de 2011, día en el cual se firmó el acta de liquidación bilateral. De ahí que, en principio, los dos años de caducidad de la acción habrían de cumplirse el primer día hábil siguiente al 4 de mayo de 2013 -por cuanto ese día fue sábado-, es decir, el 6 de mayo de 2013.

Corolario de lo plasmado, al haberse presentado la demanda el 18 de enero de 2013, se concluye que su interposición fue oportuna.

3.- Legitimación en la causa

"Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

"Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior".

⁹ Con anterioridad se podía interpretar de la misma forma, con base en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, lo cual se corroboró con la precisión introducida por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.



156

Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa al consorcio Gapa 2010, que actuó a través de su representante Jorge Mariano Martínez Suárez, para integrar el extremo demandante, en su condición de contratista dentro del negocio jurídico No. 01 de 2010, escenario en el que se produjo el supuesto incumplimiento o ruptura del equilibrio económico generado por la ausencia de reconocimiento de las mayores cantidades de obra y de los perjuicios derivados por la mayor permanencia en obra.

En cuanto a la parte accionada, la Sala estima legitimado en la causa por pasiva al municipio de Galapa, dada su condición de entidad contratante del negocio jurídico génesis de la reclamación.

4-. Análisis del recurso

Se someten a consideración de la Sala aspectos concernientes a la falta de pago de los valores adeudados por el municipio al contratista demandante por concepto de mayores cantidades de obra y costos de la mayor permanencia en obra, los cuales, según se refiere, fueron expresamente reconocidos en el acta de liquidación bilateral del Contrato No. 010.

La primera instancia estructuró su negativa, por un lado, en el hecho de que la reclamación de los valores consignados por mayor permanencia en obra en el acta de liquidación bilateral correspondía ventilarse a través de un medio de control distinto y, de otra parte, en que las mayores cantidades de obra deprecadas no habían sido materia de comprobación.

La apelación se basó, concretamente, en reiterar la fuerza vinculante de que goza el acta de liquidación frente a los reconocimientos contenidos en su texto y en el incumplimiento en que incurrió la demandada al no pagarlos. En ese sentido, reiteró la procedencia de su pago de cara al material probatorio que obra en el plenario, en virtud del cual se desprendía su causación.



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado: Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

En orden a resolver el objeto de la apelación y como quiera que lo se encuentra en debate, esencialmente, se centra en el contenido del acta de liquidación bilateral del Contrato No. 010 de 2010, la Sala estima necesario, *prima facie*, pronunciarse en relación con la fuerza vinculante de dicho documento.

4.1-. Fuerza vinculante del contenido del acta de liquidación

En reiteradas providencias emanadas de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha considerado¹⁰ que en aquellos casos en los cuales el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en que se plasma dicho acto contiene un consenso acerca de los datos y valores allí establecidos y podrá ser controvertido posteriormente: i) en los aspectos que hayan sido materia de salvedad expresa o ii) en aquellas partidas en relación con las cuales pueda probarse un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo).

El contenido del acta de liquidación bilateral del contrato reviste obligatoriedad para las partes y no puede ser desestimado en los estrados judiciales, toda vez que con ella se desarrolla la obligación legal de establecer el finiquito de la cuenta contractual, de conformidad con el contenido del artículo 60 de la Ley 80 de 1993,

¹⁰ "La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe a quién y cuánto. Como es lógico se trata de un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad. La jurisprudencia de la Sección Tercera reiteradamente ha sostenido y así lo confirma ahora, que una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral no puede ser enjuiciado por vía jurisdiccional, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), o alguna otra causal de nulidad que tienda a invalidarla". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 4 de diciembre de 2006, radicación número: 76001-23-31-000-1996-03097-01(16541), actor: Javier Alonso Quijano Alomía, demandado: Departamento del Valle, referencia: contractual - apelación sentencia.

En el mismo sentido se ha reiterado la jurisprudencia en diversas oportunidades, por ejemplo, en la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente (E): Hernán Andrade Rincón, sentencia de 27 de mayo de 2015, radicación: 540012331000200001661 01, expediente: 38695, actor: Consorcio Construcar, demandado: INPEC, referencia: contractual – apelación sentencia. En esta última sentencia se citó el recuento de los pronunciamientos anteriores en el mismo orden, así: "Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se citan las siguientes: Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992; exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208".



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado: Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

el cual se impone como regla general en los contratos de trato sucesivo cuando se rigen por el referido Estatuto.

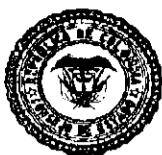
En consonancia con lo dicho, debe destacarse que en el inciso primero del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 existió norma expresa que sometió el acta de liquidación bilateral a acuerdo entre “*las partes*”, circunstancia considerada por la jurisprudencia como indicativa del requisito de la firma del representante legal de ambos extremos negociales, para determinar la obligatoriedad del acta y extraer de allí el efecto de la firma sin salvedades.

Dar cabida a una interpretación contraria a lo expuesto equivaldría a formular una posición que desconoce: i) la regla derivada del derecho romano, “*nemo auditur propriam turpidetudinem allegans*”, según la cual nadie puede alegar su propia culpa para fundar una pretensión; ii) la obligatoriedad de soportar los efectos de los actos propios, de conformidad con la cual “*venire contra factum proprium non valet*”, es decir, que a nadie le es lícito venir contra sus propios actos y iii) el principio de la buena fe o “*bona fides*” que debe imperar en las relaciones jurídicas y en el proceso judicial¹¹.

Acompasando lo dicho al *subexamine*, la Sala observa que en este proceso se acreditaron los documentos contentivos del acta de liquidación bilateral del contrato, **sin** la firma del Alcalde Municipal del Galapa, representante legal de la entidad contratante.

En el antedicho documento se observa que quien suscribió el acta en representación el municipio fue el Secretario de Planeación, Aquiles de Moya, respecto de quien, a pesar de indicarse en el contenido del acta que actuaba en

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia dc 11 de abril de 2012, radicación número: 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434), Actor: Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., demandado: Municipio de Chachagüí; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente (E): Hernán Andrade Rincón, sentencia de 27 de mayo de 2015, radicación: 540012331000200001661 01, expediente: 38695, actor: Consorcio Construcar, demandado: INPEC, referencia contractual – apelación sentencia.



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

representación de la alcaldía, no se hizo alusión alguna al hecho de que se encontrara expresamente delegado para tal efecto, como tampoco obra en el plenario el respectivo acto de delegación expedido por el funcionario competente que le hubiera permitido asumir la función de representar al municipio de Galapa en el acuerdo de voluntades propio de la liquidación bilateral del contrato, en cuyo texto, por demás, se registraron obligaciones económicas a cargo del ente territorial.

No deja de resultar extraño para la Sala que la totalidad de documentos tanto precontractuales como contractuales fue signado por el Alcalde Municipal, mientras que el único que no contuvo su rúbrica fue aquel en el que se ensambló el cruce final de cuentas y reconocimientos expresos a cargo del municipio y en favor del contratista.

Ciertamente, el Alcalde Municipal de Galapa, Regulo Pascual Matera García, fue quien, en su condición de representante legal del ente territorial, suscribió la Resolución¹² No. 052 del 29 de enero de 2010, por la cual se dio apertura al procedimiento de Licitación No. 01-2010, así como las correspondientes adendas¹³ al pliego de condiciones y expidió la Resolución No. 125 del 5 de marzo de 2010, por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública No. 01 de 2010 al Consorcio Gapa 2010¹⁴.

Lo mismo aconteció en la etapa contractual, durante la cual el Alcalde Municipal suscribió el Contrato No. 01 de 2010 y elevó el acta de entrega de la obra a la comunidad¹⁵.

En este sentido, resulta clara la imposibilidad de atribuir el efecto del acuerdo de voluntades al acta de liquidación del contrato exhibida en este proceso sin la firma del representante legal de la entidad contratante, toda vez que no provino de una

¹² Fl. 74-77 C1.

¹³ Fl. 133 C1.

¹⁴ Fl. 168-169 C1.

¹⁵ Fls. 23-26 C1.



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

parte contractual en la forma y términos en que ella ha debido ser representada, en tratándose del finiquito del estado financiero y económico del proyecto.

Se advierte, entonces, que ante la ausencia de firma del representante legal o del delegatario con funciones de representación de la entidad estatal contratante, no es viable para este caso aplicar la interpretación jurisprudencial consistente en la fuerza imperativa del acta de liquidación bilateral como claro reflejo de los actos propios, siendo necesario, en este caso, entrar a valorar la prueba de las discrepancias o inconformidades que el demandante expuso acerca de los reconocimientos económicos que en su favor se debían por concepto de mayor permanencia en obra y de mayores cantidades de obra ejecutada.

Como consecuencia, se reafirma que el acta liquidación del contrato solo se tiene como prueba de los hechos, en tanto acredita que se adelantó el trámite contractual de elaborar y aprobar dicha acta, pero no se deriva de ella la fuerza de un acuerdo de voluntades acerca de lo que cada parte adeuda a la otra con ocasión de la ejecución de la obra.

Así las cosas, la Sala abordará el estudio del asunto a la luz de las pruebas que obran en el plenario, con el fin de determinar la procedencia de los reconocimientos pretendidos en la demanda por concepto de mayor permanencia en obra y de mayores cantidades de obra, todo lo cual, según indica el libelista, produjo el desequilibrio económico del contrato por la ocurrencia de circunstancias imprevisibles que en este caso se concretaron en la ola invernal y en las fallas geológicas del terreno.

4.2.- Del desequilibrio económico del contrato en el marco de la distribución de riesgos

La Sala puntuiza la importancia de enfatizar que el marco normativo al cual se sujetó el Contrato No. 01 de 2010 correspondió al Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 de 1993, el cual, para la época de su celebración, ya había



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

sufrido la modificación normativa introducida por la Ley 1150 de 2007¹⁶, encargada de consagrarse el imperativo de identificar, asignar y cuantificar los riesgos del contrato desde la etapa precontractual.

Atemperándose a dicha normativa, la entidad contratante introdujo en el pliego de condiciones base de la licitación el aspecto relativo a dicha distribución, cuestión que torna imperioso en este punto realizar algunas precisiones en relación con la fractura de la ecuación económica, cuando quiera que la celebración del negocio ha sido precedida por la elaboración de la respectiva matriz de riesgos.

Sea lo primero advertir que durante la ejecución de todo negocio pueden sobrevenir circunstancias con vocación de impactarlo desde varios ángulos, al punto de entorpecer su cumplimiento en la forma y términos convenidos en la época de su celebración y hacerlo más oneroso.

La ocurrencia de dichas contingencias responde, en algunos casos, a situaciones atinentes al álea normal e inherente de su ejecución, aspecto que de suyo las convierte en previsibles- sobre todo desde la perspectiva del contratista por considerarse el experto y conocedor de la materia- y, en otros tantos, llegan a exceder la órbita de la normalidad y trascienden al terreno de lo extraordinario y de lo imprevisible.

De cara a esta certeza, la regulación normativa en materia de contratación estatal determinó la necesidad de implementar, como etapa obligatoria, la audiencia de distribución de riesgos, en desarrollo de la cual las entidades estatales tienen el

¹⁶ "ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva".



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

deber legal de elaborar con precisión la identificación, tipificación y asignación de riesgos, asunto sobre el cual no sobra subrayar que dicha actividad debe sujetarse a un criterio de justicia y equidad, al tiempo que corresponde ejercerse con apego a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado.

Incluso, desde antes de la expedición de la referida preceptiva, a la luz de los dictados de la Ley 80 de 1993, por vía de la interpretación a los alcances de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 24, se avizoraba que cualquier esquema de distribución de riesgos en el campo contractual del Estado debía contener previsiones y reglas justas, claras y objetivas que permitieran ofrecimientos de la misma índole. De igual forma, se habrían de definir con exactitud las condiciones de costo y calidad de los bienes necesarios para la ejecución del contrato, no se incluirían condiciones y exigencias de imposible cumplimiento y no se establecerían reglas que permitieran ofrecimientos de extensión ilimitada.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, tampoco resultaría ajustado a derecho atender a un sistema de distribución de riesgos cuya materialización se derivara directamente de la voluntad exclusiva de la entidad contratante y que tuviera la virtualidad de afectar la normal ejecución del contrato. Tal sería el caso de los supuestos de incumplimiento contractual o de la ocurrencia de circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato originadas en la actuación de la Administración contratante como se presentaría en los eventos del ejercicio del *ius variandi* o del hecho del principio.

Ahora bien, definidos como están los lineamientos y parámetros que debe consultar el diseño de la correspondiente matriz de riesgos llamados a regir la vía del contrato, se impone agregar que su elaboración necesariamente se halla vinculada de manera estrecha y casi que interdependiente a la estructuración del precio del acuerdo.

No puede pasarse por alto que el componente económico del contrato debe consultar la asunción previa del riesgo y naturalmente debe atender a su estimación, en tanto la finalidad de su asignación estriba en que quien lo asuma



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

incorpore en el precio ofrecido los rubros dirigidos a contener los efectos nocivos de su ocurrencia. De lo contrario, la distribución de riesgos constituiría un despropósito a la hora de afrontar una contingencia.

En orden a articular lo plasmado respecto de la distribución de riesgos con la figura del equilibrio económico¹⁸ del contrato, imperioso resulta advertir que la fractura de la ecuación financiera puede tener cabida en el escenario de un contrato con matriz de riesgos, cuando la concreción de la causa generadora de la misma desborde los límites de la asunción de quien lo padece.

Resulta que el desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente.

Por contera, si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada.

Puesto de presente el contexto de su aplicación y descendiendo al caso concreto, se evidencia que dentro del pliego de condiciones que gobernó la Licitación Pública No. 01-2010, adelantada por el municipio de Galapa para contratar la construcción en concreto rígido de la vía de acceso al barrio Los Carrujes de ese lugar, se introdujo el siguiente cuadro de estimación, tipificación y asignación de riesgos. (se transcribe textual).

¹⁸ Ello sin dejar de insistir en que existen circunstancias generadoras de desequilibrio económico del contrato que depende de la voluntad de la parte contratante como el ejercicio ius variandi y el hecho del principio que no son materia de distribución en cabeza del contratista por derivarse directamente del comportamiento exclusivo de la entidad.



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado: Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

Problemas climatológicos	
Teniendo en cuenta los datos de precipitación en Puerto Asis de acuerdo con las estadísticas manejadas por el IDEAM entre el 1971 y el año 2000 la Entidad asumirá los riesgos en este aspecto cuando las precipitaciones superen el comportamiento habitual de las lluvias así.	
Riesgo asumido por la entidad	<ul style="list-style-type: none"> Cuando en más del 40% de los días de ejecución del contrato se presenten precipitaciones de más de tres horas de duración que ocasionen retrasos.
Riesgo asumido por el contratista	<ul style="list-style-type: none"> El contratista asumirá las demoras y retrasos ocasionados por precipitaciones inferiores o iguales al 40% de los días de ejecución del contrato.
Condiciones imprevistas en el terreno	
Teniendo en cuenta que la entidad realizó los estudios previos para la ejecución del proyecto el riesgo de hallazgo de condiciones diferentes a las inicialmente previstas por la entidad en los terrenos de las obras se asignará de la siguiente manera:	
Riesgo asumido por la entidad	<ul style="list-style-type: none"> Cuando las condiciones imprevistas del terreno generen retrasos mayores al 10% del plazo de construcción del contrato.
Riesgo asumido por el contratista	<ul style="list-style-type: none"> Cuando las condiciones imprevistas del terreno generen retrasos menores al 10% el plazo de construcción del contrato.
Cambio no proyectado en precio de los insumos	
Teniendo en cuenta que la entidad realizó las proyecciones correspondientes de los diferentes precios de los insumos para la realización del proyecto, en caso de que los insumos de construcción del contrato varíen en rangos	



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

mayores a los proyectados por la entidad el riesgo se asignará de la siguiente manera:	
Riesgo asumido por la entidad	La entidad asumirá la actualización de los precios de los diferentes componentes del presupuesto, cuando el índice de precios de la construcción pesada ICCP suba en más del 10% con respecto a la proyección hecha por la entidad durante la realización del contrato.
Riesgo asumido por el contratista	Cuando el índice de precios de la construcción pesada suba en menos del 10%, durante la realización del contrato. La variación de precios será asumida por el contratista.

4.3.- De la mayor permanencia en obra por la prolongación del término de ejecución contractual

Habida cuenta de que uno de los conceptos en que se funda la reclamación alude a los sobrecostos derivados de la mayor permanencia en obra generada por la ampliación de plazo contractual producto de la fuerte ola invernal que azotó el lugar de las obras y por los cambios en los diseños como resultado de la inestabilidad de suelos y falla geológica, la Sala considera que su ocurrencia bien pudo encuadrarse eventualmente dentro de los riesgos tipificados como "problemas climatológicos" y "condiciones imprevistas en el terreno", respectivamente.

Atendiendo a la lógica expuesta, procede la Sala a resolver el punto de discrepancia con apoyo en las pruebas obrantes en el expediente.

Se encuentra acreditado en el plenario que el 15 de marzo de 2010, el municipio de Galapa y el consorcio Gapa 2010 celebraron el Contrato de Obra No. 01 de 2010, con el objeto de realizar "*la construcción en concreto rígido de la vía de acceso al barrio los Carruajes del municipio de Galapa*". La modalidad de pago, de conformidad con lo plasmado en el pliego de condiciones de la Licitación LP-



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

01-2010, correspondió al sistema de precios unitarios fijos¹⁹. El plazo se convino en cuatro meses y el precio se acordó en cuantía de \$2.442'848.616.

Según se desprende del contenido del acta de recibo final²⁰, el devenir del plazo de ejecución fue el siguiente:

El 25 de abril de 2010 se dio inicio a las actividades objeto del Contrato No. 01. Posteriormente, el 9 de agosto de ese mismo año el Contrato fue suspendido hasta el 8 de noviembre de 2010, fecha en que se reinició su ejecución. Su plazo culminó el 22 de noviembre de esa anualidad. Finalmente, el acta de recibo final de obra se elevó el 28 de abril de 2011.

Obran en el expediente las anotaciones en la bitácora de obra que se plasmaron en el período comprendido entre el 26 de abril de 2010 al 12 de julio de la misma anualidad y de cuyo contenido legible se destaca lo siguiente:

A finales de abril se llevaron a cabo labores de socialización del proyecto con la comunidad y el análisis de las actas de vecindad del área de la obra.

En la primera semana de mayo se adecuaron las instalaciones destinadas al campamento y se solicitaron a la Alcaldía los estudios topográficos y de suelos, los cuales fueron aportados por la contratante. Se inició la localización de referencias topográficas en la vía existente, se realizó excavación manual para identificar las redes de acueducto y gas, actividad que continuó en la semana siguiente.

En la segunda semana de mayo se efectuó la limpieza y desmonte manual de la zona de la vía y levantamiento topográfico del entorno para realizar las actas de vecindad.

¹⁹ Fl. 51 C1 de Pruebas.

²⁰ Fl. 29 C1.



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado: Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

El 16 de mayo, se dejó constancia de que era necesaria una información técnica adicional para el desarrollo del proyecto consistente “*en coordenadas topográficas y las cotas de referencia*”, por lo que se solicitaron dichos datos a la entidad. Al día siguiente, las partes se desplazaron a la gobernación del Atlántico en búsqueda de los datos técnicos topográficos de la zona.

Luego, se llevó a cabo un chequeo topográfico en el sitio del proyecto con la información de la cartera topográfica suministrada por la gobernación para ver si correspondía al levantamiento realizado.

El 24 de mayo de 2010, se celebró una reunión entre las partes, en la que se trató el asunto relativo a las inconsistencias halladas en el terreno del proyecto, concernientes a la topografía. En el encuentro dejaron constancia de que no existían referencias topográficas en el sitio de la obra para la localización y replanteo del diseño geométrico de la vía. Los asistentes convinieron realizar un nuevo levantamiento topográfico para rediseñar el trazado de la vía.

En la última semana de mayo, se llevó a cabo el levantamiento topográfico en la zona del proyecto y los apiques para el sondeo de la red de tubería de gas natural. Se colocaron las señales preventivas de la obra.

El 29 de mayo, el contratista terminó el levantamiento topográfico.

El 2 de junio de 2010²¹, la firma interventora informó a la entidad que, a pesar de haber solicitado al contratista que brindara las explicaciones pertinentes acerca del retraso de las obras, no se habían atendido los requerimientos ni justificado las razones de su incumplimiento.

En la primera semana de junio se continuó con la socialización del proyecto, la colocación de señales preventivas y se recibieron los planos de topografía; se concertó con la interventoría el inicio de actividades en el sector del colegio María

²¹ Fl. 96-97 C2.



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

Auxiliadora hasta el ramal de la Y; se inició el trazado de la vía del tramo a intervenir con la comisión topográfica. El 11 de junio se anotó “*recibido el trazado de parte de la comisión topográfica, en espera de la maquinaria por llegar*”.

Igualmente, se consignó que existió tardanza en la llegada de la maquinaria por motivos de restricción de tráfico pesado. Finalmente, llegó el 15 de junio.

El resto del mes, se inició el corte y retiro de material, se avistaron redes de agua y gas, se avanzó con la colocación de cerramiento con poli sombra de la zona intervenida en varios tramos y se realizó limpieza manual.

Al inicio de julio, continuaron con las labores de corte y retiro de material, limpieza manual de la vía, cerramiento con poli sombra del área intervenida, recuperación y mejoramiento del acceso en la vía existente. Se solicitó a la entidad que tramitara el retiro de tres postes que interferían en el tramo a intervenir. El 8 de julio se registró lluvia de 1:00 a 2:00 p.m. y el 9 de julio se presentó lluvia de 1:30 a 3:00 p.m.

Ahora bien, de los informes de intervención sobre el seguimiento de la ejecución de la obra se desprende lo siguiente:

En la semana del 3 al 9 de julio de 2010 se dejó constancia de que se solicitó a la Secretaría de Planeación y a Electricaribe el retiro de cuatro postes que interferían en la construcción de la obra. También se consignó que fue una semana lluviosa que impidió la continuidad de los trabajos. Se siguió con el corte de material y se sobre excavó por motivo de lluvias²².

En la gráfica del estado general del clima en la vía de acceso al barrio Los Carruajes, correspondiente a la semana referida, la intervención registró que el 91.67% del tiempo fue seco, el 1,39% se presentó lluvia moderada y en el 6,94% la lluvia fue intensa.

²² Fls. 2-6 C3.



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado: Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

El 16 de julio de 2010, las partes suscribieron un acta de concertación²³, con el fin de dar inicio a las actividades de colocación del terraplén, a la estabilización en piedra de la subrasante y de incorporar la actividad de demolición de pavimento existente en un ancho de 0.5 metros, debido a la limitación que existía por la tubería de 3" de Gases del Caribe que fue punzada al ser descubierta, occasionando una emergencia que fue superada satisfactoriamente.

Se presentaron las siguientes sugerencias por parte del consultor externo de la Alcaldía:

"1.- Reconociendo el potencial expansivo del depósito de arcilla constituyendo la subrasante este Consultor sugiere acometer inmediatamente las obras de construcción del terraplén de material seleccionado, establecido en el proyecto, ya que de esta forma se obstaculiza la filtración de las aguas pluviales hacia la arcilla, evitando en consecuencia su deterioro por saturación.

"2.- Para ello se procederá a escarificar y/o retirar dependiendo de la humedad presente en la superficie de la excavación y compactar con rodillo pata de cabra el manto arcilloso, hasta obtener un grado de compactación no inferior al 90% del Proctor Modificado de dicha arcilla.

"3.- Los espesores y la compactación de las capas de relleno y subbase se realizarán de acuerdo a lo previsto en las especificaciones técnicas del proyecto.

"4.- Se descarta la necesidad de incluir un agente tal como caliza o cemento para reducir las propiedades plásticas de la arcilla, en razón de que las condiciones invernales dificultan su colocación y producen un efecto desfavorable en la rapidez de ejecución del proyecto.

"5.- Además en relación con la estabilidad final de la obra se considera que el espesor de la estructura del pavimento es de gran beneficio al funcionar como una barrera estable capaz de obstaculizar la humectación de la subrasante arcillosa, y por lo tanto neutralizar su potencial expansivo.

"6.- Igual situación se podría correlacionar con los otros sectores del proyecto, los cuales están constituidos por arena arcillosa, y su inestabilidad por la saturación de la fracción arcillosa.

²³ Fls. 91-96 C3.



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

"7.- Es decir se deberá cuanto antes de acometer la realización de la estructura del pavimento, destacándose que en este caso el equipo de compactación será vibratorio".

De conformidad con el informe²⁴ de interventoría correspondiente al período comprendido entre el 20 de octubre y el 5 de noviembre de 2010, se indicó que el contrato se reiniciaría oficialmente el 8 de noviembre de 2010. Además, se manifestó que durante esa semana se realizó la estabilización con pedraplén en laterales de talud de corte en vía #1, se ejecutaron trabajos manuales por deslizamiento de talud, se continuó con la compactación de las capas de terraplén de las vías 1 y 2, se fundieron muros de encole y descole de boxcoulvert, construcción de ciclópeo en canal abierto para conducción de aguas, se retiró el agua estancada por motivo de lluvias. El estado general del clima a lo largo de esa semana, según el gráfico de interventoría, fue seco el 97% del tiempo, el 2,92% con lluvia moderada y lluvia intensa en un 0,00%.

En oficio del 11 de noviembre de 2010, el contratista solicitó al municipio que se prorrogara el contrato con fundamento en que las obras no se habían terminado debido a la ola invernal que azotaba el país y a la necesidad de realizar obras adicionales²⁵.

El 28 de abril del año siguiente, las partes elevaron el acta de entrega de obra en la que se anotó que el contratista la entregaba en las condiciones de calidad convenidas²⁶. Finalmente, en esa misma fecha, las partes firmaron el acta de recibo final de obra²⁷.

El recuento fáctico que se deja sentado revela que el contrato inicialmente contaba con un plazo de cuatro meses contados desde el inicio de las obras -26 de abril de 2010-, no obstante lo cual, el acta de terminación se suscribió el 28 de

²⁴ Fls. 99-132 C3.

²⁵ Fl. 83 C2.

²⁶ Fls. 23-26 C1 de Pruebas.

²⁷ Fls. 29-30 C1 de Pruebas.



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

abril del año siguiente, situación que refleja una prolongación del término de ejecución de 8 meses.

Ahora bien, adujo el libelista que esa situación obedeció a dos factores. El primero, correspondió a la ola invernal y el segundo a los cambios de diseños generados por la falla geológica del lugar designado al inicio para el trazado de la vía.

En cuanto concierne al primer aspecto, la Sala encuentra que durante la etapa de ejecución contractual la interventoría reportó la presencia de lluvias únicamente en dos ocasiones. En la semana del 3 al 9 de julio de 2010, lapso dentro del cual, según afirmó, el 97% del tiempo fue tiempo seco y en el 3% restante se registraron precipitaciones moderadas y fuertes.

Posteriormente, en el periodo comprendido entre el 20 de octubre y el 5 de noviembre de 2010, la interventoría señaló que el 97% del tiempo fue seco, el 2,92% con lluvia moderada y no se presentó lluvia fuerte.

Como se observa, las pruebas relacionadas documentaron la presencia de lluvias en solo dos semanas del plazo contractual, periodo dentro del cual se da cuenta a su vez de que más del 95% del tiempo fue seco, lo que fuerza colegir que las precipitaciones reportadas fueron mínimas y de manera alguna superaron el margen de riesgo que por ese concepto -problemas climatológicos- asumió el contratista en la elaboración de la respectiva matriz.

A lo dicho, se impone agregar que ninguno de los elementos probatorios enunciados conduce a concluir que la prolongación del término de ejecución hubiese tenido origen en la "ola invernal" referida en la demanda. Es cierto que el contrato tuvo una suspensión entre el 9 de agosto y el 8 de noviembre de 2010. Sin embargo, la Sala hasta este punto ignora la causa que dio origen a la parálisis del proyecto durante ese interregno. En todo caso, sobre este último aspecto se profundizará enseguida.



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

En lo que atañe al argumento del libelista, consistente en que la ampliación del plazo de ejecución se atribuyó a un cambio de diseños por fallas geológicas en el sitio del proyecto, el caudal probatorio mostró que aun cuando al inicio de la obra, al realizar el levantamiento topográfico se presentaron hallazgos inconsistentes con la información referente a la planimetría y altimetría suministrada por la entidad, lo que implicó la necesidad de solicitar la cartera de campo a la Gobernación del Atlántico, una vez obtenidos los datos requeridos se procedió a realizar un nuevo levantamiento topográfico cuya elaboración no demandó más de 8 días, al cabo de los cuales el constructor empezó con el avance de obra en los términos contractualmente pactados.

Así pues, a pesar de existir inconsistencias entre la información suministrada por la entidad y el levantamiento ejecutado por el contratista respecto de las coordenadas del terreno y las cotas de relieve en donde se iba a construir la vía, la confrontación de esos dos estudios dio como producto el trazado definitivo, resultado obtenido en una semana -del 3 al 11 de junio de 2010²⁸- y que no pasó de ser un asunto de carácter geométrico y superficial que no invadió el aspecto relativo a la estructura del pavimento, al punto que en adelante llegó la maquinaria al lugar de la obra e iniciaron las actividades de corte y retiro de material de los tramos a intervenir.

Se añade que en el evento de entenderse que los aspectos relativos a las inconsistencias topográficas pudieron encuadrarse dentro del riesgo denominado "*condiciones imprevistas del terreno*", surge con nitidez que su ocurrencia no rebasó el límite de la contingencia asumida²⁹ por el demandante, si se tiene en consideración que el término del posible retraso por esa causa no superó los 8 días, lapso equivalente al 6,6% del plazo contractual (120 días).

²⁸ Fls. 32-34 del C3. Anotaciones de la bitácora de obra. Se consignó que el 11 de junio de 2010 se recibió el trazado de la vía por parte de la comisión topográfica.

²⁹ Se recuerda que a la luz de la matriz de riesgos, al contratista le asistía la carga de asumir el riesgo denominado "*Condiciones imprevistas del terreno*" en los siguientes términos: "Cuando las *condiciones imprevistas del terreno* generen retrasos menores al 10% el plazo de construcción del contrato".



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

Ahora, de la lectura del acta de concertación llevada a cabo el 16 de julio de 2010, en la que intervino, además de las partes, el consultor geotecnista de la Alcaldía, se desprende que la finalidad de dicho encuentro estribó en acordar la metodología para dar inicio a las actividades de colocación de terraplén, mejoramiento de subrasante y estabilización en piedra de subrasante y, además, para escuchar del especialista algunas recomendaciones relativas al manejo del suelo en donde se habría de asentar la vía.

Los puntos allí tratados se concretaron en los siguientes aspectos:

- De cara al potencial expansivo de las arcillas halladas en la subrasante, se prescribió la necesidad de acometer con prontitud la obra de construcción del terraplén establecida en el proyecto, para evitar la filtración de agua y, con ello, la afectación de la base.
- Se dieron recomendaciones para la compactación de la subrasante.
- Se consideró viable prescindir de la utilización de materiales cementantes para reducir las propiedades expansivas de las arcillas del suelo de subrasante.
- Se hizo énfasis en la necesidad de construir la estructura de pavimento a la mayor brevedad para evitar mayores inestabilidades en las arcillas.
- Se mantuvo la estructura del pavimento en las condiciones previstas en el pliego de condiciones.

De lo plasmado no se extraen evidencias alusivas a que en el término de ejecución contractual hubiera mediado alguna modificación sustancial a la estructura de suelos que determinara la ampliación del plazo.

Por el contrario, en las recomendaciones reseñadas se partió de la necesidad de ejecutar con prontitud la obra en su fase de colocación de terraplén para evitar filtraciones en la capa de subrasante, ante la posibilidad de lluvias que pudieran expandir la arcilla de la base. Con sustento en ello, también se excluyó la utilización de algunos materiales propensos a la expansión de la arcilla, con el fin de brindar mayor estabilidad.



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

Ha de subrayarse, además, que, en todo caso, la estructura de pavimento debía conformarse en la forma contemplada inicialmente en el pliego de condiciones. De ahí que lo perseguido por la reunión llevada a cabo era agilizar la ejecución del proyecto en las condiciones pactadas y no retardar su realización por supuestos cambios o modificación de los diseños.

Por lo demás, la bitácora de obra revela el adelantamiento de actividades hasta el 12 de julio de 2010. Se desconoce lo ocurrido desde entonces hasta la semana del 20 de octubre de 2010, pues en adelante no hay registro de los trabajos realizados.

En consonancia con lo anotado, tanto en el acta de recibo final de recibo de obra, como en los informes de interventoría, se puso de presente que el contrato se suspendió entre el 9 de agosto y el 7 de noviembre de 2010. Con todo, no reposa elemento probatorio del cual desprender con claridad la causa que motivó la mencionada suspensión y, menos aún, resulta posible inferir, por las circunstancias anotadas, que su parálisis se hubiera atribuido a problemas climatológicos o a cambios en las especificaciones y diseños por las condiciones del terreno, como lo sostuvo el actor.

Por cuenta de uno de los informes de interventoría se tiene noticia de que en el período comprendido entre el 20 de octubre y el 5 de noviembre de 2010, se llevaron a cabo actividades tales como: estabilización con pedraplén en laterales de talud, trabajos manuales por deslizamiento de talud³⁰, compactación de las capas de terraplén, fundida de muros de encole y descole de boxcoulvert, construcción de ciclópeo en canal abierto para conducción de aguas.

³⁰ Se desconoce la magnitud y proporciones del deslizamiento y la fecha en que tuvo ocurrencia, de tal suerte que no es posible determinar su incidencia en el retardo de la obra, como tampoco en la suspensión del plazo.



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

Como se observa, una semana antes de finalizar el término de suspensión la ejecución de las obras continuó su curso sin reportar la causa que dio origen a la ampliación del plazo.

A la par con lo dicho, se reitera que la fecha prevista para la terminación del plazo contractual correspondía al 22 de noviembre de 2010. Empero, en los meses de diciembre de 2010, enero y febrero de 2011, la interventoría se pronunció frente a los resultados de laboratorio practicados sobre la subbase del suelo cemento presentado por el contratista, los cuales fueron insatisfactorios por no cumplir con las especificaciones exigidas por la entidad³¹.

La obra continuó en estado de ejecución hasta el 29 de abril de 2011, cuando se suscribió al acta de recibo final.

Esta situación, a juicio de la Sala, permite inferir que la tardanza causada en los últimos meses de ejecución de la obra -enero, febrero y marzo de 2011-, se presentó por causas imputables al contratista en cuanto existió demora en el recibo de los tramos intervenidos por no ceñirse a las especificaciones de la subbase del suelo cemento.

Pues bien, como síntesis esencial de lo dicho, la Sala encuentra que, en efecto, existió una prolongación en el plazo de ejecución del Contrato No. 001 de 2010. Sin embargo, no se encuentra acreditado en el plenario que dicha ampliación y la supuesta mayor permanencia en obra que dice haber soportado el demandante hubiera obedecido a la ola invernal o a condiciones imprevistas en el terreno.

El recorrido probatorio emprendido permitió entrever que si bien se presentaron lluvias durante la ejecución de la obra y que se debió realizar un nuevo levantamiento topográfico para obtener el trazado definitivo de la vía, tales acontecimientos, como se dejó explicado, no tuvieron la virtualidad de determinar el retardo en la ejecución de la obra por ocho meses más del tiempo previsto.

³¹ Fls. 69-70 C3.



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

De acuerdo con las evidencias del proceso, la ocurrencia de las dos situaciones descritas en ningún caso excedió el límite del riesgo asumido por el contratista por cuenta de su acaecimiento, por manera que su concreción no condujo a la fractura del equilibrio económico alegada en la demanda. Se agrega a lo anotado la orfandad probatoria que impide obtener claridad en relación con las causas reales que dieron lugar a la prolongación del período en el cual se ejecutó el contrato, a lo que se agrega que parte de esa extensión invadió la órbita de responsabilidad del contratista.

Por último, no se pasa por alto el hecho de que, según el contenido del acta de liquidación bilateral del Contrato, se consignó que "*La Alcaldía Municipal se comprometió ... a reconocerle al contratista los costos administrativos por mayor permanencia de obras por causas ajenas al contratista, las cuales generaron un desequilibrio económico en la ecuación contractual. El valor pactado entre las partes es de \$560'286.379,80 que corresponden a seis meses*".

Sin embargo, en primer lugar, la Sala reitera la ausencia de fuerza vinculante de ese documento respecto de los valores allí consignados, por cuanto no fue suscrito por el representante legal del extremo contratante con capacidad para obligar al municipio a su reconocimiento. Como segundo aspecto, la suma registrada en su texto carece de respaldo probatorio que dé cuenta acerca del concepto y la cuantía de su causación.

Así las cosas, la pretensión elevada por la demandante dirigida a obtener el reconocimiento de perjuicios por mayor permanencia en obra no tiene vocación de prosperidad.

4.4.- Del reconocimiento de las mayores cantidades de obra

Otra de las pretensiones del libelista radicó en obtener el reconocimiento de la suma de \$74'014.835 por concepto de mayores cantidades de obra ejecutadas en desarrollo del proyecto, valor equivalente a la ejecución de obras que no obstante



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

haber sido ordenadas y recibidas por la entidad no le fueron pagadas al contratista.

Para ilustrar brevemente el contexto de la reclamación, la Sala recuerda que el concepto de mayores cantidades de obra responde a la ejecución de unos ítems que sí han sido contemplados inicialmente en el contrato, solo que en cantidades inferiores.

En similar sentido, como quiera que la modalidad de pago acordada en el Contrato No. 010 de 2010 obedeció al sistema de precios unitarios, se precisa que en virtud de esta modalidad, ante la imposibilidad de establecer con exactitud el valor de la obra, previamente a la ejecución del negocio jurídico el proponente establece en su propuesta unos valores unitarios respecto de cada unidad de obra prevista por el ente contratante, de tal manera que el valor final del contrato será el resultado de sumar todos los productos que a su turno surjan de multiplicar los precios unitarios definidos por las cantidades de obra final y efectivamente ejecutadas.

Atendiendo a las anteriores precisiones y aplicadas al caso concreto, la Sala observa que, de conformidad con el contenido del acta de recibo final de obra suscrita por el contratista, el interventor y el Secretario de Planeación Municipal, se registró la ejecución de mayores cantidades de obra en los siguientes ítems y por las siguientes cuantías:

Condiciones iniciales					Obra ejecutada		
Ítems	Descripción	Cantidad	Valor unitario	Valor total	Cantidad ejecutada	Valor ejecutado	Diferencia a reconocer
1,02	Demolición pavimento rígido	335 m3	\$80.520	\$30.357.700	520 m3	\$47.122.400	\$16'764.700
2,02	Terraplén	9620 m3	\$32.234	\$310'103.309	10120,5m3	\$326'225.808,70	\$16'122.499
PUN 001	Pedraplén	1040 m3	\$43.517	\$45'257.680	1740,0m3	\$75'719.580	\$30'481.900
4,02	Relleno material seleccionado	795 m3	\$46.880	\$37'269.000	895m3	\$41'659.475,20	\$4'689.875,2
4,03	Área de refuerzo	2.434 Kg	\$3458	\$84'171.178	25884,2	\$69'507.425	\$5'336.247
4,04	Concreto de 3500 psi para estructuras	141,4 m3	\$339.533	\$48'020.152	176,5	\$59'937.760,49	\$11'917.608,49



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

Al ser cotejada la información consignada en el acta final en referencia con otros medios de prueba, la Sala vislumbra serias inconsistencias que se erigen como obstáculo para formarse un convencimiento sólido y confiable sobre su causación, por las razones que pasan a explicarse.

En relación con el primer ítem descrito, correspondiente a “*demolición de pavimento rígido*”, la Sala advierte que las condiciones iniciales que se enuncian en el cuadro que antecede no guardan coincidencia con las originalmente pactadas³¹, según el pliego de condiciones y la propuesta, y a partir de las cuales se pretende calcular la diferencia adeudada por mayor cantidad de obra ejecutada.

Por el contrario, las condiciones que se convinieron, de conformidad con los análisis de precios y cantidades del pliego y la oferta, son las mismas que se enlistan en el recuadro de “obra ejecutada”, cuestión que pone de manifiesto la ausencia de valores por reconocer en exceso por la ejecución de ese ítem, en la medida en que lo ejecutado por esa actividad correspondió a lo inicialmente acordado, tanto en precio como en cantidad.

Lo dicho se corrobora con la información consignada en el acta de interventoría de fecha del 30 al 5 de noviembre de 2010, en la cual se registraron los mismos valores iniciales a los que se hace mención.

Algo similar ocurrió en el caso del ítem “*terraplén*”, debido a que las condiciones iniciales descritas en el acta final tampoco se identifican con las estipuladas en un comienzo por las partes y que, incluso, se mantuvieron intactas al suscribir el acta de recibo parcial de fecha 21 de enero de 2011³².

Además, resulta menester poner de presente que el valor reclamado en la demanda por este concepto asciende a \$74'014.835. No obstante, al realizar la operación matemática dirigida a hallar la diferencia entre las “condiciones originales” y las cantidades de obra ejecutada se obtiene una suma de \$85'295.904,77, situación

³¹ Tampoco existen actas de ajuste de las cantidades inicialmente pactadas, de manera que no se conoce si las mismas variaron por acuerdo entre las partes a lo largo de la ejecución contractual. De ahí que el único referente comparativo son las condiciones previstas en el pliego y en la oferta.

³²Fl. 56 C3.



Expediente: 080012333000201300105 01
Actor: Consorcio Gapa 2010
Demandado Municipio de Galapa
Referencia: 51.526

que no deja de causar confusión en relación con el origen de la cuantía reclamada por este concepto (\$74'014.835).

A este último se impone añadir que si bien en el acta de recibo final se indicó que existía un saldo en favor del contratista por valor de \$74'014.835, en ese documento no se hizo referencia a qué concepto respondía el rubro adeudado, incertidumbre que se aumenta por el hecho de que allí se enuncian unos conceptos en su favor distintos a los que constituyen la materia del presente análisis.

Con sujeción a las consideraciones precedentes y ante las inconsistencias halladas en el acta de recibo final de obra, se negará el reconocimiento de los valores correspondientes a las mayores cantidades de obra ejecutada.

En mérito de lo expuesto, la Sala considera que la sentencia objeto de apelación merece ser confirmada en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

5.- Costas

El aspecto de las costas se encuentra regulado por el artículo 267 del C.P.A.C.A., en cuyo contenido se establece que “*Si prospera el recurso, total o parcialmente, la sala anulará, en lo pertinente, la providencia recurrida y dictará la que deba reemplazarla o adoptará las decisiones que correspondan. Si el recurso es desestimado, se condenará en costas al recurrente*”.

Adicionalmente, el artículo 188 de ese mismo Estatuto consagra que “*la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*”.

De esta manera, con independencia de la buena fe con que las partes hubieran obrado en el presente recurso, el extremo recurrente habrá de ser condenado en costas en favor del demandado. En primer lugar, por cuanto apoyó la alzada en argumentos que han sido desestimados y, en segundo, debido a que no obstante que la defensa no desplegó en esta instancia actuación alguna, en todo caso por



Expediente: 080012333000201300105 01
 Actor: Consorcio Gapa 2010
 Demandado Municipio de Galapa
 Referencia: 51.526

cuenta de la interposición de la alzada el proceso se prolongó por un término superior, lo que condujo a que, al menos, la vigilancia procesal ejercida sobre el mismo se extendiera en el tiempo.

Así las cosas, la Sala condenará en costas a la parte actora en los términos previstos por el artículo 366 del Código General del Proceso que impone su liquidación de manera concentrada por parte del Tribunal de origen. Para el efecto señalado, el *a quo* deberá atender las reglas previstas en dicho precepto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

1.- CONFIRMAR, por las consideraciones que anteceden, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014).

2.- CONDENAR a la parte actora a pagar las costas que se hubieren causado en esta instancia. Como consecuencia, el Tribunal de origen deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso.

3.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

HERMÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA