



Radicado: 73001-23-33-000-2017-00473-01 (67397)
Demandante: CONSORCIO SALDAÑA PURIFICACIÓN Y OTROS

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicación: 73001-23-33-000-2017-00473-01 (67397)
Demandante: CONSORCIO SALDAÑA PURIFICACIÓN Y OTROS
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Temas: CONTRATO DE OBRA – acuerdos modificatorios – pacta sunt servanda - sobrecostos. PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL – deberes de las partes – propuesta económica. EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – concepto – causas de ruptura de la ecuación financiera – diferencias con el incumplimiento contractual – carga de la prueba. MAYOR PERMANENCIA EN OBRA - originada en la ampliación del plazo de ejecución – sobrecostos por equipo y personal inactivo – carga de la prueba. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – concepto. LIQUIDACIÓN BILATERAL - salvedades consignadas en el acta de liquidación. COMPETENCIA DEL JUEZ EN SEGUNDA INSTANCIA - Se circunscribe a los aspectos o temas apelados.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de mayo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la actora.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 31 de marzo de 2014 el departamento del Tolima y el Consorcio Saldaña - Purificación celebraron el contrato de obra No. 0447 de 2014, cuyo objeto consistió en el *“MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA SECUNDARIA SALDAÑA-PURIFICACIÓN EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA”*. El contrato se acordó por un valor inicial de \$15.875.193.436,00 y un plazo inicial de 270 días calendario contados a partir del acta de inicio.



Durante la ejecución del contrato tuvieron lugar diversas prórrogas y suspensiones del plazo de ejecución, como resultado de las cuales finalizó el 24 de mayo de 2016. A su vez, el valor del contrato fue adicionado el 20 de junio de 2015 en \$3.961.769.037,81 y el 9 de marzo de 2016 en \$1.329.947.462,45. Finalmente, el 30 de octubre de 2016, el contrato fue liquidado de manera bilateral.

La actora afirma que debido a deficiencias e inexactitudes en los estudios técnicos y en el presupuesto oficial del contrato y al acaecimiento de otras situaciones ajenas al contratista, como lluvias y protestas por parte de los habitantes del área de influencia, las distancias de transporte de materiales fueron superiores a las previstas, se afectó la programación de los trabajos y la maquinaria, equipos y personal permanecieron inactivos en algunos periodos.

En su demanda solicita que se declare el rompimiento del equilibrio económico en contra del contratista, como consecuencia de lo cual pretende el reconocimiento de \$3.503.867.074.17 o, en subsidio, el valor que resulte probado en el proceso, por los siguientes conceptos: (i) costos adicionales por el sobre acarreo de materiales, (ii) mayor costo de ejecución del ítem 3.1.3 “concreto simple, solado y atraque” y (iii) *stand by* de maquinaria, equipo y personal técnico, administrativo y operativo.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1 El 5 de septiembre de 2017¹, SOCAR INGENIERÍA S.A.S. y ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA, integrantes del Consorcio Saldaña – Purificación, en adelante el consorcio o el contratista, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentaron demanda² contra el departamento del Tolima, subsanada mediante escrito del 11 de octubre de 2017³.

¹ Fl.1 Y 56 (anverso), C.1.

² Fl.14 a 55, C.1

³ Fl. 60 a 102, C.1



En el libelo introductorio la parte actora formuló las siguientes pretensiones, transcritas literalmente, incluso con eventuales errores:

“1.- Se declare el Reconocimiento del Desequilibrio Financiero del Contrato de Obra No. 0447 del 31 de Marzo de 2014 a favor del Consorcio SALDAÑA – PURIFICACIÓN, reconocimiento que asciende a la suma de TRES MIL QUINIENTOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL SETENTA Y CUATRO PESOS CON 17/100 (\$3.503.867.074,17) M.cte., cuantía que se respalda y acredita en los siguientes ítems, así:

1. Sobre acarreo de Transporte de Material de Crudo de Río para Fabricación de Afirmado, 2. Concreto simple y solado y atraque (ítem particular: capítulo 3, ítem 3.1.3.), 3. Costos por Stand By de Maquinaria y Equipo, 4. Costos de personal Técnico – Operativo – Administrativo; todo de acuerdo a los hechos y el derecho que se exponen en los hechos de esta demanda.

2.- En subsidio de la anterior pretensión, se ordene a la entidad demandada a pagar a la demandante a título de indemnización, las sumas que se demuestren en el proceso por concepto de los sobrecostos en los cuales, con diverso origen, tuvieron que incurrir los integrantes del Consorcio SALDAÑA – PURIFICACIÓN para cumplir con el objeto del Contrato de Obra No. 447 de 2014 y sus adicionales, sumas que deben devengar intereses en los términos de ley entre la fecha de la sentencia y la del pago efectivo.

3.- Que la Gobernación del Tolima sea condenada a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho.

4.- Que se ordene a la parte demandada dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.”

1.2 Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora enunció los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.2.1 Afirma que, previa licitación pública, el 31 de marzo de 2014 las partes suscribieron el contrato No. 0447 con el objeto de llevar a cabo el “*mejoramiento y pavimentación de la vía secundaria SALDAÑA-PURIFICACIÓN en el departamento del Tolima*”, por un valor de \$15.875´193.436. El acta de inicio de la obra fue suscrita el 17 de junio de 2014, consignándose como fecha de terminación del contrato el 16 de marzo de 2015.

1.2.2 Expresa que en el presupuesto oficial y, por consiguiente, en la oferta del contratista se contempló una distancia de acarreo de 5 km para el material de “*Afirmado*” y de 14 km para el material de base granular y sub-base granular.



1.2.3 Señala que mediante comunicación del 29 de agosto de 2014 y en los comités de obra 001 y 002 del 2 y 9 de septiembre del mismo año, respectivamente, el consorcio presentó observaciones a los estudios y diseños del proyecto, manifestó inquietudes acerca del diseño de la vía y solicitó aclarar los estudios geotécnicos e hidráulicos.

1.2.4 Indica que en actas de comité de obra del mes de septiembre y octubre de 2014 el contratista manifestó: (i) que *“en las canteras que se encontraban bajo la especificación de la licitación que era a una distancia de 5 km del centro de gravedad de la obra o 14 km para el material de base granular y sub base granular”*, no había sido encontrado material de Afirmado; (ii) que en la cantera Triar, única ubicada a una distancia menor a 5 km de la obra, no había sido posible extraer el material crudo de río porque se presentaban *“problemas con la comunidad”*; (iii) que otras posibles fuentes de materiales, como Cucuana y Cunira, si bien cumplían con las especificaciones técnicas y licencias requeridas, se encontraban localizadas por fuera de las distancias contempladas en los documentos del proceso licitatorio; y (iv) que la dificultad para conseguir los materiales dentro de las distancias contempladas afectaba el desarrollo normal de la obra y *“no puede ser atribuible al contratista”*, pues se originó en una *“falencia en los diseños, ya que estos solo contemplaban el transporte a 5 KM de la obra y la disponibilidad real de los materiales se encuentra a más de 55 km. Generando sobrecostos al contratista”*.

1.2.5 Expone que en acta de comité de obra del 27 de octubre de 2014 y en el registro de la bitácora, el contratista informó que la única fuente de material de Afirmado que cumplía con las especificaciones del proyecto era la cantera Cunira, localizada a 57,8 km, por lo que solicitó autorización de la interventoría y la gobernación del Tolima para iniciar el transporte de este material.

1.2.6 Refiere que desde finales de octubre de 2014 y durante las primeras semanas de noviembre del mismo año, en distintas reuniones del comité de obra y en la bitácora de la obra, el consorcio reiteró la necesidad de autorizar el uso de la cantera Cunira, informó que los altos niveles del río Saldaña impedían la explotación del material crudo de río y puso de presente que en la cantera Triar persistían los inconvenientes con las comunidades y que otras canteras de la zona



no contaban con licencia ambiental, todo lo cual generaba atrasos en la programación de la obra por motivos ajenos al contratista.

1.2.7 Afirma que el 19 de noviembre de 2014 el contratista inició el transporte de material desde Cunira, *“para mantener un stock de material de afirmado”*, toda vez que *“las otras canteras aún no se encuentran disponibles para explotación de material”*. De igual modo, refiere que en el comité de acta semanal No. 14 del 25 de noviembre del mismo año el contratista expresó que la cantera Cunira cumple con las especificaciones *“pero genera un sobre costo de \$712.000.0000 por encontrarse a 57 km”* y que la gobernación del Tolima, por su parte, autorizó la suma de \$146.000.000 para procesar e instalar 5.000 m³ de Afirmado para el terraplén y 3.500 m³ de crudo de río.

1.2.8 Señala que durante los meses de octubre y noviembre de 2014 el contratista mantuvo la disponibilidad de equipo mínimo y maquinaria necesaria para el desarrollo del proyecto.

1.2.9 Indica que en los meses de diciembre de 2014 y enero de 2015 continuaron presentándose dificultades en la consecución de los materiales, habiendo quedado consignado en la bitácora y en los comités de obra que: (i) el nivel del río Saldaña no permitía aún la explotación del material, (ii) la cantera Triar continuaba presentando *“problemas con la comunidad”*, (iii) el material que se había autorizado traer de Cunira se había terminado; (iv) el material del río Saldaña que había podido extraerse entre el 6 al 9 de Octubre de 2014 se había agotado; y (v) *“las actividades de instalación de afirmado y construcción de hombros de la vía quedó suspendida hasta nueva orden y de acuerdo a lo dispuesto por la Gobernación de Tolima”*. Además, señala que el contratista solicitó autorización para transportar más cantidades de material desde Cucuana, lo cual fue aprobado por el supervisor del contrato.

1.2.10 Sostiene que en el comité de obra No. 24 del 12 de febrero de 2015 el contratista informó la compra de 30.000 m³ de crudo de río, *“material que tiene un sobre acarreo de 27 km para afirmado y 18 km de sobre acarreo para la base y la sub base”*.



1.2.11 Refiere que el 21 de mayo de 2015 las partes ampliaron el plazo inicial del contrato en 30 días, para un total de 300 días, con fundamento en la realización de mayores cantidades de obra e ítems no previstos.

1.2.12 Expone que en el comité de obra del 10 de junio de 2015 el contratista nuevamente informó la suspensión de la extracción de materiales pétreos del río Saldaña y la extracción de una fuente alterna para poder continuar la ejecución del contrato.

1.2.13 Manifiesta que a pesar de los retrasos e inconvenientes originados en *“la definición del sitio de consecución de los materiales pétreos que no son ni pueden ser imputables al contratista”*, el consorcio ejecutó las actividades objeto del contrato hasta su terminación total y mantuvo el personal y equipo requerido para el proyecto. En este sentido, señala que los hechos referidos dieron lugar a la suscripción de numerosas prórrogas, suspensiones y adiciones, como resultado de lo cual el plazo contractual finalizó el 23 de mayo de 2016 y el valor final del contrato ascendió en total a \$21.166'909.936,26.

1.2.14 Añade que las circunstancias descritas originaron sobrecostos para el contratista en el transporte de materiales y por *stand by* de maquinaria y personal disponible, los cuales deben serle reconocidos, a propósito de lo cual refiere, en síntesis, lo siguiente:

- A partir del presupuesto oficial del proyecto y de los valores unitarios contemplados en la oferta del contratista, resulta claro que el material de Afirmado se encontraba en fuentes localizadas a 5 km y la base y sub-base granular a 14 km del centro de gravedad del proyecto. En este sentido, dado que la propuesta tiene como límite el valor del presupuesto oficial, *“es entendido”* que el departamento del Tolima en su estudio técnico y económico para el cálculo del presupuesto *“realizó las investigaciones sobre las distancias de las fuentes de materiales con respecto al centro de gravedad del proyecto; situación que en la realidad del proyecto no se presentó en su totalidad [...]”*.



- El Contratista presentó observaciones a los estudios y diseños, debido a deficiencias e inexactitudes en el diseño del proyecto, fundamentalmente en cuanto al ancho de la vía, falencias que fueron puestas de presente en numerosas comunicaciones enviadas por el consorcio y que incluso dieron lugar a un proceso disciplinario adelantado por el Concejo Profesional Nacional de Ingeniería - COPNIA contra el diseñador del proyecto. En este sentido, añade que, de conformidad con la matriz de riesgos incluida en los pliegos de la licitación, el riesgo asociado a los diseños deficientes e incompletos se encontraba a cargo del departamento.
- En el libro de bitácora y en las actas de comité de obra el contratista dejó numerosas constancias acerca de los problemas en la consecución del Afirmado y del material de sub-base y base granular, a propósito de lo cual relaciona las actas de comité y folios de la bitácora de la obra en donde quedó consignado que el consorcio tuvo que recurrir a fuentes de materiales que superaban las distancias de acarreo consideradas en el presupuesto oficial.
- El contratista incurrió en costos por *stand-by* de maquinaria y equipo que estuvo paralizado debido a la inactividad en los frentes de trabajo por falta de material de Afirmado y crudo de río a la espera de autorización por parte de la interventoría y por otras circunstancias que se presentaron y que son ajenas al contratista *“como son los paros de parte de la comunidad, la imposibilidad de extracción de material por los altos niveles del caudal en los sitios de explotación y la falta de licencias de explotación entre otros”*.
- Como consecuencia de la inoperatividad de la maquinaria y equipo se generaron costos de personal inactivo, particularmente de los operadores de maquinaria, conductores de volqueta, controladores viales, despachador de volqueta y receptor de volqueta en la planta, generando mayores costos por salarios, prestaciones y seguridad social.
- Contrario a lo afirmado por la interventoría, el ítem 3.1.3 *“concreto simple solado y atraque”* no fue ejecutado como soldado y atraque en sub-base



granular, sino que se ejecutó como soldado y atraque en concreto simple, lo que implica un mayor costo de ejecución que debe serle reconocido.

1.2.15 Finalmente, afirma que el valor de los sobrecostos en los que tuvo que incurrir por los conceptos mencionados, originados en la *“deficiencia, inexactitud e incompletos (sic) del diseño técnico y presupuestal del proyecto”*, ascienden a los siguientes montos:

“

| ORDINAL | DESCRIPCIÓN | CUANTÍA |
|--------------------------------|---|------------------------------|
| 1 | <i>Sobre acarreo de transporte de material de crudo de río para fabricación de afirmado</i> | \$2.907.653.382.57 |
| 2 | <i>Ítem particular: capítulo 3, ítem 3.1.3. “concreto simple soldado y atraque”</i> | \$18.772.940.30 |
| 3 | <i>Costos por stand by de maquinaria y equipo</i> | \$445.440.000.00 |
| 4 | <i>Costos de personal técnico – operativo - administrativo</i> | \$132.000.751.00 |
| VALOR TOTAL RECLAMACIÓN | | \$3.503.867.074.17.00 |

”

1.3 Como fundamento jurídico de las pretensiones, la actora se refirió al restablecimiento del equilibrio económico del contrato y citó en su apoyo los artículos 4, 5, 25 a 28 y 50 de la Ley 80 de 1993, así como los artículos 6, 25, 38, 58, 83 y 90 de la Constitución Nacional, 1603, 1603, 1613, 1614, 1617 y 1646 del Código Civil, y 830, 831 y 871 del Código de Comercio. Reiteró que durante la ejecución del contrato de obra se presentaron mayores costos de ejecución por causas no imputables al consorcio, las cuales fueron puestas de presente de manera oportuna por parte del contratista. Manifestó que el consorcio preparó su oferta a partir de la información consignada en los pliegos de condiciones, siendo un factor determinante a dicho efecto la definición de las fuentes de extracción de los materiales. Al respecto, añadió:

“[...] los interesados en licitar contaron con un margen de seguridad en la configuración de sus propuestas respecto de este importantísimo aspecto (se refiere a la ubicación de las fuentes de materiales) [...] otorgando a los oferentes suficiente claridad para poder elevar su propuesta contractual por cuanto aceptó los valores unitarios contemplados en los pliegos que contemplaron los APU como parte integral del presupuesto de la gobernación, dado la claridad respecto de que los materiales como Afirmado se encontraban en fuentes a 5 KM del centro de gravedad de la obra y la Base y Sub Base a 14 KM del centro de gravedad del proyecto, informaciones que en ejecución del contrato no fueron aplicables

[...]



Así las cosas, al Consorcio accionante le correspondió incluir en su propuesta el costo fijado por la entidad en cuanto al suministro de los materiales para el suministro de afirmado desde el lugar estudiado y planteado por la Gobernación y no le era viable prever que en el desarrollo del contrato, que (sic) dicho elemento realmente no se encontrara disponible, lo que consecuentemente implicó el desequilibrio económico que ahora se presenta a este órgano colegiado.

En forma igual sucedió y consecuencialmente a lo anteriormente relatado con los costos de personal técnico – operativo – administrativo, que se reclaman, pues ante la problemática social de no permitir la explotación de material de río, la operatividad de la maquinaria y equipo, se vio reducida como la actividad de los operadores de maquinaria, conductores de volqueta, controladores viales, despachador de volquetas y recibidor de volquetas de planta, también se generó el costo de nómina, pago de seguridad social y prestación social [...] ante los hechos de bloqueos por la comunidad en la fuente de materiales de la mina TRIAL [...] hechos que ocasionaron el que los tiempos del contrato se alteraran, presentándose el incremento dinerario que se ve reflejado en el cuadro de cálculo de costos [...].”

2. Contestación de la demanda

Mediante auto⁴ del 20 de octubre de 2017 el Tribunal admitió la demanda y ordenó su notificación al departamento del Tolima y al Ministerio Público

2.1 El departamento del Tolima contestó la demanda⁵, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, al considerar que “no se le ha cercenado, desconocido ni vulnerado derecho alguno” al contratista y “no se observa causal o prueba alguna que lleve a demostrar un desequilibrio contractual” en perjuicio del consorcio.

2.1.1 En cuanto a los hechos, aceptó unos, indicó que algunos otros debían ser probados en el proceso y respecto de otro tanto afirmó que no eran ciertos o que eran parcialmente ciertos.

En este sentido, señaló que, si bien son ciertas varias de las citas de la bitácora y las actas de comité de obra indicadas en el libelo introductorio, no es cierto que en dichos documentos conste que el contratista hubiere manifestado que los hechos mencionados afectaban el normal desarrollo de la obra y, menos aún, que no podían serle atribuidos al contratista. Indicó que tampoco es cierto que a los

⁴ Fl. 443 y 444, C.2

⁵ Fl. 526 a 541, C.2.



oferentes se les obligara a contratar la cantera Triar y que el proponente que resultara adjudicatario podía *“adquirir el material de afirmado y demás en cualquier parte”*. Además, sostuvo que respecto a la cantera Triar en la bitácora y en las actas del comité de obra se informó que los problemas que en un momento dado se habían presentado con la comunidad habían quedado superados y se indicó, de igual modo, que si no se podía explorar el material de crudo de río por la creciente del río Saldaña, *“cuando los cauces del río no se encuentran en niveles aptos para la maquinaria normal (retroexcavadoras), existen otras formas de extracción tales como las dragas y/o la extracción artesanal en los meadros o recodos que se forman en los lechos, que además generan empleo en los residentes locales y proveen aunque en menor cantidad que la industrial, un suministro constante de material”*. Igualmente, señaló que, aunque en el acta 24 el contratista indicó que compraría 30.000 m³ de material crudo, *“no es cierto que dicha determinación fuese aprobada por la interventoría y menos la supervisoría, además el mismo contratista manifiesta que comprará los 30.000 m³ de material por su cuenta y riesgo”*.

2.1.2 En el acápite que denominó *“argumentos de la defensa”* expuso, en síntesis, que: (i) el proceso de selección se llevó a cabo atendiendo todos los principios de la contratación estatal; (ii) durante el proceso licitatorio el consorcio no realizó pronunciamiento alguno respecto a los estudios y diseños, así como tampoco frente al presupuesto oficial, ni formuló observaciones respecto de las canteras y/o fuentes de extracción de materiales; (iii) todos los documentos de la licitación, incluidos los diseños, estudios previos, APU's y presupuesto, entre otros, estuvieron a disposición del público y de los posibles oferentes; (iv) en el contrato suscrito entre las partes el consorcio se obligó a suministrar por su cuenta y riesgo todos los materiales, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo del objeto contratado; y (v) a solicitud del contratista el contrato fue adicionado en tiempo y valor por distintas razones, entre las que se encontró el transporte y suministro de materiales.

2.1.3 En cuanto a los distintos conceptos reclamados por la actora, se pronunció así:



(i) Respecto a los sobrecostos por transporte de materiales, señaló que el consorcio presentó una solicitud de adición del contrato en plazo y valor, en la que incluyó, entre otros conceptos, los sobrecostos por transporte originados en las mayores distancias en las fuentes de materiales. Añadió que ante la solicitud del contratista el interventor y el departamento aprobaron una adición por valor de \$3.961'769.037,81, que incluía la suma de \$1.386'094.704 por concepto de acarreo realizados, a partir de lo cual concluyó que *"[...] al contratista se le atendió su reclamo y por ende una de las razones principales de la adición, aprobada tanto por la interventoría como por la Gobernación del Tolima fue precisamente los mayores valores por el sobre-acarreo de material, tan es así que este ítem fue por un valor de [...] (\$1.386.094.704). Equivalente aproximadamente al 35% del total de dicha adición."*

Anotó que existían varias fuentes de materiales, entre otras la fuente Triar, Río Saldaña y la cantera de propiedad del señor Alexander Márquez, a pesar de lo cual el consorcio siempre presentó reparos frente a las mismas, aunado a que respecto a la explotación en el río Saldaña, en varias ocasiones la interventoría le instó a realizar la extracción del material del río por otros medios, tales como dragas y extracción artesanal.

Añadió que no todo el material fue objeto de sobre acarreo, puesto que una gran cantidad sí fue extraído de las fuentes mencionadas, y resaltó que los diseños y estudios no fueron deficientes o incompletos, pues si bien en ellos se señaló que se encontraban varias fuentes de materiales dentro de los rangos de distancia indicados, *"distinto es que por problemas de índole particular, como fue la oposición de la comunidad para explotación de una de las canteras (TRIAR) o las continuas crecientes del río Saldaña no se hayan podido extraer los materiales para el afirmado, lo que no significa que no existieren, pues distinto es la imposibilidad de su explotación en algunos momentos"*. Con todo, la entidad territorial, *"siendo consiente de los sobrecostos por los acarreos, decidió asumirlos y por ende realizó la adición que por este ítem equivalió a (\$1.386.094.704)"*. Finalmente, manifestó que en el AIU contemplado en la propuesta el consorcio incluyó un 3% destinado a imprevistos, monto que no es mencionado por el contratista en su demanda y el cual, sumado a las adiciones que fueron



acordadas, *“nos permiten inferir que no éxito (sic) un desequilibrio económico que afectara al contratista”*.

(ii) En cuanto al valor reclamado por la ejecución del ítem 3.1.3 *“concreto simple soldado y atraque”*, señaló que en el balance de costos para la adición del valor del contrato que presentó el consorcio solicitó la suma de \$42.902.038 por concepto del ítem mencionado, monto que fue aprobado por el departamento y pagado al contratista con ocasión del contrato adicional acordado entre las partes, motivo por el cual, tal como ocurre con la pretensión de sobre acarreo de materiales, se trata de un concepto ya reconocido al contratista.

(iii) Frente a los costos por el *stand by* de la maquinaria, manifestó que la parte actora tiene la carga de probar la inactividad de los equipos que aduce, añadiendo que la maquinaria y equipos estuvieron siempre en funcionamiento, pues si bien la extracción del material no se llevó a cabo en forma constante, sí se realizó la mayor parte del tiempo que duró la obra, aunado a que la maquinaria también fue utilizada para otro tipo de actividades, tales como la demolición de pavimento flexible, por lo que estuvo en permanente operación.

(iv) Respecto a los costos de personal técnico, operativo y administrativo, anotó que en los lapsos de tiempo en los que la actora afirma que no pudo efectuarse la extracción de material de río, el personal fue destinado a otras actividades como topografía, construcción de alcantarillas, construcción de tuberías, excavación, filtros, etc. A su vez, añadió que en su demanda la actora presenta una relación de mayores costos por equipo y personal inactivo, sin allegar soporte alguno que sustente los valores que reclama.

2.1.4 Por último, formuló las siguientes excepciones: (i) cobro de lo no debido, toda vez que el departamento actuó conforme a las normas legales, *“adelantando un proceso contractual transparente y con un presupuesto debidamente establecido, y en la ejecución se acogió a los términos contractuales y en el momento que se requirió de hacer prórrogas y/o adiciones las realizó”*. Además, no hubo un desequilibrio económico que afectara al contratista, pues en las dos adiciones al valor del contrato se incluyó y reconoció el sobre costo de acarreo de material solicitado por el contratista; y (ii) la genérica.



3. Audiencia inicial y audiencia de pruebas

3.1 El 4 de julio de 2018 se llevó a cabo la audiencia inicial⁶, en el curso de la cual el *a-quo* adelantó las etapas de saneamiento del proceso⁷, excepciones previas⁸, verificación del cumplimiento del requisito de procedibilidad⁹, fijación del litigio¹⁰, conciliación¹¹, medidas cautelares¹² y decreto de pruebas¹³, sin que las partes, así como tampoco el Ministerio Público, manifestaran observación o recurso alguno frente a las decisiones que al respecto adoptó el Tribunal.

3.2 El 26 de septiembre de 2018 tuvo lugar la audiencia de pruebas¹⁴, en la que se practicaron las pruebas decretadas en la audiencia inicial.

4. Alegatos de conclusión

4.1 Una vez finalizada la práctica de pruebas, se declaró concluida la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.¹⁵

4.2 La parte demandante¹⁶ afirmó que cumplió con la carga procesal de probar lo pretendido en el libelo introductorio. Al respecto, reiteró que durante la ejecución

⁶ Fl. 559 a 570, C.2. y CD que reposa en folio 558, C.2

⁷ El *a-quo* puso de presente que no se advertía la existencia de vicio, irregularidad o nulidad alguna que fuera objeto de saneamiento, frente a lo cual las partes manifestaron su conformidad.

⁸ A propósito de las excepciones previas, el *a-quo* precisó que la excepción de cobro de lo no debido formulada por el departamento recaía sobre el derecho discutido, por lo que debía ser analizada en la sentencia al decidirse el fondo del litigio.

⁹ Al respecto el Tribunal verificó que en el expediente reposa constancia proveniente de la Procuraduría 26 Judicial II para Asuntos Administrativos, en la que se declaró fallida la conciliación extrajudicial por ausencia de ánimo conciliatorio.

¹⁰ El *a-quo* fijó el litigio en los siguientes términos: *"El problema jurídico en el caso bajo estudio se contrae a establecer, si en el contrato de obra No. 0447 celebrado por el Departamento del Tolima el Consorcio demandante, hubo desequilibrio económico y presupuestal, teniendo derecho la parte actora, al reconocimiento y pago de los presuntos sobre costos en que incurrió, o si por el contrario, no le asiste derecho alguno"*.

¹¹ Durante la audiencia el *a-quo* invitó a las partes a conciliar sus diferencias, etapa que se declaró fracasada por la ausencia de ánimo conciliatorio.

¹² En la audiencia se dejó constancia que en el presente caso no se solicitó medida cautelar alguna.

¹³ El Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes que consideró necesarias, conducentes y pertinentes, y fijó fecha para la audiencia de pruebas.

¹⁴ Fl. 573 A 575, c. 2

¹⁵ Fl. 573 a 575, C.2.

¹⁶ Fl. 576 a 588, C.2.



contractual el consorcio sufrió sobrecostos como resultado de las deficiencias en los estudios y diseños del proyecto, aunado a otras circunstancias ajenas al contratista, como la imposibilidad de extracción de material por los altos niveles del caudal del río Saldaña y los problemas de índole social en la cantera Triar, entre otros. Resaltó que de conformidad con los documentos de la licitación el riesgo derivado de diseños deficientes e incompletos se asignó en un 100% al departamento, y que dichas falencias quedaron demostradas mediante la investigación disciplinaria adelantada en contra del diseñador del proyecto, concluyendo en tal sentido lo siguiente:

"[...] fue la entidad quien al haber estudiado, aceptado e implementado los estudios y diseños por ella contratados, para la presente contratación y por ende tomados como ciertos y valederos por el Consorcio contratista, -que como quedó demostrado-, al ser implementados en el contrato base de esta demanda, demostraron todo tipo de falencias que redundaron en el desequilibrio económico presentado a este H. Tribunal.

[...] las condiciones acordadas en cuanto a los riesgos y demás consecuencias derivadas de ese condicionamiento, léase estudios y diseños, resultaron convirtiendo esta contratación, más onerosa para el Consorcio contratista, rompiendo así el equilibrio financiero del contrato, en las condiciones que se presentaron en la demanda y que se intentan resumir en el presente alegato."

4.3 La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

5. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 20 de mayo de 2021¹⁷, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora¹⁸.

Como fundamento de la decisión anterior, el *a quo* comenzó por referirse a las reclamaciones relacionadas con el sobre acarreo de material y el mayor costo de

¹⁷ Fl. 589 a 607, C. Principal.

¹⁸ En la parte resolutive el fallo dispuso:

"PRIMERO.- NEGAR las pretensiones del medio de control de controversias contractuales incoado por el CONSORCIO SALDAÑA PURIFICACIÓN contra el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, conforme a los argumentos esgrimidos en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNGO.- CONDENAR en costas a la parte demandante, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del C.P.A.C.A., según se encuentre probadas y causadas. Por secretaria, liquídense. Fíjese como agencias en derecho, el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. [...]"



ejecución del ítem particular de concreto simple, soldado y atraque, a propósito de lo cual indicó, en primer lugar, que si bien estaba probado que hubo inconsistencias en los estudios y diseños, también había quedado demostrado que el 20 de junio de 2015 se acordó una primera adición al contrato por valor de \$3.961.769.037, la cual se justificó, entre otros, en *“los sobrecostos por acarreo en que incurrió, para acudir a las fuentes del material, entre otras, como el concreto soldado y atraque, por lo que mal haría el Despacho en reconocer sobre costos que durante la ejecución del contrato, fueron asumidos por la entidad territorial contratante”*, añadiendo que posteriormente, el 9 de marzo de 2016 se acordó una segunda adición por la suma de \$1.329.947.462, *“en aras de construir unas bahías de la vía y seguir adelante con la ejecución del contrato”*.

En segundo lugar, señaló que la interventoría le había precisado al contratista que los sobrecostos alegados por la actora por los soldados y atraques hacían parte del precio unitario 36” para la alcantarilla, sin que en el plenario obre medio de prueba alguna que permita concluir que la situación alegada por la actora constituya un sobrecosto para el contratista, máxime cuando la interventoría le indicó al consorcio que no debía realizar actividades que no hubieran sido previamente aprobadas. Así las cosas, estimó, en suma, que el contratista no demostró los mayores valores en que adujo haber incurrido como fundamento de la ruptura del equilibrio económico que alegó por sobre acarreo de materiales y concreto simple, soldado y atraque.

Por su parte, en lo que respecta al *stand by* de maquinaria, equipo y personal técnico, operativo y administrativo, el *a-quo* concluyó que las suspensiones y prórrogas acordadas durante la ejecución del contrato fueron solicitadas por el contratista y aceptadas por la entidad contratante al suscribir los acuerdos modificatorios respectivos, añadiendo, en cuanto a las suspensiones del contrato, que en las respectivas actas las partes consignaron que el contratista podía disponer del equipo y personal asignado al contrato, con el fin de utilizarlo en otros proyectos mientras el contrato se reanudaba. De igual modo, expuso que en el 25% de AIU acordado en el contrato se incluyó un 3% destinado a imprevistos, sin que en el proceso la actora hubiere acreditado que hubiese utilizado dicho porcentaje y, menos aún, que hubiese sido necesario efectuar pagos por encima de aquel.



A partir de lo anterior, concluyó que las pretensiones no estaban llamadas a prosperar, toda vez que para abrirse paso el restablecimiento del equilibrio económico es indispensable la prueba del detrimento económico sufrido y la gravedad del mismo, y acreditar, además, que no se trata de un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por el contratista, aunado a que en los contratos de obra en los que se pacta un porcentaje de imprevistos *“le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida, resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del mismo”*, lo que no quedó establecido en el caso bajo examen.

6. Recurso de apelación

6.1 El demandante interpuso recurso de apelación¹⁹, el cual fue concedido el 26 de julio de 2021²⁰ y admitido mediante proveído del 17 de septiembre de 2021²¹.

En su recurso la actora solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, reiterando al efecto lo expuesto en instancias anteriores.

En cuanto al sobre acarreo de material, concepto por el que reclama la suma de \$2.907'653.382, resaltó que presentó como medios probatorios distintas actas de comité de obra a partir de las cuales demostró: (i) que en el presupuesto oficial del contrato y en los diseños y estudios puestos a disposición en el proceso licitatorio se estimaron distancias de 5 y 14 kilómetros para el transporte de materiales, lo que no ocurrió en la práctica; (ii) que la matriz de riesgos incluida en los documentos de la licitación dispuso que el 100% del riesgo asociado a las deficiencias en diseños estaba a cargo del departamento; y (iii) que en la adición al valor del contrato suscrita el 18 de febrero de 2015 no se incluyeron los sobrecostos ocasionados en sobre acarreo de base y sub-base granular. En este sentido, resaltó:

¹⁹ Fl. 615 a 618, C. Principal.

²⁰ Fl. 620, C. Principal.

²¹ Fl. 626 y 627, C. Principal.



“Dándose por entendido que el Departamento realizó el estudio de fuentes de materiales con las distancias de acarreo, éstos fueron los considerados para los análisis de precios unitarios para los ítems de Crudo de río, Afirmado, Sub-base Granular y Base Granular que fueron los estimados por la parte demandante para la presentación de su oferta, como tener por ciertas que estas fuentes de materiales cumplieran las especificaciones técnicas de normas INVIAS por lo que la propuesta se ajustó al presupuesto oficial.

Es por lo antes relatado que la providencia, al no tomar en cuenta cuáles fueron los ítems reconocidos en la adición del 20 de junio de 2015, entre los cuales se encuentran los reclamados por la parte demandante, incurrió en la equivocación de incluir en la citada adición, los materiales de base – sub base, que solo se encontraron en canteras localizadas a 32 kilómetros del proyecto, material que tuvo un sobre acarreo de 27 km para el material de afirmado y 18 Km de sobre acarreo para la base y sub base necesarios para la correcta ejecución de esta labor”.

Además, afirmó que los conceptos reclamados quedaron demostrados en el proceso, que las suspensiones y prórrogas del plazo contractual se ocasionaron por causas ajenas al contratista, tales como la demora en la adjudicación del contrato de interventoría, la ola invernal, las inconsistencias en los diseños y las protestas de la comunidad, y que los costos del personal técnico, operativo y administrativo como consecuencia de la inactividad de la maquinaria y equipo fueron reclamados de manera oportuna y permanente por el consorcio.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) medio de control procedente; (3) legitimación en la causa; (4) caducidad; (5) problema jurídico; (6) análisis de la Sala; (6.1) régimen jurídico aplicable al contrato de obra No. 0447 de 2014; (6.2) alcance de las pretensiones en relación con los puntos materia de salvedad en el acta de liquidación bilateral del contrato; (6.3) precisiones frente al desequilibrio económico del contrato y el incumplimiento contractual; (6.4) hechos probados; (6.5) pruebas adicionales; (6.6) solución al caso concreto; y (7) costas.

1. Jurisdicción y competencia

La jurisdicción en lo contencioso administrativo, en tanto guardián de la constitucionalidad y legalidad administrativa, conoce de las controversias sobre



contratos del Estado. A esta jurisdicción está adscrito este tipo de debate en sede judicial.

Por su parte, el Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 20 de mayo de abril 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dada la vocación de doble instancia del proceso, el cual versa sobre un contrato de obra celebrado por el departamento del Tolima, entidad territorial de aquellas expresamente mencionadas por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993²², teniendo en cuenta que la cuantía excede los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) para el 2017, año en el cual se presentó la demanda²³. Lo anterior, conforme a lo dispuesto en los artículos 150 y 152 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).²⁴

2. Medio de control procedente

El medio de control de controversias contractuales²⁵ es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo

²² De conformidad con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993:

“Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”

²³ La demanda se presentó el 5 de septiembre de 2017, año en el que el salario mínimo legal mensual era de \$737.717. Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>.

²⁴ *“Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en Segunda instancia. El Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos (...).”*

“Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...) 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...).”

²⁵ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Artículo 141. Controversias contractuales. *Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se*



frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos dentro del desarrollo de éste. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (v) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (vi) que se hagan otras declaraciones y condenas.

En el presente caso el medio de control de controversias contractuales es adecuado, por cuanto la actora pretende que se declare el rompimiento del equilibrio económico del contrato de obra No. 0447 del 31 de marzo de 2014 en perjuicio del contratista y que, como consecuencia, se reconozcan a su favor los sobrecostos en los que afirma haber incurrido.

Así las cosas, de acuerdo con las pretensiones y el fundamento fáctico de la demanda, la controversia sometida a decisión es, sin duda, un conflicto surgido entre las partes contratantes con ocasión de la ejecución del contrato estatal por ellas celebrado, correspondiendo, por tanto, al medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del Estatuto Procesal Administrativo.

3. Legitimación en la causa

En el caso *sub examine*, está acreditado que el 31 de marzo de 2014 el departamento del Tolima y el Consorcio Saldaña Purificación suscribieron el Contrato de Obra No. 0447 para el mejoramiento y pavimentación de la vía secundaria Saldaña – Purificación (hecho probado 6.4.4).

condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. [...]



Bajo el anterior contexto, de conformidad con lo establecido en el artículo 141²⁶ del CPACA, según el cual la legitimación en las acciones contractuales se encuentra, en principio, en cabeza de las partes del contrato, la Sala concluye que SOCAR INGENIERÍA S.A.S. y ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA²⁷, integrantes del Consorcio Saldaña – Purificación²⁸, y el departamento del Tolima están legitimados por activa y por pasiva, respectivamente, toda vez que son los extremos de la relación contractual que suscitó la controversia bajo análisis en esta sede judicial.

4. Caducidad

El literal j) del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), dispone que el medio de controversias contractuales caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de los motivos de hecho o de

²⁶ “ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”

²⁷ En sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, Rad.: 19933, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó: “a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales –bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda–, opción que de ser ejercida deberá consultar, como resulta apenas natural, las exigencias relacionadas con la debida integración del contradictorio, por manera que, en aquellos eventos en que varios o uno solo de los integrantes de un consorcio o de una unión temporal concurren a un proceso judicial, en su condición individual e independiente, deberán satisfacerse las reglas que deban aplicarse, según las particularidades de cada caso específico, para que los demás integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal deban o puedan ser vinculados en condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda”.

²⁸ Al respecto, obra en el proceso copia auténtica del documento de conformación de consorcio del 23 de enero de 2014 y del otrosí No. 1 al mismo del 14 de marzo de 2014 (Fl. 104 a 106, C.1)



derecho que les sirvan de fundamento, para lo cual contempla distintas hipótesis dependiendo de si el contrato es de ejecución instantánea, si no requiere de liquidación o si, por el contrario, se trata de un contrato que sí la requiera.

En el *sub examine* la Sala encuentra establecido que la demanda fue presentada dentro de los dos años de que trata literal j) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta que: (i) el contrato finalizó el 24 de mayo de 2016 (hechos probados 6.4.37 y 6.4.38); (ii) las partes liquidaron de común acuerdo el contrato, mediante acta suscrita el 30 de octubre de 2016 (hecho probado 6.4.40), de tal manera que la oportunidad para interponer la demanda vencía el 31 de octubre de 2018; (iii) este término se suspendió con la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por la demandante el 1º de marzo de 2017, actuación que finalizó el 2 de mayo de 2017, cuando se declaró fallida²⁹; y (iv) la demanda se radicó el 5 de septiembre de 2017.

5. Problema jurídico

Teniendo en cuenta los reparos expuestos en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer si de conformidad con los hechos probados hay lugar a declarar la ruptura del equilibrio económico del contrato y si, como consecuencia de ello, se deben reconocer los perjuicios reclamados.

6. Análisis de la Sala

En el recurso de apelación presentado por la demandante contra la sentencia del 20 de mayo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora, el recurrente afirmó que en el presupuesto oficial del contrato y en los diseños del proyecto se estimaron distancias de 5 y 14 kilómetros para el transporte de materiales, lo que no ocurrió en la práctica, ocasionando sobre costos por acarreo de distintos materiales que deben serle reconocidos, toda vez que el riesgo asociado a las deficiencias en diseños corre a cargo del departamento y que dichos valores no quedaron incluidos totalmente en el contrato adicional del 20 de junio de 2015 que se

²⁹ Fl. 13, C.1



factó durante la ejecución del contrato. Además, indicó que los costos por la inactividad de los equipos, maquinaria y personal deben serle reconocidos por cuanto la extensión del plazo de ejecución se originó en circunstancias ajenas al contratista, tales como la demora en la adjudicación del contrato de interventoría, la ola invernal y las protestas realizadas por la comunidad, entre otros.

En este sentido, y comoquiera que sólo la parte actora presentó recurso de apelación contra la sentencia del 20 de mayo de 2021, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 320³⁰ y 328³¹ del C.G.P³², se resolverá el asunto *sub lite* únicamente en relación con los reparos expuestos por el recurrente³³. Por tanto, la Sala analizará si es procedente acceder a las pretensiones de la demanda atinentes a las reclamaciones por sobrecostos por acarreo o transporte de materiales, *stand by* de la maquinaria y equipos, y sobrecostos por inactividad del personal técnico, operativo y administrativo.

En lo que corresponde a la reclamación relacionada con el ítem 3.1.3 concreto simple y soldado y atraque, concepto por el cual la actora solicita en la demanda

³⁰ “Artículos 320: “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]”.

³¹ “Artículo 328. Competencia del Superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

³²La aplicación del Código General del Proceso en el caso concreto se fundamenta en lo resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto del 5 de junio de 2014, mediante el cual se unificó la jurisprudencia para señalar que el Código General del Proceso en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo entró a regir a partir del 1º de enero de 2014 y que “en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal”, sin perjuicio del régimen de transición previsto en el artículo 624 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 25 de junio de 2014. Rad.:49299.

³³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 9 de febrero de 2012, Rad.: 21060. “En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’.



un reconocimiento de \$18.772.940.30, la Sala no entrará a pronunciarse en esta instancia, comoquiera que en el recurso de alzada la parte actora no formuló reparo alguno frente a lo considerado y resuelto por el Tribunal respecto de dicha pretensión.

Bajo esta óptica y de cara los cargos que serán objeto de decisión en esta instancia, la Sala encuentra pertinente comenzar por establecer el régimen jurídico aplicable al contrato materia de la controversia, así como referirse brevemente al alcance de las pretensiones en relación con los puntos materia de salvedad en el acta de liquidación bilateral del contrato y a la figura del equilibrio económico del contrato.

6.1 Régimen Jurídico aplicable al contrato de obra No. 0447 de 2014

Observa la Sala que el contrato materia de la controversia, resultante del proceso de licitación pública No. 017 de 2013, fue suscrito el 31 de marzo de 2014, por lo que su régimen jurídico sustancial es el previsto en la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007, Estatuto General de Contratación de la Administración vigente al tiempo de su celebración³⁴. Por tanto, este será el marco normativo bajo el cual se abordará el análisis de las pretensiones de la demanda.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de obra como aquel que *“celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”*. De igual manera, en cuanto a su contenido, la Ley 80 de 1993 establece que las estipulaciones contractuales han de ajustarse a las disposiciones legales que correspondan a la naturaleza y la esencia del negocio jurídico de que se trate, pudiendo la partes acordar libremente, en el marco de su autonomía de la voluntad, las cláusulas que

³⁴ Lo anterior, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos del contrato y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado. En este último evento, la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido la infracción.



consideren convenientes o necesarias y que no contraríen el ordenamiento jurídico³⁵.

En conclusión, como las partes celebraron un contrato para el mejoramiento y pavimentación de una carretera en el que uno de los contratantes es una entidad territorial y el mismo se perfeccionó el 31 de marzo de 2014, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 el contrato es de obra y se rige por las disposiciones de la Ley 80 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007.

6.2 Alcance de las pretensiones en relación con los puntos materia de salvedad en el acta de liquidación bilateral del contrato

Antes de abordar el estudio de los argumentos presentados por la parte actora en el recurso de apelación, concierne determinar si jurídicamente resultaba viable, en sede judicial, formular las pretensiones invocadas en la demanda.

Para ese propósito debe tenerse en consideración que el contrato *sub examine* fue liquidado bilateralmente mediante acta suscrita el 30 de octubre de 2016 y, en tal virtud, la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda se encuentra supeditada a las salvedades que el demandante hubiere consignado en el mencionado documento, de acuerdo a las reclamaciones que se presentan en el libelo introductorio.

En efecto, debe recordarse que la liquidación bilateral es una actuación posterior a la terminación normal o anormal, que supone un acuerdo de voluntades que finiquita la relación negocial³⁶, en virtud del cual las partes determinan si existen prestaciones, obligaciones o derechos a su cargo, realizan un balance de las

³⁵ El artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en efecto dispone: "*Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. / Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. / En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.*"

³⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Rad.: 27777



cuentas y, si es del caso, efectúan las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar³⁷.

Dicha liquidación, que surge del acuerdo entre las partes, adquiere la característica de un negocio jurídico y, como tal, resulta vinculante para las partes, de tal suerte que no puede ser desconocido posteriormente ante la instancia judicial por parte de quien lo suscribe, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o se deje expresa constancia de la existencia de salvedades o discrepancias respecto del cruce de cuentas que allí se consigna³⁸.

Al respecto, la Sección Tercera de Esta Corporación, en sentencia del 2 de mayo de 2013, precisó lo siguiente:

“La Jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido desde tiempo atrás, que una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral podría ser enjuiciado por vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) [...] [d]e otra parte, si dicha liquidación ha sido suscrita con salvedades y en ese mismo momento, que es la oportunidad para objetarla, alguna de las partes presenta reparos a la misma, por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe manifestar con claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad”³⁹

Por lo expuesto, de manera uniforme y reiterada esta Corporación ha señalado que el ejercicio de la acción contractual se encuentra circunscrito a la posibilidad de controvertir exclusivamente aquellos aspectos frente a los cuales el demandante hubiere manifestado expresamente su desacuerdo o salvedad en el acto de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, quedando excluido aquello respecto de lo cual se hubiere guardado silencio o respecto de lo que no se hubiere formulado discrepancia expresa por parte del contratista en el acta de

³⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2007. Rad.:16370.

³⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de agosto de 1998. Rad.: 10496, en la que se dijo que *“La liquidación de un contrato queda en firme y por lo tanto no puede ser impugnable judicialmente si el acta correspondiente es aceptada y suscrita por las partes, sin salvedad alguna y sólo en la medida en que se hagan salvedades, el contratista se reserva la posibilidad de reclamar judicialmente”*.

³⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2013. Rad.: 23949



liquidación bilateral, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil⁴⁰.

Con todo, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que esta exigencia en el sentido de haber dejado las respectivas constancias en el acta de liquidación bilateral, tiene aplicación siempre que los hechos que fundamentan la reclamación sean anteriores a la suscripción del acta o se proyecten desde ese momento hacia el futuro, de tal manera que pueda entenderse que al celebrar el acuerdo liquidatorio las partes en realidad dispusieron de sus derechos y obligaciones⁴¹. En caso contrario, si la reclamación “[...] *obedece a circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta, es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos en su favor, pues en tal caso desaparece el fundamento que ha dado la Sala para prohibir lo contrario, es decir, que allí no se afectaría el principio de la buena fe contractual, con la cual deben actuar las mismas al momento de acordar los términos de la culminación del negocio, ya que no existiendo tema o materia sobre la cual disponer –renuncia o reclamo–, mal podría exigirse una conducta distinta*”⁴².

De acuerdo con lo anterior, procede la Sala a examinar el acta de liquidación final del contrato, con el fin de establecer si el contratista consignó salvedades acerca de su contenido y, en caso afirmativo, si las mismas guardan coincidencia con las pretensiones materia del proceso.

Descendiendo al caso concreto se observa que en el texto del acta de liquidación bilateral el contratista manifestó reservarse “[...] *el derecho de presentar reclamaciones por vía judicial y/o extrajudicial por considerar que se presentó una situación que generó (sic) un desequilibrio económico en contra del Consorcio Saldaña Purificación durante la ejecución del contrato de obra No. 447 de 31 de Marzo de 2014, expuesto en la comunicación CPS-V-576-2016 sobre los*

⁴⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 6 de febrero de 2020. Rad.: 63.123 y del 27 de mayo de 2015, Rad.:38.695. En el mismo sentido, esta Subsección, en sentencia del 6 de julio de 2020, Rad.:49166, señaló: “[...] *el ejercicio de la acción contractual se encuentra limitado a la posibilidad de controvertir exclusivamente aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el accionante hubiere manifestado expresamente su discrepancia en el acto de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, quedando excluido aquello respecto de lo cual se hubiere guardado silencio*”.

⁴¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Rad.: 27777

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Rad.: 27777



*siguientes enunciados: A) Por concepto de sobre acareo de materiales de obra, B) sobre acarreo de material de base, sub-base, y afirmado, C) por concepto de obre (sic) acarreo de material de río, D) Costos por stand by de maquinaria y equipos, E) Por concepto de disponibilidad de personal*⁴³

Así las cosas, en atención a las inconformidades plasmadas, resulta claro que es viable estudiar la prosperidad de las pretensiones encaminadas al reconocimiento y pago de los costos atinentes al sobre acarreo de los materiales, *stand by* de maquinaria y equipos y disponibilidad de personal, en cuanto guardan identidad con las salvedades consignadas por el contratista en la liquidación de mutuo acuerdo.

6.3 Precisiones frente al desequilibrio económico del contrato y sus diferencias con el incumplimiento contractual

Es pertinente esbozar algunas precisiones en torno al desequilibrio económico del contrato y el incumplimiento de las obligaciones pactadas, pues en el libelo introductorio la actora solicitó declarar el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, pero paralelamente indicó que el mismo se produjo en medida muy importante como consecuencia de inexactitudes y deficiencias en los diseños y estudios presupuestales entregados por el departamento.

Al respecto, es menester anotar que el equilibrio o la equivalencia entre derechos y obligaciones de los contratos es un instituto que propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y de celebrar el contrato⁴⁴⁻⁴⁵.

⁴³ FI.165 C.1

⁴⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. Rad.: 38449.

⁴⁵ Al efecto, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación



En tal sentido, las condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y de celebrar el contrato, deben mantenerse durante el cumplimiento y ejecución del mismo, de tal suerte que, frente al principio “*pacta sunt servanda*”, que como es sabido hace referencia a la firmeza y solidez del vínculo contractual⁴⁶, se erige la denominada “*cláusula rebus sic stantibus*”⁴⁷, instituto en virtud del cual las estipulaciones contractuales son acordadas por las partes sobre la base de las circunstancias presentes al momento en el que son convenidas; si bien los contratos son ley para las partes, ante la alteración sustancial de la economía del contrato por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes e impredecibles, las partes tienen derecho a pedir el restablecimiento del equilibrio económico⁴⁸.

Con todo, debe anotarse que no cualquier variación de la ecuación financiera constituye un rompimiento del equilibrio económico o financiero del contrato⁴⁹, comoquiera que existen riesgos propios que se derivan de la actividad contractual, los cuales deben ser asumidos por las partes. En este sentido, se ha señalado que la equivalencia prestacional puede verse afectada: (i) por actos de la entidad contratante que modifiquen las condiciones “*ius variandi*”; (ii) por actos de la administración como Estado “hecho del príncipe”; y (iii) por factores externos a las partes que se enmarquen en la denominada “teoría de la imprevisión”⁵⁰.

de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

⁴⁶ En el ordenamiento jurídico colombiano el principio *pacta sunt servanda* se encuentra contenido en el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual todo contrato acordado entre las partes tiene fuerza de ley para quienes lo celebran, de tal suerte que las obligaciones que de él emanan no pueden ser desconocidas ni modificadas por uno solo de los contratantes. Su observancia, por tanto, es piedra angular de la seguridad jurídica. Cfr. Hinestrosa, Fernando. “El principio del *pacta sunt servanda*: y la estipulación de intereses”. *Con-Texto* (12), 32-38. 2001.

⁴⁷ Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el principio del *rebus sic stantibus* “*postula la implícita inclusión en su contenido de una condición necesaria, esencial, fundamental e imprescindible para el cumplimiento, atañedora a la permanencia constante del marco de circunstancias fácticas o jurídicas, o estado de cosas primario, a cuya invariabilidad sujeta su obligatoriedad, y aún cuando, hay distintas posturas acerca de su exacto origen, suele atribuirse a la escuela del derecho medieval inspirada en las fuentes romanas*”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de febrero de 2012.

⁴⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. Rad.: 38449

⁴⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Rad.: 52666.

⁵⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. Rad.: 38449.



A su vez, para que se estructure la teoría de la imprevisión se requiere: (i) que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida; (ii) que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato; (iii) que esas circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y (iv) que el acontecimiento sea ajeno a las partes y no corresponda a un riesgo asumido en el contrato⁵¹.

Por su parte, el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del negocio jurídico, bien sea por su inejecución absoluta o por su ejecución imperfecta o tardía, a lo que cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la infracción de las estipulaciones plasmadas en el texto contractual, sino también de aquellas contenidas en todos los documentos que lo integran, como es el caso, por ejemplo, de los pliegos de condiciones⁵². De igual modo, puede tener ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce los principios que orientan la contratación, los cuales igualmente se entienden incorporados en el negocio jurídico⁵³.

En suma, mientras la teoría del equilibrio o equivalencia de la ecuación económica procura garantizar que en la ejecución del contrato se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento de su celebración, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en virtud del negocio jurídico por ellas acordado se ubica en el marco de la responsabilidad contractual, es decir, aquella que surge de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato existente y válido⁵⁴. Por tanto, aun

⁵¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 2011. Rad.: 15476; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012. Rad.: 11001-3103-040-2006-00537-01.

⁵² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del del 6 de febrero de 2020. Rad.: 63.123.

⁵³ Ibidem. En el mismo sentido puede consultarse, por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de agosto de 2013, Rad.: 22.947.

⁵⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 15 de julio de 2020. Rad.:28794



cuando se advierte cierta confusión en la propia legislación⁵⁵ y la jurisprudencia, que en torno al tema tampoco ha sido del todo consistente, pues en algunas decisiones se ha identificado el incumplimiento del contrato como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico⁵⁶, no deben confundirse la responsabilidad contractual y la teoría del equilibrio o equivalencia económica del contrato, dadas las diferencias que se advierten no solo en los presupuestos, sino también en los efectos o consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso⁵⁷.

En este orden de ideas, en casos como el que ocupa la atención de la Sala corresponde al juez de la causa determinar desde cuál óptica debe emprenderse el respectivo análisis.

Bajo este contexto, de conformidad con los hechos de la demanda, la Sala advierte que la parte actora fundó su pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en la existencia de deficiencias e inexactitudes en los diseños y en el presupuesto oficial del proyecto, punto en el que, como se aprecia, lo que en realidad se encuentra en discusión obedece a un caso en el que se

⁵⁵Por ejemplo, en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 al disponer que “*si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato*”.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 15 de febrero de 1999, Rad. 11194 y del 21 de junio de 1999, Rad.: 14943.

⁵⁷ Sobre la necesaria distinción entre estas figuras, en Sentencia del 15 de julio de 2020 esta Subsección ha precisado:

“La teoría del equilibrio o equivalencia de la ecuación económica pretende garantizar que, en desarrollo del contrato, se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento en que fue celebrado. Dicho equilibrio puede verse afectado por factores externos a las partes o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad.

En el incumplimiento, en cambio, se estudia el comportamiento de las partes frente a la ejecución del contenido obligacional, esto es, si fue tardío, defectuoso o conforme con lo que libre y voluntariamente acordaron, aspecto que debe analizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual.

Esta diferencia no es simplemente conceptual, pues la tasación económica en uno y otro caso es distinta. En la ruptura del equilibrio económico del contrato lo que se pretende es evitar puntos de pérdida (art. 5 de la Ley 80 de 1993), sin perjuicio de lo expuesto en cuanto al hecho del príncipe, y, en el incumplimiento, la indemnización plena de los perjuicios que se derivan de la desatención de las obligaciones del contrato.

En el incumplimiento, además, se faculta a la entidad pública para sancionar al contratista mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, o para imponer multas y declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato (artículos 60 y 70 del Decreto Ley 22 de 1983, 14 y 18 de la Ley 80 de 1993 y 17 de la Ley 1150 de 2007).” Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de julio de 2020, Rad.:28794. En el mismo sentido, véase Sentencia del 21 de septiembre de 2020, Rad.: 47106



atribuye responsabilidad contractual a la entidad territorial. Con todo, a la vez, aduce que la ola invernal que incrementó el caudal del río Saldaña y las protestas de la comunidad dificultaron en algunos momentos la explotación de materiales, circunstancias que plantea como extraordinarias y sobrevinientes y que, según manifiesta, también habrían ocasionado sobrecostos que dieron lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato, aspectos que corresponde abordar bajo la óptica del desequilibrio financiero y, puntualmente, en el marco de la teoría de la imprevisión.

6.4 Hechos probados

A la vista de las precisiones anteriores y de cara a los cargos que serán objeto de decisión en esta instancia, procede la Sala a establecer cuáles son los hechos probados en el proceso. A dicho efecto, en el caso concreto, la Sala analizará los documentos aportados al proceso en copia, de conformidad con lo previsto en el artículo 246⁵⁸ del C.G.P.

De acuerdo con las pruebas del proceso, se encuentran establecidos los siguientes hechos que interesan al presente caso:

6.4.1 Quedó probado que el departamento del Tolima llevó a cabo la Licitación Pública No. 017 de 2013, con el objeto de contratar el mejoramiento y pavimentación de la vía secundaria Saldaña – Purificación, según da cuenta copia de los Estudios Previos No. 1651⁵⁹, los pliegos de condiciones⁶⁰, el acta de audiencia de apertura de propuestas económicas y adjudicación⁶¹ y la Resolución de Adjudicación del 11 de marzo de 2014⁶², entre otros documentos del proceso licitatorio.

⁵⁸ "Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente".

⁵⁹ Fl.107 a 111, C.1 y Fl. 542, C.2 (CD – archivo denominado "0447-20141", fl. 2 a 11)

⁶⁰ Fl. 542, C.2 (CD – archivo denominado "0447-20141", fl.99 a 185)

⁶¹ Fl.112 a 115, C.1

⁶² Fl.116 a 118, C.1



6.4.1.1 Al respecto, de conformidad con lo consignado en los estudios previos y en los pliegos de condiciones consta que el presupuesto oficial estimado se estableció en la suma de \$16.199.202.020, en los siguientes términos:

"EL PRESUPUESTO OFICIAL Y DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL:

| Identificación presupuestal | Concepto | Valor | No. Disponibilidad |
|-------------------------------------|--|------------------|---------------------------|
| 06-4-2131110-6002 | Mejoramiento y rehabilitación de la red vial secundaria Saldaña – Purificación en el departamento del Tolima | \$16.199.202.020 | 3850 |
| TOTAL DISPONIBILIDAD | | | \$16.199.202.020 |
| PRESUPUESTO OFICIAL ESTIMADO | | | \$16.199.202.020 |

[...]

1.3 PRESUPUESTO OFICIAL Y DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL

El presupuesto oficial estimado para el presente proceso es la suma de DIECISEIS MIL CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS DOS MIL VEINTE PESOS M/CTE (\$16.199.202.020) se encuentra soportada con el siguiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal, con cargo a la vigencia 2013. El presupuesto oficial y la disponibilidad presupuestal son diferentes, por tanto el proponente deberá realizar su propuesta de acuerdo al presupuesto.

| Identificación presupuestal | Concepto | Valor | No. Disponibilidad |
|------------------------------------|--|------------------|---------------------------|
| 06-4-1031110-6002 | Mejoramiento y rehabilitación de la red vial secundaria Saldaña – Purificación en el departamento del Tolima | \$16.199.202.020 | 3850 |
| TOTAL DISPONIBILIDAD | | | \$16.199.202.020 |

Este valor incluye todos los gastos en que deba incurrir el contratista para el cumplimiento del objeto del proceso de selección y el pago de los impuestos y descuentos de ley a que haya lugar.

[...]

2.6 Condiciones Económicas

2.6.1 Estudio de Precios

Precio de Referencia de la Obra, Bien o Servicio: \$16.199.202.020 Incluido IVA [...]

Observaciones:

Justificación del valor estimado del contrato

Este valor incluye todos los gastos en que deba incurrir el contratista para el cumplimiento del objeto del proceso de selección y el pago de los impuestos y descuentos de ley a que haya lugar. Se tuvieron en cuenta como base para el sustento del valor el análisis de los precios del mercado según se establece en los ITEMS del presupuesto anexo" (negrilla dentro del texto original)

6.4.1.2 En cuanto a la oferta económica, se dispuso en los pliegos que el proponente debía presentar su propuesta para todos y cada uno de los ítems



relacionados en el Anexo 6, formulario en el cual se incluyó la descripción de cada ítem, unidad de medida y cantidad, debiendo el proponente diligenciarlo insertando los precios unitarios ofertados y el valor total. Además, se indicó el deber de los proponentes de examinar *“cuidadosamente el pliego de condiciones, sus adendas y documentos aclaratorios, si las hay, y se informarán de todas las exigencias, circunstancias y costos que de cualquier manera incidan en la oferta y en el contrato”*.

6.4.1.3 Los pliegos incluyeron el listado de equipo mínimo requerido, a la vez que contemplaron equipo adicional, a propósito de lo cual se plasmó lo siguiente:

“El equipo adicional será requerido ya que permite que la obra se realice con una mayor eficiencia y productividad, con el objeto de reducir considerablemente los plazos de entrega y minimizar al máximo el imprevisto por bajo rendimiento.

Así mismo este (sic) maquinaria adicional, será solicitadas (sic), teniendo en cuenta que los volúmenes de material a transportar, las distancias de acarreo a las fuentes de materiales y el estado de las vías, mejora los rendimiento y ciclos establecidos para realizar la actividad contratada, toda vez que el suministro y transporte de materiales para un proyecto vial es la ruta crítica del proyecto, la cual, no permite holguras en la iniciación ni en la finalización de los programado en obra, generando efectividad, eficiencia y oportunidad en la ejecución de la obra civil y por ende el beneficio directo e impacto económico a la comunidad favorecida”.

Añadiéndose en otros apartes:

*“El contratista deberá suministrar y mantener al frente de la obra el equipo necesario y suficiente, adecuado en capacidad, características y tecnología, para cumplir con los programas, plazos y especificaciones técnicas de la obra y ambientales de la obra; los costos inherente (sic) al equipo serán consideraros en los análisis de precios unitarios de la propuesta
[...]*

NOTA 1: Los proponentes interesados, podrán consultar físicamente los estudios y diseños que soportan la obra en la Dirección de Contratación ubicada en el edificio de la Gobernación del Tolima

NOTA 2: El adjudicatario del proceso, se obliga a disponer y mantener en operación tanto el equipo mínimo y adicional, así como, frentes de trabajo de acuerdo a la programación de obra aprobada por la interventoría y el departamento y a disponer de la revisión técnico mecánica de la maquinaria [...].”

6.4.1.4 En lo que concierne a la asignación de riesgos, en los estudios previos se destaca la tipificación y asignación, entre otros, de los siguientes riesgos:

“

| CLASE | TIPIFICACIÓN DEL RIESGO | | ASIGNACIÓN DEL RIESGO | |
|-------|-------------------------|---------------|-----------------------|------------|
| | DESCRIPCIÓN | OBSERVACIONES | DEPARTAMENT | PROPONENTE |



| | | | O | Y/O CONTRATISTA |
|---|-----------------------|---|------|--------------------|
| | ESTUDIOS Y DISEÑOS | Efecto económico derivado de diseños deficientes e incompletos. | 100% | |
| CONSTRUCCIÓN | FUENTES DE MATERIALES | Efectos desfavorable ocasionado por la selección, explotación y manejo de los insumos provenientes de las fuentes de materiales | | 100% |
| | PROGRAMACION DE OBRA | Efecto desfavorable derivado del esquema fijado en su programa para la ejecución de la obra: localización de campamento, compra e ingreso de materiales, ingreso y suministro de equipos, mano de obra, mantenimiento de vías de accesos que sean de competencia del contratista por su utilización | | 100% |
| | PRECIOS UNITARIOS | Los efectos económicos derivados de un análisis insuficiente de los precios unitarios realizados por el contratista, en cuanto equipo, transporte, materiales y mano de obra. Al igual que de un inadecuado análisis de los costos indirectos asociados a la obra y al contrato. | | 100% |
| CAUSAS NATURALES FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO | NO ASEGURABLE | Efecto económico ocasionado por Daño emergente | 100% | |
| | | Efecto económico ocasionado por Lucro Cesante | | 100% |

E. RESPONSABILIDAD. En todo caso, el proponente que resulte adjudicatario del contrato, tendrá la absoluta responsabilidad en la ejecución de todas las actividades necesarias para la total y cabal ejecución del objeto contractual. Por lo tanto, el proponente debe considerar todos los aspectos técnicos, económicos y financieros, y del mercado para evitar la ocurrencia de situaciones y materialización de riesgos que afecten la cabal ejecución del contrato y la permanencia de la ecuación contractual durante toda la vigencia del contrato, y en tal evento, serán de su cargo y responsabilidad los gastos que ello conlleve.”

6.4.1.5 Finalmente, los pliegos incluyeron la minuta del contrato, en la cual se consignó, entre otros, que el valor del contrato incluye la totalidad de los costos en que incurra el contratista en razón de su ejecución, de conformidad con la



propuesta y que: *“El valor del contrato hace referencia a las cantidades de obra ejecutadas y los precios unitarios estipulados en la propuesta del CONTRATISTA. Las cantidades de obra son aproximadas y por lo tanto se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra y tales variaciones no viciarán ni invalidarán el contrato”.*

6.4.2 Consta que en el marco de la Licitación Pública No. 017 de 2013, el Consorcio Saldaña – Purificación presentó propuesta, según da cuenta copia de la misma, que reposa en el expediente⁶³.

6.4.3 Se demostró que mediante Resolución de Adjudicación del 11 de marzo de 2014⁶⁴ la entidad territorial adjudicó el contrato al consorcio Saldaña – Purificación, por un valor de \$15.875.193.436,00, de acuerdo a la propuesta presentada.

6.4.4 Está acreditado que el 31 de marzo de 2014 las partes suscribieron el contrato de obra No. 0447 de 2014, con el objeto de realizar el mejoramiento y pavimentación de la vía secundaria Saldaña – Purificación, en el departamento del Tolima, según consta en copia del negocio jurídico mencionado⁶⁵.

El contrato se acordó por un valor de \$15.875'193.366, IVA excluido, de conformidad con los ítems, cantidades y precios unitarios consignados en la propuesta presentada por el consorcio, plasmados igualmente en el contrato. Al respecto, se estipuló que el valor del contrato se pagaría al contratista así: un 90% mediante actas parciales de obra de conformidad con el avance de los trabajos, y el 10% restante a la liquidación del contrato. También se contempló la entrega de un anticipo equivalente al 20% del valor total del contrato, que sería amortizado mediante deducciones del 50% del valor de cada acta de obra, hasta completar la amortización total del mismo. De igual modo, se convino un plazo de ejecución de 270 días calendario, contados a partir del acta de inicio.

En lo que respecta a las obligaciones de las partes, en las cláusulas segunda y tercera del contrato se acordó lo siguiente:

⁶³ Fl. 542, C.2 (CD – archivo denominado “0447-20141”, fl.203 a 551)

⁶⁴ Fl.116 a 118, C.1

⁶⁵ Fl.119 a 122 C.1 y 469 a 472, C.2



“CLAUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Para el cumplimiento del objeto contratado en la cláusula anterior, el CONTRATISTA deberá realizar, las siguientes actividades: **OBLIGACIONES:** 1- Realizar las obras de la (sic) mejoramiento y pavimentación de la vía Saldaña Purificación en una longitud de 11.6 kilómetros en el departamento del Tolima, según presupuesto anexo. 2. Ejecutar la obra de acuerdo a las especificaciones técnicas establecidas en las condiciones para contratar y presentadas en la propuesta, las cuales hacen parte integral del contrato, cuyas cantidades y precios se relacionan en la misma. 3. Dirigir personalmente y bajo su entera responsabilidad la ejecución de la obra. 4. Suministrar por su cuenta y riesgo, todos los materiales, equipos y herramientas que sean necesarios para el cabal desarrollo del objeto del contrato. Los materiales y objetos que se utilicen deben ser conforme a la propuesta presentada. 5. [...] 6. Ejecutar la obra con calidad, cantidad y en el tiempo contractualmente establecido, disponiendo de todos los equipos, maquinaria, herramientas, materiales y demás elementos necesarios para la correcta ejecución de las obras. 7 [...] 9. Suministrar y mantener durante la ejecución de la obra y hasta la entrega de la misma, el personal profesional ofrecido en la propuesta técnica y económica. [...] 27. El CONTRATISTA entregará al interventor, Supervisor y a la Entidad Contratante, dentro de los diez (10) días calendario siguientes contados a partir de la fecha del acta de inicio: la secuencia y duración de cada una de las actividades, programación de los trabajos que incluya todas las actividades, flujo mensual de inversión detallado, capítulo por capítulo por capítulo, lo cual guardará relación lógica con la obra a recibir por interventoría, durante el mismo periodo, programa de suministros detallados, programa de equipos. 28 [...] 29. Se debe llevar una memoria diaria o bitácora de todos los acontecimientos, sucesos y decisiones tomadas en la ejecución de los trabajos, registrarse la visita de funcionarios que tengan que ver con el proyecto, y demás acontecimientos, debe permitir la comprensión general de la obra y desarrollo de las actividades de acuerdo con el cronograma de ejecución e inversión aprobado. Debe firmarse por el director de obra, interventor y Supervisor y adicionalmente debe estar foliada. Tienen acceso adicional a esta bitácora, los representantes de la Entidad Contratante. [...] 31. Reintegrar al Departamento los excedentes y los saldos que no llegaran a ejecutar parcialmente lo mismo que si el contratista no hace uso de los Imprevistos, este debe reintegrarlo al tesoro del Departamento del Tolima. 32 [...] 34. El contratista deberá aportar una vez firmada el acta de iniciación, previo perfeccionamiento y legalización, la relación del equipo mínimo obligatorio y el adicional establecido en el Anexo Técnico – Adicional, con los cuales se comprometió y todo lo que en su concepto se requiere para ejecutar las obras, las cuales deben cumplir con las especificaciones técnicas y ambientales de la obra y deberá tenerlo disponible de manera inmediata. Al igual que el personal profesional solicitado y los rente (sic) de trabajo que puso a disposición. El interventor del Proyecto deberá revisar y aprobar la maquinaria mínima y adicional presentada por el contratista, al igual que el equipo profesional y frentes de trabajo. El contratista deberá suministrar y mantener al frente de la obra el equipo necesario y suficiente, adecuado en capacidad, características y tecnología, para cumplir con los programas, plazos y especificaciones técnicas de la obra y ambientales de la obra; los costos inherente (sic) al equipo serán considerados en el análisis de precios unitarios de la propuesta. La interventoría o supervisión durante el desarrollo del proyecto verificará que el equipo ofrecido por el contratista en su propuesta se encuentra completo y en perfecto estado de funcionamiento. 35. [...]

PARAGRAFO PRIMERO: El contratista deberá suministrar y mantener en la obra cada frente de trabajo, el equipo puesto a punto y en operación necesario y suficiente, adecuado en capacidad, condiciones técnico – mecánicas, características y tecnología, para cumplir con los programas y plazos y



especificaciones técnicas y ambientales de la obra. La puesta en marcha de todos los frentes de trabajo y maquinaria deberá ser acorde a la ejecución de la obra y deberá tener la aprobación del interventor y/o supervisor. [...]

“CLAUSULA TERCERA OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO: 1. Facilitar al contratista las condiciones (suministro de información, documentos) y demás elementos necesarios para el desarrollo del objeto contractual. 2. Controlar la calidad de los servicios contratados y el cumplimiento de los requisitos y condiciones convenidas. 3. Recibir los servicios contratados en la oportunidad estipulada y expedir, en menor tiempo posible, los documentos correspondientes a la ejecución del contrato. 4. Realizar los desembolsos de los recursos aportados, con oportunidad y conforme a la forma de pago estipulada, a fin de garantizar la buena marcha”. (negrilla fuera del texto)

Por último, en la cláusula vigésima tercera se estipuló que *“El acta de inicio será suscrita por el supervisor y el contratista una vez se contrate la interventoría por parte de la entidad.”*

6.4.5 Consta que el 17 de junio de 2014 se suscribió el acta de inicio del contrato, consignándose que el plazo de ejecución del contrato era de 270 días y que, en consecuencia, la fecha de finalización del mismo sería el 16 de marzo de 2015, según da cuenta copia del correspondiente documento⁶⁶.

6.4.6 Quedó establecido que al día siguiente, 18 de junio de 2014, el contratista, la supervisora del contrato y el secretario de infraestructura y hábitat del departamento suscribieron el Acta de Suspensión No. 1, en la que se acordó suspender el plazo del contrato por un término de 60 días *“debido a que no se ha realizado la audiencia de adjudicación del proceso de interventoría y se hace necesario la suscripción y legalización del mismo”*; además, se indicó que el consorcio *“podrá disponer libremente de los recursos de personal y equipo asignados al contrato, durante el tiempo que dure esta suspensión”*. Lo anterior consta en copia del acta de suspensión mencionada⁶⁷.

6.4.7 Se probó que la suspensión anterior fue prorrogada desde el 18 de agosto y hasta el 3 de septiembre de 2014, fecha en la cual se suscribió la correspondiente acta de reinicio. En esta última se indicó que la nueva fecha de terminación del contrato era el 30 de mayo de 2015, señalándose al efecto que *“las causas que originaron la suspensión ya fueron superadas y mediante la verificación de comité*

⁶⁶ Fl. 123, C.1

⁶⁷ Fl. 124 y 125, C.1



técnico, se determinó reanudar el objeto del mismo”. Además, se consignó lo siguiente: *“El contratista manifiesta que la reanudación del contrato no generará sobrecostos para el Departamento del Tolima”*. De lo anterior da cuenta la copia de la mencionada acta de reinicio⁶⁸.

6.4.8 Se demostró que mediante oficio CSP-V-002-2014 fechado el 29 de agosto de 2014, cuya copia obra al expediente⁶⁹, el contratista se dirigió a la interventoría formulando observaciones atinentes al diseño geométrico, hidráulico y de pavimentos del proyecto.

6.4.9 Acreditado quedó que el 7 de octubre de 2014, en las instalaciones de la alcaldía municipal de Saldaña, se llevó a cabo una *“reunión de Consejo de Seguridad”*, que contó con la asistencia, entre otros, del alcalde municipal, el comandante de la Estación de Policía de Saldaña, el comandante del Distrito de Policía de Purificación, representantes de Triar S.A. y voceros de la comunidad de Saldaña. En la mencionada reunión se analizó la situación presentada con ocasión de la protesta realizada por la comunidad de Saldaña.

En el acta de la reunión se consignaron las intervenciones de los distintos asistentes y se dejó constancia de que las autoridades de policía, al acudir al lugar de las protestas se encuentran con que los manifestantes sostienen *“que no quieren hablar con nadie ni llegar a reuniones, que su postura concreta es no dejar explotar las playas del río Saldaña. Que se encuentran 3 personas quienes dicen ser Gobernadores de Cabildos indígenas y que en nombre de ellos no permitirán los trabajos de las empresas explotadoras de material de río [...]”*. Por su parte, los representantes de Triar S.A. pusieron de presente que la empresa cuenta con licencia de explotación por el término de 20 años y que han socializado su labor con la comunidad y los voceros de la comunidad, a su turno, expresaron su inconformidad frente a la explotación del río Saldaña, señalando, entre otros, *“es ilegal pasar una máquina sobre el río, porque la empresa TRIAR está cruzando el río con maquinarias extractoras de material lo que ha originado el desvío del cauce del río”*. Lo anterior consta en copia de la correspondiente acta⁷⁰.

⁶⁸ Fl. 124 y 125, C.1

⁶⁹ Fl.166 y 243, C.1

⁷⁰ Fl.190 (anverso) a 194, C.1



6.4.10 Se estableció en el proceso que con oficio CSP-V-021-2014 del 8 de octubre de 2014, cuya copia reposa en el plenario⁷¹, el consorcio se dirigió a la alcaldía del municipio de Saldaña, solicitando *“su apoyo y gestión ante los hechos que se han venido presentando de manera reiterada, en el Municipio de Saldaña en la mina [...] TRIAL SAS [...] Mina licenciada y con todos los documentos en regla requeridos para suministrar el material necesario en la ejecución de las obras del contrato de la referencia (n° 0477), las cuales se desarrollan entre los municipios de Saldaña y Purificación Tolima [...] De acuerdo a lo anterior me permito reiterar mi solicitud de apoyo ante su despacho como primera autoridad del municipio de Saldaña de garantizar la seguridad y libre movilización de personal”*.

6.4.11 Demostrado quedó que el 16 de octubre de 2014 tuvo lugar un *“consejo extraordinario de seguridad”*, llevándose a cabo al efecto una *“reunión con la comunidad manifestante por la explotación minera en el río Saldaña con presencia del Procurador Ambiental, Fuerza Pública, Autoridades Municipales y Representantes de Cortolima”*. La reunión contó con la asistencia del Alcalde Municipal, funcionarios de Cortolima y la personería Municipal así como representantes de Triar S.A., según da cuenta el acta de la reunión mencionada, que obra al expediente en copia⁷², en la que se consignaron las intervenciones realizadas, expresándose por parte del alcalde municipal *“lo preocupante que resulta la problemática que se suscita por personas de la comunidad que sienten amenazado el río Saldaña con la explotación minera”*.

6.4.12 Se probó que el 23 de octubre de 2014, la Secretaría General y Gobierno del municipio de Saldaña envió una comunicación al consorcio en la que se refirió a la problemática presentada en la mina explotada por Triar S.A., informando que la administración municipal ha realizado *“Consejos de Seguridad”*, ha propiciado espacios para llegar a un acuerdo que permita garantizar el suministro de los materiales requeridos para el desarrollo del contrato No. 0447 y *“está comprometida en brindar el acompañamiento necesario para dar cumplimiento a*

⁷¹ Fl.190, C.1 y 394, C.2

⁷² Fl.196 a 201, C. 1



los acuerdos que se deriven de los Consejos de Seguridad”. Lo anterior consta en copia⁷³ del oficio mencionado, con referencia COD 21 ALS-RE-2014-000002981.

6.4.13 Se acreditó que el 28 de octubre de 2014 el contratista remitió al interventor una comunicación presentando a consideración los documentos correspondientes a la fuente de materiales Cucuana *“para la elaboración de sub-base y base granular como una opción alterna en caso de requerirse por presentación de problemas de tipo social y/o crecimiento del río Saldaña”*, añadiendo que esta fuente de materiales se encuentra ubicada a una distancia aproximada de 30,52 km, por lo que *“se tendría que considerar el pago de sobre-acarreo de material en m3/km por el precio unitario propuesto como ítem adicional”*. Lo anterior se encuentra probado con la copia⁷⁴ del oficio CSP-V-055-2014 mencionado.

6.4.14 Está demostrado que el 30 de octubre de 2014 el consorcio envió a la interventoría el oficio CSP-V-061-214, en el que señaló que *“existen en algunos casos distancias de acarreo que superan el costo del precio unitario y es por esto que se plantea un ítem adicional de sobre-acarreo de material del afirmado y en el crudo de río para el proceso de sub-base y base, cuando la fuente de materiales TRIAL que está dentro del rango de distancia de acarreo presente problemas de tipo social o crecimiento del nivel del río para tenerla (sic) como alternativa de explotación de crudo de río [...]. Los APU de afirmado, sub-base y base granular por supuesto que deben ser concordante (sic) con los precios unitarios del contrato; lo que he expresado es que la distancia de acarreo en la cual está incluido el transporte supera las distancias reales que afecta el precio unitarios (sic) y en tal sentido existe un sobre-acarreo (sic) de materiales de afirmado que mediante oficio CVS-V-EXT-047 fechado el 23 de octubre de 2014 presenté a su consideración y estudio”*. De lo anterior da cuenta copia⁷⁵ de la comunicación citada.

6.4.15 Se estableció que el 31 de octubre de 2014 el contratista remitió a la interventoría una comunicación en la que manifestó que el consorcio había cumplido con sus obligaciones y que la reprogramación de la obra y flujo de

⁷³ Fl.195, C.1

⁷⁴ Fl.360 y 375 (anverso), C.2

⁷⁵ Fl. 266 (anverso) y 267, C.1



inversiones “*está debidamente sustentada y justificada por la carencia total de fuentes de materiales para el ítem de afirmado alrededor del área de influencia del proyecto que no supere la distancia de acarreo de los CINCO (5) Kilómetros por los cuales se diseñó y calculó el costo unitario de material de afirmado*”, según consta en copia⁷⁶ del oficio referido.

6.4.16 Se demostró que el 4 de noviembre de 2014 el consorcio presentó al departamento observaciones técnicas relacionadas con aspectos hidráulicos de los diseños. Lo anterior consta en copia⁷⁷ del oficio correspondiente.

6.4.17 Quedó establecido que el 11 de noviembre de 2014, se llevó a cabo un “*consejo extraordinario de seguridad*” con la asistencia del Alcalde Municipal, el Procurador Judicial para Asuntos Ambientales del Tolima, funcionarios de Cortolima, representantes de Triar S.A. y voceros de la comunidad, entre otros, en la que se abordó la problemática presentada frente a la explotación del río Saldaña y la protesta adelantada por las comunidades rivereñas. Lo anterior consta en copia⁷⁸ del acta de reunión.

6.4.18 Se probó que el 20 de noviembre de 2014 el contratista envió a la interventoría una comunicación, cuya copia reposa en el plenario⁷⁹, en la que informó acerca de las distintas gestiones realizadas para la adquisición del material de Afirmado y crudo de río para sub-base y base granular, y presentó a consideración distintas alternativas para su explotación, incluyendo 6 opciones respecto de cada una de las cuales indicó el valor de los ítems junto con el costo del sobre acarreo correspondiente para cada una.

Al efecto, tras señalar que “*de acuerdo a lo establecido en los pliegos de condiciones y especificaciones técnicas que dieron lugar al presupuesto oficial*” las fuentes de materiales estarían ubicadas en distancias de 5 km para el Afirmado y 14 km para el crudo de río para sub-base y base granular, afirmó: (i) que para el ítem de suministro de Afirmado no existían fuentes de materiales dentro de los 5 km contemplados en el presupuesto oficial del proyecto; (ii) que la explotación del

⁷⁶ Fl. 268, C.1

⁷⁷ Fl. 269 y 270, C.1

⁷⁸ Fl.400 a 404, C.2

⁷⁹ Fl. 270 (anverso) a 274, C.1, 395 a 398 y 438 (anverso) a 442, C.2



material crudo de río se inició en la fuente de materiales Triar que se localiza dentro de los 14 km contemplados en el presupuesto, pero la misma se suspendió *“por problemas de orden social del proveedor de la fuente con las comunidades”*; (ii) que el consorcio ha realizado gestiones tendientes a ubicar fuentes alternas de materiales que cumplan las especificaciones técnicas del contrato, con el fin de presentarlas a consideración de la interventoría; (iii) que entre las fuentes alternas se encuentra Cunira para Afirmado y Cucuana para crudo de río, entre otras que citó en su comunicación; y (iv) que aunado a los problemas sociales que se presentan en la cantera Triar, existe un aumento en los caudales del río Saldaña por el periodo de lluvias, ola invernal que, según lo previsto, se extenderá hasta mediados de diciembre de 2014.

6.4.19 Acreditado quedó que durante los meses de noviembre y diciembre de 2014 y enero de 2015, el contratista envió a la interventoría resultados de ensayos de laboratorio realizados en muestras de materiales de distintas canteras, como Cucuana y San Luis, entre otras, como consta en diversos oficios remitidos por el consorcio, cuya copia reposa en el plenario⁸⁰.

6.4.20 Está probado que el 11 de diciembre de 2014 el consorcio envió a la interventoría el oficio CSP-V-140-2014, indicando como *“asunto: inactividad en el frente de suministro de afirmado”*. En dicho documento manifestó que *“por la carencia total de material explotado y autorizado no es posible continuar la actividad del frente de suministro de afirmado, esto implica que los siguientes recursos de personal y maquinaria queden en disponibilidad hasta tanto se reinicie las actividades [...]”*. De lo anterior da cuenta la copia de la comunicación mencionada⁸¹, en la que el contratista señaló, además: (i) que la explotación en la fuente de material Triar se suspendió desde el 9 de octubre de 2014 por motivos de *“fuerza mayor debido a problemas de orden social con la comunidad que habitan en el área de influencia de la fuente de materiales y que a la fecha se mantiene la suspensión como lo certifican las Actas de Consejo Extraordinario de Seguridad No. 13 y 14”*; (ii) que el material proveniente de Cunira (1500 m3) ya se instaló; (iii) que con oficio del 20 de noviembre se informaron las gestiones realizadas por el consorcio encaminadas a la búsqueda de fuentes alternas de

⁸⁰ Fl.387 (anverso) y 388, C.2 y 274 (anverso) a 279, C.1

⁸¹ Fl.405 y 406, C.2



materiales de crudo de río y Afirmado ; y (vi) que solicitaba *“autorizar material de la fuente de materiales Cunira en la cantidad de 2308 m3 [...] con el reconocimiento del sobre acarreo en m3-km del análisis de precio unitario adicional presentado a su consideración; esto permitiría laboral (sic) mientras pase el periodo de lluvias y la expedición de la licencias ambientales pendiente (sic)”*.

6.4.21 Se demostró que el 2 de febrero de 2015 el contratista envió a la interventoría una comunicación en la que reiteró que debido a *“la problemática del diseño del presupuesto en la cual consideró el diseñador una distancia de acarreo que no corresponde a la realidad de las fuentes de materiales existentes en el área de influencia del proyecto”*, el consorcio se ha visto en la necesidad de conseguir otras fuentes de materiales y contemplar distintas alternativas, relacionando al efecto los resultados obtenidos en las muestras de materiales tomadas en diversas fuentes. De lo anterior da cuenta la copia⁸² del oficio correspondiente.

6.4.22 Quedó establecido que el 18 de febrero de 2015 el consorcio presentó a la interventoría la comunicación CSP-V-222-2015 mediante la cual elevó *“solicitud de adición presupuestal en valor y ampliación de plazo”* por valor de \$4.169.009.212,00 y 90 días, según da cuenta la copia⁸³ del referido oficio y sus anexos, en el que afirmó que como consecuencia de diversas falencias de los diseños y tras la revisión que de los mismos efectuó en conjunto con la interventoría, resultaba necesario ejecutar actividades no previstas en el contrato y mayores cantidades de obra adicionales de los ítems contratados.

En cuanto a los ítems de obra no previstos, presentó una relación de actividades dentro de las que incluyó el *“NP1- TRANSPORTE DE MATERIALES”*, respecto de la cual expuso como sustento que el presupuesto oficial contempló que las fuentes de materiales se localizaban a distancias que en la práctica resultaron muy superiores y resaltó que la fuente Triar, única ubicada entro del perímetro previsto que contaba con licencias, no ha podido ser utilizada porque *“la comunidad se opuso a la explotación de materiales sobre el rio Saldaña donde se encuentra localizada esta fuente, no permitiendo su extracción”*, añadiendo que dada *“la*

⁸² Fl. 279 (anverso) y 280, C.1

⁸³ Fl. 309 a 324, C.2



imperante necesidad del inicio de actividades, se requiere traer material de la fuente del río CUCUANA la cual está a un mayor kilometraje del contemplado inicialmente, fuente que no presentaba problemas ambientales ni de licenciamiento”.

Junto con la comunicación mencionada, el consorcio allegó como soportes⁸⁴ el resumen del balance de los costos iniciales vs los costos actualizados, las memorias de cálculo de las cantidades de obra, el cálculo de volúmenes de Afirmado, sub-base y base granular y el cálculo de los costos por transporte de materiales. En cuanto a este último, el contratista detalló las cantidades totales de Afirmado requerido para el proyecto, los volúmenes de materiales a transportar y el valor adicional correspondiente al sobre acarreo de los mismos.

6.4.23 Se demostró que el 11 de marzo de 2015 la interventoría envió al Secretario de Infraestructura y Hábitat y al Supervisor del Contrato el oficio 0296.15GTC, mediante el cual informó que *“conceptúa positivamente y ratifica la solicitud del contratista, en el sentido que para poder llevar a término el objeto del contrato de la referencia, se requiere una adición presupuestal de \$3.961.769.036.00 y un mayor plazo de ejecución de noventa (90) días calendario”.* Al respecto, allegó el *“programa de inversión remitido por el contratista y avalado por la interventoría”* y expuso las justificaciones técnicas de la solicitud. Lo anterior consta en copia⁸⁵ del referido oficio y del documento anexo al mismo, denominado *“RESUMEN BALANCE COSTOS INICIALES VERSUS ACTUALIZADOS CONTRATO 00447-2014 A ENERO DE 2015 VIA SALDAÑA – PURIFICACIÓN”*, en el que se observa incorporado dentro de los ítems no previstos el *“NP5 SOBRE ACARREO MATERIAL GRANULAR”* con valor unitario de \$1.709,00 y valor total de \$1.386.094.704,00.

6.4.24 Se acreditó que en fecha no establecida en el proceso la entidad territorial presentó ante el Órgano Colegiado de Administración y Decisión -OCAD la *“certificación de las razones técnicas, financieras y jurídicas para el mejoramiento y pavimentación de la vía secundaria Saldaña – Purificación en el departamento del Tolima”* de fecha del 27 de abril de 2015, suscrita por el supervisor del contrato

⁸⁴ Fl. 311 (anverso) a 324, C.2

⁸⁵ Fl. 484 a 496, C.2



y el interventor, cuya copia⁸⁶ obra en el proceso. En lo que concierne a la justificación técnica, en la mencionada certificación el departamento indicó como fundamento, por un lado, la disminución de la meta física inicialmente contemplada, pasando de 11,5 a 11,01 km, de conformidad con replanteo realizado por el contratista y, por otro, la existencia de mayores cantidades de obra e ítems no previstos.

En cuanto a las mayores cantidades de obra de ítems inicialmente contemplados en el contrato, la certificación da cuenta, entre otros, del aumento en las cantidades de los ítems “*suministro y colocación de subbase (incluye transporte)*” y “*suministro y colocación de base granular (incluye transporte)*” y en lo que respecta a los ítems no previstos, se relacionaron, entre otros, el “*suministro e instalación de material crudo de río TM2*” y el “*Transporte de Materiales*”.

Además, se anexó un cuadro con la descripción de los “*ajustes que deben ser aprobados por el OCAD*”, en el que se relacionaron las mayores y menores cantidades de ítems previstos, así como los ítems de obra nueva y el valor de cada uno. Como parte de estos últimos, se incluyó el ítem “*sobre acarreo material granular*” por un valor de \$1.386.094.704,00. Esta misma información también se plasmó en el documento denominado “*Guía de Ayuda para la Identificación de Trámites, Sección I: Ajustes que deben ser aprobados por el OCAD*”, cuya copia⁸⁷ reposa igualmente en el plenario.

6.4.25 Se estableció que el 15 de mayo de 2015, la Secretaria de Infraestructura y Hábitat, ordenadora del gasto/ejecutor de la gobernación del Tolima y el supervisor del contrato, elaboraron documento de “*solicitud de prórroga del plazo del contrato*”, por 30 días calendario, exponiendo como fundamento que la misma obedecía al tiempo requerido para el trámite de aprobación por parte del OCAD de la solicitud de adición del valor del contrato por la suma de \$3.961.769.037,81, tal como consta en copia⁸⁸ del documento correspondiente.

⁸⁶ Fl. 498 a 509 C.2

⁸⁷ Fl. 542, C.2 (CD – archivo denominado “0447-20147”, fl. 21 a 23)

⁸⁸ Fl. 292 (anverso) y 293, C.1



6.4.26 Consta en el plenario que el 21 de mayo de 2015 las partes acordaron ampliar el plazo contractual en 30 días calendario adicionales, para un total de 300 días, en cuyo efecto suscribieron el “Acta de Adición No. 001”, que obra en copia al expediente⁸⁹. En el referido acuerdo el departamento y el contratista estipularon, además, que mantenían incólumes las restantes estipulaciones del contrato celebrado y consignaron que la prórroga estipulada respondía a la solicitud presentada por el ordenador del gasto, el supervisor y el contratista, de conformidad con la justificación presentada en tal sentido, la cual formaba parte integral del convenio celebrado.

6.4.27 Demostrado quedó que en reunión del 28 de mayo de 2015, el Órgano Colegiado de Administración y Decisión – OCAD, Regional Centro Sur, adoptó entre otras decisiones, la aprobación del *“ajuste del proyecto de inversión con código [...] MEJORAMIENTO Y REHABILITACIÓN DE LA VÍA SECUNDARIA SALDAÑA – PURIFICACIÓN EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, CENTRO SUR, que había sido aprobado por el OCAD mediante Acuerdo No. 010 de fecha 28 de agosto de 2013”*, según da cuenta la copia del acta⁹⁰ de la mencionada reunión del OCAD.

Al respecto, se observa en el acta referida que el Órgano Colegiado de Administración y Decisión – OCAD aprobó la adición al proyecto por valor de \$3.977.397.720,21, presentando el detalle de las fuentes de financiación del proyecto con el ajuste presentado. El texto del acta consigna lo siguiente en cuanto a la justificación de la decisión adoptada por el OCAD:

“JUSTIFICACIÓN AJUSTE [...]: reducción en las metas de los productos o de los indicadores de los productos registrados y Numeral 4 incremento hasta de un 50% del valor inicial del proyecto de Inversión. La solicitud es presentada por la Gobernación del Tolima, los cuales se sustentan la necesidad y pertinencia del ajuste, como consta en la certificación técnica, jurídica y financiera que se encuentra disponible en el SUIP-SGR. El porcentaje de Adición frente al proyecto inicialmente aprobado es de 22,93%”.

6.4.28 Se probó que el 20 de junio de 2015 las partes suscribieron el “Acta de Adición y Prórroga No. 001”⁹¹, mediante la cual acordaron adicionar el valor del

⁸⁹ Fl. 127 y 294, C.1

⁹⁰ Fl.510 a 522, C.2

⁹¹ Fl. 128, C.1 y 523, C.2



contrato en la suma de \$3.961.769.037,81 y prorrogar el plazo pactado por 60 días adicionales.

6.4.29 Está establecido que el 25 de agosto de 2015 las partes firmaron el “*Acta de adición No. 003*”, cuya copia reposa en el plenario⁹², mediante la cual las partes pactaron ampliar el plazo del contrato en 45 días calendario, para un total de 405 días, de conformidad con la solicitud presentada por el ordenador del gasto, el supervisor y el contratista. En el acuerdo mencionado las partes estipularon que las demás cláusulas contractuales continuarían sin modificación alguna.

6.4.30 Se demostró que mediante “*Acta de adición en plazo No. 004*” firmada el 11 de octubre de 2015, las partes convinieron ampliar el plazo del contrato en 30 días calendario, para un total de 435 días, de conformidad con la solicitud presentada por el ordenador del gasto, el supervisor y el contratista, según da cuenta la copia del mencionado documento⁹³. A su vez, las partes estipularon que las demás cláusulas contractuales continuarían sin modificación alguna.

6.4.31 Acreditado quedó que el 10 de noviembre de 2015 las partes suscribieron el “*Acta de adición en plazo No. 005*”, conviniendo una ampliación del plazo del contrato en 50 días calendario, para un total de 485 días, de conformidad con la solicitud presentada por el ordenador del gasto, el supervisor y el contratista. En este acuerdo modificatorio las partes nuevamente estipularon que las restantes estipulaciones del contrato celebrado se mantenían incólumes. Lo anterior, según consta en copia del acuerdo correspondiente⁹⁴

6.4.32 Consta que el 15 de diciembre de 2015 las partes firmaron el “*Acta de adición en plazo No. 006*”, cuya copia reposa en el expediente⁹⁵, mediante la cual las partes pactaron ampliar el plazo del contrato en 30 días calendario, para un total de 515 días, de conformidad con la solicitud presentada por el ordenador del gasto, el supervisor y el contratista. De igual modo, acordaron que las restantes estipulaciones del contrato celebrado se mantenían incólumes.

⁹² Fl. 136, C.1

⁹³ Fl. 138, C.1

⁹⁴ Fl. 147, C.1

⁹⁵ Fl. 148, C.1



6.4.33 Se estableció que el 29 de enero de 2016 el contratista, el supervisor del contrato y el secretario de infraestructura y hábitat y la interventoría, suscribieron el “Acta de suspensión No. 02”, cuya copia obra en el expediente⁹⁶, en la que se consignó que a la fecha se encontraba ejecutado el 99.4% y que el consorcio había solicitado una adición de \$1.329.947.456 y una ampliación del plazo por 45 días calendario adicionales para la construcción de 13 bahías de seguridad, por lo que se acordaba una suspensión por el término de 15 días calendario, “es decir, hasta el 13 de Febrero de 2016, mientras se legaliza la incorporación de los recursos autorizados por el OCAD al contrato de obra”.

6.4.34 Está probado que la suspensión mencionada fue prorrogada a partir del 13 de febrero de 2016 por un término adicional de 23 días calendario, hasta el 8 de marzo de 2016, según da cuenta la copia del respectivo documento⁹⁷. En el acta de suspensión y en su prórroga se consignó que el contratista podría “disponer libremente de los recursos de personal y equipo asignados al contrato, durante el tiempo que dure esta suspensión”.

6.4.35 Acreditado quedó que el 9 de marzo de 2016 las partes suscribieron el “Acta de Adición N°002 y Prórroga N° 007”, mediante la cual acordaron adicionar el valor del contrato en la suma de \$1.329.947.462,45, quedando como valor total del mismo \$21.166.909.936,26. Además, las partes prorrogaron el plazo de ejecución por 45 días calendario adicionales, de tal manera que el plazo total del contrato quedó en 560 días calendario contados a partir del acta de inicio. En el acuerdo mencionado se estipuló que formaban parte integral la justificación técnica, financiera y jurídica remitida por el ordenador del gasto, el supervisor y el consorcio, así como el certificado de disponibilidad presupuestal y se dispuso que “Las demás cláusulas del Contrato de Obra No. 0447 de 2014 continúan vigentes, invariables e inmodificables”, según consta en copia⁹⁸ del respectivo documento.

6.4.36 Demostrado quedó que en la misma fecha, 9 de marzo de 2016, se firmó un acta de reinicio, en la que se consignó que la causa que había originado la suspensión “ya fue superada y por tanto, las partes determinaron reanudar la

⁹⁶ Fl.149 a 150, C.1

⁹⁷ Fl.150 (anverso) y 151, C.1

⁹⁸ Fl.525, C.2



ejecución del contrato, debido a la suscripción del Acta de Adición y Prórroga N° 7, mediante la cual de (sic) adiciona presupuestalmente el contrato de obra en la suma de \$1,329,947,462,45 y se prorroga el plazo de ejecución en 45 días calendario”. En el acta las partes indicaron que el plazo contractual se reanudaba a partir del 9 de marzo de 2016, “por tanto, teniendo en cuenta que falta un día de ejecución más los 45 días de la prórroga, la nueva fecha de vencimiento será el 23 de Abril de 2016”; además se consignó: “El contratista manifiesta que la reanudación del contrato no generará sobrecostos para el Departamento del Tolima”. De lo anterior da cuenta la copia del acta referida⁹⁹.

6.4.37 Consta que mediante “Acta de Prórroga No. 008” las partes, en fecha no establecida en el proceso, ampliaron el plazo de ejecución del contrato por 30 días calendario adicionales, “justificado en el periodo invernal del mes de abril de 2016 y en la restricción de transporte de materiales durante los días festivos de Semana Santa”, con lo cual el plazo total del contrato quedó fijado en “590 días calendario y fecha de terminación el veinticuatro (24) de mayo de 2016”. Lo anterior se encuentra demostrado con la copia de la solicitud de prórroga del 18 de abril de 2016 suscrita por el interventor¹⁰⁰, así como lo consignado por las partes en el acta de liquidación del contrato suscrita el 30 de octubre de 2016, cuya copia reposa en el plenario¹⁰¹.

6.4.38 Quedó establecido que el plazo de ejecución del contrato finalizó el 24 de mayo de 2016, fecha en la que finalizó la ejecución de las actividades objeto del contrato, según se consigna en el acta de liquidación del contrato¹⁰² suscrita por las partes el 30 de octubre de 2016, la cual da cuenta, además, que las obras fueron recibidas a satisfacción por parte de la interventoría y la Secretaría de infraestructura y Hábitat del departamento.

6.4.39 Está acreditado que el 11 de agosto de 2016 el consorcio, mediante comunicación CSP-V-576-2016 radicada en la gobernación del Tolima, solicitó al departamento el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato n° 0447

⁹⁹ Fl.152, C.1

¹⁰⁰ Fl. 103 B, C.1 (CD)

¹⁰¹ Fl.160 a 165, C.1 y 473 a 478, C.2

¹⁰² Fl.160 a 165, C.1 y 473 a 478, C.2



como consecuencia diversos hechos y circunstancias que, según adujo, hicieron más onerosa la ejecución contractual. En la mencionada comunicación, que obra en copia al expediente¹⁰³, el contratista expuso los distintos conceptos que sustentaron su reclamo, manifestando en síntesis lo siguiente:

- Respecto al sobrecosto por acarreo de materiales, tras citar los pliegos de condiciones, puntualmente los numerales 1.3 “*presupuesto oficial y disponibilidad presupuesta*” y 6.8 “*riesgos*”, afirmó que el contratista “*revisó el presupuesto oficial ofrecido por la GOBERNACION DEL TOLIMA para el proyecto y aceptó los valores unitarios contemplados en dicha oferta*”, pues era “*entendido*” que el ente territorial había verificado las distancias de las fuentes de materiales, lo que en la práctica no sucedió en su totalidad, ocasionando mayores costos para el contratista en la ejecución de los ítems 2.2.2, 2.2.3 y 2.2.4, suministro y colocación de Afirmado, sub-base y base granular, los cuales deben ser asumidos por la entidad toda vez que se originan en deficiencias de los diseños. En efecto, en la mencionada comunicación se lee:

“1. SOBRECOSTO POR ACARREO DE MATERIALES.

En la elaboración de la propuesta SOCAR INGENIERIA LTDA revisó el presupuesto oficial ofrecido por la GOBERNACION DEL TOLIMA para el proyecto y aceptó los valores unitarios contemplados en dicha oferta. Dentro de los APU parte integral de nuestra propuesta y parte integral del presupuesto de la gobernación era claro que los materiales como Afirmado se encontraban en fuentes a 5 KM del centro de gravedad de la obra y la Base y Sub Base a 14 KM del centro de gravedad del proyecto.

[...]

En virtud de la condición tácita sobre el límite del valor de la propuesta en la cual se debe ajustar el presupuesto oficial como máximo valor es entendido que el DEPARTAMENTO en su estudio técnico y económico en el cálculo del presupuesto realizó las investigaciones sobre las distancias de las fuentes de materiales con respecto al centro de gravedad del proyecto; situación que en la realidad del proyecto no se presentó en su totalidad debido a que la fuente de materiales para el suministro de afirmado a la distancia de Cinco (5) Kilómetros considerados en el ítem 2.2.2. SUMINISTRO Y COLOCACION DE AFIRMADO PARA NIVELACION Y CONFORMACION DE LA VIA (INCLUYE TRANSPORTE), (14) Catorce para el 2.2.3 SUMINISTRO Y COLOCACIÓN DE SUB-BASE GRANULAR >+30% CBR (INCLUYE TRANSPORTE), 2.2.4 SUMINISTRO Y COLOCACIÓN DE BASE GRANULAR (INCLUYE TRANSPORTE)

¹⁰³ FI. 55 A, C.1 (CD)



No pudo ser utilizada durante la totalidad del proyecto por los distintos eventos que se presentaron y que no pueden ser atribuidos al contratista como son los paros por parte de la comunidad, la imposibilidad de extracción de material por los altos niveles del caudal en los sitios de explotación y la falta de licencias de explotación entre otros. Hechos estos que no pueden ser atribuidos al contratista y más aún cuando la matriz de riesgos del proceso de licitación indica que esta responsabilidad recae al 100% sobre la Gobernación.

[...]

La matriz de riesgos en su descripción ESTUDIOS Y DISEÑOS los efectos económicos derivados de diseño deficiente e incompleto es asumida en el 100% por el DEPARTAMENTO.)

Bajo esos parámetros que se consideraron en los pliegos de condiciones en lo referente a que la propuesta será rechazada si excede el presupuesto oficial, se da por entendido que el departamento realizó el estudio de fuentes de materiales con las distancias de acarreo consideradas en los análisis de precios unitarios para los ítems de Crudo de río, Afirmado, Sub-base Granular y Base Granular y además que estas fuentes de materiales cumplieran las especificaciones técnicas de las normas INVIAS por lo que los proponentes en su propuesta se ajustaron al presupuesto oficial

[...]

EL CONSORCIO SALDAÑA PURIFICACION POR TODO LO ANTERIOR SOLICITA SE RECONOZCA UN VALOR DE \$2.907.653.382 (DOS MIL NOVECIENTOS SIETE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS M/CTE. POR CONCEPTO DE SOBRECARRERO DE TRANSPORTE DE MATERIAL BASE Y SUB BASE, CRUDO DE RIO PARA LA FABRICACIÓN DE AFIRMADO.” (negrilla fuera del texto)

- En cuanto a los sobrecostos reclamados por inactividad de la maquinaria y equipo, manifestó que la maquinaria destinada a la explotación, cargue y transporte de material de río, sub-base y base granular estuvo inactiva durante distintos periodos ante la falta de material de Afirmado y crudo de río para la sub-base y base granular debido a los problemas de orden social que se presentaron en el área del río Saldaña y a la demora de la interventoría en la autorización de fuentes alternas de materiales. Sobre el particular, en efecto, expuso:

“5. COSTOS POR STAND BY DE MAQUINARIA Y EQUIPO: EL CONSORCIO incurrió en costos por stand by de maquinaria y equipo presentado por problemas de orden social con las comunidades del área de influencia de la fuente de materiales del río Saldaña considerada en el presupuesto del proyecto que no permitieron la explotación de material de río para el procesamiento de material de sub – base granular y base granular y por inactividad en los frentes de trabajo por falta de material de afirmado y crudo de río a la espera de autorización por parte de la Interventoría como se evidencia en la solicitud presentada por el CONSORCIO mediante los oficios [...]



En la siguiente relación se indican los días que estuvieron paralizadas las siguientes maquinarias como son la retroexcavadora para la explotación y cargue de material de río, las volquetas para el transporte de material a la planta de procesamiento de sub-base y base granular y la cama baja para el transporte de maquinaria.

En la planta del CONOSORCIO (sic) ubicada en la vereda el chorro del municipio del Guamo los siguientes equipos quedaron en Stand By: Trituradora primaria y secundaria; Motoniveladora, vibro compactador, Retroexcavadora tipo 200, Retro cargador y volquetas. [...]

EL CONSORCIO SALDAÑA PURIFICACION POR TODO LO ANTERIOR SOLICITA SE RECONOZCA UN VALOR DE (CUTROCIENTOS (sic) CUARENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS M/CTE) \$445.440.000, POR CONCEPTO DE DISPONIBILIDAD DE EQUIPOS Y MAQUINARIAS” (negrilla fuera del texto)

- Finalmente, respecto a los costos de personal técnico, operativo y administrativo, afirmó que como consecuencia de la inactividad de la maquinaria también se generaron mayores costos por el personal que permaneció inactivo. Al respecto, en efecto, manifestó:

“6. COSTOS DE PERSONAL TECNICO – OPERATIVO – ADMINISTRATIVO: Como consecuencia de la no operatividad de la maquinaria y equipo por la problemática social de no permitir la explotación de material de río, también el personal como son los operadores de maquinaria, conductores de volqueta, controladores viales, despachador de volqueta y recibidor de volqueta en la planta también se generó el costo de nómina, pago de seguridad social y prestaciones social (sic), como se comunicó de manera permanente y oportuna por EL CONSORCIO mediante oficio CSP-V-021-2014 fechado el 8 de octubre de 2014 dirigió (sic) al señor alcalde del municipio de Saldaña solicitando la intervención ante los hechos de bloqueos por la comunidad en la fuente de materiales de la mina TRIAR, CSP-V-108-2014 de fecha 20 de noviembre de 2014; con base a lo anterior se presenta el cuadro de cálculo de costos que incurrió el CONSORCIO por el stand by de personal: ver relación anexa y soporte de personal.

EL CONSORCIO SALDAÑA PURIFICACION POR TODO LO ANTERIOR SOLICITA SE RECONOZCA UN VALOR DE \$132.000.751,00 (CIENTO TREINTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE). POR CONCEPTO DE DISPONIBILIDAD DE PERSONAL.” (negrilla fuera del texto)

6.4.40 Quedó demostrado que las partes liquidaron de mutuo acuerdo el contrato, mediante acta firmada el 30 de octubre de 2016, cuya copia reposa en el plenario¹⁰⁴, en la que se consignó la información general del contrato y sus prórrogas, suspensiones y adiciones, así como los pagos efectuados, la amortización del anticipo y el saldo final a pagar al contratista. Además, se dejó

¹⁰⁴ Fl.160 a 165, C.1 y 473 a 478, C.2



constancia de que el contratista presentó todos los documentos de soporte requeridos para la liquidación del contrato y que las obras fueron ejecutadas dentro del plazo pactado en la última de las prórrogas convenidas y fueron recibidas a satisfacción por un valor final de \$21.151'811.982,85, IVA excluido, de conformidad con las cantidades de obra, valores unitarios y totales relacionadas en el mencionado documento.

De igual modo, en el texto del acta de liquidación bilateral el contratista manifestó reservarse el derecho a reclamar por el desequilibrio económico del contrato originado en *“los siguientes enunciados: A) Por concepto de sobre acareo de materiales de obra, B) sobre acarreo de material de base, sub-base, y afirmado, C) por concepto de obre (sic) acarreo de material de río, D) Costos por stand by de maquinaria y equipos, E) Por concepto de disponibilidad de personal.”*

6.5 Pruebas adicionales

Además de los documentos que dan cuenta de los hechos probados que han quedado expuestos, obran en el proceso las siguientes pruebas relevantes:

6.5.1. Oficio al Consejo Profesional Nacional de Ingeniería

En su demanda la actora solicitó como prueba oficiar al Consejo Profesional Nacional de Ingeniería - COPINA, con el fin de remitir copia del proceso disciplinario adelantado contra el diseñador del proyecto, ingeniero Oscar Andrés Oviedo Vera.

La prueba fue decretada en el curso de la audiencia inicial llevada a cabo el 4 de julio de 2018, como resultado de lo cual, mediante comunicación del 23 de julio de 2018¹⁰⁵, COPINA allegó en medio magnético¹⁰⁶ las actuaciones adelantadas en el expediente TLM-PD-2016-00001-EXP2016/028954. En la audiencia de pruebas, surtida el 26 de septiembre de 2018, el Tribunal corrió traslado a las partes de la documentación allegada y la declaró incorporada al proceso.

¹⁰⁵ Fl.1, C. 3

¹⁰⁶ Fl.2, C. 3 (CD)



Al respecto, se tiene que, mediante oficio¹⁰⁷ del 7 de diciembre de 2015 suscrito por un ingeniero supervisor de la gobernación del Tolima, fueron remitidos a COPINA (seccional Tolima) diversos informes de interventoría relacionados con el contrato N° 0447 de 2014 *“para lo que estime proveer”*, indicándose que de los mismos *“se concluye que se han presentado graves y gravísimas faltas disciplinarias tipificadas en los artículos [...] de la Ley 842 de 2003, que afectan gravemente los intereses económicos de la nación, del departamento y los municipios de Saldaña y Purificación”*.

El 18 de febrero de 2016 COPINA profirió auto de apertura de investigación preliminar¹⁰⁸, a efectos de verificar la posible existencia de una falta disciplinaria por parte del ingeniero Oscar Andrés Oviedo Vera con ocasión de la elaboración de estudios y diseños para el mejoramiento y pavimentación de la vía secundaria Saldaña – Purificación. En la providencia mencionada se dispuso notificar al investigado y citarlo a diligencia de versión libre y espontánea.

Tras la notificación personal del auto mencionado, la diligencia de versión libre y la práctica de pruebas testimoniales, entre otras actuaciones, el 30 de noviembre de 2016 COPINA profirió auto¹⁰⁹ de apertura de investigación formal y formulación de pliego de cargos. Rendidos los descargos¹¹⁰ y practicadas las pruebas, finaliza la documentación allegada por COPINA con la presentación de alegatos de conclusión¹¹¹ por parte del ingeniero Oscar Andrés Oviedo Vera.

6.5.2 Documentos adicionales

Además de las actas parciales de obra, junto con sus respectivos soportes y las correspondientes facturas presentadas por el contratista¹¹², cabe destacar los siguientes documentos allegados por las partes en las oportunidades procesales pertinentes:

¹⁰⁷ FI.2, C. 3 (CD: Carpeta 1 - Archivo pdf carpeta 1, pág. 2)

¹⁰⁸ FI.2, C. 3 (CD: Carpeta 1 - Archivo pdf carpeta 1, págs. 66 a 77)

¹⁰⁹ FI.2, C. 3 (CD: Carpeta 4 - Archivo pdf carpeta 4, págs. 273 a 296 y Carpeta 5 – Archivo pdf carpeta 5, págs. 1 a 37)

¹¹⁰ FI.2, C. 3 (CD: Carpeta 5 – Archivo pdf carpeta 5, págs. 43 a 72)

¹¹¹ FI.2, C. 3 (CD: Carpeta 5 – Archivo pdf carpeta 5, págs. 225 a 239 y Carpeta 6 – Archivo pdf carpeta 6, págs. 1 a 6)

¹¹² FI. 542, C.2 - CD – archivo “0447-2014”



6.5.2.1 Actas de comité de obra

La actora presentó con su demanda copia de actas de comité de obra correspondientes a diversas reuniones llevadas a cabo por parte de la interventoría, el supervisor del contrato y el contratista entre septiembre de 2014 y febrero de 2015. Del contenido de los documentos referidos, se destaca lo siguiente con relación a los asuntos materia de la controversia:

| Acta No. | Fecha | Puntos relevantes |
|------------------|------------|--|
| 1 ¹¹³ | 02/09/2014 | El contratista presenta observaciones a los diseños en cuanto a las capas de granulares y espesores de carpeta, obras de drenaje y cunetas. Se indica que <i>"El ingeniero diseñador (quien en esta oportunidad asistió al comité) da claridad a las dudas y observaciones presentadas por la firma contratista, quedando satisfecho con las respuestas dadas por el diseñador. Sin embargo, cualquier duda que se presente será resuelta con prontitud"</i> . |
| 3 ¹¹⁴ | 20/09/2014 | El consorcio <i>"informa que aún no se dispone de una fuente de materiales completamente definida pero que se cuenta con varias alternativas que se están analizando y que espera se concluyan durante la próxima semana"</i> . Al respecto, [I]a interventoría indica que <i>la no disponibilidad de una fuente aprobada de materiales, constituye una falta de responsabilidad del contratista, toda vez que ésta debió ser definida desde el proceso licitatorio y quedar plenamente confirmada a la adjudicación del contrato. Hoy transcurridos 5 meses desde la firma del contrato (31 de marzo/14) aún no se dispone de la fuente de materiales, situación que ha generado incumplimiento en el inicio de las obras, las cuales presentan un atraso de 20 días"</i> |
| 4 ¹¹⁵ | 22/09/2014 | El acta incluye, entre otros, los siguientes puntos relacionados con los diseños y las fuentes de materiales: <i>"[...] 6) se aclara que se habían solicitado 3 reuniones previas al 10 de septiembre con los especialistas para aclarar dudas con el diseño. 7) Fuentes de Materiales: El contratista manifiesta que las empresas aledañas tienen comprometido el material, por lo que no se cuenta aún con materiales de la estructura del pavimento. 8) Se le aclara a la interventoría y contratista que deben investigar sobre las fuentes del material, teniendo conocimiento previo de las fuentes antes de presentar los pliegos (esto por parte del contratista). 9) Se solicita por parte de la interventoría a los contratistas los debidos soportes de la falta de fuentes de material, y manifestar los inconvenientes respecto al tema. 10) El contratista manifiesta</i> |

¹¹³ Fl. 172 (anverso) a 174, C.1

¹¹⁴ Fl.174 (anverso) y 175, C.1

¹¹⁵ Fl. 181 (anverso) a 183, C.1



| | | |
|------------------|------------|---|
| | | <i>tener problemas con la fuente del material y que la que puede suministrarle dicho material está muy retirada, lo que le eleva los costos en transporte [...]</i> |
| 5 ¹¹⁶ | 29/09/2014 | El consorcio informa las diligencias realizadas para iniciar la explotación de materiales en la planta Triar e indica que allegará la licencia y la negociación que realizará con esta última. |
| 6 ¹¹⁷ | 06/10/2014 | El contratista hace entrega de los documentos requeridos para la explotación de materiales en la fuente Triar. Además, el acta da cuenta de que “[e]n recorrido efectuado el día de hoy se evidenció que la Comunidad se opone a la Explotación de esta Fuente y que paralizó las actividades que se venían realizando por parte del Contratista: Explotación de materiales del Río y cargue de volquetas. [...] El contratista informa que no dispone de fuentes alternas para la explotación del material requerido y que si esta situación no se soluciona rápidamente, afectará los trabajos que tiene programados realizar. [...] Igualmente indica que quedarían suspendidos los trabajos de excavación ante la falta de materiales para realizar los rellenos”. |
| 8 ¹¹⁸ | 20/10/2014 | <p>La interventoría le reitera al consorcio la urgente necesidad de dar inicio a la explotación de las fuentes Triar y Cucuana, “situación que viene siendo dilatada por el contratista” y señala que debe dar cumplimiento inmediato a las obligaciones contractuales, pues de lo contrario solicitará a la entidad la aplicación de sanciones.</p> <p>El consorcio informa que el 16 de octubre de 2014 “se logró solucionar los problemas sociales que se habían generado” para la explotación de la cantera Triar, a pesar de lo cual “la explotación no ha podido reiniciarse debido al aumento del nivel del cauce del río Saldaña, generado por las condiciones invernales que impiden el ingreso de equipos para la explotación”.</p> <p>El consorcio manifiesta que la fuente de materiales Cucuana “le resulta inviable económicamente”, por cuanto “los propietarios le han variado las condiciones iniciales de negociación que superan sus valores estimados”.</p> <p>La interventoría reitera la obligación de conformar los frentes de trabajo dispuestos en el contrato y allegar la documentación completa del personal.</p> |
| 9 ¹¹⁹ | 27/10/2014 | <p>La interventoría nuevamente solicita al consorcio presentar la información atinente al personal de los frentes de trabajo, indicando que ello constituye incumplimiento contractual.</p> <p>El contratista manifiesta que una vez verificadas las fuentes de materiales cercanas a la vía, la única que posee las licencias necesarias para explotación de material de peña es Cunira, que se encuentra a 57.8 Kms, y solicita aprobación para dar inicio al</p> |

¹¹⁶ Fl. 183 (anverso) a 185, C.1¹¹⁷ Fl. 186 a 189, C.1¹¹⁸ Fl. 202 (anverso) a 207, C.1¹¹⁹ Fl. 207 (anverso) a 216, C.1



| | | |
|-------------------|------------|---|
| | | transporte del material desde dicha cantera. La interventoría manifiesta al respecto que se procederá a estudiar la solicitud. |
| 12 ¹²⁰ | 13/11/2014 | Se indica que los materiales de río <i>“que se consiguen en cercanías al proyecto”</i> deben ser adicionados con material de <i>“peña”</i> o <i>“mina”</i> para obtener el Afirmado que reúna las especificaciones técnicas del proyecto. Al respecto, se precisa que se ha establecido que la fuente más cercana para obtener estos materiales se localiza a 57 km, en el municipio de Chicoral, lo que ocasiona <i>“un evidente sobre costo por el transporte requerido”</i> , añadiéndose que <i>“[...] en los análisis de Precios unitarios presentados por el diseñador para el Material de Afirmado se tuvo en cuenta una distancia de 5 Kms debido a que el diseñador estimó que el material crudo de río cumpliría como afirmado, sin embargo, como se dijo anteriormente al cotejarlo con la especificación INVIAS, por sí solo: no cumple”</i> . |
| 14 ¹²¹ | 25/11/2014 | <p>La interventoría informa (i) que ha realizado ensayos de laboratorio sobre materiales de diversas canteras, con el fin de identificar si reúnen las condiciones necesarias para obtener el Afirmado que cumpla con las especificaciones técnicas del proyecto; (ii) que la cantera Cunira es la única fuente que cuenta con permisos y que posee el material para ser mezclado con 5.000 m³ de crudo de río que el contratista tiene en <i>“stock”</i>; (iii) que la utilización de dicha cantera ocasiona sobre costos por acarreo; y (iv) que <i>“para viabilizar temporalmente la producción de Afirmado (solicita) se le autorice al Contratista transportar el material de la fuente CUNIRA para que éste procese 6.000 m³ de material de afirmado, es decir para que transporte: 1.500 m³”</i>.</p> <p>Frente a lo anterior: <i>“Los funcionarios de la Gobernación autorizan al Contratista transportar y utilizar un volumen de 1.500 m³ de material de la cantera CUNIRA, cuyo costo de acarreo es de aproximadamente \$146.000.000 millones de pesos, con lo cual el contratista podrá procesar e instalar 5.000 m³ de Afirmado [...] equivalentes al 21% del material total requerido como Afirmado en las zonas donde la estructura del pavimento corresponde a terraplén. La anterior autorización corresponde únicamente a los 1.500 m³ de material de CUNIRA, solución temporal que permitirá avanzar con los trabajos de Obra mientras se confirman [...] otras posibles fuentes de material más próximas al sitio de las Obras que permitan la reducción de la distancia de acarreo y por lo tanto reducir los sobre costos”</i>.</p> <p>El contratista expone que ha presentado una solicitud de prórroga por un periodo de 90 días, soportada en <i>“los problemas que se le han suscitado con respecto a la consecución de materiales para la explotación Crudo de río y para el procesamiento de Afirmado, Sub-base y Base Granular”</i>.</p> |
| 15 ¹²² | 01/12/2014 | Se anota que: (i) continúan realizándose ensayos de laboratorio a muestras tomadas de distintas canteras; (ii) la fuente Triar ha informado que a la fecha <i>“continúa bloqueada por la</i> |

¹²⁰ FI. 220 y 221, C.1¹²¹ FI. 223 a 226, C.1



| | | |
|---------------------------|------------|--|
| | | <p>comunidad”, pero que espera que a mediados del mes (diciembre) “<i>ya se haya solucionado tanto el problema social como el de los niveles del cauce del río</i>”; y (iii) el contratista está transportando los 1.500 m3 de material proveniente de Cunira que le fue autorizado y estima que la semana siguiente terminará de instalar los 5.000 m3 de material de Afirmado, por lo que informa que “<i>quedaría sin “Stock”, si antes no se definen otras fuentes de material: tanto de río como de peña</i>”.</p> |
| 16 ¹²³ | 15/12/2014 | <p>La interventoría informa a la Gobernación que se ha terminado el material que el contratista tenía acopiado proveniente de las fuentes Triar y Cucuana, por lo que recomienda autorizar al contratista transportar 5.000 m3 de material crudo de río de la fuente Cucuana, cuyo sobrecosto aproximado por mayor transporte es de \$273.440.000, y 1.500 m3 de material de peña de la fuente Cunira, cuyo sobrecosto aproximado por mayor acarreo es de \$135.865.500, mientras descienden los niveles del río Saldaña y se solucionan los problemas sociales de la fuente Triar.</p> <p>Al respecto, “[<i>]a Gobernación indica que revisará la documentación presentada por la Interventoría y que tomará la decisión que considere más apropiada para la Entidad, dentro de los próximos días</i>”.</p> |
| sin número ¹²⁴ | 22/12/2014 | <p>La interventoría expresa que mediante oficio del 15 de diciembre de 2014 avaló los Análisis de Precios Unitarios No Previstos (APUNP) presentados por el contratista, incluido el correspondiente a “Transporte de Materiales”, por lo que le solicita que proceda a elaborar el acta de fijación de precios no previstas, el acta de modificación No. 1 y la reprogramación de la obra, con el fin de remitirlos a la gobernación para su aprobación.</p> <p>La supervisión solicita al consorcio y a la interventoría que para la 1ª semana de enero de 2015 “<i>se tenga un consolidado actualizado del balance general del contrato donde se reflejen las actividades no previstas que se van a aprobar, así como los costos por concepto de mayor acarreo de materiales para producción de afirmado que se han autorizado a la fecha</i>”.</p> |
| 21 ¹²⁵ | 26/01/2015 | <p>El contratista informa que: (i) ha realizado ajustes al acta de fijación de APUNP, al acta de modificación No.1 y a la reprogramación, de conformidad con las observaciones formuladas por la interventoría, esperando radicar esta documentación a más tardar el 29 de enero de 2015; (ii) a la fecha dispone de 5.800 m3 de material crudo de río extraído del río Saldaña entre el 9 y 16 de enero de 2015 y 3.500 m3 de Sub-base ya procesada; y (iii) al día siguiente continuará la extracción del material del río Saldaña.</p> <p>El consorcio afirma que a la fecha ha procesado todo el material transportado de la fuente Cunira, por lo que solicita se le autorice el transporte de material adicional de la cantera</p> |

¹²² Fl. 227 a 231, C.1

¹²³ Fl. 233 (anverso) a 237, C.1

¹²⁴ Fl. 238 a 242, C.1

¹²⁵ Fl. 294 (anverso) a 299, C.1



| | | |
|-------------------------------|------------|---|
| | | <p>Cunira para continuar con el procesamiento de Afirmado, frente a lo cual la interventoría le solicita agilizar el trámite de aprobación del acta de modificación No. 1, pues en la misma <i>"precisamente está contemplado el transporte que solicita se le autorice"</i>.</p> <p>Finalmente, en el acta se consigna lo siguiente en cuanto a la adición en valor y plazo del contrato:</p> <p><i>"5- Adición Presupuestal y Prórroga del contrato de obra: El contratista informa que una vez consolidado el balance general de la obra, en el cual se tuvieron en cuenta las actividades no previstas y las mayores y menores cantidades de obra reales necesitadas para la ejecución del objeto contractual, así como teniendo en cuenta los inconvenientes que se han tenido en desarrollo del contrato referentes con la consecución de fuentes de materiales, se genera la necesidad de solicitar a la Entidad contratante tanto recursos como plazo adicionales y por tanto informa que procederá a realizar dicha solicitud de manera formal y soportada, para lo cual, requiere que previamente el día de mañana se realice una reunión extraordinaria con la participación de la Supervisión y la Dirección de los contratos, toda vez que el día de hoy no asistieron al comité el Director de Obra ni el Supervisor. A lo anterior, la Interventoría informa su disponibilidad de asistir a la reunión, e indica que comunicará vía telefónica a la Supervisión del contrato dicha solicitud."</i></p> |
| 23 ¹²⁶ | 09/02/2015 | <p>Se deja constancia de que en la fecha de la reunión el contratista ha legalizado la solicitud de aprobación de APUNP con sus soportes y que el 5 de febrero de 2015 el contratista presentó ante la Gobernación del Tolima la solicitud de adición y prórroga del contrato.</p> <p>El contratista informa que el nivel del cauce del río Saldaña continúa elevado desde el pasado 17 de enero y que se han presentado algunas dificultades con la fuente del señor Alexander Márquez. La interventoría manifiesta <i>"que no comparte las justificaciones que semanalmente el contratista expone respecto a la extracción de material crudo de río tanto de la fuente TRIAL como la del señor MÁRQUEZ y reitera que en todo caso es responsabilidad del contratista la consecución oportuna de fuentes alternas de materiales y del suministro de los mismos para la obra"</i>.</p> <p>El contratista expresa <i>"que a partir del día de mañana martes 10 de Febrero iniciará por su cuenta y sin costo adicional para el contrato por concepto de acarreo, el suministro de 10.000 m3 de material crudo de río de la fuente CUCUANA con el fin de poder ir procesando Subbase Granular mientras superan los inconvenientes con las fuentes TRIAL y/o la del Sr. MÁRQUEZ"</i>.</p> |
| 24 ¹²⁷ (comité) | 12/02/2015 | <p>Tras resumir la situación material de Afirmado y las gestiones realizadas para ubicar fuentes cercanas que provean materiales que al mezclados con el crudo de río produzcan</p> |

¹²⁶ Fl. 299 (anverso) a 303, C.1¹²⁷ Fl. 304 (anverso) a 308, C.2



| | |
|-----------------|---|
| extraordinario) | <p>material de Afirmado que cumpla con las especificaciones técnicas del proyecto, se indica que se estableció inicialmente, a través de los primeros ensayos de laboratorio, que el material proveniente de la fuente Cunira reunía las condiciones requeridas, por lo que se dio inicio al transporte, mezcla y suministro de Afirmado para la vía; sin embargo, en nuevas mezclas tomadas por las partes se advierte que no se cumplen los parámetros de plasticidad requeridos. Frente a lo anterior, la interventoría pone de presente que es obligación del contratista controlar la calidad de los materiales, por lo que no avala la calidad del Afirmado instalado hasta que el mismo cumpla con los parámetros técnicos establecidos en la norma INVIAS. Además, indica que una vez aclarado lo anterior se determinarán las soluciones a implementar “y los mayores costos (si los hay), debidamente soportados y ajustados a los resultados obtenidos en los ensayos de laboratorio realizados de manera conjunta”.</p> <p>En cuanto al material ‘crudo de río’, el contratista manifiesta que el nivel de las aguas del río Saldaña continúa siendo elevado, por lo que continúa sin acceso al material de la fuente Triar e “informa, que debido a los problemas de extracción de material del río Saldaña, ha decidido comprar, por su cuenta y riesgo, 30.000 m3 de material crudo de río de la fuente CUCUANA con el cual iniciará la producción de: Sub base y Base Granular y que el transporte de este material “crudo de río” se iniciará el día de mañana. Al respecto, a (sic) Interventoría le recomienda al Contratista que de ese material que transportará de CUCUANA ‘tome prestado’ unos 5.000 m3 que le permitirán dar continuidad a los trabajos en la vía, construyendo la estructura de pavimento en aquellas zonas ‘en corte’, toda vez que por la condición de confinamiento de las capas de la estructura nueva, en esas zonas el Afirmado puede reemplazarse por material ‘crudo de río’, evento que le permitiría acometer la construcción de toda la estructura en al menos dos (2) kilómetros y de esta manera incrementar ostensiblemente la facturación durante el presente y el próximo mes, mientras se aclara y soluciona el tema del Afirmado.”</p> <p>Respecto al material ‘de peña’, el consorcio informa que “para el procesamiento de Afirmado se encuentra transportando, por su cuenta y riesgo, material de peña de la fuente CUNIRA localizada en el Municipio de Chicoral y que a la fecha tiene en stock unos 1.500 m3 en su patio de procesamiento.</p> <p>Finalmente en el acta se consigna que “[e]xiste una solicitud de Adición y Prórroga en curso, la cual fue radicada por el Contratista a la Gobernación del Tolima mediante oficio CSP-V-194-2015 de fecha 04 de Febrero de 2015, a su vez fue trasladada por la Gobernación del Tolima a la Interventoría mediante oficio de fecha 06 de Febrero y recibido por esta el 9 de Febrero de 2015. Esta solicitud ya fue evaluada y conceptuada por la Interventoría, no obstante, por las consideraciones del comité extraordinario del día de hoy, se abstiene de remitir el concepto a la Gobernación del Tolima, toda vez que considera prudente esperar los resultados del análisis técnico-económico, el cual podría generar nuevos costos no contemplados”.</p> |
|-----------------|---|



6.5.2.2 Informes semanales presentados por el consorcio

Reposa en el expediente copia de los informes semanales presentados por el consorcio al supervisor del contrato durante las primeras 27 semanas de ejecución de las obras, esto es, desde el 3 de septiembre de 2014 y hasta el 8 de marzo de 2015¹²⁸, en los que relacionó las actividades realizadas en la respectiva semana y las que serían ejecutadas en los días siguientes, así como el resumen del estado del contrato con indicación de algunas observaciones.

A partir del contenido de los documentos referidos, se extraen los siguientes puntos relacionados con los asuntos objeto de la litis:

- Durante las primeras 4 semanas de ejecución de las obras, entre el 3 y el 28 de septiembre de 2014, el contratista reportó en sus informes semanales, entre otras actividades realizadas, la *“revisión de diseños de estructura de la vía, diseños hidráulicos y topografía”* y *“gestión de fuentes de materiales”*.
- A partir del informe correspondiente a la semana 5ª y a lo largo siguientes informes que reposan en el expediente y que finalizan con el informe No. 27 (8 de marzo de 2015), el consorcio consignó como observación que la programación de la obra se veía afectada *“en razón a que no existe material de afirmado dentro de la distancia de acarreo considerado (sic) en el presupuesto oficial”*.
- En los informes correspondientes a las semanas 7ª a 14ª, el contratista se refirió a la creciente del río Saldaña debido a *“las fuertes lluvias”*, añadiendo que dicha circunstancia *“no ha permitido el ingreso de la maquinaria al Río, atrasando la excavación de materiales”*.
- En los informes que presentó para las semanas 9ª (del 27 de octubre al 2 de noviembre de 2014) a 14ª (del 1º al 7 de diciembre de 2014), además de

¹²⁸ Fl. 542, C.2 (CD – archivo denominado “0447-20143”, fl.9 a 62)



reiterar la creciente del río Saldaña y su constancia sobre la falta de material de Afirmado *“en el área de influencia del proyecto en la distancia de acarreo consideradas (sic) en el presupuesto por parte del diseñador”*, el consorcio reportó la presencia de *“problemas de orden social”* en la explotación de materiales en la fuente Triar.

- Finalmente, desde el informe correspondiente a la semana No. 15, comprendida entre el 8 y el 14 de diciembre de 2014, y hasta la semana No. 27, comprendida entre el 2 y el 8 de marzo de 2015, el consorcio señaló que era necesario reprogramar las obras. Al respecto, expuso:

“El Contrato evidencia un importante atraso, debido a que no se había definido el uso de material de la Cantera de Cunira mezclada con material de crudo de río en una proporción de 30% y 70% respectivamente. Por lo tanto se debe generar una reprogramación ajustada a la realidad temporal (sic) de la ejecución del proyecto.”

6.5.2.3 Bitácora de obra

La parte actora aportó con su demanda copia de algunos folios de la bitácora de la obra¹²⁹, documento en el que, según lo pactado en el contrato, las partes convinieron recoger una memoria diaria *“de todos los acontecimientos, sucesos y decisiones tomadas en la ejecución de los trabajos, registrarse la visita de funcionarios que tengan que ver con el proyecto, y demás acontecimientos, debe permitir la comprensión general de la obra y desarrollo de las actividades de acuerdo con el cronograma de ejecución e inversión aprobado. Debe firmarse por el director de obra, interventor y Supervisor y adicionalmente debe estar foliada”* (hecho probado 6.4.4).

Al respecto, una vez examinadas las páginas de la bitácora que obran al expediente, la Sala advierte que no fue allegado en forma completa el libro o cuaderno de bitácora, sino tan solo algunos folios no consecutivos en los que se aprecian ciertos apartes aislados en los que se observan fragmentos de constancias y anotaciones plasmadas por el contratista y la interventoría, sin que a partir de los escasos folios allegados resulte posible establecer de manera clara y

¹²⁹ FI. 202, 216 (anverso), 217 a 219, 222, 232, 233, 263 (anverso) a 265, 290 (anverso) a 292, C.1, 342 a 350 y 371 a 373, C.2, entre otros.



completa lo que fue consignado en la memoria diaria o bitácora de obra en cuanto a los acontecimientos que tuvieron lugar durante la ejecución del contrato en punto a los asuntos objeto de decisión en esta instancia judicial.

Así las cosas, en lo que respecta a la valoración de estos documentos, tras advertir que no se allegó copia completa del libro de bitácora y una vez apreciadas en su conjunto las copias de las páginas presentadas por la actora, en las que se reflejan fragmentos o apartes recortados y no consecutivos de algunos acontecimientos, la Sala concluye que no resulta posible establecer, con adecuado y completo contexto, lo que allí se consignó.

6.5.2.4 Certificación de costos personal, soportes de pagos de nómina y equipos

La actora allegó con la demanda copia de una certificación fechada el 12 de noviembre de 2014 y suscrita por la contadora y el representante legal del consorcio¹³⁰, en la que se certifica que *“la compañía ha realizado los pagos correspondientes a la nómina de los últimos 6 meses calendario legalmente exigibles por los conceptos de salud, pensiones, riesgos profesionales, cajas de compensación, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje. Estos pagos, corresponden a los montos contabilizados y pagados por la compañía durante dichos 6 meses”*.

De igual modo, aportó la demandante copia de unas planillas de nómina correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2014, así como reportes de pago de aportes parafiscales y copia de diversas facturas por transportes y *“viajes de material”*¹³¹.

6.6 Solución al caso concreto

Procede la Sala a resolver la materia de debate y que, de acuerdo con las precisiones realizadas precedentemente, puede concretarse en la revisión en sede judicial de los siguientes puntos, que corresponden a salvedades expresamente consignadas por el contratista en el acta de liquidación bilateral: el reconocimiento

¹³⁰ Fl. 422, C.2

¹³¹ Fl. 421 a 438 y 330 a 337, C.2, entre otros.



y pago de los mayores costos ocasionados por el sobre acarreo de materiales y la el sobre costo por improductividad o *stand by* de maquinaria y equipos y personal técnico, operativo y administrativo.

6.6.1 Sobrecostos por transporte de materiales en distancias superiores a las contempladas

Al respecto, la parte actora sostuvo que en los análisis de precios unitarios que fundamentaron el presupuesto oficial del contrato se estimaron distancias de 5 y 14 kilómetros para el transporte de los materiales de Afirmado y base y sub-base granular, lo que en la práctica no se presentó y le ocasionó mayores costos por sobre acarreo de materiales, los cuales, a su juicio, deben serle reconocidos porque son el resultado de falencias e inexactitudes en los diseños y estudios del proyecto.

Por su parte el departamento sostuvo que durante el proceso licitatorio los estudios y diseños, así como el presupuesto oficial anunciado por la entidad y los precios unitarios utilizados para determinarlo estuvieron a disposición de los posibles oferentes, sin que el consorcio hubiera formulado observación alguna respecto de las fuentes de extracción de materiales y distancias de acarreo. Además, indicó que el contratista se obligó a suministrar por su cuenta y riesgo todos los materiales necesarios para la ejecución de las obras y que los sobrecostos por transporte reclamados por el consorcio fueron reconocidos en el contrato adicional que las partes suscribieron el 20 de junio de 2015.

6.6.1.1. Sobre el particular, de conformidad con los hechos probados en el proceso la Sala encuentra demostrado que en los pliegos de condiciones se estableció que el presupuesto oficial ascendió a la suma de \$16.199.202.020, consignándose expresamente que el efecto económico derivado de diseños deficientes e incompletos sería asumido por el departamento, a cuyo cargo se encontraba el deber de proporcionar estudios y diseños adecuados (hecho probado 6.4.1).

A su turno, en cuanto a la oferta económica, en los pliegos de condiciones se dispuso que el proponente debía presentar su propuesta para todos y cada uno de los ítems relacionados en el Anexo 6, indicándose el deber de los proponentes de examinar "*cuidadosamente el pliego de condiciones, sus adendas y documentos*



aclaratorios” e informarse “de todas las exigencias, circunstancias y costos que de cualquier manera incidan en la oferta y en el contrato”, a propósito de lo cual se estableció que el efecto económico adverso ocasionado por la selección, explotación y manejo de los insumos provenientes de las fuentes de materiales sería asumido por el contratista, disponiéndose, además, que “el proponente que resulte adjudicatario del contrato, tendrá la absoluta responsabilidad en la ejecución de todas las actividades necesarias para la total y cabal ejecución del objeto contractual. Por lo tanto, el proponente debe considerar todos los aspectos técnicos, económicos y financieros, y del mercado para evitar la ocurrencia de situaciones y materialización de riesgos que afecten la cabal ejecución del contrato y la permanencia de la ecuación contractual durante toda la vigencia del contrato, y en tal evento, serán de su cargo y responsabilidad los gastos que ello conlleve” (hecho probado 6.4.1).

Asimismo, quedó establecido que, de conformidad con lo pactado en la cláusula segunda del contrato celebrado entre las partes, se encontraba a cargo del contratista ejecutar las obras de conformidad con las especificaciones técnicas y *[s]uministrar por su cuenta y riesgo, todos los materiales, equipos y herramientas que sean necesarios para el cabal desarrollo del objeto del contrato” (hecho probado 6.4.4).*

De igual modo, se probó en el proceso que para la elaboración del material de Afirmado y de sub-base y base granular el contratista recurrió en importante medida a materiales extraídos de las canteras Cunira y Cucuana (hechos probados 6.4.13, 6.4.18, 6.4.20 y 6.4.21 y pruebas adicionales 6.5.2.1y 6.5.2.2), porque la obtención de materiales provenientes de fuentes localizadas a menores distancias de la obra, concretamente la cantera Triar y el río Saldaña, presentaron de manera intermitente circunstancias que dificultaron su utilización. En este sentido, puntualmente se probó que tuvieron lugar protestas por parte de la comunidad ubicada en el área de influencia del río Saldaña y, a su vez, que durante los meses de octubre de 2014 a enero de 2015 este último presentó en varios momentos altos niveles en su cauce, originados en fuertes lluvias (hechos probados 6.4.9, 6.4.10, 6.4.11, 6.4.12, 6.4.17, 6.4.18 y 6.4.20 y pruebas adicionales 6.5.2.1 y 6.5.2.2).



También quedó acreditado que a partir del mes de octubre de 2014, en diversas reuniones del comité de obra (prueba adicional 6.5.2.1), además de informes (prueba adicional 6.5.2.2) y comunicaciones (hechos probados 6.4.13, 6.4.14, 6.4.15, 6.4.18, 6.4.20 y 6.4.21), el consorcio manifestó a la interventoría y al departamento que la utilización de fuentes de materiales ubicadas a una distancia superior a los 5 y 14 km de la obra implicaba mayores costos por sobre acarreo de materiales y sostuvo que estos sobrecostos debían serle reconocidos, toda vez que en el presupuesto oficial anunciado por la entidad y en los precios unitarios a partir de los cuales aquel se elaboró, el diseñador del proyecto consideró que las fuentes de materiales estarían ubicadas en distancias de 5 km para el Afirmado y 14 km para el crudo de río requerido para la sub-base y base granular.

Por su parte, consta en el proceso que frente a lo anterior la interventoría y el supervisor del contrato designado por el departamento, aun cuando en algunas oportunidades manifestaron que la consecución de fuentes de materiales era responsabilidad del contratista, encontraron que, a pesar de que en los estudios y diseños *“no se referenciaron fuentes de materiales para el suministro de Afirmado [...] en el Análisis de Precio Unitario adjunto al presupuesto entregado por el diseñador, se determinó un transporte de 5.0 kms, con lo cual se prestableció una referencia de distancia de consecución y transporte de este material a los proponentes”* y consideraron que *“esta incongruencia entre la norma a cumplir (se refiere a la norma INVIAS) y el material y distancia contemplados por el diseñador para el suministro de Afirmado, ha ocasionado atrasos en la ejecución del proyecto y ocasionará costos adicionales por concepto de transporte a la mayor distancia de 5 kms contemplada en el presupuesto inicial del contrato”* (hechos probados 6.4.23 y 6.4.24 y prueba adicional 6.5.2.1: actas de comité de obra del 20 de octubre, 20 de septiembre, 25 de noviembre, 15 de diciembre y 22 de diciembre de 2014 y 12 de febrero de 2015).

De igual modo, de conformidad con lo probado en el plenario, se tiene que, como resultado de la revisión de los diseños, la interventoría y el consorcio evidenciaron la necesidad de adicionar el valor del contrato y ampliar su plazo de ejecución, toda vez que identificaron ítems de obra no previstos inicialmente que debían acometerse para la cabal ejecución del proyecto, así como mayores cantidades de obra.



En este orden, el 18 de febrero de 2015 el consorcio presentó a la interventoría la comunicación CSP-V-222-2015, mediante la cual elevó “solicitud de adición presupuestal en valor y ampliación de plazo” por valor de \$4.169.009.212,00 (hecho probado 6.4.22), misma que fue avalada por la interventoría el 11 de marzo de 2015, por la suma de \$3.961.769.036.00 (hecho probado 6.4.23).

Al respecto, en la mencionada solicitud del contratista, afirmó:

“Una vez revisados los diseños y durante el desarrollo del contrato en conjunto con el equipo técnico de la interventoría y el consorcio se evidencian que los diseños fueron incompletos, deficientes e insuficientes y como tal requieren actividades no previstas en el contrato y mayores cantidades de obra adicionales a los ítems contratados para garantizar el manejo de aguas lo que (sic) se requieren mayores estructuras hidráulicas y protección al terraplén para evitar la erosión y así garantizar la estabilidad de la obra, calidad y funcionamiento de la vía en condiciones seguras para los usuarios lo que se (sic) requiere señalización como obras de defensa barandas metálicas y bandas de velocidad en zonas pobladas y accesos a centros”.

Además, en cuanto a los ítems de obra no previstos, presentó una relación de actividades, tales como tala de árbol, nivelación y compactación de material crudo de río, demolición de estructuras en concreto, entre otras, dentro de las que, para efectos del asunto que ocupa la atención de la Sala, se destaca la actividad “NP1-TRANSPORTE DE MATERIALES”, respecto de la cual el consorcio señaló:

“NP1- TRANSPORTE DE MATERIALES:

En los Estudios y Diseños se estableció que las normas de construcción que rigen las actividades son las INVIAS – 2007 y no se referenciaron fuentes de materiales para el suministro de Afirmado, no obstante, en el Análisis de Precio Unitario adjunto al presupuesto entregado por el diseñador, se determinó un transporte de 5.0 Kms, con lo cual se preestableció una referencia de distancia de consecución y transporte de este material a los proponentes.

Ya iniciado el contrato y hasta la fecha se ha comprobado mediante ensayos de laboratorio que el material crudo de río por sí solo no cumple el parámetro de índice de plasticidad establecido en la respectiva especificación del INVIAS 2007 para Afirmado, por este motivo, se procedió a realizar una búsqueda por parte del contratista, la Interventoría y la Gobernación de fuentes cercanas al proyecto que pudiesen proveer dicho material (Afirmado) y/o una porción de material que permitiese mezclado con crudo de río para obtener el Afirmado de acuerdo con los parámetros exigidos por la respectiva especificación, estableciéndose que dicho material no existe en los municipios de Saldaña y Purificación, que las fuentes más cercanas están localizadas en los municipios de Prado y Guamo a distancias de aproximadamente 30 Kms del centro de gravedad de la vía pero sin licencias mineras ni permisos ambientales; otras localizadas en el municipio de Chicoral debidamente licenciadas que se encuentran a 57 Kms



respectivamente del centro de gravedad de la vía, ocasionando sobrecostos por efecto del transporte de únicamente la fracción requerida según laboratorios certificados para mezcla con material crudo de río que permita obtener Afirmado [...]

Respecto al material crudo de río, los diseños iniciales del Proyecto contemplaron una distancia de acarreo para los ítems de base y sub base de 14,0 Km, con base en eso las únicas fuentes que cumplían estas distancias eran la de la firma TRIAR S.A. y la del Título minero del Señor Alberto Sánchez, esta última no cuenta con permiso ambiental quedando viable únicamente la de TRIAR, no obstante, la comunidad se opuso a la explotación de materiales sobre el río Saldaña donde se encuentra localizada esta fuente, no permitiendo su extracción. Debido a la imperante necesidad del inicio de actividades, se requiere traer material de la fuente del río CUCUANA la cual está a un mayor kilometraje del contemplado inicialmente, fuente que no presentaba problemas ambientales ni de licenciamiento.” (negrilla fuera del texto)

Igualmente, junto con la comunicación mencionada, el consorcio allegó como soportes el resumen del balance de los costos iniciales vs los costos actualizados, las memorias de cálculo de las cantidades de obra, el cálculo de volúmenes de Afirmado, sub-base y base granular y el cálculo de los costos por transporte de materiales, en los que el contratista detalló las cantidades totales de Afirmado requerido para el proyecto, los volúmenes de material a transportar y el valor adicional correspondiente al sobre acarreo de materiales.

Por su parte, el 11 de marzo de 2015 la interventoría envió al Secretario de Infraestructura y Hábitat y al Supervisor del Contrato el oficio 0296.15GTC, mediante el cual informó que *“conceptúa positivamente y ratifica la solicitud del contratista, en el sentido que para poder llevar a término el objeto del contrato de la referencia, se requiere una adición presupuestal de \$3.961.769.036.00 y un mayor plazo de ejecución de noventa (90) días calendario”*. Al respecto, la interventoría allegó el *“programa de inversión remitido por el contratista y avalado por la interventoría”*, expuso las justificaciones técnicas de la solicitud y anexó el *“RESUMEN BALANCE COSTOS INICIALES VERSUS ACTUALIZADOS CONTRATO 00447-2014 A ENERO DE 2015 VIA SALDAÑA – PURIFICACIÓN”*, en el que se incluyó dentro de los ítems no previstos el denominado *“NP5 SOBRE ACARREO MATERIAL GRANULAR”*, con valor unitario de \$1.709,00 y valor total de \$1.386.094.704,00.

En cuanto a la justificación técnica expuesta en la comunicación mencionada, encuentra la Sala que la interventoría relacionó las que denominó *“causas por*



incongruencias en los estudios y diseños”, así como “otras causas no imputables a los diseños”, destacándose al efecto los siguientes apartes relevantes para el caso concreto:

“Informamos que el CONSORCIO SALDAÑA – PURIFICACIÓN mediante los oficios del asunto de los cuales se adjuntan copias y por las consideraciones expuestas en estos, solicita una adición presupuestal de [...] (\$3.961.769.036.00) que corresponde al 24.96% del valor inicial del contrato excluido IVA y un plazo adicional de NOVENTA (90) DIAS CALENDARIO.

En relación a dicha solicitud, a continuación nos permitimos ampliar el alcance de las jurtificaciones técnicas que causan dicho evento así:

I- CAUSAS POR INCONGRUENCIAS EN LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS:

1 – Material de Afirmado:

En los Estudios y Diseños se estableció que las normas de construcción que rigen las actividades del contrato 0447-2014 son las INVÍAS – 2007, adicionalmente no se referenciaron fuentes de materiales para el suministro de Afirmado, no obstante, en el Análisis de Precio Unitario adjunto al presupuesto entregado por el diseñador, se determinó un transporte de 5.0 kms, con lo cual se prestableció una referencia de distancia de consecución y transporte de este material a los proponentes.

Ya iniciado el contrato y hasta la fecha se ha comprobado mediante ensayos de laboratorio que el material crudo de río por sí solo no cumple el parámetro de índice de plasticidad establecido en la respectiva especificación del INVÍAS 2007, por ese motivo, se procedió a realizar una búsqueda por parte del contratista, la Interventoría y la Gobernación de fuentes cercanas al proyecto que pudiesen proveer dicho material (Afirmado) y/o una porción de material que permitiese mezclarlo con crudo de río para obtener el Afirmado de acuerdo con los parámetros exigidos por la respectiva especificación, estableciéndose que dicho material no existe en los municipios de Saldaña y Purificación, que las fuentes más cercanas están localizadas en los municipios de Prado y Guamo a distancias de aproximadamente 30 kms del centro de gravedad de la vía, pero no cuentan con licencias mineras ni permisos ambientales; otras localizadas en los municipios de San Luis y Chicoral debidamente licenciadas se encuentran a 40 kms y 57 kms respectivamente del centro de gravedad de la vía, ocasionando sobre costos que ascienden a la suma de \$1.095.564.704 millones de pesos por efecto del transporte de únicamente la fracción requerida según laboratorios certificados para mezcla con material crudo de río que permita obtener Afirmado, como se dijo anteriormente en cumplimiento de la respectiva especificación técnica del INVÍAS 2007.

Adicionalmente, al ser el Afirmado la primera capa constructiva de la estructura del pavimento, el evento de no conseguirse el material a 5 kms como se estableció en el APU del presupuesto de los diseños, ha ocasionado que la búsqueda de fuentes licenciadas más cercanas (tratando de evitar sobre costos por acarreo al proyecto) generara un atraso en la ejecución de la obra de aproximadamente 2 meses respecto al programa de inversión aprobado.

Ante este problema, para evitar costos de transporte y agilizar la ejecución de los trabajos, la interventoría propuso al diseñador Oviedo generar una especificación



particular que permitiera el uso de los materiales de río existentes en la zona, en lugar del Afirmado, solicitud negada por el diseñador.

En conclusión, esta incongruencia entre la norma a cumplir y el material y distancia contemplados por el diseñador para el suministro de Afirmado, ha ocasionado atrasos en la ejecución del proyecto y ocasionará costos adicionales por concepto de transporte a la mayor distancia de 5 kms contemplada en el presupuesto inicial del contrato.

[...]

3 – Actividades No Previstas en los diseños

De acuerdo a los trabajos que se están ejecutando basados en los resultados de los Estudios y Diseños, se han detectado actividades no previstas requeridas para poder complementar las actividades inicialmente contratadas, las cuales causan sobrecostos al contrato, así:

[...]

3.2 – Suministro e instalación de material crudo de río TM2 De acuerdo a los problemas referentes a la consecución de Afirmado en cumplimiento de la respectiva especificación técnica INVIAS 2007, se estableció que de acuerdo al concepto del diseñador en el sentido que el material crudo de río al ser ajustado en gradación cumple y supera las condiciones físico-mecánicas del Afirmado, que para evitar el sobre costo de transporte de material de peña para mezcla con material crudo de río y que para poder viabilizar el avance de los trabajos de “Afirmado” mientras se conseguían fuentes alternas que no ocasionaran sobre costos por concepto de transporte, en lugar de afirmado se utilizará material crudo de río en las zonas de excavación de ensanche para el mejoramiento de la sub rasante y en las zonas donde la estructura de pavimento nueva está contemplada en corte. Esta actividad no tiene un valor adicional para el contrato toda vez que reemplaza parte del Afirmado requerido y evita sobrecostos por concepto de transporte de material de peña para el procesamiento de Afirmado.

[...]

3.4 – Transporte de Materiales: Como se explicó anteriormente, el hecho que no se consiga material de Afirmado según norma INVIAS a una distancia de 5 kms de la zona del proyecto tal como se contempló en los estudios y diseños, ocasiona que se deba transportar un porcentaje de material de “peña” para mezcla con crudo de río, que permita la mezcla y procesamiento de los materiales para la construcción de la capa de Afirmado en condición de Terraplen (En corte se realizan con crudo de río), cuyo costo por concepto de transporte asciende a la suma aproximada de \$1.095.564.704 millones de pesos.

[...]

II – OTRAS CAUSAS NO IMPUTABLES A LOS DISEÑOS:

La problemática social en el área de afectación del proyecto y los altos niveles del cauce del río Saldaña:

Estos eventos reiterativos e intermitentes tal como se explicó y soportó oportunamente mediante oficios [...], no han permitido la extracción constante de material “crudo de río” de la única fuente cercana con Licencia Ambiental y



permisos de explotación minera que comerciaza la venta de material crudo de río (TRIAL) a la distancia contemplada en los estudios y diseños, circunstancia aunada al alto nivel del cause del río Saldaña desde finales del mes de Octubre pasado por razones climáticas.

[...]

Conclusiones:

1. Debido a las inconsistencias relacionadas con los estudios y diseños, las mayores y menores cantidades de obra realmente requeridas y las actividades no previstas inicialmente, el contrato a la fecha presenta un desfase presupuestal de \$3.961.769.036.00.
2. La inconsistencia relacionada con el material de afirmado y la distancia de 5 kms prevista en los diseños para la Fuente de este material, ha generaldo un atraso en la ejecución de obra de aproximadamente 2 meses.
3. Otros factores no imputables a los diseños, tales como climáticos y sociales han ocasionado atrasos adicionales en la ejecución del contrato de aproximadamente 1 mes adicional.

Por lo anterior, la interventoría conceptúa positivamente y ratifica la solicitud del contratista, en el sentido que para poder llevar a término el objeto del contrato de la referencia, se requiere una adición presupuestal de \$3.961.769.036.00 millones de pesos y un mayor plazo de ejecución de noventa (90) días calendario. [...]
(Subrayado fuera del texto)

A su turno, quedó acreditado que el departamento del Tolima aceptó la solicitud elevada por el contratista y avalada por la interventoría, procediendo a presentar ante el Órgano Colegiado de Administración y Decisión -OCAD la solicitud de aprobación de la adición al valor inicial del contrato, exponiendo “*las razones técnicas, financieras y jurídicas para el mejoramiento y pavimentación de la vía secundaria Saldaña – Purificación en el departamento del Tolima*” (hecho probado 6.4.24).

Sobre el particular, en lo que concierne a la justificación técnica, el departamento indicó como fundamento, por un lado, la disminución de la meta física inicialmente contemplada, pasando de 11,5 a 11,01 km, de conformidad con replanteo realizado por el contratista y, por otro, la existencia de mayores cantidades de obra e ítems no previstos.

En cuanto a las mayores cantidades de obra de ítems inicialmente contemplados en el contrato, la entidad territorial relacionó las cantidades superiores de los ítems “*suministro y colocación de subbase (incluye transporte)*” y “*suministro y colocación de base granular (incluye transporte)*” y en lo que respecta a los ítems



no previstos incluyó, entre otros, el “*suministro e instalación de material crudo de río TM2*” y el “*Transporte de Materiales*”, a propósito de lo cual expuso:

“ **ITEMS NO PREVISTOS**

[...]

- **Suministro e instalación de material crudo de río TM2:** De acuerdo a los problemas referentes a la consecución del Afirmado en cumplimiento a la respectiva especificación técnica INVIAS 2007, se estableció que de acuerdo al concepto del diseñador en el sentido que el material crudo de río al ser ajustado en gradación cumple y supera las condiciones físico-mecánicas del Afirmado, que para evitar el sobre costo de transporte de material de peña para mezclar con el material crudo de río para producir Afirmado y que para poder viabilizar al contratista el avance de los trabajos de Afirmado, mientras se conseguían fuentes alternas que no ocasionaran sobre costos por concepto de transporte, en lugar de afirmado se utilizara material crudo de río en las zonas de excavación de ensanche para el mejoramiento de la sub rasante y en las zonas donde la estructura de pavimento nueva está contemplada en corte, debido a que en estas zonas el material adquiere la condición de “Confinado”.

[...]

- **Transporte de materiales:** El hecho de no conseguir material de Afirmado según norma INVIAS a una distancia de 5 kms en la zona del proyecto tal como se contempló en los estudios y diseños, ocasiona que se deba transportar un porcentaje de material de “peña” para mezclar con crudo de río que permita su procesamiento para la construcción de la capa de Afirmado en condición de Terraplén (En corte se realizan con crudo de río”).

Además, el departamento anexó un cuadro con la descripción de los “*ajustes que deben ser aprobados por el OCAD*”, en el que se relacionaron las mayores y menores cantidades de ítems previstos, así como los ítems de obra nueva y el valor de cada uno, en el que se observa que se incluyó el ítem “*sobre acarreo material granular*” por un valor de \$1.386.094.704,00, información que también se plasmó en el documento denominado “*Guía de Ayuda para la Identificación de Trámites, Sección I: Ajustes que deben ser aprobados por el OCAD*”.

Finalmente, quedó probado en el proceso que el 28 de mayo de 2015 el OCAD aprobó una adición de los recursos del proyecto por la suma de \$3.977.397.720,21 (hecho probado 6.4.27), como resultado de todo lo cual el 20 de junio de 2015 las partes suscribieron el “*Acta de Adición y Prórroga No. 001*”, mediante la cual acordaron adicionar el valor del contrato en la suma de \$3.961.769.037,81 y prorrogar el plazo pactado por 60 días adicionales, de conformidad con la justificación técnica expuesta por el contratista y la interventoría (hecho probado 6.4.28).



6.6.1.2. Frente a lo anterior, es menester anotar que la falta de estudios y diseños o su deficiencia afecta el adecuado desarrollo de las obras, además de que puede elevar su valor por el cambio en las cantidades de obra y en las especificaciones técnicas pactadas. Por tal razón, la jurisprudencia ha sostenido que la inobservancia de esta obligación a cargo de las entidades del Estado quebranta el deber de planeación cuyo cumplimiento compete en primer término a la entidad estatal, comprometiendo la responsabilidad contractual de la administración, siempre y cuando se acrediten los daños efectivamente causados por dicho incumplimiento¹³².

En este sentido, el deber de planeación en materia de contratación estatal le es exigible en primera medida a la entidad estatal, en tanto es quien elabora los estudios, análisis y documentos requeridos para la futura contratación¹³³. Con todo, lo anterior no significa que al proponente no le asistan deberes de diligencia, cuidado y seriedad en la etapa previa a la celebración del contrato, pues su participación en el proceso de selección parte de la premisa de la experiencia y conocimiento que ostenta.

Desde esta perspectiva, advierte la Sala que si bien en el proceso quedó claro que los diseños del proyecto presentaron falencias, circunstancia que resulta imputable a una indebida planeación contractual por parte del departamento, entidad que en la etapa previa al procedimiento de selección debió adelantar estudios y revisiones pertinentes dirigidas a establecer diseños que se ajustaran a las condiciones existentes, lo que ciertamente constituye un incumplimiento contractual, ello no es óbice para resaltar que al consorcio le correspondía también la carga de estructurar sus precios sobre la base de constatar con suficiente diligencia y cuidado los distintos factores que tenían incidencia en los costos, dentro de los que se encontraba la localización de las fuentes de materiales requeridos para acometer la obra.

Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado:

¹³²Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Rad.:18080.

¹³³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2020. Rad.:46057



[...] los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en tal tipo de eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal.¹³⁴

Así, para la Sala no resulta admisible la afirmación de la parte actora en el sentido de haber “aceptado” los análisis de precios unitarios adjuntos al presupuesto oficial enunciado por la entidad, y “dar por entendido” el lugar de ubicación de las fuentes de materiales e insumos que era menester adquirir y transportar, omitiendo con ello el deber de efectuar las consultas, visitas e indagaciones necesarias para elaborar los precios que formuló en su propuesta.

6.6.1.3 Ahora bien, de cara a los sobrecostos reclamados la Sala encuentra establecido que mediante el contrato adicional celebrado el 20 de junio de 2015 las partes estipularon una adición al valor inicial pactado por la suma de \$3.961.769.037,81, monto que obedeció a la necesidad de ejecutar mayores cantidades de obra e ítems de obra no previstos inicialmente y que respondió al mayor valor requerido para su ejecución, de conformidad con los precios unitarios pactados para los ítems contractuales y el valor de los ítems de obra no prevista que el contratista propuso y que fueron avalados por la interventoría y aprobados por el departamento, comprendiendo dentro de ellos el ítem de transporte de materiales.

Así las cosas, resulta claro que si bien fue necesario revisar los diseños del proyecto e introducir cambios frente a los mismos, lo cierto es que ante la reclamación presentada por el consorcio fundada en la necesidad de acudir a fuentes que estaban localizadas en distancias superiores a las que se contemplaron en los análisis de precios que sustentaron el presupuesto estimado del contrato, las partes incluyeron dentro del valor adicional que se pactó la suma

¹³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de marzo de 2015, expediente 33223, reiterada en sentencia del 28 de enero de 2016, expediente 34454, sentencia del 29 de agosto de 2016, expediente 34288 y sentencia del 13 de agosto de 2020, expediente 46057, entre otras.



correspondiente al sobre acarreo de materiales, tal como lo sostuvo la demandada en el proceso y lo concluyó el Tribunal en su sentencia.

En este sentido, aun cuando se encuentra establecido que la adición en plazo y valor que las partes estipularon respondió a ciertas deficiencias que se identificaron en los diseños, la Sala encuentra que, aunado a la falta de diligencia y cuidado del consorcio al estructurar su propuesta, lo cierto es que mediante el acuerdo modificatorio celebrado los contratantes regularon lo concerniente a los costos que serían reconocidos al contratista como consecuencia de las obras extras y adicionales que fue necesario acometer, incluido precisamente el concepto que es objeto de reclamación y frente al que se reconoció el monto de \$1.386.094.704,00.

Sobre el particular, es pertinente resaltar que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes están en libertad de autorregular sus intereses y relaciones, pudiendo por supuesto modificar de común acuerdo las condiciones del negocio jurídico inicialmente acordado, frente a lo cual, de cara al caso concreto, no puede dejarse de lado que los acuerdos modificatorios en plazo y valor que fueron celebrados respondieron a la solicitud que presentó el propio contratista, en la cual no solamente expuso las causas que sustentaban la necesidad de reprogramar las obras y pactar el mayor valor requerido, sino que justamente estimó el monto de la adición al valor del contrato que consideró necesario para cubrir el sobre acarreo de materiales, suma que de conformidad con lo pactado el departamento reconoció y pagó al contratista.

De igual modo, cabe añadir que en el proceso no se acreditó que con posterioridad a las circunstancias que dieron lugar a la celebración del contrato adicional tantas veces mencionado se hubieran presentado circunstancias sobrevinientes, imprevistas e imprevisibles que hubieran alterado las bases sobre las cuales se pactó el ítem de obra no prevista correspondiente al transporte de materiales o el precio unitario y las cantidades estimadas que al efecto las partes convinieron en el balance que convinieron y en el que se incorporaron las mayores cantidades de obra y los ítems de obra nueva pactados en el contrato adicional del 20 de junio de 2015 y que, como se ha expuesto, se incluyó el denominado "NP5



SOBRE ACARREO MATERIAL GRANULAR”, con valor unitario de \$1.709,00 y valor total de \$1.386.094.704,00.

En suma, la Sala encuentra que previa solicitud del contratista las partes acordaron la adición al valor del contrato, negocio jurídico que constituye un acuerdo vinculante para los contratantes y que fue suscrito tras conocer y evaluar las causas que daban origen a su celebración, de modo que concernía al contratista establecer las implicaciones económicas derivadas de las mayores distancias de acarreo y cantidades de material a transportar que solicitó, como en efecto lo hizo al estimar la adición en valor que era requerida y los costos que ello implicaba de cara a salvaguardar su economía.

A la anterior conclusión arriba la Sala partiendo de recordar que el soporte sobre el que se estructura el régimen contractual, incluida la contratación pública, es el mutuo consentimiento de las partes que da lugar al nacimiento de obligaciones recíprocas, como expresión de la autonomía de la voluntad y del que emerge la fuerza vinculante del negocio jurídico libremente convenido y el deber de ejecutar lo acordado en los términos pactados.¹³⁵ El principio enunciado *–pacta sunt servanda*, garante de la seguridad jurídica, constituye pilar esencial de las relaciones contractuales y encuentra su fundamento en la autonomía privada de la voluntad como fuente primaria de derechos y obligaciones. Tanto es así, que toda la estructura jurídica construida sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y voluntariamente.

En efecto, la fuerza obligatoria del contrato se funda en la voluntad o querer de las partes que intervienen en él, teniendo éstas la facultad de limitar su libertad para

¹³⁵ Sobre el particular, señala la doctrina:

“(...) que las partes no pueden sustraerse al deber de observar el contrato de acuerdo con su tenor, en su conjunto y en cada una de sus cláusulas.

(...) En el fondo, en la observancia del contrato y en la ejecución, reside el resultado práctico del contrato; es el resultado para cuya consecución se estipuló este. Y que el contrato deba ser observado, es decir, que las partes cumplan con lo que se estableció en él, es un principio que deriva de aquel (de orden ético) del respeto a la palabra dada y de la consideración de que (aún prescindiendo del hecho de que el contrato es por lo común de prestaciones recíprocas y que, por consiguiente, la observancia por uno de los contratantes es el presupuesto de la observancia por el otro) el contrato suscita legítimas expectativas en cada uno de los contratantes; expectativas que no deben ser defraudadas...” Messineo, Francisco: *Doctrina general del contrato*. EJE: Buenos Aires. 1952, p. 143 y ss.



asumir un deber de conducta en razón a una determinada causa. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, recogen este principio en los artículos 1602 y artículo 871, respectivamente, según los cuales los contratos válidamente celebrados son ley para los contratantes y no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por las causas legales¹³⁶.

En consecuencia, la Sala despachará desfavorablemente la pretensión de la demanda atinente a los sobrecostos por transporte de materiales en distancias superiores a las contempladas.

6.6.2 Sobrecostos por inactividad de equipos y personal

Como fundamento de este cargo la parte actora manifestó que deben serle pagados los sobrecostos asociados a la inactividad de los equipos, maquinaria y personal, toda vez que la ejecución del contrato se extendió por un mayor plazo del inicialmente pactado debido a la ejecución de obras extras y adicionales que se adelantaron dadas las falencias en los estudios y diseños, aunado a otros factores adicionales como fueron la demora en la adjudicación del contrato de interventoría, el crudo invierno y los problemas de orden social que afectaron la explotación de materiales en la cantera Triar, así como la restricción de transporte de materiales durante los días festivos de Semana Santa.

Por su parte, la entidad demandada sostuvo que el consorcio no demostró los mayores costos que reclama por la inactividad de la maquinaria, equipos y personal. Además, manifestó que los equipos estuvieron siempre en funcionamiento, pues si bien la extracción del material no se llevó a cabo en forma constante, sí se realizó la mayor parte del tiempo que duró la obra, aunado a que la maquinaria también fue utilizada para otro tipo de actividades, tales como la demolición de pavimento flexible, por lo que estuvo en permanente operación.

¹³⁶El artículo 1602 del Código Civil dispone: "LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Por su parte, el artículo 871 del Código de Comercio, dispone: "PRINCIPIO DE BUENA FE. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".



Igualmente, respecto a los costos de personal técnico, operativo y administrativo, anotó que en los lapsos de tiempo en los que la actora afirma que no pudo efectuarse la extracción de materiales, el personal fue destinado a otras actividades como topografía, construcción de alcantarillas, construcción de tuberías, excavación, filtros, etc.

6.6.2.1 De conformidad con los hechos probados en el proceso, la Sala encuentra demostrado que el plazo inicialmente pactado fue de 270 días calendario, contados a partir del acta de inicio (hecho probado 6.4.4), estipulándose en la cláusula vigésima tercera que “[e]l acta de inicio será suscrita por el supervisor y el contratista una vez se contrate la interventoría por parte de la entidad.”

Igualmente, quedó acreditado que la firma del acta de inicio tuvo lugar el 17 de junio de 2014 (hecho probado 6.4.5) y que durante la ejecución del contrato se suscribieron suspensiones y ampliaciones del plazo contractual, como resultado de las cuales el plazo total del contrato fue de 590 días calendario que finalizaron el 24 de mayo de 2016 (hechos probados 6.4.37 y 6.4.38).

A su turno, en cuanto a la extensión del término de ejecución de la obra, quedó establecido lo siguiente en relación con las causas que fundamentaron las suspensiones y prórrogas y lo que en ellas se convino:

- Acta de suspensión del 18 de junio de 2014

El 18 de junio de 2014, día siguiente a la firma del acta de inicio, el contratista, la supervisora del contrato y el secretario de infraestructura y hábitat del departamento suscribieron un acta en la que acordaron suspender el plazo del contrato por un término de 60 días calendario “debido a que no se ha realizado la audiencia de adjudicación del proceso de interventoría y se hace necesario la suscripción y legalización del mismo”; además, se indicó que el consorcio “podrá disponer libremente de los recursos de personal y equipo asignados al contrato, durante el tiempo que dure esta suspensión” (hechos probados 6.4.6 y 6.4.7).

Esta suspensión fue prorrogada a partir del 18 de agosto y hasta el 3 de septiembre de 2014, día en el que se firmó acta de reinicio en la que se consignó



como nueva fecha de terminación del contrato el 30 de mayo de 2015, y se señaló que el contratista expresamente manifestaba que la suspensión no generaría sobrecostos para la entidad. En cuanto a los motivos que dieron lugar a la prórroga de la suspensión, en el acta de liquidación del contrato se indicó que *“una vez adjudicado el contrato de Interventoría y con el fin de realizar una revisión a los estudios y diseños, fue prorrogado el plazo de suspensión al contrato de obra en cuarenta y cinco (45) días calendario”,* añadiendo que *“[y]a superado el motivo de la suspensión, se suscribió el Acta de reinicio No 01 con fecha 03 de septiembre de 2014, con lo cual la nueva fecha de terminación del contrato de obra era el 30 de mayo de 2015”.*

- Acta de Adición No. 001 suscrita el 21 de mayo de 2015

Mediante acuerdo del 21 de mayo de 2015 las partes ampliaron el plazo contractual en 30 días calendario adicionales, para un total de 300 días, mientras se adelantaban ante el OCAD los trámites necesarios para la aprobación de la adición en plazo y valor solicitada por el contratista debido a la existencia de mayores cantidades e ítems de obra nueva (hechos probados 6.4.25 y 6.4.26).

En este sentido, se encuentra que, en documento del 15 de mayo de 2015, la Secretaria de Infraestructura y Hábitat, ordenadora del gasto/ejecutor de la gobernación del Tolima y el supervisor del contrato expusieron que la prórroga mencionada obedecía al tiempo requerido para el trámite de aprobación por parte del OCAD de la solicitud de adición del valor del contrato por la suma de \$3.961.769.037,81, indicando lo siguiente:

“1- El Contratista de obra CONSORCIO SALDAÑA – PURIFICACIÓN mediante oficios [...] manifestó que debido a la necesidad de ejecutar actividades no previstas y mayores cantidades de obra se requiere una adición presupuestal de \$3.961.769.037,81 y una prórroga del plazo de ejecución de Noventa (90) días calendario.

2- Que una vez avalada la solicitud por parte de la Interventoría, según consta en oficio [...] y teniendo en cuenta que el contrato depende de los recursos del Sistema General de Regalías –SGR- la Gobernación del Tolima previa revisión inició el trámite de aprobación ante el Órgano Colegiado de Administración y Decisión – OCAD -, el cual ha programado una reunión de trámite de aprobación para el próximo 26 de Mayo de 2015.



3- Que por lo anterior y mientras se surte el respectivo trámite ante la OCAD, es necesario prorrogar el contrato referido para garantizar el normal desarrollo de las obras.”

En similar sentido, sobre el particular en el acta de liquidación bilateral del contrato las partes indicaron:

“Durante el mes de Febrero de 2015 la Gobernación del Tolima a petición del CONSORCIO contratista y con el aval de la Interventoría, tramitó ante el Órgano Colegiado de Administración y Decisión – OCAD una solicitud de adición Presupuestal por Tres Mil Novecientos Sesenta y Un Millones Setecientos Sesenta y Nueve Mil Treinta y Siete Pesos con Ochenta y Un Centavos (\$3.961.769.037.81) y una Prórroga de Noventa Días calendario, justificada en la necesidad de ejecutar mayores cantidades de obra e ítems no previstos requeridos para cumplir a cabalidad el objeto contractual; mientras se surtía efecto la revisión y aprobación por parte del OCAD de la adición presupuestal solicitada, las partes durante el mes de Mayo de 2015 suscribieron el Acta de Prórroga No 01 al contrato de obra, mediante la cual se prorrogó el plazo de ejecución por treinta (30) días calendario, con lo cual la nueva fecha de terminación era el 29 de Junio de 2015”.

- Acta de Adición y Prórroga No. 001 del 20 de junio de 2015

Luego de surtida la aprobación de los recursos adicionales por parte del OCAD, el 20 de junio de 2015 las partes pactaron adicionar el valor del contrato \$3.961.769.037,81 y prorrogar el plazo estipulado por 60 días adicionales, toda vez que de los 90 días solicitados por el consorcio ya se habían prorrogado 30 mediante el Acta de adición No. 01. Así las cosas, como consecuencia de la prórroga pactada el plazo total del contrato quedó establecido en 360 días y con ello la nueva fecha de terminación era el 29 de agosto de 2015 (hecho probado 6.4.28). Es así como, en efecto, en el acuerdo modificatorio mencionado las partes estipularon lo siguiente:

“CLAUSULA PRIMERA – ADICIONAR LA CLÁUSULA SEXTA – VALOR: en TRES MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL TREINTA Y SIETE PESOS CON OCHENTA Y UN CENTAVOS (\$3.961.769.037,81) M/CTE IVA INCLUIDO. PARAGRAFO PRIMERO: El valor total del contrato es de \$ 19.836.962.473,81 M/CTE. CLAUSULA SEGUNDA: IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL [...] PARAGRAFO: Estos valores incluyen AIU correspondientes al 25%. CLAUSULA TERCERA – PRORROGAR EL PLAZO: en SESENTA (60) días calendarios. PARAGRAFO: El plazo de ejecución total será de TRESCIENTOS SESENTA DÍAS (360) días calendario. [...](subrayado y negrilla dentro del texto)

- Acta de adición No. 003 del 25 de agosto de 2015



El 25 de agosto de 2015 las partes pactaron ampliar el plazo del contrato en 45 días calendario, para un total de 405 días y una nueva fecha de terminación el 15 de octubre de 2015, de conformidad con la solicitud presentada por el ordenador del gasto, el supervisor y el contratista (hecho probado 6.4.29). En el acuerdo mencionado estipularon que las demás cláusulas contractuales continuarían sin modificación alguna.

En cuanto a las razones que fundamentaron en esta oportunidad la prórroga convenida, si bien no obra al expediente la solicitud presentada por el ordenador del gasto, el supervisor y el contratista mencionada en el acuerdo modificadorio, se encuentra que en el acta de liquidación bilateral del contrato se indicó que aquella obedeció a *“la necesidad del cambio de veintidós (22) “tornos” mediante los cuales USOSALDAÑA suministra agua desde el canal existente a margen derecha de la vía a los predios donde se cultiva arroz en la margen izquierda de la vía”*.

- Acta de adición en plazo No. 004 del 11 de octubre de 2015

El 11 de octubre de 2015 las partes estipularon una nueva prórroga del plazo del contrato, en esta oportunidad por 30 días calendario, para un total de 435 días, de conformidad con la solicitud presentada por el ordenador del gasto, el supervisor y el contratista. A su vez, acordaron que las demás cláusulas contractuales continuarían sin modificación alguna (hecho probado 6.4.30).

En esta ocasión la ampliación del plazo de ejecución del contrato estuvo motivada en *“la necesidad de dar tiempo de “curado” a la mezcla asfáltica instalada (según lo establecido en la respectiva norma) para poder pintar las líneas de demarcación”*, según lo expuesto en el acta de liquidación bilateral del contrato.

- Acta de adición en plazo No. 005 del 10 de noviembre de 2015

El 10 de noviembre de 2015 el consorcio y el departamento pactaron ampliar el plazo del contrato en 50 días calendario, para un total de 485 días, de conformidad con la solicitud presentada por el ordenador del gasto, el supervisor y el contratista



(hecho probado 6.4.31). En este acuerdo modificatorio una vez más estipularon que las restantes estipulaciones del contrato celebrado se mantenían incólumes.

Si bien en el proceso no reposa la solicitud de ampliación a que se refirieron las partes en el acuerdo modificatorio, en el acta de liquidación del contrato se plasmó que dicha prórroga tuvo lugar por cuanto *“a petición del CONSORCIO contratista, se encontraba en trámite de revisión y aprobación ante el Órgano Colegiado de Administración y Decisión – OCAD una segunda adición presupuestal por valor de Mil Trescientos Veintinueve millones Novecientos Cuarenta y Siete Mil Cuatrocientos Sesenta y Dos Pesos con Cuarenta y Cinco Centavos (\$1.329.947.462.45), debido a la necesidad de mejorar la movilidad y seguridad de los usuarios en la vía, mediante la construcción de trece (13) bahías de seguridad adyacentes a la vía objeto del contrato, para lo cual se requería adicionalmente una prórroga de cuarenta y cinco (45) días calendario con el objeto de construirlas”*.

- Acta de adición en plazo No. 006 del 15 de diciembre de 2015

El 15 de diciembre de 2015 las partes acordaron extender el plazo del contrato en 30 días calendario, para un total de 515 días, de conformidad con la solicitud presentada por el ordenador del gasto, el supervisor y el contratista (hecho probado 6.4.32), mientras se realizaban los trámites de *“legalización”* de los recursos aprobados por el OCAD para la ejecución de las bahías de seguridad adyacentes a la vía.

Es así como, al respecto en el acta de liquidación bilateral del contrato, se lee:

“[...] el Órgano Colegiado de Administración y Decisión – OCAD mediante Acta No 40 de fecha 14 de Diciembre de 2015 aprobó los recursos para la construcción de las 13 bahías, no obstante, estos debían ser legalizados o incorporados al contrato de obra, por lo anterior, el contratista justificado en los tiempos de trámite de legalización de estos recursos, a la espera de la expedición del respectivo Certificado de Disponibilidad Presupuestal – CDP por parte de la Gobernación del Tolima, solicitó una prórroga de treinta (30) días calendario, la cual fue legalizada mediante Acta de Prórroga No 06 de fecha 15 de Diciembre de 2015, con lo cual, el plazo actualizado del contrato a esa fecha era de quinientos quince (515) días, con nueva fecha de terminación el 30 de Enero de 2016. [...]”

- Acta de suspensión No. 02 del 29 de enero de 2016



Teniendo en cuenta que el 29 de enero de 2016 los recursos aprobados por el OCAD no habían sido *“incorporados”* al contrato de obra, mediante documento firmado por el contratista, el supervisor del contrato y el secretario de infraestructura y hábitat y la interventoría, se suspendió por 15 días el plazo del contrato. Al respecto, en el acta de suspensión se consignó que se encontraba ejecutado el 99.4%, que el consorcio había solicitado una adición de \$1.329.947.456 y un plazo de 45 días calendario para la construcción de 13 bahías de seguridad y que, por lo anterior, se acordaba suspender el plazo *“mientras se legaliza la incorporación de los recursos autorizados por el OCAD al contrato de obra”* (hecho probado 6.4.33).

Esta suspensión fue prorrogada a partir del 13 de febrero de 2016 por un término adicional de 23 días calendario, hasta el 8 de marzo de 2016, también con el fin de adelantar los trámites necesarios para legalizar los recursos aprobados por el OCAD. En el acta de suspensión y en la de su prórroga se consignó que el contratista podría *“disponer libremente de los recursos de personal y equipo asignados al contrato, durante el tiempo que dure esta suspensión”* (hecho probado 6.4.34).

Por su parte, el 9 de marzo de 2016 se firmó la correspondiente acta de reinicio, en la que se señaló que la causa que había originado la suspensión *“ya fue superada y por tanto, las partes determinaron reanudar la ejecución del contrato, debido a la suscripción del Acta de Adición y Prórroga N° 7, mediante la cual de (sic) adiciona presupuestalmente el contrato de obra en la suma de \$1,329,947,462,45 y se prorroga el plazo de ejecución en 45 días calendario”*. En el acta de reinicio se indicó que el plazo contractual se reanudaba a partir del 9 de marzo de 2016, *“por tanto, teniendo en cuenta que alta un día de ejecución más los 45 días de la prórroga, la nueva fecha de vencimiento será el 23 de Abril de 2016”*, además se consignó: *“El contratista manifiesta que la reanudación del contrato no generará sobrecostos para el Departamento del Tolima”* (hecho probado 6.4.36).

- Acta de Adición N°002 y Prórroga N° 007 del 9 de marzo de 2016



De conformidad con lo anterior, el 9 de marzo de 2016 las partes suscribieron un acuerdo mediante el cual adicionaron el valor del contrato \$1.329'947.462,45 y prorrogaron el plazo pactado por 45 días calendario adicionales, con lo cual en ese momento el plazo de ejecución del contrato quedó establecido en 560 días calendario y la fecha de terminación era el 24 de abril de 2016. Además, se estipuló que “[l]as demás cláusulas del Contrato de Obra No. 0447 de 2014 continúan vigentes, invariables e inmodificables” (hecho probado 6.4.35).

- Acta de Prórroga No. 008

Finalmente, mediante acta de prórroga No. 8 se amplió el plazo de ejecución por 30 días calendario adicionales, “justificado en el periodo invernal del mes de abril de 2016 y en la restricción de transporte de materiales durante los días festivos de Semana Santa”, con lo cual el plazo total del contrato quedó fijado en “590 días calendario y fecha de terminación el veinticuatro (24) de mayo de 2016” (hecho probado 6.4.37).

6.6.2.2 A partir de lo anterior, la Sala encuentra establecido que las suspensiones y extensiones del plazo contractual que acordaron las partes obedecieron a distintas razones, que pueden sintetizarse así: (i) la necesidad de esperar a que se adjudicara el contrato de interventoría, (ii) la revisión de los estudios y diseños del proyecto, (iii) la necesidad de ejecutar mayores cantidades de obra y llevar a cabo obras no previstas inicialmente, varias de ellas originadas en falencias encontradas en los diseños, (iv) los trámites de aprobación y legalización de las adiciones en valor que resultaron necesarias para ejecutar satisfactoriamente el proyecto, (v) los tiempos empleados para algunas actividades como el “curado” de las mezclas y cambio de 22 tornos, y (vi) las fuertes lluvias y la restricción de transporte en días festivos.

De igual modo, se aprecia que en las suspensiones las partes manifestaron que no se causarían sobrecostos a cargo del departamento y que todos los acuerdos modificatorios mediante los cuales se prorrogó el término de ejecución de las obras estuvieron precedidos de solicitudes elevadas por el contratista. Además, en dos oportunidades dichas solicitudes se acompañaron de adiciones al valor del contrato, recursos adicionales que las partes pactaron en orden a efectuar el pago



de las obras extras y los ítems adicionales que fue necesario acometer, respecto a las cuales, en todos los casos, el propio contratista estimó el mayor valor requerido para su ejecución, de conformidad con los precios unitarios pactados para los ítems contractuales y el valor de los ítems de obra no prevista que propuso y que fueron estipulados por las partes.

Así las cosas, como primera premisa para el análisis de la reclamación del contratista, la Sala observa que en el proceso se demostró: (i) que tuvo lugar una mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato; (ii) que ello obedeció fundamentalmente a la necesidad de efectuar cambios en las especificaciones y diseños del proyecto, así como ejecutar obras extras y adicionales que resultaron necesarias para la obra, aunado al tiempo que se tomó la entidad para definir ajustes en los diseños del proyecto, junto con otras circunstancias adicionales imputables a la entidad, tales como el tiempo necesario para la adjudicación del contrato de interventoría; (iii) que las partes acordaron adiciones al valor del contrato con el fin de cubrir los mayores costos resultantes de los incrementos en las cantidades de obra estimadas y el surgimiento de ítems de obra no previstos; y (iv) que todos los acuerdos modificatorios celebrados fueron el resultado de solicitudes elevadas por el contratista, en cada una de las cuales presentó y justificó el mayor plazo y el mayor valor requerido para la culminación del proyecto, las cuales fueron avaladas por la interventoría y aceptadas por el departamento.

6.6.2.3 Ahora bien, observa la Sala que tanto el contratista como la interventoría en reiteradas oportunidades pusieron de presente que la existencia de falencias en los diseños impactaba en medida muy significativa la programación de la obra y los tiempos de ejecución del contrato, junto con algunos otros factores como las protestas que realizó la comunidad y la ola invernal, tal como consta en la prueba documental que reposa en el proceso.

Así, por ejemplo, el 18 de febrero de 2015, al solicitar la ampliación de 90 días el consorcio manifestó:

“El tiempo de ejecución del contrato requiere la ampliación en plazo como consecuencia de los siguientes aspectos:



- ⇒ *FUENTES DE MATERIALES: Que superan las distancias de acarreo consideradas en el diseño del presupuesto de la obra y que cumplan con los requisitos de legalidad en el registro minero y licencias ambientales.*
- ⇒ *SOCIALES: Por las comunidades del área de influencia de una de las fuentes de materiales consideradas en el diseño del presupuesto de la obra.*
- ⇒ *TECNICOS: Por la deficiencia, incompletos (sic) e inconsistencias en los diseños*
- ⇒ *TEMPORADA DE INVIERNO.*
- ⇒ *ECONÓMICOS: Mayor valor de cantidades de obras y actividades no previstas.”*

Por su parte, al emitir concepto favorable frente a la solicitud anterior, al respecto la interventoría concluyó:

“1. Debido a las inconsistencias relacionadas con los estudios y diseños, las mayores y menores cantidades de obra realmente requeridas y las actividades no previstas inicialmente, el contrato a la fecha presenta un desfase presupuestal de \$3.961.769.036.00.

2. La inconsistencia relacionada con el material de afirmado y la distancia de 5 kms prevista en los diseños para la Fuente de este material, ha generaldo un atraso en la ejecución de obra de aproximadamente 2 meses.

3. Otros factores no imputables a los diseños, tales como climáticos y sociales han ocasionado atrasos adicionales en la ejecución del contrato de aproximadamente 1 mes adicional.

Por lo anterior, la interventoría conceptúa positivamente y ratifica la solicitud del contratista, en el sentido que para poder llevar a término el objeto del contrato de la referencia, se requiere una adición presupuestal de \$3.961.769.036.00 millones de pesos y un mayor plazo de ejecución de noventa (90) días calendario. [...]
(Subrayado fuera del texto)

De igual modo, la Sala observa que para la aprobación y legalización de los valores adicionales requeridos fue necesario suspender y extender el plazo en varias oportunidades, con el fin de adelantar los trámites pertinentes ante el OCAD y al interior del ente territorial, circunstancia que resulta ajena al contratista, como se observa claramente en el acta de adición No. 001 del 21 de mayo de 2015 y en las prórroga acordadas el 10 de noviembre y 15 de diciembre de 2015, así como en el acta de suspensión del 29 de enero de 2016 y su extensión, aunado a la suspensión de 60 días requerida para que la entidad adjudicara el contrato de interventoría y la que se convino el 21 de mayo de 2015 por 30 días, con el fin de llevar a cabo la revisión de los estudios y diseños del proyecto, circunstancias que, igualmente, por supuesto no resultan imputables a la parte actora.



Así las cosas, se encuentra establecido que la ampliación del plazo contractual de que fue objeto el contrato invadió la órbita de responsabilidad de la entidad pública, pues ciertamente se advierte que el departamento del Tolima no cumplió en debida forma los deberes de diligencia y cuidado que le asistían en la etapa de planeación precontractual, lo que ciertamente impactó el cronograma del proyecto y el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Con todo, como pasa a exponerse, a juicio de la Sala las pretensiones de la demanda en punto a la mayor permanencia en la obra y los costos de *stand by* de personal y equipo reclamados por la actora no están llamadas a prosperar, toda vez que, por una parte, mediante los acuerdos modificatorios celebrados por los contratantes regularon lo concerniente a los costos que serían reconocidos al contratista como consecuencia de las obras extras y adicionales que de allí se derivaron así como del mayor plazo que ello implicó y, por otra, aun dejando de lado lo anterior, lo cierto es que la actora no demostró en el proceso que sufrió efectivamente los perjuicios reclamados en su demanda.

6.6.2.3 En cuanto a lo primero, es pertinente resaltar que en el proceso no fue objeto de controversia el pago de las obras extras y adicionales ejecutadas, incluido dentro de estas últimas el ítem nuevo pactado correspondiente al sobre acarreo de materiales, actividades todas ellas que fueron reconocidas por la entidad de acuerdo con las actas parciales de obra elaboradas por la interventoría y el contratista a partir de los precios unitarios originalmente pactados y los precios nuevos que convinieron para la ejecución de los ítems no previstos, los que incluían el porcentaje de A.I.U propuesto por el contratista en su oferta.

De igual modo, no puede dejarse de lado que los acuerdos modificatorios que las partes celebraron respondieron a las solicitudes que presentó el propio contratista, en las cuales expuso las causas que sustentaban en cada caso la necesidad de reprogramar las obras y pactar el mayor plazo, así como, cuando fue necesario, el mayor valor requerido, estimando a dicho efecto los tiempos adicionales que en cada oportunidad encontró necesario solicitar, así los mayores valores que a su juicio eran requeridos para ejecutar las obras hasta su finalización.



Así, quedó acreditado en el proceso que el valor del contrato fue incrementado de común acuerdo por las partes, justamente con el fin de pagar la ejecución de ítems de obra nuevos y las mayores cantidades de la obra contratada, para lo cual el contratista cuantificó el valor de los ítems de obra no prevista y de las mayores cantidades de ítems pactados inicialmente. Respecto a las primeras, incorporando en los nuevos precios el porcentaje correspondiente al AIU y, en tratándose de las segundas, es decir, de las mayores cantidades, a partir de los precios unitarios ofrecidos originalmente, que comprendían también el AIU. De esta manera y en cumplimiento de lo pactado por las partes, el departamento pagó al contratista las actas de obra ejecutadas, en las que quedaron incluidas las mayores cantidades de obra y los ítems adicionales que se acordaron.

En suma, la Sala encuentra que previa solicitud del contratista las partes acordaron suspensiones y ampliaciones del término de ejecución del contrato, aparejadas de las adiciones al valor del contrato que fueron necesarias, mediante acuerdos vinculantes que son ley para los contratantes.

6.6.2.4 Por su parte, en cuanto a los valores reclamados por la actora, la Sala observa que en el proceso el contratista no probó los costos en los que aduce haber incurrido por la inactividad de equipos, maquinaria y personal técnico, administrativo y operativo que alegó, lo que nuevamente conduce a concluir que las pretensiones que se analizan no están llamadas a prosperar.

Sobre el particular, aunque al plenario fue allegada copiosa prueba documental, la Sala observa que la misma da cuenta de los acontecimientos de diverso orden que tuvieron ocurrencia a lo largo de la ejecución del contrato y, en particular, de las situaciones que acaecieron desde la suscripción del acta de inicio y la firma del contrato adicional del 20 de junio de 2015 mediante el cual se acordó la adición en plazo y valor solicitada por el consorcio, así como de la investigación disciplinaria que se adelantó con el fin de establecer la existencia de eventuales faltas por parte del diseñador del proyecto. Sin embargo, en contraste con lo anterior, resulta exiguo el material probatorio arrojado al proceso no sólo frente a lo acontecido con posterioridad a la adición en plazo y valor que se acordó entre las partes y que incluyó el reconocimiento del sobre acarreo reclamado por el



contratista, sino que, además, son mínimas, por decir lo menos, las pruebas aportadas al plenario relacionadas con los sobrecostos que la parte actora aduce haber sufrido y que reclama en el proceso.

Es así como, para acreditar los sobrecostos por *stand by* de maquinaria, equipo y personal, observa la Sala que reposan en el expediente solamente unos soportes de pagos de parafiscales, unas planillas de nómina de algunos meses del año 2014, diversas facturas por equipos, transportes y “viajes de material”, así como una certificación fechada el 12 de noviembre de 2014 y suscrita por la contadora y el representante legal del consorcio¹³⁷, en la que se manifiesta que *“la compañía ha realizado los pagos correspondientes a la nómina de los últimos 6 meses calendario legalmente exigibles por los conceptos de salud, pensiones, riesgos profesionales, cajas de compensación, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje. Estos pagos, corresponden a los montos contabilizados y pagados por la compañía durante dichos 6 meses”* (prueba adicional 6.5.2.4).

Pues bien, a partir de los documentos referidos, la Sala observa que los mismos, si bien dan cuenta de la realización por parte del contratista de pagos de mano de obra, equipos y transportes, por sí solos no permiten establecer que los gastos y pagos que allí se reflejan efectivamente se refieren la ejecución de la obra objeto del contrato *sub examine* y correspondan a las extensiones de plazo acordadas y, menos aún, que superan los pagos recibidos por el contratista por el rubro de administración incluido en los precios unitarios del contrato, lo que, aunado a la inexistencia de otros medios probatorios tales como dictámenes periciales y testimonios, no permiten encontrar establecido en el proceso los costos que alega la parte demandante, pues para este propósito era indispensable aportar las pruebas que soportaran la causación efectiva de los valores reclamados, lo cual no se encuentra acreditado en el proceso¹³⁸.

¹³⁷ Fl. 422, C.2

¹³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2020, Rad. 51833, reiterada en Sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad.:52430.



En este punto, cabe recordar que, tal como lo ha señalado esta Subsección, en tratándose de pretensiones fundadas en la mayor permanencia en obra, “[...] *supuesto que bien puede deberse al incumplimiento del contrato o de los deberes legales en cabeza de la entidad contratante (entre ellos, el de planeación), o a situaciones extrañas a la voluntad de las partes [...] a la actora le corresponde, entonces, demostrar que la extensión del plazo del contrato le fue ajena, y los supuestos del incumplimiento o de la atribución sin culpa, según el caso. De cualquier forma, como presupuesto de responsabilidad, bien sea subjetiva u objetiva, debe probarse el daño ocasionado a la parte actora, acreditando con precisión los rubros reclamados por la mayor permanencia en obra, siendo carga del demandante demostrar concretamente los ítems en que se produjeron los sobrecostos, dado que estos no pueden basarse en suposiciones*”.

Bajo este entendido, se tiene que en el *sub examine* la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, de donde los perjuicios que se alegan requiere de prueba, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal *onus*, impide su reconocimiento y aunque el juez posee claras facultades oficiosas para decretar pruebas y con ello auscultar algunos vacíos que en materia probatoria pudo dejar una deficiente concepción de la prueba por el extremo procesal interesado y de esta manera buscar la verdad material, dichas facultades deben utilizarse para esclarecer las partes oscuras que puedan quedar en el proceso, pero no puede esgrimirse para suplir la ritualidad probatoria que corresponde atender a las partes desequilibrando la relación jurídico procesal entre ambos extremos, pues al juez corresponde guardar la debida neutralidad en el transcurso del proceso, salvo que se presenten o existan condiciones excepcionales que exijan a este hacer uso de las atribuciones oficiosas en materia probatoria, las cuales en el caso concreto no se advierten.

En consecuencia, la Sala despachará desfavorablemente las pretensiones principales de la demanda atinentes a la mayor permanencia en obra derivada de las dos prórrogas del plazo contractual y sus consecuencias.



7. Costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 establece que, “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Al punto, el artículo 365 del Código General del Proceso, vigente para el momento en el que se interpuso el recurso de apelación, establece las siguientes reglas para proceder a la condena en costas:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

[...]

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

[...]

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Bajo este entendido, se condenará en costas a la parte demandante, que interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, debido a que no prosperó el recurso que formuló, y su liquidación la hará de manera concentrada el *a quo*, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso, tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 365.8 *ejusdem*, es decir, teniendo en cuenta para dicha liquidación las costas que aparezcan efectivamente probadas en el proceso.

En relación con la agencias en derecho¹³⁹ en segunda instancia, que se entienden causadas en razón de la naturaleza, calidad, cuantía del proceso y actuación desplegada por la parte vencedora¹⁴⁰, de conformidad con lo establecido en los

¹³⁹ Cfr. Art. 365 y ss. CGP.

¹⁴⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2021. Rad.: 51034



numerales 3¹⁴¹ y 4¹⁴² del artículo 366 del Código General del Proceso, la Sala no estima procedente su fijación en esta instancia, comoquiera que en el caso concreto no se encuentra acreditada su causación, pues la parte demandada no ejerció actuación alguna ante esta Corporación durante el trámite de la segunda instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 20 de mayo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 366 y 365.8 del Código General del Proceso.

No hay lugar a la fijación de agencias en derecho en segunda instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

¹⁴¹ “3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado [...] Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará”.

¹⁴² “4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.



Radicado: 73001-23-33-000-2017-00473-01 (67397)
Demandante: CONSORCIO SALDAÑA PURIFICACIÓN Y OTROS

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría REMITIR el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaró voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

CG1