



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A

Consejero Ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., cinco (05) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

| | |
|-------------------|--|
| Expediente | 250002326000200400272 01 (36712) |
| Actor | PRO SISTEMAS AQUA LTDA. Y OTROS |
| Demandada | CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR - |
| Acción | CONTRACTUAL |

Tema: La liquidación del contrato deberá estar suscrita por el representante legal de la entidad contratante o por la persona en quien éste hubiere delegado dicha facultad. El rompimiento del equilibrio económico del contrato. El incumplimiento contractual por causa de la demora en el pago de las actas de obra.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2008, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, por medio de la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción respecto del contrato No. 295 de 1999 y se negaron las demás pretensiones de la demanda.

I.-ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 22 de enero de 2004, los miembros integrantes del Consorcio AQUAVIP¹, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, presentaron ante el Tribunal

¹ El Consorcio AQUAVIP se encuentra integrado por las siguientes sociedades: Pro - Sistemas Aqua Ltda., Ilam Ltda. Ingeniería y Laboratorio Ambiental y, por último, VIC Ltda.

Administrativo de Cundinamarca demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en contra de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – en adelante CAR -. En el escrito de la demanda se plantearon las siguientes pretensiones - se transcribe tal cual se halla en el expediente, incluso con errores -²:

“PRIMERA: *Que se declare que la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA ha incumplido sus obligaciones derivadas de los contratos 295 y 296 de 1999 celebrados con el Consorcio AQUAVIP.*

SEGUNDA: *Que se declare que los contratos citados han sufrido un desequilibrio económico originado en hechos y conductas antijurídicas no imputables al Contratista, que generan un Daño patrimonial indemnizable en cabeza de mis Mandantes, el cual no están obligados a soportar.*

TERCERA: *Que se declare que LA CORPORACION es responsable de indemnizar todos los daños patrimoniales sufridos por los integrantes del CONSORCIO AQUAVIP, causados con motivo del desequilibrio financiero declarado conforme a lo que se pruebe en este proceso.*

CUARTA: *Que consecuentemente se condene a LA CORPORACION, a pagar a los integrantes del CONSORCIO AQUAVIP, los daños causados de acuerdo con lo que se pruebe en este proceso, bajo la modalidad de Daño Emergente y Lucro Cesante.*

QUINTA: *Que los valores resultantes de la indemnización, sean actualizados de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 446 de 1998 y la jurisprudencia Nacional sobre la material.*

SEXTA: *Que en atención a la conducta de la Administración, esta sea condenada en las costas y gastos de este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 446 de 1998.*

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Primera: *Que en caso de no considerarse el incumplimiento de la entidad, se declare que los contratos demandados sufrieron un desequilibrio financiero que el Contratista no está obligado a soportar.*

Segunda: *Que en consecuencia con la pretensión primera subsidiaria, se resuelvan favorablemente las demás pretensiones principales a cargo de la entidad Demandada”.*

² Fls. 7 al 20 del cuaderno No. 1.

2. Hechos.

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

2.1. Sostuvo que la CAR invitó públicamente a presentar propuestas para la *“construcción y puesta en marcha de las plantas de tratamiento de agua residuales y obras complementarias de alcantarillado en los Municipios de Cogua y la Calera en el Departamento de Cundinamarca”*. Añadió que en el proceso de selección que se adelantó resultó favorecido con la adjudicación el Consorcio AQUAVIP, con quien se suscribieron los contratos Nos. 295 y 296 de 1999.

2.2. Dijo en la demanda que desde el inicio se presentó un rompimiento en el equilibrio económico de los contratos en mención, el que hizo consistir en 1) la mora en el pago de las actas de obra presentadas por el contratista, 2) en las mayores cantidades de obra *“originadas en sujeciones imprevistas, no imputables por ende al contratista, y debidamente certificadas por la interventoría”*, 3) en las obras adicionales *“resultantes de la necesidad imperiosa de ser ejecutadas para terminar el proyecto de acuerdo con las necesidades de la administración, también debidamente certificadas por el Interventor”*, 4) en la mayor permanencia en la obra *“como consecuencia de las continuas demoras, suspensiones y prórrogas no imputables [al contratista]”* y, 5) en la pérdida de la utilidad *“originada en el hecho de que la utilidad esperada no pudo obtenerse por los sobrecostos y el exceso de prórrogas y suspensiones del contrato”*.

2.3. Manifestó que de la lectura de las *“Actas de Recibo final y liquidación”* suscritas en virtud del contrato No. 295, era posible concluir que la CAR había recibido a satisfacción las obras ejecutadas por el contratista.

2.4. Expresó que el contratista requirió en varias oportunidades a la entidad demandada con el fin de que le restableciera el equilibrio económico que se presentó durante la ejecución de los contratos Nos. 295 y 296, no obstante lo cual, comoquiera que la entidad guardó silencio, el contratista había intentado la conciliación prejudicial, diligencia que se declaró fallida.

2.5. Afirmó que los contratos por cuya causa se demanda fueron prorrogados y suspendidos en repetidas ocasiones, por causas no imputables al contratista, *“generando extra costos a su cargo”*.

2.6. Por último, añadió que los señalados contratos fueron liquidados de mutuo acuerdo por las partes con unas salvedades consignadas en su texto por el contratista.

4. Actuación Procesal.

La demanda presentada el 22 de enero de 2004³, fue admitida mediante auto del 29 de abril de 2004⁴; notificada en legal forma al Ministerio Público el 4 de mayo de 2004⁵ y al representante legal de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca el 3 de junio de 2004⁶.

5. Contestación de la demanda.

La Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca contestó la demanda para oponerse a las pretensiones⁷ y, como fundamento de su inconformidad, sostuvo que las vicisitudes que se presentaron en desarrollo del contrato No. 296 de 1999 obedecieron a causas ajenas a la entidad contratante.

Al respecto señaló que el contrato en mención tuvo que suspenderse en cinco oportunidades debido a inconvenientes que tuvo el contratista *“ante INCOMEX para la nacionalización de los equipos, por la falta de subestación eléctrica y por la demora de CODENSA en la aprobación de los diseños”*.

Así mismo, expresó que *“las mayores cantidades de obra, obras adicionales, mayor permanencia en la obra y pérdida de oportunidad, son cuestiones que deben ser asumidas por el CONTRATISTA, al no haberlas previsto inicialmente en la propuesta”*.

Manifestó que no había lugar a reconocer suma alguna por las supuestas obras adicionales que tuvo que ejecutar el contratista para que la planta de Cogua entrara en operación y prestara el servicio de tratamiento de las aguas residuales para lo cual fue diseñada, en tanto que esas obras se encontraban previstas dentro del objeto y valor del contrato.

³ Fls. 7 al 20 del cuaderno No. 1.

⁴ Folio 25 del cuaderno No.1.

⁵ Anverso del folio 26 del cuaderno No. 1.

⁶ Folio 30 del cuaderno No. 1.

⁷ Fls. 37 al 48 del cuaderno No. 1.

Expuso que el contratista en su oferta debió haber previsto los costos en los que tenía que incurrir para poder ejecutar las obras objeto de los contratos, razón por la cual *“no puede pretender con posterioridad imputar y/o solicitar a la entidad contratante el reconocimiento de mayores costos que los que el mismo Consorcio determinó [en su propuesta]”*.

Aunado a lo anterior señaló que ante la inminencia de la realización de unas obras necesarias para el cumplimiento de los objetos contratados se procedió a adicionar la cuantía del contrato No. 295 de 1999 en \$240'265.668 y del contrato No. 296 de 1999 en \$1'386.476.871, de conformidad con la estimación efectuada por el mismo Consorcio.

Manifestó que en los contratos por cuya causa se demanda se eliminó la posibilidad de que el contratista pudiera reclamar sobrecostos, de ahí que no había lugar a reconocer suma alguna por ese concepto, *“muchos menos si se tiene en cuenta que los mismos, provienen de obras que fueron ejecutadas para el cumplimiento del objeto del contrato y por ende debieron ser previstas por el contratista”*.

Sostuvo que en el expediente no hay prueba de que la interventoría hubiese aprobado trabajos adicionales y mayores cantidades de obra ejecutada por el contratista.

Planteó las siguientes excepciones:

- La caducidad de la acción: Afirmó que en el presente asunto y en cuanto al contrato No. 295 de 1999 había operado el fenómeno de la caducidad de la acción, en tanto que la demanda se presentó dos años después de haberse liquidado el contrato.

- Falta de legitimación por activa: Manifestó que el Consorcio carecía de legitimación para pretender la declaratoria de incumplimiento contractual y el resarcimiento de perjuicios debido a que no es una persona jurídica.

6. La sentencia de primera instancia.

Como se expuso al inicio de esta providencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante sentencia proferida el 11 de

diciembre de 2008⁸, declaró probada la excepción de caducidad de la acción respecto del contrato No. 295 de 1999 y negó las demás pretensiones de la demanda.

Señaló que la Sala únicamente se pronunciaría acerca de las pretensiones que se refieren al contrato No. 296 de 1999, toda vez que en relación con el contrato No. 295 de 1999 había operado la caducidad de la acción.

En primer lugar manifestó que si bien el contrato No. 296 de 1999 fue liquidado de mutuo acuerdo, el contratista dejó unas salvedades, las cuales hizo consistir en la *“a) Mora en los pagos pactados, b) Obras adicionales realizadas y no pagadas, c) Mayores cantidades de obra, ejecutada y no pagadas, d) Mayor permanencia en el proyecto, y e) utilidad dejada de percibir...”*.

En cuanto al incumplimiento del contrato No. 296 de 1999 por parte de la entidad contratante consistente en la demora en la cancelación de las actas de obra, sostuvo que en el caso *sub examine* era requisito indispensable para constituir en mora a la entidad deudora que el acreedor – en este caso el contratista - la hubiese reconvenido judicialmente, no obstante, comoquiera que en el presente asunto no hay prueba de ello, no había lugar a condenar a la entidad a pago alguno.

Precisó que *“sólo en las obligaciones sometidas a término, esto es a un plazo, el deudor se constituye en mora con el sólo transcurso del mismo, y en los demás casos, es decir como el que nos ocupa en que se pactó condición pero no plazo, debe ser reconvenido judicialmente”*.

En relación con el supuesto desequilibrio económico que se presentó durante la ejecución del contrato No. 296 y que se concretó en i) las mayores cantidades de obra, ii) en las obras adicionales ejecutadas y no pagadas por la entidad y, iii) en la mayor permanencia en la obra, expuso lo siguiente:

En cuanto a las obras adicionales y las mayores cantidades de obra que habría tenido que ejecutar el contratista, señaló que para que fuera procedente su reconocimiento y pago, era necesario que las partes de mutuo acuerdo hubiesen concertado su ejecución y, dado que, en el presente asunto no hay prueba de que ello hubiera ocurrido, no había lugar a acceder a la pretensión.

⁸ Fls. 107 al 122 del cuaderno principal.

Agregó que *“tampoco aparece acreditado en el plenario que las obras adicionales y mayores cantidades de obra que supuestamente ejecutó el contratista fueran indispensables para el desarrollo del objeto contratado”*.

Sostuvo que los motivos que ocasionaron las suspensiones y prórrogas al contrato No. 296, si bien eran *“situaciones no imputables únicamente al contratista”*, no aparecía acreditado en el plenario que fueran atribuibles a la entidad contratante y tampoco que hubiesen sido imprevisibles para el contratista.

Por último, indicó que no obra prueba en el expediente de que los perjuicios ocasionados al consorcio contratista fueron consecuencia de una mayor permanencia en la obra.

7. El recurso de apelación.

De manera oportuna⁹, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia y, como fundamento de su inconformidad, sostuvo que en relación con el contrato No. 295 el término de caducidad de la acción fue suspendido con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación ante el Ministerio Público, razón por la cual para el momento en que se interpuso la demanda aún no había operado el fenómeno de la caducidad.

En cuanto al contrato No. 296 señaló que no era cierto lo dicho por el *a quo* en el sentido de que para poder constituir en mora a la entidad contratante era necesario haberla reconvenido judicialmente, toda vez que las partes sí establecieron un plazo para el pago de las obligaciones contractuales acordadas como contraprestación por las obras ejecutadas por el contratista.

Sostuvo que en cláusula octava del contrato se acordó que *“los pagos ser[í]án cancelados en la tesorería de la Corporación a la presentación del Comprobante Único de Pago”*, de ahí que, *“presentado el documento exigido y no realizado el pago por parte de la Entidad, se ha surtido el término contractual fijado y por ende, de bulto, se causa la mora a partir del día siguiente”*.

⁹ Fls. 124, 131 al 144 del cuaderno principal.

Afirmó que, en gracia de discusión, en aquellos casos en los cuales las partes no hubiesen estipulado un plazo para el pago del valor del contrato, al mes siguiente de radicada la cuenta de cobro ante la entidad, empezaban a correr intereses moratorios.

Concluyó que en este caso sí estaba demostrada la mora en la que había incurrido la entidad en el pago del valor del contrato, pues en el presente asunto no era requisito haber requerido judicialmente a la entidad contratante.

Adicional a lo anterior, manifestó que *“tal como se aprecia en la pericia detallada que se acompañó en la Demanda y se corrobora con las comunicaciones de la propia interventoría contractual, era a todas luces claro que la Entidad estaba atrasada en los pagos al Contratista causándose la mora correspondiente”*.

Afirmó, que si bien en los contratos se acordaron *“unos precios fijos y unas cantidades de obras predeterminadas, en principio inamovibles”*, durante el desarrollo del negocio jurídico surgió la necesidad de ejecutar unas obras adicionales y una mayor cantidad de obra a la pactada inicialmente con el fin de poder cumplir con el objeto contractual.

Indicó que esas mayores cantidades de obra y obras adicionales fueron autorizadas por el interventor, dada la imperiosa necesidad de ejecutarlas, en tanto que eran indispensables para el desarrollo del objeto contratado.

Sostuvo que en el proceso se encuentra probado, según las actas suscritas por el interventor, la existencia de obras adicionales y de una mayor cantidad de obra, las cuales no fueron reconocidas ni canceladas por la entidad.

Manifestó que en este caso el contratista tuvo que permanecer más tiempo del acordado en la obra debido a la falta de planeación de la entidad contratante.

Por último, indicó que los contratos se habían suspendido en varias oportunidades, por causas imputables a la entidad contratante, ocasionando que el contratista tuviera que incurrir en sobrecostos por fuerza de esa circunstancia.

8. El trámite de segunda instancia

El recurso interpuesto fue admitido a través de auto del 28 de mayo de 2009¹⁰ y, mediante proveído del 30 de julio del 2009¹¹, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la que se pronunciaron las partes demandante y demandado para reiterar los argumentos del recurso de apelación y de la contestación de la demanda, respectivamente¹².

El Ministerio Público conceptuó de fondo y pidió que se confirme el fallo recurrido de conformidad con las siguientes consideraciones¹³:

En cuanto al contrato No. 295 reiteró lo dicho por el Tribunal en el sentido de que la acción se encontraba caducada.

En relación con el contrato No. 296, señaló que el pago del valor del contrato se encontraba sujeto a una condición (avance en la construcción de la obra), razón por la cual, para efectos de constituir en mora a la entidad contratante resultaba indispensable reconvenirla judicialmente y, dado que, en el proceso no había prueba de ello, la pretensión de incumplimiento no podía despacharse favorablemente.

Concluyó que en el caso que ahora se examina no se demostró una alteración en la ecuación financiera del contrato No. 296.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

II.- CONSIDERACIONES

Para efectos de exponer las razones que sustentan la decisión, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) la competencia, 2) aspecto preliminar, 3) el ejercicio oportuno de la acción, 4) el caso concreto, 5) el desequilibrio económico del contrato No. 295 y, 6) el incumplimiento del contrato.

¹⁰ Fl. 146 del cuaderno principal.

¹¹ Fl. 161 del cuaderno principal.

¹² Fls. 171 al 176 del cuaderno principal.

¹³ Fls. 177 al 182 del cuaderno principal.

1. La competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en mil millones de pesos (\$1'000.000.000), mientras que el monto exigido al momento de la interposición del recurso de apelación - 19 de diciembre de 2008¹⁴- era de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, monto que, según el salario mínimo mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda¹⁵, ascendía a ciento setenta y nueve millones de pesos (\$179'000.000).

2. Aspecto preliminar

Con el fin de realizar el respectivo conteo de la caducidad de la acción en los contratos Nos. 295 y 296 de 1999, por cuya causa se demanda, resulta necesario revisar si los contratos en mención se liquidaron, caso en el cual el término de caducidad empezará a contarse a partir de ese momento, tal como se explicará en el acápite que sigue.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada que la liquidación del contrato es el *“balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual, cuyo propósito fundamental es el de determinar quién le debe a quién y cuánto”*¹⁶; es el procedimiento a través del cual las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas derivadas del contrato, con el fin de saldar las respectivas cuentas, todo lo cual, como es apenas obvio, supone que dicho trámite únicamente proceda con posterioridad a la terminación del contrato.

En ese sentido, es claro entonces que la liquidación contendrá las cuentas, los ajustes y los reconocimientos que se encuentren directamente relacionadas con el contrato que se pretende liquidar, de ahí que únicamente las actuaciones del Contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente

¹⁴ Fl. 124 del cuaderno principal.

¹⁵ En el año de 2004 el salario mínimo era de trescientos cincuenta y ocho mil pesos (\$358.000).

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de diciembre 4 de 2006, exp. 15239.

perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar las pretensiones que emanen directamente del contrato.

En cuanto al contrato No. 295 celebrado el 12 de noviembre de 1999 entre la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y el Consorcio Aquavipl, encuentra la Sala un documento denominado “*ACTA DE LIQUIDACIÓN*” del contrato No. 295¹⁷, suscrito el 20 de diciembre de 2001 por el representante legal del Consorcio y por la representante legal de la firma interventora.

En este caso, se observa que el mencionado documento no se encuentra suscrito por el Director General de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, esto es por el representante legal de la entidad contratante, único que podría comprometer la responsabilidad de la entidad y suscribir el acta de liquidación del contrato, puesto que tal como en repetidas ocasiones lo ha expresado esta Corporación, el acta de liquidación final de contrato constituye un título ejecutivo y en consecuencia será requisito necesario que se encuentre suscrita por quien se está facultado para comprometer la responsabilidad de la entidad contratante, en este caso por el Director General.

Al respecto, nótese que el documento al que se hizo mención se encuentra firmado por el representante del consorcio contratista y por el representante de la firma interventora del contrato, echando de menos la firma del Director General de la entidad contratante o de la persona en quien éste hubiere delegado dicha facultad.

Así las cosas, comoquiera que constituye requisito indispensable para que pueda ser considerado el documento denominado “*ACTA DE LIQUIDACIÓN*” como contentivo de la liquidación del contrato No. 295, que se encuentre suscrito por el Director General de la CAR - en su condición de representante legal de la entidad – y dado que, en este caso, el documento en mención no fue firmado por el mencionado Director o por quien éste hubiese delegado dicha facultad, no será posible para la Sala tener por liquidado el señalado contrato.

A esa misma conclusión arriba la Sala en relación con el contrato No. 296 suscrito el 12 de noviembre de 1999 entre la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y el Consorcio Aquavipl, toda vez que si bien obra en el expediente un documento

¹⁷ Fls. 11 al 13 del cuaderno de pruebas No. 3.

denominado “*ACTA DE LIQUIDACIÓN*”, el cual contendría en principio la liquidación del contrato en mención, este documento no fue suscrito por el Director General de la CAR o por una persona distinta en quien éste hubiese delegado tal facultad, razón por la cual en este caso tampoco puede entenderse que el citado contrato fue liquidado.

Precisado lo anterior, procederá la Sala a realizar el respectivo conteo de la caducidad de la acción en los contratos Nos. 295 y 296.

3. El ejercicio oportuno de la acción.

Según el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, norma que resulta aplicable al presente asunto¹⁸, la acción contractual caduca en dos años contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

Para los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación y ésta es efectuada unilateralmente por la Administración, el plazo para accionar judicialmente comenzará a contarse a partir de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe; si la Administración no lo liquida dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes, o del que establece la Ley, se podrá acudir a la jurisdicción dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad de la acción.

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de celebración del contrato, establece que “*los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran*” estarán sujetos al trámite de la liquidación; en cuanto corresponde a la oportunidad o el plazo establecido para la realización o adopción de la liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, la norma en mención, previó que el procedimiento se efectuará dentro del término fijado por las partes o en su defecto a más tardar en un plazo de cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación.

Ahora, si el Contratista no se presenta a la liquidación voluntaria o si las partes no logran acuerdo sobre su contenido, ella será practicada unilateralmente por la Administración, para lo cual dispone de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del

¹⁸ La demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales se presentó el día 22 de enero de 2004, esto es luego de que entrara a regir la Ley 446 de 1998.

plazo convenido por las partes para practicarla o, en su defecto, de los cuatro (4) meses siguientes previstos por la ley para efectuar la liquidación de común acuerdo.

Ha de concluirse entonces que los contratos de tracto sucesivo están sujetos al trámite de la liquidación, procedimiento que debe cumplirse en un plazo de seis (6) meses, así: cuatro (4) meses para la liquidación por mutuo acuerdo y dos (2) para efectuar la liquidación de manera unilateral, por parte de la Administración.

En el caso *sub judice*, tal como se indicó anteriormente, los documentos que contendrían presuntamente la liquidación de los contratos Nos. 295 y 296, no se encuentran suscritos por el representante legal de la entidad demandada, de ahí que no sea posible considerarlos como actas definitivas de la liquidación de los contratos y, en consecuencia, no se podrá iniciar el conteo de la caducidad de la acción desde la fecha de suscripción de esos documentos, sino desde la fecha en la cual se incumplió la obligación de liquidar los contratos por cuya causa se demanda.

Revisados los negocios jurídicos observa la Sala que las partes no establecieron plazo alguno para realizar la liquidación, de manera que frente a esta situación aplican perfectamente los términos para liquidar un contrato previstos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 44, numeral 10, literal d) de la ley 446 de 1998, esto es 4 meses – *a partir de la terminación del contrato* - para intentar la liquidación bilateral y, si lo anterior no ocurre, la Administración cuenta con un plazo de 2 meses para que realice la liquidación unilateral - *para un total de 6 meses* - .

En cuanto al contrato No. 295 de conformidad con las pruebas que obran en el proceso se observa que el plazo de ejecución finalizó el 26 de junio de 2001, tal como se deja ver a continuación:

El 12 de noviembre de 1999, el Director General de la CAR y el representante legal del Consorcio Aquavip celebraron el contrato No. 295, cuyo objeto consistió en “*el diseño, construcción y puesta en marcha, de la planta de tratamiento de aguas residuales del área urbana y obras complementarias de alcantarillado del municipio de Cagua*”. Se fijó un precio de \$668’318.060 y, en la cláusula séptima, se acordó un plazo de ejecución de 235 días calendario contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación de actividades, lo que ocurrió el 19 de noviembre de 1999¹⁹.

¹⁹ Fls. 8 al 10, 16 del cuaderno de pruebas No. 2.

El 23 de diciembre de 1999 las partes contratantes suscribieron el “*OTROS/ ACLARATORIO Y MODIFICACION AL CONTRATO ESTATAL DE OBRA No. 295 de 1999*”, por medio del cual, entre otras cosas, se aclaró la cláusula segunda que se refirió al alcance del objeto contractual y se acordó en el párrafo primero que “*los precios que se establecen en la propuesta para la fase I, diseño, son fijos e incluyen todos los gastos directos e indirectos para la ejecución del proyecto y por tanto será [la] única remuneración [al contratista] por el trabajo contratado*”²⁰.

El 7 de febrero de 2000 se convino en suspender la ejecución del contrato hasta el 24 de marzo de 2000, fecha en la cual se reiniciaron las obras²¹.

El 4 de abril de 2000 se suscribió el “*ACTA DE RECIBO Y DE SUSPENSION DEL PLAZO*”, en la cual se dejó constancia de que el interventor recibía los “*informes de diseño finales correspondientes a la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales del municipio de Cogua*” y que hasta tanto “*dichos diseños [fueran] aprobados*” se suspendía el plazo de ejecución del contrato No. 295²².

Posteriormente, el 15 de septiembre de 2000 las partes contratantes suscribieron una “*ADICION AL CONTRATO DE OBRA No. 295*”, en virtud de la cual se acordó adicionar el valor del contrato en la suma de \$240.265.668²³.

El 8 de noviembre de 2000 se dio inicio a las obras correspondientes a la fase II del contrato No. 295²⁴.

El 17 de noviembre de 2000 se suspendió nuevamente la ejecución del contrato y el 11 de enero de 2001 se reiniciaron las obras²⁵.

De conformidad con lo anterior, observa la Sala que debido a las suspensiones que se presentaron durante la ejecución del contrato No. 295, el plazo de duración se extendió hasta el 25 de mayo de 2001 para un total de 235 días, sin embargo, obra en el expediente una prórroga al contrato suscrita por las partes contratantes el mismo 25 de

²⁰ Fls. 11 y 12 del cuaderno de pruebas No. 2.

²¹ Fl. 17 y 18 del cuaderno de pruebas No. 2.

²² Fls. 212 y 213 del cuaderno de pruebas No. 3.

²³ Fls. 13 al 15 del cuaderno de pruebas No. 2. Fls. 1135 al 1140 del cuaderno de pruebas No. 10.

²⁴ Fl. 107 del cuaderno No. 2.

²⁵ Fl. 108 del cuaderno No. 2. Fl. 132 al 133 del cuaderno de pruebas No. 3.

mayo de 2001, a través de la cual se decidió ampliar el término de ejecución por 31 días contados a partir del 27 de mayo de 2001 hasta el 26 de junio de esa anualidad²⁶.

En ese sentido, resulta entonces que el plazo del contrato No. 295 culminó el 26 de junio de 2001, razón por la cual, el lapso con el cual contaban para liquidar el contrato era de seis (6) meses a partir de esa fecha y sólo al día siguiente del vencimiento de esos seis (6) meses, esto es el 27 de diciembre de 2001 empezaría el conteo de los dos años para instaurar la acción contractual.

No obstante lo anterior, en el expediente obra copia de la solicitud de conciliación prejudicial radicada en el Ministerio Público el 19 de junio de 2002 por el Consorcio Aquavip²⁷ con el fin de conciliar aspectos relacionados con la ejecución de los contratos por cuya causa se demanda .

De conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la ley 640 de 2001, la solicitud de conciliación prejudicial suspende el término de caducidad de la acción hasta por un plazo que no puede exceder de tres (3) meses, dice así la norma:

“ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.

Así las cosas, se tiene que el término de caducidad del contrato No. 295 comenzó a correr el 27 de diciembre de 2001, se suspendió el 19 de junio de 2002 con la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial, se reanudó el 19 de septiembre de 2002, esto es, al vencimiento de los tres (3) meses siguientes a la fecha de presentación de la señalada solicitud y feneció el 27 de marzo de 2004.

En ese orden de ideas, comoquiera que el término de caducidad venció el 27 de marzo de 2004 y la demanda se presentó el 22 de enero de 2004, razonable resulta concluir que la demanda se interpuso oportunamente.

²⁶ Fl. 132 al 133, 169 del cuaderno de pruebas No. 3.

²⁷ Fls. 149 al 156 del cuaderno principal.

De otra parte, en cuanto al contrato No. 296 se refiere encuentra la Sala que el plazo del contrato, a diferencia de lo dicho por el hoy demandante, venció el 4 de abril de 2001, tal como a continuación pasa a explicarse:

En el contrato No. 296 las partes pactaron un plazo de ejecución de 285 días calendario contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación de actividades de la fase I del contrato, lo que ocurrió el 19 de noviembre de 1999²⁸.

El 14 de febrero de 2000 se suspendió la ejecución de la fase I del contrato No. 296 y se reinició el 30 de marzo de 2000²⁹.

El 6 de abril de 2000 se suspendió nuevamente la ejecución del contrato³⁰.

El 26 de septiembre de 2000 se dio inicio a la ejecución de la fase II del contrato³¹.

Así pues, en principio, la ejecución del contrato No. 296 iba desde el 19 de noviembre de 1999 – fecha de iniciación de las obras - hasta el 29 de agosto de 2000 para un total de 285 días, no obstante lo cual, comoquiera que durante ese período se suspendió la ejecución del contrato en dos oportunidades por el término de 218 días, el plazo se extendió hasta el 4 de abril de 2001.

Así las cosas, dado que el plazo del contrato No. 296 venció el 4 de abril de 2001, el lapso con el cual contaban para liquidar el contrato era de seis (6) meses contados desde esa fecha y sólo al día siguiente del vencimiento de esos seis (6) meses, lo que ocurrió el 5 de octubre de 2001, empezaría el conteo de los dos años para instaurar la acción contractual, sin embargo, encuentra la Sala que el término de caducidad de la acción se suspendió el 19 de junio de 2002 con la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial y se reanudó el 19 de septiembre de 2002, esto es al vencimiento de los tres (3) meses siguientes a la fecha de presentación de la señalada solicitud.

En ese sentido, el término con el que contaban las partes para demandar se extendió hasta el 5 de enero de 2004, no obstante, comoquiera que la demanda fue presentada

²⁸ FIs 22 al 24, 297 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁹ Fl. 298 y 299 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁰ FIs. 300 al 301 del cuaderno de pruebas No. 2.

³¹ FIs. 313 del cuaderno de pruebas No. 2.

el 22 de enero de 2004, claro está que para ese entonces la acción se encontraba caducada.

Advierte la Sala que las partes suscribieron una prórroga al contrato con el fin de ampliar el término de duración del mismo, sin embargo, dado que ésta fue suscrita el 6 de abril de 2001, es decir, con posterioridad a la fecha de terminación del contrato, lo que ocurrió el 4 de abril de 2001, no podrá entenderse sujeta a él y, por consiguiente, no incidirá de manera alguna en los términos de ejecución del contrato No. 296.

Al respecto nótese que para que proceda la prórroga de un contrato resulta imprescindible que el negocio jurídico sobre el cual ésta ha de recaer, a la fecha en que se celebre el acuerdo de voluntades en ese sentido, aun se encuentre vigente, toda vez que es fáctica y jurídicamente imposible revivir, por vía de un acuerdo, aquello que ya ha terminado.

Así las cosas, comoquiera que respecto al contrato No. 296 operó el fenómeno de la caducidad de la acción, la Sala examinará la procedencia de las suplicas de la demanda únicamente en relación con el contrato No. 295.

4. Caso concreto.

Previo a resolver de fondo el asunto planteado, resulta necesario precisar que en el caso *sub examine* el demandante hizo referencia a un supuesto desequilibrio económico del contrato No. 295, el cual hizo consistir: i) en la existencia de obras adicionales y de mayores cantidades de obra, ii) en una mayor permanencia en la obra y, iii) en la pérdida de la utilidad esperada *“originada en el hecho de que la utilidad esperada no pudo obtenerse por los sobre costos y el exceso de prórrogas y suspensiones del contrato”*.

Solicitó, además, que se declare el incumplimiento del contrato por parte de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, el cual hizo consistir en el retardo en el pago de las actas de obra presentadas por el contratista³².

³² En cuanto a las diferencias existentes entre la ruptura del equilibrio económico - financiero del contrato y el incumplimiento contractual, la Sala se pronunció de la manera que sigue:

“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos

En el orden señalado procederá la Sala a estudiar la procedencia de los pedimentos formulados por el demandante, así:

5. Ruptura del equilibrio económico del contrato No. 295.

5.1. Obras adicionales.

A continuación la Sala examinará si durante la ejecución del contrato No. 295, el contratista tuvo que realizar obras adicionales que no habría cancelado la entidad contratante, alterando el equilibrio económico del contrato.

En relación con este reclamo, la Sala encuentra en el expediente las siguientes pruebas:

- Comunicación enviada el 18 de abril de 2001 al interventor de la fase II del contrato No. 295, por medio de la cual el contratista le informó que le adjuntaba *“para su consideración los precios unitarios y las cantidades de obra que resultaron como consecuencia de las modificaciones que ha[bía] que efectuar en la planta del contrato de referencia, para optimizar su operación y puesta en marcha”*, por un valor total de \$36'104.879³³.
- Acta de ejecución de obras adicionales suscrita el 26 de junio de 2001 por el interventor, en virtud de la cual se dejó constancia de que el contratista había ejecutado unas obras adicionales, así³⁴:

previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

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

(...). Sentencia proferida el 14 de marzo de 2013 por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Rad. No. 20.524. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

³³ Fl. 73 y 74 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁴ Fl. 75 del cuaderno de pruebas No. 2.

“... La interventoría, Unión Temporal HIDROTEC LTDA – MARGARITA BORDA, hace constar que el Contratista Consorcio AQUAVIP, ejecutó las obras indicadas en el cuadro adjunto, de acuerdo con lo tratado en las Actas de Reunión Semanal de Interventoría Nos. 12, 13 y 18, en las cuales se trataron los temas de obras adicionales presentadas en las obras de Cogua y La Calera, a continuación nos permitimos certificar que el Contratista, Consorcio AQUAVIP, durante el desarrollo del contrato para cada obra, realizó las siguientes obras adicionales:

| ITEM | DESCRIPCIÓN | UNIDAD | CANTIDAD |
|------|---|--------|----------|
| | PLANTA DE TRATAMIENTO | | |
| 1.12 | Protección de Olas | MI | 2,125 |
| 1.13 | Protección Salidas de Interconexión lagunas | Un | 10 |
| 1.14 | Limpieza de la Quebrada Padre Otero | GI | 1 |
| 1.15 | Adecuación Zona Aledaña Padre Otero | GI | 1 |
| 1.16 | Estructuras de Aforo | M3 | 4,16 |
| 1.17 | Mampostería Estructura de Aforo | M2 | 26,31 |
| 1.18 | Pañete | M2 | 26,31 |
| 1.19 | Cabezotes de Salida | M3 | 2,5 |
| 1.20 | Estructura de Paso Directo | M3 | 3,01 |
| 1.21 | Mampostería Estructura Paso Directo | M2 | 24,03 |
| 1.22 | Pañete | M2 | 24,03 |
| 1.23 | Acero de Refuerzo | Kg | 450 |

La obra anterior fue necesaria ejecutarla para que la Planta de Tratamiento de Cogua pudiera entrar en operación y prestar el servicio de tratamiento de las aguas residuales, para lo cual fueron diseñadas; tal como se dio a conocer a la CAR durante el desarrollo del contrato de Construcción de la Planta de Tratamiento.

(...).”

- Comunicación de fecha 28 de junio de 2001, mediante la cual el contratista le manifestó al interventor que le enviaba para su revisión y observación las mayores cantidades de obra ejecutadas en el contrato No. 295 y los “ítems no previstos que se ejecutaron...”³⁵.

³⁵ Fls.268 cuaderno de pruebas No. 2.

- Comunicación de fecha 15 de agosto de 2001 dirigida al interventor, por medio de la cual el contratista le informó que le enviaba para su estudio y aprobación “la relación de los trabajos adicionales y mayores cantidades de obra” que tuvo que realizar durante la ejecución del contrato No. 295³⁶:

“(..)

Para su estudio y aprobación enviando la relación de los trabajos adicionales y mayores cantidades de obra, realizados en la PTAR de la referencia para completar el proyecto inicialmente presupuestado, con un correcto y adecuado funcionamiento.

En un cuadro se relaciona la Mayor Cantidad de Obra Ejecutada y no pagada por un valor de Ciento Cinco Millones Setecientos Veintisiete mil Ochocientos Noventa Pesos M/CTE (\$105'727.890,00), con sus respectivos informes explicativos.

En el otro cuadro ponemos a su consideración las cantidades de los ítems no previstos en el contrato pero que necesariamente tuvieron que ser ejecutados para lograr los objetivos atinentes al adecuado y correcto funcionamiento del proyecto”.

- Reposa en el expediente el cuadro que adjuntó el contratista a la comunicación que antecede relacionando las obras adicionales que, según él, debía cancelarle la entidad contratante:

| ITEM | DESCRIPCION | UNIDAD | CANTIDAD |
|------|--|--------|----------|
| | PLANTA DE TRATAMIENTO | | |
| 1.12 | PROTECCION DE OLAS | ML | 2125 |
| 1.13 | PROTECCION SALIDA DE INTERCONEXION LAGUNAS | UN | 10 |
| 1.14 | LIMPIEZA DE LA QUEBRADA PADRE OTERO | GL | 1 |
| 1.15 | ADECUACION ZONA ALEDAÑA PADRE OTERO | GL | 1 |
| 1.16 | ESTRUCTURA DE AFORO | M3 | 4.16 |
| 1.17 | MAMPOSTERIA ESTRUCTURA DE AFORO | M2 | 26.31 |
| 1.18 | PAÑETE | M2 | 26.31 |
| 1.19 | CABEZOTES DE SALIDA | M3 | 2.5 |
| 1.20 | ESTRUCTURA DE PASO DIRECTA | M3 | 3.01 |
| 1.21 | MAMPOSTERIA ESTRUCTURA PASO DIRECTO | M2 | 24.03 |
| 1.22 | PAÑETE | M2 | 24.03 |
| 1.23 | ACERO DE REFUERZO | KG | 450 |

- Comunicación de fecha 10 de diciembre de 2001, enviada por el interventor a la supervisora del contrato de interventoría, de la cual se extrae lo siguiente³⁷:

³⁶ Fls. 79 al 85 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁷ Fl. 56 del cuaderno de pruebas No. 3.

“(...)

La interventoría ha revisado el Acta No. 6 de la referencia, ratificando la Cuenta de Cobro No. 545 del 3 de diciembre de 2001. Igualmente, efectuó un balance de la obra construida en la cual se compensaran obras ejecutadas con mayores cantidades con obras no ejecutadas. Hay que anotar que el contrato no sobrepasa los costos directos estipulados de \$781'876.668 para su liquidación. Con la presente acta se concluye la puesta en marcha y se procederá a efectuar la liquidación del contrato.

(...)”.

- Informe técnico de fecha septiembre de 2002, suscrito por la supervisora del contrato de interventoría con el visto bueno y firma del interventor de la fase II del contrato No. 295, a través del cual se examinó la reclamación del contratista consistente en la cancelación de unas supuestas obras adicionales ejecutadas en desarrollo del contrato No. 295 y se concluyó que no había lugar a acceder a su petición. Se extraen los siguientes apartes³⁸:

“(...)

Ítems no previstos y ejecutados por el contratista.

(...)

1.12 Protección de olas

En el plano No. 21 – CORTES GENERALES DEL SISTEMA DE TRATAMIENTO del diseño aprobado, aparece el detalle del rompeolas para las lagunas, lo que indica que desde la concepción del diseño se tenía previsto construir un sistema de rompeolas para evitar socavación de los taludes de las lagunas, por lo cual se considera no puede ser un ítem de obra no previsto, ya que efectivamente aparecen en los planos de diseño.

(...)

1.14. Limpieza de la Quebrada Padre Otero

El ítem no aparece en las cantidades de obra, no obstante en el plano no. 25, aparece un perfil ‘emisario de paso directo’ en el cual se indica el dragado del cauce, para el caso este cauce es la Quebrada Padre Otero. Por otro lado en el Estudio de Impacto Ambiental, que forma parte del diseño, en el capítulo Plan de Manejo Ambiental en la ficha C-9 Manejo de aguas durante la construcción se prevé el arrastre de sedimentos hacia la Quebrada Padre Otero y dice: ‘Durante la construcción se deberá implementar sistemas de desarenación de tal forma que se controle el arrastre de sedimentos hacia las quebradas’. Más adelante habla de los costos y dice: ‘Los costos de las anteriores medidas hacen parte del

³⁸ Fls. 49 al 55 del cuaderno de pruebas No. 1.

presupuesto general de construcción ‘Por otro lado en ejecución de la obra, el contratista no tuvo precaución en el paso del material de excavación al predio aledaño para su disposición, dejando caer material sobre la Quebrada. Así mismo al subir el nivel del jarillón en el costado norte cayó taponando la Quebrada. En consecuencia este ítem no se puede considerar como obra no prevista, pues forma parte de la calidad de construcción y de manejo de materiales...

(...)

1.16. Estructura de aforo

En la página No. 33 del informe técnico CB-0432B/IT-1399-00 diseño de la planta de tratamiento de aguas residuales del municipio de Cogua, numeral 5.7.4 Estructura de aforo, en el segundo párrafo dice: ‘Como sistema de medición de caudales se utilizará un aforador de garganta estrecha tipo Ballofet, el cual...’ y en el numeral 5.7.7 Salida agua tratada de este mismo capítulo (Diseño de planta de tratamiento) dice: ‘sale mediante dos estructuras de entrega final... en el extremo final de la conducción se ha diseñado colocar una estructura de aforo similar a la de la entrada para determinar...’ En consecuencia este ítem no se considera obra no prevista.

El detalle de la estructura de aforo aparece en el plano de obra No. 6

1.17 Mampostería estructura de aforo

Esta actividad está directamente ligada con la estructura de aforo, por lo tanto estaba prevista.

1.18 Pañete

Esta actividad está directamente ligada con la estructura de aforo, por lo tanto estaba prevista.

1.19 Cabezotes de salida

Los cabezotes de salida aparecen en los planos de diseño Nos. 23^a, 22 y 25. Así mismo en el informe técnico CB-0432B/It-1399-00, que corresponde al diseño final aprobado por la interventoría, en el capítulo diseño de los colectores – memorias de cálculo, se encuentra el diseño del cabezote de salida. En consecuencia esta actividad no se puede considerar como ítem de obra no previsto.

(...)”.

Previo a realizar el análisis probatorio que corresponde, resulta pertinente reiterar lo dicho por la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación³⁹, en el sentido

³⁹ La Corporación, en pronunciamiento del 29 de febrero de 2012, expediente No. 16371, discurrió así: “...Para que sea procedente la condena de la entidad al pago de las obras ejecutadas por fuera de lo expresamente pactado en el contrato, tal y como sucede con las mayores cantidades de obra –entendidas éstas como la ejecución de mayores cantidades de unos ítems que sí han sido contemplados en el contrato- o con las obras adicionales –es decir aquellas carentes de consagración en el contrato y para las cuales resulta necesario establecer los nuevos precios unitarios- se requiere que su construcción no haya obedecido a la simple iniciativa autónoma del contratista, pues él está obligado por los términos del negocio jurídico celebrado con la administración y sólo debe realizar las obras en la cantidad y clase allí estipulados, salvo que de común acuerdo y en forma expresa, las partes hayan

de que para que proceda el reconocimiento y pago de obras adicionales y mayores cantidades de obra, que estas hubieren sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante.

En ese contexto, el sólo hecho de acreditar la existencia de obras adicionales no implica necesariamente el derecho del contratista a reclamar su pago, en tanto que para que sea procedente la condena de la entidad al pago de las obras ejecutadas por fuera de lo expresamente pactado en el contrato – es decir aquellas que no fueron pactadas inicialmente en el contrato y para las cuales resulta necesario establecer los nuevos precios unitarios - se requiere que previamente hubiesen sido autorizadas por el representante legal de la entidad contratante, único que tiene capacidad de comprometer el presupuesto de la entidad.

Así pues, de manera alguna la ejecución de obras adicionales puede obedecer a la simple iniciativa del contratista, dado que él está obligado por los términos del contrato celebrado y sólo debe realizar las obras allí acordadas, distinto sería el caso de que la entidad contratante hubiese autorizado al contratista a ejecutar obras por fuera de lo pactado en el contrato, evento en el cual entidad contratante sí estaría obligada a cancelar su valor.

De conformidad con el material probatorio que acaba de relacionarse, observa la Sala que existe en el expediente un documento denominado “*acta de ejecución de obras adicionales*” suscrito por el interventor, en el que se dejó constancia de la ejecución de unas obras adicionales por parte del contratista, las cuales, según se desprende del documento, había sido “*necesari[o] ejecutarla[s] para que la Planta de Tratamiento de Cogua pudiera entrar en operación y prestar el servicio de tratamiento de las aguas residuales, para lo cual fueron diseñadas*”.

No obstante lo anterior, observa la Sala que en relación con esas mismas obras, el supervisor de la interventoría elaboró un informe técnico de fecha septiembre de 2002, el que cuenta con el visto bueno y firma del interventor del contrato No. 295, a través del cual se examinó la petición del contratista encaminada al pago de esas obras

dispuesto la realización de mayores cantidades de obra u obras adicionales o que la entidad, en ejercicio de su facultad de modificación unilateral, así lo hubiere decidido a través del respectivo acto administrativo. De lo contrario, la clase y cantidad de obras, serán las contempladas en el contrato y a ellas se debe atener el contratista.

61. Lo anterior, por cuanto “(...) ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe demostrarse en los términos antes expuestos cuando ellas se reclaman”.

adicionales y se concluyó que no había lugar a reconocer al peticionario suma alguna por ese concepto, toda vez que algunas de esas obras habían sido concebidas en los planos del diseño y en el informe técnico CB-04321B/It-1399-00 contentivo del diseño definitivo y, otras, se habían tenido que realizar por el descuido y falta de precaución del contratista, como fue el caso - a modo de ejemplo - de la limpieza de la quebrada Padre Otero, obra que se habría tenido que ejecutar por cuanto *“el contratista no tuvo precaución en el paso de material de excavación al predio aledaño para su disposición, dejando caer material sobre la quebrada”*.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que en el presente asunto hay dos documentos ambos suscritos por el interventor, no obstante, en el primero de ellos se relacionaron unas obras como adicionales y, en el segundo, se examinó la reclamación del contratista encaminada a obtener el pago de esas obras y se concluyó que no era procedente, en tanto que, alguna de esas obras se habían tenido que realizar por la falta de precaución del contratista en la utilización de los materiales en la construcción de la obra y, en cuanto a las otras, sostuvo que no eran obras adicionales toda vez que se encontraban concebidas en el diseño y en los planos.

De lo anterior se desprende, entonces, que si bien el contratista habría ejecutado unas obras adicionales, información que coincide en los dos documentos aportados al proceso y a los que acaba de referirse la Sala, no lo es menos que, según el informe técnico, algunas de esas obras que el contratista reclama su pago se tuvieron que realizar por culpa exclusiva del contratista, información que observa la Sala no fue desvirtuada en el proceso.

En consecuencia, comoquiera que no hay prueba que desvirtúe lo dicho en el informe técnico en relación con esas obras que se vio forzado el contratista a realizar por su propio descuido, no habrá lugar a condenar a la entidad al pago de suma alguna por ese concepto.

Ahora, en relación con las obras que en el informe técnico se indicó que no eran adicionales, por cuanto se encontraban previstas en el diseño, observa la Sala que hay una duda al respecto, en tanto que esa información es contraria a la consignada en *“el acta de ejecución de obras adicionales”*.

Nótese como en el primer documento denominado *“acta de ejecución de obras adicionales”* se enlistaron unas obras como adicionales, contrario a lo que ocurrió en el

informe técnico elaborado con posterioridad, en el cual se hizo un estudio detallado de cada una de esas obras y se concluyó que algunas de ellas no tenían carácter de adicionales por cuanto se encontraban concebidas en los planos y en el diseño.

En ese orden de ideas, comoquiera que no hay ninguna prueba en el expediente que despeje la duda que surge en relación con la información contradictoria que se refleja de la lectura del acta de ejecución de obras adicionales y del informe técnico, en tanto que no reposan en el expediente los planos del diseño ni el informe CB-0432B/It-1399-00 que correspondería al diseño definitivo aprobado por el interventor, no hay manera de acceder a lo pretendido por el actor, en tanto que no hay certeza de que esas obras en realidad fuesen adicionales, así como tampoco hay prueba de la necesidad de su ejecución para el cabal cumplimiento del objeto pactado en el contrato No. 295.

Aunado a lo anterior, observa la Sala que en la demanda se señaló que las obras adicionales ejecutadas por el contratista fueron debidamente certificadas por el interventor, razón por la cual, dio entender, que había lugar a cancelar su valor.

Al respecto conviene precisar que la función del interventor no es otra que realizar la verificación y el control de la ejecución del objeto contractual, de ahí que sus labores no pueden llegar al extremo de representar a la entidad como parte contratante, toda vez que esa competencia le está expresamente asignada a su jefe máximo o a quien éste hubiere delegado para tales efectos en legal forma, en consecuencia, no le está dado al interventor introducir modificación alguna al contrato sobre el cual ejerce su función, puesto que esa materia es del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista⁴⁰.

Encuentra la Sala que en el caso que ahora se examina no hay prueba de que la entidad demandada hubiese autorizado o aprobado con el contratista la ejecución de las obras consignadas en el “*acta de ejecución de obras adicionales*” elaborada por el interventor, razón por la cual no puede – ahora - el contratista aspirar a comprometer la responsabilidad de la Administración por esos costos que ella no aceptó asumir.

En ese contexto, comoquiera que en el proceso no obra ninguna prueba que permita establecer con certeza que la entidad contratante tenía la obligación de pagar las

⁴⁰ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2013, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 25199.

supuestas obras adicionales que reclama el contratista, la pretensión de restablecimiento económico del contrato por este concepto no está llamada a prosperar.

Encuentra la Sala que en el expediente se allegó un dictamen pericial que se practicó como prueba anticipada por el demandante y se decretó por el Tribunal *a quo* mediante auto de fecha 19 de agosto de 2004⁴¹, con el fin de determinar los costos que habría tenido que asumir el contratista con ocasión del desequilibrio económico que se presentó durante la ejecución del contrato No. 295 y el cual hizo consistir en los puntos señalados en la demanda.

Se advierte al respecto que la mencionada prueba no puede ser valorada por la Sala, en atención a que no fue citada ni participó en su práctica la entidad demandada o su representante, luego no se dio cumplimiento al principio de contradicción ni al ejercicio del derecho de defensa, como lo exige el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto se requería de audiencia de la contraparte para hacerla valer en el presente proceso.

No obstante lo anterior, en cuanto a los documentos que fueron soporte del dictamen pericial y que reposan en el expediente, comoquiera que han obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fueron cuestionados en su veracidad, tienen plena eficacia demostrativa y, por tal razón, deben ser tenidos en cuenta para resolver de fondo el litigio.

5.2. Mayores cantidades de obra.

El demandante pretende que se declare el desequilibrio económico del contrato No. 295, por cuanto el contratista habría incurrido en la ejecución de mayores cantidades de obra *“originadas en sujeciones imprevistas, no imputables por ende al contratista, y debidamente certificadas por la interventoría, según se desprende de las pruebas documentales, testimoniales y periciales que obrarán en el acápite correspondiente. (Acta de Mayores Cantidades de Obra...)”*.

En cuanto a este aspecto se refiere observa la Sala que el único documento que da cuenta de la existencia de mayores cantidades de obra autorizadas por la entidad contratante, es la *“ADICION AL CONTRATO DE OBRA No. 295”* suscrita por el contratista y por la CAR el 15 de septiembre de 2000, documento en el cual las partes

⁴¹ Cuaderno de pruebas No. 2. Fls. 60 y 61 del cuaderno No. 1.

acordaron aumentar el valor del contrato en \$240'265.668. En el documento en mención se indicó que se incrementaba el precio en la suma señalada por las siguientes razones: **“1) Mayor capacidad de la planta:** la propuesta presentada en marzo de 1998 corresponde a una planta con capacidad de 12.5 l/s, mientras que la diseñada corresponde a 17 l/s, lo que representa un 36% de mayor capacidad. **2) Mayor longitud de colectores:** La propuesta presentada en marzo de 1998 tuvo en cuenta una longitud de colectores de 912 m, mientras que el diseño definitivo resultó en una longitud de 1.359m, con un incremento del 49%. **3) Mayor cantidad de obra de excavación...**”⁴².

Así mismo, en el expediente obra el Acta de Obra No. 6 suscrita el 9 de agosto de 2001 por el interventor y por el contratista - sin la firma de la entidad contratante -, en la cual se relacionaron unos **“ITEMS CON MAYOR CANTIDAD DE OBRA”** y se dejó constancia de que se compensaban ítems no ejecutados con mayor cantidad de obra ejecutada⁴³.

Reposa en el expediente una comunicación de fecha 15 de agosto de 2001 dirigida al interventor, mediante la cual el contratista le adjuntó un cuadro con las mayores cantidades de obra, el cual arrojó un valor a cancelar por ese concepto de \$105'727.890, así⁴⁴.

“

| NOMBRE | | CONDICIONES INICIALES DEL CONTRATO | | | | CONDICIONES FINALES | | |
|--------|---|------------------------------------|----------|---------|------------|---------------------|-------------|-------------|
| | | Un | Cantidad | Precio | Total | Cant. Mayor | Cant. Final | Mayor valor |
| | LAGUNA REDUCCION COLIFORMES | | | | | | | |
| 1.03 | EXCAVACION Y RETIRO INTERNO | M3 | 18.729 | 2.400 | 44.949.600 | 2.770.616 | 35,891 | 6.649.479 |
| 1.04 | PERFILADA Y COMPACTACION SUBRASANTE | M2 | 4.500 | 300 | 1.350.000 | 11.800 | 16.300 | 3.540.000 |
| | EXCAVACION | M3 | 18.729 | 3.263 | 61.112.727 | 17.162 | 35.891 | 55.999.606 |
| 1.09 | TUBERIA DE ACERO | ML | 155 | 106.900 | 16.569.500 | 30.0 | 185 | 3.207.00 |
| | RED DE CONDUCCION ALCANTARILLADO | | | | | | | |
| 2.01 | EXCAVACION PARA TUBERIAS... | M3 | 2.208 | 2.000 | 4.416.000 | 172.9 | 2.380.9 | 345.800 |
| 2.04 | RELLENO DE | M3 | 445 | 16.000 | 7.120.000 | 3.9 | 448.9 | 62.400 |

⁴² Fls. 13 al 15 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴³ Fls. 59 y 60 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁴⁴ Fls. 79 y 80 del cuaderno de pruebas No. 2.

| | | | | | | | | |
|-------|---|----|-----|---------|------------|-------|-------|-----------|
| | RECEBO PARA ATRAQUE | | | | | | | |
| 2.05 | RETIRO DE SOBRANTES EXTERNO | M3 | 552 | 3.520 | 1.943.040 | 47.1 | 599.1 | 165.792 |
| 2.06 | PLACA DE FONDO POZOS CON REDU | UN | 18 | 216.220 | 3.891.960 | 6.0 | 24.0 | 1.297.320 |
| 2.08 | REDUCCION H = 0.80M para Pozo Menor | UN | 2 | 248.480 | 496.960 | 6.0 | 8.0 | 1.490.880 |
| 2.10 | TUBERIA R.B 200MM | ML | 272 | 21.750 | 5.916.000 | 21.2 | 293.2 | 461.100 |
| 2.13 | TUBERIA R.B 350MM | ML | 764 | 41.238 | 31.505.832 | 104.9 | 868.9 | 4.325.866 |
| (...) | | | | | | | | |

”.

Obra en el proceso el ya mencionado Informe técnico elaborado en septiembre de 2002 por la supervisora de la interventoría, con el visto bueno y firma del interventor del contrato No. 295, a través del cual se examinó y negó la solicitud del contratista consistente en que le fueran pagadas las mayores cantidades de obra en las que habría incurrido. Se extraen los siguientes apartes del documento en mención⁴⁵:

“(…)

Mayor cantidad obra ejecutada y no pagada

(…)

1.09 Tubería de acero

Este ítem en el presupuesto que forma parte del diseño, aparece como tubería de acero. En el diseño capítulo cantidades de obra, en el ítem 1.09 aparece como tubería en fibra de vidrio y el cálculo de la misma lo definen en 155 ml de tubería.

Comparado el diseño inicial frente a lo construido la diferencia es de 19 ml aproximadamente, ya que se solicitó instalar un tubo adicional entre la laguna primaria y la secundaria, por considerar se podrían formar zonas muertas en esta laguna.

De igual forma en la línea de conducción del efluente final de la laguna de maduración a la fuente receptora varía en localización y longitud, esta variación se realizó en ejecución de la obra.

La cantidad contratada fue de 155 ml tubería de fibra de vidrio y la reclamada 30 ml, en los planos de construcción se corroboró esta mayor cantidad.

De igual forma que en los casos anteriores, el contrato es claro en definir el no pago de mayores cantidades. En este caso específico el requerir una tubería adicional de distribución de agua a la entrada de la laguna secundaria para

⁴⁵ Fls. 49 al 55 del cuaderno de pruebas No. 1.

ejecutar el flujo de pistón, evitaría la generación de zonas muertas, situación está que hubiera haber (sic) sido prevista en el diseño inicial.

1.2.2.2 Análisis de cada una de las actividades del capítulo C) Red de conducción alcantarillado.

2.01 Excavación para tuberías en material común

2.04 Rellenos de recebo para atraques

2.05 Retiro de sobrantes externo

2.06 Placa de fondo pozos con reducción

2.08 Reducción H=0.80 m para pozo menor

2.10 Tubería RB 200 mm

2.13 Tubería RB 350 mm

2.15. Tubería RB 350 mm

2.16 Tubería RB 350 mm

2.17 Tubería RB 700mm

Los ítems de tubería fueron medidos en los planos de construcción y en algunos casos corroborados en campo, dando como resultado una longitud de tubería igual a la contratada. (Diferencia a favor CAR 24 m).

Longitud de tubería contratada 1359 ml.

Longitud tubería reclamada 192 ml.

Longitud de tubería construida 1359 ml.

Por lo anterior su solicitud no procede.

2.23 Viaducto en estructura metálica.

De acuerdo con los diseños aprobados por la interventoría los cruces del colector sobre las quebradas no variaron frente a lo construido (plano de diseño No. 1- Localización general del proyecto -, plano As-built No. 1 de 8)...

1.2.2.3 Análisis de cada una de las actividades del capítulo D) Estructura de concreto.

3.02 Excavación y retiro interno

3.05 Concreto 3.000 psi

3.06 Acero de refuerzo

De acuerdo con los cálculos que aparecen en el diseño aprobado, capítulo cantidades de obra, corresponden a las cantidades contratadas, no obstante al verificar las cantidades en los planos AS-Built, encontramos que aproximadamente entre las estructuras de entrada, estructura de paso de la laguna de maduración a emisario final y cabezal de entrega a fuente y cabezal de entrega, los concretos suman la cantidad contratada. De igual forma el acero de refuerzos. Por lo anterior su petición no procede...".

Observa la Sala que en el presente asunto no se está en discusión el pago por parte de la entidad contratante del valor consignado en la adición al contrato suscrita por las partes el 15 de septiembre de 2000 ni del acta de obra No. 6, puesto que, como se deja ver en la demanda y más adelante se examinará, el actor hizo referencia fue a un retardo y no a una ausencia de pago en las actas de obra presentadas por el

contratista, pretensión que, además, sería propia de un incumplimiento y no de un desequilibrio económico del contrato.

Aclarada la anterior circunstancia, de conformidad con el material probatorio allegado al plenario, infiere la Sala que las mayores cantidades de obra que pretende el demandante le sean canceladas son las que relacionó el contratista en la comunicación de fecha 15 de agosto de 2001 dirigida al interventor, mismas que habría reclamado ante la entidad y respecto de las cuales en el informe técnico se examinó su procedencia y se concluyó que no había lugar a reconocer suma alguna al contratista por ese concepto.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que si bien el contratista habría reclamado el pago de unas mayores cantidades de obra, no hay prueba en el expediente que acredite que la entidad contratante autorizó su ejecución, así como tampoco hay prueba de que la entidad estuviese en la obligación de cancelar suma alguna por ese concepto, por el contrario, reposa en el expediente el ya mencionado informe técnico, en el cual se examinaron los ítems relacionados en el cuadro enviado por el contratista al interventor y se concluyó que no se accedía a la petición del actor, comoquiera que, en la gran mayoría de los casos, los ítem de mayores cantidades de obra que reclamaba el contratista sumaban las cantidades contratadas que se habían definido en el diseño que el mismo elaboró y, concretamente, en cuanto a la tubería de acero, se indicó que no había lugar a cancelar suma alguna por ese concepto, en tanto que ese gasto se debió prever en el diseño, información consignada en el informe que no fue desvirtuada en el proceso.

De otra parte, observa la Sala que en el Otrosí que suscribieron las partes contratantes el día 23 de diciembre de 1999 se acordó, entre otras cosas, que el valor final de la fase II del contrato sería el que resultara de las cantidades de obras definidas en los diseños elaborados por el contratista.

Así pues para la Sala es claro que siendo el mismo contratista el que tenía encomendada la labor de elaboración de los diseños, con mayor razón cualquier mayor cantidad de obra en la que tuviera que incurrir el contratista debía contar con la autorización o aprobación previa de la entidad contratante.

Así las cosas, comoquiera que no hay prueba en el expediente de que la entidad contratante hubiese autorizado la ejecución de mayores cantidades de obra o que el

contratista hubiese tenido que incurrir en una mayor cantidad de obra por causas ajenas a él, sobrepasado el estimativo inicial de la obra contratada y alterando significativamente el valor presupuestado inicialmente en el contrato No. 295, las pretensiones no están llamadas a prosperar.

Por último, resulta oportuno señalar que el demandante si quería que sacar adelante sus pretensiones debió acreditar no sólo la existencia de mayores cantidades impagas, sino, también, su necesidad para la ejecución del objeto contractual, circunstancia de la cual tampoco hay prueba en el proceso.

5.3. Sobrecostos por una mayor permanencia en la obra y pérdida de la utilidad esperada por el contratista.

Manifestó el demandante que como consecuencia de las prórrogas y suspensiones que sufrió el contrato No. 295, el contratista tuvo que permanecer más tiempo del acordado en la obra, circunstancia que había alterado el equilibrio económico del contrato, en tanto que se habrían causado unos sobrecostos que el contratista se vio obligado a asumir.

En cuanto a las suspensiones y prórrogas del contrato No. 295, encuentra la Sala las siguientes pruebas:

- Comunicación enviada el 7 de febrero de 2000 por el Director del Proyecto del contrato No. 295 al interventor, a través de la cual le solicitó la suspensión del contrato, en tanto que resultaba *“necesario ampliar la investigación de suelos debido a que se detectó la presencia de gravas en un parte del lote lo que puede eliminar la posibilidad de desarrollar lagunas”*. Así mismo, expresó que dicha solicitud *“no conllevaba ningún sobrecosto para la Fase I, habida cuenta que dicho trabajo es a precio fijo, ni ampliación del tiempo total previsto para la ejecución del contrato”*⁴⁶.

- Acta de suspensión del contrato a partir del 7 de febrero de 2000 hasta el 24 de marzo de esa anualidad, fecha, esta última, en la que se reinició el contrato⁴⁷.

⁴⁶ Fl. 174 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁴⁷ Fl. 17 y 18 del cuaderno de pruebas No. 2.

- Acta de recibo y de suspensión del plazo del contrato No. 295 de fecha 4 de abril de 2000, en virtud de la cual se dejó constancia de que se recibían *“los informes de diseño finales correspondientes a la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales del municipio de Cogua, como culminación de las actividades previstas en el contrato para la Fase I y se suspendía el plazo del contrato”* hasta tanto los diseños fueran aprobados y la CAR diera la orden de iniciación de la Fase II⁴⁸.

- Acta de iniciación de la fase II del contrato No. 295 de fecha 8 de noviembre de 2000⁴⁹.

- Acta de suspensión del contrato No. 295 a partir del 17 de noviembre de 2000 hasta el 11 de enero de 2001, fecha en la que se reinició la ejecución del contrato. Se indicó en el acta en mención que la suspensión se *“origin[aba] en el hecho que la Alcaldía, mediante comunicación escrita, ordenó parar las actividades de construcción”*⁵⁰.

- Comunicación de fecha 24 de abril de 2001 enviada a la supervisora del contrato de interventoría, mediante la cual el interventor le manifestó que *“apr[obaba] la solicitud de ampliación del plazo en 30 días calendario”* pedida por el contratista, *“con el objeto de concluir el llenado de lagunas y puesta en marcha de la planta de tratamiento”*⁵¹.

- Prórroga al contrato de obra No. 295 de fecha 25 de mayo de 2001, mediante la cual se acordó prorrogar el contrato por el término de 31 días contados a partir del 27 de mayo de 2001 hasta el 26 de junio de esa misma anualidad *“debido a los inconvenientes presentados con ocasión de la consecución de las servidumbres y cambios en el trazado del colector, lo que interfirió en el cronograma de puesta en marcha del proyecto en mención”*⁵².

Según el material probatorio que obra en el proceso, encuentra la Sala que el contrato No. 295 se suspendió en tres ocasiones y se prorrogó en una oportunidad por el término 31 días contados a partir del 27 de mayo de 2001 hasta el 26 de junio de esa misma anualidad.

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que en la demanda la parte actora no indicó cuales eran los sobrecostos en los que habría incurrido el contratista por fuerza de las

⁴⁸ Fls. 212 y 213 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁴⁹ Fl. 107 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵⁰ Fl. 108 del cuaderno de pruebas No. 2. Fls. 132 al 133 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁵¹ Fls. 137 y 138 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁵² Fl. 169 del cuaderno de pruebas No. 3.

circunstancias anotadas, así como tampoco se observa prueba alguna en el expediente que de cuenta de la existencia de perjuicios y sobrecostos que las suspensiones y la prórroga le hubieran ocasionado al contratista.

Al respecto conviene reiterar lo dicho en varias oportunidades por esta Sección, en cuanto a los requisitos necesarios para el reconocimiento del rompimiento del equilibrio financiero o económico del contrato, los cuales se contraen en la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato.

Es decir, cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato, así pues para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar.

A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como el que ahora se examina, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, en los contratos de obra pública, ha manifestado el Consejo de Estado que *“en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato”*⁵³.

Así las cosas, la parte demandante además de probar la existencia de los sobrecostos que, según él, se habrían causado como consecuencia de las suspensiones y prórroga del contrato No. 295, también debía acreditar que esos sobrecostos fueron superiores al valor que el contratista incluyó en su propuesta como porcentaje de imprevistos en la AIU, de lo cual tampoco hay prueba en el expediente.

En ese contexto, comoquiera que no hay prueba de la existencia de los sobrecostos en los que habría incurrido el contratista por fuerza de las circunstancias señaladas, no

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

habrá lugar a acceder a las pretensiones de la demanda en lo que a este aspecto se refiere.

Por último, el demandante señaló que se presentó un desequilibrio económico del contrato debido a que *“la utilidad esperada no pudo obtenerse por los sobrecostos y el exceso de prórrogas y suspensiones del contrato”*.

En cuanto a este punto se refiere, comoquiera que en el presente asunto no se lograron demostrar los sobrecostos en los que habría tenido que incurrir el contratista por fuerza de las suspensiones y prórroga al contrato, menos aún su incidencia en la utilidad que el contratista esperaba obtener con la ejecución del contrato No. 295.

Observa la Sala que si bien en el expediente reposa una certificación expedida por una contadora pública el 22 de mayo de 2002, en la cual se dejó constancia de que los contratos Nos. 295 y 296 celebrados entre la CAR y el Consorcio Aquavip no *“arrojaron utilidad alguna para ser repartida entre los miembros que lo conforman”*⁵⁴, no hay prueba alguna en el expediente que demuestre que esa pérdida de utilidad se originó como consecuencia de las suspensiones y prórroga al contrato No. 295.

Así las cosas, por las razones expuestas, procede la Sala a negar las pretensiones de la demanda en lo que ha este aspecto concierne.

6. El incumplimiento del contrato No. 295.

Sostuvo la parte actora que en el caso *sub examine* hubo una demora por parte de la entidad contratante en el pago de los valores consignados en las actas de obra presentadas por el contratista.

Observa la Sala que en la cláusula cuarta del contrato No. 295 las partes acordaron la siguiente forma de pago:

“OCTAVA:... PARAGRAFO PRIMERO: La CORPORACION cancelará al CONTRATISTA el valor del presente contrato, mediante pagos parciales según avance de la ejecución del contrato, anexando el informe de actividades aprobado por el interventor y una vez se haya cumplido el trámite administrativo correspondiente. En las actas se hará constar el trabajo ejecutado en la fase correspondiente. PARAGRAFO SEGUNDO: La CORPORACION retendrá las sumas correspondientes a los porcentajes establecidos por la Ley. PARAGRAFO TERCERO: Los pagos serán cancelados

⁵⁴ Fl. 174 del cuaderno de pruebas No. 2.

en la Tesorería de la Corporación a la presentación del comprobante único de pago, previo cumplimiento de trámite administrativo correspondiente, en caso de mora por parte de la CORPORACION en el pago, se le reconocerán los intereses a la tasa establecida en el artículo 1° Del Decreto 679 de 1994”⁵⁵ (Resalta la Sala).

De la cláusula antes transcrita se desprende que las partes pactaron que la entidad contratante le cancelaría al contratista el valor del contrato en pagos parciales según el avance de la ejecución de la obra. Así mismo, se acordó que los pagos⁵⁶ estarían sujetos a la entrega previa de un “*informe aprobado por el interventor*” y que éstos serían cancelados en la tesorería de la Corporación a la presentación del comprobante único de pago.

Así pues, para efectos de corroborar lo dicho por el demandante en el sentido de que la entidad demoró el pago de las actas de obra, resulta necesario encontrar acreditado en el proceso, en primer lugar, la fecha en la cual se radicaron ante la entidad los “*informes aprobados por el interventor*” a fin de determinar el momento a partir del cual se hizo exigible la obligación de pago en cabeza de la entidad contratante y, en segundo lugar, la fecha en que la entidad habría cancelado efectivamente la obligación.

Al respecto, encuentra la Sala en el expediente unas comunicaciones enviadas por el interventor y radicadas ante la CAR adjuntando las actas obra Nos. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 suscritas por el interventor y por el contratista⁵⁷. Así mismo, reposan en el proceso copia de unas facturas de venta elaboradas por el contratista – sin sello de recibido por la entidad -⁵⁸.

De conformidad con las pruebas antes señaladas, podría afirmar la Sala que en este caso la obligación de pagar los valores consignados en las actas de obra se hizo exigible a partir de la fecha en que las mismas fueron radicadas ante la CAR, sin embargo, en cuanto al segundo requisito que se requiere para efectos de poder

⁵⁵ Fls. 8 al 10 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵⁶ El 23 de diciembre de 1999 las partes contratantes suscribieron un Otrosí mediante el cual se aclaró la cláusula segunda que se refirió al alcance del objeto contractual y se acordó en el párrafo primero que “*los precios que se establecen en la propuesta para la fase I, diseño, son fijos e incluyen todos los gastos directos e indirectos para la ejecución del proyecto y por tanto será la única remuneración por el trabajo contratado*”.

Así mismo, se aclaró también la cláusula octava del contrato “*en el sentido de que no obstante el valor final de la fase II será el que resulte de las cantidades de obra definidas en los diseños aprobados en la fase I a los precios unitarios concretados en el momento de aprobación de estos diseños. Una vez establecidos los precios unitarios de la fase II, serán fijos y no serán objeto de reajuste*”.

⁵⁷ Las fechas de las actas son: 27 de enero, 1 de marzo, 3 de abril, 2 de mayo, 22 de junio y 9 de agosto todas de 2001. Fls.54, 56, 58, 60, 62, 63, 65 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵⁸ Fls. 51, 57, 74, 90, 143, 148, 152 del cuaderno de pruebas No. 3.

establecer si hubo, o no, demora en la cancelación de las actas de obra, esto es la fecha en que la CAR canceló los valores en ellas consignados, encuentra la Sala que en el expediente obran unos comprobantes de egresos que aparentemente dan cuenta de esa circunstancia⁵⁹, no obstante, tan sólo uno de ellos - el de fecha 27 de octubre de 2000 - se encuentra suscrito por quien lo expidió, es decir por el tesorero de la Corporación.

En ese orden de ideas, comoquiera que no es posible establecer la procedencia de los señalados comprobantes de egreso y quien los expidió, salvo uno de ellos, la Sala no los podrá tener en cuenta para efectos de determinar la fecha en que la entidad contratante realizó efectivamente los pagos de las actas.

Ahora, en cuanto al único comprobante de egreso que se encuentra suscrito por el tesorero de la entidad, observa la Sala que éste no da cuenta de pago alguno por parte de la entidad de los valores que arrojaron las actas de obra, sino de la cancelación de una suma de dinero correspondiente al anticipo del contrato, de ahí que ese documento no sirva de prueba para demostrar la circunstancia señalada.

Así las cosas, comoquiera que no hay prueba en el expediente que permita establecer la fecha en que los valores consignados en las actas de obra fueron cancelados por la entidad y, en consecuencia, no hay manera de comprobar si hubo demora, o no, en su pago, la Sala negará la pretensión formulada por la parte actora en los términos expuestos.

7. Costas del proceso.

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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,

⁵⁹ Fls. 53, 55, 57, 59, 61, 64 del cuaderno de pruebas No. 2.

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A y, en su lugar, se dispone:

*“- **DECLARAR** de oficio la caducidad de la acción respecto del contrato No. 296, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este sentencia.*

*- **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda”*

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- En firme esta providencia **DEVUELVA**SE el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

