

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

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Radicación: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)

Demandante: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES –
ICEIN S.A.

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS

Temas: ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO – concepto y causas de ruptura del equilibrio financiero del contrato. CONTRATOS CELEBRADOS BAJO EL MARCO DEL DECRETO 197 DE 1999 - se rigen por el derecho privado – el restablecimiento del equilibrio económico se aborda de conformidad con el artículo 868 C.Co. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – en el derecho privado. DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – concepto – causas de ruptura de la ecuación financiera en contratos sujetos a la Ley 80 de 1993. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN – presupuestos – las circunstancias en que se fundamenta deben ser sobrevinientes y ajenas a las partes – aplicación en contratos sujetos al derecho privado. CONTRATO DE OBRA – modalidades de pago – contrato a precios unitarios fijos – ajuste de precios - fluctuación en los precios y riesgos asumidos por las partes en contratos regidos por el derecho común. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS – riesgo inflacionario – cláusula de precio fijo en la contratación privada – no son aplicables las normas de la Ley 80 de 1993. DICTAMEN PERICIAL – Tiene por finalidad la verificación de hechos que interesan al proceso y requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos – Debe estar debidamente fundamentado y no puede versar sobre puntos de derecho. OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL – Procede por error grave – Casos en que se configura.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 29 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se declaró el rompimiento del equilibrio económico del Contrato I.N.V. No. 904 del 22 de diciembre de 1999 y se condenó al INVIAS al pago de \$622.286.439 a favor del contratista, por concepto de restablecimiento de la ecuación económica del mismo.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El Instituto Nacional de Vías - INVIAS y la sociedad Ingenieros Constructores e Interventores - ICEIN LTDA, actualmente Ingenieros Constructores e Interventores

– ICEIN S.A., celebraron el Contrato de obra No. I.N.V. 904-99 con el fin de realizar la *“CONSTRUCCIÓN DEL TERCER CARRIL DEL PR17+500 AL PR21+600 MANTENIMIENTO Y REFUERZO DEL PAVIMENTO EXISTENTE DEL PR14+000 AL PR21+600 DE LA CARRETERA LA PAILA-ARMENIA.”*

El demandante afirma que el asfalto es un insumo que se utilizó en la ejecución de cuatro ítems del contrato, denominados mezcla densa en caliente tipo MDC-1, mezcla densa en caliente tipo MDC-2, actividad de bacheo con MDC-3 y material de Riego de liga. Señala que durante la vigencia del contrato el precio de la tonelada del asfalto se incrementó de manera imprevista, lo que se tradujo en un aumento anormal en el costo de los ítems que incluían este material. Además, aduce que desde el 1° de noviembre de 1999 y según lo dispuesto en la Ley 488 de 1998, el asfalto pasó a ser gravado con el impuesto a las ventas – IVA. Finalmente, manifiesta que en las compras del asfalto requerido para el contrato ECOPETROL le cobró este impuesto, a pesar de que no había lugar a ello en virtud de la exención establecida en el artículo 5° de la Ley 30 de 1982.

Con fundamento en lo anterior, solicita que se declare que durante la ejecución del contrato se presentó un desequilibrio económico en contra del contratista, por hechos extraordinarios, imprevistos y ajenos al demandante, que alteraron gravemente la ecuación contractual. Como consecuencia, pretende que se condene a la demandada al pago a favor del contratista de \$357.353.344,00, junto con la correspondiente indexación hasta la fecha del pago efectivo.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 4 de junio de 2003, la sociedad INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES ICEIN S.A., mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS.

1.1. En la demanda, la parte actora formuló las siguientes pretensiones:

“IV. PRETENSIONES

4.1. Que se reconozca que en la ejecución del Contrato No. I.N.V. -904 -99, celebrado entre la Sociedad INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES ICEIN S.A. y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS se presentó un DESEQUILIBRIO ECONÓMICO, en contra del Contratista y por hechos que no le son imputables.

4.2. Que se reconozca el DESEQUILIBRIO ECONÓMICO del Contrato No. I.N.V. -904 -99 no ha sido cubierto, ni solucionado por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS.

4.3. Que en virtud del reconocimiento de DESEQUILIBRIO ECONÓMICO existente en el Contrato No. I.N.V. -904 -99, el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS adeuda a la sociedad INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES ICEIN S.A. la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$357.353.344.00) M/CTE.

4.4. Que se pague la indexación de la suma anterior, desde la fecha en la cual se haya efectuado la liquidación de aquella y hasta la fecha en la que efectivamente se realice el desembolso y pago de la misma.” (negrilla dentro del texto original)

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 el 1º de septiembre de 1999 el Instituto Nacional de Vías, en adelante INVÍAS o el Instituto, ordenó la apertura de la licitación pública No. SCT – 024 de 1999, con el fin de contratar la *“CONSTRUCCIÓN DEL TERCER CARRIL DEL PR17+500 AL PR21+600 MANTENIMIENTO Y REFUERZO DEL PAVIMENTO EXISTENTE DEL PR14+000 AL PR21+600 DE LA CARRETERA LA PAILA-ARMENIA.”*

1.2.2. Manifiesta que el 17 de septiembre de 1999, fecha de cierre de la licitación, Ingenieros Constructores e Interventores - ICEIN LTDA presentó su oferta teniendo en consideración el precio del asfalto para ese día en la refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL, el cual ascendía a \$142.912 por tonelada.

1.2.3. Aduce que desde el 1 de noviembre de 1999 y según lo dispuesto en la Ley 488 de 1998, el asfalto pasó a ser gravado con un IVA del 15%, por lo que su valor se incrementó en dicho porcentaje, quedando en \$164.349 por tonelada.

1.2.4. Señala que mediante Resolución 5151 del 29 de noviembre de 1999, el INVÍAS adjudicó la licitación a la sociedad demandante, Ingenieros Constructores e Interventores - ICEIN LTDA, actualmente Ingenieros Constructores e

Interventores – ICEIN S.A., en lo sucesivo ICEIN o el contratista.

1.2.5. Indica que el 22 de diciembre de 1999 ICEIN y el INVIAS suscribieron el Contrato I.N.V. No. 904-99, cuyo objeto consistió en la “*CONSTRUCCIÓN TERCER CARRIL DEL PR17+500 AL PR21+600 MANTENIMIENTO Y REFUERZO DEL PAVIMENTO EXISTENTE DEL PR14+000 AL PR21+600 DE LA CARRETERA LA PAILA-ARMENIA*”. Añade que el plazo del contrato se pactó en 11 meses contados a partir de la orden de inicio y su valor estimado ascendió a \$4.819.323.248.00.

1.2.6. Refiere que el 3 de enero de 2000 el precio por tonelada de asfalto sufrió un incremento del 15.46%, pasando a ser de \$189.7000, IVA incluido, en la refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL.

1.2.7. Expresa que el 7 de febrero de 2000 se impartió la orden de inicio de ejecución de la obra, de tal manera que el plazo del Contrato I.N.V. No. 904, acordado en 11 meses, se extendía hasta el 7 de enero de 2001.

1.2.8. Manifiesta que el 1º de abril de 2000, el precio de la tonelada de asfalto en la refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL se incrementó en un 16.16%, por lo que para ese momento su valor por tonelada pasó a ser de \$220.425, IVA incluido. Añade que, posteriormente, el 1º de junio de 2000 el precio de este insumo aumentó en un 15%, en la misma refinería, quedando su valor en \$253.506, IVA incluido, y el 1º de agosto de 2000 sufrió un nuevo incremento, esta vez de un 20%, por lo que su valor pasó a \$304.207, IVA incluido.

1.2.9. Expone que el 20 de septiembre de 2000 las partes suscribieron un acta de acuerdo de precios unitarios no previstos, sin modificar los precios unitarios contenidos en la oferta presentada durante el proceso de selección.

1.2.10. Afirma que el 1º de octubre de 2000 el precio por tonelada de asfalto tuvo un incremento del 14%, lo que significa que su valor, en la refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL, pasó a \$355.466.

1.2.11. Indica que el 10 de noviembre de 2000 las partes suscribieron el contrato adicional No. 1, con el fin de adicionar el valor del contrato en \$2.665.548.170 y

prorrogar el plazo del contrato hasta el 7 de junio de 2001.

1.2.12. Aduce que durante la ejecución del Contrato I.N.V. No. 904 se presentó un ostensible desequilibrio económico en perjuicio de ICEIN, motivo por el cual el 30 de marzo de 2001 elevó un derecho de petición ante el INVIAS, solicitando el restablecimiento económico del referido negocio jurídico.

1.2.13. Resalta que el INVIAS no dio respuesta a su derecho de petición dentro de los términos legales, por lo que procedió a protocolizar el silencio administrativo positivo, mediante escritura pública No. 2.195 del 14 de septiembre de 2001 otorgada en la notaría 15 del círculo de Bogotá

1.2.14. Sostiene que ICEIN no ha recibido por parte del INVIAS valor alguno por concepto de las sumas que se han causado a su favor por el desequilibrio económico del contrato, originado en el alza en los precios del asfalto y en el impuesto a las ventas sobre la compra de este material que se requería para la ejecución de unos ítems del contrato. Finalmente, refiere que a la fecha el contrato no ha sido liquidado.

1.3. Como fundamentos de su demanda citó en su apoyo el artículo 1602 del Código Civil y los artículos 3, 4, 5, 14, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993, así como varias sentencias de esta Corporación en punto al equilibrio financiero del contrato. Señaló que el aumento anormal e imprevisible del precio del asfalto, aunado al IVA con el que fue gravado este material a partir del 1 de noviembre de 1999, ocasionó un desequilibrio económico del contrato suscrito entre las partes. Manifestó que este material era un insumo necesario para la ejecución de cuatro ítems, cuyo precio fue calculado por ICEIN en su propuesta de acuerdo con los valores de mercado vigentes para el mes de septiembre de 1999, cuando presentó la oferta. Resaltó, igualmente, que ECOPETROL cobró el IVA en las ventas de asfalto desconociendo lo previsto en el artículo 5º de la Ley 30 de 1982.

En este orden, concluyó que “[c]on el nuevo precio del asfalto desapareció el equilibrio contractual y el Contratista que inicialmente obtenía una ganancia, ahora no solamente no ganó, sino que además se encontró trabajando a pérdida por causas ajenas a su voluntad”.

Por último, sostuvo que, al no haber sido contestado oportunamente el derecho de petición que ICEIN elevó ante el INVIAS solicitando el restablecimiento económico del contrato ante los hechos antes referidos, procedió a protocolizar el silencio administrativo positivo, lo cual, según adujo, *“sirve como prueba, que no admite prueba en contrario, para demostrar el rompimiento de la ecuación financiera, del derecho positivo protegido y de su cuantificación”*.

2. Contestación de la demanda

Mediante auto del 16 de octubre de 2003, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda y ordenó su notificación al INVIAS y al Ministerio Público.

2.1. El 16 de junio de 2004 el INVIAS contestó la demanda, mediante escrito en el que se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, al considerar que carecen de fundamento. En cuanto a los hechos aceptó unos, negó otros y respecto de otro tanto manifestó atenerse a lo que se probara en el proceso.

2.1.1. Adujo que no le asiste razón al demandante al alegar un desequilibrio económico del contrato, toda vez que el contrato se acordó bajo el sistema de precios unitarios sin ajustes, estipulación contractual que no fue objeto de modificación en el contrato adicional No. 1. Adicionalmente, resaltó que, conociendo la modalidad de pago pactada y la circunstancia de que entre el 1 de enero de 1999 y el día del cierre de la licitación, 8 meses después, el precio del asfalto se había incrementado en un 30%, equivalente a 3.3.% promedio por mes, *“resulta inverosímil que no haya considerado para su análisis, que el lapso subsiguiente (4 meses a partir del cierre de la licitación y los 11 meses de plazo del contrato) el producto sufriera, al menos un incremento proporcional a este valor”*.

2.1.2. Indicó que para contestar la petición presentada por ICEIN el Instituto debió elevar consultas al interventor y a la oficina jurídica de la entidad, lo cual fue informado oportunamente al contratista.

Añadió que la respuesta al derecho de petición presentado por ICEIN fue dada el 21 de agosto de 2001 y que en la misma se expusieron las razones por las cuales la entidad no consideró procedente acceder a lo solicitado, a propósito de lo cual precisó que en su respuesta el INVIAS le indicó a ICEIN que: (i) en su propuesta el contratista no presentó *“el precio unitario ni el valor del Kilogramo de asfalto, para afirmar que este precio fue el precio que se pactó”*; (ii) si el contratista dejó de considerar *“al menos los aumentos históricos del precio del asfalto y los porcentajes del IVA durante el plazo del contrato, lo que se presentó fue una “imprevisión” y no un “imprevisto”*; (iii) al suscribir el acta de acuerdo de precios del 20 de septiembre de 2000 y posteriormente el contrato adicional No. 1 del 10 de noviembre de 2000, el contratista no adujo el rompimiento del equilibrio económico del contrato, a pesar de que habían ocurrido alzas en el precio del asfalto en 4 oportunidades anteriores (1º de abril, 1º de junio, 1º de agosto y 1º de octubre de 2000); y (iv) no está demostrado que el alza del precio del asfalto *“haya afectado gravemente la economía del contrato, sino que se trata de un riesgo que está dentro del alea normal del acuerdo de voluntades”*.

2.1.3. Afirmó que la entidad le entregó al contratista un anticipo equivalente al 30% del valor total del contrato y que, tratándose de un material que podía ser almacenado, ICEIN ha debido utilizar el anticipo para comprar el asfalto requerido, teniendo en cuenta las alzas que para ese momento ya eran predecibles.

2.1.4. De igual modo, formuló las siguientes excepciones:

- (i) *“Inexistencia de responsabilidad”* y *“cobro de lo no debido”*, ambas sustentadas en que el contratista se obligó a ejecutar el contrato por el sistema de precios unitarios sin ajustes, modalidad de pago que no fue modificada por las partes a lo largo de la ejecución del contrato.
- (ii) La genérica.

3. Alegatos de conclusión

El 28 de febrero de 2013, el Tribunal corrió traslado para alegar de conclusión.

3.1. En sus alegatos de conclusión la parte demandante, tras relacionar las alzas

que sufrió el precio de la tonelada de asfalto, se refirió al derecho del contratista a que se mantengan las condiciones económicas dadas al momento de presentar la oferta y señaló que a partir de las pruebas practicadas en el proceso “se logró determinar (i) una variación imprevisible de los precios del asfalto (ii) una causación ilegal del IVA”. Sobre el particular, anotó:

“Como consecuencia de la variación de los precios del asfalto, se evidenció la onerosidad durante la ejecución del contrato y en esa medida el porcentaje de remuneración esperada por el contratista no fue la inicialmente ofertada, toda vez que los porcentajes de AIU variaron considerablemente ocasionándole al contratista un perjuicio irremediable debido a causas exógenas, las cuales deberán ser resarcidas en su integridad por parte del Invías.

Aunado a lo anterior se establece el valor por concepto del desequilibrio económico como consecuencia del cobro indebido del impuesto sobre las ventas sobre el asfalto, el cual deberá ser resarcido por el Invías, toda vez que la ley 30 de 1982 en su artículo 5 establece de manera expresa la improcedencia del gravamen del IVA sobre el asfalto”.

Además, precisó: (i) que el precio del asfalto para la época de la presentación de la oferta mostraba un incremento aproximado del 3% cada dos meses, por lo que el alza del 15% que se presentó en el año 2000 fue un hecho imprevisible, sobreviniente y ajeno al contratista; y (ii) que el asfalto, además, pasó de ser un bien excluido del impuesto a las ventas a ser gravado con un IVA del 15%, a propósito de lo cual manifestó que en cualquier caso el valor facturado por ECOPETROL no debió incluir este impuesto, pues el artículo 5° de la Ley 30 de 1982 dispone que “con el fin de fomentar la pavimentación y repavimentación de carreteras y calles, los asfaltos estarán exentos de todo IMPUESTO”, de modo que “nunca hubo razón para cobrar el mencionado impuesto”, pues la mencionada norma se encuentra vigente, tal como ha sido analizado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Concluyó que las experticias practicadas en el proceso establecieron la diferencia entre el precio del asfalto pagado por ICEIN a ECOPETROL y el que a su vez el INVÍAS le pagó al contratista, determinando que la suma dejada de recibir por ICEIN ascendió a \$327.293.072 a noviembre 9 de 2000, valor que “incluye los incrementos y el IVA aplicados al valor de la tonelada de asfalto” y el cual, con actualización e intereses, arroja un total de \$1.670.048.663, que “corresponde a la materialización del daño sufrido por ICEIN S.A. y que configura el desequilibrio económico del contrato y la pertinencia de la acción contractual impetrada”.

3.2. La demandada alegó de conclusión mediante escrito en el que reiteró las excepciones de inexistencia de responsabilidad y cobro de lo no debido que formuló al contestar la demanda, a propósito de lo cual sostuvo que ICEIN se obligó a ejecutar las obras por el sistema de precios unitarios sin ajustes y que las partes estipularon un AIU del 32% *“para garantizar que los posibles imprevistos que se lleguen a presentar durante la ejecución del contrato, no afecten económicamente al contratista”*, de tal suerte que *“el imprevisto de alza de precios en el asfalto alegada por el contratista y que fundamenta la presente acción, fue debidamente presupuestada y cancelada por la entidad contratante”*.

Afirmó que las condiciones de la licitación fueron claras desde el inicio y las mismas fueron aceptadas por el contratista al suscribir el contrato, obligándose a ejecutar las obras en los términos pactados. Indicó que al participar en el proceso licitatorio los oferentes deben estudiar cuidadosamente los riesgos del contrato y todas las condiciones atinentes a su ejecución. Además, añadió que ICEIN es una empresa con amplia experiencia, *“conocedora de la dinámica contractual, de las condiciones del mercado y de las variaciones de los precios de las materias primas utilizadas en el contrato”*, por lo que no es de recibo que pretenda *“trasladar a la entidad contratante su falta de previsión y negligencia en la revisión de los precios unitarios, tratando de configurar un desequilibrio económico que no existió”*.

Se refirió a las causas que pueden generar el rompimiento de la ecuación financiera, señaló que en el caso concreto no se reúnen los presupuestos de la teoría de la imprevisión y resaltó que el alza de los precios en el asfalto era un hecho previsible para el contratista al momento de preparar su oferta. De igual modo, indicó que cuando fue acordado el contrato adicional No. 1, mediante el cual se adicionó el plazo y valor inicial del contrato, el contratista guardó silencio respecto a los hechos que ahora aduce como fundamento de su reclamación.

3.3. El Ministerio Público no rindió concepto.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 29 de septiembre de 2014, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró el rompimiento del equilibrio económico del contrato I.N.V. No. 904 del 22 de diciembre de 1999 y condenó al INVIAS al pago de \$622.286.439 a favor del contratista, por concepto de restablecimiento de la ecuación económica del mismo.

Al respecto, el *a quo*, tras precisar los hechos probados y relacionar las pruebas que obran en el expediente, con especial énfasis en los dictámenes periciales practicados, trajo a colación algunas sentencias del Consejo de Estado referentes a las causales de ruptura del equilibrio económico del contrato y, puntualmente, a la diferencia entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe, luego de lo cual sostuvo que en el caso bajo examen “[...] surgieron situaciones imprevistas, que terminaron por afectar gravemente la ecuación financiera del contrato en cuestión, dado que en efecto, se produjo un incremento desmesurado en los precios del asfalto, durante el lapso en que se ejecutó el contrato; amén de que se le aplicó al precio de venta de dicha materia prima, un tributo a raíz de la expedición de la Ley 488 de 1998; hecho completamente ajeno a la voluntad del contratista, el cual no pudo razonablemente prever, tal y como lo afirma la parte actora, aseveración que haya(sic) total respaldo en el acervo probatorio que milita en el dossier.”

Es así como, consideró el Tribunal que en el proceso había quedado demostrada la alteración de la ecuación financiera del contrato, toda vez que el precio del asfalto presentó un incremento muy superior al comportamiento histórico que mostraba para el año de 1999, circunstancia que no era previsible al momento de la presentación de la propuesta y que afectó el valor de los ítems del contrato cuya ejecución requería un alto porcentaje de asfalto. Añadió que a lo anterior se sumó que el asfalto pasó a ser gravado con un IVA del 15%, que ECOPETROL incluyó en todas las ventas que le hizo al contratista “supuestamente en aplicación de la Ley 488 de 1998”.

En efecto, textualmente manifestó:

“[...] la alteración de la ecuación financiera del referido contrato, aparece suficientemente acreditada en el plenario, como quiera que la comunidad probatoria así lo corrobora. [...]”

Colige la Sala, de todo ello, que el comportamiento histórico de los precios del asfalto, material que hacia el año de 1999, venía sufriendo un incremento porcentual en sus precios de aproximadamente el 3% mensual; durante el año 2000, empezó a registrar aumentos que oscilaron entre el 15% y el 20% de su valor histórico promedio (en abril 16.16%; en junio 15%, en agosto 20% y en octubre 16.85%); hecho que a todas luces era imprevisible para ICEIN, por lo menos a la fecha en que presentó su propuesta (septiembre 17 de 1999), dentro del proceso licitatorio que adelantó el INVIAS y que culminó con la celebración del contrato No. 904-99. Que los ítems del contrato que se vieron afectados con estas fluctuaciones desmesuradas fueron las mezclas densas en caliente conocidas con las siglas de MDC-1, MDC-2 y MDC-3 y el llamado riego de liga; los cuales tenían un alto componente de asfalto.

Y, si a lo anterior se suma, el hecho de que el mencionado producto, antes de la presentación de la propuesta estaba exento del IVA, por tanto, el oferente no contempló este gravamen dentro de su propuesta inicial; para ser gravado luego con un IVA del 15%, supuestamente en aplicación de la Ley 488 de 1998, que ECOPEPETROL (sic) liquidó en todas las facturas de venta que extendió a ICEIN, en el transcurso de ejecución del contrato No. 904-99, es de lógica elemental que por esta causa exógena, el precio inicialmente ofertado se incrementó, en detrimento de las expectativas económicas del contratista.

Queda así absolutamente desvirtuado el argumento defensivo del INVIAS, quien solo atina a señalar, que el contrato se pactó por el sistema de precios unitarios sin ajustes, y que el contratista debió haber previsto tales alzas a la hora de configurar su oferta; que por estos motivos, no tenía entonces aquél, derecho al restablecimiento de la ecuación contractual. El comportamiento y la decisión que asumió la entidad estatal contratante, frente a la petición que le fuera formulada en su momento por ICEIN, va en contravía de lo que al respecto consagra la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación Pública, ordenamiento que en diversas normas contempla el derecho que tiene el contratista a la obtención de las utilidades que esperaba percibir con la ejecución del contrato, cuya protección debe garantizar el Estado, máxime cuando las obras estipuladas en el mismo, se recibieron a entera satisfacción, cumpliéndose de este modo fielmente la realización de los fines de interés social que con ellas se perseguían, conforme aparece probado en el expediente.”

Concluido lo anterior, procedió el Tribunal a determinar el valor correspondiente al restablecimiento de la ecuación contractual que debía ser reconocido a favor del contratista, frente a lo cual indicó que, de conformidad con el dictamen rendido por el ingeniero civil Oswaldo Burgos Carrión, el valor dejado de recibir por ICEIN, incluyendo los incrementos en el precio del asfalto y el IVA aplicado sobre el valor de este insumo, fue de \$327.293.072 al 9 de noviembre de 2000, día anterior a la celebración del contrato adicional No. 1, cifra que, actualizada a partir del 10 de noviembre de 2000 y hasta la fecha de la sentencia, ascendía a \$622.286.439. Este monto, en consecuencia, correspondió al valor de la condena impuesta en la sentencia recurrida, a título de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato *sub judice*.

5. Recurso de apelación

La demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido el 4 de marzo de 2015 y admitido el 20 de mayo de 2015.

En su recurso el INVIAS solicitó revocar la sentencia del Tribunal y declarar probadas las excepciones propuestas, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en sus alegatos de conclusión.

Manifestó, en síntesis, que la variación en los precios de las materias primas constituye un hecho previsible que ha debido ser tenido en cuenta por ICEIN al elaborar su oferta y el cual, aunado al conocimiento previo que tuvo acerca de las condiciones bajo las cuales se celebraría el contrato, el cual se pactó bajo la modalidad de precios unitarios fijos, permite evidenciar la falta de planeación y previsión del contratista, negligencia que no puede trasladarse al INVIAS sobre la base de una supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato, cuyos presupuestos no se encuentran configurados.

En este orden, insistió en que: (i) las partes convinieron que el contrato se ejecutaría por el sistema de precios unitarios sin ajustes, estipulación que es ley para los contratantes; (ii) al celebrar la adición No. 1, ICEIN *“no expresó nada relacionado con el ajuste de precios, por lo cual hoy es inaceptable cualquier reclamación relacionada con ese punto”*; y (iii) el contratista *“debió haber utilizado el valor del anticipo entregado por el INVIAS para comprar el asfalto que necesitaba para realizar la obra”*.

Finalmente, añadió que en el *sub lite* no se reúnen los presupuestos de la teoría de la imprevisión y que en lo que se refiere al cobro del IVA que el contratista afirma haber pagado, se trata de un hecho ajeno al INVIAS, toda vez que *“no los(sic) creó el INVIAS, ante lo cual sólo debe responder por situaciones como: su propio incumplimiento o la adopción de medidas unilaterales. Por el contrario, esta situación la propició el Congreso, quien es un tercero, en relación con el contrato”*.

6. Actuación en segunda instancia

Mediante providencia del 12 de agosto de 2015, se corrió traslado a las partes y al

Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

6.1. La parte actora reiteró lo expuesto en el libelo introductorio y en sus alegatos de conclusión, manifestando que las pruebas recaudadas en el proceso acreditaban la existencia del desequilibrio económico del contrato.

6.2. La demandada alegó de conclusión, reiterando su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarar probadas las excepciones propuestas, con fundamento en los mismos argumentos expuestos en instancias anteriores.

6.3. El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) acción procedente; (3) legitimación en la causa; (4) ejercicio oportuno de la acción; (5) problema jurídico; (6) solución al problema jurídico; (6.1.) régimen jurídico aplicable al contrato; (6.2.) alcance del acuerdo de voluntades celebrado el 11 de febrero de 2003; (6.3) precisiones en torno al desequilibrio económico del contrato y la teoría de la imprevisión; (6.4) hechos probados; (6.5) pruebas adicionales; (6.6.) caso concreto; y (7) condena en costas.

1. Jurisdicción y competencia

La Jurisdicción de 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 debate en sede judicial, de conformidad con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998.

En efecto, el presente litigio versa sobre un contrato celebrado por una entidad

estatal, a propósito de lo cual conviene resaltar que, si bien en los términos del artículo 6° del Decreto 197 de 1999 el negocio *sub judice* se encuentra sujeto al derecho privado, tal como se analizará más adelante (fj.6.1), al margen del régimen jurídico aplicable la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias en las que dicha entidad sea parte, comoquiera que ostenta la calidad de entidad estatal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2171 de 1992, en concordancia con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, dada la vocación de doble instancia del proceso, toda vez que la cuantía supera los 500 SMLMV de 2003, año de presentación de la demanda. Lo anterior, según lo establecido en los artículos 129, 132 numeral 5 y 181 del Código Contencioso Administrativo, vigentes a la fecha de presentación de la demanda.

2. Acción procedente

De acuerdo con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la acción contractual es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo 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.

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso la acción contractual ejercida por la parte demandante es adecuada, por cuanto en el libelo introductorio se pretende que se declare el rompimiento del equilibrio económico por causas ajenas al contratista y que, como consecuencia, se condene al INVIAS al restablecimiento de la ecuación

financiera del contrato celebrado entre las partes.

3. Legitimación en la causa

En el caso *sub examine*, está acreditado que el 22 de diciembre de 1999 ICEIN y el INVIAS suscribieron el Contrato I.N.V. No. 904, según consta en copia de dicho negocio jurídico.

Bajo el anterior contexto, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, según el cual la legitimación en la causa por activa en las acciones contractuales se encuentra, en principio, en cabeza de las partes del contrato, la Sala concluye que ICEIN e INVIAS poseen el interés jurídico que se debate en el *sub examine* y están legitimados en la causa 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. Ejercicio oportuno de la acción

El numeral 10º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, norma aplicable al caso concreto, establece que la acción contractual caducará al vencimiento del término de dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de 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.

A su turno, la Sección Tercera del Consejo de Estado en auto de unificación, estableció que en aquellos casos en los cuales las partes hayan llevado a cabo de mutuo acuerdo la liquidación del contrato con posterioridad al término convencional y/o legalmente dispuesto para su liquidación, pero dentro de los dos años posteriores a dicho vencimiento, el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales inicia a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación.

Al respecto, resulta pertinente destacar que el derecho común no contempla la liquidación del contrato y, por tanto, en los contratos que se encuentren sujetos al derecho privado aquella no se requiere, a menos que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, hubieren acordado llevar a cabo la liquidación del contrato, en cuyo caso el plazo convenido para dicho efecto deberá tenerse en cuenta en el conteo del término preclusivo.

En el presente asunto, el contrato materia de la controversia se rige por las normas del derecho privado -aspecto que será materia de posterior análisis- es decir que no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y, por tal motivo, en principio, no requiere de liquidación. Sin embargo, las partes acordaron la liquidación del contrato y en cuanto al plazo para llevarla a cabo estipularon en el numeral 3.11.12 de los pliegos de la licitación, los cuales forman parte integral del negocio *sub examine* al tenor de la cláusula 24 del mismo, que “*el contrato deberá liquidarse una vez se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas del mismo*”, añadiendo que “*el plazo máximo para la liquidación será de tres (3) meses*”.

A partir de las anteriores premisas, la Sala encuentra establecido que en el presente asunto la acción fue ejercida dentro de los dos años de que trata el numeral 10º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, toda vez que, de conformidad con los hechos probados en el proceso, se advierte lo siguiente:

- El 22 de diciembre de 1999 las partes suscribieron el contrato I.N.V. No. 904 (hecho probado 6.4.7). De conformidad con lo pactado en la cláusula 4ª del contrato, las partes convinieron que el plazo de ejecución sería de 11 meses contados a partir de la orden de iniciación impartida por el subdirector de construcción del INVIAS.
- El 7 de febrero de 2000 las partes suscribieron el acta de inicio del Contrato de obra I.N.V. No. 904 de 1999, de modo que el plazo inicialmente convenido expiraba el 7 de enero de 2001 (hecho probado 6.4.10).
- El 10 de noviembre de 2000 las partes celebraron el contrato adicional No. 1 al Contrato de obra I.N.V. No. 904 de 1999, mediante el cual adicionaron su

valor y prorrogaron el plazo de ejecución hasta el 7 de junio de 2001 (hecho probado 6.4.19).

- El 27 de abril de 2001 el INVIAS, el contratista y la interventoría suscribieron el acta de recibo definitivo de obra y el 7 de junio de 2001 finalizó el plazo de ejecución pactado (hechos probados 6.4.19 y 6.4.24).
- El 11 de febrero de 2003 las partes liquidaron de mutuo acuerdo el contrato *sub examine* (hecho probado 6.4.28).

De acuerdo con lo anterior y siguiendo la jurisprudencia de unificación atrás referida, la Sala efectuará el cómputo de caducidad a partir del día siguiente a la fecha de suscripción del acta de liquidación bilateral del Contrato I.N.V. No. 904, comoquiera que dicha liquidación bilateral, de fecha 11 de febrero de 2003, se realizó vencido el plazo de 3 meses pactado para la liquidación, pero dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento de dicho lapso.

En consecuencia, el término de caducidad del medio de control debe contarse a partir del día 12 de febrero de 2003, de tal manera que la oportunidad para interponer la demanda vencía el 12 de febrero de 2005. En consecuencia, dado que la demanda se radicó el 4 de junio de 2003, resulta claro que fue presentada dentro del término establecido en la ley para el ejercicio del derecho de acción.

5. Problema jurídico

Para desatar el recurso de apelación interpuesto por la demandante, la Sala deberá establecer si, de conformidad con los hechos probados en el caso *sub examine*, el alza en el precio del asfalto y el cobro del IVA en las compras de este insumo constituyen circunstancias extraordinarias, ajenas a las partes, imprevistas, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato, y si generaron una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones o una alteración fundamental en el equilibrio prestacional. En caso afirmativo, corresponderá a la Sala determinar el monto que debe ser reconocido a favor del contratista.

6. Solución al problema jurídico

Para resolver el problema jurídico sobre el que versa la controversia, en primer lugar,

la Sala encuentra pertinente determinar el régimen jurídico que gobernó el contrato I.N.V. No. 904 de 1999 materia de la controversia y el alcance de las pretensiones en relación con los puntos materia de salvedad en la liquidación bilateral del contrato, así como exponer algunas precisiones en torno a la figura del equilibrio económico del contrato y la teoría de la imprevisión.

En segundo lugar, en el marco del régimen legal aplicable al Contrato y lo convenido por los contratantes, la Sala, de acuerdo con las pruebas del proceso, entrará a analizar si se encuentran acreditados los presupuestos para la aplicación de la teoría de la imprevisión y si hay lugar a reconocer a favor de la parte actora los valores solicitados en la demanda.

6.1 Régimen jurídico aplicable al Contrato I.N.V. No. 904 de 1999

6.1.1. El Contrato I.N.V. No. 904, resultante del proceso de licitación pública No. SCT 024 de 1999, fue suscrito el 22 de diciembre de 1999 por el Instituto Nacional de Vías, establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2171 de 1992. En esa medida, podría pensarse en principio que su régimen jurídico sustancial es el previsto en la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración vigente al tiempo de su celebración, toda vez que se trata de una de las entidades referidas en el artículo 2º *ejusdem*. No obstante, en el presente caso la Sala encuentra que el contrato materia de examen se encuentra regido por las normas del derecho privado, conclusión a la que se llega atendiendo al régimen especial al que se sujetó el negocio jurídico celebrado en virtud de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 197 del 30 de enero de 1999, tal como se explica a continuación.

6.1.2. Mediante el Decreto 195 del 29 de enero de 1999, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en la región del Eje Cafetero afectada por el terremoto ocurrido el 25 de enero de 1999, por el término de 30 días, con el fin de conjurar y evitar la extensión de los efectos de la crisis producida como consecuencia de la calamidad pública.

Como se indicó en los considerandos del citado decreto, las funciones legales y los recursos asignados al Sistema Nacional para la Atención y Prevención de Desastres resultaban insuficientes para conjurar los efectos del terremoto y para llevar a cabo la rehabilitación y reconstrucción de la zona, circunstancia que dio lugar a expedición del Decreto Legislativo 197 del 30 de enero de 1999, mediante el cual se creó el Fondo para la Reconstrucción de la Región del Eje Cafetero (FOREC), como una entidad de naturaleza especial del orden nacional con sede en Armenia, dotado de personería jurídica y con autonomía patrimonial y financiera, con el objeto de llevar a cabo *“la financiación y realización de las actividades necesarias para la reconstrucción económica, social y ecológica de la región del Eje Cafetero afectada por el terremoto del 25 de enero de 1999”*.

Pues bien, el artículo 6° del decreto mencionado dispuso que los contratos que fueran celebrados por el FOREC para el cumplimiento de su objeto estarían sometidos al derecho privado, así como los contratos que debieran suscribir las entidades públicas en desarrollo de convenios celebrados con dicho fondo.

En efecto, el referido artículo estableció lo siguiente:

“Artículo 6°. Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, con entes públicos o privados, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y no estarán sujetos a las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993.

Tratándose de negocios fiduciarios el Fondo velará por que el objeto de los mismos se desarrolle por parte de las instituciones fiduciarias en condiciones de transparencia, libre concurrencia, eficiencia y publicidad.

De igual manera, los contratos que en desarrollo de los convenios celebrados con el Fondo deban suscribir las entidades públicas se regirán por el derecho privado.

Los contratos a que se refieren los incisos anteriores no requerirán de escritura pública, sin perjuicio de su inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos cuando a ello haya lugar para efecto de la transferencia del respectivo bien.

Para efectos de determinar los derechos notariales y registrales, así como el impuesto de registro y anotación los contratos a que se refieren los incisos anteriores se considerarán actos sin cuantía. Adicionalmente, dichos contratos y los demás actos a que haya lugar por razón de los mismos, no estarán sujetos al impuesto de timbre”.
(subrayado fuera del texto)

Al respecto, cabe anotar que la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del Decreto No. 197 del 30 de enero de 1999 lo declaró exequible, señalando en cuanto al artículo 6° y a la aplicación del derecho privado, lo siguiente:

“Son igualmente constitucionales las reglas que consagra el artículo 6 materia de cotejo, en las cuales se consagra que los contratos indispensables para la operación del Fondo no estarán sujetos a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y que se regirán por el Derecho Privado.

Habiendo sido la ley la que plasmó las exigencias y formalidades de la contratación estatal, en virtud del artículo 150, inciso final, de la Constitución, bien puede ella, por razones de orden público económico y para solucionar con rapidez y eficacia los múltiples problemas generados por la catástrofe, disponer las excepciones transitorias que permitan cumplir con los objetivos de la reconstrucción sin sobresaltos.

De otra parte, ha sido desarrollado el artículo 209 de la Constitución cuando en el segundo inciso del artículo 6 del Decreto Legislativo se estatuye que, tratándose de negocios fiduciarios, el Fondo velará porque el objeto de los mismos se desarrolle por parte de las instituciones fiduciarias en condiciones de transparencia, libre concurrencia, eficiencia y publicidad.”

6.1.3. Descendiendo al caso concreto, observa la Sala que el Contrato I.N.V. No. 904 del 22 de diciembre de 1999 fue uno de los proyectos viales que el INVIAS llevó a cabo para la construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación de vías del Eje Cafetero y para los cuales el FOREC destinó cincuenta mil millones de pesos (\$50.000.000.000,00) para la vigencia fiscal de 1999 y cien mil millones de pesos (100.000`000.000,00) de pesos durante la vigencia fiscal del año 2000, con miras a la reconstrucción de la región afectada por el terremoto del 25 de enero de 1999.

En efecto, el proceso de licitación pública No. SCT 024 de 1999 adelantado por el INVIAS, que culminó con la celebración del Contrato I.N.V. No. 904 de 1999, se llevó a cabo en desarrollo del convenio interadministrativo No. 0206 de 1999 que el Instituto suscribió con el FOREC para la realización de las obras de construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación de los proyectos viales Ibagué-Armenia, Calarcá-La Paila, Pereira-La Paila en el marco de lo dispuesto en del Decreto Legislativo 197 del 30 de enero de 1999.

Así quedó expresamente consignado en la Resolución No. 2283 del 26 de mayo de 1999, en la que el INVIAS fijó “[e]l procedimiento para la selección objetiva de los contratistas para la ejecución y control de obras a ejecutar en los proyectos viales para construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación, de Ibagué – Armenia, Calarcá – La Paila, Pereira – La Paila”, relacionados con la reconstrucción de la zona afectada por el sismo, así como en la Resolución 3616 dictada por el INVIAS el 26 de agosto de 1999, mediante la cual se dio apertura a varios procesos de selección, incluido el proceso licitatorio No. SCT 024 de 1999 que dio origen al contrato materia

de la controversia.

Precisamente en las consideraciones preliminares de la primera de las resoluciones mencionadas, el Instituto indicó (i) que los contratos que el INVIAS suscribiría en desarrollo del convenio celebrado con el FOREC y que tendrían por objeto adelantar distintos proyectos viales relacionados con la construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación de las vías Ibagué – Armenia, Calarcá – La Paila y Pereira – La Paila, de conformidad con el Artículo 6° del Decreto No. 197 de 1999 se regirían por el derecho privado; y (ii) que con el fin de propender por la selección objetiva de los contratistas, resultaba en todo caso necesario fijar el procedimiento para llevar a cabo dicha selección.

En este mismo sentido, en la Resolución 3616 de 26 de agosto de 1999, mediante la cual el INVIAS dio apertura al proceso de selección que finalizó con la celebración del contrato *sub examine*, se lee:

“CONSIDERANDO QUE:

Según lo establecido en los artículos 52 y 53 del Decreto No. 350 de 1999, “los proyectos viales para la construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación de los proyectos de Ibagué-Armenia, Calarcá-La Paila, Pereira – La Paila, serán considerados prioritarios dentro del plan de inversiones del Instituto Nacional de Vías”.

Para el desarrollo y ejecución de los proyectos a que se refiere el artículo 52 del Decreto No. 350 de 1999, el Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social de la Región del Eje Cafetero destinó cincuenta mil millones de pesos (\$50.000.000.000,00) m/legal, para la vigencia fiscal de 1999.

Los recursos previstos en dicha disposición serán ejecutados a través de la celebración de un contrato entre el Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social de la Región del Eje Cafetero y el Instituto Nacional de Vías, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6° del Decreto 197 de 1999.

Según convenio interadministrativo No. 0206 de 1999, El Instituto Nacional de Vías se comprometió a ejecutar con el citado Fondo las obras de construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación de los proyectos viales Ibagué-Armenia, Calarcá-La Paila, Pereira-La Paila.

Según Resolución No. 002283 del 26 de mayo de 1999, el Instituto Nacional de Vías estableció el procedimiento para la contratación de las obras necesarias para la construcción, rehabilitaciones y mantenimiento de los citados proyectos viales. [...]

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

Artículo 1°. Ordenar la apertura de las Licitaciones y Concursos de Méritos Nos.: [...] ACT-024-99: CONSTRUCCIÓN DEL TERCER CARRIL DEL PR17+500 AL PR21+600, MANTENIMIENTO Y REFUERZO DEL PAVIMENTO EXISTENTE DEL PR14+000 AL PR21+600 DE LA CARRETERA LA PAILA – ARMENIA. [...]. (subrayado fuera del texto)

En armonía con lo anterior, el Contrato I.N.V. No. 904 expresamente indicó que dicho negocio jurídico se regiría por las disposiciones del Decreto No. 197 de 1999, en concordancia, además, con el numeral 2.1. de los pliegos de la licitación No. SCT 024 de 1999, en el cual se consignó lo siguiente:

“2.1 REGIMEN JURÍDICO APLICABLE

El régimen jurídico aplicable al contrato que resulte de la presente licitación será el derecho privado, según lo establecido en el Artículo 6° del Decreto 197 de 1999, y lo contemplado en el presente Pliego de Condiciones”.

6.1.4. Bajo este contexto, de conformidad con lo establecido en el artículo 6° del Decreto 197 de 1999, en el convenio interadministrativo No. 0206 de 1999 celebrado entre el FOREC y el INVIAS, en los documentos del proceso licitatorio y en el negocio jurídico suscrito por las partes, la Sala concluye que el régimen jurídico del contrato I.N.V. No. 904 de 1999 es el derecho común, siendo bajo este marco normativo que la Sala, por tanto, abordará el estudio del caso sometido a análisis.

En este punto, conviene añadir que el contrato que originó la disputa es uno de obra, sobre el cual la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha resaltado que se trata del *“acto jurídico por el cual una persona asume para con otra, el compromiso de efectuar un trabajo material determinado, bajo un precio, sin que ello implique una relación de subordinación o de representación, destacando entonces, su carácter de consensual, siendo suficiente para su perfección, el solo acuerdo sobre las condiciones de la construcción y su pago”.*

Además, de conformidad con lo pactado en las cláusulas primera y segunda observa la Sala que el referido negocio jurídico se pactó bajo la modalidad de precios unitarios, forma de pago según la cual el valor del contrato es el resultado de multiplicar los precios unitarios pactados por las cantidades de obra ejecutadas.

En conclusión, como las partes suscribieron un contrato para la construcción del tercer carril, mantenimiento y refuerzo del pavimento de un segmento de la carretera La Paila-Armenia y el mismo fue celebrado por el INVIAS en virtud de lo dispuesto por el Decreto Legislativo 197 de 1999, el contrato es de obra, se pactó bajo el sistema de precios unitarios y se rige por las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio.

6.2 Alcance del acuerdo de voluntades celebrado el 11 de febrero de 2003

Antes de abordar el estudio del recurso de apelación, es importante detenerse a revisar el objeto y alcance del acuerdo de voluntades contenido en el documento denominado “*Acta de liquidación final No. 00116*” firmado por las partes el 11 de febrero de 2003, con el fin de establecer cuáles fueron los aspectos materia del pacto y si el mismo cobijó o no las reclamaciones a que se refieren las pretensiones de la demanda.

Según se anotó anteriormente, si bien en el derecho privado no está contemplada la liquidación del contrato, ello no es óbice, por supuesto, para que las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad liquiden de consuno el negocio jurídico que han celebrado y alcancen los acuerdos que a bien consideren, siendo claro que cuando ello ocurre el negocio convenido tiene fuerza vinculante, en los precisos términos del artículo 1602 del Código Civil, aunque por supuesto solo respecto de aquellos asuntos que hayan sido materia del mismo, los cuales no podrán ser desconocidos a posteriori.

Descendiendo al caso concreto, procede la Sala a examinar la referida acta de liquidación del 11 de febrero de 2003, encontrando que en ella las partes discriminaron el valor total del contrato y de sus adicionales, así como el valor ejecutado y pagado al contratista, este último “*de conformidad con la Relación de Pagos de fecha 13 de septiembre de 2002, expedida por el Jefe de la División de Tesorería y la Jefe de Contabilidad del Instituto Nacional de Vías*”. Además, consignaron la información atinente al anticipo entregado y “*legalizado*”, como resultado del cual precisaron que el valor ejecutado por concepto de “*Actas de Obra Básica*” ascendió a \$7.512.252.379.55, monto que, según indicaron, corresponde exactamente a la suma total pagada al contratista. Por último, en el acta se incorporó la siguiente constancia del contratista:

“Constancia

El contratista deja expresa constancia que en el desarrollo del contrato INV904-1999 informó al Instituto la ocurrencia de situaciones que le eran ajenas y que afectaron el equilibrio económico, así mismo, solicitó el restablecimiento de dicho equilibrio mediante documento de solicitud del restablecimiento del equilibrio económico contractual debidamente fundamentado y aprobado. El instituto presentó respuesta negativa del mismo por lo que el contratista presentó una solicitud de conciliación

prejudicial ante el procurador delegado No. 4 de la Procuraduría General de la República para el tribunal Administrativo de Cundinamarca. Es así, que el contratista mediante la presente constancia, se reserva el derecho a demandar a través de las instancias judiciales correspondientes el restablecimiento del equilibrio.”

A partir de lo anterior, se concluye que las partes transaron cualquier divergencia relacionada con el valor de las actas de obra básica ejecutadas y su pago total al contratista, sin saldo alguno pendiente. A su vez, la Sala observa que no quedó comprendido en el referido acuerdo de voluntades lo atinente a las reclamaciones a que se refieren las pretensiones planteadas en el libelo introductorio, encaminadas a que se declare la ruptura del equilibrio económico del contrato originada en el alza del precio del asfalto y el cobro del IVA en las compras de dicho material, mismas a las que ciertamente se refirió la solicitud presentada por el contratista ante el INVIAS a que alude la constancia expresamente plasmada, así como la respuesta del Instituto frente a la misma (hechos probados 6.4.22, 6.4.25, 6.4.26 y 6.4.27), de modo que en lo atinente a dichos puntos subsistió la divergencia entre las partes. En suma, la Sala concluye que las reclamaciones que son objeto de las pretensiones de la demanda no fueron materia de transacción o acuerdo entre las partes en la liquidación que acordaron el 11 de febrero de 2003, por lo que sobre el particular no se advierte reparo alguno, pues ciertamente las pretensiones del libelo introductorio no desconocen lo convenido.

6.3. Precisiones en torno al equilibrio económico del contrato y la teoría de la imprevisión

En virtud de la fuerza normativa del acuerdo de voluntades, las partes se encuentran obligadas a cumplir los contratos celebrados en los términos por ellas pactados, tal como se desprende del artículo 1602 del Código Civil que le confiere al negocio jurídico efectos de ley entre los contratantes. Sin embargo, no puede desconocerse que durante el desarrollo del vínculo negocial pueden sobrevenir hechos que hagan demasiado oneroso el cumplimiento de las prestaciones para una de las partes, tornando en injusta la exigencia de su ejecución en los términos estrictamente pactados y sin consideración a las circunstancias externas sobrevinientes, lo que ha conducido a implementar distintos mecanismos destinados a preservar la igualdad y equivalencia de las prestaciones asumidas.

Es bajo esta óptica que emerge la teoría del equilibrio o equivalencia de la ecuación

económica, con el fin de garantizar que en el desarrollo del contrato se preserven las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes a su nacimiento, pues es en ese momento en el que las partes estiman el provecho que habrá de reportarles el negocio jurídico a la vista de las prestaciones a cargo de cada una, constituyéndose una ecuación financiera que deberá mantenerse a lo largo de su ejecución. En otras palabras, en la etapa de formación del vínculo contractual las partes evalúan las ventajas y cargas correlativas resultantes del acuerdo de voluntades, vale decir, el conjunto de derechos, prestaciones y riesgos que formarán la ecuación económica del contrato

Así las cosas, frente al principio "*pacta sunt servanda*", que como es sabido hace referencia a la firmeza y solidez del vínculo contractual, se erige la denominada "*cláusula rebus sic stantibus*", instituto en virtud del cual las estipulaciones contractuales son acordadas por las partes sobre la base de las condiciones presentes al surgimiento del vínculo negocial, de tal suerte que la exigencia del cumplimiento exacto de lo pactado opera siempre y cuando se conserve la situación de cargas y beneficios existentes al acordar el contrato, entendida no como una equivalencia matemática, sino como un balance razonable de las ventajas y cargas que se asumen y que se miran como equivalentes, de tal manera que si se altera por causas no atribuibles a quien resulte afectado, han de adoptarse las medidas necesarias para su restablecimiento.

Diversas normas la Ley 80 de 1993 consagran la obligación de mantener el equilibrio económico del contrato y de adoptar los mecanismos de restablecimiento. Así, al tenor del artículo 4º, numerales 3º y 8º, de la referida ley, las entidades estatales deben solicitar "*la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato*", así como adoptar "*las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios*".

A su vez, de conformidad con el artículo 5º del referido estatuto:

“Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. [...]”

Por su parte, el artículo 14 *ibidem*, dispone que cuando la Administración ejerza alguna de sus potestades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral, debe reconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tenga derecho el contratista y aplicar los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar a fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

De igual modo, según las voces del artículo 27 *ejusdem*, “[e]n 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 [...]”. Además, el artículo 28 del mismo estatuto estipula que en la interpretación de las normas sobre contratos estatales se tendrá en consideración, entre otras cosas, la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Como puede apreciarse, las anteriores normas, entre otras disposiciones del referido estatuto, consagran en el campo de la contratación estatal la figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, sobre la base de reconocer que, si bien los contratos son ley para los contratantes, ante la alteración sustancial de la economía del contrato por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes e impredecibles, las partes tienen derecho a solicitar el restablecimiento del equilibrio financiero.

Ahora bien, dado que se afecta la fuerza vinculante del negocio jurídico, no cualquier trastorno o desbalance de la ecuación financiera constituye un rompimiento de la equivalencia económica o financiera del contrato, comoquiera que existen riesgos inherentes a la actividad contractual que, por tanto, deben ser asumidos por las partes. En este sentido, la jurisprudencia se ha ocupado de precisar que la equivalencia prestacional puede verse afectada en tres eventos: (i) por factores externos a las partes que se enmarquen en la denominada “teoría de la imprevisión”; (ii) por actos de la entidad contratante que, en uso de sus potestades excepcionales, modifiquen las condiciones -“*ius variandi*”; y (iii) por actos de la administración como Estado en ejercicio legítimo de su posición de autoridad -“teoría del hecho del príncipe”- que afecten indirectamente o de modo reflejo la economía del contrato.

Sobre el particular, la Sala encuentra pertinente precisar que tratándose de contratos sujetos al derecho privado, la procedencia de un eventual restablecimiento de las condiciones contractuales frente al desequilibrio económico sobreviniente, no se abre paso desde la perspectiva de las anteriores disposiciones de la Ley 80 de 1993, sino a partir del ámbito de la denominada “teoría de la imprevisión”, siempre que se trate de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato de ejecución sucesiva y ajenas a las partes, que generen una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones o una alteración fundamental en el equilibrio prestacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 868 del Código de Comercio.

En efecto, en el derecho privado, que es el régimen sustancial aplicable al negocio *subjudice*, lo concerniente a la conmutatividad o equivalencia entre las prestaciones contractuales se encuentra regulado expresamente en el artículo 868 del estatuto mercantil, a cuyo tenor:

“Artículo 868. Revisión del Contrato por Circunstancias Extraordinarias. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.”

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”

En este sentido, 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 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 contrato.

Para la prosperidad de las pretensiones fundadas en la teoría de la imprevisión los anteriores presupuestos, que son concurrentes, deben encontrarse plenamente acreditados, carga probatoria que recae en el demandante, a quien le corresponde demostrar el rompimiento de la equivalencia contractual a causa de un hecho imprevisto e imprevisible, ajeno a las partes y que se produjo con posterioridad a la celebración del contrato, así como probar los sobrecostos extraordinarios derivados del mismo.

De acuerdo con lo anterior, de conformidad con las pretensiones y hechos de la demanda, la Sala observa que en el libelo introductorio se solicita el pago de los sobrecostos en los que el actor aduce haber incurrido (i) por el incremento anormal e imprevisto del precio del asfalto, que a su turno condujo a un aumento excesivo del costo de los ítems del contrato que emplearon este material y (ii) por el cobro del IVA en las compras de asfalto que el contratista realizó para la ejecución del contrato, gravamen que según la actora fue establecido en virtud de la Ley 488 de 1998 y le fue cobrado indebidamente por ECOPETROL, pues de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 30 de 1982 el asfalto se encontraba exento de impuestos.

En conclusión, atendiendo al régimen jurídico que rige el contrato materia de la litis, aun cuando el actor fundamenta sus pretensiones en las disposiciones del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, la Sala no realizará el análisis del caso *sub judice* desde la perspectiva del rompimiento de la ecuación financiera en el marco de la Ley 80 de 1993, sino de conformidad con el artículo 868 del Código de Comercio, precisando que, tratándose de contratos celebrados por entidades estatales, sea que se rijan por normas de derecho público o de derecho privado, la jurisprudencia ha concluido que las partes pueden solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato al amparo de la teoría de la imprevisión aun

cuando la ejecución del contrato haya finalizado.

6.4. Hechos probados

Bajo el marco conceptual que ha quedado expuesto, procede la Sala a precisar los hechos que se encuentran probados en el proceso. A dicho efecto, la Sala analizará los documentos aportados en copia simple, comoquiera que no fueron tachados de falsedad por alguna de las partes dentro de la oportunidad procesal pertinente, y tampoco existe alguna disposición que haga exigible el requisito de las copias auténticas o de una determinada copia, de conformidad con lo manifestado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013.

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

6.4.1. Quedó establecido que mediante la Resolución No. 2283 del 26 de mayo de 1999, el INVIAS fijó “[e]l *procedimiento para la selección objetiva de los contratistas para la ejecución y control de obras a ejecutar en los proyectos viales para construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación, de Ibagué – Armenia, Calarcá – La Paila, Pereira – La Paila*”. De acuerdo con lo consignado en las consideraciones preliminares de la resolución mencionada, la misma tuvo como fundamento (i) que los contratos que suscribiría el Instituto en desarrollo del convenio celebrado con el FOREC y que tendrían por objeto adelantar distintos proyectos viales relacionados con la construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación de las vías Ibagué – Armenia, Calarcá – La Paila y Pereira – La Paila, de conformidad con el Artículo 6º del Decreto No. 197 de 1999, se regirían por el derecho privado; y (ii) que con el fin de propender por la selección objetiva de los contratistas, resultaba necesario fijar el procedimiento para llevar a cabo dicha selección.

6.4.2. Se probó que mediante la Resolución No. 3616 del 29 de agosto de 1999, el INVIAS dio apertura a varias licitaciones y concursos de méritos relacionados con la construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación en distintas vías localizadas en el Eje Cafetero, incluida la Licitación Pública No. SCT-024-1999, en el marco del convenio celebrado con el FOREC ante la calamidad pública ocasionada por el

terremoto del 25 de enero de 1999, según consta en la copia de la resolución indicada.

En la mencionada decisión, el INVIAS precisó que el desarrollo y ejecución de dichos proyectos se enmarcaban en el convenio interadministrativo No. 0206 de 1999 celebrado entre el FOREC y el INVIAS y que, de conformidad con lo establecido en el artículo 6° del Decreto 197 de 1999, dichos contratos estarían sujetos al derecho común.

6.4.3. Quedó demostrado que, bajo el contexto anterior, el INVIAS adelantó el proceso de licitación No. SCT-024-1999, con el fin de contratar la construcción del tercer carril del PR17+500 al PR21+600, mantenimiento y refuerzo del pavimento existente del PR14+000 al PR21+600 de la carretera La Paila – Armenia, ubicada en el departamento del Quindío, por el sistema de precios unitarios fijos y con un plazo inicial de 11 meses, como consta en copia de los pliegos de la licitación, entre otros documentos del proceso de selección cuya copia obra al expediente.

En cuanto a las principales condiciones consignadas en los pliegos de condiciones, en lo que guarda relación con la controversia sometida a examen, se destacan los siguientes apartes:

* En el numeral 1.1. del Volumen III de los pliegos de la licitación se describió la obra a contratar, indicándose que el contrato se ejecutaría bajo la modalidad de precios unitarios fijos. En este orden, se dispuso:

*“El Instituto Nacional de Vías, desea contratar **por el sistema de precios unitarios fijos**, LA CONSTRUCCIÓN DEL TERCER CARRIL, DEL PR 17 + 500 AL PR 21 + 600 Y MANTENIMIENTO Y REFUERZO DEL PAVIMENTO EXISTENTE DEL PR 14 + 000 AL PR 21 + 600 DE LA CARRETERA LA PAILA – ARMENIA.*

La carretera objeto de la presente licitación se encuentra localizada en el Departamento del Quindío.

Las (sic) principales trabajos de construcción por ejecutar comprenden, entre otros: lo correspondiente a construcción de un tercer carril y un refuerzo del pavimento existente que contempla en su mayoría los siguientes trabajos: excavación de la explanación, canales y préstamos, transporte de material proveniente de la excavación, subbase granular, base granular, base estabilizada con cemento, excavación para reparación del pavimento existente, mezcla densa en caliente, fresado del pavimento asfáltico, excavaciones varias, concreto clase C, F, cunetas revestidas en concreto, señales de tránsito, obras de conservación y emperadización”.
(resaltado fuera del texto)

* En lo concerniente a los precios de la propuesta, el numeral 2.15 del Volumen I de los Pliegos consignó que en los precios unitarios ofertados el contratista debía incluir todos los gastos y costos requeridos para la realización de las obras. Además, en el numeral 1.2.17 se indicó que el costo de los materiales y toda clase de elementos suministrados en relación con el contrato estaría incluido en los precios unitarios contenidos en el Formulario de Cantidades aproximadas de Obra y Precios, salvo disposición expresa en contrario, circunstancia que nuevamente fue consignada en el numeral 2.20, en el que se precisó:

“2.20 MATERIALES

Los Proponente establecerán las fuentes de materiales que, en caso de resultar favorecidos, utilizarán en la ejecución de la obra. [...]

[...] La totalidad de los costos deberán estar incluidos en los ítems de pago de las obras de que trata la presente Licitación. El constructor se obliga a conseguir oportunamente todos los materiales y suministros que se requieran para la construcción de las obras y a mantener permanentemente una cantidad suficiente para no retrasar el avance de los trabajos.

El Instituto no asumirá ningún reclamo del constructor, por costos, plazos, falta o escasez de materiales o elementos de construcción, o por cualquiera de los eventos contemplados en este numeral”. (resaltado fuera del texto)

* Por su parte, en el numeral 4.8. del Volumen I de los Pliegos se dispuso que el proponente debía informarse acerca de las circunstancias y condiciones físicas y económicas, así como de las leyes y reglamentaciones que tuvieran incidencia en los costos y en el plazo del contrato.

En similar sentido, de conformidad con el numeral 4.10 del Volumen I de los pliegos de condiciones, al formular la propuesta el oferente debía estudiar todo lo concerniente a la naturaleza de los trabajos a realizar, así como tener en consideración los distintos factores que pudieren afectar el desarrollo del proyecto, los plazos para la ejecución de los trabajos y su costo, incluida la normatividad aplicable.

* Por otro lado, en los numerales 2.2.1, 2.4 y 2.5 del Volumen I de los pliegos de la licitación, se precisó:

“2.2.1 ESTUDIO DEL PLIEGO

Los proponentes deberán examinar cuidadosamente el Pliego de Condiciones y si encontraren discrepancias u omisiones en cualquiera de sus partes o si tuvieran dudas acerca de su significado deberán solicitar por escrito y obtener del Instituto también por escrito las aclaraciones del caso dentro del término de la Licitación. Las aclaraciones se harán conocer a todos los proponentes por escrito, como se establece en el numeral 2.5 – “ACLARACIONES AL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN”, del presente volumen del pliego de condiciones. Si no se presentaren solicitudes relacionadas con los aspectos mencionados, se entenderá que el Pliego de Condiciones se ha encontrado satisfactorio y que el proponente no tiene dudas de ninguna especie sobre el mismo.

[...]

2.4 AUDIENCIA PARA PRECISAR EL CONTENIDO Y ALCANCE DEL PLIEGO DE CONDICIONES

Con el fin de precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones, y de oír a los interesados, se celebrará una audiencia, en el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - Auditorio del Primer Piso - Santa Fe de Bogotá D.C, el día 06 de septiembre de 1999, a las 10:30 a.m., de la anterior se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia, y cuando resulte conveniente, el Instituto expedirá las modificaciones pertinentes a este pliego de condiciones y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la Licitación hasta por seis (6) días hábiles.

2.5 ACLARACIONES A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

*Si los proponentes encontraren discrepancias u omisiones en los documentos de la Licitación, tuvieran dudas acerca de su significado o interpretación, o requirieren precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones, deberán darlo a conocer al Instituto en la audiencia que trata el numeral 2.4 - *AUDIENCIA PARA PRECISAR EL CONTENIDO Y ALCANCE DEL PLIEGO DE CONDICIONES* del presente pliego de condiciones. Lo anterior no impide que dentro del plazo establecido para la presentación de propuestas, entendido como el término que transcurre entre las fechas de apertura y cierre de la licitación, los proponentes puedan solicitar por escrito a la Subdirección de Construcción, otras aclaraciones que no hubieren sido resueltas en la audiencia, con una antelación no inferior a cinco (5) días calendario a la fecha de cierre de la Licitación, para obtener por escrito las aclaraciones del caso antes de dicha fecha, de las que se enviará copia a todas las personas que hayan retirado pliego de condiciones.*

La consulta y respuesta no producirán efecto suspensivo sobre el plazo de la presentación de las propuestas, ni constituirán modificación de los presentes Pliegos de Condiciones dado que la modificación de pliegos se hará exclusivamente mediante adendos de acuerdo con los establecido en estos Pliegos de Condiciones.

- * En materia de impuestos, el numeral 4.30 consagró lo siguiente:

“4.30 DERECHOS, IMPUESTOS Y LEYES

*El Contratista deberá pagar todos los derechos, impuestos y contribuciones establecidas por las diferentes autoridades nacionales, departamentales o municipales y que afecten el Contrato y las actividades que de él se deriven.
[...]*

- * Finalmente, en cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, el numeral 2.1. del Volumen I de los pliegos de la licitación precisó:

“2.1. REGIMEN JURÍDICO APLICABLE

El régimen jurídico aplicable al contrato que resulte de la presente licitación será el derecho privado, según los (sic) establecido en el Artículo 6º del Decreto 197 de 1999, y lo contemplado en el presente Pliego de Condiciones”.

6.4.4. Se acreditó que en el marco de la licitación No. SCT-024-99 la sociedad demandante presentó propuesta, fechada el 17 de septiembre de 1999, por un valor total de \$4.848.531.268,00, IVA incluido, de conformidad con el “*formulario de cantidades aproximadas de obra y precios*”, en el que consignó el precio unitario de cada uno de los ítems contemplados en los pliegos de la licitación y su valor total de conformidad con las cantidades de obra estimadas, según consta en copia de la oferta presentada por ICEIN.

Al respecto, se destacan los siguientes puntos de la propuesta formulada por la actora:

* En el formulario de precios y cantidades ICEIN ofreció los precios unitarios correspondientes a los distintos ítems incluidos en los pliegos, incluyendo los siguientes precios relacionados con la materia objeto de la controversia:

No.	ESPECIFICACIÓN (INV 1996)	G.P. G.	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	PRECIO	TOTAL
12	450P	P	Mezcla densa en caliente (MDC-1)	m3	8.500	\$184.505,00	\$1.568.292.500,00
13	450P	P	Mezcla densa en caliente (MDC-2)	m3	4000	\$191.628,00	\$766.512.000,00
14	450P	P	Mezcla densa en caliente (MDC-3)	m3	203	\$206.550,00	\$42.342.750,00
15	450P	P	Mezcla densa en caliente para bacheo	m3	437	\$218.274,00	\$95.385.738,00

* Además, incluyó el “*desglose detallado del porcentaje de A.I.U empleado*”, anexo en el que precisó que el A.I.U del contrato sería del 32%, distribuido así: 22% por concepto de administración, 5% por imprevistos y 5% de utilidad

* De igual modo, presentó los análisis de los precios unitarios propuestos, en donde consignó la descomposición de cada precio, incluyendo equipo, materiales en obra, transportes y mano de obra, con indicación de cantidades y valores unitarios

de cada elemento. En efecto, en los APU's se reflejó la siguiente información:

- (i) En cuanto al ítem mezcla densa en caliente (MDC-1), el proponente indicó que el costo directo de los materiales fue de \$6.550.00, que correspondía imprimación y mezcla MDC-1 en planta con asfalto, respecto a cada uno de los cuales solamente indicó el precio unitario y la cantidad. En efecto, el análisis del precio unitario del ítem mencionado, fue el siguiente:

ITEM: Mezcla densa en caliente (MDC-1)					Unidad:	M3
PROYECTO: CONSTRUCCIÓN TERCER CARRIL DEL PR 17 + 500 AL PR 21+600 Y MANTENIMIENTO Y REFUERZO DEL PAVIMENTO EXISTENTE PR 14 + 000 AL PR 21+ 600 DE LA CARRETERA LA PAILA ARMENIA						
1. EQUIPO						
DESCRIPCIÓN	TIPO	TARIFA/HORA	RENDIMIENTO	VALOR UNIT		
COMPACTADOR TENDEM PAVIMENTO (80 HP)		33,600	12.00	2,800.00		
TERMINADORA TIPO AP-1000 (174 HP)		45,000	12.00	3,750.00		
2. MATERIALES EN OBRA					SUBTOTAL: 6,550.00	
DESCRIPCIÓN	UNIDAD	PRECIO UNIT	CANTIDAD	VALOR UNIT		
IMPRIMACIÓN	M2	625,42	10.000	6,254.20		
MEZCLA MDC-1 EN PLANTA CON ASFALTO	M3-S	87,032	1.300	113,141.60		
3. TRANSPORTES					SUBTOTAL: 119,395.80	
MATERIAL	Vol- Peso- Can	DISTANCIA	M3 o Ton/km	TARIFA	VALOR UNIT	
TRANSPORTE PAVIMENTO	1.30	40.00	52.00	220.00	11,440.00	
4. MANO DE OBRA					SUBTOTAL: 11,440.00	
TRABAJADOR	JORNAL	PRESTACIONES	JORNAL TOTAL	RENDIMIENTO	VALOR UNIT	
CUADRILLA 1-4-4	102,000.00	2.25	229,500.00	96.00	2,390.63	
5. COSTOS INDIRECTOS					SUBTOTAL: 2,390.63	
TOTAL COSTOS DIRECTOS:					139,776.42	
DESCRIPCIÓN	PORCENTAJE	VALOR TOTAL				

ADMINISTRACIÓN			
UTILIDAD	22.00%	30,750.81	
IMPREVISTOS	5.00%	6,988.82	
	5.00%	6,988.82	

		44,728.46
PRECIO UNITARIO TOTAL (Aproximado al peso)	m3	184,505.00

(ii) En cuanto al ítem mezcla densa en caliente (MDC-2), la propuesta de ICEIN señaló que en la descomposición del precio unitario ofertado el costo directo de los materiales era de \$8.650.00 y que los materiales empleados en este ítem eran riego de liga y mezcla MDC-2 en planta con asfalto, cada uno con especificación del precio unitario y cantidad. De hecho, en el análisis del precio unitario de este ítem” contenido en la oferta de ICEIN se consignaron los siguientes datos:

ITEM: Mezcla densa en caliente (MDC-2)				Unidad:	M3
PROYECTO: CONSTRUCCIÓN TERCER CARRIL DEL PR 17 + 500 AL PR 21+600 Y MANTENIMIENTO Y REFUERZO DEL PAVIMENTO EXISTENTE PR 14 + 000 AL PR 21+ 600 DE LA CARRETERA LA PAILA ARMENIA					
1. EQUIPO					
DESCRIPCIÓN	TIPO	TARIFA/HORA	RENDIMIENTO	VALOR UNIT	
COMPACTADOR TENDEM PAVIMENTO (80 HP)		33,600	12.00	2,800.00	
COMPACTADOR LLANTAS TIPO PS 150 (80 HP)		25,200	12.00	2,100.00	
TERMINADORA TIPO AP-1000 (174 HP)		45,000	12.00	3,750.00	
				SUBTOTAL: 8,650.00	
2. MATERIALES EN OBRA					
DESCRIPCIÓN	UNIDAD	PRECIO UNIT	CANTIDAD	VALOR UNIT	
RIEGO DE LIGA	M2	217,54	20.000	4,350.80	
MEZCLA MDC-2 EN PLANTA CON ASFALTO	M3-S	91,032.00	1.300	118,341.60	
				SUBTOTAL: 122,692.40	
3. TRANSPORTES					
MATERIAL	Vol- Peso- Can	DISTANCIA	M3 o Ton/km	TARIFA	VALOR UNIT
TRANSPORTE PAVIMENTO	1.30	40.00	52.00	220.00	11,440.00
				SUBTOTAL: 11,440.00	
4. MANO DE OBRA					
TRABAJADOR	JORNAL	PRESTACIONES	JORNAL TOTAL	RENDIMIENTO	VALOR UNIT
CUADRILLA 1-4-4	102,000.00	2.25	229,500.00	96.00	2,390.63

5. COSTOS INDIRECTOS		SUBTOTAL: 2,390.63	
		TOTAL COSTOS DIRECTOS:	145,173.02
DESCRIPCIÓN	PORCENTAJE	VALOR TOTAL	
ADMINISTRACIÓN	22.00%	31,938.07	
UTILIDAD	5.00%	7,258.65	
IMPREVISTOS	5.00%	7,258.65	
			46,455.37
PRECIO UNITARIO TOTAL (Aproximado al peso)		m3	191,628.00

(iii) Para el ítem mezcla densa en caliente (MDC-3), el único material contemplado en la oferta, cuyo costo directo se fijó en \$8.650.00, fue la mezcla MDC-3 en planta con asfalto, con indicación de su precio unitario y la cantidad correspondiente. Es así como, el análisis de este fue el siguiente:

ITEM: Mezcla densa en caliente (MDC-3)		Unidad: M3	
PROYECTO: CONSTRUCCIÓN TERCER CARRIL DEL PR 17 + 500 AL PR 21+600 Y MANTENIMIENTO Y REFUERZO DEL PAVIMENTO EXISTENTE PR 14 + 000 AL PR 21+ 600 DE LA CARRETERA LA PAILA ARMENIA			
1. EQUIPO			
DESCRIPCIÓN	TIPO	TARIFA/HORA	RENDIMIENTO VALOR UNIT
COMPACTADOR TENDEM PAVIMENTO (80 HP)		33,600	12.00 2,800.00
COMPACTADOR LLANTAS TIPO PS 150 (80 HP)		25,200	12.00 2,100.00
TERMINADORA TIPO AP-1000 (174 HP)		45,000	12.00 3,750.00
			SUBTOTAL: 8,650.00
2. MATERIALES EN OBRA			
DESCRIPCIÓN	UNIDAD	PRECIO UNIT	CANTIDAD VALOR UNIT
MEZCLA MDC-3 EN PLANTA CON ASFALTO	M3-S	103,074.22	1.300 133,996.49
			SUBTOTAL: 133,996.49
3. TRANSPORTES			
MATERIAL	Vol- Peso- Can	DISTANCIA	M3 o Ton/km TARIFA VALOR UNIT
TRANSPORTE PAVIMENTO	1.30	40.00	52.00 220.00 11,440.00
			SUBTOTAL: 11,440.00
4. MANO DE OBRA			

TRABAJADOR	JORNAL	PRESTACIONES	JORNAL TOTAL	RENDIMIENTO	VALOR UNIT
CUADRILLA 1-4-4	102,000.00	2.25	229,500.00	96.00	2,390.63
5. COSTOS INDIRECTOS					SUBTOTAL: 2,390.63
TOTAL COSTOS DIRECTOS:					156,477.11
DESCRIPCIÓN	PORCENTAJE	VALOR TOTAL			
ADMINISTRACIÓN					
UTILIDAD	22.00%	34,424.97			
IMPREVISTOS	5.00%	7,823.86			
	5.00%	7,823.86			
					50,072.68
PRECIO UNITARIO TOTAL (Aproximado al peso)					206,550.00
					m3

(iv) Y respecto al ítem mezcla densa en caliente para bacheo, los materiales contemplados en el desglose del respectivo precio unitario fueron el riego de liga y la mezcla MDC-3 en planta con asfalto. Cada uno de estos componentes se acompañó de la información atinente a precio unitario y cantidad y el total correspondiente al costo directo por materiales fue de \$8.400.00, así:

Análisis del precio unitarios del ítem denominado "Mezcla densa en caliente para bacheo":

ITEM: Mezcla densa en caliente para bacheo				M3
Unidad:				
PROYECTO: CONSTRUCCIÓN TERCER CARRIL DEL PR 17 + 500 AL PR 21+600 Y MANTENIMIENTO Y REFUERZO DEL PAVIMENTO EXISTENTE PR 14 + 000 AL PR 21+ 600 DE LA CARRETERA LA PAILA ARMENIA				
1. EQUIPO				
DESCRIPCIÓN	TIPO	TARIFA/HORA	RENDIMIENTO	VALOR UNIT
COMPACTADOR TENDEM PAVIMENTO (80 HP)		33,600	4.00	8,400.00
2. MATERIALES EN OBRA				SUBTOTAL: 8,400.00
DESCRIPCIÓN	UNIDAD	PRECIO UNIT	CANTIDAD	VALOR UNIT

RIEGO DE LIGA	M2	217.54	20.000	4,350.80	
MEZCLA MDC-3 EN PLANTA CON ASFALTO	M3-S	103,074.22	1.300	133,996.49	
3. TRANSPORTES				SUBTOTAL: 138,347.29	
MATERIAL	Vol-Peso-Can	DISTANCIA	M3 o Ton/km	TARIFA	VALOR UNIT
TRANSPORTE PAVIMENTO	1.30	40.00	52.00	220.00	11,440.00
4. MANO DE OBRA				SUBTOTAL: 11,440.00	
TRABAJADOR	JORNAL	PRESTACIONES	JORNAL TOTAL	RENDIMIENTO	VALOR UNIT
CUADRILLA 1-4-4	102,000.00	2.25	229,500.00	32.00	7,171.88
5. COSTOS INDIRECTOS				SUBTOTAL: 7,171.88	
TOTAL COSTOS DIRECTOS:				165,359.16	
DESCRIPCIÓN	PORCENTAJE		VALOR TOTAL		
ADMINISTRACIÓN	22.00%		36,379.02		
UTILIDAD	5.00%		8,267.96		
IMPREVISTOS	5.00%		8,267.96		
				52,914.93	
PRECIO UNITARIO TOTAL (Aproximado al peso)				m3	218,274.00

6.4.5. De acuerdo con las pruebas del proceso, quedó establecido que los precios de venta del asfalto durante el año 1999 en la refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL, fueron los siguientes: (i) entre enero y agosto de 1999: \$127.6000 más IVA del 16%, para un total \$148.016; entre agosto 19 y octubre: \$142.912 más IVA del 16%, para un total de \$165.788; y durante noviembre y diciembre: \$142.912 más IVA del 15%, para un total de \$164.349. Lo anterior consta en original de la certificación de precios del asfalto de ECOPETROL entre enero de 1999 y febrero de 2002 allegada al proceso por dicha entidad mediante oficio EOCC-POO-0247-06 del 10 de abril de 2006, firmado por el Jefe del Departamento de Operaciones de Occidente de ECOPETROL .

6.4.6. Se demostró que mediante la Resolución número 5151 del 29 de noviembre

de 1999 el INVIAS adjudicó el contrato de obra I.N.V. No. 904-1999 a la sociedad demandante, como consta en copia de la correspondiente decisión.

6.4.7. Se probó que el 22 de diciembre de 1999 se suscribió el contrato de obra I.N.V. No. 904 de 1999, bajo la modalidad de precios unitarios sin ajustes, con un plazo de 11 meses y un valor total estimado de \$4.846.705.766.00, IVA incluido, según se desprende de lo pactado en las cláusulas primera, segunda y cuarta del contrato.

A su vez, de conformidad con el contrato suscrito por las partes, en lo atinente a la forma de pago las partes convinieron que se realizaría mensualmente, previa presentación de las respectivas actas de obra aprobadas por la interventoría.

Además, se acordó la entrega de un anticipo equivalente al 30% del valor del contrato, contemplándose que el Instituto podría *“conceder al CONTRATISTA otros anticipos, sin superar el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, previa aprobación del Subdirector de Construcción del Instituto y sujetos a verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales del Contratista y a la presentación de un nuevo programa de inversiones en el que se reflejen mayores inversiones mensuales”*.

Finalmente, en la cláusula décima los contratantes regularon lo concerniente a las obras adicionales y complementarias, precisando en cuanto a su precio que *“[l]a obra adicional se pagará de acuerdo con los precios unitarios establecidos en el documento lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta. Los precios que se aplicarán para el pago de la obra complementaria serán los que se convengan con el CONTRATISTA”*.

6.4.8. Quedó demostrado que el 23 de diciembre de 1999 el INVIAS y la sociedad Hidrotec Ltda Ingenieros Consultores suscribieron el Contrato No. 921 de 1999 , el cual tuvo por objeto realizar la interventoría de las obras de construcción tercer carril del PR.17+500 al PR.21+600, mantenimiento y refuerzo del pavimento existente del PR. 14+000 al PR.21+600 de la carretera la Paila – Armenia, como consta en copia del correspondiente acuerdo de voluntades y de la resolución No. 5474 del 14 de diciembre de 1999 mediante la cual se adjudicó el contrato de interventoría.

6.4.9. Se demostró que en comunicación SCT 00294 del 11 de enero de 2000 el INVIAS indicó al contratista que, en atención a lo solicitado por ICEIN en comunicaciones de 20 y 21 de diciembre de 1999, se autorizaba la “*ampliación en un 20% del anticipo concedido, hasta completar el 50% del valor del contrato [...]*”, según consta en copia de la referida comunicación.

6.4.10. Se acreditó que el contratista y la interventoría suscribieron el acta de iniciación del Contrato de obra I.N.V. No. 904 el 7 de febrero del 2000, como consta en copia de la correspondiente acta. De igual modo, en el oficio SCT-00832 del 19 de enero de 2000 enviado por el INVIAS al contratista, la entidad informó al contratista la iniciación de la ejecución de las obras a partir del 7 de febrero de 2000.

6.4.11. Quedó establecido que el 27 de marzo de 2000, el INVIAS, el contratista y la interventoría suscribieron el acta de modificación No. 1, en la que consignaron los ajustes de las cantidades de algunos ítems de obra, precisando las mayores y menores cantidades actualizadas a la fecha y su correspondiente valor. Lo anterior, consta en la correspondiente copia del acta mencionada.

6.4.12. Quedó demostrado que el 27 de abril de 2000 el INVIAS, la interventoría y el contratista suscribieron un “*acta de acuerdo precios unitarios no previstos*”. En la misma, las partes acordaron los precios unitarios correspondientes a los siguientes ítems de obra no previstos inicialmente en el contrato: transporte de materiales provenientes de excavaciones y derrumbes para distancias mayores a 100m, remoción de derrumbes, concreto simple Clase E para ejecución de aletas y cabezales, tubería de concreto simple 24” (600 mm), imprimación, geodren de 4” tipo pavco o similar, fresado mejorado de pavimento y gaviones.

En la referida acta se consignaron las siguientes anotaciones:

“NOTA 1: Los precios unitarios no previstos acordados en esta Acta de acuerdo, se han fijado tomando como base las condiciones ofrecidas en la propuesta inicial del Constructor.

NOTA 2: Los precios unitarios no previstos son fijos sin ajuste.

NOTA 3: Los precios unitarios aprobados son los que se indican en la columna de INVIAS.”

6.4.13. Quedó demostrado que el 20 de septiembre de 2000 el INVIAS, la interventoría y el contratista suscribieron un acta de acuerdo de precios unitarios no previstos. En dicha acta se plasmó el acuerdo de las partes respecto de los precios correspondientes a los siguientes ítems de obra nueva: excavaciones varias en roca, rellenos para estructuras con materiales provenientes de la misma excavación, rellenos para estructuras con materiales de subbase, transporte de materiales provenientes de derrumbes entre 0 y 1 km, cunetas en concreto prefabricada en terraza menor a 15 MTS, cunetas en concreto prefabricada en terraza de altura entre 15 y 25 MTS, cunetas en concreto prefabricada en terraza de altura superior a 25 MTS, concreto ciclópeo, traslado y reubicación de defensas metálicas, traslado y reubicación de señales de tránsito, suministro instalación de Geotextil NT 2000 para gaviones, ordenes horizontales hasta 30 MTS de profundidad y muro en tierra armada Tipo Keystone.

De igual modo, en la referida acta se consignaron las siguientes anotaciones:

“NOTA 1: Los precios unitarios no previstos acordados en esta acta de acuerdo, se han fijado tomando como base las condiciones ofrecidas en la propuesta inicial del constructor.

NOTA 2: Los precios unitarios no previstos son fijos sin ajuste.

NOTA 3: Los precios unitarios aprobados son los que se indican en la columna de INVIAS.”

6.4.14. Se demostró que el 28 de septiembre de 2000, el INVIAS, el contratista y la interventoría suscribieron el acta de modificación No. 2, en la que consignaron los ajustes de las cantidades de algunos ítems de obra, precisando las mayores y menores cantidades ejecutadas y su correspondiente valor de conformidad con los precios unitarios pactados. Lo anterior, consta en la correspondiente copia del acta mencionada.

6.4.15. Quedó probado que el 20 de octubre de 2000 representantes de la entidad, el contratista y la interventoría, suscribieron un documento denominado “*Anexo para solicitud de contrato adicional*”, en el que relacionaron las cantidades iniciales estimadas, las mayores y menores cantidades actualizadas junto los precios unitarios de cada ítem de obra y los porcentajes ejecutados. El documento refleja como resultado un valor adicional de \$2.409.232.460,30, para un valor total acumulado de \$7.228.555.635,20.

6.4.16. Quedó establecido que mediante comunicación C.E.981-00 del 8 de noviembre de 2000 enviada por el contratista a la interventoría, solicitó una ampliación del contrato en plazo y valor, teniendo en cuenta *“las cantidades calculadas en obra para poder terminar las(sic) los trabajos contemplados en el contrato de la referencia, la disponibilidad presupuestal con la que cuenta el Instituto Nacional de Vías para tal fin y nuestra disponibilidad de recursos [...]”*. Lo anterior, se encuentra acreditado mediante la copia del oficio enviado por el contratista a la interventoría.

6.4.17. Se probó que mediante oficio HC-1721/051 del 9 de noviembre de 2000, la interventoría se dirigió al contratista informando su aprobación a la solicitud anterior, *“de acuerdo a las cantidades de obra necesarias, para la terminación de las metas físicas del proyecto”*, como consta en copia de la respectiva comunicación.

6.4.18. Se demostró que en memorando No. SCT-037121 del 9 de noviembre de 2000, cuya copia reposa en el expediente, la Subdirectora de Construcción del INVIAS solicitó al grupo de contratación de la misma entidad prorrogar por 5 meses el plazo inicialmente pactado y adicionar el valor del contrato en la suma de \$2.665.548.170,90, de conformidad con la comunicación C.E.981-00 enviada por ICEIN el 8 de noviembre de 2000 y lo expresado por la interventoría en comunicación HC-1721 del 9 del mismo mes y año.

Además, en la misma fecha la Subdirectora de Construcción del INVIAS también se dirigió al Director General del INVIAS en memorando No. SCT-037120 en el que, tras recordar que con los recursos provenientes del Convenio Interadministrativo No. 0452-99 celebrado con el FOREC la entidad *“continúa la construcción de diferentes obras en las carreteras del Eje Cafetero y entre ellas con la firma INTENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES ICEIN LTDA y contrato No. 904-99 [...]”*, indicó que resultaba *“aceptable”* la adición del referido negocio jurídico en plazo y valor. Lo anterior consta en copia del correspondiente documento.

6.4.19. Quedó establecido que el 10 de noviembre de 2000 las partes suscribieron el Contrato adicional No. 1 al Contrato de Obra I.N.V. No. 904 de 1999, con el fin de

prorrogar el plazo del contrato hasta el 7 de junio de 2001 y adicionar su valor en \$2.665.548.170,90, como consta en la copia del referido acuerdo de voluntades-.

En la cláusula quinta de este negocio jurídico las partes convinieron la lista de cantidades de obra y precios unitarios del contrato correspondientes a la adición en valor y modificaron el precio unitario correspondiente a los ítems "*Mezcla densa en caliente (MDC-1)*", "*Mezcla densa en caliente (MDC-2)*" y "*Mezcla densa en caliente para bacheo*", así: el precio unitario del ítem "*Mezcla densa en caliente (MDC-1)*" se convino en \$235.542,00, el precio unitario del ítem "*Mezcla densa en caliente (MDC-2)*" se acordó en \$248.749,00 y el precio unitario del ítem "*Mezcla densa en caliente para bacheo*" se modificó a \$229.188,00. Finalmente, en la cláusula sexta dispusieron que las demás estipulaciones del contrato de obra quedarían vigentes en los términos inicialmente pactados.

6.4.20. Se demostró que el 30 de noviembre de 2000, el INVIAS, el contratista y la interventoría suscribieron el acta de modificación No. 1-A, en la que consignaron los ajustes de las cantidades de algunos ítems de obra, precisando las mayores y menores cantidades ejecutadas y su correspondiente valor de conformidad con los precios unitarios pactados. Lo anterior, consta en la correspondiente copia del acta mencionada.

6.4.21. Se probó que mediante oficio 033112 del 1 de diciembre de 2000, cuya copia obra al expediente, el INVIAS informó a ICEIN que, en atención a la solicitud presentada el 17 de noviembre de la misma anualidad, de acuerdo con lo pactado en el contrato principal y en vista de que el anticipo concedido inicialmente ya había sido amortizado en su totalidad, se autorizaba conceder un nuevo anticipo por el 50% del valor del contrato adicional suscrito entre las partes.

6.4.22. Quedó acreditado que el 29 de marzo de 2001 el Contratista elevó ante el INVIAS un derecho de petición solicitando el reconocimiento de sobrecostos incurridos en la ejecución de los ítems del contrato que contenían asfalto. Al respecto, se precisa que si bien en el expediente no obra la copia de la comunicación presentada por ICEIN, reposa en el plenario la respuesta que frente a la misma envió el INVIAS al contratista el 21 de agosto de 2001 (fl.46 a 49, C.10), junto con los oficios del 16 de abril, 23 de abril, 21 de mayo y 5 de junio de 2001,

remitidos por el INVIAS a ICEIN informándole que la solicitud del contratista se encontraba en estudio por parte de la interventoría y distintas áreas de la entidad, así como varios memorandos provenientes de varias dependencias del Instituto, tales como los memorandos Nos. 9452 y 9453 del 9 de abril de 2001 (fl. 43 y 44, C. 10), 11717 del 4 de mayo de 2001 (fl. 14 a 21, C.5), 14505 del 30 de mayo de 2001 (fl.45, C.10), 016690 del 19 de junio de 2001 (fl. 29 a 33, C.10) y 3750 del 14 de febrero de 2002 (fl. 34 a 36, C.10), entre otros documentos que coinciden en la presentación del derecho de petición en comento y el objeto del mismo, elementos de prueba que se estiman suficientes para dar por acreditada la presentación de la mencionada solicitud por parte del contratista.

6.4.23. Quedó demostrado que el 6 de abril de 2001, el INVIAS, el contratista y la interventoría suscribieron el acta de modificación No. 2-A, en la que consignaron los ajustes de las cantidades de algunos ítems de obra, precisando las mayores y menores cantidades ejecutadas a la fecha y su correspondiente valor de conformidad con los precios unitarios pactados. Lo anterior, consta en la correspondiente copia del acta mencionada.

6.4.24. Se probó en el proceso que el 27 de abril de 2001 el INVIAS, el contratista y la interventoría suscribieron el “*acta de recibo definitivo de obra*”, en la que se consignaron: (i) las características de la obra, (ii) las “*cantidades totales de la obra ejecutada por ítems y valor total en básico*”, (iii) el valor total de obra ejecutada, que ascendió a \$7.469.810.275.55, (iv) la relación y valor de actas de obra, y (v) el monto del anticipo entregado, con indicación de su amortización total durante la ejecución contractual. Además, se indicó lo siguiente frente al cumplimiento de las condiciones contractuales y las obras faltantes:

“CONCEPTO SOBRE CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES CONTRACTUALES

La Interventoría deja constancia que las obras recibidas cumplen las especificaciones generales de construcción y demás condiciones contractuales, de acuerdo a los diseños, planos, carteras(sic) y especificaciones estipuladas para este proyecto

[...]

OBRAS FALTANTES

Las obras faltantes por ejecutar de acuerdo con el objeto del contrato y las cuales no se facturaron, no se pagaron son las siguientes [...]

Con relación a la obra faltante que se detalla, se deja constancia que esta obra no se

ejecutó, no se facturó, ni se pagó, debido a la terminación de los recursos del valor del contrato. Al igual que se recomendó al Instituto Nacional de Vías, la necesidad de que construya en el menor tiempo posible la obra faltante, para no comprometer la estabilidad de la obra.[...]”

6.4.25. Se probó que en memorando SGTa-11717 del 4 de mayo de 2001 el coordinador grupo asistencia técnica del IINVIAS se dirigió al secretario general técnico del Instituto, *“en relación con el derecho de petición presentado por ICEIN, referente al reconocimiento de sobrecostos por imprevistos en los ítem que contienen asfalto en el contrato en referencia”*, como consta en copia del respectivo documento, en el cual se señalaron, en síntesis, los siguientes puntos:

(i) El contrato se celebró por el sistema de precios unitarios fijos y en los pliegos claramente se estableció que el contratista debía tener en cuenta todos los riesgos y gastos asociados a las obras que serían pagadas a los precios unitarios ofrecidos.

(ii) A partir de los formularios de los precios unitarios de la propuesta no es posible verificar la cantidad de asfalto que el contratista preveía utilizar por cada metro cúbico de las mezclas a que se refieren los ítems citados por el contratista, pues la descomposición de los elementos que se presenta en los análisis de precios unitarios de la oferta no incluye información sobre cantidades y valor del asfalto.

(iii) Los informes de la interventoría de los meses de enero, febrero y marzo del 2001 no incluyen ejecución alguna correspondiente a la actividad de bacheo.

(iv) Es *“inaceptable”* lo afirmado por el contratista al indicar que utilizó 20 kilogramos de asfalto de riego de liga por metro cúbico, pues *“la dosificación normal de un tratamiento de este tipo, no debiera exceder de 6kgr por metro cúbico de mezcla compactada en los espesores mencionados”*.

(v) *“La ley 488 de diciembre 24 de 1998 debía ser conocida por los proponentes en el momento de licitar, motivo por el cual es inaceptable la petición de que el gravamen del IVA a partir de noviembre de 1999, constituye un “imprevisto” en este contrato”*.

(vi) Al elaborar su oferta el contratista ha debido efectuar *“una proyección razonable de los costos por la evolución histórica que presentaban todos los insumos, incluido el asfalto, así como el porcentaje del IVA con el cual se gravaría el asfalto, de acuerdo con una ley promulgada en el año anterior al de la licitación”*.

(vii) En todo caso el eventual sobrecosto del contratista por los conceptos reclamados resulta ser inferior al monto pagado por el INVIAS por concepto de

imprevistos, de conformidad con el AIU pactado.

6.4.26. Quedó acreditado que en memorando No. OJ-016690 del 19 de junio de 2001 enviado al Secretario General Técnico del INVIAS por el Jefe Oficina Asesora Jurídica, este último se refirió al derecho de petición formulado por el contratista el 29 de marzo de 2001, como consta en la copia que reposa en el plenario.

6.4.27. Se acreditó que con oficio SCT-025931 del 21 de agosto de 2001, el INVIAS contestó el derecho de petición presentado por ICEIN *“en relación con el reconocimiento de un mayor valor por el incremento del asfalto durante la ejecución del contrato I.N.V. No. 904 de 1999”*, según consta en copia de la referida comunicación. En la misma, la entidad contratante concluyó que no era procedente acceder a la solicitud elevada por el contratista, a propósito de lo cual señaló que:

“El contratista al suscribir el acta de acuerdo de precios el 20 de septiembre de 2000 y posteriormente el contrato adicional, el 10 de noviembre de 2000, habiendo ocurrido alzas en el precio del asfalto en cuatro ocasiones (1 de abril, 1 de junio, 1 de agosto y 1 de octubre de 2000), no adujo el rompimiento de la ecuación financiera, cuando lo pudo prever por el alza sufrida en los precios cada dos (2) meses.

De otra parte, no está demostrado que tal alza haya afectado gravemente la economía del contrato, sino que se trata de un riesgo que está dentro del álea normal del acuerdo de voluntades. Por lo anterior, este Despacho no considera procedente acceder a su petición.”

6.4.28. Se demostró que el contrato de obra I.N.V. No. 904 de 1999 acordaron de común acuerdo liquidar el contrato, tal como consta en el acta de liquidación final No. 116 suscrita el 11 de febrero de 2003, en la que se consignó un valor total ejecutado y pagado al contratista, IVA incluido, de \$7.512.253.936,90, de conformidad con el acta de recibo definitivo suscrita por el contratista y la interventoría el 27 de junio de 2001 y la relación de pagos expedida por el Jefe de la División de Tesorería y la Jefe de la División de Contabilidad del INVIAS del 13 de septiembre de 2002. En el referido acuerdo de voluntades el contratista dejó consignado lo siguientes en relación con su reclamación por el desequilibrio económico del contrato:

“Constancia

El contratista deja expresa constancia que en el desarrollo del contrato INV 904-1999 informo al Instituto la ocurrencia de situaciones que le eran ajenas y que afectaron el equilibrio económico, así mismo, solicito el restablecimiento de dicho equilibrio mediante documento de solicitud del restablecimiento del equilibrio económico contractual debidamente fundamentado y aprobado. El instituto presento respuesta negativa del mismo por lo que el contratista presento una solicitud de conciliación prejudicial ante el procurador delegado No. 4 de la Procuraduría General de la

Republica para el tribunal Administrativo de Cundinamarca. Es así, que el contratista mediante la presente constancia, se reserva el derecho a demandar a través de las instancias judiciales correspondientes el restablecimiento del equilibrio.”

6.4.29. Quedó establecido que los precios de venta del asfalto en la refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL, durante el año 2000 y hasta febrero de 2001, fueron los siguientes, según consta en original de la certificación de precios del asfalto de ECOPETROL entre enero de 1999 y febrero de 2002 allegada al proceso por dicha entidad mediante oficio EOCC-POO-0247-06 del 10 de abril de 2006:

“ANEXO- PRECIOS - ASFALTOS DE ECOPETROL S.A. –

[...]

Año: 2000

Periodo: Enero a Marzo

Refinería	Asfalto	Unidad	Precio	IVA	Total
GCB	70/90	\$/TON	165,000	15%	189,750
GRC	60/80	\$/TON	165,000	15%	189,750
Apaiay	60/80	\$/TON	165,000	15%	178,250

Año: 2000

Periodo: Abril a Mayo

Refinería	Asfalto	Unidad	Precio	IVA	Total
GCB	70/90	\$/TON	191,674	15%	220,425
GRC	60/80	\$/TON	206,842	15%	237,868
Apaiay	60/80	\$/TON	180,048	15%	207,055

Año: 2000

Periodo: Junio a Julio

Refinería	Asfalto	Unidad	Precio	IVA	Total
GCB	70/90	\$/TON	220,440	15%	253,506
GRC	60/80	\$/TON	237,860	15%	273,539
Apaiay	60/80	\$/TON	207,060	15%	238,119

Año: 2000

Periodo: Agosto a Septiembre

Refinería	Asfalto	Unidad	Precio	IVA	Total
GCB	70/90	\$/TON	264,528	15%	304,207
GRC	60/80	\$/TON	285,432	15%	328,247
Apaiay	60/80	\$/TON	252,613	15%	290,505

Año: 2000

Periodo: Octubre a Diciembre

Refinería	Asfalto	Unidad	Precio	IVA	Total
GCB	70/90	\$/TON	301,562	15%	346,796
GRC	60/80	\$/TON	328,247	15%	377,484
Apaiay	60/80	\$/TON	287,979	15%	331,176

Año: 2001

Periodo: Enero a Junio

Refinería	Asfalto	Unidad	Precio	IVA	Total
GCB	70/90	\$/TON	301,562	16%	349,812
GRC	60/80	\$/TON	328,247	16%	380,767
Apaiay	60/80	\$/TON	287,979	16%	334,056

Año: 2001

Periodo: Junio a Agosto

Refinería	Asfalto	Unidad	Precio	IVA	Total
GCB	70/90	\$/TON	301,562	16%	349,812
GRC	60/80	\$/TON	328,247	16%	380,767
Apaiay	60/80	\$/TON	287,979	16%	334,056

Año: 2001

Periodo: Septiembre de 2001 a Febrero de 2002

Refinería	Asfalto	Unidad	Precio	IVA	Total
GCB	70/90	\$/TON	271,406	16%	314,831
GRC	60/80	\$/TON	295,422	16%	342,690
Apiay	60/80	\$/TON	214,181	16%	248,450

GCB: Asfalto de la Refinería de Barrancabermeja

GRC: Asfalto de la Refinería de Cartagena

Apiay: Asfalto de la Refinería de Apiay”

En el oficio mencionado se precisa que “[l]os datos no se encuentran discriminados mes a mes por cuanto en algunos de ellos no hubo cambio del valor por lo cual el se mantuvo el mismo precio”.

6.5. Pruebas adicionales

Además de las pruebas que dan cuenta de los hechos probados anteriormente referidos, dentro del proceso se encuentran las siguientes pruebas:

6.5.1. Documentales

En el expediente obran los siguientes documentos adicionales a los que han quedado indicados anteriormente y que guardan relación con los asuntos materia de la controversia:

a. Copia de la certificación suscrita por los jefes de la División de Tesorería y División de Contabilidad del INVIAS, fechada el 13 de septiembre de 2002, correspondiente a los pagos efectuados por la entidad a favor del contratista con ocasión del Contrato I.N.V. No. 904 y en la cual se relacionan las actas de obra suscritas a lo largo de la ejecución del contrato, con indicación del valor correspondiente a cada una, la amortización del anticipo y el valor pagado al contratista. Respecto a cada pago realizado, la certificación precisa la fecha de presentación de cada factura, la fecha en la que se efectuó cada pago y la identificación de los cheques correspondientes.

b. Copia de facturas de compraventa de asfalto para pavimento emitidas por la ECOPETROL a ICEIN allegadas con la demanda, en las que consta el precio unitario por kilogramo de asfalto para pavimento, el IVA cobrado y el valor total facturado, así como la fecha de facturación, la fecha de entrega y el destino del

producto.

6.5.2. Dictámenes periciales

La parte actora solicitó en su demanda la práctica de dos dictámenes periciales, uno por parte de un perito contador y el segundo a ser rendido por parte de un perito ingeniero. Los dictámenes fueron decretados y practicados en el proceso, siendo objeto de solicitudes de aclaración y complementación que fueron atendidas por los expertos. En adición a lo anterior, la actora objetó parcialmente por error grave el dictamen pericial contable, con ocasión de lo cual el Tribunal decretó la práctica de una segunda experticia contable encaminada a demostrar la objeción formulada por la apoderada de ICEIN.

Las tres pericias mencionadas son las siguientes:

6.5.2.1. Dictamen pericial rendido por el Ingeniero Civil Oswaldo Burgos Carrión

A petición de la parte actora, en el proceso se practicó una experticia técnica que fue rendida por el Ingeniero Civil Oswaldo Burgos Carrión, en la que se solicitó al perito (i) cuantificar la cantidad de asfalto utilizado en los ítems “*mezcla densa en caliente tipo MDC-1*”, “*mezcla densa en caliente MDC-2*” y “*actividad BACHEO con MDC-3 y MATERIAL RIEGO DE LIGA*”; (ii) determinar el precio del asfalto pagado por el INVIAS a ICEIN, el pagado por este último a ECOPETROL y establecer la diferencia entre ambos valores; y (iii) determinar “*si los precios pagados por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS “INVIAS” a la firma INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES ICEIN S.A. incluían el valor del IVA aplicado sobre el Material Asfáltico de conformidad con la Ley 488 de 1998*”.

Al respecto, la experticia expone, en síntesis, lo siguiente:

* 45 días después de la presentación de la propuesta, concretamente a partir del 1º de noviembre de 1999, “*de conformidad a lo dispuesto por la Ley 488 de 1998, el asfalto quedó gravado con el IVA del 15% lo que significaba que a partir del 1º de noviembre de 1999 el nuevo precio del asfalto por tonelada quedaba en \$164.349 (incluido el IVA) y comprado en la refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL*”.

* A partir de la suscripción del Contrato I.N.V. No. 904 el 22 de diciembre 1999 y hasta noviembre de 2000, el precio de la tonelada de asfalto se incrementó en las siguientes oportunidades: el 3 de enero tuvo un aumento del 15,46%, el 1º de abril subió un 16,16%, el 1º de junio aumentó en un 15%, el 1º de agosto se incrementó en un 20% y finalmente el 1º de octubre del mismo año subió un 16,85%.

* El 10 de noviembre de 2000 las partes celebraron el contrato adicional No. 1 mediante el cual se adicionó el valor y el plazo del Contrato I.N.V. No. 904 y, además, se ajustaron los precios unitarios de los ítems MDC-1, MDC-2 y MDC-3 en 27,66%, 29,81% y 5% respectivamente, a propósito de lo cual afirma el perito que: “[l]o anterior significa que la reclamación de ICEIN S.A. por el eventual desequilibrio económico del contrato solo comprendería las obras ejecutadas desde el 7 de Febrero de 2000 hasta el 9 de Noviembre de 2000”.

* En el dictamen se calculan las cantidades de asfalto empleadas en el contrato a partir de los kilogramos de este elemento que el contratista afirma utilizar en cada mezcla, con excepción de la actividad Material Riego de Liga. En cuanto a esta última, el perito afirma que no tomará en cuenta los 20 kilogramos de asfalto que ICEIN manifiesta haber empleado por cada metro cúbico en esta actividad, pues desde el punto de vista técnico ello no resulta adecuado y “*muy probablemente*” se debieron utilizar 6 kilogramos de asfalto por metro cúbico.

* Se indica que los ítems MDC-1, MDC-2, MDC-3 y Material Riego de Liga comprendían distintos componentes, tales como equipos, transporte y mano de obra, por lo que debe establecerse cuál es el porcentaje de asfalto dentro del precio unitario de cada ítem, con el fin de “*conocer su valor relativo con respecto al valor total (costo directo) en los ítems MDC-1, MDC-2, MDC-3 y Material Riego de Liga*”. Para ello, el perito toma el precio de venta del asfalto al momento de la presentación de la propuesta antes de IVA (\$142.912) y le adiciona el A.I.U del 32%, arrojando un total de \$188.644 por tonelada. De acuerdo con este valor y teniendo en cuenta los demás componentes que conforman cada uno de los ítems, concluye que la suma de \$188.644 (precio del asfalto) equivale al 11,25% del ítem MDC-1, al 12,90% del ítem MDC-2, al 14,26% del ítem mezcla densa en caliente para bacheo y al 0,52% del ítem material riego de liga.

* El dictamen determina el valor pagado por el INVIAS por el asfalto utilizado en la obra, señalando que: a) del valor pagado por el ítem MDC-1 en el periodo mencionado, la suma de \$152.159.873 corresponde a asfalto; b) en cuanto al ítem MDC-2, el valor pagado por el asfalto utilizado es de \$81.267.203; c) respecto al ítem MDC-3 para bacheo el monto pagado por asfalto asciende a \$2.747.096; y d) el valor pagado por el asfalto utilizado en la colocación del material riego de liga en la ejecución del ítem mezcla en caliente para bacheo es de \$3.731.395. La suma de los valores anteriores arroja un total de \$239.905.567.

* Además, establece el valor del asfalto pagado por el contratista a ECOPETROL, para lo cual la experticia toma el precio por tonelada de asfalto para el periodo en el cual se colocaron las mezclas densas en caliente MDC-1, MDC-2, MDC-3 y el Material Riego de Liga y calcula el valor pagado a partir del porcentaje que representa el valor del asfalto en estos ítems. Con base en este ejercicio, el dictamen señala que el valor pagado por ICEIN a ECOPETROL asciende a \$487.854.864.

* La diferencia entre el valor pagado por ICEIN a ECOPETROL por el asfalto requerido para la obra hasta el 9 de noviembre de 2000 (\$487.854.864) y el monto pagado por el INVIAS al contratista por este mismo concepto (\$239.905.567), asciende a \$247.949.297, suma que, incrementada con el A.I.U del 32% contemplado en el contrato, arroja como resultado un monto de \$327.293.072. Sobre este valor el experto calcula actualización e intereses comerciales a partir del 9 de noviembre de 2000, para un total de \$1.670.048.663.

* Finalmente, frente a la pregunta consistente en determinar *“si los precios pagados por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS “INVIAS” a la firma INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES ICEIN S.A. incluían el valor del IVA aplicado sobre el Material Asfáltico de conformidad con la Ley 488 de 1998”*, la experticia señala:

“En este punto hay que tener presente lo siguiente:

** El día 17 de septiembre de 1999 fue el cierre de la Licitación Pública No. SCT-024 de 1999. Ese mismo día 17 de septiembre de 1999, la sociedad ICEIN S.A. entregó su oferta o propuesta, en cuya elaboración tuvo en cuenta el valor del asfalto que desde el día 17 de agosto de 1999 era de \$142.912/Tonelada, es decir, \$142,91Kg. (sin IVA), asfalto comprado en la refinería de Ecopetrol en Barrancabermeja.*

** El Contrato No. 0904 de 1999 suscrito por INVIAS e ICEIN S.A. el 22 de Diciembre de 1999 cuyo objeto era [...] dice en su CLAUSULA PRIMERA que el*

CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el Instituto por el sistema de precios unitarios sin ajustes las obras necesarias para el cumplimiento del objeto del Contrato.

* Si bien es cierto que la orden de inicio de ejecución de la obra se dio el día 7 de Febrero de 2000, hay que anotar que los precios aparecidos en la propuesta el 17 de septiembre de 1999 eran los que se proponía pagar INVIAS, entre ellos el que correspondía al asfalto, el cual, para el 17 de septiembre de 1999 era de \$142.91/Kg (sin IVA), aunque desde el 1° de Noviembre de 1999, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 488 de 1998 el asfalto quedó gravado con un IVA del 15%.

* Por lo tanto, se puede decir que los precios pagados por el Instituto Nacional de Vías INVIAS a la firma INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES ICEIN S.A. no incluían el valor del IVA aplicado sobre el material asfáltico de conformidad con la Ley 488 de 1998”

Durante el traslado del dictamen la parte actora presentó escrito solicitando la aclaración y complementación de la experticia. El perito Oswaldo Burgos Carrión dio respuesta a lo solicitado, en los siguientes términos:

- En cuanto al monto de \$487.854.864 correspondiente al asfalto pagado por ICEIN a ECOPETROL durante la ejecución del contrato y hasta el 9 de noviembre de 2000, el perito aclara que dicho valor incluye “el IVA de que trata la Ley 488 de 1998 y los incrementos en el precio del asfalto”, precisando que el 13,05% de dicha cifra corresponde al IVA y el 38,97% corresponde al aumento en el precio del asfalto.
- De igual modo, aclara que el monto calculado en el dictamen como valor pagado por el INVIAS a ICEIN por el asfalto utilizado en el contrato no incluye el alza en el precio del asfalto ni el IVA.
- Finalmente, se le pidió determinar las causas originaron la diferencia entre lo que pagó ICEIN a ECOPETROL y el precio del asfalto pagado por INVIAS a ICEIN. Al respecto, el perito manifiesta:

*“Las causas que originaron la diferencia entre lo que pagó ICEIN S.A. a ECOPETROL y el precio del asfalto pagado por el INVIAS a ICEIN S.A., fueron que, mientras el INVIAS pagó a ICEIN S.A. \$142.912 por tonelada de asfalto, a ICEIN S.A. le tocó pagarle a ECOPETROL ese mismo valor de \$142.912 por tonelada de asfalto pero aumentado ese precio con los reiterados **incrementos** que sufrió y la aplicación además del IVA desde el 1° de noviembre de 1999 hasta el 9 de noviembre de 2000.*

*El valor histórico \$327`293.072 se actualizó en el dictamen pericial en la página 30 o **TABLA I** hasta la fecha de ejecución del dictamen pericial como manda la normal legal. Sorprende esta petición de la apoderada judicial del actor cuando dicho cálculo ya se hizo en el dictamen pericial; cuando se presente la sentencia definitiva en el proceso de la referencia, el juzgador actualizará a esa fecha el valor histórico.*

*En la **TABLA I** del dictamen pericial se observa claramente que en la parte inferior de la Columna 3ª (valor histórico) se registra el valor histórico actualizado con el nombre **SUBTOTAL** que arrojó una cifra de \$618`620.618.*

En la cuarta columna (intereses) se da en el **SUBTOTAL** el valor por este concepto que arrojó una cifra de \$1.051`428.045. Hay que recordar que no es dable referirse a intereses moratorios ya que éstos solo se originan -como en este caso- cuando haya una sentencia debidamente ejecutoria en la cual se le ordene al deudor pagar una indemnización en determinada fecha y el deudor lo hace posterior a esa fecha. A partir de ese momento comienzan a generarse los intereses moratorios.

La suma de los subtotales (\$618`620.618 y \$1.051`428.045) arrojó el **TOTAL** de \$1.670.048.663”.

6.5.2.2. Dictamen contable rendido por la perito María Claudia Guerrero Zamora

Obra en el proceso el dictamen pericial contable practicado a solicitud de la parte actora y rendido por la contadora pública María Claudia Guerrero Zamora, el cual tuvo por objeto cuantificar el desequilibrio económico aducido por la demandante.

Las conclusiones de la experticia, en síntesis, son las siguientes:

* En cuanto a la primera pregunta formulada, consistente en determinar si en el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 1999 y la terminación del Contrato I.N.V. No. 904, se produjo un incremento en el precio del asfalto vendido por ECOPETROL en la refinería de Barrancabermeja y si dicho aumento “afectó la ecuación económica del contrato de obra I.N.V. 904, suscrito entre INVIAS e ICEIN, con respecto a la oferta presentada por él”, el dictamen afirma lo siguiente:

- (i) A partir de noviembre de 1999 y hasta diciembre de 2000 el precio del asfalto comercializado por ECOPETROL en la planta de Barrancabermeja tuvo los siguientes incrementos:

“PRECIO DEL ASFALTO

PERIODO	PRECIO UNITARIO	IVA 15%	IVA 16%	PRECIO TOTAL
Noviem-99	142.912	21.437		164.349
Enero-00	165.000	24.750		189.750
Abril-00	191.674	28.751		220.425
Junio-00	220.440	33.066		253.506
Julio-00	225.951	33.892		259.843
Agosto-00	271.141	40.671		311.812
Octubre-00	309.101	46.365		355.466

NOTA: Los meses que no están en consecutivo es porque el precio del asfalto no varió.”

- (ii) Con posterioridad a la presentación de la propuesta, “el Gobierno Nacional

decide gravar con el IVA del 15% el asfalto, hecho que sucedió para el VI bimestre de 1999 (Noviembre-Diciembre), lo cual representa un desequilibrio en su flujo de caja, pues a pesar de poder deducir el IVA de cada factura en la declaración bimestral del impuesto sobre las ventas, era indudable que primero tenía que pagarlo.”

* Frente a la segunda pregunta, en la que se solicitó determinar “en qué porcentaje aumentó el precio del asfalto vendido en la refinería de la ciudad de Barrancabermeja, en el período comprendido entre noviembre/99 hasta la terminación del contrato suscrito entre INVIAS e ICEIN”, la perito presenta la siguiente información:

“PRECIO DEL ASFALTO

PERIODO	PRECIO UNITARIO	IVA 15%	PRECIO TOTAL	VARIACIÓN
Jul-99	127.600	0	127.600	
Nov-99	142.912	21.437	164.349	12
Ene-00	165.000	24.750	189.750	15.46
Abr-00	191.674	28.751	220.425	16.16
Jun-00	220.440	33.066	253.506	15
Jul-00	225.951	33.892	259.843	2.5
Ago-00	271.141	40.671	311.812	19.99
Oct-00	309.101	46.365	355.466	14

NOTA: Los meses que no están en consecutivo es porque el precio de asfalto no varió. No fue posible constatar los incrementos con base en las facturas de compras a ECOPETROL desde enero hasta junio de 2001, fecha de terminación de la obra según el contrato adicional No. 904-1-99 del año 2000, debido a que no se encontraron en el expediente que reposa en el Tribunal Contencioso Administrativo.

Como se puede observar periódicamente hubo incrementos en el precio del asfalto, en algunos casos los incrementos se registraron mensualmente y en otros por ejemplo de octubre a diciembre de 2000, el precio fue el mismo.”

* En respuesta a la tercera pregunta, de acuerdo con la cual se solicitó determinar “si este aumento afectó de manera directa la ecuación financiera del contrato I.N.V. 904, produciendo un desequilibrio económico en el contrato de obra mencionado”, el dictamen señala que “[e]s evidente que sí se produjo un desequilibrio económico para el contratista de la obra, en este caso la parte demandante debido a que hubo incrementos periódicos en el precio del asfalto, y teniendo en cuenta la Cláusula primera del contrato No. 0904 de 1999” según la cual la obra se ejecutaría por el sistema de precios unitarios sin ajustes. Además, añade:

“Aun con el contrato adicional que se suscribió, el No. 904-1-99 del 2000 donde se hace una prórroga en plazo y valor, en la Cláusula Quinta: Lista de cantidades de obra y precios unitarios, se puede constatar los siguientes precios: [...]

Si se comparan con los precios del asfalto reales, estipulados en las facturas de compras a ECOPETROL se evidencia que allí están más altos, siendo desfavorables para el contratista, en este caso la parte demandante. [...]

* Como último punto de la experticia se le solicitó a la perito efectuar una “presentación” de las facturas emitidas por ECOPETROL y realizar “una cuantificación económica del desequilibrio económico presentado en el contrato I.N.V. 904 suscrito entre INVIAS e ICEIN”, en respuesta a lo cual la experticia relaciona unas facturas de compra de asfalto a ECOPETROL y anota que:

[...]si se compara el total en valor de las facturas relacionadas están por debajo del contrato adicional que se suscribió, el No. 904-1-99 del 2000, ya que los precios son:

- 1. Mezcla densa en caliente (MDC-1) (ajustado al contrato adicional). PRECIO UNITARIO \$235.542. CANTIDAD 3.826 M3*
- 2. Mezcla densa en caliente (MDC-2) (ajustado al contrato adicional). PRECIO UNITARIO \$248.749. CANTIDAD 1.800 M3*
- 3. Mezcla densa en caliente (MDC-3) (ajustado al contrato adicional). PRECIO UNITARIO \$229.188. CANTIDAD 51.10.”*

a. Solicitudes de aclaración y complementación

En el traslado del dictamen ambas partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, las que fueron atendidas por la perito, así:

(i) Aclaraciones y complementaciones solicitadas por ICEIN:

- Se le preguntó: “al aumentar el precio del asfalto, qué costos tuvo que incurrir el Contratista”, frente a lo cual responde:

“R/ El día 17 de sep/99, la parte demandante presenta para la licitación No. SCT-024-99, el análisis de precios unitarios, se presupuestaron como materiales en obra:

<u>DESCRIPCION</u>	<u>VR. UNITARIO</u>
<i>Mezcla MDC-1 en planta con asfalto</i>	<i>87.032</i>
<i>Mezcla MDC-2 en planta con asfalto</i>	<i>91.032</i>
<i>Mezcla MDC-3 en planta con asfalto</i>	<i>103.074.22</i>

Sin embargo y con el transcurrir del tiempo el contrato fue adjudicado en noviembre de 1999 y teniendo en cuenta desde que esto se da hasta cuando inicia la obra, se produjo aumento en los precios del asfalto por parte de ECOPETROL, quien es quien lo produce y vende, así:

PRODUCTO	P R E C I O REFINERIA	IVA	P R E C I O CARROTANQU E	VIGENCIA \$

70/90 CIB Y 60/80 CAR	127.600	20.416	148.016	ENE-25-99
70/90 CIB Y 60/80 CAR	142.912	22.865	165.777.92	AGO-17-99

El análisis unitario de precios menciona los productos mezclas densas en caliente – MD1, MD2, MD3 con diferentes precios c/u, y las facturas de compra emitidas por ECOPETROL mención ASFALTO 70/90, no es claro cuál de las mezclas densas corresponde al asfalto 70/90.

Cualquiera que correspondiera, está por debajo de la estructura de precios de ECOPETROL.”

- Se solicitó determinar “cómo el porcentaje que se originó del incremento del asfalto varió la ecuación del contrato I.N.V. 904”. En respuesta el dictamen afirma: “[!]as variaciones de los precios están entre el 13% y el 17%, situación que genera un desequilibrio financiero al contratista de esta obra, en este caso la parte demandante.”
- Finalmente, frente a la pregunta acerca de cuál fue “la incidencia que originó la Ley 488 de 1998 al gravarse con IVA el material asfalto”, la perito manifiesta:

“R/ La incidencia es financiera, ya que esta ley estableció al inicio una tarifa del 15% y posteriormente aumentó al 16%. Contablemente este iva que la parte demandante no es deducible del impuesto sobre las ventas, porque iva descontable en el sector de la construcción es un mayor valor del costo. En este caso lo pagaba, pero no se lo descontaba en cada bimestre, sin embargo en su declaración de renta significaba mayor valor del costo y por ende menor valor a pagar por impuesto de renta.”

(ii) Aclaraciones y complementaciones solicitadas por INVIAS:

El INVIAS solicitó precisar “si el asfalto puede cancelarse en forma anticipada a ECOPETROL, y retirarlo para utilizarlo cuando se requiera”, frente a lo cual la perito manifestó que “las facturas de ECOPETROL tienen pactado plazo a 30 días retirando el asfalto para utilizarlo cuando se requiera”. Además, le preguntó “si los precios del asfalto que aparecen en las facturas, fueron confrontados con los precios de ECOPETROL”, sobre lo cual la perito indicó que efectivamente los precios que aparecen en las facturas fueron confrontados con los precios que figuran en la página web de ECOPETROL.

b. Objeción por error grave

Con escrito presentado el 15 de enero de 2009, la parte actora objetó parcialmente por error grave el dictamen anterior junto con su aclaración y complementación y solicitó decretar la práctica de una nueva experticia como prueba del error grave que alegó. Señaló que, si bien “*en líneas generales*” la experticia “*se ajusta a las normas metodológicas y técnicas*”, se incurrió en un error grave al dar respuesta a la pregunta 4ª del cuestionario inicial y a la 1ª del cuestionario de aclaraciones y complementaciones, toda vez que, pese a que la perito contadora estableció la existencia de un desequilibrio económico en la ejecución del contrato I.N.V. No. 904 de 1999, omitió cuantificar el valor del mismo, dando respuesta en forma “*evasiva*” a las preguntas que se formularon a dicho efecto.

6.5.2.3. Dictamen contable rendido por la perito Olga Isaura Abello Solis, decretado atendiendo la solicitud formulada en la objeción parcial por error grave

Mediante auto proferido el 13 de marzo de 2009, el Tribunal decretó la práctica de un nuevo dictamen pericial, el cual fue rendido por la perito contadora Olga Isaura Abello Solis y cuyo objeto se precisó así:

“OBJETO DEL DICTAMEN. En aras de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa y con el fin de contar con una prueba independiente e idónea que determine la cuantía del desequilibrio económico, padecido por Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN S.A.; con ocasión del contrato de obra INV 904 de 1999”.

El dictamen se refiere concretamente a (i) la pregunta No. 4 del cuestionario inicial, en la que se solicitó efectuar una “*presentación*” de las facturas emitidas por ECOPETROL y realizar “*una cuantificación económica del desequilibrio económico presentado en el contrato I.N.V. 904 suscrito entre INVIAS e ICEIN*”, y (ii) el punto No. 1 de la solicitud de aclaración y adición presentada por ICEIN, de acuerdo con el cual se pidió señalar “*si al aumentar el precio del Asfalto, que costos tuvo que incurrir el contratista*”.

Sobre el particular, las conclusiones del dictamen de la perito contadora Olga Isaura Abello Solis, son las siguientes:

* En primer lugar, tras presentar una relación de facturas de venta de asfalto emitidas por ECOPETROL a ICEIN durante los años 1999, 2000 y 2001, cuya copia adjuntó como anexo al dictamen, la perito señala que se presentó un desequilibrio económico derivado de: (i) el pago del IVA que por valor total de \$434.734.350 tuvo

que efectuar el contratista, toda vez que, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 30 de 1982, no había razón para el cobro de dicho tributo; y (ii) el incremento en los precios del asfalto adquirido por ICEIN durante el desarrollo del contrato, concepto que cuantifica en la suma de \$357.353.344. Sobre el particular, concluyó:

“Esta es la forma como se explica el desequilibrio que genera el incremento en el precio del Asfalto, o sea no se sostuvo el precio, a esta variación de precios se le suma el Impuesto a las Ventas que cobraron, y que no hay razón de este cobro por lo que se menciona anteriormente, según la Ley; que se ANEXA A LA EXPERTICIA. Además adjunto cuadro que anexa ICEIN del contrato No. 904

CONCLUSIÓN DE ESTE PUNTO ES:

<i>INCREMENTO EN EL PRECIO, O VARIACION ES ESTE; TOTAL</i>	<i>.\$357.353.344</i>
<i>IMPUESTO A LAS VENTAS</i>	<i>.\$434.734.350</i>
<i>TOTAL.....</i>	<i>.\$792.087.694”</i>

* En segundo lugar, frente a la pregunta atinente a los costos en los que incurrió el contratista como consecuencia del incremento en el precio del asfalto, la pericia indica que resulta “obvio” que ICEIN tuvo que incurrir en otros costos y señala que como resultado del aumento en los precios y del cobro de un impuesto al que no había lugar, el precio de este insumo fue mayor al presupuestado, afectándose con ello la utilidad del contratista. Además, refiere que si ICEIN no hubiera tenido una buena solvencia económica habría tenido que recurrir a préstamos, lo que habría generado intereses y otros gastos. Finalmente, expone que el porcentaje de utilidad del contratista era del 32% y que el valor de la utilidad dejada de percibir ascendía a \$86.631.113, correspondiente al 32% del costo real del asfalto.

La respuesta que de la perito, transcrita literalmente, incluso con eventuales errores, es la siguiente:

“2. PUNTO No. 1 DE LA ACLARACION DEL DICTAMEN: Señalará la Perito si al aumentar el precio del Asfalto, que costos tuvo que incurrir el Contratista:

Es obvio que tuvo que incurrir en otros costos el contratista porque cuando presenta una licitación adjunta a ella se deben presentar unos precios, y cantidades de los productos que se utilizarán en dichas obras, y en estos presupuesto como ya se menciona no hay una cuantía que corresponda a Impuesto a las Ventas del Asfalto, todos sus índices de precios, producción y rentabilidad están aprobados, por tal motivo se dispone de un Efectivo o Valor tanto en Costos Directos, como son materiales, manos de obras, Costos indirecto de fabricación, etc.

Al Cobrar un Impuesto del que no hay razón de cobrar porque la misma ley lo dice, hay presentar una variable en el precio, se están saliendo del presupuesto aprobado, y esto va a generar desequilibrio económico, porque la utilidad que se tenía presupuestada, aprobada va a ser inferior.

En caso de que esta Empresa no tuviese una buena solvencia económica, habían tenido que incurrir en préstamos para cubrir el desfase y esto generaría unos gastos como son intereses, etc.

Aquí podemos observar el incremento en el precio así

Mayo/00	54.24%
Junio	77.39%
Julio	77.39%
Agosto	112.86%
Septiembre	112.86%
Octubre	148.73%
Noviembre	148.73%

Se Afecta lo que se deja de percibir en la Utilidad, la que se calcula sobre el AIU, Administración de Imprevistos y Utilidades, que se trata especialmente en los contratos de construcción o se a los ingresos propios; e

En este caso el porcentaje de Utilidad es de 32%.

Entonces este incremento y este impuesto que se facturó y cobró afecta el porcentaje de la UTILIDAD QUE ES EL 32%

El Costo Real del Asfalto con el Incremento es de \$270.722.230

El Costo Real que se Pactó y se Aprobó y se Proyectó es de \$142.912

El AIU, se Calcula sobre el 32% del costo Real = $(\$270.722.230 \times 32\% = \$86.631.113$.

O sea que los costos en que incurrió la empresa por este incremento el solo precio del Asfalto es de \$86.631.113, una utilidad que dejaron de percibir, porque se generó un mayor costo.

RESUMEN:

DESEQUILIBRIO POR LA VARIACION DEL PRECIO EN EL ASFALTO
\$357.353.344

DESEQUILIBRIO POR EL COBRO DEL IMPUESTO A LAS VENTAS \$434.734.350

UTILIDAD QUE SE DEJA DE RECIBIR POR EL INCREMENTO EN EL COSTO
\$86.631.113.”

La apodera de ICEIN solicitó aclaración y complementación de este segundo dictamen contable, con el objeto de: 1) determinar si en el cuadro en el que se relacionan los incrementos en el precio del asfalto se encuentra incluido el monto del IVA y si los valores tenidos en cuenta para establecer la suma correspondiente a la variación del precio del asfalto (\$357.353.344) comprende dicho impuesto. 2) En caso afirmativo, realizar los cálculos y modificaciones a que haya lugar sobre los cuadros y cifras definitivas. 3) “indicar si la cuantificación del desequilibrio económico por concepto de la variación del precio del asfalto en la suma de \$357.353.344, comprende el valor correspondiente al AIU que es del 32%”. 4) En caso afirmativo, realizar los cálculos y modificaciones a que haya lugar sobre los cuadros y cifras

definitivas.

La solicitud fue atendida por la perito contadora Olga Isaura Abello Solis , así:

1. *Sí, se encuentra incluido el valor correspondiente al impuesto sobre las ventas (I.V.A.) en el precio del asfalto. Las facturas que se aportan lo reflejan, al igual que la variación del precio; y la cuantía total de los facturado por Ecopetrol es de \$434.734.350, porque el asfalto que se adquirió fue mayor a la cantidad, que la utilizada para la producción de las mezclas asfálticas pactadas en el contrato y pagadas en las actas de obra presentadas al INVIAS. El incremento en el precio del asfalto para las cantidades realmente reconocidas por el INVIAS es la suma de \$357.353.344, suma que incluye el IVA.*
2. *Variación del precio e impuesto incluido \$270.722.231, valor de AIU (32%) sería igual a..... 86.631.113.*
3. *Sí, en esta sumatoria de \$357.353.344, está comprendido el valor correspondiente al AIU, que es el factor del 32%.*
4. *Los cálculos son: 357.353.344 Menos \$270.722.231 = 86.631.113.”*

6.5.2.4. Sobre la objeción parcial por error grave presentada por la parte actora frente al dictamen contable rendido por la perito María Claudia Guerrero Zamora

La Sala se pronunciará sobre la objeción parcial por error grave formulada por ICEIN frente a la experticia contable presentada por la perito María Claudia Guerrero Zamora, atendido el hecho de que el tribunal de instancia acogió las conclusiones del dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Oswaldo Burgos Carrión sin emitir pronunciamiento alguno respecto al dictamen contable y a la objeción parcial por error grave que fue presentada.

Sobre el particular se tiene que una vez practicada la prueba pericial decretada por el juez, de la misma debe correrse traslado a las partes para que puedan ejercer su derecho de defensa y contradicción, mediante la posibilidad de solicitar aclaraciones y complementaciones y de objetar el dictamen por error grave “*que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas*”, caso en el cual podrán pedir pruebas para su demostración, debiendo el juez resolver la objeción en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el respectivo dictamen, según las voces del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. Además, de conformidad con el inciso segundo del artículo 241 *ejusdem*, “*si se hubiere practicado un segundo dictamen, este no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere la objeción por error grave*”.

Ahora bien, el error grave al que se refiere el estatuto procesal es aquel que de no haberse presentado otra habría sido la solución o el sentido del dictamen, por haber recaído sobre materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debía versar la pericia o porque el perito dictaminó en sentido contrario a la realidad y alteró en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado. Como lo ha explicado esta Subsección:

“Conforme al numeral 4 del artículo 238 del C.P.C. la objeción por error grave supone que el dictamen haya sido elaborado sobre bases equivocadas, que conduzcan a conclusiones erradas sobre el objeto de la prueba. Estos yerros se presentan cuando se haya tomado como punto de referencia y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer la experticia o que se hayan modificado las características esenciales del objeto examinado por otras que no tiene y que son de tal magnitud, que de no incurrir en ellos, los resultados hubieren sido distintos.”

Descendiendo al caso concreto, se observa que, en cuanto a la experticia contable, ICEIN controvierte el informe pericial porque en su criterio la perito, pese a que estableció la existencia de un desequilibrio económico en la ejecución del contrato, omitió cuantificar el valor del mismo, respondiendo en forma “evasiva” las preguntas que se formularon a dicho efecto.

Al respecto, se observa que la actora se encuentra en desacuerdo con el dictamen respecto a las respuestas emitidas frente a las preguntas que se enderezaron a establecer el valor del desequilibrio económico alegado en el proceso, al considerar que es incompleto, que la experta no cuantificó de manera clara y concreta el monto del desequilibrio sufrido por ICEIN y que sus respuestas en torno a dicho aspecto son evasivas, sin que se aprecie que la perito hubiera desviado el objeto de la prueba, así como tampoco que hubiera analizado aspectos relacionados con otro contrato o con ítems, obras o materiales diferentes a los que dieron origen al litigio. En otras palabras, el dictamen versó sobre las materias que debían ser analizadas, relacionadas con el Contrato I.N.V. No. 904 suscrito entre las partes.

En este sentido, la Sala encuentra que los reproches formulados tienen que ver precisamente con la materia objeto de discusión en este proceso. En otras palabras, los argumentos expuestos corresponden a la discusión y controversia en torno a los análisis y las deducciones que la perito efectuó como sustento de sus conclusiones y que ICEIN no comparte, circunstancia que no constituye una razón para desestimar la prueba cuestionada sino más bien un elemento de juicio para su valoración, la que

se realizará posteriormente, al abordar el estudio de las causas del desequilibrio alegado en la demanda, en conjunto con el segundo dictamen contable rendido por Olga Isaura Abello Solís, tal como lo ordena el artículo 241 del C.P.C. En consecuencia, la objeción planteada no prospera.

6.5.3. Testimonio

En el proceso rindió testimonio el ingeniero civil José Ignacio Martínez, en audiencia llevada a cabo el 12 de diciembre de 2012. En su declaración el testigo informó que fue contratado por ICEIN en el cargo de ingeniero director de las obras durante la ejecución del contrato. Manifestó que el contratista realizó las obras a su cargo, aunque *“quedó faltando como kilómetro y medio de capa de rodadura de pavimento y su señalización porque el recurso económico no alcanzó. Inicialmente el INVIAS presupuestó la obra para hacerla por un valor aproximado de \$4.200.000.000.00 aproximadamente, durante la ejecución se vio que esa plata no alcanzaba y se adicionó el contrato al máximo que es el 50 % del valor inicial, y con esta adición quedó faltando para cumplir esa meta física, no alcanzaron de todas maneras los dineros. En líneas generales eso fue lo que se construyó dentro de la normalidad y se hicieron todas las obras hasta donde alcanzó el recurso”*.

Respecto a los precios del asfalto afirmó que a partir del año 2000 sufrieron incrementos que se salieron de todo margen, circunstancia que afectó al contratista, quien por tal razón no obtuvo utilidades. A su vez, precisó que el asfalto estaba incluido los ítems denominados mezcla densa en caliente MDC-1, MDC-2, MDC-3 y riego de liga, los cuales representaban un 70% del valor del contrato. Sobre el particular, textualmente expuso:

*“PREGUNTADO: Diga al Despacho si sabe que el contratista, ICEIN S.A., en la ejecución del contrato mencionado haya sufrido un desequilibrio económico en su contra. CONTESTÓ: Sí, ICEIN se vio muy afectado sobre todo con los asfaltos por los incrementos que hubo del año 2000 en adelante, los incrementos se salieron de todo margen, como venía comportándose el precio y se incrementó como en un 15% el precio del asfalto en todo el año 2000 y 2001 hasta que se entregó la obra. ICEIN se vio afectado, no tuvo las utilidades previstas esperadas debido a estas alzas y al comportamiento que presentaron las alzas en ese momento.
[...]*

PREGUNTADO: Sírvase indicar si los precios ofertados POR ICEIN S.A. eran concordantes con el valor del mercado a septiembre de 1999. CONTESTÓ: Los precios para esa fecha eran concordantes y el comportamiento de las alzas del asfalto en el año de 1999 se presentaban con un 3% aproximadamente de ajustes cada dos meses, en el año 2000 los ajustes se incrementaron en un 15% al asfalto y

a todos los productos derivados del petróleo que se salió del contexto previsto inicialmente por ICEIN y fue la causa por la que se vio afectada en los ítems que contenían asfalto. PREGUNTADO: Sírvase por favor indicar qué ítems del contrato 904 incluían asfalto. CONTESTÓ: la mezcla densa en caliente MDC-1, MDC-2, MDC-3 y riego de liga, eran las actividades que se contemplaban con asfalto para este contrato. MDC quiere decir mezcla densa en caliente, 1 es para la base asfáltica, MDC 2 para rodadura, MDC 3 rodadura fina que se utiliza para pavimentación de puentes, capas delgadas y riego de liga es la película que se riega con asfalto y sirve de pega entre la base y la rodadura. PREGUNTADO: Sírvase indicar al Despacho qué incidencia en términos porcentuales tenía el asfalto en el contrato 904 de 1999. CONTESTÓ: Los ítems que tienen asfalto representaba el 70% del valor del contrato. PREGUNTADO: Por favor indique al Despacho cómo estaban compuestos las mezclas a las que se refirió usted en su respuesta anterior, COMO MDC 1, MDC 2, MDC 3 y riego de liga. CONTESTO: La MDC 1, MDC 2 y MDC3 están compuestas por agregados minerales y asfalto y el riego de liga está compuesto por asfalto. PREGUNTADO: Indique por favor qué porcentaje de composición tuvieron estas mezclas en el contrato 904 de 1999. CONTESTÓ: De acuerdo al diseño y la fórmula de trabajo que dieron los resultados de laboratorio para cumplir con las especificaciones de construcción del INVIAS 1996, la MDC 1 consumió 110 kilos por metro cúbico de mezcla, la MDC 2, 125 kilos de asfalto por metro cúbico, la MDC 3, 165 kilos por metro cúbico, el riego de liga 20 kilos por metro cúbico. PREGUNTADO: Puede usted indicar si el asfalto podía cotizarse independientemente de los anteriores ítems. CONTESTÓ: No, de acuerdo al pliego de condiciones que el INVIAS entregó a los contratistas obligaba a que el precio de las mezclas debía presentarse con el precio del asfalto incluido, luego no era aceptable presentar precio de asfalto por aparte. PREGUNTADO: Qué porcentaje de la mezcla compacta representaba el asfalto. CONTESTÓ: Para las mezclas densas en promedio representaba el asfalto un 17% aproximadamente y para el riego de liga un 2% aproximadamente. PREGUNTADO: Había posibilidad de no usar estos ítems para la ejecución de las obras contratadas. CONTESTÓ: No, el INVIAS exigía y quería que la carretera fuera repavimentada y pavimentada la zona de ampliación en pavimento flexible (con asfalto), luego el único insumo para este tipo de pavimento es el asfalto. PREGUNTADO: Sírvase manifestar para qué debían usarse los ítems MDC 1, MDC 2, MDC 3 y riego de liga dentro de la ejecución del contrato. CONTESTÓ: La MDC1 se utilizó como capa asfáltica base, luego se colocaba el riego de liga de pega y adherencia entre la capa base y la mezcla MDC2 que es la capa rodadura y la MDC 3 que es una mezcla fina, se utiliza para espesores mínimos menores de tres centímetros de espesor y que se utiliza para pavimentar los puentes. PREGUNTADO: Según su respuesta anterior, sírvase indicar si en el contrato 904 de 1999 se utilizó la mezcla MDC 3. CONTESTO: No, en este contrato no utilizó la mezcla MDC 3, únicamente la MDC 1, la MDC 2 y el riego de liga”.

Por otra parte, se refirió al anticipo entregado al contratista, frente a lo cual afirmó:

“PREGUNTADO: Recuerda usted según el contrato cómo debía invertirse el anticipo y cómo fue invertido por ICEIN. CONTESTÓ: El anticipo fue invertido en transporte de equipo, compra de materiales, transporte de materiales, montaje de trituradora y plantas de asfalto y pagos de nómina. PREGUNTADO De acuerdo con su experiencia como director de obra es usual desde el punto vista de la práctica de la construcción que en una obra de las características y magnitud de la objeto del contrato 904 de 1999 se compre todo el asfalto a utilizar en un solo momento al inicio de la ejecución contractual. CONTESTÓ: No, sería absurdo gastar todos los recursos de un anticipo solo para comprar asfalto, ya que es la última actividad que se ejecuta para entregar una obra por eso los anticipos se programan más que todo para equipos, transportes de materiales, compra de materiales para la estructura del pavimento, montaje de los equipos de pavimento y después ya poder ejecutar la pavimentación de la vía. No más preguntas. En este estado y no habiendo más preguntas para el declarante, se termina este cuestionario y se firma como aparece”.

Ahora bien, como el testimonio del Ingeniero José Ignacio Martínez proviene de una persona que ha tenido un vínculo laboral con la parte actora, a juicio de la Sala, en los términos del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, su declaración resulta sospechosas por lo cual será valorada con la especial severidad que se requiere. Al respecto, vale reiterar que conforme lo ha manifestado esta Corporación, los testimonios que resulten sospechosos no pueden desecharse de plano, sino que deben ser examinados y valorados con mayor rigurosidad, de cara a las demás pruebas que reposen en el expediente y de acuerdo con las circunstancias propias de cada asunto litigioso, valoración que se realizará al presentar la solución al caso concreto, en conjunto con el material probatorio obrante en el plenario y de conformidad con las reglas de la sana crítica.

6.6. Solución al caso concreto

En su recurso de apelación la parte demandada solicitó revocar la sentencia impugnada y declarar probadas las excepciones propuestas, al considerar que el contrato se pactó a precio fijo y que la variación en los precios de las materias primas constituye un hecho previsible que ha debido ser tenido en cuenta por ICEIN al elaborar su oferta. Además, al celebrarse el contrato adicional No. 1, en el que se adicionó el plazo y el valor del contrato inicial, el contratista guardó silencio acerca de la supuesta ruptura de la ecuación financiera y, en cualquier caso, no se encuentran configurados los presupuestos para alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato.

En este sentido, y comoquiera que sólo la parte demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia del 29 de septiembre de 2014, de conformidad con la competencia que le asiste al juez en segunda instancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, se resolverá el asunto *sub lite* en aquello que el apelante reprocha como desfavorable en el recurso. Por tanto, atendiendo al régimen jurídico aplicable al contrato *subjudice*, la Sala procederá a examinar si el incremento en los precios del asfalto y el cobro del IVA constituyen circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato, que hicieron más oneroso el cumplimiento de las prestaciones a cargo de ICEIN al punto de afectar gravemente la ecuación contractual.

A este respecto, cabe reiterar que, de cara a los presupuestos que fundamentan la teoría de la imprevisión, los hechos que se alegan como causa de ruptura del equilibrio financiero del contrato deben ser posteriores al contrato, deben ser imprevistos e imprevisibles y no ser imputables a ninguna de las partes, al tiempo que deberá tratarse de circunstancias que hayan generado una afectación grave, anormal y desproporcionada del equilibrio entre las cargas y prestaciones del negocio jurídico concreto.

Bajo este contexto, procede la Sala a examinar separadamente las dos causas de ruptura de la ecuación financiera del contrato aducidas por la actora, a saber: el alza en el precio del asfalto y el cobro del IVA en las compras del asfalto requerido para la obra.

6.6.1. Sobrecostos originados en el aumento en los precios del asfalto

El demandante alegó en el proceso que durante el desarrollo del contrato de obra I.N.V. No. 904 de 1999 se generaron mayores costos como consecuencia del incremento anormal e imprevisible en el precio de venta del asfalto cobrado por ECOPETROL. Por su parte, en su recurso de apelación el Instituto afirmó que el contrato se celebró bajo el sistema de precios unitarios fijos o sin ajustes y que la variación en los precios de las materias primas constituye un hecho previsible que ha debido ser tenido en cuenta por ICEIN al elaborar su oferta y el cual, aunado al conocimiento previo que tuvo el contratista acerca de las condiciones bajo las cuales se celebraría el contrato, permite evidenciar la falta de planeación y previsión del contratista, negligencia que no puede trasladarse al INVIAS. Además, sostuvo que al celebrarse el contrato adicional No. 1, mediante el cual se adicionó el plazo y el valor del contrato inicial, el contratista guardó silencio acerca de la supuesta ruptura de la ecuación financiera.

6.6.1.1. En el caso concreto, la Sala encuentra demostrados los siguientes hechos relevantes a efectos de analizar la situación planteada en torno al incremento en los precios del asfalto:

* En primer lugar, quedó establecido que el 29 de agosto de 1999 el INVIAS dio apertura el proceso de licitación No. SCT-024-1999, con el fin de contratar la

construcción del tercer carril del PR17+500 al PR21+600, mantenimiento y refuerzo del pavimento existente del PR14+000 al PR21+600 de la carretera La Paila – Armenia, ubicada en el departamento del Quindío, por el sistema de precios unitarios fijos y con un plazo inicial de 11 meses (hechos probados 6.4.2 y 6.4.3).

Además, quedó establecido que el precio de venta del asfalto de ECOPETROL en la refinería de Barrancabermeja a la fecha de la presentación de la propuesta era de \$142.912 más IVA del 16%, para un total de \$165.788 (hecho probado 6.4.5.).

* En segundo lugar, se probó que el 17 de septiembre de 1999 ICEIN presentó su propuesta por un valor total de \$4.848.531.268,00, incluyendo un A.I.U del 32%, distribuido así: 22% por concepto de administración, 5% por el rubro de imprevistos y 5% de utilidad (hecho probado 6.4.4.).

En su oferta consignó el precio de cada uno de los ítems previstos en los pliegos de la licitación, contemplando, entre otros, los siguientes precios unitarios, en valores calculados por metro cúbico:

- (i) Para el ítem mezcla densa en caliente MDC-1, un precio unitario de \$184.505;
- (ii) Para el ítem mezcla densa en caliente MDC-2, un precio unitario de \$191.628;
- (iii) Para el ítem mezcla densa en caliente MDC-3, un precio unitario de \$206.550;
- y
- (iv) Para el ítem mezcla densa en caliente para bacheo, un precio unitario de \$218.274.

Respecto cada uno de estos precios ICEIN presentó los análisis de precios unitarios, en los que expuso el desglose correspondiente a los costos directos, incluyendo dentro de estos el equipo, materiales en obra, transportes y mano de obra, sin indicar la cantidad de asfalto que se tenía previsto utilizar por cada metro cúbico de mezcla ni su precio.

* En tercer lugar, la Sala encuentra que el contrato de obra celebrado entre las partes se acordó bajo la modalidad de pago por precios unitarios fijos o sin ajustes, como se desprende de lo consignado en las cláusulas primera y segunda del contrato.

* En cuarto lugar, se acreditó que el plazo inicialmente pactado fue de 11 meses, que la ejecución del contrato tuvo inicio el 7 de febrero de 2000 (hecho probado 6.4.10) y que el 8 de noviembre de 2000, transcurridos 9 meses de ejecución del

contrato, el contratista solicitó una prórroga de 5 meses y una adición al valor del contrato por la suma de \$2.665.548.170,90, que fue avalada por la interventoría y aceptada por el INVIAS (hechos probados 6.4.16 a 6.4.18).

Con relación a lo anterior, también se estableció en el proceso que el 10 de noviembre de 2000 las partes suscribieron el contrato adicional No. 1 al contrato de obra I.N.V. No. 904 de 1999, con el fin de prorrogar el plazo inicialmente convenido hasta el 7 de junio de 2001 y adicionar en \$2.665.548.170,90 el valor estimado inicialmente (hecho probado 6.4.19).

En cuanto al clausulado del referido negocio jurídico, consta en el plenario que en la cláusula quinta del contrato adicional las partes pactaron la lista de cantidades de obra y precios unitarios correspondientes a la adición en valor y aumentaron el precio unitario correspondiente a los ítems Mezcla densa en caliente (MDC-1), Mezcla densa en caliente (MDC-2) y Mezcla densa en caliente para bacheo. En este sentido, se observa que, en efecto, las partes estipularon en el mencionado acuerdo de voluntades que (i) el precio unitario del ítem "*Mezcla densa en caliente (MDC-1)*", que de acuerdo con el contrato inicial era \$184.505,00, pasaba a ser de \$235.542,00; (ii) el precio unitario del ítem "*Mezcla densa en caliente (MDC-2)*", cuyo valor era de \$191.628,00, se modificaba para quedar en la suma de \$248.749,00; y (iii) el precio unitario del ítem "*Mezcla densa en caliente para bacheo*", que en el contrato inicial se acordó en \$218.274,00, pasaba a quedar pactado en la suma de \$229.188,00, acordándose también las cantidades adicionales que de estos ítems serían ejecutadas. Además, en la cláusula sexta dispusieron las partes que las demás estipulaciones del contrato de obra quedarían vigentes en los términos inicialmente pactados (hecho probado 6.4.19).

* En quinto y último lugar, quedó probado que durante el año 2000 se presentaron alzas en los precios de venta del asfalto en la refinería de Barrancabermeja, que ciertamente son superiores a las que tuvieron lugar en el año 1999 (hechos probados 6.4.5 y 6.4.29).

Sobre el particular, de conformidad con la certificación de precios allegada por ECOPETROL, la Sala encuentra que los precios de la tonelada de asfalto entre septiembre de 1999 (fecha de la presentación de la propuesta) y junio de 2001 (fecha de terminación del contrato) en la refinería de Barrancabermeja, presentaron

las siguientes fluctuaciones:

- En septiembre de 1999, al momento de la presentación de la propuesta, el precio era de \$165.778, correspondiente a un valor de \$142.912 más el IVA del 16%.
- En diciembre de 1999, el precio fue de \$164.349, correspondiente a un valor de \$142.912 más IVA del 15%.
- Durante los meses de enero a marzo de 2000 el precio subió a \$189.750, correspondiente a un valor de \$165.000 más el IVA del 15%.
- Para los meses de abril y mayo de 2000 el precio fue de \$220.425, correspondiente a \$191.674 más el IVA del 15%.
- En los meses de junio y julio de 2000 el precio se incrementó a \$253.506, monto que correspondía a un valor de \$220.440 más el IVA del 15%.
- En agosto y septiembre de 2000 el precio fue de \$304.206, correspondiente a \$264.528 más el IVA del 15%.
- Entre octubre y diciembre de 2000, periodo durante el cual tuvo lugar la celebración del contrato adicional No. 1 del 10 de noviembre de la misma anualidad, el precio del asfalto tuvo un nuevo incremento, quedando en \$301.562 más IVA del 15% para un total de \$346.796.
- Y finalmente, a partir de enero de 2001 la tarifa de IVA pasó a ser del 16% y el precio de la tonelada de asfalto antes de IVA, con posterioridad a la celebración del contrato adicional No. 1 y hasta la finalización del contrato I.N.V. No. 904 de 1999, se mantuvo en \$301.562, para un total de \$349.812 incluyendo el IVA del 16%.

6.6.1.2. Ahora bien, antes de pasar a estudiar si a partir de las pruebas obrantes en el plenario se reúnen en el *sub lite* los presupuestos de la imprevisión, es importante recordar que frente al desequilibrio alegado por ICEIN con fundamento en los sobrecostos ocasionados por el alza en los precios del asfalto, el INVIAS en la contestación de la demanda y a lo largo de su recurso de apelación manifestó con insistencia que desde el inicio del proceso de selección estuvo claramente establecido que el contrato se celebraría a precios unitarios fijos o sin ajustes, modalidad de remuneración que quedó expresamente consignada en el contrato celebrado por las partes y que no fue modificada con ocasión de la suscripción del contrato adicional No. 1, de tal suerte que correspondía al contratista asumir las

contingencias asociadas a la variación de los precios de los materiales.

Al respecto, efectivamente se observa que desde los pliegos de la licitación y en el propio contrato las partes acordaron que la obra sería pagada de conformidad con los precios unitarios ofertados por el contratista, los cuales no estarían sujetos a reajuste. En punto a esta estipulación contractual, la Sala encuentra oportuno exponer las siguientes reflexiones.

Respecto a la remuneración del contrato de obra son reconocidas distintas formas de pago, una de las cuales es la modalidad de precios unitarios, en virtud de la cual las partes acuerdan el valor de las distintas unidades o cantidades de obra, de tal suerte que *“el costo directo total del contrato, será el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas y de sumar todos los ítems necesarios para dicha ejecución”*.

A su vez, la cláusula según la cual los precios convenidos son fijos o sin ajustes, claramente trasladada en cabeza del contratista, constructor de la obra, el impacto causado por las fluctuaciones de los precios pactados, a propósito de lo cual la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado en numerosas oportunidades señalando que en principio esta estipulación *“contraviene las normas y principios que orientan la contratación estatal, específicamente, aquellos relativos al mantenimiento de la ecuación económica del negocio jurídico”*, pues implica una renuncia anticipada al derecho que le asiste a las partes para exigir la preservación de la ecuación económica del negocio. En este sentido, ha considerado esta Corporación que, con independencia de la modalidad de precios que se pacte como retribución de la labor ejecutada, en los negocios jurídicos regidos por la Ley 80 de 1993 una cláusula que deje al contratista sin ningún mecanismo de restablecimiento ante el aumento exagerado de los costos inicialmente previstos se encuentra viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito, aunque en otras ocasiones ha concluido que la cláusula de precio fijo debe ser interpretada en armonía con la conmutatividad y el equilibrio entre derechos y obligaciones que impregna el contrato sujeto al Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Además, también ha reconocido que la ausencia de estipulación en materia de reajuste de precios no impide reclamar en sede judicial la actualización de los precios.

Lo anterior ha partido de la base de considerar que la autonomía de la voluntad no puede erigirse como soporte válido para la inobservancia de las normas del Estatuto de Contratación de la Administración Pública que propenden por defender el equilibrio económico, llamado a mantenerse a lo largo de la vida del contrato estatal, de conformidad con los artículos 4 y 5 y artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que establecen expresamente la actualización y la revisión de precios.

Es así como, en efecto, el artículo 4º de la Ley 80 de 1993 en su numeral 8º contempla la posibilidad de pactar cláusulas de ajuste o corrección de precios, con el fin de mantener durante el desarrollo del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, si hubo licitación, o de celebrar el contrato, en los casos de contratación directa, y dispone, de igual modo, su revisión y corrección cuandoquiera que fracasen los supuestos o hipótesis para la ejecución.

Por su parte, el artículo 5º de la mencionada ley, consagra el derecho de los contratistas a obtener oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

A su vez, el numeral 14 del artículo 25 *eiusdem*, estipula que las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

En suma, en el marco del contrato sujeto a las normas de la contratación pública, resulta claro que si bien el acuerdo de voluntades es vinculante para las partes en los términos en estipulados, ello no implica que, en todos los casos, a pesar de las vicisitudes ajenas a su voluntad que afecten la remuneración pactada, deban ejecutarse las prestaciones aún en condiciones que supongan un alto grado de desventaja para una de ellas, pues bien puede solicitarse la revisión de precios en los términos que le permite la ley.

En este orden de ideas, se ha considerado que la cláusula de estabilización o ajuste de precios es un mecanismo que tiende a preservar la naturaleza conmutativa de los

contratos y a garantizar que la equivalencia inicialmente acordada entre las prestaciones recíprocas se mantenga a lo largo de la ejecución del negocio jurídico, en tal forma que la remuneración recibida finalmente por el contratista corresponda a la que contempló al momento de presentar su propuesta y celebrar el contrato, a la vez que la figura de la revisión de precios permite solicitar al juez la corrección de la cláusula de ajuste pactada cuando sobrevengan hechos económicos que hagan ineficaz o insuficiente la fórmula de reajuste o la actualización de los precios cuando las partes no han pactado un sistema de ajuste de los mismos y estos sufren alteración como resultado de fenómenos económicos como la inflación o el alza de precios.

Ahora bien, como en el presente asunto no cabe dar aplicación a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, lo cierto es que bajo el marco de la teoría de la imprevisión y tratándose de un negocio sujeto al derecho común, si los contratantes al momento de celebrar el negocio jurídico pactaron, dentro de la distribución de riesgos convenida, que por el incremento en los precios y por sus impactos habría de responder una ellas, la parte afectada por el acaecimiento del evento riesgoso en cuestión no puede invocar la teoría de la imprevisión en procura de liberarse de la obligación de asumir las consecuencias de la contingencia por la que se comprometió a responder.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“[...] el suceso determinante de la alteración ha de ser ajeno a la esfera o círculo de la parte afectada, y del riesgo asumido por la ley o el contrato. Los riesgos del contrato confluyen a integrar el equilibrio prestacional, lo conforman y excluyen la extraneidad para efectos de la imprevisión. Por supuesto, ausente disposición legal o negocial, ningún contratante debe soportar aleas anormales y ajenas al contrato, salvo las asumidas sensatamente en armonía con el tipo contractual y su disciplina legal, o las imputables.”

[...]

*A no dudarlo, los riesgos y aleas componen la simetría de las prestaciones, e influyen en la determinación concreta del desequilibrio. Así, integran el equilibrio económico, las aleas normales, y los riesgos que por ley, uso, costumbre, equidad o estipulación pertenecen al contrato y deben soportarse por la parte respectiva, a quien no es dado invocar excesiva onerosidad. Contrario sensu, aleas anormales **no asumidas**, suelen tomar excesivamente onerosa la prestación”.* (resaltado fuera del texto)

De igual modo, la Corte Suprema de Justicia también ha resaltado que la cláusula de precio fijo en el campo del derecho privado implica que las partes voluntariamente

han asignado el riesgo asociado al incremento de precios, de tal modo que, en ausencia de pacto expreso en sentido contrario, el contratista está obligado a sostener los precios iniciales pactados. En efecto, refiriéndose justamente a la modalidad de remuneración en el contrato de obra a precios unitarios, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto en este mismo sentido, lo siguiente:

“Al acordarse el sistema de precios unitarios como forma de remuneración de la obra, el constructor o contratista se obliga, salvo estipulación en contrario, a «sostener los precios unitarios originales estipulados para cada uno de los ítems de la obra realizada, aun cuando estos puedan sufrir alzas, riesgo que en la práctica puede recompensarse durante la ejecución o en la liquidación; o preverse, según las cláusulas de reajustes que, de común acuerdo, se pacten”

En suma, en los casos en que se presente un incremento inusual en los precios de los insumos debe tenerse en consideración la fórmula de la ecuación económica del contrato y la identificación de la parte a cuyo cargo corrió el riesgo correspondiente, sin dejar de lado la necesidad de demostrar, por supuesto, el desbalance y la relación de causalidad con el hecho del cual se pretende derivar la afectación de la ecuación económica del negocio celebrado, lo que supone probar los costos directos en los que incurrió efectivamente el contratista y que los mismos hayan excedido de manera considerable el precio formulado en la oferta.

6.6.1.3. Descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, toda vez que desde la etapa precontractual la ecuación financiera estuvo planteada bajo el esquema de remuneración a precio fijo, cláusula que quedó expresamente convenida en el contrato celebrado por las partes y que, aún con posterioridad al alza en el precio del asfalto, fue expresamente confirmada en el contrato adicional No. 1 mediante el cual los contratantes, entre otras, aumentaron de mutuo acuerdo el precio de los ítems del contrato para cuya ejecución debía emplearse asfalto, negocio jurídico en el que, con pleno conocimiento del impacto causado por el incremento en los precios del asfalto, ICEIN acordó el nuevo precio unitario de los ítems afectados y manifestó expresamente su voluntad de mantener incólumes las restantes estipulaciones contractuales, incluida la estipulación de precio fijo.

En efecto, en el *sub examine* se encuentra establecido que las partes acordaron que el contrato se ejecutaría bajo el sistema de precios unitarios fijos sin ajustes, lo que significa que en el marco del negocio jurídico celebrado, cuyo régimen sustancial

está dado por las normas establecidas en el derecho común, los contratantes convinieron que el riesgo asociado a la variación de los precios de los insumos corría a cargo de ICEIN, particularmente el correspondiente al incremento en el precios de los materiales que llegare a presentarse durante la ejecución contractual.

Es así como, de acuerdo con las estipulaciones consignadas en los pliegos de condiciones de la licitación y en el contrato celebrado entre las partes, surge con nitidez que las partes no pactaron fórmula de reajuste como mecanismo de mitigación del impacto económico que podría implicar el alza en los precios de los materiales. Por el contrario, en el negocio jurídico fue convenido desde un inicio que los precios serían fijos y que no habría a reajustes, lo que significa que corría a cargo del contratista el riesgo de la variación de los costos determinantes de los precios, incluso aun cuando fuera superior al incremento que al momento de ofertar y de celebrar el contrato pudiera considerarse como normal o usual.

En otras palabras, el acuerdo sobre la asunción del riesgo inflacionario fue fruto de la libre y espontánea voluntad de los contratantes, toda vez que el INVIAS así lo planteó en los pliegos de condiciones de la licitación y dicho esquema de riesgos fue aceptado por el contratista y quedó plasmado en esta misma forma en el contrato.

En este punto, la Sala encuentra de especial relevancia la circunstancia de que esta estipulación se mantuvo incólume a lo largo de la ejecución del negocio jurídico *sub examine*, incluso en la oportunidad en la que de mutuo acuerdo las partes modificaron los precios unitarios inicialmente acordados para el pago de los ítems en los que el contratista empleaba asfalto, tal como en efecto ocurrió mediante la celebración del contrato adicional No. 1 del 10 de noviembre de 2010, que los contratantes suscribieron cuando ya habían tenido lugar las cinco alzas en el precio del asfalto que se presentaron a partir de enero de 2000 y que constituyen el fundamento de la reclamación del contratista.

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. Así, para la Sala no puede dejarse de lado que el mencionado acuerdo modificador respondió a la solicitud que formuló el propio contratista en noviembre de 2000, cuando era de

pleno conocimiento el incremento que durante ese año se había presentado en los precios del asfalto, solicitud en la que, por lo demás, el contratista expuso la necesidad de reprogramar las obras y pactar el mayor valor requerido para “*poder terminar los trabajos contemplados en el contrato*”, estimando el mayor plazo que era necesario a dicho efecto, expresando su conformidad con la adición al valor del contrato que se consideraba necesario para cubrir los costos asociados a ello y ratificando en todo lo demás las estipulaciones del negocio inicialmente pactado.

Es así como, quedó plenamente acreditado que el valor del contrato fue incrementado de común acuerdo por las partes mediante la celebración del contrato adicional No. 1 suscrito el 10 de noviembre de 2000, incluyendo precisamente una modificación en el precio de los ítems afectados por las alzas en el precio del asfalto, frente a lo cual el contratista, concedor de los aumentos que se habían presentado a lo largo del año 2000 en el precio de este insumo, manifestó su consentimiento en cuanto al valor y al plazo adicional que se requería para finalizar las obras, incluidos los nuevos precios que se pactaron para los ítems “*Mezcla densa en caliente (MDC-1)*”, “*Mezcla densa en caliente (MDC-2)*” y “*Mezcla densa en caliente para bacheo*” y reiteró su voluntad de continuar la ejecución del contrato de conformidad con las demás estipulaciones pactadas en el contrato inicial. De esta manera y en cumplimiento de lo pactado por las partes, el INVIAS pagó al contratista las cantidades adicionales de acuerdo con los nuevos precios convenidos, tal como quedó consignado al momento del recibo final de las obras y en el acta de liquidación del contrato y como se aprecia, además, en la certificación suscrita por los jefes de la División de Tesorería y División de Contabilidad del INVIAS, fechada el 13 de septiembre de 2002, correspondiente a los pagos efectuados por la entidad a favor del contratista con ocasión del Contrato I.N.V. No. 904, en la cual se relacionan las actas de obra suscritas a lo largo de la ejecución del contrato, con indicación del valor correspondiente a cada una, la amortización del anticipo y el valor pagado al contratista.

En suma, la Sala encuentra que ICEIN tenía conocimiento de la modalidad de retribución acordada y, además, para la época de la celebración del contrato adicional No. 1, conocía plenamente el impacto producido debido a las alzas del precio del asfalto presentadas a lo largo del año 2000, habiendo sido justamente que, previa solicitud del contratista, las partes acordaron la extensión del plazo

contractual aparejada de la adición al valor del contrato, así como una modificación a los precios unitarios de los ítems que requerían asfalto para su ejecución, mediante un negocio jurídico que constituye un acuerdo vinculante para los contratantes y que fue celebrado, se itera, tras conocer las implicaciones económicas derivadas del incremento en los precios del mencionado material.

A la anterior conclusión arriba la Sala partiendo de recordar que el soporte sobre el que se estructura el régimen contractual 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. 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 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 legales.

Así las cosas, por virtud de la fuerza obligacional de la ecuación contractual inmersa en el contrato pactado a precio fijo y de la que se deriva de la celebración del contrato adicional No. 1 -en el que ICEIN aceptó y confirmó la vigencia del precio fijo después de que ocurrió el incremento en los precios del asfalto y convino en la modificación de los precios de los ítems tantas veces mencionados a la vista de condiciones plenamente conocidas-, debe respetarse la voluntad de las partes sobre la distribución de riesgos que se deriva de dicha fórmula de precio fijo y desestimar la reclamación de perjuicios basada en el desequilibrio contractual por las alzas en el precio de este insumo, reclamación que, a pesar de fundarse en el incremento en los

precios que tuvo lugar durante el año 2000, fue presentada por el contratista con posterioridad a la celebración del contrato adicional No. 1 del 10 de noviembre de 2000, apartándose de la fórmula que gobernó la ejecución del contrato y el acuerdo de voluntades mediante el cual las partes modificaron los precios de los ítems “*Mezcla densa en caliente (MDC-1)*”, “*Mezcla densa en caliente (MDC-2)*” y “*Mezcla densa en caliente para bacheo*”.

6.6.1.4. En este punto y de cara a los requisitos para la configuración de la teoría de la imprevisión, la Sala reitera que no puede desconocerse la distribución de las obligaciones y riesgos que los contratantes acordaron en el momento de la celebración del negocio jurídico, de donde resulta que las partes deben absorber las consecuencias derivadas de los riesgos asumidos de conformidad con lo pactado, pues en el contrato, que ciertamente constituye por excelencia un acto de previsión, la distribución de los riesgos es, justamente, la previsión contractual en torno a cuál de las partes se encuentra en la obligación de asumir los costos que emanan de ciertas circunstancias previstas al momento de celebrar el negocio jurídico.

Como se ha visto, la demandante siempre supo y, bajo su propio riesgo, aceptó que el sistema de pago sería el de precios unitarios fijos, de acuerdo con el cual sólo tendría derecho a que la contratante le reconociera y pagara los valores correspondientes a las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, conforme a los precios unitarios que propuso, estipulación que en un contrato regido por el derecho privado no está sujeta a las limitaciones que se derivan del derecho al mantenimiento de la ecuación financiera del contrato al amparo de las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

En suma, para la Sala la ecuación contractual del contrato de obra acordada entre las partes desde la etapa precontractual y con posterioridad al acaecimiento de los hechos aducidos por la actora mediante la manifestación de voluntad expresada en el contrato adicional No. 1, implica que el riesgo de la mayor o menor utilidad derivado de la variación de los costos propios de la obra corre a cargo del contratista, lo que sin duda descarta la procedencia de un restablecimiento fundado en el artículo 868 del Código de Comercio, porque como ha quedado suficientemente analizado, no opera la imprevisión cuando el suceso se encuentra en la esfera o círculo de riesgo de la parte afectada.

6.6.1.5. De lo expuesto se deduce, sin duda alguna, que los hechos sobrevinientes alegados por la parte convocante, han de mirarse como el acaecimiento de riesgos o contingencias por los cuales y por sus impactos, se obligó a responder ICEIN, habiendo quedado eximido el INVIAS de todas sus consecuencias. Lo anterior es suficiente para denegar las pretensiones de la demanda que persiguen el restablecimiento del equilibrio económico por la excesiva onerosidad sobreviniente derivada del incremento en los precios del asfalto, por cuanto, según quedó explicado, es menester que quien invoque la teoría de la imprevisión no haya aceptado asumir los riesgos de cuya ocurrencia se deriva la excesiva onerosidad.

Con todo, para mayor abundamiento, conviene efectuar otras consideraciones adicionales que conducen al mismo resultado decisorio. En este sentido, aun dejando de lado lo anterior, lo cierto es que en el *sub examine* la parte actora no acreditó un desequilibrio manifiesto, grave y excesivo de la ecuación financiera del contrato como consecuencia del alza en los precios, lo que nuevamente conduce a la improcedencia de la reclamación elevada a dicho efecto.

En efecto, en lo que toca con las pruebas del proceso atinentes al incremento en los precios del asfalto, resultaba indispensable demostrar el costo real de su ejecución y que este excedió de manera considerable el precio formulado en la oferta, actividad probatoria que en el caso no se llevó a cabo, habida cuenta de que las pruebas del proceso no permitieron demostrar el costo real y efectivo en el que incurrió el contratista en la ejecución del contrato No. 904 de 1999, tal como pasa a exponerse.

6.6.1.5.1 El dictamen contable rendido por la perito María Claudia Guerrero Zamora, en cuanto al aumento en los precios del asfalto expuso que es “evidente” que *“se produjo un desequilibrio económico para el contratista de la obra, en este caso la parte demandante debido a que hubo incrementos periódicos en el precio del asfalto, y teniendo en cuenta la Cláusula primera del contrato No. 0904 de 1999 [se refiere a la cláusula en la que se pactó el precio unitario sin ajustes]”*. Además, afirmó que dicho desequilibrio se produjo *“aún con el contrato adicional que se suscribió”*, pues al comparar los precios que se pactaron en el mencionado contrato adicional con los *“precios del asfalto reales, estipulados en las facturas de compras a ECOPETROL, se evidencia que allí están más altos, siendo desfavorables para el contratista, en este caso la parte demandante”*.

Al respecto, no bastaba con que la perito afirmara que, de acuerdo con su propia percepción personal, a su juicio resultaba “*evidente*” que se produjo el desequilibrio dado que aumentó el valor del asfalto y que el contrato incluyó la cláusula de precio fijo. Esta conclusión refleja una convicción personal y subjetiva que no obedece a una opinión técnica, debidamente fundamentada o soportada en el análisis de los costos directos en los que efectivamente incurrió el contratista, tomando en cuenta las cantidades de asfalto efectivamente utilizadas y los valores que, con apoyo en las pruebas del proceso, acreditaran los montos pagados por ICEIN.

Lo anterior resulta todavía más evidente cuando se observa como la perito, sin explicación alguna, afirma que se produjo el desbalance como resultado de comparar el precio de compra del asfalto con el precio unitario de los ítems del contrato, a pesar de que estos últimos se conformaban por distintos componentes adicionales a los materiales, tales como mano de obra y transportes, y de que en ellos el contratista no reflejó puntualmente cuál era el precio y la cantidad del asfalto que tenía contemplado utilizar.

En efecto, es menester recordar que en los análisis de precios unitarios de los ítems a que se refiere la controversia, ICEIN presentó el desglose correspondiente a los costos directos, incluyendo dentro de estos el equipo, materiales en obra, transportes y mano de obra, sin presentar información específica sobre cada uno de los materiales que se emplearían, de tal modo que a partir de los formularios de precios de la propuesta no es posible verificar la cantidad de asfalto que ICEIN preveía utilizar por metro cúbico de mezcla, así como tampoco el precio de este material que tuvo en consideración al presentar su propuesta, dado que la descomposición de los precios unitarios no mostró información con el nivel de detalle suficiente para evidenciar lo anterior, tal como se estableció en el proceso (hecho probado 6.4.4.)

En conclusión, para la Sala la experticia mencionada carece de eficacia probatoria, toda vez que la perito no elaboró un informe u opinión técnica que diera respuesta debidamente fundamentada a los interrogantes que le fueron formulados. Es así como, en efecto, no tuvo en consideración las cantidades de asfalto que efectivamente adquirió el contratista para la obra ni el costo en el que incurrió por ello, aspectos que, por lo demás, en el proceso no fueron acreditados, así como

tampoco expuso análisis alguno en punto a la incidencia que dentro de los ítems referidos tenía el asfalto, dado que este último era solamente uno de los distintos insumos y componentes incluidos dentro de los materiales contemplados en la descomposición de los precios unitarios ofrecidos, los cuales, como quedó demostrado, incluían materiales adicionales, junto con equipos, transporte y mano de obra.

6.6.1.5.2 En el dictamen pericial rendido por la contadora Olga Isaura Abello Solís con ocasión de la objeción por error grave formulada por ICEIN, la perito relacionó y allegó una voluminosa cantidad de facturas de venta de asfalto emitidas por ECOPETROL a ICEIN durante los años 1999, 2000 y 2001, a partir de las cuales concluyó que el incremento en los precios de este material representó para el contratista un sobrecosto de \$357.353.344, sobre lo cual señaló:

“Las facturas que se aportan lo reflejan, al igual que la variación del precio; y la cuantía total de los facturado por Ecopetrol es de \$434.734.350, porque el asfalto que se adquirió fue mayor a la cantidad, que la utilizada para la producción de las mezclas asfálticas pactadas en el contrato y pagadas en las actas de obra presentadas al INVIAS. El incremento en el precio del asfalto para las cantidades realmente reconocidas por el INVIAS es la suma de \$357.353.344, suma que incluye el IVA.”

Además, anotó que como resultado del aumento en los precios y del cobro del IVA, el precio del referido insumo había sido superior al presupuestado, afectándose con ello la utilidad del contratista, en punto a la cual expuso que la misma era equivalente al 32% pactado como AIU en el contrato, con fundamento en lo cual estimó que la utilidad dejada de percibir como consecuencia del incremento en los precios era de \$86.631.113.

Para la Sala la experticia anterior carece de mérito probatorio, toda vez que, en primer lugar, la perito concluyó que el incremento en los precios del asfalto representó para el contratista un sobrecosto de \$357.353.344, soportando su conclusión en un conjunto de facturas de venta de asfalto emitidas por ECOPETROL a ICEIN durante los años 1999, 2000 y 2001 que allegó como anexo al dictamen, a pesar de que un gran número de ellas corresponde a compras realizadas con posterioridad a la terminación de las obras y a su recibo final por parte del Instituto y de la interventoría, que como quedó demostrado tuvo lugar el 27 de abril de 2001.

En efecto, una vez examinadas las copias de las facturas de venta de asfalto emitidas por ECOPETROL y anexadas por la contadora Olga Isaura Abello Solis con su experticia, la Sala observa que, si bien dan cuenta de la realización por parte del contratista de compras del insumo mencionado, dichos documentos por sí solos no permiten establecer que los gastos y pagos que allí se reflejan efectivamente se refieren a la obra objeto del contrato *sub examine*, pues se advierte que, por el contrario, un numeroso volumen de aquellas corresponde a compras de asfalto efectuadas por fuera de la vigencia del contrato, aunado a que otro tanto refleja la venta de asfalto con destinos distintos a la obra contratada por el INVIAS.

A manera de ejemplo, se allegaron al dictamen las copias de las facturas de venta obrantes a folios 4 a 240 del Cuaderno No. 13, todas las cuales reflejan compras de asfalto realizadas entre los meses de julio y noviembre de 2001, vale decir, con posterioridad al 27 de abril de 2001 cuando tuvo lugar el recibo definitivo de las obras y al 7 de junio del mismo año, cuando finalizó el contrato. Asimismo, a pesar de que el contrato No. 904 fue suscrito el 22 de diciembre de 1999, se incluyeron facturas del mes de noviembre de 1999 (folios 851 a 857 del Cuaderno No. 13), en las que, por lo demás, se identifica como destino de entrega "vista hermosa". Y dejando de lado las facturas que no se refieren al periodo de vigencia del contrato No.904, al verificar aquellas que corresponden al plazo contractual, se observa que en la información correspondiente a "*entrega producto*" muchas de ellas indican como "*destino*" ubicaciones distintas a la ciudad de armenia, donde se localizaba el proyecto.

En cuanto a esto último, nuevamente a manera de ilustración, se encuentran numerosas facturas en las que se consigna como lugar destino la ciudad de Bogotá, algunas de las cuales, incluso, se acompañan de una "*orden de requisición*" proveniente de ICEIN en la que se identifica como obra la "*Planta Alfelder*" y se precisa que la misma que se localiza en "*puente piedra*" (folios 262 a 293, 423 a 442, 449 a 470, 580 a 591, 630 a 645 del Cuaderno No. 13, entre otros).

A la vista de lo anterior, la suma de \$357.353.344 que presenta el dictamen como supuesto desequilibrio contractual originado en el alza en los precios del asfalto no puede ser acogida por la Sala, pues el soporte que la perito presentó corresponde a documentos que no dan cuenta clara y fidedigna de que se trata de las compras de

asfalto que ICEIN realizó exclusivamente para las obras contratadas por el Instituto, máxime cuando no se encuentran tampoco acreditadas en el proceso las cantidades que de este material fueron empleadas por el contratista en las mezclas utilizadas para ejecutar el contrato.

En segundo lugar, respecto a la utilidad dejada de percibir “*por el incremento en el costo*”, que la perito calculó como parte de su análisis sobre el monto del desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, se observa que la suma de \$86.631.113 no solo parte de las cantidades de asfalto que ICEIN afirmó en la demanda que utilizaba cada uno de los ítems, sin allegarse al respecto ningún soporte y sin exponer sobre el particular ningún concepto o análisis alguno, sino que además fue calculada por la perito en el porcentaje del 32% de A.I.U pactado en el contrato, sin tener en cuenta que de este porcentaje solamente el 5% correspondía a la utilidad, pues de acuerdo con el “*desglose detallado del porcentaje de A.I.U empleado*”, presentado como anexo a la propuesta, el A.I.U del 32% estaba distribuido un 22% para Administración, un 5% para Imprevistos y un 5% por utilidad. En efecto, en el dictamen al respecto se lee:

“Se Afecta lo que se deja de percibir en la Utilidad, la que se calcula sobre el AIU, Administración de Imprevistos y Utilidades, que se trata especialmente en los contratos de construcción o se a los ingresos propios; e

En este caso el porcentaje de Utilidad es de 32%.

Entonces este incremento y este impuesto que se facturó y cobró afecta el porcentaje de la UTILIDAD QUE ES EL 32%”

Por todo lo anterior, el dictamen pericial rendido por la contadora Olga Isaura Abello Solís carece de eficacia probatoria para acreditar los sobrecostos reclamados por la parte actora.

6.6.1.5.3 El dictamen pericial presentado por el ingeniero civil Oswaldo Burgos Carrión señaló que como el 10 de noviembre de 2000 las partes celebraron el contrato adicional No. 1 mediante el cual se acordaron nuevos precios unitarios de los ítems MDC-1, MDC-2 y MDC-3 en 27,66%, 29,81% y 5%, “*la reclamación de ICEIN S.A. por el eventual desequilibrio económico del contrato solo comprendería las obras ejecutadas desde el 7 de Febrero de 2000 hasta el 9 de Noviembre de 2000*”. A su vez, de acuerdo con las cantidades de asfalto que el contratista afirmó haber utilizado en los ítems mencionados, el perito estableció el valor reconocido por

el INVIAS por el asfalto, precisando respecto a la actividad Material Riego de Liga que no compartía lo manifestado por ICEIN al señalar que había empleado 20 kilogramos de dicho material por metro cúbico e indicando que posiblemente se emplearon 25,44 toneladas de asfalto, teniendo en cuenta que *“muy probablemente”* se utilizaron unos 6 kg de material riego de liga por metro cúbico de mezcla compactada.

Como conclusión, manifestó que el valor pagado por ICEIN a ECOPETROL por el asfalto requerido para la obra hasta la suscripción del contrato adicional No. 1 era de \$487.854.864 y que, como según los cálculos efectuados el monto pagado por el INVIAS al contratista por este mismo concepto había sido de \$239'905.567, la diferencia entre estas dos cifras resultaba ser de \$247.949.297, monto que adicionó con el A.I.U del 32% contemplado en el contrato, arrojando como resultado la suma de \$327.293.072, sobre la cual calculó actualización e intereses comerciales.

Al respecto, la Sala advierte que el dictamen presentado por el perito ingeniero se soportó en cálculos teóricos realizados a partir de cantidades de asfalto que la parte actora manifestó, las cuales no fueron corroboradas en modo alguno por el perito, quien no expuso fundamentación técnica o soporte alguno al respecto, como pasa a precisarse.

Según ha quedado visto atrás, a partir de los análisis de precios unitarios presentados por ICEIN con su propuesta, no es posible verificar las cantidades de asfalto que el contratista contemplaba utilizar por cada metro cúbico de cada tipo de mezcla, dado que la información que se reflejó en la descomposición de cada precio solamente consigna el costo directo global por mezcla, sin detallar cantidades de asfalto ni tampoco su precio. Siendo así, para calcular la cantidad de asfalto utilizado y el precio que por este material reconoció el Instituto en los pagos de los ítems ejecutados, el perito debía revisar las características, diseños, planos y especificaciones técnicas de la obra de pavimentación, mantenimiento y refuerzo de pavimento que fue contratada, procediendo a constatar, con base en dicha información y de acuerdo con sus conocimientos técnicos, cuáles eran efectivamente las cantidades de asfalto por metro cúbico que debían emplearse, pasando luego a corroborar las compras efectivas que de dicho material realizó el contratista, estableciéndose de este modo los costos ciertos de ejecución en los que incurrió ICEIN por el alza en el precio del asfalto .

En lugar de lo anterior, los cálculos realizados por el ingeniero, que partían de dar respuesta a la pregunta formulada en el sentido de cuantificar la cantidad de asfalto utilizado en los ítems, dieron por sentado que las cantidades de asfalto por cada mezcla eran las afirmadas por la actora en el libelo introductorio, a excepción del material riego de liga, sin explicar ni fundamentar de manera técnica y soportada que dichas cantidades correspondían efectivamente a los trabajos contratados, de conformidad con los planos, especificaciones y cantidades de obra.

Por su parte, en cuanto a las cantidades de asfalto en el material riego de liga, el perito precisó que se apartaba de los montos afirmados por ICEIN, indicando que lo recomendable era utilizar 6 kilogramos por metro cúbico, cantidad que probablemente fue la empleada por el contratista, aunque sobre ello tampoco ofreció mayores explicaciones o un soporte técnico detallado. Así, tras calcular el asfalto empleado en la obra a partir de los kilogramos que ICEIN afirmó emplear por cada metro cúbico de los ítems MDC-1, MDC-2 y MDC-3, en cuanto al asfalto del material riego de liga, en efecto el perito afirmó:

“[...] ICEIN S.A. manifiesta que se utilizan 20 Kg de material riego de liga por metro cúbico de mezcla. Esto es muy discutible porque si se utilizan 20 Kg de material riego de liga por metro cúbico de mezcla, se obtiene entonces 1 Kg de material riego de liga para cada metro cuadrado de pavimento con un espesor de 5 cm, lo cual es demasiado. Veamos:

Si se tiene un pavimento o capa de rodadura de 5cm (0,05m) de espesor y se pretende calcular el volumen de un metro cuadrado de esa capa de rodadura, el resultado es 0,05 M3.

Ahora bien, si ICEIN dice que se utilizaron 20 Kg de material riego de liga por cada M3 de mezcla, se obtendría:

20 Kg/M3 x 0,05 m = 1 Kg/M2Este valor es muy alto, es decir se obtendría 1 Kg de material riego de liga por cada metro cuadrado de capa de rodadura de 5 cm de espesor, que es un valor muy alto.

[...]

Estos valores altos de la cantidad de material riego de liga por cada metro cuadrado de la capa de rodadura, pueden originar situaciones riesgosas ya que generan desplazamientos y exudaciones en la capa de rodadura o pavimento construido sobre el asfalto de riego. Por eso, para evitar este tipo de situaciones, lo recomendable es utilizar 6 Kg de asfalto de riego por cada metro cúbico de mezcla compactada para así obtener 0,3 Kg/M2 o 0,45 Kg/M2 de rodadura para pavimentos de espesores de 5 cm y 7,5 cm respectivamente.

Puesto que en ACTA DE RECIBO DEFINITIVO DE LA OBRA suscrita el 27 de abril de 2001 por los representantes del INVIAS, los interventores y el Contratista, en el acápite CONCEPTO SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LAS

CONDICIONES CONTRACTUALES se dice que “La interventoría deja constancia que las obras recibidas cumplen las especificaciones generales de construcción y demás condiciones contractuales de acuerdo a los diseños, planos, carteras y especificaciones estipuladas para este proyecto” se puede inferir entonces que el pavimento no ha sufrido desplazamientos o distorsiones, lo que permite concluir que definitivamente no se utilizaron 20 Kg de material riego de liga por M3 de mezcla compacta; que muy probablemente lo que se utilizaron fueron 6 Kg de material riego de liga por M3 de mezcla compactada”. (subrayado fuera del texto)

Así las cosas, apreciado el contenido del dictamen, para la Sala la experticia carece de eficacia para acreditar los hechos que se propuso demostrar la actora, al utilizar como premisa las cantidades de asfalto informadas por el contratista, con excepción de las correspondientes al material riego de liga, sin ninguna verificación sobre las características técnicas y especificaciones de la obra. En otras palabras, el informe incurre en la equivocación de utilizar la conclusión como premisa, asumiendo la certidumbre de aquello que pretende probar, sin hacer ningún análisis de los medios de prueba disponibles en el expediente, lo que por supuesto socava los cálculos que a partir de allí se realizan, en los que se estimó el menor valor pagado por el INVÍAS por el asfalto, pues dicho monto se basó, justamente, en las anotadas cantidades de asfalto que la actora afirmó en el proceso y que el perito no corroboró ni sustentó sino que sencillamente dio por sentadas.

6.6.1.6. A la vista de lo anterior, la Sala concluye que en el *sub examine* no se encuentra demostrado que entre la fecha en la que se suscribió el contrato y la fecha en la que terminaron las actividades hubiera ocurrido un aumento de costos de insumos por cuenta del cual se hubiera impactado negativamente la economía del contrato en forma grave u ostensible, toda vez que aun cuando se demostró que tuvieron lugar alzas en el precio del asfalto lo cierto es que no existe prueba de los costos directos en que, de manera efectiva, debió incurrir el contratista para ejecutar la obra encomendada.

Para ese propósito no bastaba con sostener en los dictámenes periciales que se produjo un incremento en los precios del asfalto supuestamente proyectado en la propuesta. Resultaba indispensable demostrar el costo real de su ejecución y que este excedió de manera considerable el precio formulado en la oferta, actividad probatoria que en el caso no se llevó a cabo, habida cuenta de que no se aportó prueba idónea que permitiera demostrar cuál fue su costo real y efectivo.

Por otro lado, en cuanto a la prueba testimonial que obra en el proceso, se advierte que el testigo José Ignacio Martínez puso de presente que los precios del asfalto a partir del año 2000 sufrieron altos incrementos, señaló los cuatro ítems del contrato para cuya ejecución se utilizaba el referido insumo e indicó que ICEIN “*se vio muy afectado sobre todo con los asfaltos por los incrementos que hubo del año 2000 en adelante, los incrementos se salieron de todo margen, como venía comportándose el precio*”. Con todo, para la Sala el anterior testimonio no resulta suficiente a efectos de demostrar el monto de los sobrecostos que adujo la actora ni la afectación grave y ostensible en la ecuación financiera del contrato.

En suma, para la Sala, el testimonio rendido en el proceso, los dictámenes practicados y la prueba documental allegada al plenario no resultan suficientes a efectos de demostrar la ruptura de la ecuación económica que alegó la actora, pues para este propósito no bastaba con sostener que el simple incremento en los precios del asfalto ocasionó sobrecostos que el contratista tuvo que soportar. Por el contrario, era indispensable aportar las pruebas que soportaran la causación de los valores reclamados y el desbalance alegado, lo que comenzaba por demostrar las cantidades de asfalto que efectivamente fueron requeridas para adelantar las actividades que se vieron afectadas con las alzas alegadas y los costos directos efectivamente asumidos por el contratista, lo cual no se encuentra acreditado en el proceso.

Bajo este entendido, en punto a los sobrecostos en que la actora afirmó haber incurrido por el alza en los precios y el desequilibrio grave y ostensible que adujo, la Sala concluye 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 Código de Procedimiento Civil, incumbe 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 requieren de prueba, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal *onus*, impide su reconocimiento.

En conclusión, no prosperan las pretensiones relacionadas con el desequilibrio económico del contrato originado en el alza en los precios del asfalto.

6.6.2. Sobrecostos por pago de IVA

El segundo hecho que, según la parte demandante, ocasionó el rompimiento del equilibrio económico contractual y le representó al contratista sobrecostos imprevistos y excesivos, consistió en el cobro del impuesto a las ventas (IVA) sobre el asfalto, material utilizado en la realización de las obras objeto del Contrato I.N.V. No. 904, concretamente en la ejecución de los ítems denominados mezcla densa en caliente tipo MDC-1, mezcla densa en caliente tipo MDC-2, actividad de bacheo con MDC-3 y material de Riego de liga.

Al respecto, ICEIN afirmó en el proceso que a partir del 1° de noviembre de 1999, de conformidad con la Ley 488 de 1998, el asfalto pasó a ser gravado con un 15% de impuesto a las ventas – IVA. Además, señaló que en las compras del asfalto requerido para el Contrato I.N.V. No. 904 ECOPEPETROL cobró este impuesto, desconociendo lo establecido en el artículo 5° de la Ley 30 de 1982, a cuyo tenor “[c]on el fin de fomentar la pavimentación y repavimentación de carreteras y calles, los asfaltos estarán exentos de todo impuesto”.

Descendiendo al *sub examine*, para la Sala, contrario a lo manifestado por la parte demandante, las modificaciones introducidas por la Ley 488 de 1998 y el alegado cobro ilegal o infundado que, a juicio de la actora, efectuó ECOPEPETROL en las compras de asfalto que realizó ICEIN durante la ejecución del negocio jurídico, no constituyen un hecho externo, imprevisto e imprevisible y posterior a la presentación de la oferta, por las razones que pasan a exponerse.

6.6.2.1. La Ley 488 de 1998, que de acuerdo con la actora introdujo un cambio en las condiciones tributarias que impactó los costos del asfalto que adquirió el contratista en la ejecución de las obras y, por lo tanto, afectó los precios los ítems que utilizaban este insumo, en lo que guarda relación con la controversia introdujo fundamentalmente tres cambios normativos: en primer lugar, modificó el artículo 424 del Estatuto Tributario, que consagra los bienes que no causan impuesto a las ventas (IVA); en segundo lugar, en cuanto a la tarifa general del impuesto a las ventas, modificó el artículo 468 del Estatuto Tributario, disponiendo que dicha tarifa era del 16% y que a partir del 1° de noviembre de 1999 pasaría al 15%. En efecto, el artículo 46 *ejusdem*, consagró lo siguiente:

“ARTÍCULO 46. *Tarifa general del impuesto sobre las ventas.*

El artículo 468 del Estatuto Tributario quedará así:

"ARTÍCULO 468. *Tarifa general del impuesto sobre las ventas. La tarifa general del impuesto sobre las ventas es del dieciséis por ciento (16%). A partir del primero de noviembre de 1999 esta tarifa será del quince por ciento (15%). Esta tarifa también se aplicará a los servicios, con excepción de los excluidos expresamente. Igualmente la tarifa general será aplicable a los bienes de que tratan los artículos 446, 469 y 474.*

PARÁGRAFO . *Los directorios quedarán gravados a la tarifa general del impuesto sobre las ventas."*

En tercer lugar, respecto a los hechos que se consideran ventas para efectos del IVA, el inciso primero del artículo 64 señaló que *"en relación con la mezcla asfáltica y las mezclas de concreto, no se consideran como incorporación, ni como transformación las realizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al igual que aquellas que llegaren a ocurrir en los contratos que a la entrada en vigencia de la misma ya se encuentren perfeccionados o en ejecución, siempre y cuando el bien resultante haya sido construido o se encuentre en proceso de construcción, para uso de la Nación, las entidades territoriales, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas descentralizadas del orden municipal, departamental y nacional, así como las concesiones de obras públicas y servicios públicos"*.

6.6.2.2. Ahora bien, sobre el particular debe anotarse que la Ley 488 del 24 de diciembre de 1998 fue publicada el 28 de diciembre de 1998[□], fecha en la que entró en vigencia. Esto significa que para la época en la que se adelantó a la licitación pública No. SCT-024-1999, cuya apertura tuvo lugar el 29 de agosto de 1999 (hechos probados 6.4.2 y 6.4.3), y por supuesto para el 17 de septiembre y 22 de diciembre de 1999, fechas en las que ICEIN presentó su propuesta y suscribió el Contrato I.N.V. No. 904 (hechos probados 6.4.4. y 6.4.7.), la mencionada disposición se encontraba vigente desde hacía varios meses, de tal manera que las modificaciones introducidas por esta norma en modo alguno constituyen un hecho sobreviniente, posterior a la presentación de la oferta y a la celebración del negocio jurídico.

Como se anotó anteriormente, de conformidad con el artículo 868 del Código de Comercio, las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles que generan la desproporción de la operación económica deben ser sobrevinientes, esto es, deben tener ocurrencia con posterioridad a la presentación de la oferta o a la celebración del contrato, según el caso y, lógicamente, antes de su terminación. Por tanto, resulta evidente que la expedición de la Ley 488 de 1988 y los cambios que

introdujo y que hubieran podido afectar los costos del contratista no constituyen un hecho imprevisto, imprevisible y posterior al momento en el que ICEIN evaluó y estructuró los precios unitarios que incluyó en su propuesta, para cuya confección debía tener en cuenta la totalidad de factores que pudieran incidir en sus costos, incluida la normatividad tributaria vigente.

En este orden, si como ha quedado visto se trata de una norma que entró en vigencia varios meses antes de la presentación de la oferta y siendo deber del contratista informarse acerca del régimen tributario aplicable a las actividades que realizaría, incluido el marco impositivo atinente a la compra de materiales, no es de recibo que, tratándose de una norma que debía ser conocida por el oferente, afirme la actora que de manera sobreviniente e imprevista luego de la presentación de su propuesta y concretamente *“desde el 1º de noviembre de 1999, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 488 de 1998, quedó grabado(sic) el material asfalto con IVA del 15%, incrementándose su valor en ese porcentaje”*, cuando lo cierto es que la norma mencionada entró a regir a partir de su publicación en el Diario Oficial, el 28 de diciembre de 1998.

6.6.2.3. En este punto, debe señalarse que el numeral 4.8 de pliegos de la licitación estableció claramente que los precios unitarios propuestos por el contratista debían incluir todos los costos y gastos requeridos para la realización de las obras. Además, expresamente dispuso que los proponentes debían informarse acerca de las circunstancias y condiciones físicas y económicas, así como de las leyes y reglamentaciones que tuvieran incidencia en los costos y en el plazo del contrato.

En efecto, en la mencionada disposición textualmente se lee:

“4.8 PRECIOS COTIZADOS Y COSTOS DEL CONTRATISTA

*El contratista se obliga para con el Instituto a ejecutar, a los precios cotizados en la propuesta todos los trabajos y obras necesarias para la correcta construcción, estabilidad, seguridad y adecuación al objeto de la obra contratada. **El Contratista declara expresamente que para la fijación de los precios de la propuesta tuvo en cuenta todos los requisitos estipulados en el pliego de condiciones de la licitación y sus adendos, los riesgos de la obra y los gastos que deberá hacer para la realización de las obras a que se refieren esos precios en las condiciones estipuladas en este documento; que visitó los sitios de las obras que va a realizar y que se informó a cabalidad de las circunstancias y condiciones físicas y económicas, de las leyes y reglamentaciones colombianas que inciden en los costos del contrato y en los plazos de realización de las obras. Igualmente será del cargo del Contratista conseguir, adquirir, transportar, elaborar, clasificar, almacenar y colocar todos los materiales destinados a la obra y los elementos que suministre para lo mismo.***

También serán de cuenta del Contratista, los salarios de los obreros y empleados que necesite para ejecutar las obras contratadas; el pago de todas las prestaciones sociales, indemnizaciones laborales e impuestos establecidos por la Ley Colombiana; el servicio de vigilancia que requiera la obra, los sueldos de sus ingenieros y empleados administrativos; el transporte de su personal; las primas de las pólizas de seguros y de las garantías estipuladas para este contrato; la construcción y el mantenimiento de sus instalaciones provisionales con las correspondientes instalaciones eléctricas, sanitarias y de comunicaciones; las acometidas y redes eléctricas y de agua, desde el sitio de suministro de tales servicios hasta los diferentes sitios de utilización en la obra; la construcción y el mantenimiento de las vías provisionales necesarias para el desarrollo de los trabajos; la localización, el replanteo y los levantamientos topográficos necesarios para las medidas y cubicaciones (sic) de las obras e instalaciones efectuadas hasta la entrega final y recibo de las mismas. El Contratista deberá obtener de las autoridades competentes todas las licencias y permisos que pueda necesitar. Igualmente deberá cumplir con todos los requisitos exigidos por las leyes colombianas y sus reglamentaciones y pagar todos los gastos que imponga la realización de las obras a que estos precios se refieren de acuerdo con lo estipulado en el objeto del contrato.

El Instituto podrá reembolsarle de cualquiera de estos gastos que se viera obligada a hacer, tomando su valor de los pagos debidos al Contratista o de las garantías de que trata la Cláusula Octava del contrato.” (resaltado fuera del texto)

En este mismo sentido, de conformidad con el numeral 4.10 del pliego de condiciones, al formular la propuesta el oferente debía estudiar todo lo concerniente a la naturaleza de los trabajos a realizar, así como tener en consideración los distintos factores que pudieren afectar el desarrollo del proyecto, los plazos para la ejecución de los trabajos y su costo, incluida la normatividad aplicable:

“4.10 INFORMACIONES SOBRE EL TRABAJO Y MANIFESTACIONES HECHAS AL CONTRATISTA

*El contratista al firmar el contrato declara conocer y haber estudiado cuidadosamente todo lo concerniente a la naturaleza del trabajo y a los sitios del mismo; las condiciones generales y locales, las relacionadas con las restricciones y limitaciones del transporte hasta el sitio de la obra sobre los cuales el Instituto no asume responsabilidad alguna, disposición, manejo y almacenamiento de materiales; la disponibilidad de mano de obra, agua, energía eléctrica, comunicaciones, combustibles, sitios para campamentos, las condiciones y características del subsuelo, el régimen de las aguas freáticas y superficiales, la situación, calidad y cantidad de los materiales necesarios para su ejecución; la conformación, composición y condiciones del terreno incluyendo las características de los materiales, las vías y caminos de acceso; las características del equipo y servicios requeridos para la ejecución del trabajo; las reglamentaciones gubernamentales, las leyes y costumbres laborales, las restricciones, depósitos y derechos que rigen en Colombia para la importación de los equipos, materiales, maquinaria, herramientas y repuestos, las reglamentaciones colombianas que afectan el transporte de carga general de importación así como las demás disposiciones relativas al transporte aéreo, marítimo, fluvial y terrestre, las leyes y reglamentaciones para entrada a Colombia, trabajo en el país y salida de él, de personal nacional y extranjero; la legislación ambiental vigente; **en general, todos los factores sobre los cuales se puede razonablemente obtener información y que en alguna forma afecten el trabajo, los plazos para su ejecución y su costo, los cuales debieron ser tenidos en cuenta por el Contratista, al formular su propuesta.** En consecuencia, el*

Instituto no reconocerá ninguna compensación adicional y/o extensión de los plazos fuera de los casos contemplados expresamente en el contrato. El hecho de que parte de la información mencionada en esta sección, sea suministrada al Contratista en los documentos del contrato no lo releva de la responsabilidad de cerciorarse por su cuenta de la dificultad y del costo de llevar a cabo con éxito los trabajos. El Instituto no asume responsabilidad alguna por informaciones dadas por cualquiera de sus funcionarios o agentes antes de la celebración del contrato, a menos que tal información sea expresamente ratificada en el contrato, bajo la responsabilidad del Instituto.” (resaltado fuera del texto)

De igual modo, el numeral 2.15 del Volumen I de los Pliegos reiteró que en los precios unitarios ofrecidos por el contratista éste debía incluir todos los gastos y costos inherentes al cumplimiento del contrato. En efecto, la referida estipulación del pliego de condiciones consignó lo siguiente:

“2.15 LISTA O FORMULARIO DE CANTIDADES APROXIMADA DE OBRA Y PRECIOS

- El proponente deberá consignar todos los precios unitarios, sumas globales y precios totales para la obra, en el Formulario de "Cantidades aproximadas de Obra y Precios de la Propuesta", el cual adicionalmente debe ser entregado en medio digital.*
- Los precios unitarios consignados en el Formulario de "Cantidades aproximadas de obra y precios", no serán objeto de corrección alguna y priman sobre el valor consignado en los análisis de precios unitarios. Los precios unitarios obtenidos por el proponente en sus análisis no serán corregidos aunque haya evidencia de error. **Los precios unitarios deben cubrir todos los gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio del contrato, entre otros: los costos de materiales, mano de obra en trabajos diurnos y nocturnos o en días feriados, señalización diurna y nocturna, iluminación nocturna, prestaciones sociales, herramientas, maquinaria, pago de peajes, ensayos de control de calidad, manejo de aguas, construcción de obras provisionales, diques, espolones, pasos en ríos, imprevistos, gastos de administración, gastos para la obtención de los permisos autorizaciones y concesiones para uso y aprovechamiento de recursos naturales, medidas ambientales, utilidades del contratista, etc.***

[...]

- La fijación de los precios de la propuesta se deberá hacer de acuerdo con lo estipulado en el numeral 4.8. "PRECIOS COTIZADOS Y COSTOS DEL CONTRATISTA" DEL Volumen I, del Pliego de Condiciones". (resaltado fuera del texto)*

Por su parte, en el numeral 1.2.17 de los pliegos de la licitación se indicó nuevamente que el costo de los materiales y toda clase de elementos suministrados en relación con el contrato estarían incluidos en los precios unitarios contenidos en el Formulario de Cantidades aproximadas de Obra y Precios, salvo disposición expresa en contrario, circunstancia que también fue reiterada en el numeral 2.20, en el cual se precisó:

“2.20 MATERIALES

Los Proponentes establecerán las fuentes de materiales que, en caso de resultar favorecidos, utilizarán en la ejecución de la obra. [...]

*[...] **La totalidad de los costos deberán estar incluidos en los ítems de pago de las obras de que trata la presente Licitación.** El constructor se obliga a conseguir oportunamente todos los materiales y suministros que se requieran para la construcción de las obras y a mantener permanentemente una cantidad suficiente para no retrasar el avance de los trabajos.*

El Instituto no asumirá ningún reclamo del constructor, por costos, plazos, falta o escasez de materiales o elementos de construcción, o por cualquiera de los eventos contemplados en este numeral. (resaltado fuera del texto)

A su vez, el numeral 4.30 de los pliegos dispuso que todos los impuestos establecidos en la ley serían a cargo del contratista:

“4.30 DERECHOS, IMPUESTOS Y LEYES

*El Contratista deberá pagar todos los derechos, impuestos y contribuciones establecidas por las diferentes autoridades nacionales, departamentales o municipales y que afecten el Contrato y las actividades que de él se deriven.
[...]*”

Por otro lado, en el numeral 2.2.1 del Volumen I de los pliegos de la licitación se consignó que los proponentes deberían examinar cuidadosamente los documentos de la licitación y que, si tuvieran inquietudes o requiriesen cualquier tipo de aclaración, deberían solicitar al Instituto las precisiones que fueren pertinentes. Además, en el numeral 2.4 del mismo volumen de los pliegos de la licitación se contempló la audiencia de aclaraciones a los pliegos de condiciones, oportunidad en la que los proponentes, justamente, debían dar a conocer las dudas que tuvieran acerca del contenido y alcance del pliego de condiciones, lo que nuevamente fue contemplado en el numeral 2.5 del mismo documento.

6.6.2.4. Bajo este contexto, es claro que el oferente debía estructurar su propuesta teniendo en consideración todos los factores que pudieran tener impacto en los costos y gastos en los que habría de incurrir para la ejecución de las obras, incluidos los impuestos que afectarían la realización de las actividades y trabajos a su cargo, pues la totalidad de los costos y gastos inherentes a la ejecución del proyecto, incluidos los impuestos, debían quedar comprendidos en los precios unitarios ofertados, aspecto que ciertamente era parte fundamental de la fórmula de la ecuación económica inmersa en el contrato que las partes se proponían celebrar y que desde la etapa precontractual se estructuró bajo el sistema de precios unitarios fijos.

Por tanto, correspondía al oferente confeccionar su oferta a partir del adecuado y completo estudio de cada uno de los aspectos que pudieren afectar los costos y gastos en los que debía incurrir, lo que, por supuesto, comprendía analizar la normatividad pertinente en materia tributaria. Además, si le asistían inquietudes frente a cualquier aspecto relacionado con la forma como debía estructurar los precios unitarios o cualquier otro asunto de los pliegos de la licitación, tenía la posibilidad de solicitar aclaraciones, lo que según lo probado en el proceso no ocurrió.

Así las cosas, conforme con lo previsto en el pliego de condiciones y con lo pactado en el contrato, el cual se acordó bajo la modalidad de precios unitarios fijos, para la Sala es claro que el contratista asumió la obligación de suministrar los materiales requeridos para las obras y asumir los costos de estos y, en general, sufragar la totalidad de costos y gastos inherentes a la realización satisfactoria de las obras contratadas, los cuales debían quedar comprendidos en los precios unitarios de la propuesta, para lo cual debía informarse de todas las circunstancias necesarias para formular su oferta, circunstancia que, aunada a la fecha en la que entró en vigencia la Ley 488 de 1998 en la que ICEIN se basa para alegar el desequilibrio económico que aduce haber sufrido por el pago del IVA del asfalto, conducen a concluir que no hay lugar a reconocimiento alguno por los sobrecostos que pretende la actora por este concepto.

Con relación a este punto, cabe recordar que el contrato cuyo pago es pactado a precios unitarios es aquel en el que las partes acuerdan el valor de las distintas unidades o cantidades de obra, de tal suerte que el valor total del contrato será el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutada, lo que supone un cuidadoso ejercicio de análisis por parte del proponente al momento de evaluar los costos y gastos necesarios para llevar a cabo cada ítem de obra y efectuar el correspondiente cálculo de cada precio unitario.

En este sentido, en la conformación de los precios unitarios el contratista debe tener en cuenta todos los gastos que se requieren para realizar para cada unidad o ítem pactado y lo que comúnmente se denomina análisis de precios unitarios *“corresponde a la descomposición de los mismos para determinar los costos que los conforman: la maquinaria que se utilizará, calculando el valor por el tiempo que se requiera; la mano de obra, teniendo en cuenta el costo hora-hombre, y cuántas*

personas se requieren para la ejecución de esa unidad de medida; la cantidad de los materiales necesarios, etc.”

6.6.2.5. Ahora bien, en cuanto a lo manifestado por la parte actora en el sentido de señalar que en las ventas de asfalto efectuadas por ECOPETROL a ICEIN aquella entidad le cobró IVA a pesar de que el artículo 5° de la Ley 30 de 1982 disponía que este material está exento de impuestos, la Sala encuentra pertinente realizar las siguientes precisiones.

Efectivamente de vieja data, la producción y venta de asfalto han merecido del Legislador un tratamiento tributario favorable con el fin de incentivar proyectos de infraestructura pública, es especial la pavimentación y repavimentación de vías, como ciertamente lo recordó la Corte Constitucional en la Sentencia C-657/15, al examinar la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 1607 de 2012, mediante el cual se modificó el artículo 424, numeral adicional 12, del Estatuto Tributario.

Es así como, con el propósito de estimular la pavimentación de vías, el artículo 5° de la Ley 30 de 1982 estableció la exención fiscal a la producción y comercialización del asfalto. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explicó en su momento que ECOPETROL, en su calidad de productor de asfaltos, estaba exento de las obligaciones tributarias referidas en dicha norma-. De igual modo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de septiembre 27 de 1990 Exp. 2111 precisó que esta disposición, si bien no fue incorporada en el Estatuto Tributario, expedido mediante el Decreto 624 de 1989, en desarrollo de las facultades otorgadas al Gobierno Nacional por la Ley 75 de 1986 para efectuar la compilación de las normas tributarias de carácter legal vigentes, no por tal circunstancia perdió su vigencia, señalando *“las normas que estaban vigentes no dejaron de estarlo por la circunstancia de no haber sido incluidas...ni puede considerarse que, a consecuencia de lo anterior, en el Estatuto Tributario, estén contenidas necesariamente todas las vigentes...”*, tal como también lo ha expuesto esta Corporación.

Por su parte, la Ley 488 de 1998 determinó que, para efectos del IVA, no se consideraría incorporación ni transformación las mezclas asfálticas y las de concreto realizadas con anterioridad a la vigencia de esa ley, dentro de ciertas limitaciones, cuando se relacionaran con la construcción de obras públicas y de servicios públicos.

Más adelante, el artículo 79 de la ley 633 de 2000 ratificó que el asfalto, las mezclas asfálticas y el material pétreo no estarían gravados con IVA cuando se utilizaran en los procesos de incorporación o transformación para producir mezclas asfálticas o de concreto, según las condiciones previstas en el artículo 64 de la Ley 488 de 1998, vale decir, que se destinen a la construcción de bienes para uso de las entidades públicas o a los contratos de concesión y de servicios públicos señalados en esta última norma. Así lo reiteró esta Corporación, al precisar sobre el particular lo siguiente:

*“Sin embargo, con la expedición de la **Ley 488 de 1998**, el legislador previó un nuevo tratamiento en el impuesto sobre las ventas para las diferentes modalidades de venta de las mezclas asfálticas, pues dispuso en el artículo 64 íb. lo siguiente:*

Artículo 64. *Para los efectos de la aplicación del literal c) del artículo 421 del Estatuto Tributario y en relación con la mezcla asfáltica y las mezclas de concreto, no se consideran como incorporación, ni como transformación las realizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al igual que aquellas que llegaren a ocurrir en los contratos que a la entrada en vigencia de la misma ya se encuentren perfeccionados o en ejecución, siempre y cuando el bien resultante haya sido construido o se encuentre en proceso de construcción, para uso de la Nación, las entidades territoriales, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas descentralizadas del orden municipal, departamental y nacional, así como las concesiones de obras públicas y servicios públicos.*

Lo previsto en este artículo no será aplicable en relación con los impuestos sobre las ventas que hubieren sido cancelados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley, los cuales no serán objeto de devolución o compensación.

Como se observa, la norma transcrita previó el tratamiento para la venta de «mezclas asfálticas y de concreto», en el sentido de señalar que no se entendían como incorporaciones o transformaciones de bienes para efectos del literal c) del artículo 421 E.T. y que, por tanto, no era una operación gravada, siempre y cuando el bien resultante haya sido construido o esté en proceso de construcción para uso de las entidades allí descritas.

No obstante lo anterior, la disposición transcrita no se refirió concretamente al tratamiento tributario del «asfalto» que, como se vio, estaba exento de IVA de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 30 de 1982.

*El artículo 79 de la **Ley 633 de 2000** aclaró el tratamiento del IVA frente al «asfalto» y reiteró el previsto para las mezclas asfálticas, porque dispuso lo siguiente:*

Artículo 79. *IVA al asfalto, mezcla asfáltica y material pétreo. Lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 488 de 1998 igualmente será aplicable al asfalto y a los materiales pétreos que intervienen y se utilicen específicamente en el proceso de incorporación o transformación necesarios para producir mezclas asfálticas o de concreto y en la venta de asfalto, mezcla asfáltica o materiales pétreos.*

Con fundamento en lo anterior, se establece que con la expedición de la Ley 633 de

2000, tanto la venta de «asfalto» como su incorporación para producir mezclas asfálticas, no están gravadas con IVA, pero con la condición prevista en el artículo 64 de la Ley 488 de 1998, esto es, que se destinen a la construcción de bienes para uso de las entidades públicas o a los contratos de concesión y de servicios públicos, señalados en esta última norma.

La Sala observa que el hecho de que el artículo 5° de la Ley 30 de 1982 no hubiera sido derogado o modificado expresamente por la Ley 633 de 2000, no permite concluir que su tratamiento exceptivo que para «todo impuesto» traía dicha norma, se hubiera mantenido en materia de IVA aún después de la entrada en vigencia de la Ley 633, pues esta reguló el punto específico que también había sido contemplado en la norma de 1982.” (resaltado dentro del texto)

6.6.2.6. Pues bien, para el caso concreto se observa que en las compras de asfalto efectuadas por ICEIN ciertamente ECOPETROL cobró el impuesto sobre las ventas, como se puede observar en las facturas de venta allegadas con la demanda así como en las que fueron anexadas a la experticia presentada por la contadora Olga Isaura Abello Solís. Con todo, de cara a las condiciones establecidas en los pliegos de la licitación, para la Sala la circunstancia de que ECOPETROL hubiera facturado el impuesto a las ventas y la discrepancia que sobre el particular manifiesta la actora, al considerar que dicho cobro no se ajustó a la normatividad, en modo alguno constituye un hecho sobreviniente, imprevisto y ajeno al contratista.

En efecto, al confeccionar su oferta ICEIN tenía la carga de informarse acerca de todas las condiciones que pudieran incidir en los precios unitarios que ofertó, lo que comprendía obtener de los proveedores las cotizaciones atinentes a los materiales que debía adquirir y, en general, efectuar las averiguaciones y consultas pertinentes con miras a tener adecuado y pleno conocimiento acerca de los costos de adquisición de los insumos, lo que por supuesto incluía consultar si ECOPETROL en sus ventas cobraba o no el IVA y si ECOPETROL, en atención al objeto del contrato, incluiría o no el IVA en las ventas de asfalto que le hiciera.

Sobre este punto, llama la atención que los precios de venta del asfalto de ECOPETROL a lo largo de todo el año 1999 contemplaron el impuesto a las ventas, en una tarifa que entre enero y octubre fue del 16% y que a partir de noviembre pasó a ser del 15% (hecho probado 6.4.5). En efecto, de conformidad con la certificación de precios del asfalto allegada por ECOPETROL al proceso, los precios del asfalto comercializado por ECOPETROL a todo lo largo del año de 1999 incluían IVA, observándose como única modificación en esta materia la circunstancia de que mientras entre enero y octubre de 1999 la tarifa de IVA incluida era del 16%, a partir

de noviembre del mismo año pasó a ser del 15%.

De hecho, en la información presentada por ECOPETROL en la referida certificación, se aprecia lo siguiente:

“ANEXO- PRECIOS - ASFALTOS DE ECOPETROL S.A. –

Año: 1999

Periodo: Enero a Agosto

Refinería	Asfalto	Unidad	Precio	IVA	Total
GCB	70/90	\$/TON	127,600	16%	148,016
GRC	60/80	\$/TON	127,600	16%	148,016
Apaiay	60/80	\$/TON	127,600	16%	148,016

Año: 1999

Periodo: Agosto 19 a Octubre

Refinería	Asfalto	Unidad	Precio	IVA	Total
GCB	70/90	\$/TON	142,912	16%	165,778
GRC	60/80	\$/TON	142,912	16%	165,778
Apaiay	60/80	\$/TON	133,980	16%	155,417

Año: 1999

Periodo: Noviembre a Diciembre

Refinería	Asfalto	Unidad	Precio	IVA	Total
GCB	70/90	\$/TON	142,912	15%	164,349
GRC	60/80	\$/TON	142,912	15%	164,349
Apaiay	60/80	\$/TON	133,980	15%	154,077

”

Así las cosas, al presentar su propuesta la parte actora, experta en la actividad que constituía el objeto a contratar y concedora de las condiciones bajo las cuales se celebraría el contrato, se encontraba en el deber de analizar rigurosamente el régimen impositivo vigente, informarse acerca de las incidencias que pudiere llegar a tener la Ley 488 de 1998 que, se repite, había entrado en vigor desde el 28 de diciembre de 1998, más de ocho meses antes de presentar su oferta, y verificar anticipadamente los precios de venta del material, corroborando con ECOPETROL el valor total de la tonelada de asfalto que esta entidad venía cobrando en las ventas de este insumo en los meses anteriores y al momento mismo de presentar su oferta así como la interpretación que ECOPETROL venía haciendo de la Ley 30 de 1982 y de la Ley 488 de 1998, pues a partir de la información allegada al proceso ciertamente lo que se observa es que a lo largo de todo el año de 1999 los precios de dicha entidad para la venta del asfalto contemplaban el cobro de IVA.

En adición a lo anterior, la Sala observa que, si al realizar las compras de asfalto ICEIN consideró que era improcedente el cobro del referido impuesto, ha debido formular la reclamación correspondiente ante el vendedor, en lugar de trasladar su inconformidad al INVIAS, por la vía de solicitar el reconocimiento de los valores que

considera no han debido serle cobrados por el proveedor del asfalto. En otras palabras, el alegado cobro indebido del IVA que la parte actora trajo a colación en el proceso no es un hecho a partir del que pueda estructurarse una reclamación ante el INVIAS con fundamento en la teoría de la imprevisión, sino una circunstancia que ICEIN ha debido plantear frente a ECOPETROL, de modo que la afectación que en su economía se pudiere derivarse de una omisión en tal sentido debe ser asumida por el propio contratista.

6.6.2.7. No sobra señalar que en punto al cobro del IVA en las ventas de asfalto los dictámenes periciales concluyeron lo siguiente:

* El dictamen contable rendido por la perito María Claudia Guerrero Zamora indicó que con posterioridad a la presentación de la oferta, a partir del VI bimestre de 1999, el asfalto fue gravado con el IVA del 15%. En efecto, al respecto, sostuvo:

“La entrega de la oferta para la licitación que le fue adjudicada a la parte demandante ocurrió el día 17 de septiembre de 1999, y posteriormente el Gobierno Nacional decide gravar con el IVA del 15% el asfalto, hecho que sucedió para el VI bimestre de 1999 (Noviembre-Diciembre), lo cual representa un desequilibrio en su flujo de caja, pues a pesar de poder deducir el IVA de cada factura en la declaración bimestral del impuesto sobre las ventas, era indudable que primero tenía que pagarlo.”

* Por su parte, en la experticia presentada por la contadora Olga Isaura Abello Solis, practicada con ocasión de la objeción por error grave formulada por ICEIN, la perito afirmó que el cobro del IVA ocasionó una alteración en la ecuación financiera del contrato en perjuicio del contratista por valor de \$434.734.350, toda vez que de conformidad con el artículo 5º de la Ley 30 de 1982 no había razón para el cobro de dicho tributo. En este sentido manifestó:

“1. Al examinar las preguntas la pregunta No.4 del dictamen pericial, la que dice así “Presentación por parte de la Perito Contador, las facturas de compras emitidas por ECOPETROL”, la Empresa Colombiana de Petróleo Ecopetrol, generó facturas que se adjunta relación de estas, donde se puede observar el número de la factura, el valor, en la que se desglosa la parte que corresponde al impuesto a las ventas, que es de donde se deriva el desequilibrio económico porque según la Ley 30 de 1982 Artículo 5º, dice “Con el fin de fomentar la pavimentación y repavimentación de carreteras y calle, los Asfaltos estarán exentos de todo IMPUESTO”, Adjunto Oficio No. 06690 de diciembre 28 de 2007, donde queda totalmente claro que no hay razón para cobrar dicho impuesto.

	Vr. Facturado Sin Impuesto	Impuesto a Ventas
	1.430.245.409	214.536.812
	1.467.983.589	220.197.538
TOTAL	2.898.228.998	434.734.350

Se puede observar que en lo facturado por Ecopetrol, hay un desequilibrio en lo que corresponde al impuesto a las ventas por un valor de Cuatrocientos Treinta y Cuatro Millones Setecientos Treinta y Cuatro Mil Trescientos Cincuenta Pesos Mcte, sin tener cuantificado que en algunas facturas el precio unitario presenta algunas diferencias.

Si se compara con el Contrato, y con la Licitación, los valores no tenían impuesto a las ventas porque es claro que el Asfalto no estaba ni está gravado con ningún impuesto y la misma ley de petróleos lo dice”.

Concluyendo igualmente, lo siguiente:

“Es obvio que tuvo que incurrir en otros costos el contratista porque cuando presenta una licitación adjunta a ella se deben presentar unos precios, y cantidades de los productos que se utilizarán en dichas obras, y en estos presupuesto como ya se menciona no hay una cuantía que corresponda a Impuesto a las Ventas del Asfalto, todos sus índices de precios, producción y rentabilidad están aprobados, por tal motivo se dispone de un Efectivo o Valor tanto en Costos Directos, como son materiales, manos de obras, Costos indirecto de fabricación, etc.

Al Cobrar un Impuesto del que no hay razón de cobrar porque la misma ley lo dice, hay presentar una variable en el precio, se están saliendo del presupuesto aprobado, y esto va a generar desequilibrio económico, porque la utilidad que se tenía presupuestada, aprobada va a ser inferior.

En caso de que esta Empresa no tuviese una buena solvencia económica, habían tenido que incurrir en préstamos para cubrir el desfase y esto generaría unos gastos como son intereses, etc.”

* A su vez, el dictamen pericial presentado por el ingeniero civil Oswaldo Burgos Carrión también coincidió en señalar que 45 días después de la presentación de la propuesta, concretamente a partir del 1º de noviembre de 1999, *“de conformidad a lo dispuesto por la Ley 488 de 1998, el asfalto quedó gravado con el IVA del 15% lo que significaba que a partir del 1º de noviembre de 1999 el nuevo precio del asfalto por tonelada quedaba en \$164.349 (incluido el IVA) y comprado en la refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL”,* añadiendo de igual modo:

“Las causas que originaron la diferencia entre lo que pagó ICEIN S.A. a ECOPETROL y el precio del asfalto pagado por el INVIAS a ICEIN S.A., fueron que, mientras el INVIAS pagó a ICEIN S.A. \$142.912 por tonelada de asfalto, a ICEIN S.A. le tocó pagarle a ECOPETROL ese mismo valor de \$142.912 por tonelada de asfalto pero aumentado ese precio con los reiterados incrementos que sufrió y la aplicación además del IVA desde el 1º de noviembre de 1999 hasta el 9 de noviembre de 2000”.

6.6.2.8. Sobre el particular es de recordar que de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la prueba pericial es procedente para la verificación de hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Por su parte, al tenor del artículo 241

del Código de Procedimiento Civil, el juez debe apreciar el dictamen pericial, en conjunto con los demás medios de prueba que reposan en el expediente y teniendo en cuenta en su valoración, la firmeza, precisión, calidad y claridad de sus fundamentos. Además, debe observar que se encuentre debidamente fundamentado y que el perito sea competente para rendir el dictamen, es decir, que sea un experto en la materia científica, técnica o artística analizada, valoración que debe efectuarse con plena autonomía respecto de las conclusiones del perito.

Bajo el anterior contexto, la Sala encuentra que al examinar lo atinente al cobro del IVA en las compras de asfalto realizadas por ICEIN, los dictámenes periciales mencionados indicaron que de conformidad con la Ley 488 de 1999 y a partir del 1º de noviembre de 1999 este material pasó a ser gravado con un 15% de IVA, concluyendo a partir de ello que se ocasionó un desequilibrio económico en perjuicio del contratista, toda vez que aquel presentó su oferta con anterioridad a dicha fecha. Además, la perito contadora Olga Isaura Abello Solis afirmó que *“se deriva el desequilibrio económico porque según la Ley 30 de 1982 Artículo 5º, dice “Con el fin de fomentar la pavimentación y repavimentación de carreteras y calle, los Asfaltos estarán exentos de todo IMPUESTO” [...] donde queda totalmente claro que no hay razón para cobrar dicho impuesto.”*

Frente a lo anterior, la Sala observa que lo expresado por los peritos al señalar que se produjo un desequilibrio económico que el INVIAS restablecer al contratista y que se originó en el cobro del 15% de IVA en virtud de la Ley 488 de 1998 a pesar de la exención consagrada para el asfalto en el artículo 5 de la Ley 30 de 1982, corresponde a conclusiones basadas en apreciaciones personales sobre aspectos de orden jurídico cuyo análisis corresponde exclusivamente al juez del contrato. Por tanto, en este punto la prueba referida carece de eficacia probatoria, pues ciertamente este medio de prueba tiene por objeto el estudio de aspectos técnicos, científicos o artísticos que requieran especiales conocimientos, sin que tengan cabida puntos de derecho, tal como expresamente lo establece el numeral 1º del artículo 236 del CPC.

6.6.2.9. En conclusión, en lo que concierne al segundo de los hechos alegados por la parte demandante como fundamento del desequilibrio económico del contrato, la Sala encuentra que en el *sub lite* no se reúnen los presupuestos que configuran la

teoría de la imprevisión por sobre costos originados en el pago del IVA en las compras del asfalto requerido para las obras, pues no se trata de un hecho sobreviniente, imprevisto, imprevisible y exógeno al contratista, elementos estos que deben concurrir para la prosperidad del reconocimiento económico solicitado por ICEIN.

Para la Sala, resulta claro que la afectación económica que dijo sufrir la actora con ocasión del cobro del IVA no fue posterior a la celebración del negocio jurídico ni, por tanto, fue un hecho imprevisible, puesto que era previsible y debió ser previsto por el contratista en el momento de preparar su propuesta.

En este punto, no puede dejarse de lado que durante la etapa previa a la celebración de todo contrato le asisten a las partes cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar la propuesta, deberes de cuya inobservancia se derivan responsabilidades que no pueden eludirse, en tanto la participación en la fase precontractual parte de la base de los conocimientos especializados y la experiencia que se ostenta y que desde luego contribuyen a la consideración, valoración y calificación de la oferta, de tal suerte que si la desatención de esas cargas desencadena consecuencias económicas desfavorables para el contratista, dicha circunstancia no puede ser invocada como fundamento de pretensiones resarcitorias encaminadas a obtener el restablecimiento de la ecuación económica del contrato.

Como ha quedado expuesto, *en el sub examine* la regulación que en materia de IVA fue contemplada en la Ley 488 de 1998 era un hecho conocido por el contratista desde el momento de la presentación de su propuesta y de la suscripción del contrato, aunado al deber de estudiar, preparar y presentar su propuesta informándose adecuadamente de todas las circunstancias que pudieran tener incidencia en los costos y gastos inherentes a la ejecución de los trabajos. Además, en punto a la inconformidad relacionada con la falta de aplicación del artículo 5º de la Ley 30 de 1982 por parte de ECOPETROL o con la interpretación que dicha entidad hubiere efectuado respecto a la Ley 488 de 1998, la Sala observa que se trata de un asunto que concierne exclusivamente al contratista y a su proveedor, de tal manera que, si ICEIN considera que ECOPETROL no ha debido facturarle el referido gravamen, le corresponde la carga de adelantar las actuaciones pertinentes en orden a salvaguardar su economía, proponiendo ante el vendedor del asfalto las

reclamaciones que a bien tuviere, las que en modo alguno cabe trasladar al INVIAS.

En suma, como no se estableció en el proceso la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, ajenas a las partes, imprevistas, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato que, además, hubieren generado una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones o una alteración fundamental en el equilibrio prestacional, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar dispondrá negar las pretensiones de la demanda.

7. Condena en costas

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que ésta proceda.

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: REVOCAR la sentencia del 29 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y en su lugar se dispone:

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: SIN COSTAS.

CUARTO: En firme esta providencia **ENVÍESE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaro Voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

GC1 / GC3