



Radicado: 76001-23-31-000-2009-00728-01 (67736)
Demandante: Ingeniería Construcción y Equipos S.A.

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

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Controversias contractuales
Radicación: 76001-23-31-000-2009-00728-01 (67736)
Demandante: Ingeniería Construcción y Equipos S.A.
Demandado: Instituto Nacional de Vías – INVÍAS

Tema: Se confirma la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, porque no la demandante no probó la existencia del desequilibrio alegado.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 21 de marzo de 2019 por el Tribunal Administrativo del Quindío que negó las pretensiones de la demanda.

Esta Subsección es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 y 181 del CCA. A su vez, el tribunal era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón la cuantía, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 132 del CCA.

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 17 de febrero de 2022. En auto del 6 de julio de 2022 se corrió traslado para alegar. Las partes presentaron alegatos y el Ministerio Público rindió concepto.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- El 23 de julio de 2009 Ingeniería Construcción y Equipos S.A. (en adelante, la <<demandante>> o la <<contratista>> o <<INCOEQUIPOS>>) presentó demanda contra el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS (en adelante, la <<demandada>> o la <<contratante>> o el <<INVÍAS>>), con las siguientes pretensiones:

<< Primera: Que se declare que, en desarrollo del contrato de obra No. 2307 de 2005 y sus adicionales celebrado entre la sociedad INCOEQUIPOS S.A. y el INVÍAS, se presentaron situaciones no imputables al contratista que le hicieron más



gravoso el cumplimiento del contrato y le generaron una situación de desequilibrio en la ecuación financiera del mismo.

Segunda: Que se declare que en la ejecución del Contrato de Obra Pública No. 2307 de 2005 y sus adicionales, se rompió, en contra de los intereses del contratista, el equilibrio económico contractual causado:

- 1. Por el mayor valor del asfalto utilizado en la producción de la mezcla densa en caliente tipo MDC-2 y del ACPM utilizado en la maquinaria y en los vehículos destinados al transporte de materiales que tuvo que pagar el contratista por su precio fue objeto, después de presentada la oferta, de inusuales, imprevistos y anormales incrementos, que no pudieron ser subsumidos, neutralizados o compensados con el PARÁGRAFO SEGUNDO- AJUSTE DE PRECIOS- de la CLÁUSULA SÉPTIMA – FORMA DE PAGO- del contrato 2307 de 2005*
- 2. Por la utilidad dejada de recibir por el contratista a la presupuestada en la oferta que de dio origen al contrato en lo que al rendimiento de equipo se refiere, debido a la disminución en la ejecución de obras por causas no imputables al contratista.*

Tercera: Que se ordene restablecer del equilibrio económico del anotado contrato para incluir:

- 1. Como precio final del asfalto y del ACPM, aquel que el contratista pagó por cada uno de ellos.*
- 2. Como utilidad por concepto del rendimiento de equipo, aquella que el contratista dejó de recibir comparada a la presupuestada en la oferta que dio origen al contrato.*

Cuarta: Que en consecuencia, se condene al INVIAS a pagar al contratista, en pesos actualizados como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, los siguientes valores:

- 1. El mayor valor al que el contratista adquirió el asfalto y el ACPM, el cual corresponde a la diferencia aritmética entre el calor que el contratista pagó por su adquisición menos el que le reconoció y pago de la parte demandada, así:*
 - a) Por el incremento anormal en el precio del asfalto utilizado en la producción de mezcla densa en caliente, la suma \$66.3332.289, a costo directo.*
 - b) Por el incremento anormal en el precio del ACPM utilizado en la maquinaria, la suma de \$34.638.685, a costo directo.*
 - c) Por el incremento anormal en el precio del ACPM utilizado en los vehículos destinados para el transporte de materiales, la suma de \$60.321.843, a costo directo.*
 - d) Por la utilidad dejada de recibir por concepto de rendimiento de equipo debido a la disminución en la ejecución de obras por causas no imputables al contratista, la suma de \$358.730.362, a costo directo.*



Quinta: Que se condene al INVÍAS a pagar al contratista, en pesos actualizados como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, los siguientes valores:

- 1. La suma de \$4.060.775 que proviene del “Acta de aprobación de ajustes por actualización de precios de ítems no previsto del hito No. 3 de obra “de fecha 18 de diciembre de 2006.*
- 2. La suma de \$5.190-436 que proviene del “Acta de aprobación de ajustes por actualización de precios ítems no previstos del Hito No. 11 de obra” de fecha 17 de agosto de 2007.*
- 3. La suma de \$41.173.312 que proviene del “Acta de aprobación de ajustes por actualización de precios ítems no previstos del Hito No. 11 de obra” de fecha 17 de agosto de 2007.*

Resúmenes de las condenas a costo directo sin incluir AIU ni intereses moratorios desde la fecha contractual de su causación hasta su pago efectivo y real.

- 1. Por concepto del literal a) numeral 1 pretensión 4ª la suma de \$66.332.289*
 - 2. Por concepto del literal b) numeral 1, pretensión 4ª la suma de \$34.638.685*
 - 3. Por concepto del literal c) numeral 1, pretensión 4ª la suma de \$60.321.843*
 - 4. Por concepto del literal d) numeral 1, pretensión 4ª la suma de \$358.730.362*
 - 5. Por concepto de la pretensión quinta numeral 1 la suma de \$4.060.775*
 - 6. Por concepto de la pretensión quinta numeral 2 la suma de \$5.190.436*
 - 7. Por concepto de la pretensión quinta numeral 3 de \$41.173.312*
- Total.....*
\$570.447.702

Cuarta: Que igualmente se condene al INVÍAS a pagarle a la parte demandante el equivalente al 24% del resultado anterior, o sea la la suma de \$136.907.448, correspondiente a 17% al concepto de administración, 2% al concepto de imprevistos y 5% al concepto de utilidad de conformidad con lo pactado en la cláusula segunda, párrafo primero, del contrato de obra pública No. 2307 de 2005.

Quinta: Que se condene en las costas del juicio al INVÍAS, incluidas las agencias en derecho>>.

2.- Las pretensiones se fundaron en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 24 de octubre de 2005 la demandante y el INVÍAS suscribieron el contrato de obra pública No 2307, cuyo objeto era <<disenar, reconstruir, pavimentar y/o repavimentar un tramo de la vía Tuluá- San Rafael de PR 2+0040 a PR 21+0440 de una longitud de 19.40>>.



2.2.- El contrato se suscribió por un valor de cinco mil doscientos treinta y seis millones trescientos noventa y cuatro mil trescientos cincuenta y un pesos (\$5.236.394.351). El plazo se pactó en veintidós (22) meses, de los cuales tres (3) eran para la etapa de estudios y diseños y diecinueve (19) para construcción.

2.3.- En su propuesta, el contratista presentó un rubro de administración, imprevistos y utilidades - AIU (en adelante AIU) del veinticuatro por ciento (24%), discriminado en un diecisiete por ciento (17%) de administración; dos por ciento (2%) de imprevistos y cinco por ciento (5%) de utilidad esperada.

2.4.- El 29 de diciembre de 2005 se suscribió el acta de inicio del contrato. El 29 de marzo de 2006 el contratista entregó los estudios y diseños. El 28 de abril de 2006 se suscribió el acta de inicio de la etapa de construcción.

2.5.- El 19 de octubre de 2007 las partes acordaron modificar el contrato para reducir siete kilómetros y cuatrocientos metros (7,40) del número total de kilómetros a ejecutar. El contratista aduce que dicha modificación disminuyó su utilidad esperada.

2.6.- El 12 de diciembre de 2007 se suscribió el acta de entrega y recibo final de la obra.

2.7.- El demandante afirmó que durante la ejecución del contrato se presentaron variaciones inusuales en el valor del ACPM y el asfalto, insumos necesarios para la construcción de la obra. Dichas variaciones superaron el Índice de Costos de la Construcción Pesada - ICCP (en adelante <<ICCP>>).

a.- Los precios del ACPM y el asfalto son definidos por Ecopetrol de acuerdo con el comportamiento mundial del petróleo, el cual se vio afectado por fenómenos internacionales de alzas de precios en los años de ejecución del contrato, específicamente entre los meses de julio de 2006 y noviembre de 2007.

2.8.- El aumento en los costos de los insumos constituyó una situación ajena al contratista que generó el rompimiento del equilibrio económico del contrato, con lo cual se afectó su utilidad esperada.

2.9.- En la demanda se señala que, si bien se suscribieron actas de actualización de precios, las mismas no fueron suficientes para cubrir el desequilibrio generado por las alzas de los valores del ACPM y el asfalto.

B.- Posición de la parte demandada

3.- El INVÍAS se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:



3.1.-El contratista presentó una propuesta que era menor en un cuarenta y uno por ciento (41%) al presupuesto oficial del INVÍAS, con lo cual asumió los riesgos en los precios planteados para los insumos.

3.2.- El contrato se pactó por precios unitarios con fórmula de reajuste que se aplicaba cada 12 meses con base en la variación de los ICCP. En todo caso, de conformidad con los términos del contrato, el riesgo de la variación en los precios de la propuesta estaba a cargo del contratista.

3.3.- Si bien se presentó una variación en el precio del asfalto, esta se encontraba cubierta con el valor fijado para el asfalto en el pliego de condiciones; sin embargo, en su oferta el contratista decidió bajar el precio de este ítem, con lo que asumió directamente el riesgo correspondiente.

C.- Sentencia recurrida

4.- El Tribunal Administrativo del Quindío negó las pretensiones en sentencia del 21 de marzo de 2019. El tribunal sustentó su decisión en los siguientes argumentos:

4.1.- El contratista no logró demostrar que las variaciones del precio fueran un hecho extraordinario. Si bien se probó que hubo situaciones en la economía mundial que afectaron el precio del petróleo, no se acreditó que las mismas afectaran específicamente este contrato.

4.2.- El dictamen pericial rendido por un ingeniero civil no contenía un análisis concreto de las repercusiones que los hechos que afectaron el precio del petróleo tuvieron en Colombia, y el perito no acompañó un estudio económico que avalara su postura.

4.3.- El tribunal constató que las variaciones de los precios del asfalto y el ACPM en el país no fueron anormales. Por lo anterior, como quiera que los cambios que se presentaron se dieron dentro de niveles usuales, estos eran previsibles y el contratista debió tenerlos en cuenta en su propuesta.

4.4.- En cuanto a la disminución de los kilómetros de carretera, ella fue acordada por las partes y, en virtud de esta, se rebajaron los costos del proyecto, lo que implicó menores cargas económicas a cargo del contratista.

4.5.- Además, el contrato fue adicionado en ochocientos setenta y nueve millones de pesos (\$879.000.000), suma que implicó una mejora en las condiciones económicas del contratista.

D.- Recurso de apelación



5.- La demandante presenta recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con base en los siguientes reparos:

5.1.- El aumento en los precios del petróleo sí afectó el contrato, pues este se ejecutó durante los años 2006 y 2007, fechas en las cuales se presentaron alzas inusuales en los referidos insumos.

5.2.- El precio de los derivados del petróleo como el asfalto y el ACPM son fijados por Ecopetrol, sin que el contratista pudiera asegurar el precio, ni siquiera pagando anticipadamente estos insumos.

5.3.- El perito demostró que existieron mayores valores en el contrato por cuenta de los precios del ACPM y el asfalto, los cuales se presentaron en virtud de los hechos internacionales.

5.4.- Los cambios en el precio del barril del petróleo en el mercado mundial afectaron el mercado colombiano. Dichos incrementos son <<hechos públicos y notorios>> que no requerían prueba. El valor del petróleo no se podía anticipar, y por ello no era necesario que el perito realizara un estudio económico para avalar que tal incremento era inusual.

II. CONSIDERACIONES

6.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda se presentó dentro del término de caducidad. El contrato terminó el 29 de octubre de 2007 y no fue liquidado, por lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, los dos años de caducidad se computarían desde el plazo máximo para realizar la liquidación unilateral. Así las cosas, el término máximo para demandar era el 3 de mayo de 2010. La parte demandante presentó solicitud de conciliación el 5 de marzo de 2009, y esta se declaró fallida el 5 de mayo de 2009. La demanda fue presentada oportunamente el 23 de julio de 2009.

7.- La Sala circunscribirá sus consideraciones a los argumentos de la apelación, y confirmará la decisión de negar las pretensiones de la demanda porque la demandante no demostró que el comportamiento de los precios del asfalto y el ACPM fuera anormal e imprevisible; adicionalmente, en el contrato se pactaron precios unitarios con fórmula de reajuste y no se acreditó que dicha fórmula no hubiese sido adecuada o suficiente para cubrir las variaciones de precios alegadas para sustentar el desequilibrio.

8.- El artículo 5 de la Ley 80 de 1993 dispone que para que proceda el restablecimiento de la ecuación contractual se requiere que el valor <<intrínseco>> de la remuneración se vea afectado <<por la ocurrencia de situaciones imprevistas>> que no sean imputables al contratista.



9.- El contratista alega que la ecuación contractual se afectó por cuenta de cambios que calificó como anormales en los precios del petróleo, los cuales incidieron en los costos del ACPM y el asfalto, insumos necesarios para la obra.

9.1.- En el proceso no se acreditó que la variación de los precios del petróleo fuera inusual y que impactara el precio del contrato. Las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que los precios de los insumos variaron mes a mes, lo que es normal dentro de este tipo de contratos, pactados por precios unitarios con fórmula de reajuste.

9.2.- El dictamen fue rendido por un perito ingeniero civil que hizo una comparación de precios en la que solo tuvo en cuenta los aumentos en los valores del ACPM y el asfalto, sin estudiar si los mismos se salieron de lo normal y previsible según lo consignado en la propuesta.

a.- En el dictamen se toma el valor del asfalto y ACPM en la fecha de la propuesta y se hace un cuadro en el que se evidencia el aumento de dicho valor teniendo en cuenta el ICCP y el valor real del asfalto. Sin embargo, el perito no tiene en cuenta que en su oferta el contratista conocía que el contrato se ejecutaría en 3 años distintos (2005, 2006 y 2007), por lo que su propuesta debía contemplar las variaciones de precios en dichos períodos.

b. – Así las cosas, el dictamen no permite evidenciar si el comportamiento de los valores de los referidos insumos fue inusual frente a lo que debió considerar el contratista al momento de elaborar su propuesta.

9.3.- Además de lo anterior, en el proceso no se acreditó que la fórmula de ajuste de precios pactada en el contrato no hubiese sido aplicada o no cubriera el aumento del valor del ACPM y del asfalto.

9.4.- Contrario a lo afirmado por la demandante, el cambio en los precios de los combustibles por situaciones del mercado internacional no es una situación que sea <<conocida por personas de mediana cultura dentro de un conglomerado social>>¹. Por esta razón no constituye un hecho notorio, mucho menos en relación con la afectación del precio del contrato celebrado entre el demandante y el INVÍAS.

10.- Finalmente, el contratista tampoco demostró que los cambios en el precio del ACPM y el asfalto afectaron el valor intrínseco del contrato, que es lo que puede llevar a restablecer la ecuación contractual. En este punto, es de resaltar que no basta con que un precio unitario del contrato se modifique o se altere dentro de la ejecución, sino que se requiere demostrar que dicha alteración

¹ Parra Quijano, Manual de derecho probatorio décimo quinta edición, Librería ediciones del profesional, 2006, Bogotá. Pág. 144.



genera que el valor total del contrato se afecte, lo que en este caso tampoco se acreditó.

E.- Condena en costas

11.- En consideración a la conducta asumida por las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 21 de marzo de 2019 por el Tribunal Administrativo del Quindío.

SEGUNDO: Sin condena en costas por no aparecer causadas.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado