

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá, veinte (20) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

CONTROVERSIA CONTRACTUAL

Radicado:	25000 – 23 – 26 – 000 – 2011 – 001341 – 00
Actor:	CONSORCIO CBG
Demandado:	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVIAS)
Instancia:	PRIMERA
Sistema:	ESCRITURAL
Tema	Ineptitud sustantiva de la demanda - Debe demandarse la liquidación unilateral del contrato para obtener la declaratoria de su incumplimiento y/o desequilibrio económico – Decisión inhibitoria.
Sentencia	SC03 – 0521 - 3070

Asunto: FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia dentro de la presente acción, conforme con los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El apoderado judicial del CONSORCIO CBG, integrado por las sociedades COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS S.A., GALVS FRACASSI Y

COMPAÑÍA S.A.S. y BOTERO IBAÑEZ Y COMPAÑÍA LTDA, interpuso demanda en ejercicio de la acción contractual contra el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, con el objeto de que se declarara (i) el incumplimiento del Contrato No. 1554 de 2004, que tuvo por objeto el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 48, en el tramo 1 Yacopí – La Palma Troncal de Rionegro del K0 + 000 al K23 + 670 con una longitud de 23.67 kilómetros en Cundinamarca y (ii) la ruptura del equilibrio económico del contrato mencionado, por hechos imprevistos ajenos a la voluntad del Contratista; a su vez, se condenara a la parte demandada de los perjuicios consecuenciales.

II. DEMANDA

2.1. Pretensiones

Constan como pretensiones de la demanda las siguientes¹:

“1. Que se declare que el INVIAS incumplió las obligaciones contractuales y legales que le eran exigibles en su calidad de Entidad contratante durante la ejecución del contrato No. 1554 de 2005 que tuvo por objeto el Diseño, Reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 48, en el Tramo 1 Yacopí – La Palma Troncal de Rionegro del K0 + + 000 al K23 + 670 con una longitud de 23.67 kilómetros, en el Departamento de Cundinamarca, el cual fue celebrado con el CONSORCIO CBG, integrado por la sociedades: COMPAÑÍA DE TRABAJOS URBANOS S.A.; GALVIS FRASSI Y COMPAÑÍA S.A.S.; y BOTERO IBAÑEZ Y COMPAÑÍA LTDA.

2. Que se declare el rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato de obra y la medida de corrección a favor del CONSORCIO CBG, como consecuencia de la ocurrencia de hechos imprevistos ajenos a la voluntad del Contratista, que hicieron para el mismo más onerosa la ejecución del Contrato y que afectaron de manera grave la economía del contrato de obra.

3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al INVIAS a pagar al CONSORCIO CBG, la totalidad de los perjuicios sufridos tanto por concepto de daño emergente como de lucro cesante, pasado y futuro, así como los mayores costos asumidos por éste, durante la ejecución del Contrato por la ocurrencia de los siguientes hechos imprevistos ajenos a la

¹ Folios. 1 a 5, cuaderno 1.

voluntad del contratista, y que asciende a la suma de DOS MIL DOSCIENTOS TREITA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS DIECIOCHO PESOS M/C (\$2.231.865.518, 00):

CONCEPTO	VALOR
<i>Alza desproporcionada, grave e imprevista del material asfalto sólido 80/100 que incidió en el valor del metro cúbico de Mezcla Densa en Caliente MDC-2 y/o, sobre costo en el transporte de la Mezcla Densa en Caliente MCD-2, en que debió incurrir el contratista ante el cambio de fuente de materiales.</i>	<i>MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS DIECISÉIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.758.916.373)</i>
<i>Alza desproporcionada, grave e imprevista del material asfalto sólido que incrementó a su vez el valor de la emulsión asfáltica CRL-1 en el ítem suministro de emulsión asfáltica para la estabilización de la base.</i>	<i>CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$457.969.964)</i>
<i>Alza desproporcionada, grave e imprevista del material asfalto sólido que incrementó a su vez el valor de la emulsión asfáltica CRL – 1 en el ítem suministro de emulsión asfáltica para imprimación.</i>	<i>CATORCE MILLONES NOVECINETOS SETENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$14.979.452)</i>

En todo caso, el Tribunal deberá condenar al pago de los perjuicios que realmente se acrediten en el proceso, así sean mayores a los solicitados.

Peticiones comunes a las anteriores pretensiones:

- 1. Que se condene a INVIAS a pagar debidamente actualizadas las sumas a que resulte condenada, actualizándolas entre la fecha en que incurrió en el sobrecosto, y a la fecha de la sentencia.*
- 2. Que para compensar el lucro cesante ocasionado por las sumas de dinero no reconocidas oportunamente, se reconozca a favor del contratista una suma equivalente al interés moratorio, o en su defecto el bancario corriente, desde la fecha en que incurrió en el gasto o la fecha en que debió haber pagado el precio, según sea el caso y la fecha de la sentencia.*

3. *Que a partir de la ejecutoria de la sentencia se reconozcan intereses moratorios al máximo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.*
4. *Que se condene al INVIAS al pago de todas las costas del proceso contencioso y las agencias en derecho”*

2.2. Hechos

Los fundamentos fácticos de la demanda, se resumen en la forma que sigue²:

2.2.1. El 7 de septiembre de 2005, el INVIAS y el CONSORCIO CBG celebraron el Contrato No. 1554 de 2005, cuyo objeto fue el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 48, en el Tramo 1 Yacopí – La Palma Troncal de Rionegro del K0 + + 000 al K23 + 670 con una longitud de 23.67 kilómetros, en el Departamento de Cundinamarca.

2.2.2. El valor inicial del Contrato No. 1554 de 2005 fue de \$8.610.636.090.

2.2.3. En la cláusula cuarta del contrato en mención fue estipulado como plazo para la ejecución el término de 24 meses contados a partir de la orden de iniciación impartida por el Secretario General Técnico del INVIAS, destinando dentro de este plazo, 3 meses para la etapa de estudios y diseños y 18 meses para la etapa de construcción.

2.2.4. El 6 de diciembre de 2005, el Contratista, la Interventoría, la Consultoría de apoyo, el Supervisor del Contrato y la Coordinadora del Plan 2500, suscribieron la orden de inicio de la etapa de diseño.

2.2.5. El 5 de marzo de 2006, el Contratista y la Interventoría suscribieron el acta de terminación y entrega de estudios y diseños.

2.2.6. El 6 de abril de 2006, el Contratista, la Interventoría, la consultoría de apoyo, el Supervisor del Contrato y la Coordinadora del Plan 2500, suscribieron la orden

² Folios 6 a 10, c 5.

de iniciación de la etapa de construcción, la cual tendría una duración de 21 meses.

2.2.7. La fecha de terminación del contrato era el 5 de diciembre de 2007. Sin embargo, mediante Contrato Adicional 1554 – 1- 2005 del 6 de diciembre de 2007 fue prorrogado por 116 días, y a través de Contrato Adicional 1554 – 3 – 2005 del 27 de marzo de 2008, fue prorrogado por 30 días más.

2.2.8. Mediante modificación No. 3 del Contrato 1554, fue precisado el alcance contractual, reduciendo la longitud de kilómetros a intervenir a 14.5 kilómetros. La liberación de la diferencia (9.17 km) se debió a fallas geológicas y por tramo pavimentado con póliza de estabilidad vigente.

Hechos relativos al incremento del valor del asfalto sólido

2.2.9. Entre el 31 de diciembre de 2004 y diciembre, el producto asfalto sólido 80/100 en la refinería de Barrancabermeja de la Empresa ECOPETROL se comercializaba en razón de \$489.187 la tonelada.

2.2.10. Esta tendencia histórica del valor del asfalto sólido 80/100 se tuvo en cuenta por el Consorcio CBG para estructura su propuesta en la licitación pública que dio origen al Contrato 1554, con fecha de cierre de 3º de marzo de 2005, así como para la proyección del costo del producto en el análisis de precios unitarios, para los ítem “MEZCLA DENSA EN CALIENTE TIOI MDC-2”, entre otros.

2.2.11. Entre la firma del contrato y el inicio de la etapa de diseño, el valor del asfalto sólido se mantuvo en \$489.189.

2.2.12. Para el 1º de enero de 2006 el producto asfalto sólido 80/100 en la refinería de Barrancabermeja de la Empresa ECOPETROL se comercializaba en razón de \$489.187 la tonelada, y para el 31 de diciembre de 2006 en razón de \$651.109 la tonelada. De lo anterior se colige que la variación porcentual respecto al incremento del precio entre la fecha de licitación pública y diciembre de 2006 fue del 33.1%.

2.2.13. Desde la fecha de presentación de la oferta en la licitación pública hasta julio de 2008, el valor del asfalto sólido 80/100 aumentó en 77.95%. A partir del 1º

de enero de 2008 aumentó a \$898.599 y para el 1º de julio de 2008 se comercializaba en \$1.014.699,81.

2.2.14. En contraste, el índice de ajuste para el Contrato 1554 entre marzo de 2005 y marzo de 2006 fue del 4.15%, el índice de ajuste para el año de terminación del contrato aplicado a los ítems contractuales ascendió a 13.57%, porcentaje que comparado con el incremento real del producto asfalto sólido genera un desequilibrio económico exorbitante en la actividad de producción del concreto asfáltico para los ítems: “mezcla densa en caliente tipo MDC-2”, “Emulsión asfáltica para estabilización de la base” e “imprimación”.

Hechos relativos al cambio de estructura de la vía

2.2.15. Luego de la etapa de estudios y diseño, se concluyó que la alternativa sub-base (30), base granular (1,5) y concreto asfáltico (7.5) no eran viables, y se aprobó como alternativa de construcción reemplazar la estructura de pavimento propuesta por el INVIAS, por la construcción de una base granular estabilizada con emulsiones asfálticas en un 3% y cemento portland al 2%. Esta alternativa respondió a las condiciones reales del terreno y permitió bajar los costos del proyecto.

2.2.16. Los precios unitarios no previstos para esta actividad, material granular para estabilizar, suministro de emulsión asfáltica CRL-1 y suministro de cemento, entre otros – fueron fijados mediante Acta de Fijación de Precios no Previstos de 25 de mayo de 2006, sin embargo, los precios fueron revertidos a marzo de 2005, fecha de presentación de la oferta.

Hechos relativos al cambio de fuentes de materiales no imputable al Contratista

2.2.17. En la oferta presentada por el Consorcio CBG se tuvo en cuenta la fuente de materiales del predio “CORINTO” en la vereda de Avipay de fajardos, del municipio Yacopí (Cundinamarca), localizada en el centro de gravedad del proyecto (kilometro 14.5 tramo La Palma – Yacopí). Dicha fuente fue considerada porque la entidad contratante la uso para la elaboración del presupuesto oficial de la licitación pública, y de acuerdo con experiencias anteriores de proyectos realizados para el INVIAS y diseñados por este Instituto, el material extraíble

respondía a las especificaciones y requerimientos para la construcción de la sub-base granular, base granular y concreto asfáltico.

2.2.18. Al inicio del proceso de negociación con los concesionarios de la Cantera de extracción del material, no fue posible explotarla por incumplimiento de éstos a las normas medioambientales. Luego de circunstancias imprevistas e irresistibles para el Consorcio, se determinó que la Cantera servía para la primera parte de la alternativa técnica propuesta, esto es, la base granular para ser estabilizada con emulsiones asfálticas y cemento portland, pero no para la elaboración de los concretos asfálticos, porque los materiales no cumplían con los índices mínimos de desgaste.

2.2.19. Por lo anterior, fue necesario ubicar la Cantera de Fusca en el municipio de Chía (Cundinamarca) a 129 kilómetros del centro de gravedad del proyecto, lo que ocasionó un aumento desproporcionado de casi 119 kilómetros del trayecto a recorrer para obtener el material y, por ende, asumir mayores costos imprevistos no presupuestados.

Hechos relativos a la terminación y liquidación bilateral y unilateral del Contrato

2.2.20. El plazo del Contrato 1554 se cumplió el 30 de mayo de 2008.

2.2.21. El 2 de diciembre de 2008, entre el Contratista, la Interventoría, la Consultoría de Apoyo, el Supervisor del Contrato y la Coordinadora del Plan 2500, suscribieron el Acta de entrega y recibo definitivo de obra.

2.2.22. Mediante Acta SGT No. 00074 de 2 de octubre de 2009, las partes de común acuerdo liquidaron el Contrato.

2.2.23. Mediante la Resolución No. 00077 de 19 de enero de 2010, el Secretario General Técnico del INVIAS liquidó unilateralmente el Contrato 1554 de 2005 con respecto a las observaciones hechas en el acta de liquidación bilateral.

2.2.24. A través del oficio No. CBG – DIR- 1554-290-2008, bajo el radicado No INVIAS 3716 de 25 de enero de 2008, el Consorcio CBG solicitó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

2.2.25. El 25 de enero de 2008, el Coordinador del Plan 25000 negó la solicitud de restablecimiento económico del contrato.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Por acta individual de reparto del 2 de diciembre de 2011, correspondió el conocimiento del asunto de la referencia al Magistrado Alfonso Sarmiento Castro³.

3.2. Mediante auto de 19 de enero de 2012, la demanda fue inadmitida con el fin de que se aportara copia auténtica del documento de constitución del Consorcio CBG, y copia del acta de diligencia de conciliación en el que constara el agotamiento del requisito de procedibilidad respecto de todos los hechos y pretensiones de la demanda, puesto que la solicitud de conciliación había sido presentada el 3 de septiembre de 2009 y los supuestos fácticos de la demanda hacían referencia a la liquidación del contrato en octubre de 2009 y enero de 2010.

3.3. El 7 de febrero de 2012, la parte demandante presentó subsanación de la demanda, en la que solicitó su admisión, señalando que la solicitud de conciliación prejudicial abarcaba la liquidación del Contrato, porque el acta de liquidación bilateral había sido enviada al INVIAS para su firma y su copia había sido aportada para su firma. De igual manera, señaló que la liquidación unilateral del contrato había ocurrido antes de la celebración de la audiencia de conciliación, por lo que debía entenderse que fue objeto de conciliación. Destacó que las salvedades expuestas en el acta de liquidación bilateral del contrato eran los mismos hechos y pretensiones señalados en la solicitud de conciliación y la demanda. Por último, adujo que, en un caso idéntico, la demanda había sido admitido en un proceso tramitado ante un Despacho de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴.

³ Folio 24, cuaderno 1.

⁴ Folios 27 a 30, cuaderno 1

3.4. El proceso fue remitido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Descongestión, y le correspondió por reparto a la Doctora Corina Duque Ayala, que median auto de 27 de noviembre de 2012 dispuso la admisión de la demanda⁵.

IV. CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado del Instituto Nacional de Vías se opuso a las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los hechos en litigio, resaltó lo siguiente:

1. Los argumentos presentados por el Contratista para la adición del Contrato 1554-1-2005 de 6 de diciembre de 2007 no fueron aceptados totalmente por la Interventoría del Contrato, por incumplimiento parcial de las obligaciones pactadas.
2. La proyección del costo del producto asfalto sólido 80/100 no fue tomada en cuenta plenamente dentro del análisis de precios unitarios, ya que el contrato se ejecutaría en los años 2005 y 2006.
3. La Interventoría del Contrato no compartió los argumentos del Consorcio CBG para un incremento o pago adicional por el concepto de transporte para mezcla asfáltica, porque no fueron allegados soportes válidos, y teniendo en cuenta que el proponente, luego contratista, no tuvo claro las fuentes a utilizar para el concreto asfáltico.
4. Según los acuerdos implícitos entre las partes del Contrato con relación a la forma de pago, el Contratista contaba con un flujo financiero adecuado al proyecto y al cronograma de inversiones.
5. Las variaciones en una línea de tiempo pueden no revelar la eventual afectación de un precio en su integridad, si se asocia a un costo general.

⁵ Folios 87 y 88, cuaderno 1

6. El contratista asumió riesgos con el valor de la oferta presentada, por lo que podría configurarse la formulación de una propuesta de condiciones económicas y contratación artificialmente bajas, con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.
7. El diseño de la vía fue realizado por el Contratista, de modo que en este estudio debió establecer la necesidad del cambio en la fuente de materiales. Particularmente, el hecho de que los materiales no cumplieran con las especificaciones únicamente es atribuible al Contratista por falta de previsión, dado que debió advertirlo en los estudios de diseño.
8. Las condiciones del pliego de condiciones fueron aceptadas por todos los proponentes que se presentaron a la licitación, de manera que tenían la obligación de estudiar sus reglas. El ítem del transporte solo pesaba el 0.3% del valor de la propuesta, el Contratista debió prever en el análisis de precios unitarios el costo del transporte al momento de preparar su oferta.
9. El proponente debía conocer los precios que manejaba ECOPETROL para el asfalto y hacer una proyección futura con fundamento en la economía nacional, puesto que su afirmación en torno a la imprevisibilidad del precio deja en evidencia que presentó una oferta artificialmente baja o que no tenía suficiente experiencia a nivel financiero y operativo para hacer el ofrecimiento.

El apoderado de la parte demandada propuso las excepciones de (i) caducidad, bajo la consideración de que el término debía contarse desde el Acta de Recibo definitivo del Contrato, de acuerdo con la cláusula cuarta del Contrato No. 1554, y (ii) imprevisión del contratista.

4.2. De las excepciones propuestas se corrió traslado a la contraparte, a través de auto de 18 de marzo de 2014⁶.

⁶ Folio 97, cuaderno 1.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de 29 de abril de 2014 fueron decretadas las pruebas, y culminado su recaudo, a través de auto de 4 de octubre de 2019 se dispuso el traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto⁷.

El apoderado de la parte demandante señaló que debe declararse la prosperidad de las pretensiones de la demanda, tras citar legislación y jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la teoría de la imprevisión y el desequilibrio económico del contrato. Agregó que las pruebas recaudadas en el proceso dan cuenta de los perjuicios sufridos por sus representadas y el monto de estos⁸.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada sostuvo los argumentos expresados en la contestación de la demanda, amplió y reafirmó la excepción de imprevisión del contratista.

El Ministerio Público no emitió concepto⁹.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Problema jurídico

Antes de insertarse en la controversia de fondo, la Sala debe establecer si están cumplidos los presupuestos procesales de la acción, en especial, lo siguiente: ¿es posible emitir un pronunciamiento sobre el alegado incumplimiento y/o ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 1554 de 2004 celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y el Consorcio CBG, pese a que no fue demandado el acto administrativo que liquidó unilateralmente dicho Contrato?

6.2. Tesis

No es posible emitir un pronunciamiento de fondo sobre el litigio, porque el Contrato respecto del cual la parte demandante pretende se declare el

⁷ Folios 99 y 100, 349 y 350 cuaderno 1

⁸ Folios 351 a 353, cuaderno 1

⁹ Folios 354 a 357, cuaderno 1.

incumplimiento y desequilibrio económico fue liquidado unilateralmente mediante acto administrativo en firme y revestido de la presunción de legalidad.

En el sub júdice, está demostrado que la liquidación unilateral del Contrato No. 1554 de 2005 ocurrió antes de la presentación de la demanda y que tuvo como objeto justamente las reclamaciones que se presentan por la parte demandante en este proceso.

La liquidación unilateral del Contrato No. 1554 de 2004 es el balance final de su ejecución, de manera que era necesario cuestionar su legalidad a partir de la pretensión expresa de declarar su nulidad y la formulación de cargos en que se sustentaba.

Por lo anterior, se configura la excepción de inepta demanda y es imposible estudiar las pretensiones de la demanda.

6.3. Jurisdicción y competencia

Conforme con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para juzgar las controversias originadas como consecuencia de la actuación de las entidades públicas, y dado el criterio orgánico establecido, en atención a la naturaleza jurídica de la demandada, es ésta la encargada de juzgar las actuaciones del Instituto Nacional de Vías¹⁰.

Asimismo, esta Corporación es la competente para conocer en primera instancia del proceso de la referencia, de acuerdo con el artículo 132 numeral 5 del Código Contencioso Administrativo que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los procesos referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y cuando la cuantía exceda de los 500 SMLMV¹¹.

¹⁰ Artículo 82 C.C.A. OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

¹¹ Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos

6.4. Caducidad

La parte demandante alega el incumplimiento y el desequilibrio económico del Contrato No. 1554 de 2004 celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y el Consorcio C.G.B, por lo cual la acción procedente es la contractual, según lo establece el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Con respecto al término de caducidad, la regla aplicable es la prevista en el literal d), numeral 10) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con la cual en los contratos que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, la demanda debe interponerse a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe.

Según consta en el expediente, el Contrato No. 1554 de 2004 fue liquidado unilateralmente por el Instituto Nacional de Vías a través de Resolución No. 00077 de 19 de enero de 2010¹². Aun teniendo en cuenta únicamente la fecha de expedición de dicho acto administrativo, en tanto que la notificación debió realizarse en fecha posterior, se deduce que la demanda fue presentada dentro de los dos años siguientes, puesto que su radicación fue el 2 de diciembre de 2011.

6.5. Legitimación en la causa

El Consorcio C.B.G. está legitimado en la causa por activa, en calidad de parte del Contrato 1554 de 2004 respecto del cual solicita la declaratoria de incumplimiento y desequilibrio económico.

El Instituto Nacional de Vías fue parte contratante del negocio jurídico alrededor del cual se formularon las pretensiones, lo cual sustenta su legitimación en la causa por pasiva.

celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

¹² Folios 167 a 171, cuaderno 5, y 191 a 195, cuaderno 2.

6.6. Demanda en forma

Las pretensiones de la demanda comprenden la declaratoria del incumplimiento y el desequilibrio contractual del Contrato No. 1554 de 2005 por parte de la entidad contratante, el Instituto Nacional de Vías, y, en consecuencia, el reconocimiento de los perjuicios sufridos por el Consorcio CGB. La parte demandante alude a hechos imprevistos que ocasionaron la ruptura del equilibrio económico del contrato, tales como (i) el aumento exorbitante del precio del asfalto sólido necesario para la producción del concreto asfáltico para los ítems: “mezcla densa en caliente tipo MDC-2”, “Emulsión asfáltica para estabilización de la base” e “imprimación”; (ii) El cambio en la estructura de la vía, en tanto que los precios unitarios no previstos para esta actividad (material granular para estabilizar, suministro de emulsión asfáltica CRL-1, suministro de cemento, etc.) se fijaron a la fecha de presentación de la oferta, y (iii) El cambio de la fuente de materiales a una ubicada a mayor distancia del centro del proyecto de ejecución del Contrato, puesto que implicó mayor costo por transporte.

Si bien las pretensiones tienen origen en el supuesto incumplimiento de las obligaciones pactadas y el desequilibrio económico del Contrato 1554 de 2005 y, por lo tanto, se trata de una controversia contractual, es imprescindible establecer el estado del contrato al tiempo de presentación de la demanda, puesto que el balance final de este se integra al debate como información necesaria para establecer el estado de las obligaciones entre las partes, los acuerdos a los que han llegado que impedirían acudir a la justicia en desconocimiento del principio de *venire contra factum proprium*, y las definiciones unilaterales que eventualmente la administración hubiese podido plasmar en un acto administrativo, en ejercicio de las facultades liquidatorias que le son dadas por la ley (artículo 60 de la ley 80 de 1993).

En este sentido, de haberse liquidado el contrato por vía administrativa, ya sea de forma unilateral o bilateral, pueden surgir obligaciones entre las partes que inciden en las reclamaciones futuras con respecto al contrato liquidado y su ejecución.

La liquidación unilateral del contrato se expresa en un acto que la administración impone sobre la terminación del Contrato, supone la ausencia de acuerdo entre las partes de este, de ahí que es supletoria a la liquidación bilateral, aunque coincidan en su objeto y contenido. En los términos del Consejo de Estado, la

entidad estatal queda facultada para indicar las condiciones del estado del negocio, declararse a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista y, en general, a concluir el contrato mediante la determinación concreta y clara de los aspectos técnicos, económicos y financieros que quedan pendientes, como de lo ejecutado y recibido a satisfacción¹³.

Sin embargo, el ejercicio de la facultad de liquidación unilateral del contrato por parte de la administración implica que el acto en el que se materializa deba ser cuestionado por el extremo a quien se le impone, siempre que pretenda el reconocimiento de derechos o la declaratoria de obligaciones desconocidas por la administración.

La existencia de un balance final del contrato a través de un acto administrativo con fuerza ejecutoria impide que judicialmente salga adelante un debate con pretensiones en relación con la ejecución contractual que no incluyen el cuestionamiento de dicha decisión, lo que se traduce en que solo es viable una decisión de fondo cuando la demanda incluye la solicitud de nulidad del acto de liquidación unilateral.

El sustento de la exposición expuesta se encuentra en los siguientes pilares:

- i. El acto administrativo de liquidación unilateral del contrato está revestido por la presunción de legalidad. Lo anterior según lo señala el artículo 66 del C.C.A.: *“...salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”*.
- ii. En aplicación del principio de jurisdicción rogada, se exige de la parte interesada demandar la nulidad del acto administrativo con el fin de desvirtuar su presunción de legalidad y, por ende, lograr que cese su fuerza ejecutoria.
- iii. Al Juez Administrativo le está vedada la revisión oficiosa de la legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, conclusión que se extrae no solo de lo antes expuesto, sino de la expresa exigencia del numeral 4), artículo 137 del C.C.A., relativa a que toda demanda debe contener los fundamentos de

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad. No. 27.777.

derecho de las pretensiones, y que cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

En este sentido, el Consejo de Estado ha considerado que se configura la excepción de ineptitud de la demanda en aquellos casos en los cuales el contratista solicita declarar el incumplimiento de la entidad contratante o la ruptura de la ecuación contractual del negocio por circunstancias imprevisibles acaecidas durante su ejecución y reclama los consecuentes perjuicios sin incluir en la demanda la pretensión de nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato, **cuando el mismo ha sido conocido por dicho contratista con anterioridad a la demanda o a la oportunidad procesal para reformarla y en su contenido se condensan aspectos concernientes al cruce final de cuentas relacionados con la reclamaciones que constituyen el centro del litigio**¹⁴.

Esta Sala de Decisión ha acogido la línea jurisprudencial antes descrita, y recientemente consideró:

“En efecto, una vez que la entidad pública contratante liquida unilateralmente el negocio jurídico, en los términos establecidos en el contrato o en la ley (artículo 60 de la ley 80 de 1993), al contratista no le es viable invocar como pretensión autónoma el incumplimiento, toda vez que es necesario que se solicite y acredite la nulidad del acto administrativo correspondiente, so pena de que la acción devenga improcedente por ineptitud formal de la misma.

(...)

Así las cosas, la Sala considera que debe proferirse fallo inhibitorio en el caso concreto por lo siguiente: i) no se solicitó la nulidad del acto administrativo mediante el cual se liquidó unilateralmente el contrato y se confirmó tal decisión (1.1 – 1.3); ii) no se elevaron cargos de nulidad contra el acto de liquidación

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de agosto de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez, Rad. No. 52.510. Cita: 1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010; Consejero ponente: Enrique Gil Botero, radicación número: 16941; 2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 7 de noviembre de 2012; radicación número: 440012331000200000293 01 (25915),; 3. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. sentencia de 2 de mayo de 2013, radicación número: (23949); 4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, sentencia de 13 de abril de 2016, radicación; (33792); 5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 27 de junio de 2013, radicación número: (28919).

unilateral, ni se enunció siquiera las causales que darían lugar a la anulación, y iii) la sola referencia a la vulneración de disposiciones o preceptos jurídicos, en aras de que se declare un supuesto incumplimiento de la entidad demandada, no permite que la Sala estudie de fondo la legalidad del acto de liquidación precisamente porque no es una de las pretensiones de la demanda y no existen cargos individualizados frente a los que se pueda adelantar el análisis de legalidad contra el citado acto administrativo. Una postura contraria devendría inadmisibile puesto que implicaría fallar extra petita”¹⁵

En este caso concreto, a la Sala de Decisión le corresponde establecer si los supuestos descritos están probados y, por ende, procede emitir un fallo inhibitorio, en atención a que el Consorcio CGB no demandó la nulidad del acto administrativo que liquidó unilateralmente el Contrato No. 1554 de 2005, pero formula como pretensión autónoma la declaratoria de incumplimiento y del desequilibrio económico de dicho contrato.

El Contrato No. 1554 de 2004 fue liquidado bilateralmente a través de Acta No. SGT- 000074 suscrita por el Consorcio CGB y el Instituto Nacional de Vías el 2 de octubre de 2009, cuyo balance general se consignó en la forma que sigue:

DESCRIPCIÓN	VALORES	
Valor total ejecutado por actas parciales de obra	9.022.371.881	
Valor pagado por actas parciales de obra		9.022.371.881
Valor total ajustes	867.059.168	
Valor pagado por ajustes		867.059.168
Valor correspondiente a IVA	104.442.928	
Valor pagado por IVA		104.442.928
SUMAS IGUALES	9.993.873.978	9.993.873.978

En el acta de liquidación bilateral del Contrato No. 1554 de 2005, el Consorcio CBG, en calidad de contratista, dejó las siguientes salvedades:

¹⁵ Sentencia de 3 de febrero de 2021, Rad. 25000-23-26-000-2012-00501-00, M.P. José Élvor Muñoz Barrera.

“En ejercicio de lo establecido en los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la ley 1150 de 2007, manifiesto que me reservo el derecho a reclamar, judicial y/o extrajudicialmente el reconocimiento y pago de los perjuicios y demás daños causados con ocasión de la suscripción, ejecución y liquidación de este contrato de obra. Identificado con No. 1554 de 2005, por concepto de (i) Incremento desproporcionado y exorbitante del precio de asfalto sólido. 2) Costos por incremento en el sobre acarreo y transporte de material concreto asfáltico. 3) Mantenimiento y disponibilidad de equipos durante los periodos de suspensión del plazo de ejecución. 4) Mayores costos administrativos. Respecto a las constancias y declaraciones de la interventoría y de la consultoría de apoyo a la Gestión, manifestamos que estas deberán ser objeto de análisis y decisión por los órganos competentes, es decir, el Comité de Defensa Judicial y Conciliación del INVIAS y/o el Juez de conocimiento.”

El Instituto Nacional de Vías expidió la Resolución No. 00077 de 19 de enero de 2010, mediante la cual liquidó unilateralmente el Contrato No. 1554 de 2005, respecto de las salvedades realizadas por el contratista en el acta de liquidación bilateral. En la parte resolutive se consignó lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO.- No acceder a la reclamación presentada por el Contratista Consorcio C.B.G. respecto de la cual en el acta de liquidación de mutuo acuerdo manifestó reservarse el derecho a reclamar por desequilibrio económico.

ARTÍCULO SEGUNDO. En consecuencia, declarar liquidado unilateralmente el Contrato de Obra No. 1554 de 2005, solo en relación a la salvedad hecha por el Contratista en el Acta de Liquidación de mutuo acuerdo y de conformidad con lo expresado en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO – Con base en el estado financiero de cuenta expedido por las Áreas de Tesorería y Contabilidad del INVIAS, declarar que las partes contratantes se encuentran a paz y salvo por concepto de la ejecución del contrato No. 1554 de 2005”¹⁶

La consideración principal que motivó la liquidación unilateral del Contrato de Obra No. 1554 de 2005 fue la siguiente:

¹⁶ Folios 167 a 171, cuaderno 5.

“Que la entidad en cumplimiento de lo anterior aplicó la fórmula de ajuste o actualización de precios, tal como consta en el Acta de Ajustes definitivos del 2008.

Que ante la existencia de la cláusula de ajuste de precio, válidamente pactada y que obliga a las partes contratante, cuya fórmula reconoce y actualiza los incrementos de los insumos de construcción como los reclamados por el peticionario, la Entidad no puede acceder al reconocimiento de un nuevo reajuste de precios relacionado con el incremento del valor de uno de los ítems del contrato, porque el reajuste ya está incluido en el ICCP que también actualiza los precios de los derivados del petróleo”¹⁷

De lo expuesto, la Sala concluye que no es posible emitir un pronunciamiento de fondo sobre el litigio, porque el Contrato respecto del cual la parte demandante pretende se declare el incumplimiento y desequilibrio económico fue liquidado unilateralmente mediante acto administrativo en firme y revestido de la presunción de legalidad.

En el sub júdece, está demostrado que la liquidación unilateral del Contrato No. 1554 de 2005 ocurrió antes de la presentación de la demanda y que tuvo como objeto justamente las reclamaciones que se presentan por la parte demandante en este proceso.

Si bien no obra constancia de ejecutoria Resolución No. 00077 de 19 de enero de 2010, la parte actora mencionó dicho acto de liquidación unilateral expresamente en los hechos de la demanda:

“38. Mediante resolución No. 00077 del 19 de enero de 2010, el Secretario General Técnico del INVIAS, procede a Liquidar Unilateralmente el Contrato 1554 de 2005 con respecto a las observaciones hechas en el acta de liquidación”¹⁸

Lo anterior denota que la parte demandante tenía conocimiento de la decisión antes de la presentación de la demanda (2 de diciembre de 2011) y conforme a lo señalado en el artículo 138 del C.C.A debía demandar esta decisión y si fue

¹⁷ Folios 170, cuaderno 5.

¹⁸ Folio 10, cuaderno principal.

objeto de recursos en vía gubernativa las decisiones modificatorias o confirmatorias, por el contrario, nada dijo al respecto, incumpliendo el mandato legal allí impuesto y, como se expuso, el deber del artículo 137 del C.C.A., relativo a que toda demanda debe contener los fundamentos de derecho de las pretensiones, y que cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

La liquidación unilateral del Contrato No. 1554 de 2004 es el balance final de su ejecución, de manera que era necesario cuestionar su legalidad a partir de la pretensión expresa de declarar su nulidad y la formulación de cargos en que se sustentaba.

Por lo anterior, se configura la excepción de inepta demanda y es imposible estudiar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, se destaca que un caso similar al de autos, el Consejo de Estado consideró lo siguiente:

“Así pues, del recorrido fáctico que viene de plasmarse, surge con nitidez que el acto de liquidación unilateral tuvo como propósito esencial y exclusivo el de pronunciarse sobre los perjuicios reclamados por el contratista que fueron materia de salvedad en el acta de liquidación de mutuo acuerdo y respecto de los cuales, la entidad, luego de aludir a la improcedencia de su reconocimiento, decidió negar su pago y declaró unilateralmente liquidado el contrato en relación con ese punto de discrepancia, en el entendido de que las aspiraciones del contratista no estaban llamadas a prosperar.

En el orden expuesto, es indubitable que el acto de liquidación unilateral en referencia contuvo una negativa expresa al reconocimiento de los mismos perjuicios cuyo pago es pretendido dentro de este debate.

De cuanto viene de explicarse debe concluirse que en el caso se configuró una ineptitud de la demanda originada en el hecho de que el pluricitado acto de liquidación unilateral no fue atacado cuando ha debido serlo, lo que convierte en improcedente cualquier análisis en relación con la supuesta ocurrencia del desequilibrio económico del Contrato No. 1630 de 2005 como causa generadora de los perjuicios que dicha decisión se ocupó de negar tajantemente.

Lo expuesto conduce igualmente a que deba proferirse un fallo inhibitorio como el que constituye el objeto de la apelación, solo que por razones distintas a las anotadas por el a quo. Como consecuencia, la sentencia impugnada será modificada para, en su lugar, declarar la ineptitud de la demanda e inhibirse para fallar de fondo las pretensiones”¹⁹.

6.7. No hay lugar a condenar en costas.

No procede condenar en costas, por cuanto de conformidad con el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no se observa que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe en las actuaciones procesales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C”**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: INHIBIRSE de decidir la acción de la referencia por configurarse la excepción de inepta demanda, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Por Secretaría, **EXPEDIR** las copias de que trata el artículo 114 del Código General del Proceso.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaria **DEVOLVER** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, dejar constancia de dicha entrega y **ARCHIVAR** el expediente.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 30 de agosto de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Rad. No. 52.510.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Aprobado en sesión de la fecha. Sala No. 56)

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado

MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada

J.B.