



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Radicación número: 52001-23-31-000-2008-00259-01 (56.678)

Actor: RICAR JAVIER MOSQUERA BENAVIDES¹

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia del 30 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño (fls. 642 – 653, c. ppl.), por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 24 de julio de 2008, el señor Richar Javier Mosquera Benavides presentó demanda (fls. 2 – 22, c1), en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en contra del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-, con la pretensión de que se liquidara el contrato 499 del 14 de febrero de 2006 -que tenía por objeto atender obras de emergencia en la carretera Junín – Pedregal, de la transversal Tumaco – Mocoa-, y que, además, se le pagaran los sobre costos derivados del rompimiento del equilibrio económico y financiero del mismo.

Dicho rompimiento lo fundamentó en lo siguiente: (i) el INVÍAS no entregó los estudios de estabilidad del talud de manera oportuna, no compró los predios que debían ser intervenidos, y no designó a una persona que viabilizara el tránsito diario;

¹ En diferentes documentos del expediente, entre ellos, la demanda, se indica que el nombre del actor es “Richard Javier Mosquera Benavides”. Sin embargo, en otros documentos, como el registro civil de matrimonio, se precisa que el nombre es “Richar Javier Mosquera Benavides”. Por ello, se consultaron las páginas del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería -COPNIA-, de la Procuraduría y de la Policía, confirmando que el verdadero nombre del accionante es el segundo mencionado.



(ii) hubo retrasos en el pago de las actas parciales de obra; (iii) el contratista debió adquirir, para ejecutar sus obligaciones, diferentes créditos bancarios y personales e, inclusive, debió enajenar uno de los bienes de su cónyuge; (iv) el INVÍAS terminó el contrato de manera tácita, anticipada y unilateral; (v) hubo un mayor valor en el transporte del material; (vi) no se reconoció un A.I.U. del 30%, pese a que fue pactado verbalmente, y (vii) el INVÍAS no reconoció el pago de obligaciones que había adquirido con la comunidad antes de la suscripción del contrato, pero que fueron canceladas por el demandante.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda:

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo de Nariño, el 24 de julio de 2008 (fls. 2 – 22, c1), corregida por medio de documento del 23 de octubre de 2008 (fls. 137 – 140, c1), el señor Richar Javier Mosquera Benavides, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo - C.C.A., modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, se dirigió en contra del INVÍAS, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA.- Que se disponga la liquidación del contrato No. 499 del 2006 suscrito el 14 de febrero del año 2006, y el contrato No. 499-1-2006 mediante el cual fue prorrogado el plazo del contrato inicial, contrato de obra cuyo objeto consistió en "EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el INSTITUTO por el sistema de precios unitarios fijos, sin ajustes, la URGENCIA MANIFIESTA PARA LA ATENCIÓN OBRAS DE EMERGENCIA, MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO ENTRE EL PR.29+0900 AL PR.30+0200 DE LA CARRETERA JUNÍN – PEDREGAL (1002) DE LA TRANSVERSAL TUMACO – MOCOYA", conforme a las pruebas que se allegaran [sic] y practicasen [sic] dentro del proceso.

SEGUNDA.- Que se condene a la entidad demandada Instituto Nacional de Vías-Oficina de Prevención y Atención de Desastres. [sic] "INVÍAS" a pagar a mi representado Ingeniero RICHARD [sic] JAVIER MOSQUERA BENAVIDES la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000) correspondientes a extra-costos, compensaciones por obras ejecutadas pagadas por el contratista y no compensadas por el [sic] entidad, intereses pagados por dineros invertidos del peculio del contratista y no reembolsados por la entidad, discriminados como se detalla en el correspondiente acápite de la demanda o conforme a la cantidad que resulte probada en el proceso y/o la suma que se derive de la liquidación del contrato por practicar.

TERCERA.- La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso, en términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CUARTA.- La condena respectiva será actualizada en su valor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A. tomando como base la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha del incumplimiento hasta la de ejecutoria de la sentencia definitiva (fls. 137 – 138, c1)².

² Inicialmente, y antes de que la demanda fuera subsanada, las pretensiones eran las siguientes: "PRIMERA.- Que se declare el incumplimiento por parte del Instituto Nacional de Vías-Oficina de Prevención y Atención de Desastres 'INVÍAS', del contrato No. 499 del 2006 suscrito el 14 de febrero del año 2006, y el contrato No. 499-1-2006 mediante el cual prorrogado [sic] en el plazo el contrato inicial, contrato de obra cuyo objeto consistió en 'EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el INSTITUTO por el sistema de precios unitarios fijos, sin ajustes, la URGENCIA MANIFIESTA PARA



1.1 Los fundamentos de hecho:

El actor sustentó sus pretensiones en los fundamentos fácticos, que, en síntesis, se expresan a continuación:

El 14 de febrero de 2006, el señor Mosquera Benavides suscribió con el INVÍAS el contrato 499, el cual tenía por objeto ejecutar, por urgencia manifiesta, la atención de obras de emergencia, mejoramiento y mantenimiento entre el PR.29+0900 y el PR.30+0200, de la carretera Junín – Pedregal (1002), de la transversal Tumaco – Mocoa.

El valor del contrato, según la cláusula segunda, se fijó a precios unitarios, sin ajustes, según las sumas plasmadas en la propuesta del contratista. En todo caso, y para efectos fiscales, se estipuló el valor en la suma de \$398'406.374, incluyendo el IVA. Asimismo, se estableció un A.I.U. del 18%, del cual el 5% correspondía a la utilidad.

El plazo del contrato se pactó en 3 meses, a partir de la orden de iniciación. Entre el 15 de febrero y el 29 de abril de 2006, el INVÍAS debía entregar los estudios de estabilidad del talud, debía comprar los predios que requerían ser intervenidos, y debía designar a una persona que viabilizara el tránsito diario. Lo anterior, en atención a que el informe de visita técnica, realizado por el geólogo Edgar Correa Cerro, del 4 de febrero de 2006, había recomendado elaborar los estudios y diseños

LA ATENCION OBRAS DE EMERGENCIA, MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO ENTRE EL PR.29+0900 AL PR.30+0200 DE LA CARRETERA JUNÍN PEDREGAL (1002) DE LA TRANSVERSAL TUMACO – MOCOA'. Por no haber entregado a tiempo, los estudios técnicos de estabilidad del talud que garantizarían la estabilidad de la zona a intervenir; por no haber solucionado a tiempo la negociación de predios particulares que se iban a afectar con la ejecución del contrato, lo cual impidió el cumplimiento del cronograma de ejecución de la obra, por impedir de hecho sin justificación alguna la culminación del contrato; por haber incumplido en el pago de la [sic] cuentas y por no haber liquidado el contrato.

"SEGUNDO.- Que se disponga la liquidación del citado contrato, conforme a las pruebas que se allegaran [sic] y practicasen [sic] dentro del proceso.

"TERCERO.- Que se condene a la entidad demandada Instituto Nacional de Vías- Oficina de Prevención y Atención de Desastres. 'INVÍAS' a pagar a mi representado Ingeniero RICHARD [sic] JAVIER MOSQUERA BENAVIDES la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS

(\$700.000.00) correspondientes a extra-costos, compensaciones por obras ejecutadas pagadas por el contratista y no compensadas por el [sic] entidad, intereses pagados por dineros invertidos del peculio del contratista y no reembolsados por la entidad, discriminados como se detalla en el correspondiente acápite de la demanda O conforme a la cantidad que resulte probada en el proceso y/o la suma que se derive de la liquidación del contrato por practicar.

"CUARTO.- Que se condene al Instituto Nacional de Vías-Oficina de Prevención y Atención de Desastres- INVÍAS, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento, al pago de todos los perjuicios causados a mi representada, incluyendo daño emergente y lucro cesante consistentes en la disminución patrimonial ocasional y las ganancias, beneficio o provecho dejado de percibir, conforme a la cantidades y valores que resulten probadas en el proceso.

"QUINTO.- La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso, en términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"SEXTO.- La condena respectiva será actualizada en su valor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A. tomando como base la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha del incumplimiento hasta la de ejecutoria de la sentencia definitiva" (fls. 2 – 3, c1).



geotécnicos correspondientes. A pesar de esto, el demandado no cumplió con dichas obligaciones de manera oportuna, lo cual generó la paralización parcial de labores (de 4 volquetas, 1 retroexcavadora y 1 cargador), situación que se extendió por dos meses.

En la cláusula séptima del contrato, las partes acordaron que, en caso de mora en el pago, la entidad contratante le reconocería al contratista un interés moratorio del 8% anual, siguiendo el procedimiento descrito en el Decreto 679 de 1994. Si bien el contratista radicó las actas de obra -algunas de manera tardía debido a retrasos laborales del interventor-, el INVÍAS tuvo demoras en el pago de lo adeudado al señor Mosquera Benavides.

A pesar de los retrasos del INVÍAS, el accionante cumplió con los gastos que generó la ejecución de las obras. Sin embargo, para cumplir con estas obligaciones, y ante la ausencia de pagos mensuales por parte del contratante, debió adquirir varios créditos, entre ellos, un crédito de \$40'000.000 con el banco BBVA; un crédito particular con prenda de una de sus camionetas, por \$35'000.000; un préstamo personal, por valor de \$35'000.000, y la venta de una de las propiedades de su cónyuge, por valor de \$15'000.000.

Las partes, por medio del contrato 449-1-2006/2006, prorrogaron el plazo contractual en dos meses, contados a partir del 16 de mayo de 2006, y hasta el 16 de julio de ese año, debido a los incumplimientos del contratante.

El 20 de junio de 2006, el INVÍAS, sin justificación aparente, y sin acto administrativo que lo declarara, ordenó levantar el acta de recibo final de la obra, la cual fue firmada por las partes, sin que el actor pudiera formular objeción alguna. Para el demandante, este acto configuró un incumplimiento del plazo contractual, ya que constituyó una terminación anticipada y unilateral del contrato de manera tácita, sin que se hubiera cumplido con la ejecución total del objeto.

Reiteró que la administración no expidió el acto administrativo que terminara el contrato de manera unilateral, lo cual se debió a que no se configuró ninguna de las causales previstas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

Las partes habían definido que el contrato sería liquidado de manera bilateral, durante los 3 meses siguientes a la fecha de su vencimiento.

El 22 de junio de 2006, el señor Mosquera Benavides le informó al INVÍAS que los volqueteros de la zona solicitaron que los desalojos realizados a 1.1 km se pagaran



a \$14.000 por viaje. El 23 de junio de 2006, el actor dirigió otro oficio a la entidad demandada, informando que casi todo el desalojo se realizó a 1.1 km, y que el valor a pagar por ese concepto sería de \$3.500 por viaje. Por ello, solicitó que se estableciera el valor real a pagar, ya que, según el contrato, no podía cancelarse más de \$632 m3/km.

El 26 de marzo de 2007, el INVÍAS le solicitó al accionante modificar la vigencia de la garantía única, para proceder con la liquidación del contrato. En agosto de 2007, el INVÍAS le remitió al demandante el proyecto del acta de liquidación final, la cual concluyó que el saldo a favor del contratista era de \$0. El actor, por medio del oficio del 19 de septiembre de 2007, le informó al demandado que no aceptaba los términos del proyecto de liquidación, y que se negaba a firmarlo, solicitando que se restableciera el equilibrio económico del contrato. También reprochó que el ente público terminara el contrato de manera anticipada, y que celebrara un nuevo negocio para culminar la obra inconclusa, por valor de \$293'835.587 -el contrato 3170, suscrito con el señor Guillermo Burgos-, pues este constituía un contrato adicional al contemplar el mismo objeto contractual. Por todo lo expuesto, solicitó que se le reconociera la diferencia entre el A.I.U. pactado originalmente y el previsto en el nuevo contrato ya mencionado.

El INVÍAS, por medio de oficio del 3 de octubre de 2007, contestó las anteriores reclamaciones, desestimando lo alegado por el actor. Según el señor Mosquera Benavides, las partes habían acordado verbalmente que el A.I.U. no podía superar el 18%, puesto que en ese momento no se tenían los recursos necesarios para la contraprestación, pero que tal asunto podía revisarse con posterioridad. Por supuesto, las condiciones topográficas, climáticas, de distancia, los altos costos de la mano de obra, y los problemas de orden público hicieron que el A.I.U. se disparara; no obstante, la entidad desatendió el compromiso verbal adquirido con el demandante, pero en el contrato que suscribió luego para terminar las obras sí reconoció un A.I.U. del 30%.

Refirió que el INVÍAS pagaba de manera diferente el costo de transporte hasta mil metros-metro cúbico-estación y después de mil metros-metro cúbico-kilómetro. El costo que le fue reconocido al accionante por el transporte menor de mil metros fue inferior al que el accionado tenía establecido en sus tarifas, y al que le cobraban los transportadores de la región.

El accionante señaló que el INVÍAS había adquirido, antes de la celebración del contrato, obligaciones con la comunidad, para que realizaran algunas labores entre el 7 y el 15 de febrero de 2006. A pesar de que estas actividades no estaban



contenidas en el contrato 499, las partes habían acordado verbalmente que el actor asumiría el pago de dichas acreencias, pero que luego serían reembolsadas por medio del contrato, lo cual no ocurrió. De igual manera, el INVÍAS tampoco ha pagado lo correspondiente a los estudios y diseños geológicos, que también se imputaron al precio del contrato.

Aunque el INVÍAS consideró que la terminación del contrato obedeció a incumplimientos, retrasos e incapacidad financiera del contratista, tales aseveraciones eran falsas, ya que el actor pagó todas las acreencias laborales relacionadas con la ejecución de la obra. Aunque no canceló la totalidad de acreencias adquiridas por el demandado antes de suscribir el contrato, tal situación no era una obligación contractual, sino un método que empleó el INVÍAS para legalizar hechos cumplidos. Además, insistió en que los retrasos se debieron a la entrega tardía de los estudios de estabilidad del talud, que era una obligación a cargo del contratante.

A pesar de que el actor envió varios derechos de petición, por medio de los cuales solicitó información sobre la liquidación del contrato, la misma no fue realizada.

Así, para el accionante, los incumplimientos del INVÍAS rompieron el equilibrio económico del contrato, generándole graves perjuicios económicos, y configurando un enriquecimiento sin causa a favor del demandado.

1.2 Fundamentos de derecho:

El accionante invocó como fundamento de sus pretensiones los artículos 2, 6, 25, 83 y 90 de la Constitución; 4-numerales 3, 8 y 9-, 5 -numerales 1, 2 y 3-, 25-numeral 4-, 26 -numeral 1-, 27, 50, y 60 de la Ley 80 de 1993, y 1602 del Código Civil.

En este punto, reiteró que los incumplimientos del contratante, como la no entrega de los estudios técnicos, la no compra de los predios que serían intervenidos, la demora en el pago de las cuentas, y la no liquidación del contrato, afectaron la situación económica del actor.

2. Actuaciones procesales en primera instancia:

En auto del 2 de septiembre de 2008 (fls. 133 – 134, c1), el tribunal *a quo* inadmitió la demanda, por considerar que se habían acumulado las pretensiones de manera indebida. Se le indicó al actor que no podía acumular la pretensión de



incumplimiento con la de liquidación del contrato, salvo que se planteara esta última como subsidiaria.

El 23 de octubre de 2008, el actor subsanó la demanda en la forma exigida por el tribunal (fls. 137 – 140, c1), reformulando las pretensiones en los términos indicados al inicio de esta providencia. Adicionalmente, precisó: *“Con el fin de que exista congruencia entre lo pedido y los fundamentos de esta demanda, le solicito muy comedidamente al señor Magistrado, abstenerse entonces de declarar la existencia de perjuicios por incumplimiento, pues lo que se busca es la liquidación del contrato y la orden de pagar los costos del contrato que generen un desequilibrio en contra de los intereses del contratista”* (fl. 138, c1).

Por medio del auto del 31 de octubre de 2008 (fl. 142, c1), el Tribunal Administrativo de Nariño admitió la demanda, y ordenó notificarla al representante legal de la entidad demandada y al Ministerio Público, cancelar los gastos de notificación, fijar en lista el proceso por el término de 10 días, y reconocerle personería al apoderado de la parte actora.

2.1 Contestación de la demanda:

El 9 de marzo de 2009, el INVÍAS contestó la demanda (fls. 150 – 157, c1), oponiéndose a las pretensiones de la misma. Precisó que el INVÍAS solo pagaba las actas de obra una vez fueran radicadas oportunamente, sin glosas, y aprobadas por el interventor, el supervisor y el ordenador del gasto. De esta manera, solo podría predicarse la mora del accionado, si el pago fue realizado luego de transcurridos 180 días, desde que las cuentas fueron radicadas en debida forma.

Aseveró que, para la adjudicación del contrato objeto de análisis, fue valorada la capacidad financiera del demandante, por lo que no era de recibo que haya tenido que recurrir a préstamos y a venta de bienes, pues, de ser el caso, la información presentada en su propuesta hubiese sido contraria a la realidad.

Afirmó que era falso que el actor no hubiera podido realizar salvedades u objeciones frente al acta de recibo final, ya que la misma se hizo como respuesta a las constantes amenazas que el contratista recibió a raíz de sus incumplimientos con la comunidad. Como esta acta fue firmada por el demandante, sin que fuera



obligado a ello, se colige que fue una actividad concertada y no una terminación unilateral del contrato.

Aseguró que estaba realizando el trámite de la liquidación del contrato, dentro de los 30 meses que contemplaba la ley, pero que se detuvo al conocer el auto admisorio de la demanda, dado que perdía competencia para ello.

Indicó que el nuevo contrato suscrito obedeció a la necesidad de ejecutar una segunda etapa de la estabilidad del talud erosionado, mientras se generaban condiciones de equilibrio. En todo caso, consideró que el A.I.U. del nuevo contrato no puede afectar lo pactado con el actor, ya que ambos son acuerdos de voluntades distintos, que tenían estructura de costos igualmente diferentes.

Señaló que, como este contrato era de urgencia, las obras se iniciaron sin estudios, sin negociación de predios, y con el desplazamiento inmediato de maquinaria a la zona afectada. Para el accionado, el demandante no entendió el tipo de contrato suscrito, hasta el punto que se comprometió a pagar salarios por encima de los aprobados por el INVÍAS, incumpliendo estas obligaciones, y generando un malestar en la comunidad.

Precisó que el contratista fue improvisado y desorganizado, lo cual se evidenció en, por ejemplo, el pago tardío de los parafiscales o la presentación errada de las cuentas. Reiteró que el actor solo comentó la demora en los pagos del INVÍAS, sin mencionar la consignación del pago anticipado, por valor de \$199'203.186,50.

Estimó que las actividades que no fueron reportadas y aprobadas por el interventor y por los supervisores, y que no fueron incluidas en el acta de recibo final de obra, no podían ser reconocidas.

Así, presentó como excepciones, las que denominó: *“contrato terminado de mutuo acuerdo y cobro de lo no debido”*; *“caducidad de la acción contractual”*, y la innominada.

El 9 de marzo de 2009, el departamento de Nariño contestó la demanda (fls. 169 – 173, c1)³, asegurando que él no fue parte del contrato objeto de análisis, en tanto el

³ La razón por la que el departamento de Nariño contestó la demanda obedece a un error del ente territorial, pues acudió al proceso, pese a que el a quo únicamente dispuso notificar al INVÍAS, pero por intermedio del gobernador de dicho departamento. Lo anterior, en aplicación del inciso segundo del artículo 150 del C.C.A., el cual dispone: *“En los asuntos del orden nacional que se tramiten en Tribunal distinto al de Cundinamarca, la notificación a los representantes legales debe hacerse por conducto del correspondiente funcionario de mayor categoría de la entidad demandada que desempeñe funciones a nivel seccional o, en su defecto, por medio del Gobernador, Intendente o*



mismo fue celebrado por el INVÍAS, que es una entidad con personería jurídica propia. Dado que el departamento de Nariño no fue demandado, no se estudiará el contenido de esta contestación, por cuanto es claro que el ente territorial no es parte en la presente *litis*.

Vencido el período probatorio, por medio del auto del 18 de marzo de 2013 (fl. 597, c3), el *a quo* corrió traslado a las partes, por el término de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

El 15 de abril de 2013, la parte demandada presentó sus alegaciones finales (fls. 599 – 601, c3), en las cuales reiteró los argumentos de la contestación de la demanda. Por su parte, el actor guardó silencio.

El Ministerio Público rindió su concepto el día 10 de mayo de 2013 (fls. 603 – 611, c3), solicitando que se denegaran las pretensiones, en atención a que no se acreditó el rompimiento del equilibrio económico del contrato, ni su terminación arbitraria.

3. La sentencia impugnada:

El Tribunal Administrativo de Nariño profirió la sentencia del 30 de noviembre de 2015 (fls. 642 – 653, c. ppl.), en la que decidió lo siguiente:

PRIMERO.- Declarar probada la objeción por error grave formulada por el Instituto Nacional de Vías, contra el dictamen pericial rendido por la señora Ana Lucía Coral Chamorro.

SEGUNDO.- Liquidar el contrato N° 499 de 14 de febrero de 2006 y su adición N° 499-1-2006/2006, suscritos entre el señor Richard [sic] Javier Mosquera y el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, así:

Valor a pagar a favor del contratista: cero pesos (\$0)

TERCERO.- Denegar las pretensiones de la demanda.

CUARTO.- Sin lugar a condena en costas.

QUINTO.- Devolver a la parte actora, por Secretaría, el remanente de los gastos del proceso, si a ello hubiere lugar, una vez quede en firme la sentencia. Se dejará constancia de la entrega que se realice.

Comisario, quien deberá, el día siguiente al de la notificación, comunicarla al representante de la entidad. El incumplimiento de esta disposición constituye falta disciplinaria”.

En el auto admisorio de la demanda (fl. 142, c1), el Tribunal Administrativo de Nariño dispuso lo siguiente: “Notifíquese personalmente al DIRECTOR DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS – OFICINA DE PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE DESASTRES por intermedio del Señor Gobernador del Departamento de Nariño, con entrega de copia de la demanda y sus anexos a cargo de la parte actora”.

Bajo estos términos, a pesar de que era claro que la notificación iba dirigida al INVÍAS, y que la participación del gobernador se limitaba a comunicarle tal decisión al director del instituto, el departamento, sin una razón aparente, contestó la demanda.



Para sustentar esa determinación, en primer lugar, aseguró que no se pronunciaría frente a la contestación de la demanda del departamento de Nariño, dado que la misma se presentó únicamente en contra del INVÍAS. Por lo tanto, no era necesario, ni siquiera, definir si el ente territorial estaba o no legitimado en la causa. Sumado a ello, al resolver la excepción de caducidad, consideró que la misma no había operado, en tanto la demanda se había presentado de manera oportuna.

Al analizar el caso concreto, afirmó que el contrato debía liquidarse judicialmente, con el fin de finiquitar las obligaciones a cargo de cada una de las partes. A pesar de lo anterior, señaló que el acta final del contrato, del 20 de junio de 2006, había liquidado de hecho las cuentas del mismo, en cuanto identificó, de manera clara, los valores de la obra ejecutada. Por tanto, como la entidad pagó todos los valores adeudados al contratista, sin que existiera un saldo a su favor, la liquidación se realizó prácticamente con el acta de recibo final. En atención a que la liquidación puede reposar en cualquier documento, el *a quo* sostuvo que las partes liquidaron bilateralmente de hecho el contrato con el acta de recibo final, “[...] *teniendo en cuenta que la misma resumió los valores contenidos en las actas parciales, los cuales, a su vez, fueron pagados al demandante*” (fl. 646, c. ppl.).

En ese orden de ideas, ordenó la liquidación judicial del contrato, con fundamento en la información contenida en la ya mencionada acta, pues el demandante no demostró, como se explicará a continuación, el rompimiento de la ecuación contractual.

Al estudiar si se había configurado el desequilibrio económico del contrato, precisó que, como el contrato se enmarcó en una urgencia manifiesta, no era necesario contar con estudios preliminares. Además, frente a los créditos a los que debió acceder el actor, indicó que no se había probado que la adquisición de estas obligaciones dinerarias guardara alguna relación con el cumplimiento del objeto contractual.

Para el *a quo*, el A.I.U. ascendía a un 18%, ya que así fue plasmado en la propuesta presentada por el demandante y en el contrato mismo. Por ello, no era posible aumentar dicho porcentaje con base en un supuesto acuerdo verbal, ya que los contratos estatales son solemnes, y solo pueden gozar de valor aquellos acuerdos que sean elevados a escrito. Sumado a ello, tampoco era razonable que se invocara el A.I.U. contenido en otro contrato, debido a que era claro que ese era un negocio jurídico distinto, que en nada modificaba el que era objeto de debate.



Con relación al mayor valor en el transporte de material, aseveró que el actor fue quien presentó un estimativo para el ítem de transporte de materiales, y que la contratación de los volqueteros y la definición del valor m³/km estuvo a su cargo.

Frente al pago de las actas, resaltó que el accionante tenía el deber de presentarlas de manera oportuna y conforme a las estipulaciones previstas en el contrato, pero que estaba demostrado que este incurrió en algunas falencias que impidieron tramitarlas ante la administración. Sin embargo, una vez fueron radicadas, las mismas fueron pagadas en el término pactado en el contrato.

Para finalizar, aseguró que no era cierto que el INVÍAS, con la suscripción del acta final, hubiera terminado el contrato de manera tácita, anticipada y unilateral, puesto que tal circunstancia exigía la expedición de un acto administrativo y, en este caso, dicho documento fue suscrito también por el contratista, lo cual hizo que este consintiera su contenido.

Luego de recapitular la jurisprudencia de esta Corporación en relación con las salvedades en los actos bilaterales contractuales, el tribunal de primera instancia afirmó que el demandante no reclamó la existencia de un desequilibrio económico al momento de suscribir la prórroga o el contrato adicional. De esa manera, dicha conducta omisiva convalidó las condiciones económicas en las que fueron suscritas las modificaciones, impidiendo la reclamación posterior ante el juez. En consecuencia, “[...] *no puede considerarse estructurado el supuesto desequilibrio de la ecuación contractual, teniendo en cuenta, de una parte, la falta de prueba que acredite los supuestos de hechos sobre los cuales este se edificó y, de otra, la ausencia de su reclamación durante los eventos que condujeron a las adiciones y prórrogas del contrato principal*” (fl. 652, c. ppl.).

Al analizar la objeción por error grave formulada por el accionado al dictamen pericial solicitado por el demandante, el *a quo* consideró que, en efecto, el mismo carecía de un análisis serio, dado que se limitó a adelantar una operación matemática, entre el valor del contrato y lo pagado por el INVÍAS, sin considerar que este último monto correspondía a lo efectivamente ejecutado por el contratista. Bajo estos términos, la auxiliar de la justicia que rindió el informe pericial no valoró las actas parciales y el acta final, ni los pagos realizados al contratista, lo cual implicó que el dictamen condujera a conclusiones equivocadas.

4. Recurso de apelación:



El 1 de febrero de 2016, el actor interpuso el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, para solicitar que la misma fuera revocada, y que, en su lugar, se concedieran las pretensiones (fls. 656 – 662, c. ppl.).

Para comenzar, explicó el alcance de la figura de la urgencia manifiesta. Señaló que este tipo de contratación goza de unas características especiales, que la diferencian de los contratos celebrados por la administración en condiciones normales. Por ello, aseveró que la propuesta presentada por el contratista no podía considerarse como inmutable, dado que los precios plasmados en dicho documento no otorgaban una absoluta certeza frente a los gastos que debían causarse para desarrollar el objeto contractual. Lo anterior, por cuanto establecer los costos reales del contrato demandaba la existencia de estudios técnicos, diseños, estudios del mercado, entre otros.

Insistió en que el objeto del contrato no pudo cumplirse en su totalidad, debido a las demoras, por parte del INVÍAS, en la entrega de los estudios de estabilidad del talud; por las demoras para legalizar y comprar los predios que debían ser intervenidos; por la ausencia de contratación de personal para el manejo del tráfico vehicular, y por el desconocimiento del A.I.U. pactado en un 30%.

Por lo expuesto, una vez se contó con los estudios técnicos, las partes suscribieron una prórroga, siendo evidente para el recurrente que los costos serían sustancialmente diferentes a los estimados en la oferta, *“[...] ya que se conocía a ciencia cierta cuál era el procedimiento tendiente a la estabilización del talud y los costos que esa actividad representaría”* (fl. 660, c. ppl.).

Reiteró que los verdaderos costos de la ejecución de la obra no fueron reconocidos al contratista, pese a las diversas peticiones que se presentaron orientadas a este fin. Sin embargo, los mismos fueron reconocidos al nuevo contratista.

Luego de aclarar que el contrato objeto de estudio era a precios unitarios, que es diferente de los negocios con precio global, sostuvo: *“[...] si bien se dieron a conocer en la propuesta inicial unos valores, correspondientes a los unitarios estimados, no pueden corresponder a los valores definitivos que gobernarán la relación contractual, por la potísima razón de que el mismo se celebró mediante el andamiaje de una urgencia manifiesta, carente de estudios previos tendientes a determinar el valor real de los costos unitarios, es por ello que cuando se logran conseguir los estudios previos, es que se deben reajustar los valores y costos inicialmente*



ofertados por el contratista, mantener una postura contraria, sería sentar una política de inequidad en la relación contractual” (fl. 661, c. ppl.).

De esta forma, aseguró que se encontraba acreditada la ruptura del equilibrio económico del contrato, lo cual había generado graves perjuicios para el contratista, contraviniendo los principios de la contratación.

5. Trámite en segunda instancia:

Por medio del auto del 8 de febrero de 2016 (fl. 664, c. ppl.), corregido por el auto del 15 de febrero del mismo año (fl. 665, c. ppl.), el Tribunal Administrativo de Nariño concedió el recurso de apelación, y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para que decidiera sobre su admisibilidad.

En providencia del 7 de abril de 2016 (fls. 670 – 671, c. ppl.), el despacho de la magistrada sustanciadora admitió el recurso. A través del auto del 5 de mayo de 2016 (fl. 673, c. ppl.), se corrió traslado a las partes, por el término de 10 días, para que presentaran sus alegaciones finales. Vencido dicho término, se dio traslado al Ministerio Público para que rindiera su concepto, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 212 del C.C.A. Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (fl. 674, c. ppl.).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado:

Como la demanda se instauró ante esta jurisdicción en el año 2008, se rige por lo prescrito en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, por cuanto la Ley 1437 de 2011, según su artículo 308, entró a regir el día 2 de julio de 2012. Debe recordarse que, en virtud del inciso tercero de la precitada disposición, *“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”*.

De ese modo, el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, en los términos del artículo 129 del C.C.A., modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.



Por otra parte, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, y este por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzgaría las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. De esta manera, como el INVÍAS es un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Transporte, es una entidad pública del orden nacional⁴.

También le asiste competencia a la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, por tratarse de un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de doble instancia en razón de la cuantía, dado que la pretensión mayor (numeral 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil) excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de presentación de la demanda⁵.

2. Legitimación en la causa:

2.1 Por activa:

La Sala encuentra que el señor Richar Javier Mosquera Benavides se encuentra legitimado en la causa por activa, por ser el contratista del contrato 499 de 2006, cuya liquidación y restablecimiento económico se solicita.

2.2 Por pasiva:

De igual manera, el INVÍAS está legitimado en la causa por pasiva, por ser la entidad contratante del negocio jurídico objeto de la controversia.

3. Ejercicio oportuno de la acción:

La caducidad es la consecuencia jurídica prevista en la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda, pudiendo ser declarada, incluso, de oficio.

⁴ Como lo dispuso el Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992.

⁵ El salario mínimo vigente en Colombia para el 24 de julio de 2008, fecha de presentación de la demanda, era de \$461.500 (que, multiplicado por 500, arroja como resultado: \$230'750.000). En las pretensiones, la parte actora solicitó como pretensión mayor la suma de \$700'000.000, monto que supera los 500 salarios mínimos exigidos por la norma para la segunda instancia.



El numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establece que la acción de controversias contractuales caducará en el término de 2 años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En relación con los contratos que requieren de liquidación, el literal d) del precitado numeral prescribe: *“En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”*.

La cláusula decimoctava del contrato 499 de 2006 indicaba que: *“El presente contrato será objeto de liquidación de conformidad con los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, procedimiento que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del Acto Administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que así lo disponga y se realizará de conformidad con lo previsto en la resolución No. 004344 de 2004, proferida por el Instituto Nacional de Vías”* (fl. 27, reverso, c1).

De esta forma, aunque el contrato, originalmente, vencía el 16 de julio de 2006⁶, lo cierto es que las partes consintieron terminarlo anticipadamente, por la realización de las obras necesarias para atender la emergencia, el día 20 de junio de 2006 -a través del acta de recibo final-. Por lo tanto, el término para liquidarlo bilateralmente culminó el 21 de septiembre de ese año. A partir de ese momento, inició el término para liquidarlo unilateralmente, hasta el 22 de noviembre de 2006.

Ya que el contrato no fue liquidado bilateral ni unilateralmente, el término de caducidad comenzó a correr el 23 de noviembre de 2006, terminando el 23 de noviembre de 2008. Como la demanda se interpuso el 24 de julio de este mismo año, se colige que se presentó de manera oportuna. Lo anterior, aún sin considerar la suspensión del término por virtud del trámite de la conciliación extrajudicial.

4. Hechos probados y material probatorio relevante:

⁶ En un inicio, la cláusula tercera del contrato estableció un plazo de tres meses, contados desde la orden de iniciación. A pesar de ello, las partes suscribieron la modificación No. 499-1-2006/2006, que prorrogó el plazo en dos meses, contados desde el 16 de mayo de 2006, y hasta el 16 de julio de ese año.



En el *sub-lite* se aportó el siguiente material probatorio, que resulta relevante para el estudio del caso. Es de aclarar que, para estos efectos, la Sala valorará las copias simples aportadas al proceso, toda vez que no fueron tachadas de falsas en el desarrollo del mismo. Lo anterior, en cumplimiento de la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2013, expedida por la Sala Plena de la Sección Tercera⁷.

4.1 El señor Richar Javier Mosquera Benavides y el INVÍAS suscribieron el contrato 499 del 14 de febrero de 2006 (fls. 24 – 29, c1), que tenía por objeto: “*Urgencia manifiesta para la atención [de] obras de emergencia, mejoramiento y mantenimiento entre el PR.29+0900 al PR.30+0200 de la carretera Junín – Pedregal (1002) de la transversal Tumaco – Mocoa*” (fl. 24, c1). La cláusula primera del contrato establecía que el alcance específico del objeto contractual estaba contenido en la propuesta presentada por el contratista.

El valor del contrato, según la cláusula segunda, se fijó a precios unitarios, sin ajustes, según los precios estipulados en la propuesta. El precio final del contrato sería el que resultara de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios. En todo caso, y para efectos fiscales, se indicó que el precio estimado del contrato ascendería a la suma de \$398’406.374. El párrafo primero de esta cláusula precisó que, dentro del valor estipulado, estaban incluidos la totalidad de los costos que demandara la ejecución, incluidos los relativos al personal, la utilidad, los directos e indirectos y, en general, todas las actividades necesarias para el cumplimiento del objeto. Por lo tanto, si el contratista excedía el valor pactado, dicho excedente estaría a su cargo. El párrafo tercero de esta cláusula prescribió que la utilidad sería del 5%, y que la totalidad del A.I.U. ascendía al 18%.

La cláusula tercera estableció que el plazo sería de 3 meses, contados desde la orden de iniciación. El párrafo segundo de la cláusula sexta precisó: “*Los precios propuestos por el CONTRATISTA en la presente urgencia manifiesta no serán objeto de ningún tipo de ajustes*” (fl. 25, c1). Según la cláusula séptima, el INVÍAS le entregaría al demandante un pago anticipado del 50% del valor estimado del contrato⁸. El párrafo quinto de esta cláusula dispuso que las actas parciales

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2013, C.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 05001-23-31-000-1996-00659-01 (25.022).

⁸ En esta cláusula se indicó: “*Una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, el INSTITUTO concederá un pago anticipado, del cincuenta por ciento (50%) del valor básico del contrato, previa solicitud del CONTRATISTA y aceptación de las condiciones del INSTITUTO para su entrega. [...] Los fondos del pago anticipado, solo podrán ser utilizados para los gastos propios del respectivo contrato [...]*” (fl. 25, c1). En el párrafo primero se explicó la razón por la que el INVÍAS prefirió acudir a un pago anticipado, en lugar de un anticipo: “*Esta forma de pago se pacta en consideración a la naturaleza de las funciones de esta Unidad Ejecutora que como su nombre lo indica, busca prevenir y solucionar las emergencias que se presenten en las Carreteras y Puentes a cargo de la Nación, bien por fenómenos de la naturaleza o por las conocidas acciones relacionadas con la perturbación del orden público, con el fin de evitar el cierre de las vías afectadas y la suspensión del servicio. Dadas dichas circunstancias se requiere solucionar de manera urgente*



debían presentarse en las oficinas del INVÍAS, durante los 5 días siguientes al mes de ejecución de la obra, y que el demandado pagaría dichas actas en los 180 días calendario siguientes a la fecha de su presentación o, de ser el caso, de su corrección.

La cláusula octava, que regulaba las obligaciones del contratista, precisó: *“Además de las obligaciones propias de este contrato, el CONTRATISTA deberá poner todos los medios necesarios para realizar el objeto materia de contratación, el cual debe efectuarse a satisfacción del INSTITUTO y cumplir con las obligaciones pactadas en este documento”* (fl. 26, c1).

La cláusula decimoctava contempló que la liquidación del contrato se realizaría en los tres meses siguientes a su vencimiento. Finalmente, el párrafo de la cláusula vigesimoquinta prescribió que: *“Desde la orden de iniciación de las obras y hasta la entrega de la misma al INSTITUTO, para guiar el tránsito y como prevención de riesgos de los usuarios y personal que trabaja en las obras, el CONTRATISTA está en la obligación de señalar y dirigir el tránsito en el sector contratado, de acuerdo con las estipulaciones y especificaciones vigentes sobre la materia. Desde este momento el CONTRATISTA es el único responsable en el sector contratado de la conservación, señalización y el mantenimiento del tránsito. El incumplimiento de esta obligación durante la ejecución de este contrato, causará al CONTRATISTA la imposición de multas por los daños causados al INSTITUTO, sin perjuicio de la Responsabilidad Civil Extracontractual”* (fl. 28, reverso, c1)⁹.

4.2 El 5 de mayo de 2006, el contratista, el ingeniero residente de la interventoría, el abogado de la oficina de emergencias del INVÍAS y el supervisor del proyecto suscribieron, a mano, un acta (fls. 33 – 34, c1), en la cual señalaron: *“Por tratarse de una obra de emergencia, no se cuenta con ningún estudio previo actualizado, que garantice la estabilidad de la zona a intervenir”* (fl. 33, c1).

los problemas presentados en las Vías Nacionales, lo que requiere la apropiación inmediata de los recursos suficientes, la contratación directa de las obras necesarias, con plazos de ejecución muy cortos, que no ameritan ni justifican para dichas emergencias el pacto de una forma de pago mediante manejo de anticipo, ya que su especial procedimiento dilataría el proceso contractual y retardaría la ejecución de las obras, pues las circunstancias económicas adversas del País se ven también reflejadas en el bajo flujo de caja PAC. La Oficina de Prevención y Atención de Emergencias, busca el cumplimiento de uno de los fines constitucionales del Estado, como es el de darle continuidad al Servicio de Transporte terrestre, y de esta manera evitarle perjuicios a los ciudadanos con ocasión de su actividades económicas, considerando además que las directivas Presidenciales no hacen referencia específica a la prohibición de pactar pagos anticipados en los casos que exigen atención inmediata, resulta viable y conveniente pactar estamos el día de pago” (fls. 25 – 25, reverso, c1). Ahora bien, el señor Edgar de Jesús Correa, supervisor del proyecto, al rendir su testimonio (fls. 351 – 355, c2), aportó la relación de pagos del contrato 499, expedida por el área de tesorería y contabilidad del INVÍAS (fl. 357, c2). En este documento, se aclaró que el pago anticipado fue efectivamente entregado el día 6 de marzo de 2006.

⁹ Se aclara que en el expediente no reposa el acta de inicio de las obras o el acta de iniciación. No obstante, en algunos documentos, como los comprobantes de pago (fls. 46, 52 y 63, c1), o las actas de obra, se señaló que la orden de inicio se suscribió el 16 de febrero de 2006.



Adicionalmente, explicaron que, debido a que se debió recolectar la información necesaria para evaluar y replantear la solución final, el desarrollo de la obra se retrasó. Señalaron que la solución definitiva se entregó el 28 de abril de 2006, en Pasto, y que los retrasos de la obra también obedecieron a problemas de orden público, a excesiva pluviosidad, a interferencias de la comunidad y a la negociación de predios.

Debido a todas estas situaciones, y en atención a que la mencionada solución definitiva se entregó a los dos meses de iniciados los trabajos, solicitaron una prórroga por este tiempo. Por último, aseveraron que, debido al alcance de la solución definitiva, se requerían adicionar recursos para concluir con la estabilización del talud, y se necesitaba de maquinaria adicional. En todo caso, el contratista se comprometía a culminar los trabajos, “[...] dependiendo de los recursos disponibles y de los adicionales que se requieran” (fl. 34, c1).

4.3 Las partes suscribieron el contrato de prórroga 499-1-2006/2006 (fl. 32, c1), por medio del cual se amplió el plazo en dos meses, desde el 16 de mayo y hasta el 16 de julio de 2006. Si bien este documento no se encuentra fechado, en el modelo del acta de liquidación (fls. 92 – 94, c1) se indicó que su fecha fue el 15 de mayo de 2006.

4.4 El contratista, el interventor, el supervisor del contrato, el supervisor del proyecto, y el jefe de la oficina de prevención y atención de emergencias del INVÍAS suscribieron el acta de recibo final del 20 de junio de 2006 (fls. 60 – 62, c1), a través de la cual se indicó que el valor total ejecutado del contrato ascendía a la suma de \$297'903.323. Además, se señaló: *“Con el contrato se atendió la emergencia y se restablecieron las condiciones de transitabilidad que se presentó por el deslizamiento del talud, los trabajos terminados se encuentran de acuerdo con lo establecido en el contrato. En consecuencia, el Contratista cumplió con las obras necesarias. El recibo de los trabajos parciales, no releva al Contratista de sus responsabilidades y obligaciones a las cuales hace referencia el contrato y las normas legales vigentes. El contratista se compromete a mantener vigentes las garantías presentadas de conformidad con lo establecido en el contrato”* (fl. 62, c1).

4.5 El contador Luis Montilla Cabrera elaboró diferentes informes, en los cuales enunció los gastos en los que el contratista incurrió para ejecutar el contrato (fls. 64 – 77, c1). En estos documentos se señaló, por ejemplo, que el contratista le pagó a los volqueteros un valor superior al plasmado en su oferta. También se registraron



gastos por estudios y diseños, estudio geotécnico, estudio geoelectrico y estudio topográfico (fl. 64, c1).

4.6 El 16 de julio de 2008, la sociedad Collect Center Ltda. expidió un certificado, en el cual señaló que el señor Mosquera Benavides tenía 3 obligaciones en mora con el banco BBVA (fl. 79, c1).

4.7 Según el registro civil de matrimonio obrante en el expediente (fl. 83, c1), el contratista se encuentra casado con la señora Beatriz Gabriela Parra Benavidez. En el proceso obra el certificado de tradición del bien con matrícula 442-29071 (fls. 80 – 82, c1), que en la anotación 5 del 26 de julio de 2006, precisó que la señora Parra Benavidez enajenó dicho bien a la señora Rosa Alba Quijano Bedoya. En dicha anotación, se aclaró que el “valor del acto” ascendió a la suma de \$2’824.000.

4.8 El 28 de junio de 2006, la personera del municipio de Ricaurte, Nariño, suscribió un documento con el señor Marco Tulio Moriano, representante de los volqueteros contratados para ejecutar el contrato (fl. 89, c1), en el que establecieron que estos accedían a un valor por viaje de \$13.000. Este documento no fue suscrito por el contratista.

La personera remitió diferentes oficios al INVÍAS, uno en compañía del defensor del pueblo de la Regional Nariño, comunicando el malestar que la comunidad estaba experimentando, a raíz del no pago de las obligaciones laborales a cargo del actor (fls. 515, 519 y 529, c3). Los representantes de los trabajadores y el apoderado del actor adelantaron otro acuerdo ante la personería de Ricaurte, el 30 de junio de 2006 (fls. 520 – 521, c3), en el cual aquellos otorgaron un último plazo de 8 días para que sus obligaciones les fueran canceladas.

4.9 El INVÍAS realizó un proyecto de acta de liquidación, que no fue firmado por las partes (fl. 92 – 94, c1), en la cual se sostuvo que no existía saldo a favor del contratista. Ante este documento, el actor le envió al INVÍAS un oficio, del 19 de septiembre de 2007 (fls. 95 – 96, c1), en el que aseveró que no firmaría el acta de liquidación del contrato, debido a que en el mismo se presentó la ruptura del equilibrio económico. En este oficio se afirmó que los daños y perjuicios ocasionados al demandante ascendían a la suma de \$183’479.792.

El INVÍAS respondió el anterior oficio por medio del documento OPA 041013 del 3 de octubre de 2007 (fls. 107 – 108, c1), a través del cual desestimó las peticiones del demandante. Además, aseveró: “*El contrato se terminó con plena justificación, debido al incumplimiento de pagos con la comunidad e incumplimiento en el*



cronograma de ejecución de obras, y adicionalmente a la falta de recursos disponibles del contratista, que evidenciaron la incapacidad del contratista para culminar satisfactoriamente la obra” (fl. 107, c1). Finalmente, aseguró que liquidaría el contrato unilateralmente.

4.10 El abogado Luis Eudoro Valencia Pantoja realizó un informe (fls. 117 – 118, c1), en el que enlistó lo pagado y adeudado por el contratista a varias personas, entre ellas, los acreedores de las obligaciones que supuestamente adquirió el INVÍAS antes de la celebración del contrato 499. Este documento, elaborado a petición del actor, enunció los procesos judiciales iniciados en contra de este, de los cuales algunos continuaban vigentes. Según el señor Valencia Pantoja, que fue el apoderado del contratista en algunos de estos procesos, todas las obligaciones del accionante tienen como origen la ejecución del negocio objeto de la *litis*.

4.11 El INVÍAS y el señor Guillermo Burgos Grillo, previo proceso público, suscribieron el contrato 3170 del 26 de diciembre de 2006 (fls. 97 – 105, c1), cuyo objeto era atender obras de emergencia para la estabilización del talud superior, en el PR 30+0200 de la carretera Junín – Pedregal (1002), sector Cartagena, por un valor de \$293'835.587, y con un plazo de 3 meses. En el párrafo primero de la cláusula segunda se estableció un A.I.U. del 30%, distribuido así: administración del 20%, imprevistos del 5% y utilidad del 5%. El INVÍAS aportó los antecedentes administrativos de esta contratación (fls. 212 – 231, c1 y 232 – 319, c2).

4.12 El 5 de mayo de 2009, los señores Luis Montilla Cabrera y José Julián Caicedo rindieron testimonio (fls. 198 – 202, c1). El señor Montilla sostuvo que no conservaba la información con base en la cual elaboró los informes relatados en el numeral 4.5. Asimismo, indicó que sus informes solo contenían una relación de egresos, pero no hacían relación de la parte contable¹⁰. Finalmente, afirmó que desconocía los supuestos perjuicios que se le causaron al actor.

Por su parte, el señor Caicedo explicó que el 28 de febrero de 2006 le realizó un préstamo al actor, por el valor de \$35'000.000. Como garantía prendaria de esta obligación, el demandante le firmó el traspaso de una de sus camionetas y la posesión del vehículo, pero no se firmó ningún título valor. Aseguró que este préstamo fue empleado por el señor Mosquera Benavides para ejecutar el contrato suscrito con el INVÍAS, y que el actor le comentó que esta entidad le incumplió el contrato.

¹⁰ No obstante, como el *a quo* le había solicitado un informe contable de la ejecución del contrato 499, en oficio del 11 de diciembre de 2012 (fl. 491, c3), afirmó que lo dicho en el informe del numeral 4.5 correspondía al estudio contable que hizo del contrato en su momento, sin que pudiera realizar comparativos o modificaciones, debido a que no conservaba documentación de ese asunto.



El 6 de mayo de 2009, la señora Martha Raquel Delgado Noruega rindió su testimonio (fls. 205 – 208, c1), asegurando que, si bien las cuentas estaban a su nombre, ella no fue quien contrató con el actor el alquiler de una volqueta y de un cargador, por cuanto la contratación estaba a cargo del ingeniero Jaime Hidalgo - quien era propietario de uno de los bienes-. Sumado a ello, afirmó que el actor no le pagó lo relativo al alquiler de la maquinaria, por lo que inició en su contra un proceso ejecutivo. Finalmente, indicó que entre los primeros días de febrero del año 2006 -entre el 1 y el 20, aproximadamente- su maquinaria fue empleada para despejar la vía en el municipio de Ricaurte.

El 21 de mayo de 2009, el señor Marco Tulio Moriano rindió su testimonio (fls. 336 – 337, c2). Aseguró que trabajó con el actor en la obra objeto de debate. Afirmó que el demandante comenzó a incumplir los pagos derivados de la maquinaria y del personal empleado en la obra, lo cual generó el descontento de la comunidad; de igual modo, sostuvo que él fue una de las personas a las que el señor Mosquera Benavides le incumplió en el pago, razón por la cual inició un proceso en su contra.

El 28 de mayo de 2009, el señor Edgar de Jesús Correa Cerro, quien fue supervisor del proyecto, presentó su testimonio (fls. 351 – 355, c2). Cuando se le preguntó por qué los estudios geotécnicos fueron realizados con posterioridad a la celebración del contrato, contestó: *“Cuando se presenta una urgencia manifiesta, se debe intervenir de forma inmediata, lo cual no permitía disponer de estudios geotécnicos previos por tratarse de una falla súbita, la cual requería realizar nuevos estudios al cambiar las condiciones existentes en la ladera afectada por el fenómeno de inestabilidad [...]”* (fl. 352, c2).

Aceptó que la obra se paralizó por dos meses, razón por la cual se celebró una prórroga. En cuanto al equipo utilizado por el actor, explicó que se le reconoció un *stand by* de 5 horas por la retroexcavadora, con el fin de reconocer el tiempo muerto, ya que fue la única máquina que permaneció durante todo el tiempo en el sitio de la obra. Como los demás equipos no permanecieron en la obra, no era posible reconocerle algún valor por el tiempo de parálisis. Aseguró que la terminación del contrato se debió a incumplimientos del actor, ya que los constantes retardos en el pago a la comunidad generaron gran malestar en la misma, poniendo en riesgo, incluso, la integridad personal del contratista.

El 28 de mayo de 2009, también fue recibido el testimonio del señor Iván Alonso Pardo Ávila, interventor del contrato (fls. 358 – 360, c2). Reiteró que, como este contrato era de urgencia, las primeras actividades podían ser ejecutadas sin el



estudio que debía entregar el INVÍAS. Aseveró que la terminación del contrato obedeció, principalmente, a que ya se había dado atención a la emergencia, y se había garantizado la transitabilidad en la vía. Además, por las quejas presentadas por la comunidad. En todo caso, dicha terminación fue concertada con el contratista.

El 31 de julio de 2009, el señor Hugo Edmundo Coral, quien elaboró el estudio del deslizamiento, presentó su testimonio (fls. 402 – 404, c2). Según el testigo, por orden del INVÍAS, el contratista le pagó a la empresa Ingenieros de Suelos y Cimentaciones Ltda., empleadora del señor Coral, parte de los costos derivados de la realización del estudio. El resto del dinero fue pagado posteriormente por el INVÍAS. En su criterio, sin esos estudios, el contratista no hubiera podido iniciar la obra.

4.13 El 16 de enero de 2012, la perito Ana Lucía Coral Chamorro presentó el dictamen pericial solicitado por la parte actora (fls. 433 – 437, c2). Según la auxiliar de la justicia, como la accionada solo pagó \$297'903.323, le adeudaba al actor \$100'503.051. Además, y con base en los informes del señor Luis Montilla, aseguró que el INVÍAS le causó al demandante perjuicios materiales por la suma de \$228'816.248,84 (\$201'504.201,84, por daño emergente, y \$27'312.047, por lucro cesante), sin contar los honorarios del abogado que adelantaba la defensa de los procesos judiciales en contra del señor Mosquera Benavides, y los intereses moratorios por los préstamos adquiridos por este.

El 31 de enero de 2012, el INVÍAS formuló objeción por error grave en contra del anterior dictamen (fls. 441 – 443, c2), porque, en su criterio, la perito se limitó a realizar una operación aritmética, sin valorar que lo pagado al contratista obedeció a lo realmente ejecutado por este. Sumado a ello, cuestionó que el dictamen diera por hecho que los préstamos adquiridos por el demandante fueran consecuencia del contrato, y no de su desorden administrativo. Insistió en que el A.I.U. no podía incrementarse conforme al contrato 3170, dado que el señor Mosquera definió en su propuesta, documento en el que plasmó su voluntad, un A.I.U. del 18%. Finalmente, consideró que la señora Coral Chamorro no consignó la fuente de su información, ni la metodología que utilizó, ni sustentó el dictamen en argumentos técnicos.

4.14 El INVÍAS, al presentar la objeción al dictamen, adjuntó la propuesta del señor Mosquera Benavides (fls. 444 – 450, c2 y 451 – 468, c3), en la cual este declaró que “[...] he visitado el sitio de las obras y tomado nota cuidadosa de sus características y de las condiciones que puedan afectar su ejecución” (fl. 446, c2), y que “[...] cuento con los recursos económicos para realizar la obra” (fl. 447, c2).



En estos documentos se precisó que el A.I.U. era de un 18%, dividido así: utilidad del 5%, administración del 3%, e imprevistos del 10%.

4.15 El INVÍAS entregó algunos antecedentes del contrato 499 (fls. 494 – 590, c3), en los cuales se registraron, entre otras situaciones, algunos incumplimientos del actor, como sus demoras en la entrega de las actas de obra (fls. 494 y 532, c3). También se observan diferentes documentos provenientes de los empleados del demandante, en los que informan lo adeudado por este.

4.16 El 15 de enero de 2013, el actor aportó un “*estado actualizado de la deuda a cargo del demandante*” (fls. 591 – 595, c3), elaborado por Sistemcobro S.A.S., en el cual se aclaró que sus obligaciones ascendían a la suma de \$70’791.958,60, que debían ser pagados en las oficinas del banco BBVA.

5. Objeto de la apelación y problema jurídico:

La parte actora solicitó la liquidación del contrato 499 de 2006, y el restablecimiento del equilibrio económico, en atención a las siguientes situaciones: (i) la no entrega oportuna de los estudios de estabilidad del talud, la no compra de los predios que debían ser intervenidos, y la no designación de una persona que viabilizara el tránsito en la zona; (ii) los retrasos en el pago de las actas parciales de obra; (iii) la adquisición de diferentes créditos bancarios y personales, destinados a la ejecución del contrato; (iv) la terminación tácita, anticipada y unilateral del mismo; (v) el mayor valor en el transporte del material; (vi) el no reconocimiento de un A.I.U. del 30%, y (vii) el no reconocimiento de lo pagado por concepto de obligaciones adquiridas por el INVÍAS antes de la suscripción del contrato.

No obstante, en el recurso de apelación, el recurrente no cuestionó las apreciaciones del tribunal en relación con las situaciones enunciadas en los ordinales (ii), (iv), (v) y (vii), razón por la cual, en ejercicio del principio de congruencia, la Sala no se pronunciará sobre los retrasos en el pago de las actas de obra, la terminación anticipada del contrato, las diferencias en el precio del transporte, y las obligaciones que supuestamente adquirió el INVÍAS antes de la suscripción del contrato. Tampoco se controvertió lo relativo a la objeción por error grave del dictamen pericial, por lo que este punto no será abordado.

Ahora bien, antes de adentrarse en el estudio del caso concreto, la Sala estima pertinente explicar dos temas, necesarios para resolver la controversia: los contratos celebrados bajo la figura de la urgencia manifiesta, y la diferencia que



existe entre el incumplimiento contractual y el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

6. Los contratos por urgencia manifiesta:

La urgencia manifiesta, que debe ser declarada por acto administrativo, es una figura regulada en los artículos 41 a 43 de la Ley 80 de 1993, la cual se presenta cuando “[...]la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos” (artículo 42 de la Ley 80).

La contratación por urgencia manifiesta es tan expedita que, inclusive, la administración puede prescindir del contrato escrito y del acuerdo sobre el precio (artículo 41 de la Ley 80), siendo necesaria, únicamente, la existencia de una autorización escrita.

Según el literal f) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80, vigente al momento de celebrarse el contrato 499, en la urgencia manifiesta la entidad pública podrá contratar de manera directa ¹¹, sin necesidad de contar con los estudios o documentos previos. Sobre este tema, la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación ha explicado:

La Ley 80 de 1993, artículos 41 a 43 incorporó la figura de la urgencia manifiesta como una modalidad de contratación directa. Se trata entonces de un mecanismo excepcional, diseñado con el único propósito de otorgarle instrumentos efectivos a las entidades estatales para celebrar los contratos necesarios, con el fin de enfrentar situaciones de crisis, cuando dichos contratos, en razón de circunstancias de conflicto o crisis, es del todo imposible celebrarlos a través de la licitación pública o la contratación directa. Es decir, cuando la Administración no cuenta con el plazo indispensable para adelantar un procedimiento ordinario de escogencia de contratistas.

En otras palabras, si analizada la situación de crisis se observa que la Administración puede enfrentarla desarrollando un proceso licitatorio o sencillamente acudiendo a las reglas de la contratación directa, se hace imposible, en consecuencia, una declaratoria de urgencia manifiesta. Así las cosas, la imposibilidad de acudir a un procedimiento ordinario de selección de contratistas constituye un requisito legal esencial que debe ser respetado por las autoridades cuando se encuentren frente a situaciones que aparentemente puedan dar lugar a la utilización de este instrumento contractual¹².

¹¹ En la actualidad, esta posibilidad se encuentra consagrada en el literal a) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 7 de febrero de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad.: 11001-03-26-000-2007-00055-00 (34.425).



Por su parte, la Corte Constitucional, al abordar este asunto, ha aseverado: “a. Que la ‘urgencia manifiesta’ es una situación que puede decretar directamente cualquier autoridad administrativa, sin que medie autorización previa, a través de acto debidamente motivado. b. Que ella existe o se configura cuando se acredite la existencia de uno de los siguientes presupuestos: -Cuando la continuidad del servicio exija el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro. -Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción. -Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, -[e]n general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección [...]”¹³.

En ese orden de ideas, la urgencia manifiesta procede en aquellos eventos en los cuales puede suscitarse la necesidad de remediar o evitar males presentes o futuros, pero inminentes, bien sea en virtud de los estados de excepción, o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de situaciones de calamidad, o hechos constitutivos de fuerza mayor o de desastres, o cualquier otra circunstancia similar que no dé espera en su solución, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que toman tiempo, y hacen más largo el lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia, resulta entorpecedora, porque la solución, en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño¹⁴.

7. La diferencia entre el incumplimiento contractual y el equilibrio económico del contrato:

Si bien en la subsanación de la demanda, la parte actora solicitó que se prescindiera de la pretensión de incumplimiento, en algunos apartes de la demanda sostuvo que la ruptura de la ecuación contractual obedeció a los presuntos incumplimientos del INVÍAS. Por lo tanto, resulta pertinente explicar que, de manera reiterada, esta Corporación ha diferenciado las instituciones del incumplimiento y del equilibrio económico.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-772 de 1998, M.P.: Fabio Morón Díaz.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Exp.: 14.275 (05.229).



Aunque el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 considera que el incumplimiento contractual es una causa del desequilibrio económico, la Sección Tercera ha explicado que ello constituye una imprecisión legislativa, debido a que el incumplimiento obedece a otras causas y genera otro tipo de consecuencias.

Ciertamente, el desequilibrio se fundamenta en actuaciones lícitas, esto es, el uso de las prerrogativas de la administración (hecho del príncipe o *ius variandi*), o la ocurrencia de situaciones ajenas a las partes (imprevisión). Por el contrario, el incumplimiento de las obligaciones transgrede el ordenamiento jurídico y constituye una actuación culposa de la parte que no honra sus compromisos contractuales. Sumado a ello, los efectos de ambas figuras son diferentes, puesto que, mientras en el desequilibrio se busca recuperar la conmutatividad del contrato, en el incumplimiento se pretende la ejecución de las obligaciones o la resolución del contrato y, en ambos casos, la indemnización de los perjuicios. En palabras de la Subsección A de esta Corporación:

Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, tanto por el origen de los fenómenos, como por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.

En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998¹⁵.

Bajo esos términos, si la voluntad del demandante se dirige a obtener, como en este caso, el restablecimiento del equilibrio económico, deberá demostrar la ocurrencia, con posterioridad a la celebración del contrato, de un hecho anormal, extraordinario y excepcional, o la expedición, por parte de la entidad contratante -en ejercicio de sus funciones administrativas-, de una medida de carácter general que lo haya afectado, o de un acto contractual en ejercicio del *ius variandi*. Dicha situación deberá, además, haber hecho significativamente más gravosa la ejecución del contrato, de tal manera que se configure un *álea* extraordinaria que supere los riesgos propios del negocio jurídico, ser inimputable a la parte que la invoca, y ser sobreviniente, imprevista e imprevisible¹⁶.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 30 de mayo de 2019, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Rad.: 25000-23-26-000-2005-01570-01 (43.631).

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 22 de octubre de 2021, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 54001-23-31-000-2010-00216-01 (55.541).



8. Caso concreto:

8.1 Retraso en los diseños y en la compra de predios:

En relación con los retrasos en la entrega de los diseños y la compra de los predios, es necesario precisar que estas situaciones no se enmarcan en los presupuestos del rompimiento del equilibrio económico, ya que, de encontrarse acreditadas, no constituirían actuaciones legítimas de la administración, o circunstancias ajenas a las partes, sino la desatención de deberes contractuales. Este solo argumento sería suficiente para despachar desfavorablemente los planteamientos relacionados con los estudios y con los predios, dado que el actor solicitó, de manera expresa, que no se declarara la existencia de perjuicios por incumplimiento.

A pesar de ello, y de haberse conservado la pretensión de incumplimiento¹⁷, lo cierto es que la misma no habría prosperado, por lo siguiente: como se explicó en líneas anteriores, la urgencia manifiesta es un tipo de contratación especial, que se emplea con el fin de contener una crisis inminente. Por lo mismo, no es obligatorio que la entidad, antes de celebrar el contrato, elabore los documentos previos, entre los cuales se encontrarían los estudios de estabilidad del talud, o negocie los predios que serán intervenidos. Además, como el contrato 499 tampoco previó estas obligaciones a cargo del INVÍAS, no es posible colegir, como lo argumentó el accionante, que era clara la fecha límite que se tenía para la realización de dichas actividades.

Sin embargo, en virtud del principio de planeación, la entidad debía gestionar el desarrollo de la actividad contractual de manera organizada y diligente, mas no improvisada, por lo que debía entregar los estudios en un tiempo prudencial, pues su ausencia impedía la ejecución total del contrato.

En el acta del 5 de mayo de 2006 (fls. 33 – 34, c1), la interventoría, el supervisor del proyecto y el actor reconocieron que los retrasos en los trabajos de la obra obedecieron a demoras en la definición de la solución definitiva, por medio de la cual se estabilizaría el talud -si bien estaba previsto entregarla al mes de iniciado el contrato, se entregó a los dos meses (fl. 34, c1)-. Por ello, se solicitó una prórroga de dos meses y una adición. No obstante, mediante el contrato adicional 499-1-2006/2006 (fl. 32, c1), las partes solo modificaron el plazo, sin que se adicionara el valor del contrato.

¹⁷ En todo caso, se reitera, esta pretensión fue suprimida de la demanda inicial, dado que el *a quo* consideró que no podía acumularse con la de liquidación del contrato, salvo que esta última fuera subsidiaria de la de incumplimiento.



Bajo este panorama, no sería procedente que el actor solicitara la indemnización de perjuicios por la falta de adición del valor del contrato, ya que la modificación celebrada por las partes se justificó en los inconvenientes que generaron, entre otras situaciones, los retrasos en la elaboración de los estudios y la no compra de los predios. Si el señor Mosquera Benavides consideraba que la paralización de la obra le había generado algún sobrecosto, debió dejar constancia de tal situación en la modificación o debió, como en efecto lo enuncia el acta, insistir en la adición de los recursos. El que no lo haya hecho, convalida las actuaciones del INVÍAS, y acepta las condiciones económicas que subyacían tales decisiones.

En otros términos, sería contrario a la buena fe que, a pesar de que este otrosí se suscribió con el fin de solucionar las inconformidades esgrimidas por el contratista, este lo haya firmado, sin dejar alguna manifestación sobre la insuficiencia de ese acuerdo para satisfacer dichas reclamaciones.

Por otro lado, el INVÍAS aseguró que al contratista se le reconoció un *stand by* por la paralización de la maquinaria (fls. 107 – 108, c1). Por lo mismo, si el actor consideraba que estos recursos no eran suficientes, debió manifestarlo, y dejar constancia de tal situación en los actos bilaterales que celebró durante la ejecución del contrato. El que hubiera suscrito el acta de recibo final, sin salvedad alguna, implicaba que lo reconocido por el INVÍAS representa lo efectivamente ejecutado, sin que persistieran obligaciones por reconocer o por pagar.

En todo caso, aunque en la demanda, y en documentos como el derecho de petición del 19 de septiembre de 2007 (fls. 95 – 96, c1), el actor aseguró que el tiempo perdido por la no entrega de los estudios y la no legalización de los predios le causó perjuicios económicos, no existe una prueba que permita demostrar, efectivamente, la configuración de los alegados sobrecostos. El material probatorio obrante en el expediente no permite identificar cuál fue el monto ni los demás elementos del daño invocado por el contratista.

8.2 Designación del encargado de gestionar el tránsito:

Ahora bien, tampoco hay lugar a reconocer un valor económico por la no designación de una persona que gestionara el tránsito en la zona, puesto que, según el parágrafo de la cláusula vigesimoquinta del contrato, era el actor quien tenía la obligación de señalizar y dirigir el tránsito en el sector contratado, siendo el único responsable de la conservación, señalización y mantenimiento del tránsito. Así, no es posible trasladarle al contratante una obligación que, expresamente,



estaba a cargo del contratista y, mucho menos, pretender que aquel debe reconocerle alguna contraprestación económica adicional por este concepto.

Además, no es cierto que se generara algún retraso en la obra por la ausencia de personas que viabilizaran el tránsito, por cuanto el acta del 5 de mayo de 2006 (fls. 33 – 34, c1) explica que: *“En el sitio de obra [...] siempre ha estado presente equipo, y personal suficiente para garantizar la transitabilidad y seguridad para los vehículos que transitan en esta vía”* (fl. 33, c1). Es decir, de haber sido cierto que el INVÍAS tenía a su cargo el deber de gestionar el tránsito, tal situación nunca causó inconvenientes en la ejecución del contrato, sino que, por el contrario, las partes reconocieron el cumplimiento de esta obligación, la cual, en todo caso, estaba a cargo del contratista.

8.3 El rompimiento del equilibrio económico del contrato:

Para iniciar, debe aclararse que, en efecto, resulta justificado que se presente el rompimiento del equilibrio económico, cuando en un contrato celebrado bajo la figura de la urgencia manifiesta, al efectuar los estudios pertinentes, se identifiquen circunstancias diferentes a las previstas al momento de presentar la propuesta o de suscribir el contrato, que hagan mucho más onerosa su ejecución. Sin embargo, no es suficiente con probar esas *“sujeciones materiales imprevistas”*, dado que resulta indispensable acreditar, también, los sobrecostos en los que incurrió el contratista por esa causa, para que prosperen sus pretensiones. Lo anterior, sin perjuicio de las consideraciones que se han expuesto en torno a la falta de reclamación oportuna por parte del contratista, al suscribir las modificaciones.

En este caso, el *a quo* consideró que no estaba demostrado que los préstamos bancarios y personales adquiridos por el actor, junto con la venta del bien de su cónyuge, se habían destinado a la ejecución del contrato. Por el contrario, el recurso indicó que, una vez se conocieron los estudios, se advirtió que los costos serían sustancialmente diferentes a los plasmados en la oferta, pues se conocía a ciencia cierta cuál era el procedimiento tendiente a la estabilización del talud, y las actividades que ello abarcaría. Sumado a ello, afirmó que, en la medida que se desarrolló la obra, fue evidente para el accionante que los precios de la propuesta eran inferiores a los realmente cobrados en la zona, lo cual derivó en la adquisición de estos créditos, empleados para cubrir los sobrecostos¹⁸.

¹⁸ En concreto, el apelante enunció en el recurso: *“Además el contratista realiza diversas peticiones a la entidad demandada tendientes al reconocimiento de sobre costos [sic] que se presentaron en obra, debido a que existía una diferencia sustancial entre lo ofertado y lo realmente cobrado en la zona lo que conlleva [sic] a que el contratista adquiriera diversos créditos de diferente índole como se lo demuestra en el proceso, con el fin de cubrir los sobrecostos y cumplir con el objeto contractual”* (fl. 660, c. ppl.).



La Sala estima que, en este caso, no hay lugar a reconocer la ruptura del equilibrio económico, por lo siguiente: en primer término, y como se indicó anteriormente, cuando se entregó la solución definitiva, el contratista, la interventoría y algunos funcionarios del INVÍAS consideraron que la culminación de la estabilización del talud demandaría tareas y maquinaria adicionales, al tiempo que se requeriría la prórroga del contrato.

No obstante, las partes contratante y contratista solo suscribieron una prórroga al plazo del contrato, descartando la necesidad de adicionar su valor. Este hecho, se reitera, impide que posteriormente se pueda invocar ante el juez la configuración de unos sobrecostos, ya que el contratista, durante la etapa de ejecución, convalidó las condiciones económicas del negocio jurídico.

Sumado a ello, para que fueran procedentes las reclamaciones por concepto del rompimiento del equilibrio económico del contrato, sería necesario que el contratista hubiera cumplido con el objeto a cabalidad. En el presente caso, a pesar de que obra un acta de recibo final, en la que se anotó que el contratista cumplió con sus obligaciones, en dicha acta también se registró que *“[e]l recibo de los trabajos parciales, no releva al Contratista de sus responsabilidades y obligaciones [...]”* (subraya fuera de texto) (fl. 62, c1), y en el plenario está probado que, en realidad, el objeto contractual no se ejecutó totalmente, dado que el INVÍAS celebró un nuevo contrato, cuyo objeto coincidía, en parte, con lo que inicialmente tenía que ejecutar el demandante -atender obras de emergencia para la estabilización del talud superior, en el PR 30+0200 de la carretera Junín – Pedregal (1002)-, circunstancia que fue igualmente reconocida por el demandante. Así, lo que esa acta de recibo final denota, es que al contratista se le pagó lo que efectivamente ejecutó.

De otra parte, no se encuentra probado que las obras ejecutadas por el actor costaran más de lo que la entidad reconoció -cuyo valor fue registrado en la ya mencionada acta de recibo final de obra, según los precios unitarios de la propuesta-, pues no se acreditaron los sobrecostos que adujo haber asumido durante la ejecución del contrato.

En segundo lugar, la divergencia entre los precios de la propuesta y los de la zona no constituye un hecho imprevisto o imprevisible. Ciertamente, cuando el demandante presentó su propuesta, aseveró que había visitado el sitio de la obra, y que había tomado nota cuidadosa de las condiciones que podían afectar la ejecución del contrato. Sumado a ello, señaló que contaba con los recursos económicos suficientes para realizar las tareas a su cargo (fls. 446 – 447, c2).



Adicionalmente, el parágrafo primero de la cláusula segunda del contrato había dispuesto que, dentro del valor del mismo, debían incluirse la totalidad de gastos que demandara la ejecución y todos los costos directos e indirectos necesarios para el cumplimiento del objeto. Por ello, si el contratista excedía el valor pactado, dicho excedente estaría a su cargo.

De este modo, cuando el actor presentó su propuesta, estaba asegurando que los precios estipulados obedecían al estudio juicioso que hizo de la zona y de las obras que debía realizar. El que no haya verificado los precios del sector, lejos de ser una actuación imprevista, constituye una conducta negligente, que no puede habilitar el restablecimiento del sinalagma contractual.

En complemento con lo expuesto, y al igual que lo precisó el *a quo*, no está demostrada la relación de causalidad entre las obligaciones dinerarias adquiridas por el actor y el desarrollo del contrato. Si bien está probado que el demandante tenía un préstamo con el banco BBVA (numeral 4.6 del proyecto), que su cónyuge enajenó un bien de su propiedad (numeral 4.7), que adquirió préstamos prendarios (testimonio del señor José Julián Caicedo), y que, en general, tenía a su cargo varias deudas (numeral 4.16), no está comprobado que las mismas surgieron con ocasión de la ejecución del contrato, o que fueron el resultado de los supuestos sobre costos.

En el plenario reposan los informes del señor Luis Montilla Cabrera (numeral 4.5), en los cuales, según se precisó en su testimonio, elaboró una relación de egresos de los gastos en los que incurrió el actor para desarrollar las obras. Sin embargo, más allá de enunciar diferentes gastos del accionante, dichos informes no permiten dilucidar -e, inclusive, el señor Montilla aseguró que los desconocía- algún perjuicio que se le hubiera causado al señor Mosquera Benavides, dado que no es posible establecer que los diferentes dineros adquiridos fueran destinados a cubrir estos gastos. Es más, no está probado, como ya se señaló, que los eventuales sobre costos del actor emanaran de situaciones imprevistas, y no de su negligencia al elaborar la propuesta.

También se encuentra el informe del señor Luis Eudoro Valencia (numeral 4.10), por medio del cual se enlistaron, entre otras cuestiones, diferentes procesos judiciales iniciados en contra del actor, derivados, según se afirmó, de la ejecución del contrato 499. Efectivamente, estos documentos solo permiten colegir que los empleados del actor lo demandaron por el incumplimiento en sus obligaciones, sin que esto demuestre que tales actuaciones fueron la génesis de los diferentes créditos adquiridos por el contratista, y de su precaria situación económica.



Si bien es cierto que, por tratarse de un contrato de urgencia manifiesta, los precios de la propuesta no debían ser necesariamente inmutables, en tanto, como se enunció al inicio de este subtítulo, podían presentarse situaciones que los alteraran, no es suficiente con enunciar o afirmar la existencia de los supuestos sobrecostos, puesto que los mismos debían probarse.

8.4 Los dineros que no fueron reconocidos al actor, pero sí al nuevo contratista:

El último punto objeto de debate, esto es, el A.I.U. pactado en un 30%, tampoco está llamado a prosperar, por lo siguiente: la Sala no puede otorgarle valor al supuesto acuerdo verbal suscitado entre las partes, por medio del cual se le reconocía al actor un A.I.U. superior al plasmado en el contrato. Lo anterior, por cuanto los contratos estatales son solemnes, y deben constar por escrito. Aunque el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 permite que los contratos de urgencia no consten por escrito, este no fue el supuesto del caso bajo estudio, ya que, al existir contrato escrito desde un inicio, todas sus modificaciones debían obrar, igualmente, por escrito.

Además, que el INVÍAS posteriormente haya suscrito otro contrato, en el que se pactó un A.I.U. diferente al definido con el actor, no puede servir de argumento para modificar el contrato 499, puesto que, como lo indicó el *a quo* y el demandado, este es un negocio jurídico distinto, que respondió a necesidades distintas y a esquemas de costos diferentes.

Así, no es posible aceptar que la administración le generó un perjuicio al demandante, por no reconocer un A.I.U. diferente al que él definió en su propuesta, ya que, como se precisó en repetidas oportunidades, los riesgos derivados de calcular mal la oferta estaban a cargo del contratista, y solo podría predicarse el rompimiento del equilibrio económico si se acreditaba la existencia de un hecho anormal, extraordinario e imprevisto, lo cual, en este caso, no ocurrió.

En atención a que el contratista no logró acreditar los presupuestos del equilibrio económico, ni logró demostrar los perjuicios invocados en la demanda, la sentencia de primera instancia será confirmada.

9. Costas:



En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al tribunal de origen para lo de su competencia.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Aclaración de voto

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Aclaración de voto

VF