



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 41001-23-31-000-2005-01568-01 (52501)

Actor: ESGAMO LTDA. INGENIEROS CONSTRUCTORES

Demandado: MUNICIPIO DE NEIVA

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia del 10 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila -Sala Sexta de Decisión Escritural-, que acogió parcialmente las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad ESGAMO LTDA. INGENIEROS CONSTRUCTORES presentó demanda en la que pidió que se declarara el incumplimiento del municipio de Neiva y el rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Obra No. 030 de 2002 en virtud de la mayor permanencia del contratista en su ejecución, proveniente de prórrogas y suspensiones originadas en causas imputables a la entidad; la utilidad dejada de percibir por la última suspensión, que fue indefinida e impidió la ejecución total del objeto contractual; el mayor valor pagado por la estampilla Pro- Electrificación, pues el porcentaje de este impuesto aumentó entre la presentación de la oferta y la celebración del contrato; el valor del suministro del material de terraplén, pues en los pliegos de condiciones no se solicitó el mismo y fue necesaria su adquisición; y el transporte de material para terraplén para un ítem nuevo, que tampoco fue reconocido por la entidad.



ANTECEDENTES

Demanda

1. El 8 de agosto de 2005, la sociedad ESGAMO LTDA. INGENIEROS CONSTRUCTORES, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda en contra del municipio de Neiva para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (fl. 5 a 28, c. 2)¹:

1. Que se declare el INCUMPLIMIENTO del contrato de obra pública No. 030 de 2002, por parte del MUNICIPIO DE NEIVA (...).

2. Que como consecuencia de la anterior declaración se declare que se ROMPIÓ LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO de obra No. 030 de 2002, por causas imputables al MUNICIPIO DE NEIVA, causando perjuicios al contratista (...).

3. Que como consecuencia de la anterior declaración, se solicita al Honorable Tribunal Administrativo de Huila se ordene la terminación y liquidación del contrato 030 de 2002 con los reconocimientos e indemnizaciones a que haya lugar (...).

CONDENAS.

1. Se reconozca la utilidad dejada de percibir sobre el saldo del valor contractual que se encuentra por ejecutar por la suma de (...) (\$476.844.788,41) M/CTE, siendo el costo directo de (...) (\$381.475.830,73) M/CTE, encontrándose a la fecha pendiente una utilidad dejada de percibir del 6% la que aplica sobre el costo directo, debidamente indexada a partir del 12 de agosto de 2003 para un valor de (...) (\$25.830.071.89) M/CTE.

2. Se reconozca a Esgamo Ltda. Ingenieros Constructores, los siguientes valores, por hechos debidamente demostrados e imputables al Municipio de Neiva como contratante, que dieron lugar al detrimento del contrato, razón por la cual surge a cargo de la entidad contratante, la obligación de cubrir:

a. Los sobrecostos ocasionados por mayor permanencia en obra por razones ajenas al contratista. Así mismo, el demandante aporta abundante documentación en la que consta que incurrió en gastos de administración durante los meses que se prorrogó el plazo contractual con ocasión de la aludida prórroga y suspensiones del mismo, por tanto se entiende probado el perjuicio y para la cuantificación de la indemnización correspondiente se hizo tomando como base el valor de la propuesta; de la cual se tomaron los costos de administración y dirección allí previstos, se multiplicaron por el período de tiempo que duró la mayor permanencia de la obra, se actualizaron a la fecha presente. Para un valor total de (...) (\$255.790.344.66).

b. El mayor valor ocasionado por el suministro de material de Terraplén para los volúmenes ejecutados en los Ítems de obra No. 3 "terraplenes en material seleccionado", No. 18 "terraplenes en material seleccionado

¹ Se advierte que, a lo largo de la providencia, se utilizará la numeración de los cuadernos que se realizó en esta Corporación.



(andenes) y No. 19 "terraplenes en material seleccionado (separador)". Para un valor actualizado a Julio de 2005 de (...) (\$330.089.063.44).

- c. El mayor valor ocasionado por el transporte de material para la construcción de terraplenes del separador central, ítem No. 27 "terraplenes con material sin clasificar (separador)". Para un valor actualizado a Julio de 2005 de (...) (\$103.420.434.54).*
- d. Mayor valor cancelado por Estampilla de Pro-electrificación rural, cuyo porcentaje del 1% no se tuvo en cuenta en el momento de presentar oferta ya que a la fecha de cierre del proceso aún no se había expedido el acuerdo municipal que aumentó este porcentaje del 0.5% al 1.0%, aplicando consecuentemente la teoría del Hecho del Príncipe. Para un valor actualizado desde junio 28 de 2002 a Julio 31 de 2005 de (...) (\$22.809.043.24).*

2. En los hechos fundamento de la demanda, en resumen, dio cuenta de la celebración entre las partes -previo proceso licitatorio en el que se adjudicó a la sociedad demandante por Resolución 209 del 15 de mayo de 2002- del Contrato de Obra Pública No. 030 del 13 de junio de 2002, cuyo objeto fue "La construcción de la carrera 2, en el tramo comprendido entre la calle 2 sur y la carretera que conduce al sur del país frente a Surabastos", respecto del cual se pactó un plazo de ejecución de 6 meses contados a partir del acta de iniciación, la cual solo pudo suscribirse el 29 de agosto de 2002, cuando ha debido serlo a más tardar el 9 de julio de ese año, demora que se debió a que la entidad no había contratado la interventoría.

3. Además, el contrato fue suspendido el 27 de febrero de 2003 y se reinició el 13 de marzo siguiente; se suscribió un contrato adicional de prórroga del plazo por 4 meses más, hasta el 13 de julio de 2003; se suscribió un otrosí el 11 de julio de 2003, en el que se acordó que el plazo del contrato era de 13 meses, contados a partir del acta de iniciación, y el 12 de agosto de 2003 se suscribió el acta de suspensión No. 2, por un término indefinido.

4. Con lo anterior, el plazo de ejecución, que inicialmente era de 6 meses, pasó a ser de 13 meses y, además, al momento de la última suspensión, quedó pendiente por ejecutar la suma de \$ 476'844.788,41, de los cuales el costo directo era de \$381'475.830,73, encontrándose pendiente una utilidad dejada de percibir equivalente al 6% del mismo, es decir la suma de \$22'888.549,84.

5. La demandante adujo que las anteriores circunstancias de prórroga del plazo y suspensiones de la ejecución del contrato se debieron a causas imputables al



municipio, consistentes en la demora en contratar al interventor, cambio en las especificaciones, no entrega oportuna de los predios de Bavaria, la no existencia de planos y diseños, rediseño de la estructura para el pavimento, diseño del proyecto de la ciclo ruta y moto ruta, situaciones que dieron lugar a actividades y cantidades no contratadas, la variación en el tiempo y la mayor permanencia del contratista en la obra por 6 meses, generando mayores costos frente al valor del contrato.

6. Sobre el cambio de especificaciones, sostuvo que el contratista debió suministrar, transportar y compactar material seleccionado para terraplén, no incluido en los ítems de obra 3, 18 y 19, sin que le fuera reconocido por la interventoría, pues de un lado, no aceptó como material de préstamo el producido del corte y conformación de la subrasante por considerar que no era conveniente; y de otro lado, consideró que tenía que ser asumido por el contratista, a pesar de que en los estudios del consultor se había especificado que los terraplenes que faltaban por construir se llevarían a cabo con el material proveniente de los cortes en la misma vía, lo que fue aceptado por el municipio de Neiva y sirvió de base en la licitación y al correspondiente análisis de precios.

7. Consecuente con la determinación del consultor, en las especificaciones suministradas para el contrato no se contempló el suministro, lo que era coincidente con las especificaciones generales del INVÍAS, que no contemplan el suministro de material, sino que esta entidad tiene estipulado que el pago del material para la construcción de terraplenes se realice a través de los ítems: 210 *“Excavación de la Explanación, Canales y Préstamos”* y 900 *“Transporte de materiales provenientes de excavaciones y derrumbes”*, respectivamente, por lo que era suficientemente claro que *“el corte del material que se vaya a utilizar para la construcción de terraplenes, así como su transporte al sitio de utilización, debe ser cancelado por aparte al precio estipulado para la construcción de Terraplenes, por cuanto este ítem no incluyó los costos generados por dichas actividades”*. Al no existir dentro de la especificación particular ninguna observación que contraviniera el alcance del ítem *“terraplén”* en relación con las especificaciones generales, *“(…) el Contratista no pudo haber previsto su suministro y por lo tanto, no haber tenido (sic) en cuenta este costo dentro del correspondiente análisis unitario, y por ende no constituye un “error u omisión”, como equivocadamente conceptúa la Interventoría”*.

8. Como el contratista ejecutó terraplenes con material sin clasificar para el separador de la vía, en el cual se empleó material de corte pero que fue necesario



transportar al sitio final de utilización, y dado que no se encuentra incluido dentro del precio de la actividad, generó un mayor costo en el ítem 27, *“terraplenes con material sin clasificar (separador) actividad terraplén”*.

A continuación, la demandante citó normas contractuales y jurisprudencia sobre el equilibrio económico del contrato.

Contestación de la demanda

9. El 19 de septiembre de 2005, el Tribunal Administrativo del Huila admitió la demanda y dispuso la notificación de dicha decisión a la entidad demandada y al Ministerio Público (fl. 290, c. 3).

10. El **municipio de Neiva** contestó la demanda, admitió como ciertos algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones, por cuanto aseguró que la entidad no incurrió en incumplimiento del contrato. En cuanto a las afirmaciones y reclamaciones de la parte actora, sostuvo:

10.1. Que el contrato fue prorrogado de común acuerdo por las partes, por solicitud de la contratista. Y que no era procedente el cobro de los sobrecostos administrativos aducidos en la demanda por la mayor permanencia en la obra, pues una eventual carga laboral que haya surgido para el contratista con ocasión de la suspensión de la ejecución del contrato era de su resorte, pues ello implicaba, necesariamente, la suspensión de todos los demás contratos derivados de aquel, so pena de asumir directamente las cargas y prestaciones laborales que por su falta de diligencia se pudieran generar, salvo que el interventor hubiera autorizado la permanencia de personal en el sitio de las obras, lo que no sucedió en el presente caso.

10.2. Que no era cierto que la entidad tuviera que cancelarle el valor de la utilidad esperada (6%) por la parte del contrato que no fue ejecutada, pues la cuantía del contrato se pactó para efectos legales y fiscales, pero en la cláusula cuarta también se estipuló que el valor final sería el resultante de multiplicar las cantidades realmente ejecutadas por los precios unitarios.

10.3. Que podía ser cierto, en principio, que el municipio le estuviera adeudando las actas parciales 5, 6, 9 y 10, pero que ello se debió a razones presupuestales, pues



según el Estatuto Orgánico del Presupuesto -Decreto 111 de 1996-, las reservas presupuestales que no se utilicen al 31 de diciembre de la vigencia fiscal, fenecen. Y que, en este caso, las actas se generaron dos vigencias fiscales después de que el contrato fuera adjudicado y se le constituyera la correspondiente reserva en el año 2001, por lo que esta feneció. Agregó que esto ocurrió por causas imputables al mismo contratista, ya que presentó cuenta de cobro por las actas de reajuste antes de la terminación de las obras, con lo cual se agotaron los recursos presupuestales; manifestó que *“(...) gran parte de la falta de liquidez que presentó el Municipio de Neiva para cancelar los valores generados en desarrollo y ejecución del contrato se debieron a la solicitud de la firma contratista de cancelar los valores correspondientes a los reajustes (...) y aunque la Ley ni el contrato determinaban en qué momento debían cancelarse los reajustes, lo más obvio y natural era que los mismos se cancelaran al final de la relación contractual, con cargo al rubro que para el efecto tenía previsto la Secretaría de Hacienda Municipal”*.

10.4. El cobro de los reajustes durante la ejecución del contrato y no a su finalización, repercutió en su desarrollo, al afectarse la apropiación presupuestal necesaria para culminar satisfactoriamente la obra, al incidir tal cobro en el plan de pagos que tenía la entidad. Respecto del último recibo de obra, manifestó que el municipio no lo canceló porque no se cumplía con los requisitos mínimos exigidos, consistentes en la aprobación escrita del interventor.

10.5. En cuanto al mayor valor del transporte del material de terraplén, sostuvo que el contratista no cumplió con el material seleccionado para terraplén sino que siempre se limitó a ofrecer el proveniente de cortes o préstamos laterales dentro del sector de la obra como parte del material final de aplicación; ese material, como lo determinó el interventor, no cumplía con las especificaciones de la oferta y del contrato y debía ser mezclado con otro que otorgara la calidad mínima necesaria para el desarrollo de la obra. Y que, dentro del precio total de los materiales, se encontraban comprendidos todos los elementos que podían incidir en su precio, entre ellos el transporte, por lo que no era de recibo esta reclamación efectuada por el demandante.

10.6. Respecto del mayor valor cancelado por concepto de estampillas, manifestó que *“(...) el Municipio de Neiva podría llegar a un estudio y revisión del tema, y llegar a un acuerdo ajustado a derecho, previa conciliación o transacción que sobre el tema específico se realice”*.



11. Así mismo, propuso las excepciones de i) prescripción de la acción, por cuanto entre la fecha en que se suspendió el contrato y aquella en la que se presentó la demanda, habían transcurrido más de dos años; y ii) culpa de la víctima, ya que los eventuales valores adeudados y reclamados en la demanda se produjeron con ocasión de la conducta negligente de la contratista, habiéndose suspendido, en legal y debida forma, el contrato de obra pública (fl. 308, c. 3).

Alegatos de conclusión

12. Mediante auto del 20 de marzo de 2007 se dio apertura a la etapa de pruebas y se decretaron las que el tribunal consideró pertinentes; el 18 de agosto de 2009, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto (fls. 340, c. 3 y 401, c. 1).

13. La **parte actora** presentó alegatos en los cuales, con base en las pruebas practicadas en el proceso, consideró acreditados los argumentos expuestos en la demanda sobre los sobrecostos derivados de la mayor permanencia en la obra por causas ajenas al contratista e imputables a la entidad demandada, el no pago del suministro y transporte del material seleccionado para terraplén, derivado del cambio de especificaciones, y el mayor valor asumido en la legalización del contrato por la cancelación de la estampilla Pro-Electrificación Rural. (f. 405 y 418, c. 1).

14. La **entidad demandada** presentó escrito en el cual reiteró su oposición a las pretensiones y solicitó que se despacharan favorablemente las excepciones propuestas en la contestación de la demanda (f. 414, c. 1).

La sentencia impugnada

15. El Tribunal Administrativo de Bolívar profirió sentencia el 10 de marzo de 2014, en la cual i) negó la excepción de caducidad de la acción, ii) declaró el incumplimiento contractual del municipio de Neiva respecto de su obligación de reconocer y pagar a favor del contratista la utilidad dejada de percibir en el Contrato de Obra No. 030 de 2002 por valor de \$ 22'888.549,84, suma que debía ser actualizada a la fecha de la sentencia con la fórmula usualmente utilizada por esta jurisdicción, iii) declaró liquidado el contrato y iv) negó las demás pretensiones de la demanda (fls. 435 a 462, c. ppal).



16. La decisión del *a-quo* obedeció, de un lado, a que consideró que la acción no estaba caducada, pues el término de dos años debía contabilizarse a partir del incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato, para lo cual se partiría de la fecha en que el mismo fue suspendido por última vez -12 de agosto de 2003-, para contar a partir de ese momento el término de la liquidación de común acuerdo y el de la liquidación unilateral, con lo cual la fecha límite para demandar sería el 12 de febrero de 2006 y, como la demanda se presentó el 10 de agosto de 2005, lo fue en tiempo. En relación con las pretensiones, consideró:

16.1. Sobrecostos por mayor permanencia en la obra: Si bien se acreditó la demora en el inicio de las obras, la prórroga del contrato y sus suspensiones, de un lado no estaban probados los perjuicios aducidos por concepto de la mayor permanencia en la obra y, de otro lado, que el contratista suscribió las adiciones en tiempo y las actas de suspensión sin efectuar reclamación alguna por tales conceptos, por lo que, en virtud del principio de la buena fe, no podía, una vez terminado el plazo pactado, reclamar mayores costos por situaciones que se originaron en hechos que él mismo consintió.

16.2. Mayores costos de obra (ítems no reconocidos): Reclamación por concepto del suministro de material de terraplén para los volúmenes ejecutados en el ítem de obra No. 3 -terraplenes en material seleccionado-, ítem No. 18 -terraplenes en material seleccionado (andenes) e ítem No. 19 -terraplenes en material seleccionado -separador- y el costo del transporte del material, por un valor de \$330'089.063,44: El tribunal consideró que esta reclamación "(...) *no cumplió con el requisito necesario para la procedencia, puesto que según lo advirtió el Interventor, 'en los pliegos de condiciones quedó claro que en la oferta el valor propuesto debía ser a todo costo'*. Además, el procedimiento pactado por las partes según el contrato, para incluir nuevos materiales de obra y adicionar el costo de éstos implicaba que el Interventor debía dar su aprobación y justificar dichos cambios (las negrillas son del texto original)", y lo cierto fue que la interventoría dio su concepto negativo a esta solicitud, por considerar que dichos materiales ya formaban parte del contrato y, además, existía un memorando de Control de Advertencia expedido por la Contraloría Municipal sobre la no procedencia del pago de nuevos ítems de materiales de obra para la construcción de terraplenes.

16.3. Mayor costo de la estampilla Pro-Electrificación Rural: El *a-quo* estimó que esta pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato no estaba



llamada a prosperar, toda vez que si bien el porcentaje de este impuesto aumentó de 0,5% a 1% después de abierta la licitación, lo cierto es que se suscribió el contrato cuando ya se había producido el aumento, por lo que no resultaba procedente la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, dado que el acuerdo municipal que estableció el referido aumento fue proferido al menos tres meses antes de la firma del contrato, es decir que no fue imprevisible para el contratista.

16.4. Utilidad dejada de percibir por faltante de ejecución de obra: Esta pretensión, fundada en la última suspensión del contrato, que fue indefinida y se tornó definitiva, fue concedida por el *a-quo*, que consideró que esta circunstancia se produjo por causas imputables al municipio, puesto que incurrió en incumplimiento de su obligación de efectuar los pagos acordados con el contratista, debido al agotamiento del presupuesto del contrato, hecho que se atribuía exclusivamente a la entidad demandada, por su falta de previsión y de apropiación de recursos para mantener la liquidez del negocio jurídico, que fue lo que condujo a que el mismo no fuera reanudado, razón por la cual declaró su incumplimiento, la condenó a pagar la referida utilidad y declaró liquidado el contrato.

El recurso de apelación

17. Inconformes con la decisión, las partes interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos.

18. **La parte demandada**, pidió que se revoque el fallo en cuanto a la declaratoria de incumplimiento y la condena al municipio de Neiva a pagar la utilidad dejada de percibir por el contratista con ocasión de la suspensión del contrato, para lo cual reiteró que, de acuerdo con lo establecido en el negocio jurídico, el valor real del mismo sería el resultado de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios acordados, por lo que *“(...) el Municipio de Neiva, solo estaba obligado a cancelar los valores correspondientes a las obras efectivamente ejecutadas”* (f. 465, c. ppl.).

19. **La parte actora** pidió que se revoque el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia en el que se decidió negar las demás pretensiones de la demanda y que, en su lugar, se acceda a las mismas (fl. 468, c. ppal). En sustento de su petición, adujo:



19.1. Que era procedente la pretensión fundada en la reclamación de los perjuicios por la mayor permanencia en la obra, pues la misma provino de tres circunstancias imputables al municipio de Neiva -la tardía celebración del contrato de interventoría; la no entrega oportuna de los predios de Bavaria; la falta de entrega de algunos planos y diseños y las variaciones provenientes del proyecto de ciclo ruta que había contratado por otra parte el municipio-, y que generaron mayores costos administrativos para el contratista. Si bien el tribunal adujo que no se acreditaron en el plenario los perjuicios, el apelante consideró que esto no era cierto, pues en el expediente obra prueba de los costos administrativos -personal, equipos, nómina administración de la obra, arriendos y servicios, servicio de topografía, facturación equipo propio-, debidamente desglosados y con sus respectivos soportes contables, y además obra un dictamen pericial que estableció la existencia de estos perjuicios.

19.2. Respecto del rompimiento del equilibrio económico del contrato, manifestó que el contratista había presentado su oferta con base en las condiciones técnicas y económicas y las cargas tributarias existentes para la fecha y el plazo de ejecución indicado.

19.3. Y lo cierto fue que el alcance del contrato se modificó, pues hubo unos mayores costos de obra que no fueron reconocidos, consistentes en el ítem no previsto de “suministro de material seleccionado para la construcción de terraplenes”, ya que para los ítems 3, 18 y 19 previstos, *“según especificación particular suministrada por el Municipio C5 no incluía el suministro del material”*. Aseguró que esa especificación, que formaba parte del pliego de condiciones, no establecía que el proponente-contratista debía incluir el suministro del material para la ejecución de los ítems 3, 18 y 19. Y para la elaboración de los respectivos precios unitarios sólo debía tenerse en cuenta la preparación del terreno y la instalación del material apropiado, considerando además que, en los estudios y diseños elaborados por DIS LTDA INGENIEROS, que hacían parte del pliego, luego de relacionar las características del material de corte que se proyectaba obtener en desarrollo de las obras, se indicó que los terraplenes por construir se llevarían a cabo con el material proveniente de dichos cortes. Por otra parte, en el análisis que se hizo en ese estudio sobre las fuentes de materiales, no se consideró dentro de las actividades previstas con aquellas, la de “terraplén”, *“(…) y concordante con lo anterior (...), la especificación particular C5, no consideraba el suministro de material seleccionado para la construcción del terraplén, por lo que el proponente no estaba obligado a incluir el precio del material del terraplén”*. Y agregó que,



efectivamente, ESGAMO no consideró en el análisis de precios unitarios de los ítems 3, 18 y 19 el costo del material seleccionado, teniendo en cuenta que las especificaciones y estudios que eran parte integral del pliego indicaban que para los mismos se utilizaría material de corte.

19.4. Ya durante la ejecución del contrato, fue la interventoría la que estableció que el material de corte no era aceptable porque no cumplía las especificaciones técnicas necesarias y exigió al contratista que suministrara el material seleccionado que se requería para los terraplenes, el cual además tuvo que ser transportado, lo que generó costos -que fueron probados en el proceso- cuyo reconocimiento no fue aprobado por la interventoría por considerar que hacía parte de las obligaciones del contratista, lo cual dio lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato.

19.5. También reiteró la apelante que se afectó el equilibrio económico del negocio jurídico con ocasión del pago de la estampilla Pro-Electrificación, en virtud de la teoría del hecho del príncipe, toda vez que el impuesto fue modificado y se aumentó después de presentada la oferta de ESGAMO dentro de la licitación, y esta firma sólo se enteró de la variación después de suscrito el contrato, en la etapa de su legalización, por lo que debió pagar un mayor valor que le debe ser reconocido.

Trámite en segunda instancia

20. El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación mediante providencia del 23 de enero de 2015. Asimismo, mediante auto del 19 de febrero de 2015 se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 522 y 524, c.ppal).

21. La parte actora reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fl. 525, c. ppal).

II.- CONSIDERACIONES

22. La Sala estima necesario precisar que al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, toda vez que la demanda fue presentada el 8 de agosto de 2005, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara a regir la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso



Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados con anterioridad, conforme a la cual los mismos se seguirán rigiendo por el Código Contencioso Administrativo.

Presupuestos procesales

Competencia

23. El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 132 y numeral 1 del artículo 129 del C.C.A., toda vez que el monto de la mayor de las pretensiones indemnizatorias ascendió a \$330.089.063.44 por concepto del valor del suministro de material de Terraplén para los Ítems de obra No. 3, 18 y 19, suma que excede la cuantía establecida para que un proceso de controversias contractuales fuera de doble instancia a la fecha de la presentación de la demanda².

Legitimación en la causa

24. Tanto el municipio de Neiva como la sociedad ESGAMO LTDA. INGENIEROS CONSTRUCTORES, se encuentran legitimados en la causa por pasiva y por activa respectivamente, toda vez que fungieron como parte contratante y parte contratista en el contrato de obra No. 030 de 2002, cuya declaratoria de incumplimiento se impreca en la demanda.

Oportunidad de la demanda

25. La demanda que dio origen al presente proceso fue presentada el 8 de agosto de 2005, fecha para la cual la norma que consagró el término de caducidad de las acciones era el artículo 136 del C.C.A., subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que establece diferentes puntos de partida para efectos de la contabilización del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales. La regla general, consagrada en el numeral 10, es que, en las

² Según lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, los tribunales administrativos conocerían en primera instancia de los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, cuando la cuantía excediera de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, los cuales en 2005 correspondían a \$190.750.000, toda vez que el salario mínimo para ese año fue de \$381.500, según el Decreto 4360 de diciembre 22 de 2004.



acciones relativas a contratos, el término de caducidad será de 2 años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. No obstante, dependiendo de si el contrato es susceptible o no de liquidación, la norma contempla otros hitos para la contabilización del término, así:

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

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

e) <Literal condicionalmente EXEQUIBLE> La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia".

f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento.

26. En el *sub-lite*, el negocio jurídico objeto de la controversia, es un contrato de obra pública, razón por la cual, según lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, debía ser liquidado a su finalización³. No obstante, en el plenario no consta

³ **ARTÍCULO 60. DE SU OCURRENCIA Y CONTENIDO.** Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro



que tal liquidación se hubiere llevado a cabo ni de común acuerdo ni de forma unilateral, razón por la cual el término de caducidad, en principio, tal y como lo dice la norma, debe contabilizarse a partir del momento en que se incumplió, por parte de la entidad contratante, ese deber de efectuar el corte de cuentas de manera unilateral.

27. Ahora bien, surge al respecto una dificultad, consistente en que la liquidación procede cuando el contrato ha terminado por cualquier causa: bien sea por el transcurso del plazo pactado, porque la entidad lo terminó unilateralmente, porque las partes acordaron finalizarlo, etc., pero resulta que, en el presente caso, la última actuación que se produjo en desarrollo de la relación contractual fue la suspensión de su ejecución, sin que la misma se hubiera reanudado para la época de presentación de la demanda.

28. En efecto, los motivos que dieron lugar a la presentación de la demanda se fincaron en el incumplimiento contractual de la entidad demandada y el rompimiento del equilibrio económico del contrato, provenientes principalmente de la mayor permanencia en la obra y el cambio de especificaciones técnicas por causas imputables a aquella, lo que le reportó sobrecostos al contratista y la privación en la obtención de una parte de las utilidades a las que tenía derecho y que no le fueron reconocidos por la entidad, circunstancias que además condujeron a la suspensión indefinida del contrato, sin que el municipio de Neiva hubiera procedido a su liquidación y al pago de lo debido.

29. La parte demandada sostuvo que la acción se encontraba caducada, toda vez que el término dispuesto en el artículo 136 del C.C.A. debía contabilizarse a partir del acta de suspensión de la obra -12 de agosto de 2003-.

30. A su turno, el Tribunal consideró que el término de caducidad debía contabilizarse a partir del incumplimiento de la entidad respecto de su obligación de liquidarlo unilateralmente, para lo cual debía tenerse en cuenta como fecha a partir de la cual efectuar los cálculos, la de la última suspensión del contrato -12 de agosto de 2003- para contar, a partir de ese momento, el término de la liquidación de común

del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga (...)”.



acuerdo y el de la liquidación unilateral, con lo cual la fecha límite para demandar sería el 12 de febrero de 2006 y, como la demanda se presentó el 10 de agosto de 2005, lo fue en tiempo.

31. Al respecto, observa la Sala que el Contrato de Obra Pública No. 030 fue suscrito el 13 de junio de 2002 y contemplaba como plazo de ejecución el de 6 meses, contados a partir del acta de iniciación de la obra (f. 34, c. 2); dicha acta fue suscrita el 29 de agosto de 2002 y en ella se consignó como fecha de terminación el 28 de febrero de 2003 (f. 56, c. 2). No obstante, el 27 de febrero de 2003 se suscribió el Acta de Suspensión Provisional No. 1, mientras se perfeccionaba el contrato adicional en tiempo que acordaron las partes (f. 58, c. 2 y f. 403, c. 12). El 13 de marzo de 2003 se suscribió el Acta de Reiniciación No. 1 (fl. 63, c. 2), y ese mismo día, se suscribió contrato adicional (f. 61, c. 2), mediante el cual se prorrogó el plazo de ejecución en 4 meses, por lo que el plazo total sería de 10 meses, contados a partir del acta de iniciación, es decir que su vencimiento se produciría el día 28 de junio de 2003. Las partes suscribieron otrosí en el cual modificaron la Cláusula Tercera del contrato, pactando que el plazo de ejecución era de 13 meses, contados a partir de la aprobación del acta de iniciación, con lo cual, según se estipuló allí, la fecha de terminación del contrato sería el día 29 de septiembre de 2003. El 12 de agosto de 2003, los representantes legales de la contratista ESGAMO LTDA., y de la interventoría SOTA LTDA., y el secretario de Infraestructura y Vías del municipio de Neiva, suscribieron un Acta de Suspensión Provisional, en los siguientes términos (f. 67, c. 2):

PRIMERO: Debido a que el contrato de interventoría se encuentra suspendido se hace necesario suspender el contrato principal de obra civil, toda vez que no se puede seguir desarrollando sin tener interventoría de acuerdo con lo establecido por la Ley 80 de 1993 y sus Decretos reglamentarios.

Por lo anteriormente expuesto:

ACUERDAN

PRIMERO: Suspender el Contrato de Obra Pública No. 030 de 2002, cuyo objeto es la 'Construcción de la carrera 2, en el tramo comprendido entre la calle 2 sur y la carretera que conduce al sur del País frente a Surabastos', hasta tanto se reinicia (sic) el contrato de Interventoría.

32. Es decir que, faltando poco más de un mes para su finalización, se suspendió la ejecución del contrato de manera indefinida y su reiniciación quedó supeditada a la reiniciación del contrato de interventoría, hecho que no consta en el plenario que se hubiera producido hasta la fecha de presentación de la demanda.



33. Ahora bien, como se observa, la norma que rige la caducidad de la acción no contempla casos como el presente, razón por la cual le corresponde al juez dilucidar en cuál de los eventos debe enmarcarse.

34. Así las cosas, considera la Sala que, toda vez que el contrato, aún siendo susceptible de liquidación, no lo fue ni podía serlo, por cuanto se hallaba suspendido mas no terminado, para efectos de la contabilización del término de caducidad de la acción debe regir la regla general, es decir la que establece los dos años a partir de los motivos de hecho o de derecho que dieron lugar a la reclamación, como se explica a continuación.

35. El 4 de noviembre de 2003, mediante oficio SIV-945, el secretario de Infraestructura y Vías le comunicó al contratista que la administración municipal estaba haciendo ingentes esfuerzos por conseguir los recursos económicos que les permitieran terminar el proyecto de la Autopista Surabastos, pero que había sido imposible la obtención de créditos bancarios o recursos adicionales para tal fin; no obstante, reiteraba su voluntad de seguir insistiendo en su consecución (f. 56, c. 7).

36. El 12 de noviembre de 2003, el contratista reiteró al municipio su solicitud de que se constituyeran las apropiaciones presupuestales necesarias para la culminación de las labores pendientes (f. 54, c. 7).

37. Mediante comunicación EGM-539-03 del 3 de diciembre de 2003 dirigida al alcalde municipal, el contratista le informó a éste que se abstenía de suscribir el contrato adicional que, por valor de \$ 116'230.039, le fue remitido para su firma y legalización, hasta que la administración municipal no diera respuesta a los siguientes interrogantes: ¿qué pasaría con la suspensión indefinida del contrato principal acordada el 12 de agosto de 2003? ¿al firmar el contrato adicional se reiniciaría nuevamente el contrato principal y habría necesidad de suscribir nueva acta de suspensión luego de terminado el contrato adicional, o terminado este, se liquidaría el contrato principal? ¿quién haría la interventoría del contrato adicional, ya que el contrato de Interventoría se encontraba suspendido desde mediados de ese año? ¿cuándo se constituiría la reserva presupuestal por valor de \$758'963.285,51 para cancelarle al contratista la obra ejecutada y no pagada y para poder agotar las metas físicas y financieras del contrato principal? ¿por qué con la reserva existente para ese contrato adicional, no se cancelaba parte de la deuda existente por obra ejecutada? (f. 52, c. 7).



38. Obra comunicación SIV-1039 del 16 de diciembre de 2003, dirigida por el secretario de Infraestructura y Vías al representante legal de ESGAMO LTDA., citándolo a una reunión para el día siguiente, 17 de diciembre, “[c]on el propósito de finiquitar la controversia suscitada en torno a la ejecución del contrato de obra pública No. 030 de 2002”, para lo cual le solicitó “su presencia personal junto con profesionales del área técnica y jurídica, para que a su vez el Municipio haga lo propio, a fin de dejar completamente legalizado y liquidado el referido contrato” (f. 47, c. 7).

39. El 31 de diciembre de 2003, el alcalde municipal de Neiva le envió comunicación al contratista en la cual le reiteró que la administración municipal estaba efectuando gestiones para la consecución de los recursos que cubrieran los costos de las obras ejecutadas y no canceladas “(...) en razón a que del valor inicial del contrato se cancelaron ajustes que han desfinanciado el proyecto como Usted muy bien lo sabe”, y en “lo que respecta con la terminación del contrato se debe precisar que el acta que recoja la liquidación del mismo será la que contenga todos y cada uno de los ítems y criterios reconocidos por las partes, una vez acreditada y probada su causación, para de esta forma finiquitar la relación contractual vigente y quedar a paz y salvo por todo concepto” (f. 40, c. 7).

40. En comunicación EGM-041-04 del 10 de febrero de 2004, dirigida por el contratista a la alcaldía de Neiva, Secretaría de Infraestructura y Vías, reiteró su solicitud de pago de las cuentas pendientes por concepto de reajustes y el recibo del acta de obra No. 11 del mes de julio de 2003. Así mismo, pidió “Ordenar la reiniciación de la vigencia del contrato hasta su terminación total, esto es por la suma de \$3.735.000.000.00 con el fin de adelantar las obras faltantes de estabilización de las calzadas, construcción del proyecto eléctrico aprobado por la Electrificadora del Huila y recuperación ambiental aprobada por la CAM”. Y, a continuación, advirtió que “Si la Administración opta por la liquidación del contrato, solicitamos se nos cancelen las obras pendientes de pago, descritas a continuación, al igual que los costos generados por la mayor permanencia en la obra al no recibir oportunamente los predios necesarios para la terminación total del proyecto, y la indemnización sobre los gastos efectuados en la legalización del contrato, establecimiento de pólizas, garantías y utilidades dejadas de recibir, por la no ejecución del valor total del contrato por esa Administración (...)” (fl 21, c. 7).



41. De acuerdo con lo expuesto, es claro que la administración municipal no tenía intenciones de reanudar la ejecución ni de prorrogar el contrato y, por el contrario, estaba dispuesta a liquidarlo en el estado en el que se encontraba -faltando menos de un mes para la finalización del plazo pactado-, situación que comunicó al contratista desde el 17 de diciembre de 2003, razón por la cual la Sala estima que, para efectos de la contabilización del término de caducidad, dado que el contrato se hallaba suspendido indefinidamente -situación que no se puede predicar del término legal para acceder a la administración de justicia- y no fue liquidado, esta es la fecha que se debe tener en cuenta⁴, con fundamento en la regla general contenida en el primer inciso del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.

42. En tales condiciones, el término de dos años para presentar la demanda corrió a partir del 18 de diciembre de 2003 y vencía el 18 de diciembre de 2005; como la demanda fue presentada el 8 de agosto de 2005, es evidente que lo fue en tiempo⁵.

Problema jurídico

43. De conformidad con los términos del recurso de apelación interpuesto por las partes contra el fallo de primera instancia y los hechos probados en el plenario, deberá la Sala establecer si resulta procedente acceder a las pretensiones relacionadas con i) el valor generado en razón de los sobrecostos por la mayor permanencia en la obra; ii) el no pago del valor real de los ítems 3, 18 y 19 por el costo de los materiales, y el mayor valor del transporte de material para la construcción de terraplenes del separador central -ítem 27-; iii) el mayor valor pagado por concepto de la estampilla Pro Electrificación Rural y iv) si fue correcta

⁴ En relación con la contabilización del término de caducidad de la acción en un evento similar, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del 10 de mayo de 2019, expediente 59532, C.P. Guillermo Sánchez Luque: *“El 13 de febrero de 2012, las partes adujeron que superaron los motivos de la primera suspensión, sin embargo, estimaron que era necesaria una nueva suspensión por “la no entrega por parte de la alcaldía del predio para poder iniciar la construcción de la ESE (...) dada la resistencia comunitaria a la ubicación del proyecto, quedando entonces pendiente de un accionar concertado con la administración municipal para el efecto”, según da cuenta copia simple del acta de suspensión n°. 1A (f. 104 y 105 c. 1), en la cual, sin embargo, no definieron fecha de reinicio del contrato. De ahí que, el contrato está suspendido desde la fecha de suscripción del acta de inicio y no se ha ejecutado. // El 19 de mayo de 2015, el departamento de Risaralda comunicó al contratista que no podía ejecutar el contrato de obra n°. 1752 de 2011, citó a una reunión para terminarlo por mutuo acuerdo y le informó su intención de no reiniciarlo (art. 1618 CC) por imposibilidad de construir el hospital en el sitio convenido, según la copia del oficio remitido por el departamento en esa fecha (f. 360 a 361 c. 1). Como hasta ese momento el contratista conoció la intención de la entidad de no ejecutar el contrato, a partir de ahí ocurrió el motivo de hecho y de derecho que sirvió de fundamento a la demanda (...)”*.

⁵ Conclusión a la que se llega aún sin tener en cuenta el procedimiento de conciliación extrajudicial que se adelantó entre las partes ante el Procurador 34 Judicial Administrativo del Huila (f. 271 a 278, c. 3).



la decisión del *a-quo* que declaró el incumplimiento contractual de la entidad demandada y la condenó a pagar, a favor de la parte actora, la suma de \$22'888.549,84, por concepto de la utilidad dejada de percibir por el contratista con ocasión de la suspensión indefinida del contrato.

Equilibrio económico del contrato e incumplimiento contractual

44. Antes de entrar a resolver sobre cada una de las pretensiones enunciadas en el anterior capítulo, la Sala considera necesario aclarar las diferencias que existen entre el equilibrio económico del contrato y el incumplimiento contractual, toda vez que la parte actora, en su demanda, pidió que se declarara el incumplimiento del contrato objeto de la controversia y que, como consecuencia de ello, se declarara el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

45. Como en múltiples ocasiones lo ha explicado la jurisprudencia⁶, se trata de dos figuras jurídicas diferentes, que dan lugar a dos clases de consecuencias económicas también distintas. El incumplimiento contractual está constituido por un comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, fundado en el

⁶ “La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina ‘hecho del príncipe’, y ‘potestas ius variandi’ (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada ‘teoría de la imprevisión’ y paralelamente en la ‘teoría de la previsibilidad’. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato. // El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento general la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida. (...)”

Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no solo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno u otro caso. // En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos casos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo dispone el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, expediente 20524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; reiterada en sentencia de la misma Subsección, del 27 de enero de 2016, expediente 38449, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



desconocimiento del débito prestacional a su cargo, del que se puede derivar o no un perjuicio para el co-contratante, dando lugar, en caso afirmativo, al surgimiento de una responsabilidad contractual, con la consecuente indemnización integral de todos los perjuicios que se logren acreditar dentro del proceso; el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por su parte, surge de la obligación legal de mantener incólume la ecuación o relación de equivalencia de las prestaciones que surgió al momento de contratar, que se puede ver afectada i) por circunstancias ajenas a las partes -teoría de la imprevisión- o ii) provenientes de la expedición de actos administrativos por la misma entidad contratante, pero no a título de culpa sino por el ejercicio de sus funciones administrativas, bien sea como parte del contrato *-ius variandi-* o medidas de carácter general expedidas en cumplimiento de sus propias funciones -hecho del príncipe-. Lo que da lugar, si se prueban los elementos requeridos para su procedencia, a que se restablezca dicha ecuación contractual que se vio afectada en contra de una de las partes, bien sea llevándola a un punto de no pérdida, en el primer caso, o mediante el reconocimiento de los mayores costos y la utilidad dejada de percibir por el contratista, en el segundo.

46. Así, la responsabilidad contractual surge de una conducta culposa de uno de los contratantes, que de manera injustificada incurre en el incumplimiento de sus obligaciones, proveniente de no haber ejecutado las prestaciones a su cargo o de haberlo hecho en forma tardía o defectuosa, es decir con desconocimiento de los términos y condiciones pactados para su ejecución, todo lo cual dará lugar, en caso de haber ocasionado con su comportamiento un daño antijurídico, al surgimiento de su obligación de indemnizar, integralmente, todos los perjuicios que le hubiere causado a la parte cumplida o que se allanó a cumplir en la forma debida.

47. En cambio, mediante la figura del equilibrio económico del contrato, se propende por conservar, durante toda la ejecución contractual, las condiciones técnicas, económicas y financieras que existían al momento de contratar y que se pueden ver alteradas por circunstancias ajenas a las partes o que, proviniendo de la entidad contratante, no corresponden a una conducta culposa de su parte.

48. Por lo expuesto, no resulta acertado afirmar que el incumplimiento contractual de la entidad demandada da lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato, pues lo que de allí surge es su responsabilidad contractual, con todas las consecuencias propias que de ella se derivan, lo que hace necesario establecer, para cada una de las eventualidades alegadas por el demandante, el origen de su



reclamación; es decir, si la misma proviene del desconocimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante, o de una situación imprevista y ajena a las partes, o del ejercicio del *ius variandi* o una medida de carácter general proveniente de la contratante, que afectó de manera desproporcionada al contratista.

Sobrecostos por mayor permanencia

49. El demandante adujo que hubo una mayor permanencia en la ejecución de las obras debido a las prórrogas y suspensiones de que fue objeto el contrato, las cuales se presentaron por causas ajenas al contratista y que le representaron sobrecostos, constituidos por los gastos de administración que se generaron durante ese término adicional que fue de siete meses.

50. El *a-quo* negó estas pretensiones porque, de un lado, consideró que el contratista suscribió las prórrogas del plazo y las actas de suspensión sin oponerse a ellas ni reclamar pagos adicionales por esta situación, es decir, por no dejar salvedad alguna en los documentos que suscribió; y de otro lado, porque estimó que no había pruebas en el proceso de esos alegados sobrecostos, dado que, en el dictamen pericial, el auxiliar de la justicia se limitó a establecer el porcentaje de administración del contrato (16%) a partir del AIU estipulado y los meses de mayor permanencia en la obra, a pesar de que el solo transcurso del tiempo no acreditaba la existencia del sobrecosto alegado por el demandante; además, por cuanto el contrato contemplaba el pago de ajustes, por lo que los precios a pagar al contratista serían ajustados de acuerdo al costo de la mano de obra y materiales empleados en la construcción, de tal manera que no estaba desprotegido en caso de que, por el paso del tiempo, tuviera que incurrir en el alza de los costos de dichos rubros, a causa de la ampliación del plazo señalado inicialmente para la ejecución de la obra.

51. En el recurso de apelación se adujo que en el proceso estaba probado el mayor término de ejecución del contrato por causa de su inicio tardío, así como las prórrogas y suspensiones de que fue objeto, las cuales, como también se acreditó, se dieron por causas imputables al municipio de Neiva y que, además, estaban probados los sobrecostos por concepto de personal, equipos, nómina administración de la obra, arriendos y servicios, servicio de topografía, facturación equipo propio, debidamente desglosados y con sus respectivos soportes contables, y obraba un dictamen pericial que estableció la existencia de estos perjuicios, por lo que debían ser reconocidos.



52. Al respecto, lo primero que cabe advertir es que lo decidido por el *a-quo* en cuanto denegó las pretensiones atinentes a los perjuicios derivados de la mayor permanencia en la obra, fundado en que ello implicaría el desconocimiento del principio de la buena fe contractual, por cuanto el contratista no dejó salvedad alguna en los acuerdos de voluntades suscritos, no puede ser óbice para que, en esta instancia, se estudien las reclamaciones de la parte demandante sobre los alegados sobre costos, toda vez que esta Corporación, en sentencia de unificación jurisprudencial⁷, evidenció que ese no es un requisito exigido por la ley⁸ y, por lo tanto, no puede esgrimirse la ausencia de reclamaciones en las adiciones, prórrogas, suspensiones, etc., como impedimento para analizar los argumentos del demandante⁹ y para denegar las pretensiones, tal y como ya lo venía advirtiendo esta Subsección¹⁰, sobre la base de que con ello se estaría desconociendo el principio contractual de la buena fe.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de julio de 2023, expediente 39121, C.P. Guillermo Sánchez Luque, en la que se unificó la jurisprudencia en los siguientes términos: “*Cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución de un contrato, el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos. El deber del juez será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, las normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato. Conforme a dichas reglas, establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado*”.

⁸ “(...) el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en manera alguna establece una suerte de «requisito para la prosperidad de las pretensiones», según el cual, al suscribirse pactos adicionales durante la ejecución del contrato, el silencio de una de las partes frente a una determinada reclamación, genera una decisión contraria a sus pretensiones. El hecho de que el legislador propicie en esta norma acuerdos entre las partes, como lo hace en otros preceptos (p.ej. 4.9 y 25.14), no impide que puedan acudir al juez del contrato a resolver litigios y controversias, como derecho de los contratistas reconocidos en el artículo 5.3 de la Ley 80 de 1993. El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, pues, no establece «requisitos para la prosperidad de las pretensiones». Y al interpretar este artículo no pueden crearse requisitos de «oportunidad» para que prospere determinada pretensión o para reclamar los perjuicios que se derivan, por ejemplo, del incumplimiento del contrato, por el hecho de que durante su vigencia firmaron pactos que facilitaron su ejecución”. Ídem.

⁹ Pues como se dijo en la misma sentencia de unificación: “*Si las entidades públicas no pueden exigir renunciaciones o desistimientos, el juez del contrato tampoco puede imponerlas mediante «requisitos para la prosperidad de las pretensiones», como la constancia de desacuerdos mediante «salvedades», ni mucho menos interpretar el silencio como generador de disposiciones contractuales, sin que la ley lo prescriba o las partes así lo hayan acordado*”.

¹⁰ “*En este orden de ideas, el hecho de que no se incluyan salvedades en las convenciones que las partes suscribieron para suspender o prorrogar el plazo del contrato no releva al juez del estudio de fondo de la reclamación; por el contrario se impone determinar si es procedente ordenar el pago de la indemnización o compensación, analizando cuál fue el motivo que indujo la suscripción del acuerdo modificadorio –como, por ejemplo, el incumplimiento de las obligaciones o la materialización de riesgos asumidos por una parte– y el contenido de los arreglos que las partes alcanzaron, contrastándolo con los hechos que sirven de causa a las pretensiones y con el objeto de éstas. // Con base en estos elementos y de cara a las estipulaciones de los contratantes, habrá de definirse si las pretensiones resultan o no procedentes, ya porque desconocen el contenido de un negocio jurídico obligatorio en el que se regularon los asuntos objeto de la reclamación, ya porque la parte*



53. Es así como el silencio del contratista, a la hora de suscribir los acuerdos de voluntades, no releva al juez de su deber de desentrañar las circunstancias que giraron en torno a los mismos, para establecer si con ellos se superaron o no las causas de reclamación planteadas por el contratista en su demanda.

54. En consecuencia, la Sala emprenderá el estudio de los argumentos planteados en la demanda como sustento de la presente pretensión, para determinar si se produjeron los perjuicios cuya indemnización reclama la parte actora, provenientes de los sobre costos por razón de la mayor permanencia en la obra, y si esta se produjo por causas ajenas al contratista.

55. Al respecto, se advierte que, en el presente caso, está probado que el Contrato de Obra No. 030 de 2002, fue objeto de retraso en su iniciación y de dos prórrogas y dos suspensiones en su plazo de ejecución. No obstante, a pesar de que el apelante reclamó en su recurso por el no reconocimiento de los sobrecostos derivados de la mayor permanencia en la obra por causa, entre otros, de la demora en la iniciación de la ejecución del contrato, lo cierto es que, en las pretensiones de su demanda, sólo adujo tales sobrecostos por concepto de las prórrogas y suspensiones del contrato, razón por la cual sólo a estos aspectos se referirá la Sala.

56. Las prórrogas del contrato:

56.1. El contrato fue celebrado el 13 de junio de 2002 y contemplaba como plazo de ejecución el de 6 meses, contados a partir del acta de iniciación de la obra (f. 34, c. 2; f. 442, c. 12), la cual fue suscrita el 29 de agosto de 2002 y en ella se consignó como fecha de terminación el 28 de febrero de 2003 (f. 56, c. 2; f. 411, c. 12).

56. 2. El 13 de marzo de 2003, se suscribió un contrato adicional, mediante el cual se prorrogó el término de ejecución en 4 meses, consignando que el plazo total de la misma sería de 10 meses, contados a partir del acta de iniciación. En las consideraciones de este acuerdo de voluntades, se consignó que el interventor, SOTA LTDA., había presentado un análisis y unas recomendaciones técnicas que

que formula la reclamación tenía el deber de hablar –expresar reservas o salvedades– pues la ley, el contrato o el principio de buena fe se lo imponían, o ya porque debe soportar los efectos de la ocurrencia de los hechos que motivaron la suscripción de las prórrogas”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de junio de 2022, expediente 53299, C.P. José Roberto SÁCHICA.



justificaban la ampliación del plazo de ejecución y que existía un acta de justificación de esa ampliación, suscrita por el alcalde y el secretario de Infraestructura y Vías de la alcaldía, en la cual se viabilizaba el surgimiento de esta prórroga, que no implicó ninguna modificación al valor del contrato ni contiene reclamación o salvedad alguna del contratista¹¹ (f. 61, c. 2).

56.3. El 11 de julio de 2003, las partes suscribieron un otrosí, en el cual modificaron la Cláusula Tercera del contrato, estipulando que el plazo de ejecución sería de 13 meses, contados a partir de la aprobación del acta de iniciación, es decir otros tres meses más. En las consideraciones de este acuerdo, se consignó que la Interventoría y el Municipio de Neiva se encontraban definiendo los precios unitarios correspondientes a la emperadización de la obra y que la administración municipal estaba adelantando el presupuesto de obra y análisis de precios unitarios correspondientes al proyecto eléctrico de iluminación. Tampoco se adicionó el valor del contrato ni se consignó discrepancia alguna por parte del contratista (f. 66, c. 2).

57. El análisis de estos acuerdos de voluntades y sus antecedentes deja ver que, la necesidad de prorrogar el plazo de ejecución del contrato surgió (ver pie de página 11), exclusivamente, de circunstancias atribuibles a la entidad contratante, por cuanto se evidenció su falta de previsión, al no tener ni siquiera claridad, con anterioridad a la celebración del contrato, de la totalidad de las obras necesarias; igualmente, al no haber entregado en debida forma al contratista, todos los diseños y planos necesarios, y tampoco poner a su disposición todos los predios requeridos para adelantar la obra, además de la causa que quedó expresamente enunciada en el otrosí, relativa a la necesidad de establecer los precios unitarios para unos ítems que no habían sido incluidos con antelación. Todo ello, sin duda, denota una falta de planeación por parte de la contratante, que se reflejó y tuvo efectos en la etapa

¹¹ Se observa que, desde el 27 de diciembre de 2002, el contratista había enviado comunicación a la Interventoría en la cual, entre otras cosas, le manifestó que era de vital importancia conocer a esa fecha la totalidad de los diseños solicitados y, por ende, las cantidades adicionales no previstas para poder efectuar una cuantificación real del alcance del contrato, su valor y tiempo adicional necesario para su ejecución total (f. 106, c. 2). Esta solicitud fue reiterada el 21 de enero de 2003, advirtiendo sobre la inminente terminación del plazo contractual, por lo que era necesario, además, solicitar la aprobación de una prórroga del plazo del contrato (f. 109, c. 2). En comunicación del 4 de febrero, el Interventor SOTA LTDA., se dirigió al secretario de Infraestructura, Tránsito y Transporte y se refirió, entre otras cosas, a la demora que se presentó en la entrega del predio de Bavaria al contratista, que conllevó a un trastorno en las labores normales y a un atraso en el tiempo de ejecución; también aludió a unas obras de empalme en glorietas e intersecciones que no fueron contempladas en los diseños iniciales del proyecto y, por lo tanto, requirieron que el municipio los encargara a un tercero, diseños que solo fueron entregados a ESGAMO en diciembre de 2002; y al proyecto de la administración municipal de complementar la vía con una ciclo ruta y una moto ruta, todo lo cual hacía necesaria una reprogramación y una adición en tiempo para su ejecución de 120 días calendario, como lo había solicitado el contratista (f. 184, c. 6).



de ejecución del contrato, la cual se vio alterada en cuanto al plazo, que debió ser ampliado, al doble del inicialmente estimado y estipulado, para tener tiempo de suplir las falencias de la entidad, tal y como se constató al estudiar las suspensiones del plazo contractual, de acuerdo con lo plasmado a continuación.

58. Las suspensiones del contrato:

58.1. El 27 de febrero de 2003, se suscribió el Acta de Suspensión Provisional No. 1, mientras se perfeccionaba el contrato adicional en tiempo que acordaron las partes. En dicha acta se consignó que, en varias reuniones de Comité de Obra, se determinó la necesidad de ampliar el plazo contractual, teniendo en cuenta varios factores (f. 58, c. 2 y f. 403, c. 12)¹²:

58.1.1. La no entrega oportuna de los predios de Bavaria desde el inicio del contrato, lo que impidió adelantar las obras en ese sector y se constituyó en un tapón de continuidad al paso normal hacia el tramo inicial entre las abscisas K0+000 al K0+400, habiéndose hecho efectiva dicha entrega el 31 de enero de 2003¹³.

58.1.2. El no contar inicialmente con planos y diseños de tres intersecciones, los cuales llevó a cabo la administración municipal por intermedio del IMOC y que fueron recibidos por Interventoría y contratista el 23 de enero de 2003.

58.1.3. Por considerar la interventoría al inicio de la obra, que existía un sobrediseño de la estructura para el pavimento flexible a ejecutar según estudios de la firma DIS LTDA., lo que condujo a la revisión de memorias, cálculos, estudios y ensayos de

¹² El 13 de marzo de 2003, se suscribió el Acta de Reiniciación No. 1 (fl. 63, c. 2).

¹³ En el plenario obran múltiples comunicaciones dirigidas por el contratista a la entidad contratante y a la interventoría solicitando resolver el problema de la falta de entrega del predio de Bavaria y advirtiendo sobre los inconvenientes y retrasos que implicaba la demora en dicha entrega; así mismo, pidiendo la relación de los ítems no previstos que se iban a ejecutar en dicho predio (f. 106, 107, 109 c. 2). Igualmente, el testimonio del ingeniero Benjamín Barrero Arciniegas, interventor del contrato en su calidad de representante legal de SOTA LTDA., corroboró esta demora derivada de la falta de entrega del predio en cuestión (f. 359, c. 3); en su testimonio, el ingeniero Barrero Arciniegas manifestó, en relación con las consecuencias de la no entrega de los predios necesarios al contratista, que “[a] no estar listo el predio de Bavaria para la construcción de la vía sencillamente hubo un atraso en el programa de ejecución de obra y al contratista se le presentaron problemas con el equipo de maquinaria que permaneció en el sitio de obra listo para ejecutar los trabajos en el desarrollo de su contrato. Siempre decía la Administración, no se lleve el equipo porque la semana siguiente estará lista la negociación del predio”. En el mismo sentido declaró Álvaro Domínguez, administrador de la obra desde febrero de 2003 y que, en la fecha del testimonio, laboraba con la Unión Temporal Mantenimiento 2005 cerca de Bucaramanga (f.365, c. 2).



laboratorio existentes por parte del interventor SOTA LTDA., y al rediseño de dicha estructura, con lo que se atrasó parcialmente la obra¹⁴.

58.1.4. Por el nuevo diseño que efectuó la administración municipal a través de otro contratista, para el proyecto de la ciclorruta y la motorruta que se involucró en la vía en construcción, lo que retrasó la definición de diversos ítems y la aprobación del rediseño total de la parte eléctrica¹⁵.

58.1.5. Se consignó, como causa adicional, que “[s]i bien con fecha 23 de enero de 2003 la firma Esgamo Ltda. ha presentado a consideración la solicitud previamente convenida con la Administración Municipal de una adición al tiempo de ejecución inicial del contrato, la cual fue visada por la Interventoría, ésta cursa a la fecha trámite ante las diversas instancias y dependencias de la Administración Municipal, no llegando a culminarse dicho trámite a la fecha de terminación del plazo del contrato de obra”. En esta acta de suspensión provisional, en la que se convino su duración durante el tiempo que se presentaran las causales expuestas, también se consignó:

El contratista manifiesta la necesidad de continuar con algunas tareas con el personal de planta que no puede suspender y el equipo disponible en explotación, procesamiento y transporte de material de terraplenes, subbase y base granular y concreto asfáltico, así como tareas menores, llevando a caso (sic) de su cuenta el debido autocontrol, siendo claro que la Interventoría una vez se reinicie el contrato normalmente practicará pruebas de calidad y cuantificación de aquellos que lo requieran para su posible aceptación y recibo.

58.1.6. Y se acordó igualmente, que el contrato de Interventoría no tendría suspensión alguna por causa de la presente, por haber en curso procesos de control de calidad, medición y cuantificación de obras, replanteos topográficos y otros oficios inherentes a sus funciones.

¹⁴ Situación que fue corroborada por el interventor en la declaración rendida dentro del proceso (f. 359, c. 3).

¹⁵ En forma reiterada, el contratista le solicitó a la administración y a la interventoría la definición de los diseños faltantes, correspondientes a la intersección del K0+000, la motorruta a construirse en el separador central, el diseño de la ciclorruta a construirse sobre la margen derecha de la vía, los diseños geométricos, eléctricos y de amoblamiento urbano que harían acompañamiento a las mismas, el diseño de las obras de implementación del Plan de Manejo Ambiental ordenadas por la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena CAM, así como la verificación y actualización de los diseños correspondientes al ítem de “iluminación (rehabilitación)” del proyecto, la aprobación de precios unitarios no previstos para cajas de inspección, el ítem de relleno manual ordenado, las especificaciones necesarias para realizar el análisis de los precios unitarios solicitados por la interventoría para la empradización y cercas, solicitando así mismo la aprobación de la prórroga del contrato para terminarlo cuando se tuviera toda esta información reclamada (f. 106, 109, 115, 119, 128, 129, 131, c. 2)



58.1.7. El 13 de marzo de 2003, las partes suscribieron el Acta de Reiniciación No. 1, en consideración a que en esa misma fecha se había suscrito el Contrato Adicional No. 1, por medio del cual se amplió el plazo contractual por 120 días adicionales (f. 63, c. 2).

58.2. El 12 de agosto de 2003, los representantes legales de la contratista ESGAMO LTDA., y de la interventoría SOTA LTDA., y el secretario de Infraestructura y Vías del municipio de Neiva, suscribieron un Acta de Suspensión Provisional en la que no se acordó fecha de reinicio, sino que se condicionó el mismo al reinicio del contrato de interventoría¹⁶ -el cual se hallaba suspendido- (f. 67, c. 2), hecho que no consta que hubiera sucedido hasta el momento de presentación de la demanda¹⁷.

58.2.1. Como antecedente de esta suspensión, observa la Sala que, mediante oficios del 26 de junio y el 3 de julio de 2003, el contratista ESGAMO LTDA. les solicitó a la entidad contratante y a la interventoría la suspensión del plazo del contrato que se hallaba próximo a vencer, mientras esas entidades definían la ampliación del valor del contrato que asegurara su total terminación. En la primera de tales comunicaciones, el contratista manifestó que el contrato vencía el 12 de julio y para esa fecha ya tendrían totalmente terminadas las obras viales, faltando por iniciar las actividades de empedrado -respecto de la cual estaba pendiente la legalización de la aprobación por la interventoría del precio unitario no previsto- e iluminación, pendiente de que se pactaran los precios unitarios no previstos y la aprobación del proyecto por la Electrificadora del Huila (f. 131 y 132, c. 2).

58.2.2. Mediante comunicación del 1 de agosto de 2003 dirigida por el secretario de Infraestructura y Vías al Interventor, se le advirtió que, para el 12 de agosto de 2003, se requería tener completamente liquidado el contrato No. 030 de 2002 en lo que

¹⁶ El 26 de agosto de 2002 el Municipio de Neiva celebró contrato de consultoría No. 027 con la firma SOTA LTDA., cuyo objeto fue ejercer la interventoría de la "Construcción de la carrera 2, en el tramo comprendido entre la calle 2 sur y la carretera que conduce al sur del país frente a Surabastos", con un plazo de ejecución de 8 meses, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación, hecho que se produjo el 30 de agosto siguiente (f. 42 y 43 a 54, c. 6). Mediante Acta No. 2 suscrita por el representante del municipio de Neiva y el representante legal de la Sociedad Técnica SOTA LTDA., se acordó la suspensión provisional del contrato de interventoría. Como causa, se dejó anotado que, como el Contrato de Obra 030 de 2002 había sido prorrogado hasta el 12 de noviembre de 2003, la sociedad interventora había pedido la prórroga así mismo de su contrato por el mismo periodo; dado que la reserva presupuestal se encontraba en trámite administrativo, era necesario suspender el contrato de interventoría mientras la misma se tramitaba y se elaboraba el contrato adicional respectivo (f. 29, c. 6).

¹⁷ Como se explicó en párrafos anteriores, esta suspensión se extendió por un lapso de 4 meses y 5 días, hasta el 17 de diciembre de 2003, cuando la entidad le comunicó al contratista su intención de que el contrato fuera liquidado (ver párrafos 38 y 41).



tenía que ver con obras viales y complementarias, debiendo quedar pendiente únicamente el proyecto eléctrico y ambiental (f. 105, c. 6), solicitud que fue reiterada el 12 de septiembre del mismo año, en donde se le advirtió al interventor que, dado que a esa fecha se hallaba completamente terminado el contrato 030 en lo que era la construcción de la obra vial, y dado que el componente ambiental y el proyecto eléctrico aún no tenían definidos los recursos económicos para su ejecución completa, le pedía que remitiera a ese despacho las actas de liquidación del contrato de obra y el de consultoría (f. 107, c. 6).

58.2.3. Posterior a la suspensión, el 17 de septiembre de 2003, el interventor - sociedad SOTA LTDA.- dio respuesta a las anteriores solicitudes, manifestando su desacuerdo con la decisión de liquidar los contratos, pues aún estaban pendientes obras necesarias para la estabilidad de la vía y otras en curso de ser terminadas, como los terraplenes del separador central, terraplenes del andén, gaviones de protección de terraplén y obras de arte; quedaba así mismo un porcentaje del contrato por ejecutar y diversos ítems sin construir como los de iluminación, señalización y demarcación de la vía, así como obras del plan de manejo ambiental, según el ítem de empujamiento, contando aún con saldos disponibles para su ejecución (f. 158, c. 2).

58.2.4. En oficio del 30 de septiembre de 2003, el secretario de Infraestructura y Vías del municipio contratante le informó al interventor que la voluntad de la administración municipal era dar por terminado su contrato, por terminación del plazo y de recursos económicos; y que el proyecto eléctrico sería ejecutado por Diselecsa dentro de su programa de expansión y ellos tenían su propia interventoría, mientras que el componente ambiental sería supervisado por el DATMA, dependencia municipal encargada del tema, y que la administración adelantaría directamente la interventoría (f. 118, c. 6).

58.2.5. El 27 de octubre de 2003, el contratista ESGAMO LTDA. se dirigió al alcalde municipal para manifestar su preocupación por la no reanudación del término contractual, en razón de la falta de apropiación presupuestal de los recursos necesarios para los pendientes de la obra, a pesar de que, desde julio, se le venía insistiendo a la administración sobre la necesidad de contar con dichos recursos y de los necesarios para el pago de las actas de ajuste que se encontraban aprobadas y sin pagar (f. 134, c. 2).



58.2.6. Mediante comunicación del 22 de junio de 2005 dirigida por el secretario de Infraestructura y Vías al jefe de la Oficina Asesora Jurídica Municipal, le informó que el Contrato de Obra Pública No. 030 de 2002 no había sido liquidado aún, que las obras contratadas no fueron ejecutadas en su totalidad por cuanto se agotó el presupuesto, explicando que *“Los inconvenientes presentados en la ejecución del contrato fueron los de no haber previsto los recursos económicos para el pago de los ajustes respectivos y haber efectuado dichos pagos con cargo a la disponibilidad existente para la construcción, lo que ocasionó que no se terminaran las obras contratadas y se convocara a la liquidación del contrato por no existir disponibilidad de recursos extras para su terminación”* (f. 7, c. 7).

59. De acuerdo con el anterior recuento, no cabe duda de que las suspensiones que afectaron la ejecución del Contrato 030 de 2002 tuvieron su origen en causas imputables a la entidad demandada, pues son reflejo de la deficiencia con la que se adelantó el proceso precontractual en la preparación de la futura contratación, desde la misma indeterminación de todos los ítems necesarios para la correcta ejecución de las obras, los errores advertidos en los planos, estudios, diseños, etc., entregados al contratista y que tuvieron que ser corregidos o realizados, así como las falencias advertidas en el manejo presupuestal de la entidad, pues es evidente que ésta se quedó sin recursos cuando aún no se habían culminado las obras objeto del contrato y esa fue la razón principal para que se produjeran las suspensiones, principalmente la última, que se convirtió en indefinida e impidió la terminación de las prestaciones a cargo del contratista en los términos pactados, pero sin liberarlo de sus responsabilidades contractuales, pues el contrato continuaba vigente, aunque suspendido en su ejecución.

60. Teniendo en cuenta las circunstancias anotadas en relación con la demora en la iniciación de la ejecución de las obras, la prórroga producida en el plazo del contrato, así como las suspensiones que se produjeron en el mismo, no cabe duda de que el contratista sí se vio sometido a una mayor permanencia en las obras por causas imputables a la administración, que se extendió, más allá de los 6 meses inicialmente pactados, por aproximadamente otros 11 meses -7 de prórrogas y 4 y medio por suspensiones-, sin que, por otro lado, se hubiera acordado variación económica alguna por la ejecución del contrato -no hubo adiciones a su valor-, situación que, como lo ha reconocido la jurisprudencia, puede dar lugar a la generación de sobrecostos y, por ende, puede causar perjuicios al contratista:



(...) el incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante que genera una mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, aun cuando no impliquen mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando se acredite y estén debidamente demostrados y de la conducta de las partes no se derive lo contrario. En efecto, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido, en tanto se prueben los daños sufridos¹⁸.

61. En consideración de lo expuesto, resulta procedente analizar si, a partir de esa mayor permanencia que fue debidamente acreditada en el plenario, se generaron los perjuicios que alega la demandante y cuya indemnización pidió en el libelo introductorio, pues es claro que el solo transcurso del tiempo no se traduce automáticamente en la generación de afectaciones económicas para el contratista, a quien le asiste, por lo tanto, el deber de probarlas si quiere sacar adelante sus pretensiones.

Los perjuicios por la mayor permanencia

62. Se recuerda que, en sus pretensiones, la parte actora pidió el reconocimiento de los sobrecostos en los que incurrió por esta causa, los que identificó afirmando que *“(...) incurrió en gastos de administración durante los meses que se prorrogó el plazo contractual con ocasión de la aludida prórroga y suspensiones del mismo”*.

63. En el plenario obra dictamen pericial (f. 394, c. 3)¹⁹ practicado por el ingeniero civil Eduardo Gómez Rojas, quien absolvió los puntos planteados por la parte actora

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, expediente 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁹ Se observa que, en su demanda, la parte actora pidió la práctica de una inspección judicial con intervención de perito para que determinara, de acuerdo con lo observado en el terreno, la obra ejecutada frente a las actividades contratadas, los plazos del contrato y demás, para establecer si hubo mayores costos del contrato y determinar la construcción de terraplenes y cuáles materiales fueron utilizados, para lo cual planteó un cuestionario para que fuera resuelto por el perito. En otro punto del capítulo de pruebas, pidió que se decretara un dictamen pericial para que, de acuerdo con los documentos contables y demás que obran en el proceso, determinara los mayores costos en que incurrió el contratista por el mayor plazo de permanencia en la obra, para lo cual también planteó un cuestionario (f. 27, c. 2). El *a-quo*, en el auto de pruebas, denegó la inspección judicial y decretó el dictamen pericial de ese capítulo y el pedido aparte, designando como perito a un ingeniero de vías y transportes para que rindiera los dos peritazgos solicitados en la demanda (f. 337, c. 2).



en su demanda (f. 27, c. 2)²⁰. Específicamente, sobre el mayor tiempo de permanencia en el sitio de las obras, luego de enunciar los documentos contractuales que dan cuenta de los plazos, prórrogas y suspensiones del plazo contractual, que era inicialmente de 6 meses a partir del acta de iniciación y se aumentó a 13 meses, concluyó que “[a]sí las cosas el contrato iniciado el 29 de agosto de 2002 y suspendido indefinidamente por la suspensión del contrato de Interventoría, generó que durante un año (12 meses) el Contratista permaneciera en el sitio con toda la organización montada para el desarrollo de los trabajos, en espera de poderlos finiquitar”. Y, a continuación, con base en las pruebas del proceso, identificó las causas de las prórrogas y suspensiones, concluyendo que todas se debieron a hechos imputables al Municipio de Neiva.

64. Para establecer los costos administrativos por el mayor tiempo de permanencia en la obra, procedió a calcularlos con base en la propuesta presentada y partiendo del AIU del contrato correspondiente al 25% (16% de Administración, 3% de Imprevistos y 6% de utilidad), dado que así fue solicitado en la demanda.

65. Determinó el valor total del contrato: \$3.735'000.000, el costo directo del contrato: \$2.988'000.000, el porcentaje de Administración: 16%, del cual empezó por descontar lo correspondiente a impuestos, legalización y descuentos (8,38%)²¹, lo que daba un 7,62%, equivalente a la suma de \$227'794.974,40, como saldo para cancelar los costos administrativos (director, residente, almacenista, administrador, y demás personal de administración, arrendamientos, servicios, comunicaciones, papelería, equipo de oficina, pasajes y viáticos) que, al distribuirlo en el plazo inicial de ejecución de 6 meses, arrojaba que los costos administrativos por mes eran de \$37'965.829,07.

66. Consideró que, al existir un plazo adicional de 6 meses, se generaban unos sobrecostos por administración por valor de $6 \times 37'965.829,07 = \$227'794.974,40$ y,

²⁰ La parte actora incluyó las siguientes preguntas, relacionadas con la pretensión en estudio: i) ¿Existió un mayor tiempo de permanencia en el sitio de las obras? ¿Qué circunstancias dieron lugar a este mayor tiempo? ¿Estas son imputables a la entidad como contratante? ii) De acuerdo con lo anterior y si es procedente, se sirva determinar con la propuesta presentada por el contratista los costos administrativos por el mayor tiempo de permanencia en obra; iii) señalar, previa verificación de los documentos que obran en el expediente, si efectivamente en el tiempo de mayor permanencia en obra se generaron costos adicionales para el contratista (f. 28, c. 2).

²¹ Explicó que estos descuentos procedían por ser los gastos previstos por ESGAMO LTDA. al momento de proponer y eran: Por legalización: impuesto de timbre, publicación del contrato, estampilla pro-electrificación, estampilla pro-universidad, póliza de cumplimiento y póliza RC; por cada desembolso: retención en la fuente, contribución especial y reteica.



a continuación, dio respuesta al punto consistente en “[s]eñalar, previa verificación de los documentos que obran en el expediente, si efectivamente en el tiempo de mayor permanencia en obra se generaron costos adicionales para el contratista”, a lo cual contestó:

En los Comités de obra que obran en el expediente, consta que el Contratista mantuvo durante todo el tiempo su infraestructura y su personal en el sitio de la obra, lo cual por ende generó costos por este concepto, también éstos pueden verse reflejados en el informe de costos suscrito por el contador de la empresa, el cual está debidamente soportado y en que observa que los costos administrativos de funcionamiento en obra y los gastos administrativos tuvieron un valor de \$422.923.388,20, a los cuales hizo falta sumar gastos de funcionamiento de la oficina Administrativa de Bogotá (por la cual se manejaba el contrato) diferentes a la nómina (tal como se dejó constancia en dicho informe), lo cual arroja una cifra mucho más alta que la prevista por el Contratista en su oferta (\$227.794.974,40), la cual fue calculada bajo la premisa de un plazo de ejecución de seis (6) meses.

67. Al respecto, se observa en primer lugar, que el dictamen del perito se refirió únicamente a 6 meses de prórroga del contrato, cuando en realidad fueron 7 meses los que se adicionaron al plazo inicial y, además, no hizo alusión alguna a los períodos de suspensión del negocio jurídico, que también fueron objeto de reclamación por el concepto de mayor permanencia en la obra. Es decir que los valores calculados a título de perjuicios no cubrieron todo el tiempo por el que se reclamó en la demanda.

68. En segundo lugar, que tal y como la jurisprudencia lo ha sostenido, para efectos de determinar los sobrecostos reclamados por concepto de gastos de administración cuando el perjuicio reclamado proviene de la mayor permanencia en obra, no basta con hacer la operación aritmética que efectuó el perito, con base en el porcentaje de Administración del A.I.U del contrato y el tiempo de mayor duración del mismo, sino que se requiere que se encuentren debidamente probados en el plenario²².

69. En el presente caso, observa la Sala que, tal y como ya se evidenció, el contratista ESGAMO LTDA. no discriminó en su oferta el 25% correspondiente al AIU del contrato ni, por lo tanto, los costos indirectos correspondientes al rubro de Administración. De otro lado, en la copia del pliego de condiciones que obra en el

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, expediente 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Subsección A, sentencia del 8 de marzo de 2017, expediente 50890, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, entre otras.



expediente tampoco consta que se hubiera exigido una discriminación de este componente a los proponentes. No obstante, en el expediente reposa un “**resumen de costos obra Surabastos**” elaborado por la contadora de ESGAMO LTDA. en el mes de noviembre de 2004, en el que dio cuenta de lo siguiente²³ (f. 1 y 2, c. 13):

	CONCEPTO	VALOR PARCIAL	SUBTOTAL
A	ADMINISTRACIÓN		
1.	COSTOS ADMINISTRATIVOS DE FUNCIONAMIENTO		
1.1.	ARRIENDOS Y SERVICIOS	24.266.258.00	
1.2.	DOTACIÓN Y ELEMENTOS DE SEGURIDAD	5.868.375.00	
1.3	VIÁTICOS, PASAJES, SERVICIO DE ALIMENTACIÓN Y GASTOS DE REPRESENTACIÓN	23.646.255.00	
1.4	REPLANTEO Y MEDICIÓN TOPOGRÁFICA	52.548.297.00	
1.6	TELECOMUNICACIONES	1.105.594.00	
1.7	PAPELERÍA ENCOMIENDAS Y ENVIOS	3.947.777.00	
1.8	ENSAYOS, ESTUDIOS Y PERMISOS	12.125.376.00	
1.9	FOTOGRAFÍAS	44.110.00	
1.10	MANTENIMIENTO CAMPAMENTOS	10.373.369.00	
1.11	SERVICIOS MÉDICOS DE EMERGENCIA	78.700.00	
1.12	TRANSPORTES DE EQUIPO, PERSONAL Y PEAJES	48.303.623.00	
	SUBTOTAL		\$185.592.394
2.	PERSONAL ADMINISTRATIVO		
2.1	NOMINA ADMINISTRACION DE OBRA (INC 56% PS)	96.415.129.20	
2.2.	NOMINA ADMINISTRACION OFICINA CENTRAL BOGOTA (INC 56% PS)	140.915.865.00	
	SUBTOTAL		\$237.330.994.20

70. En un cuadro aparte (f. 1 a 18, c. 13), la contadora enlistó uno por uno los gastos en que se incurrió por cada rubro de los mencionados en el anterior. Por ejemplo, en relación con el numeral 1.1., arriendos y servicios, dio cuenta de los siguientes gastos (f. 3, c. 13):

²³ Se transcribe sólo lo correspondiente a los gastos de administración.



Radicación número: 41001-23-31-000-2005-01568-01 (52501)
 Actor: ESGAMO LTDA. INGENIEROS CONSTRUCTORES
 Demandado: MUNICIPIO DE NEIVA
 Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

FECHA	CONCEPTO	CC/NIT	BENEFICIARIO	DEBITO
ADMINISTRACION				
ARRIENDOS Y SERVICIOS				
02/08/2002	VALOR DE ARRENDAMIENTO APARTAMENTO INGENIEROS MES AGOSTO	12118351	GERMAN CASUAGUA	315.000,00
02/08/2002	ARRIENDO APTO ING MES AGOS/02	12118351	CASAGUA GERMAN	315.000,00
03/08/2002	LUZ OFICINA MERCASUR	891180001-1	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P	77.840,00
03/08/2002	LUZ OFICINA MERCASUR	891180001-1	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P	77.840,00
08/08/2002		891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P	77.840,00
10/08/2002	ABONO DEPOSITO GARANTIA ARRIENDO CASA OPERADORES	7701669	CARLOS ANDRES MEDINA	200.000,00
10/08/2002	CANCELACION ARRIENDO CASA OPERADORES AGOS 10 A SEP 9	7701669	CARLOS ANDRES MEDINA	380.000,00
10/08/2002	ARRIENDO CASA OPERADORES SURABA	7701669	MEDINA CARLOS ANDRES	200.000,00
10/08/2002	ARRIENDO CASA OPERADORES SURABA	7701669	MEDINA CARLOS ANDRES	380.000,00
12/08/2002	1 VENTILADOR METALICO	40726568	OLGA C HERRERA	55.000,00
13/08/2002	MANTENIMIENTO INSTALACION COMPAQ	7549718	HECTOR LEON RIOS	60.000,00
14/08/2002	1 VENTILADOR CASA INGENIEROS			60.000,00
15/08/2002	CHAPA Y LLAVE OFICINA			60.000,00
04/09/2002	ADMINISTRACION DE ESGAMO LTDA	813002159	MERCASUR LTDA Y/O ROBERTO A	1.447.500,00
10/09/2002	Pago telefono Jun- Jul Apto ingenieros	891100055	TELEHUILA	50.140,00
10/09/2002	AGUA APTO INGENIEROS	891180010	EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA	41.354,00
10/09/2002	GAS APTO INGENIEROS- 24 JUL-23 AGOS	891101577	ALCANOS DE COLOMBIA S.A.E.S.P	7.270,00
12/09/2002	ARRIENDO LOTE EL PALMAR AGO/02	1606991	GAITAN DIAZ ISMAEL	500.000,00
12/09/2002	ARRIENDO CASA OPERADORES SEP 1	7701669	MEDINA CARLOS ANDRES	180.000,00
12/09/2002	ALQUILER EQUIPO COMPAQ	55173006	ROMMY YANIRA PIEDRAHITA	100.000,00
12/09/2002	VALOR USO CARTUCHO	55173006	ROMMY YANIRA PIEDRAHITA	50.000,00
16/09/2002	ESTUDIOS ECOLOGICOS Y TECNICOS ECOTEC	813001827	ECOTEC LTDA	500.000,00
23/09/2002	CAJA CHINCHE	36155348	MISCELANEA LEONOR	1.600,00
25/09/2002	PAGO AGUA APTO INGENIEROS	891180010	EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA	12.550,00
25/09/2002	PAGO MES DE AGO/02 APTO INGENI	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S	12.310,00
09/10/2002	TRANSPOTES EFECTUADOS ENTRE SEP 15- SEP 30 DE 2002	79122785	MAURICIO NOGUERA	1.300.000,00
12/10/2002	ARRIENDO APTO INGENIEROS	12118351	CASAGUA GERMAN	315.000,00
16/10/2002	CANCELACION ARRIENDO APTO ING. OCTUBRE	12118351	HERMAN CASAGUA	302.690,00
16/10/2002	LUZ OFICINA AGOS	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P	39.450,00
17/10/2002	CANCELACION ARRIENDO DE UN LOTE XA EXTRACCION DE MATERIAL-SEP	1606991	ISMAEL DIAZ	482.500,00
17/10/2002	LUZ CASA OPERADORES AGOS	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P	38.580,00
25/10/2002	ARRENDAMIENTO CASA OPERADORES-OCT	7701667	CARLOS ANDRES MEDINA	180.000,00
28/10/2002	TELEFONO CASA INGENIEROS OCTUBRE	891100055	TELECOM	11.490,00
28/10/2002	SERVICIO SEP/OCT/02 APTO INGEN	891180010	EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA	13.891,00
20/11/2002	LUZ OFICINA OCT	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P	73.160,00
20/11/2002	LUZ CASA OPERADORES OCT	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P	20.610,00
20/11/2002	ARRIENDO APTO INGENIEROS NOV/0	12118351	CASAGUA GERMAN	315.000,00
20/11/2002	SERV GAS OCT/02 APTO INGENIERO	891101577	ALCANOS DE COLOMBIA	3.900,00
22/11/2002	ARRENDAMIENTO DEL 10 AL 22 NOV	7701667	CARLOS ANDRES MEDINA	72.000,00
22/11/2002	ARRIENDO 22 ALNOV AL 22 DIC	12113175	SAUL RODRIGUEZ SILVA	180.000,00
28/11/2002	AGUA OCTUBRE CASA INGENIEROS	891180010	EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA	15.233,00
29/11/2002	LUZ CASA INGENIEROS SEPTIEMBRE	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P	630,00
29/11/2002	AGUA OCTUBRE CASA CAMPAMENTO PERSONAL	891180010	EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA	10.033,00
02/12/2002	ARRENDAMIENTO CASA MES DICIEMBRE	12118531	HERMAN CASAGUA	315.000,00
02/12/2002	ARRENDAMIENTO DEL PREDIO EL PALMAR MES NOVIEMBRE	1606991	ISMAEL DIAZ	500.000,00
03/12/2002	TELEFONO MES OCT	891100055	TE LEHUILA TELECOM	378.110,00
11/12/2002	LUZ OFICINA NOVIEMBRE	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P	72.900,00
17/12/2002	1 COMIDA	1630462	ORLANDO PEREZ	3.500,00
20/12/2002	GAS NOVIEMBRE	891101577	ALCANOS DE COLOMBIA	2.300,00
20/12/2002	ACUEDUCTO	891180010	EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA	16.470,00
20/12/2002	LUZ CAMPAMENTO MES NOVIEMBRE	891180001	EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DEL HUILA S.A. E.S.P	7.410,00
20/12/2002	GAS CASA INGENIEROS NOVIEMBRE	891101577	ALCANOS DE COLOMBIA	3.880,00
22/12/2002	ARRENDAMIENTO X 22 DIC AL 22 ENERO 2003	12113175	SAUL RODRIGUEZ SILVA	180.000,00
24/12/2002	TELECOMUNICACIONES	891100055	EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DEL HUILA S.A. E.S.P	417.240,00
26/12/2002	SERVICIO DE HOSPEDAJE MANUEL SILVA	26405287	HOTEL SEPTIMA AVENIDA	26.000,00
26/12/2002	SERVICIO DE HOSPEDAJE MANUEL SILVA	26405287	HOTEL SEPTIMA AVENIDA	26.000,00
03/01/2003	ALIMENTACION X ESTADIA EN OBRA		MANUEL SILVA	37.000,00
07/01/2003	CANCELACION CUOTA SOSTENIMIENTO APTO AGOS SEP Y OCTUBRE		MULTIFAMILIARES LOS ARRAYANES	150.000,00
20/01/2003	ARRIENDO APTO INGENIEROS ENERO	12118351	HERMAN CASAGUA	315.000,00
20/01/2003	ARRIENDO A SERVIDUMBRE VOLQUETA OCT, NOV Y DIC	16069991	ISMAEL DIAZ	1.955.000,00
22/01/2003	ACUEDUCTO	891180010	EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA	24.542,00
22/01/2003	LUZ CASA OPERADORES DICIEMBRE	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P	17.470,00
22/01/2003	LUZ OFICINA DICIEMBRE	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P	70.890,00
22/01/2003	ARRIENDO CASA OPERADORES ENE22- FEB21	92113175	SAUL RODRIGUEZ SILVA	180.000,00
23/01/2003	ARRIENDO SERVIDUMBRE	4921507	LEONEL SUAREZ	208.000,00

Easy Scanner



Radicación número: 41001-23-31-000-2005-01568-01 (52501)
 Actor: ESGAMO LTDA. INGENIEROS CONSTRUCTORES
 Demandado: MUNICIPIO DE NEIVA
 Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

FECHA	CONCEPTO	CC/NIT	BENEFICIARIO	DEBITO
01/02/2003	CANCELACION ARRIENDO CASA OPERADORES ENE 22- 25 FEB	12113175	SAUL RODRIGUEZ SILVA	180.000,00
08/02/2003	ARRENDAMIENTO APTO 8 FEBRERO A 7 MARZO	12133285	RAFAEL MARTIN GUTIERREZ	370.000,00
10/02/2003	CANCELACION CUOTA SOSTENIMIENTO NOV Y DICIEMBRE CUOTA EXTRA		MULTIFAMILIARES LOS ARRAYANES	105.000,00
11/02/2003	LUS CORRESPONDIENTE A ENERO	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A.E.S.P	59.340,00
11/02/2003	TELEFONO MES DICIEMBRE	891100055	TELECOM	32.390,00
12/02/2003	TELEFONO MES DICIEMBRE	891100055	TELECOM	398.560,00
25/02/2003	ARRIENDO PIEZA OPERADORES JOSE ANTONIO OCHOA Y MAXIMO DEL 9 FEB A 8 MARZO	26419818	CRUZ ANA SANCHEZ	65.000,00
11/03/2003	GAS APTO INGENIEROS FEBRERO	891101577	ALCANOS DE COLOMBIA	3.100,00
11/03/2003	LUZ ENERO	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A.E.S.P	15.770,00
11/03/2003	ACUEDUCTO	891180010	EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA	12.945,00
19/03/2003	ARRIENDO APTO INGENIEROS MARZO 8- ABRIL 7	12133285	RAFAEL MARTIN GUTIERREZ	370.000,00
22/03/2003	TELEFONO FEBRERO	891100055	TELECOM	352.730,00
28/03/2003	TELEFONO FEBRERO	891100055	TELECOM	37.300,00
28/03/2003	TELEFONO MES FEBRERO	891100055	TELECOM	592.470,00
29/03/2003	SALDO ARRIENDO SERVIDUMBRE A DICIEMBRE 2002	4921507	LEONEL SUAREZ	183.000,00
31/03/2003	ARRENDAMIENTO PREDIO EL PALMAR 1 DIC DEL 2002AL 31 MARZODE 2003	1606991	ISMAEL DIAZ	2.000.000,00
02/04/2003	CANCELACION ARRIENDO CASA OPERADORES FEB 22- 21 MAR	12113175	SAUL RODRIGUEZ SILVA	180.000,00
05/04/2003	LUZ MARZO	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA	37.630,00
05/04/2003	TELEFONO MARZO	891100055	TELECOM	35.210,00
05/04/2003	TELEFONO MARZO APTO INGENIEROS	891100055	TELECOM	67.900,00
08/04/2003	AGUA MARZO	891180010	EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA	91.641,00
08/04/2003	CANCELACION ARRIENDO APTO INGENIEROS ABRIL 7 A MAY8	12133285	RAFAEL MARTIN GUTIERREZ	370.000,00
15/04/2003	LUZ OFICINA MERCASUR MARZO	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A.E.S.P	154.540,00
02/05/2003	ARRIENDO APTO INGENIEROS DE MAYO 9 A JUN6	12133285	RAFAEL MARTIN GUTIERREZ	370.000,00
02/05/2003	ARRIENDO CASA OPERADORES MARZ 22 A 21 ABRIL	12113175	SAUL RODRIGUEZ SILVA	180.000,00
02/05/2003	ARRIENDO LOTE PLANTA TRIRURADORA 1 ABRIL AL 30 DE ABRIL	1606991	ISMAEL DIAZ	500.000,00
03/05/2003	ARRIENDO PIEZA OPERADOR DE ABRIL	26419418	CRUZANA SANCHEZ	65.000,00
03/05/2003	ARRIENDO PIEZA MANUEL SILVA ABRIL-MAYO	38088921	CRISTINA CAVIEDES	50.000,00
03/05/2003	ARRIENDO PARQUEADERO NISSAN ABRIL8-MAYO8	26536332	CLAUDIA ANCHOLA	50.000,00
03/05/2003	LUZ ABRIL NEIVA	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A.E.S.P	47.000,00
23/05/2003	ARRIENDO CASA OPERADORES MARZ 22 A 21 ABRIL	12113175	SAUL RODRIGUEZ SILVA	180.000,00
23/05/2003	LUZ MARZO NEIVA	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A.E.S.P	46.870,00
23/05/2003	ACUEDUCTO ABRIL	891180010	EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA	21.727,00
23/05/2003	ACUEDUCTO ABRIL	891180010	EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA	34.056,00
23/05/2003	GAS ABRIL	891101577	ALCANOS DE COLOMBIA	92.930,00
26/05/2003	ARRIENDO CASA OPERADORES 22 MAY- JUN 21	12113175	SAUL RODRIGUEZ SILVA	180.000,00
26/05/2003	CANON ARRENDAMIENTO USO LCAL CCIAL N 2228 XA ADMON DE ESGAMO MESES: ENERO FEBRERO, MARZO, ABRIL YMAYO DEL 2003	813002158	MERCASUR LTDA.	1.500.000,00
28/05/2003	SERVICIO T.V CABLE	800111243	ALPEVISION	28.000,00
04/06/2003	GAS MAYO	891101577	ALCANOS DE COLOMBIA	15.040,00
04/06/2003	SERVICIO DE T.V. CABLE	800111243	ALPEVISION	28.000,00
04/06/2003	LUZ APTO INGENIEROS	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A.E.S.P	43.800,00
16/06/2003	ARRIENDO APTO INGENIEROS JUN9-A JULIO 8 DE 2003	12133285	RAFAEL MARTIN GUTIERREZ	370.000,00
18/06/2003	ARRIENDO OFICINA ADMON JUN1 AL 30 DEL 2003	813002158	MERCASUR LTDA.	300.000,00
10/07/2003	GAS CASA OPERADORES JUNIO	891101577	ALCANOS DE COLOMBIA	18.410,00
10/07/2003	LUZ CASA OPERADORES JUNIO	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A.E.S.P	23.340,00
10/07/2003	LUZ CASA OPERADORES JUNIO	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A.E.S.P	56.710,00
24/07/2003	SERVICIO T.V CABLE	800111243	ALPEVISION	28.000,00
24/07/2003	GAS JUNIO	891101577	ALCANOS DE COLOMBIA	3.050,00
24/07/2003	AGUA JUNIO	891180010	EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA	40.317,00
24/07/2003	AGUA JUNIO CASA OPERADORES	891180010	EMPRESAS PUBLICAS DE NEIVA	33.069,00
25/07/2003	LUZ JUNIO NEIVA	891180001	ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A.E.S.P	255.290,00
26/07/2003	ARRIENDO CASA OPERADORES 22 JUN- 21 JUL	12113175	SAUL RODRIGUEZ SILVA	180.000,00
26/07/2003	ARRIENDO OFICINA ADMONJULIO1-30 DEL 2003	813002158	MERCASUR LTDA.	300.000,00
22/01/2004	CANCELACION DE RECIBOS CON FECHA LIMITE DE PAGO VENCIDA	55175980	PUNTO SERVICIO	4.200,00
22/03/2004	CANCELACION ARRIENDO PIEZA OPERADORES MAR 9A ABRIL 8	26419818	CRUZ ANA SANCHEZ	65.000,00
SUBTOTAL				\$ 24.266.258,00

71. En el anterior cuadro se constata que, efectivamente, en él están contenidos gastos que corresponden a toda la duración del contrato, incluyendo no sólo el plazo inicial de 6 meses, sino también el primer periodo de suspensión -14 días, del 28 de febrero al 13 de marzo de 2013- y las prórrogas de que fue objeto el plazo contractual -que lo fueron por 7 meses-, presentando gastos únicamente hasta el 25 de julio de 2003. Es claro entonces, que al estar vigente el contrato y en plena ejecución las obras que constituyeron su objeto, los gastos de administración se fueron causando mes a mes hasta la referida fecha, por cuanto no consta que se hubieran efectuado pagos posteriores, salvo el último enlistado, que corresponde a



un mes de arriendo de una pieza para operadores, en el mes de marzo a abril de 2004.

72. Ahora bien, en relación con los soportes de estas erogaciones, se advierte que, tal y como consta en el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Bogotá (f. 5, c. 2), la sociedad ESGAMO LTDA. INGENIEROS CONSTRUCTORES tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá, en la carrera 8 A # 123-24, mientras que los pagos efectuados por concepto de arrendamientos y servicios públicos de los que dan cuenta los diversos recibos y facturas obrantes en el plenario -así mismo en relación con los demás gastos de administración que se enunciaron en el informe contable en cuestión, según consta en el restante material probatorio obrante en el plenario²⁴-, corresponden a la ciudad de Neiva, sitio de ejecución de las obras objeto del contrato materia de la presente controversia.

73. A título de ejemplo, y específicamente sobre los gastos de arrendamiento, se tiene:

73.1. Que el señor Rafael Martín Gutiérrez, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.133.285 de Neiva, dio en arrendamiento el apartamento 201 ubicado en el edificio Torres de Varegal, carrera 7 # 55-59 en la ciudad de Neiva, para uso de los ingenieros de la firma ESGAMO LTDA. *“para la vía Sur Abastos”*, con un canon mensual de \$370.000, respecto del cual esta firma canceló los servicios públicos consumidos durante los periodos de arrendamiento, según se desprende de las cuentas de cobro y/o facturas cambiarias correspondientes al pago del canon de arrendamiento por los meses de febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2003, y así mismo los recibos de pago de los servicios públicos correspondientes a estos periodos en el mismo inmueble (f. 20, 21, 22, 25, 33, 35, 36, 39, 40, 45, 49, 50, 51, 57, 58, 80, 82, 83 c. 13).

73.2. Que la señora Cruz Ana Sánchez, con cédula de ciudadanía 26.419.818 de Neiva, le dio en arrendamiento a ESGAMO LTDA. una pieza para alojar a los operarios José Antonio Ochoa y Máximo de Jesús Palencia (del cargador y planta

²⁴ En los cuadernos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del expediente, reposa documentación referida, entre otros, a los costos que asumió el contratista durante la ejecución del contrato en cuanto a arriendos y servicios; dotación y elementos de seguridad; viáticos y pasajes; servicios de alimentación; servicio de topografía; alquiler de equipo de cómputo y telecomunicaciones; papelería, encomiendas y envíos; ensayos, estudios y permisos; mantenimientos y gastos del campamento; servicios médicos de emergencia, transportes de equipo, personal y peajes; nómina de la administración de la obra y nómina administración oficina central de Bogotá.



tritadora para la obra vía Sur Abastos Neiva), según consta en las respectivas cuentas de cobro, a razón de \$65.000 mensuales, durante los meses de febrero, marzo y mayo de 2003 (f. 19, 26, 56, c. 13).

73.3. Que el señor Saúl Rodríguez Silva, con C.C. No. 12.113.175, dio en arrendamiento una casa para operadores “para la obra vía Surabastos” en el periodo comprendido entre el 22 de enero y el 21 de julio de 2003, según recibos de caja menor y/o facturas cambiarias de compraventa por concepto del respectivo canon, de \$180.000 mensuales (f. 23, 30, 31, 37, 38, c. 13), y constan los recibos de pago de servicios públicos correspondientes a este arrendador y a los meses de pago del arrendamiento de su inmueble por parte de ESGAMO LTDA. (f. 32, 34, 43, 44, 79c. 13).

73.4. Que el señor Ismael Díaz Gaitán, con C.C. No. 1.606.991, dio en arrendamiento a ESGAMO LTDA. un lote para la planta trituradora, según consta en la factura cambiaria de compraventa No. 813 del 2 de mayo de 2003, por el periodo de pago del 1 al 30 de mayo de 2003, por valor de \$ 500.000 (f. 46, c. 13).

73.5. Que Mercasur Ltda. y/o Roberto Almario Mayor, de la ciudad de Neiva, dieron en arrendamiento a ESGAMO LTDA., el local comercial No. 2228 para el funcionamiento de la oficina de administración para la obra Sur Abastos, por un canon mensual de \$300.000, según consta en cuenta de cobro del 23 de mayo de 2003 por valor de \$1'500.000 y facturas cambiarias por concepto del canon correspondiente a los meses de enero a mayo de 2003 (f. 47 y 48, 52 y 53, c. 13), local sobre el cual también aparecen cancelados servicios públicos (f. 27, 28, 42, 60, c. 13).

74. Esta misma circunstancia se presenta con las demás erogaciones, que se hallan discriminadas en el cuadro de gastos y cuentan con los correspondientes soportes, tales como los de alimentación y gastos de representación (f. 5 y 6 y 122 a 200, c. 13); alquiler de equipos de cómputo, reparaciones y suministros (f. 9 y 10, c. 13 y f. 251 a 268, c. 14); telecomunicaciones (f. 10, c. 13 y f. 269 a 271, c. 14); mantenimiento campamentos (f. 12 a 14, c. 13 y f. 71 a 73, c. 15); papelería, encomiendas y envíos (f. 10 y 11, c. 13; f. 272 a 302, c. 14) y transportes de equipo, personal y peajes (f. 14 a 18, c. 13 y f. 60 a 156, c. 15).



75. También consta una certificación del revisor fiscal de ESGAMO LTDA. Ingenieros Constructores, en el sentido de que esa firma cumplió, durante la ejecución del Contrato 030 de 2002, entre agosto de 2002 y agosto de 2003, con los aportes a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y los parafiscales de sus empleados, así como sus prestaciones sociales, la cual viene acompañada de las nóminas de la administración de la obra, siendo la última de ellas la correspondiente al periodo del 16 al 30 de agosto de 2003, en la que sólo figura una persona en la nómina: el administrador (f. 157 a 200, c. 15 y 201 a 218, c. 16).

76. De acuerdo con lo anterior, no cabe duda de que, al haber sido prorrogado el contrato por un término superior al doble del inicialmente estipulado por las partes para la ejecución de las obras correspondientes a la construcción de la carrera 2, en el tramo comprendido entre la calle 2 sur y la carretera que conduce al sur del país frente a Surabastos, los gastos de administración a cargo del contratista se produjeron no sólo sobre los primeros 6 meses de ejecución, sino que se extendieron más allá de la fecha inicial de terminación, que era el 28 de febrero de 2003, por cuanto, por su misma naturaleza, ellos se van produciendo día a día, con la realización de la obra, la cual se extendió hasta el día en que fue suspendido indefinidamente el contrato, esto es, hasta el 12 de agosto de 2003.

77. Observa la Sala que, según el informe de gastos del contrato presentado por la contadora de la firma contratista, los correspondientes a la administración de la obra ascendieron, en total, a \$237'330.994.20, mientras que, según lo determinó el perito partiendo de la información del contrato, en éste se presupuestaron, para asumir tales costos indirectos, \$227'794.974,40 por el tiempo inicial, que era de 6 meses (\$37'965.829,07 mensuales). Esto significa que, en total y según los datos contables suministrados por la misma parte actora, durante toda la ejecución contractual sólo se presentaron unos egresos adicionales de administración por valor de \$9'536.018,80, que serían los que pretendió soportar mediante la documentación aportada al expediente.

78. Ahora bien, se observa que, en el presente caso, la mayor permanencia provino de la prórroga del plazo contractual por 7 meses, a partir del vencimiento del término inicial, que fue el 28 de febrero de 2003 -con un lapso de suspensión de 14 días en el interregno- y se prolongó hasta la fecha de la suspensión indefinida que se produjo el 12 de agosto de 2003, época para la cual ya se había ejecutado la mayor



parte de la obra, lo cual resulta coincidente con lo reportado contablemente por el contratista, pues los gastos de los que se da cuenta en el informe contable sólo abarcaron, precisamente, hasta el mes de agosto de 2003.

79. Esta última circunstancia, permite advertir que el contratista dio cumplimiento al deber de no propagación o mitigación del daño, al abstenerse de generar más gastos y sobrecostos una vez que se produjo la última suspensión, de índole indefinida²⁵, razón por la cual tampoco habría lugar a reconocer perjuicio alguno proveniente de la mayor permanencia suscitada a raíz de esa segunda suspensión, que se extendió hasta cuando fue clara la intención de la entidad de liquidar el contrato -16 de diciembre de 2003-, puesto que las pruebas son demostrativas de la inexistencia de tales sobrecostos en el mencionado periodo.

80. Por otra parte, en virtud de la razón por la cual se produjo la primera suspensión, que no fue sino de 14 días -la necesidad de suscribir la prórroga del contrato que ya se había acordado por las partes-, considera la Sala que no era dable para el contratista suspender los gastos y erogaciones de administración de la obra, como lo serían, por ejemplo, los contratos de arrendamiento celebrados, el sostenimiento del personal destinado a la ejecución del contrato, etc., que no había lugar a interrumpir.

81. En las anteriores condiciones, considera la Sala que hay lugar a conceder esta pretensión indemnizatoria, mediante el reconocimiento de los mayores costos que, por concepto de administración, acreditó el demandante haber asumido por valor de \$9'536.018,80, cifra que deberá ser actualizada a partir de la época del informe contable -noviembre de 2004, utilizando para ello la fórmula $VA = Vh \times \text{índice final}/\text{índice inicial}$:

²⁵ Como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Subsección: “(...) para determinar los perjuicios por los cuales debe responder el deudor, ha de tenerse en cuenta también que, en aplicación del principio de buena fe objetiva que permea la actividad comercial e impone a las partes actuar con lealtad frente a la otra, así como del deber de colaboración que asumen los contratistas del Estado para lograr los cometidos de la contratación pública, es obligación de aquella a la que se le ha causado un daño adoptar, cuando le sea posible, las medidas razonables para evitar o mitigar su agravación, asimismo, evitar acciones que puedan empeorar el daño inicialmente causado, en la medida que una actitud pasiva tendiente a esperar que se incrementen los daños, o una activa que irresponsable y despreocupadamente conlleve a ese mismo efecto, constituyen comportamientos que agravan de manera directa ese principio –que emerge como pilar fundamental de las relaciones comerciales– y, por tanto, no puede ser protegida por el ordenamiento jurídico”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de noviembre de 2022, expediente 57185, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.



$$VA = 9'536.018,80 \times \frac{135,39}{55,82}$$

$$VA = 23'129.372,72$$

82. En consecuencia, el Municipio de Neiva deberá pagar a favor del demandante la suma de \$23'129.372,72, por concepto de sobrecostos derivados de la mayor permanencia en la obra, de conformidad con lo expuesto en los anteriores párrafos.

Terraplenes

83. Otra reclamación elevada por la parte actora en la demanda y que reiteró en el recurso de apelación, es la consistente en el sobrecosto que debió asumir por concepto de i) el material de Terraplén para los volúmenes ejecutados en los Ítems de obra No. 3 *“terraplenes en material seleccionado”*, No. 18 *“terraplenes en material seleccionado (andenes)”* y No. 19 *“terraplenes en material seleccionado (separador)”*, para un valor actualizado a julio de 2005 de \$330.089.063.44 y ii) El mayor valor ocasionado por el transporte de material para la construcción de terraplenes del separador central, ítem No. 27 *“terraplenes con material sin clasificar (separador)”*, para un valor actualizado a julio de 2005 de \$103.420.434.54.

84. El demandante alegó que, a pesar de su insistencia en la reclamación ante la entidad, esta se negó a pactar un nuevo ítem correspondiente al material para terraplén, a pesar de que debió acceder a ello, toda vez que en el pliego de condiciones de la licitación no se anunció que los proponentes debían incluir en sus propuestas el suministro de dicho material, ya que el mismo provendría de los cortes que se efectuaran en la misma obra; y que fue por esta razón, que ESGAMO LTDA. en la estimación de los precios unitarios de los ítems 3, 18 y 19 en su oferta, no incluyó ese suministro. Pero que, ya en la ejecución del contrato, el interventor consideró que el material de la obra no reunía los requisitos exigidos para la construcción de terraplenes, por lo que el contratista tuvo que acudir a otras fuentes de materiales y asumir su costo, que ahora reclama.

85. El *a-quo* denegó esta pretensión porque, según consta en el plenario, el interventor no aprobó esos mayores costos por cuanto hacían parte de lo pactado en el contrato, y el valor de la oferta, según el pliego de condiciones, fue a todo



costo. De tal manera que si fue necesaria la utilización de materiales que cumplieran con las especificaciones técnicas, debía el contratista asumir su valor.

86. En el recurso de apelación, la parte actora solicitó que se revisara nuevamente y se accediera a la pretensión de la declaratoria de la ruptura de la ecuación económica del contrato debido a la modificación de las condiciones de los estudios y diseños, lo que originó que las actividades de los ítems 3, 18 y 19, que debían ser ejecutadas con material producto de los cortes de la obra, debieran ser realizadas finalmente con material traído de otra fuente, por lo que el contratista incurrió en costos no previstos ni considerados en su oferta, provenientes de la adquisición de dichos materiales y en relación con el ítem 27, “*terraplenes con material sin clasificar (separador)*”, que fue acordado en el comité de obra No. 7, por el transporte del material al sitio de las obras, pues la interventoría consideró que ese transporte estaba incluido dentro del ítem de pago de excavaciones, pero este no era aplicable porque la distancia de acarreo resultó superior a la contemplada en sus especificaciones como acarreo libre.

Consideraciones de la Sala:

87. En el plenario está acreditado que la propuesta presentada por la parte actora en la licitación, sí incluyó en los precios unitarios de terraplenes un valor correspondiente a los materiales y no incluyó el de transporte de los mismos. Así, en relación con los ítems de Terraplén, se observa que, en el cuadro Anexo 6, Formato de Información Económica, INFORMACIÓN PRECIO POR ÍTEM, ESGAMO LTDA. ofreció los siguientes precios, incluido el AIU del 25% (f. 482, c. 12 y f. 76 de la propuesta anexa):

ITEM	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	PRECIO UNITARIO	PRECIO TOTAL
3	Terraplenes en material seleccionado	16.100	\$10.742,50	\$172'954.250
17	Terraplenes en material seleccionado (andenes)	7.150	\$10.742,50	\$76'808.875
18	Terraplenes en material seleccionado (separador)	33.800	\$5.257,50	\$177'703.500

88. En el capítulo de Análisis de Precios Unitarios, se consignó (f. 149, 164 y 165, Anexo propuesta):

ITEM: *Terraplenes en material Seleccionado*
Unidad: *m3*



I- EQUIPO

DESCRIPCIÓN	UND	REN D.	TARIFA	V/UNITARI O	V/PARCIA L
Carrotanque	1	80,00	\$25.000,0 0	\$312,50	\$312,50
Vibrocompactador	1	35,00	\$35.000,0 0	\$1.000,00	\$1.000,00
Motoniveladora	1	35,00	\$40.000,0 0	\$1.142,86	\$1.142,86
Herramientas menores	Global			\$100,00	\$100,00
SUBTOTAL					\$2.555,36

II- MATERIALES

DESCRIPCION	UND	CANT	DESP.	V/UNITARI O	V/PARCIA L
Material seleccionado	M3	0,4	1,05	\$13.000,00	\$5.460,00
SUBTOTAL					\$5.460,00

III- TRANSPORTE

DESCRIPCIO N	Vol-peso	DIS TAN	M3 o TON	TARIF A	V/PARCIA L
SUBTOTAL					

IV- MANO DE OBRA

DESCRIPCIÓN	JORNAL	PRES T.	T/JORNA L	RENDIM.	V/PARCIA L
Ayudantes (2)	\$12.000,0 0	93,00 %	\$46.320,0 0	140,00	\$330,86
Oficial (1)	\$18.000,0 0	93,00 %	\$34.740,0 0	140,00	\$248,14
SUBTOTAL					\$579,00

TOTAL COSTO DIRECTO

\$8.594,36



AJUSTE AL PESO - \$0,36
 COSTO DIRECTO TOTAL **\$8.594,00**

ITEM: Terraplenes en material Seleccionado (andenes)
Unidad: m3

I- EQUIPO

DESCRIPCIÓN	UND	REN D.	TARIFA	V/UNITARI O	V/PARCIA L
Carrotanque	1	80,00	\$25.000,0 0	\$312,50	\$312,50
Vibrocompactador	1	35,00	\$35.000,0 0	\$1.000,00	\$1.000,00
Motoniveladora	1	35,00	\$40.000,0 0	\$1.142,86	\$1.142,86
Herramientas menores	Global			\$100,00	\$100,00
SUBTOTAL					\$2.555,36

II- MATERIALES

DESCRIPCIÓN	UND	CANT	DESP.	V/UNITARI O	V/PARCIA L
Material seleccionado	M3	0,4	1,05	\$13.000,00	\$5.460,00
SUBTOTAL					\$5.460,00

III- TRANSPORTE

DESCRIPCIÓN	Vol- peso	DISTA N	M3 o TON	TARIF A	V/PARCIA L
SUBTOTAL					



IV- MANO DE OBRA

DESCRIPCIÓN	JORNAL	PRES T.	T/JORNA L	RENDIM.	V/PARCIA L
Ayudantes (2)	\$12.000,0 0	93,00 %	\$46.320,0 0	140,00	\$330,86
Oficial (1)	\$18.000,0 0	93,00 %	\$34.740,0 0	140,00	\$248,14
SUBTOTAL					\$579,00

TOTAL COSTO DIRECTO	\$8.594,36
AJUSTE AL PESO	-\$0,36
COSTO DIRECTO TOTAL	\$8.594,00

ITEM: Terraplenes en material Seleccionado (separador)
Unidad: m3

I- EQUIPO

DESCRIPCIÓN	UND	REN D.	TARIFA	V/UNITARI O	V/PARCIA L
Carrotanque	1	80,00	\$25.000,0 0	\$312,50	\$312,50
Vibrocompactador	1	40,00	\$35.000,0 0	\$875,00	\$875,00
Motoniveladora	1	40,00	\$40.000,0 0	\$1.000,00	\$1.000,00
Herramientas menores	Global			\$100,00	\$100,00
SUBTOTAL					\$2.287,50

II- MATERIALES

DESCRIPCION	UND	CANT	DESP.	V/UNITARI O	V/PARCIA L
Material seleccionado	M3	0,1	1,03	\$13.000,00	\$1.339,00
SUBTOTAL					\$1.339,00



III- TRANSPORTE

DESCRIPCIO N	Vol-peso	DISTA N	M3 o TON	TARIFA	V/PARCIAL
SUBTOTAL					

IV- MANO DE OBRA

DESCRIPCION	JORNAL	PRES T.	T/JORNA L	RENDIM.	V/PARCIA L
Ayudantes (2)	\$12.000,0 0	93,00 %	\$46.320,0 0	140,00	\$330,86
Oficial (1)	\$18.000,0 0	93,00 %	\$34.740,0 0	140,00	\$248,14
SUBTOTAL					\$579,00

TOTAL COSTO DIRECTO	\$4.205,50
AJUSTE AL PESO	-\$0,50
COSTO DIRECTO TOTAL	\$4.206,00

89. También está acreditado que el material de corte proveniente de la misma obra no reunía los requisitos técnicos para ser utilizado en la construcción de terraplenes, razón por la cual la Interventoría no los aceptó y previno al contratista sobre la necesidad de emplear material que cumpliera con los requerimientos técnicos. Igualmente, que a pesar de haberse discutido la posibilidad de pactar un nuevo precio unitario para el suministro de material de terraplén, el interventor finalmente no lo autorizó ni la entidad lo aceptó, por considerar que ese costo hacía parte de la propuesta presentada por el contratista y, por lo tanto, él tenía que asumirlo. Al respecto, se observa:

89.1. Mediante oficio EGM-033-02 del 2 de octubre de 2002, el contratista informó al interventor que el préstamo del K 1+600 era el que aparecía en los estudios del proyecto -Contrato 030 de 2002- como material de terraplén, pero que "(...) con los resultados arrojados por los ensayos de laboratorio de suelos, llegamos a que tenemos que mezclar cuatro partes del material granular por una parte de material arenoso para cumplir con las especificaciones referentes a material para Terraplén".



Explicó que el material más escaso en el mencionado préstamo era el granular, por lo que estaban cerca de agotarlo como fuente de materiales, y por ello le solicitó precisar la alternativa para remediar esa situación, teniendo en cuenta que toda fuente de materiales debía estar legalizada por las autoridades ambientales. Así mismo, en una parte de la obra (entre el K1+800 y K2+600 calzada izquierda) el material de excavación (K1+800-K2+310) presentaba un índice de plasticidad $ip=14,4\%$, lo que obligaba a adicionarle arena para bajar su plasticidad y así utilizarlo para Terraplén. Y que, de no ser así, le solicitaba a la interventoría indicarle cómo disponer del material de excavación, advirtiendo que “[l]as situaciones anteriormente planteadas cambian las condiciones contractuales si es que a las fuentes de materiales hay que darles un tratamiento especial o que haya que buscar un aditivo para dar cumplimiento a las especificaciones” (f. 97, c. 2).

89.2. En respuesta a la anterior comunicación, la Interventoría²⁶, en oficio del 3 de octubre de 2002 manifestó que, según los estudios geotécnicos del proyecto, que

²⁶ Llama la atención el hecho de que, en su testimonio ante el *a-quo*, el ingeniero Barrero Arciniegas, que actuó como interventor del contrato (f. 359, c. 3), asumió un criterio diverso, pues manifestó que habría que reconocerle al contratista los sobre costos generados por la adquisición de material para la construcción de los terraplenes: “[o]tra parte que la interventoría encontró falencias en el diseño geotécnico fue que se habían escogido materiales provenientes de la misma excavación para ser utilizados en la misma obra y construcción de terraplenes con material clasificado. Estos materiales que se obtuvieron de los cortes no se pudieron utilizar para los rellenos de material clasificado, porque no cumplían las especificaciones normales para construcción de vías (...)”. Se le pidió al testigo “(...) señalar si dentro de las actividades contratadas, se encontraba el ítem suministro y transporte de material de préstamo para construir rellenos en terraplén con material seleccionado. CONTESTÓ: No señor, ese ítem no estaba contemplado en el contrato. PREGUNTADO: De acuerdo con la respuesta anterior, sírvase manifestar, si el contratista suministró y transportó material de préstamo para construir los rellenos en terraplén para la obra objeto del contrato que es materia del proceso. CONTESTO: Si me consta que el contratista dentro del desarrollo del contrato suministró y transportó los materiales para rellenos de terraplenes. PREGUNTADO: Sírvase manifestar en qué documento del contrato consta las cantidades de material de préstamo utilizado por el contratista para los rellenos de terraplén en material seleccionado. CONTESTO: La interventoría responde que estas cantidades están expresadas en la propuesta presentada por el contratista en la licitación respectiva. PREGUNTADO: Sírvase aclarar en qué documento de la interventoría y del contratista consta las cantidades de material de préstamo suministrado y transportado por el contratista para verificar las mismas. CONTESTO: En el cuadro de la propuesta del contratista pienso que no debe estar explícitamente las cantidades de materiales para terraplenes porque esos materiales se ordenaron suministrarlos en el término de la ejecución de la obra. Preguntó por qué el contratista no tuvo en cuenta dentro de su propuesta el suministro y transporte de esos materiales para terraplén? Sencillamente porque el Municipio de Neiva dentro de los pliegos de licitación pretendía que ese material para relleno de terraplenes se hiciera con material de cortes de la misma vía. La interventoría rechazó esos materiales, es decir, que no se podía utilizar porque no cumplían con las especificaciones técnicas para terraplenes. En vista que esos materiales no sirvieron al contratista se le ordenó traer, suministrar y transportar materiales que cumplieran especificaciones para rellenos de terraplenes. Este cambio lo conoció la administración municipal en varios comités de obra, pero nunca concretó quién ni cuando se iba a pagar esos volúmenes de material que no quedaron contemplados en la propuesta inicial. En las actas de recibo parciales se puede verificar las cantidades que el contratista suministró y transportó”. Y más adelante, sostuvo que si bien por regla general en esta clase de contratos se establece que el contratista tiene que suministrar todos los materiales, equipos y mano de obra que se requieran, en el presente caso, en el pliego de condiciones se estableció que los terraplenes se ejecutarían con material proveniente de la misma excavación; pero como no fue aceptado por no cumplir con las especificaciones, se debió buscar un



formaban parte del pliego de condiciones, se analizó el material de préstamo en el sector indicado por el contratista y los materiales de la subrasante en varios puntos o abscisas, los cuales al ser explotados o cortados podían utilizarse en la construcción del ítem de Terraplenes. Pero que, en el análisis de laboratorio de suelos, se determinó un índice de plasticidad por fuera de los límites especificados para dicho parámetro según la Norma INV 96 ARTÍCULO 220 TERRAPLENES y según las especificaciones particulares del pliego de condiciones, TERRAPLENES PG. 105 y 106, por lo que no se podía aceptar su aplicación directa o utilización en su estado natural, lo cual era de conocimiento del contratista al proponer y contratar.

89.3. Así mismo, que le correspondía al contratista y no a la interventoría presentar alternativas acerca de la utilización de materiales en desarrollo de los diversos ítems y poner a consideración de la interventoría las fórmulas de trabajo que se requirieran para construir dentro de las normas y especificaciones. En relación con los Terraplenes, manifestó que la interventoría no había objetado el uso de los materiales provenientes de los cortes o préstamos laterales dentro del sector de la obra como parte final de aplicación, debiendo cumplir en un todo con la norma y especificación establecida. Como no fue así, el contratista, si deseaba utilizarlo, debía mezclarlo con otros materiales que permitieran subsanar la deficiencia detectada, lo que era de su conocimiento desde antes de contratar; y que los materiales que requiriera podían provenir de los mismos cortes o de préstamos laterales o de otras fuentes autorizadas dentro o fuera de la zona de la obra, y bien podría el contratista adquirir el suministro del material de un proveedor, siempre que llenara los requisitos de calidad. Que ni en su propuesta ni en el pliego de condiciones se dijo que el contratista iría a utilizar únicamente material proveniente de cortes o de fuente determinada y, por el contrario, en las especificaciones para Terraplenes con material seleccionado se estableció que todos los materiales que se emplearan en su construcción debían provenir de las excavaciones de la explanación, de préstamos laterales o de fuentes aprobadas. Por lo anterior, la interventoría consideraba que el contratista debía emplear el material necesario que

material adecuado para suplir la deficiencia del estudio de suelos, concluyendo que *“El hecho que el contratista tenga que suministrar, así haya una cláusula, todos los equipos y mano de obra se entiende de hecho que tienen que reconocerse y pagarse (...) lo que sí hay que dejar claro, lo que no quedó contemplado en el contrato inicial el contratante está obligado a reconocerle al contratista las obras ejecutadas que no fueron contempladas en el contrato”*. Sobre el mismo tema de los inconvenientes por el material de corte para los terraplenes, el testigo Alvaro Domínguez, administrador de la obra desde febrero de 2003, declaró (f. 365, c. 3): *“(...) lo que puedo decir al respecto y como conocedor del equipo que se encontraba en la obra, es que nos tocaba transportar en las volquetas de la empresa el material de otra zona para esa parte de la obra. Recuerdo que era cerca del kilómetro tres, cerca al Municipio de Rivera. El material transportado era para relleno”*.



cumpliera con las especificaciones exigidas, pudiendo provenir de otras fuentes dentro o fuera del sector de obra, “(...) *sin que por ello se deba reconocer o pagar un sobreprecio o valor adicional, puesto que forma como un todo parte de la propuesta sin discriminar su procedencia*” (f. 149, c. 2)²⁷.

90. También consta que el tema de los materiales para terraplén fue tratado en varios comités de obra y que el contratista solicitó que se fijara un nuevo precio unitario para el suministro de material en esos ítems, que finalmente no fue aprobado:

90.1. En el Acta de Comité de Obra No. 003 del 4 de octubre de 2002, con asistencia de representantes del contratista y la interventoría únicamente, entre otros asuntos, se consignó (f. 163, c. 2; f. 259, c. 3; f. 273, c. 11):

El contratista manifiesta su preocupación en el uso del material de corte en terraplenes a utilizar en la vía y el separador, comenta que su interés es la colocación de material que cumpla con las especificaciones estipuladas en el pliego de condiciones sin embargo señala que en estas, no se encuentra pactado un precio para el acarreo de material mayor a 50 metros.

²⁷ En similares términos, se dirigió la interventoría SOTA LTDA. al director de la Secretaría de Infraestructura, Tránsito y Transporte del municipio de Neiva en oficio del 13 de febrero de 2003, sobre su concepto en torno a la inconveniencia de la aprobación de nuevos precios de ítems que ya formaban parte del contrato “(...) *y que por diversos motivos en los correspondientes análisis unitarios el contratista incurrió en error u omisión*”. Sostuvo que el precio unitario propuesto por el contratista no podía ser aprobado por ser contrario a los intereses de la entidad, ya que con él se estaban corrigiendo errores de la propuesta ganadora en sus análisis unitarios y los precios básicos ofertados sirvieron para determinar el valor de la oferta que fue seleccionada. Explicó, con fundamento en las normas del pliego de condiciones y las especificaciones técnicas, en qué consistía el ítem de Terraplenes, que se mediría por metro cúbico completo de material compactado aceptado por la interventoría en su posición final; y en cuanto a la forma de pago, el pliego estableció que se haría al precio unitario del contrato, por toda obra ejecutada satisfactoriamente de acuerdo con las especificaciones dadas y la aceptación del interventor; y que el precio debía cubrir todos los costos relacionados con la correcta construcción de los Terraplenes, de acuerdo con las especificaciones, los planos y las instrucciones del interventor, lo que a su juicio, “(...) *establece claramente que el ítem de terraplén con material seleccionado es a todo costo elaborado con material seleccionado que debe cumplir unas normas de calidad, que se entregará debidamente compactado, medido por M³ en su disposición final y no como pretende establecer por su parte el contratista al decir que dicho ítem no contempla el material y por ello no lo incluyó en el análisis unitario sino en un porcentaje de compactación lo cual la Interventoría con certeza y claridad no comparte ni aprueba*”. Adujo que, en el pliego de condiciones, específicamente se indicó que el proponente debía indicar los precios unitarios y totales de las obras y que serían de su responsabilidad exclusiva los errores u omisiones en los que incurriera al indicarlos, debiendo asumir los mayores costos o pérdidas que se derivaran de los mismos. Y que el valor expresado para cada ítem debía reflejar la totalidad de las características solicitadas en las especificaciones técnicas, concluyendo que, “[c]on lo anterior se aclara también que el **PRECIO UNITARIO** del ítem terraplén con material seleccionado igual que en los demás ítems del contrato, refleja la totalidad de los componentes del ítem necesarios para su construcción y entrega final con la calidad necesaria estén o no incluidos dichos componentes o partes del ítem dentro del análisis del precio unitario anexo en la propuesta del contrato”, por lo que ratificó su no aprobación con relación al nuevo precio del ítem de construcción de terraplén con material seleccionado, por cuanto el mismo aparece dentro del contrato (f. 153, c. 2).



A nivel de sugerencia el contratista plantea se revise la posibilidad de utilización del material de corte en el separador de manera que se evite el aumento en el precio por transporte de material, transporte a botaderos y corte o explotación del material ya que no se tiene contemplado en las especificaciones del proyecto el suministro de materiales.

Ante la negativa de la interventoría el Municipio plantea la creación de un nuevo ítem donde se especifique el nuevo nombre y valor que puede denominarse como Relleno con material de Excavación para los tramos de Separador que no contemplan la estructura de la cicloruta.

90.2. Y se estableció como compromiso a cargo del contratista la presentación de los análisis unitarios de los precios de Terraplén con material de Excavación y Sardinel E-10.

90.3. En el Acta de Comité de Obra No. 005 del 22 de noviembre de 2002, el contratista observó: *“Suministro de material para Terraplenes ítem con especificación particular dentro de los pliegos de la licitación la cual no contempla el suministro y acarreo de materiales, solicita conocer el concepto al respecto ya que se han venido haciendo acarreos de material los cuales no están considerados dentro del presupuesto de la obra ni dentro de las actividades que se deben hacer como acarreo a Botadero, este no ha sido reconocido y cuantificado a distancias mayores de 50 metros”*. Agregando otro punto, consistente en *“(…) el suministro de material para terraplenes para lo cual el contratista manifiesta que hará solicitud formal solicitando se tengan en cuenta los puntos mencionados, la interventoría anota que ha sido clara en que el contratista presente peticiones por escrito”* (f. 268, c. 11).

90.4. El 25 de noviembre de 2002, el contratista presentó derecho de petición al alcalde municipal de Neiva, en el cual le solicitó que se autorizara, aprobara y ordenara la modificación y compensación del ítem *“Terraplenes en material seleccionado”* y se adicionara el ítem *“Suministro de Material Seleccionado”*, cuyo valor contractual había sido pactado en \$ 13.000, según su oferta, para lo cual procedió a explicar las especificaciones del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 006-2001 referidas a terraplenes y que, en su entender, no incluían el suministro de material seleccionado, por lo que lo ofrecido por el contratista en su oferta, en el análisis de precios unitarios, correspondió únicamente al porcentaje de compactación. Y que, siendo necesario ese ítem para la ejecución de los trabajos, e implicar un costo no contemplado en el contrato, debía ser autorizado por la



interventoría y aprobado por el municipio, para incluirlo en las actas de recibo para su inmediato pago²⁸ (f. 100, c. 2).

90.5. En el Acta de Comité de Obra No. 006 del 29 de noviembre de 2002, se consignó que la entidad contratante le solicitó al contratista que presentara ajuste al ítem de terraplén objeto de la petición por escrito, para estudio de la Interventoría. Y agregó que *“Se requiere que el contratista ajuste al ítem que se está manejando en el contrato lo que se está haciendo y se presente un nuevo ítem no previsto independiente e incluirlo en las actas”*. A su turno, la interventoría *“solicita al contratista se tenga en cuenta para el nuevo ítem solo las actividades de corte y cargue de material de terraplén para aprobación de un precio no previsto para proceder a hacer ajuste al ítem actual en el acta de modificación”* (f. 171, c. 2; f. 265, c. 11).

²⁸ En el Acta de Comité de Obra No. 007 del 6 de diciembre de 2002, con participación de representantes de las partes y de la interventoría, la entidad pidió que se explicara la petición que había elevado el contratista sobre la fijación de un precio unitario, manifestando que las partes debían ponerse de acuerdo sobre la cantidad del material para terraplenes que se producía en la obra y cuánto debía suministrar y en qué porcentaje (0.6, 0.5 o 0.9%) para mejorar las condiciones del material existente y así hacer un ajuste al ítem sobre la cantidad de más. El contratista mencionó que *“esta solicitud obedece a que la consecución de material seleccionado se puso crítica ya que el material proveniente de los cortes no cumple con las especificaciones para ser utilizado como material seleccionado, para el contratista fue una sorpresa ya que los volúmenes de corte estaban compensados con los volúmenes de terraplén y estaba establecido que lo que se cortaba iba a servir para rellenar y no había la necesidad de suministro de material. En base a este criterio lo que se hizo dentro del ítem fue considerar un porcentaje de compactación del material ya que no se consideraba el suministro”*. Agregó que *“Con excepción de la Sub-base que se levantó y utilizó para terraplenes todo el material de terraplén con material seleccionado ha sido colocado con material de explotación de la cantera K1+600 donde se ha excavado, mezclado y preparado de tal manera que cumpla con las especificaciones y el material que ha salido de los cortes, de acuerdo a comité de obra, se ha utilizado para los separadores; este tampoco va a alcanzar”*. A continuación dio cuenta de la necesidad de utilizar material distinto al de las excavaciones para cumplir con las especificaciones: *“El contratista solicita en razón al cambio en el criterio que se había constituido en el contrato de utilizar el material de excavaciones para terraplenes en la vía, llegar a construirlo físicamente donde la idea es con la ayuda de laboratorio observar qué porcentaje real de densidades es necesario por cancelar para llegar a un acuerdo”*, y reclamó la explotación y transporte, es decir el suministro de material de las fuentes donde fuera necesario traerlo para cumplir con las especificaciones, pero la interventoría no estaba de acuerdo con el sobreprecio en el ítem: *“Se crea en comité de obra ante la no existencia de un ítem con material proveniente de los cortes de terraplén con material sin clasificar separador con material proveniente de los cortes, canales y préstamos, se hace el análisis unitario y este se aprueba en comité. El contratista solicita se determine por laboratorio la cantidad de material faltante, la interventoría señala que esto generaría un sobreprecio en el ítem el cual no está de acuerdo en cancelar comparando el valor del ítem corregido con el valor del ítem de Sub-base. El contratante pregunta si hasta el momento de los 2000 m³ de terraplén facturados se ha colocado material de corte, la interventoría responde que solo 600 m³ de la sub-base existente en la vía han sido colocados como material seleccionado. El contratante plantea repartir esos 600 m³ a lo largo de la vía y realizar un ítem donde suba el porcentaje de 0,4 a 0,8 o 0,9 (...)”*. Sin embargo, en el capítulo de “Compromisos”, en el que se relacionan los asumidos por cada uno de los participantes en el comité, sólo se consignó a cargo de la entidad contratante la *“presentación del diseño de cicloruta para urbana”*, pero se anotó: por parte de la interventoría: ninguno; y por parte del contratista: ninguno (f. 174, c. 2; f. 261, c. 11).



90.6. En el Acta de Comité de Obra No. 008 del 13 de diciembre de 2002, en el que participaron representantes de la entidad contratante, del contratista y de la interventoría, se consignó, luego de la lectura del acta del Comité Técnico de Obra No. 007, que *“El contratante pregunta a la interventoría si se ha revisado el precio de terraplén en material seleccionado la interventoría responde que se observará un precio teniendo en cuenta la fecha en que el contratista realizó la oferta (Marzo 2002) para dar los ajustes al precio. El contratista menciona que en el acta de comité No. 007 se acordó cuantificar la parte correspondiente de material faltante mediante el estudio del valor del porcentaje de compactación de material, la interventoría comunica al contratista que esta actividad se ha visto atrasada debido a la atención en la colocación de la mezcla asfáltica, y plantea para la próxima semana definir un valor del porcentaje de densidades para las cantidades de material previstas”* (f. 178, c. 2; f. 262, c. 3; f. 258, c. 11).

90.7. Mediante comunicación del 27 de diciembre de 2002, el contratista le envió a la Interventoría, para efectos de nivelar el desequilibrio económico que tenía en ese momento el contrato, el análisis de precio unitario correspondiente al ítem *“Transporte de materiales provenientes de la excavación de la explanación y préstamo con destino a la construcción de terraplenes”*, toda vez que la especificación particular C-5 para la construcción de terraplenes del contrato, en el numeral 5.8 ítem de pago, no contemplaba que el precio unitario debiera incluir el transporte de los materiales utilizados para su construcción, y éstos, para la construcción de los terraplenes para la conformación del separador central, implicaban que el material faltante sería producto también de la explotación de préstamos, actividad que contemplaba un acarreo libre de 50 m. dentro del precio de la excavación (f. 105, c. 2, f. 247 y 248, c. 4). En dicho análisis de precio unitario, consta:

ITEM: Transporte de materiales provenientes de la excavación de la explanación y préstamo con destino a la construcción de terraplenes.

UNIDAD: M³

TRANSPORTE:

DESCRIPCION	VOL-PESO	DISTAN-(KM)	M3	V/UNITARIO	V/PARCIAL
VOLQUETA DOBLE TROQUE	1,3	3	1	320	\$1.248,00
				SUB TOTAL	\$1.248,00
COSTO DIRECTO TOTAL					\$1.248,00



90.8. El 27 de enero de 2003, el Alcalde Municipal de Neiva recibió el Memorando de Advertencia M.A. 003 de 2003 de la Contraloría Municipal, en el que se observó, entre otras cosas (f. 215, c. 4):

Frente a los errores aritméticos en los precios unitarios, principalmente en los ítems: 3. Terraplenes en material seleccionado, 17. Terraplén en material seleccionado (andenes) e ítem 18 Terraplén en material seleccionado. En los pliegos de condiciones en el numeral 12 Precio de la oferta, "El proponente indicará en el formulario las cantidades y precios correspondiente.....sin perjuicio de la facultad del municipio de Neiva. Será de responsabilidad exclusiva de los proponentes los errores y omisiones en que incurra al indicar los precios unitarios y/o totales de la oferta, debiendo asumir los mayores costos o pérdidas que se deriven de dichos errores u omisiones".

En el mismo numeral ".... Dichos precios unitarios servirán al proponente como elemento para determinar el valor de su oferta, más no se considera documento de la misma y el valor expresado para cada ítem deberá reflejar la totalidad de las características solicitadas en las especificaciones técnicas".

La no observancia de lo anteriormente descrito y que está debidamente estipulado en los pliegos de condiciones, puede generar incremento en la oferta económica en más de un 10%, lo que conllevaría a posible detrimento fiscal.

90.9. El 6 de febrero de 2003, el interventor envió comunicación al secretario de Infraestructura, Tránsito y Transporte en el que le reiteró la solicitud de dar respuesta a la petición presentada el 25 de noviembre de 2002 por el contratista ESGAMO LTDA., "(...) teniendo en cuenta lo determinado tanto por la Interventoría como la Administración Municipal y expuesto en el Comité de Obra No. 10 de fecha 24 de enero de 2003 donde se le comunicó al contratista la no aceptación de la pretensión tanto de aprobación de un nuevo ítem de Terraplén en Material Seleccionado que ya existe, así como el reconocimiento por separado de Transporte de Material para Terraplenes, teniendo en cuenta lo especificado en los Pliegos de Condiciones y la recomendación que hiciera la Contraloría Municipal" (f. 183, c. 6).

90.10. El 17 de febrero de 2003, el contratista envió comunicación al interventor, en la cual le informó que los cortes entre chaflanes del proyecto se habían terminado en esa fecha y se hacía necesaria la continuación de la construcción de los terraplenes en material sin clasificar para el separador central, por lo que le pedía indicación sobre el sitio del cual se iba a obtener el material de préstamo necesario para ello, y que la forma de pago incluyera el suministro y el transporte, advirtiendo que no continuaría la construcción del referido ítem hasta que le fuera definida esta petición, pues ello conllevaría a un rompimiento del equilibrio económico del contrato (f. 124, c. 2).



90.11. El 19 de febrero de 2003, el Interventor envió comunicación al director de la Secretaría de Infraestructura, Tránsito y Transporte en el que, entre otras cosas, le aclaró que el 17 de enero de 2003 ESGAMO LTDA. presentó un análisis de precio unitario para el ítem Terraplenes en material seleccionado para calzada incluido el transporte, sobre el cual la interventoría, en reunión del Comité de Obra No. 11 del 24 de enero de 2003, considerando que ese ítem ya existía y formaba parte del contrato en curso, se abstuvo de aprobarlo (f. 220, c. 8)²⁹.

90.12. En la misma fecha 19 de febrero de 2003, el interventor envió oficio al contratista en el que le reiteró que los ítems del contrato para Terraplenes seleccionados contemplan el suministro, transporte, procesamiento y construcción por metro cúbico compacto recibido a satisfacción conforme a las normas y especificaciones; que para el caso de los separadores, podían continuar construyéndose con material sin clasificar o seleccionados que se procesaran con materiales tomados de los stocks de cortes y excavaciones, préstamos laterales y otras fuentes que fueran aprobadas por la interventoría, y que ésta “(...) *no puede intervenir en la modificación o acomodo de nuevos elementos que por error u omisión no forman parte de análisis de precios unitarios de los mismos ítems del contrato, así los precios contractuales de los mismos no estén acordes a las expectativas económicas que aducen los contratistas para citarlo como desequilibrio económico*” (f. 232, c. 8).

90.13. En el Acta de Comité de Obra No. 13 del 21 de febrero de 2003³⁰, en asuntos a tratar, se consignó (f. 181, c. 2; f. 269, c. 3; f. 256, c. 11):

2.1. La administración solicita al contratista que las peticiones y/o solicitudes escritas o verbales deben ceñirse a las especificaciones establecidas en los pliegos de condiciones del contrato, se lee en la página 105 de las especificaciones M3- Terraplenes numeral 3.1 Requisitos de los materiales, para la administración es claro que el material de terraplenes debe ser suministrado por el contratista.

El contratista señala que en estas especificaciones, se indican como se deben realizar los trabajos pero no habla del suministro como sí lo hacen las especificaciones de Subbase y Base.

²⁹ Obra en el plenario el oficio del 17 de enero de 2003, mediante el cual el contratista ESGAMO LTDA., entre otras cosas, presenta “(...) el ítem de ‘Terraplenes en material seleccionado para calzadas-incluye suministro y transporte’ con la modificación solicitada en el acta No. 010 del día de hoy” (f. 224, c. 8).

³⁰ Esta acta no aparece firmada por quienes figuran como asistentes a dicho comité, pero no fue desconocida ni tachada por la parte demandada, quien aportó la copia visible en el cuaderno 11.



2.2. La administración pregunta si las especificaciones del contrato son diferentes a las especificaciones del INVIAS-96 las cuales también deben cumplirse.

La interventoría lee las especificaciones del INVIAS las cuales coinciden con las particulares del proyecto en la providencia de los materiales pero no hablan del suministro.

2.3. La interventoría considera que el contratista cometió un error u omisión y que por esto no puede entrar a mediar o participar en el error y que esta solicitud debe hacerse en otra instancia ante el Municipio. No se puede a través de la estancia (sic) de la interventoría aprobar los ítem.

Para la administración está claro que no puede hacerse a través de la interventoría y el comité este tipo de reclamaciones.

91. Ahora bien, la parte actora insistió a lo largo de sus intervenciones en que, en el pliego de condiciones y en las especificaciones no se estableció la obligación de los proponentes de ofrecer el suministro de materiales con su respectivo precio unitario para la construcción de terraplenes, ya que se utilizarían, como allí mismo se dijo, los materiales obtenidos de los propios cortes de la obra y que, por esta razón, él no los ofreció; y al ser necesaria la utilización de otros materiales provenientes de una fuente diversa, su costo debía ser asumido por la entidad. Al respecto, obran en el expediente los siguientes elementos de prueba:

91.1. Informe Final 996-IP-N-01-05, Revisión 2, de la Actualización de Diseños de la Avenida a Surabastos Carrera 2ª en la ciudad de Neiva, realizado por la firma DIS Ltda. Ingenieros Consultores en enero de 2002 para la Alcaldía de Neiva³¹, en el cual se consignó que, dentro de sus objetivos, se encontraban los de i) determinar las características y resistencia de la sub-rasante y de los materiales usados para hacer los terraplenes y la sub-base y ii) actualizar el estudio de las fuentes de materiales. Es claro entonces, que este informe hacía parte de los estudios previos que debía llevar a cabo la entidad antes de abrir la licitación pública, es decir que fue uno de los insumos que le sirvieron para estructurar el proceso de selección para la construcción de la obra pública proyectada y para la elaboración del respectivo pliego de condiciones.

³¹ En dicho informe se incluyeron los capítulos de 1. Introducción, 2. Objetivos de la actualización de los diseños, 3. Diseño geométrico, 4. Estudio de tránsito, 5. Geotecnia para el diseño de pavimento, 6. Manejo hidráulico, 7. Cantidades de obra y 8. Parámetros de diseño. Información contenida en CD obrante en f. 34, c. 2.



91.1.1. En dicho informe, en el capítulo del estudio geotécnico para el diseño de pavimentos, se describieron las actividades realizadas tanto en campo como en laboratorio y se incluyeron los resultados y conclusiones de los estudios e investigaciones de suelos efectuados para el diseño del pavimento de la vía a Surabastos, con el objeto de, entre otras cosas, determinar las condiciones del subsuelo a lo largo del proyecto y las posibles fuentes de materiales cercanas al proyecto y su utilización. Luego de explicar las características geotécnicas encontradas en la vía, el informe manifestó que *“Para el diseño del pavimento, teniendo en cuenta que la vía requiere de algunos cortes que aun no se han realizado y que los terraplenes que faltan por construir se llevarán a cabo con el material proveniente de los cortes, se adopta como CBR de diseño³², un valor del 10% que equivale a un módulo de la subrasante de 15000 psi”*.

91.1.2. A continuación, se refirió a las fuentes de materiales que se encontraron cercanas al proyecto: Fuente Trituramos, respecto de la cual se sostuvo que los materiales allí encontrados podrían emplearse para la construcción de base, sub-base y concretos hidráulico y asfáltico; y Fuente Río Arenoso, cuyos materiales podrían ser utilizados para la construcción de base, sub-base y concreto hidráulico. En las conclusiones y recomendaciones de este Informe, se consignó, entre otras cosas:

5.3 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De los análisis y descripciones anteriores se deducen las siguientes conclusiones y recomendaciones:

- *De acuerdo con los resultados de las investigaciones a lo largo del proyecto se encuentran suelos de subrasante de tipo grava y arena arcillosa*
- *Para la construcción de la estructura del pavimento, se podrán emplear los materiales provenientes de la fuente Trituramos y/o de la Fuente del Río Arenoso.*

91.2. En el plenario obra copia del pliego de condiciones que rigió la Licitación Pública No. 006-2001 que precedió a la celebración del contrato objeto de la presente controversia³³. Sobre los ítems de terraplenes que suscitaron las

³² El ensayo CBR (California Bearing Ratio) establecido es uno de los parámetros de mayor valor en el diseño de pavimentos flexibles. Este se realiza para evaluar la resistencia de las subrasantes del suelo y los materiales de la capa base a través de un ensayo de placa a escala. Consultado en: <https://geotecniaymecanicasuelosabc.com/cbr/>.

³³ Información contenida en CD obrante en f. 34, c. 2.



pretensiones del demandante tendientes a obtener el pago del suministro del material –ítems 3, 18 y 19- y el transporte de material para la construcción de terraplenes del separador central -ítem 27-³⁴, se resaltan las siguientes disposiciones:

91.2.1. En la Sección II Instrucciones a los licitantes, se estableció (pg. 2 y 4 del pliego):

OFERTAS.

Los proponentes podrán participar en la siguiente oferta, a saber:

CONSTRUCCIÓN A TODO COSTO DE LA CARRERA 2 EN EL TRAMO COMPRENDIDO ENTRE LA CALLE 2 SUR Y LA CARRETERA QUE CONDUCE AL SUR DEL PAÍS FRENTE A SURABASTOS EN PAVIMENTO FLEXIBLE (incluye suministro e instalación).

(...)

5. VISITA A LA ZONA DE LAS OBRAS

Será responsabilidad de los proponentes, visitar e inspeccionar las zonas de las obras para investigar la disponibilidad de los materiales de construcción, mano de obra, transporte y de manera especial las fuentes de abastecimiento de materiales para su explotación y elaboración de los agregados.

El hecho de que los proponentes no se familiaricen debidamente con los detalles y condiciones bajo los cuales serán ejecutados los trabajos, no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones. (...).

91.2.2. En el capítulo de documentos integrantes de la oferta (pg. 7 del pliego) se incluyó:

El proponente deberá acreditar la procedencia Lícita de los materiales a utilizar (Sub-base, base granular) allegando a la propuesta la certificación de suministro por parte del titular de la fuente con fotocopia del certificado de inscripción en el registro minero de la explotación y copia del certificado de existencia de Licencia Ambiental de la misma.

91.2.3. En relación con los precios de la oferta, se indicó (pg. 8 del pliego):

12. PRECIOS DE LA OFERTA

*El proponente indicará en el formulario de cantidades y precios correspondiente, anexo a este pliego, los precios unitarios y totales de las obras que propone construir con arreglo al contrato(s) que resulte de la presente licitación. Sin perjuicio de la facultad del **Municipio de Neiva** (sic), será de responsabilidad exclusiva del proponente los errores, omisiones en que incurra al indicar los precios unitarios y/o totales de la oferta, debiendo asumir los mayores costos o pérdidas que se deriven de dichos errores u omisiones.*

³⁴ De entrada se advierte que, ni en el pliego de condiciones ni en el contrato, se consignó un ítem 27 “terraplenes con material sin clasificar (separador)”.



El proponente elaborará los precios unitarios de acuerdo con las especificaciones técnicas contenidas en el Volumen 2 y llenará los mismos para cada uno de los ítems de las obras descritas en la lista de cantidades y precios de obra, independientemente que se haya establecido o no cantidades de obra para cada ítem. Dicho diligenciamiento es de carácter obligatorio y en el evento de que el precio unitario de algún ítem sea Cero deberá consignarse este valor en el respectivo formulario. Dichos precios unitarios servirán al proponente como elemento para determinar el valor de su oferta, más no se consideran documento de la misma y el valor expresado para cada ítem deberá reflejar la totalidad de las características solicitadas en las especificaciones técnicas. Los precios propuestos por el proponente estarán sujetos a ajuste de acuerdo con lo estipulado en la ley de contratación y conforme a lo expresado en la Sección IV - Condiciones Especiales del Contrato y V - Minuta del Contrato.

En la preparación de las ofertas, el proponente deberá incluir en sus precios todos los impuestos, derechos y otros cargos que se le causaren por concepto de la ejecución del contrato, los cuales se entenderán incluidos en el precio total de la oferta.

91.2.4. En las especificaciones del contrato a adjudicar, se indicó (pg. 34 del pliego):

30. ESPECIFICACIONES

Las especificaciones técnicas o normas bajo las cuales se ejecutarán las obras objeto del Contrato, se contemplan en el Volumen 2 de estos Pliegos de Condiciones a las cuales el Contratista deberá dar estricto cumplimiento independientemente de lo estipulado por el mismo en sus precios unitarios.

Si el Contratista desea o necesita desviarse de las especificaciones o normas mencionadas, deberá someterse a aprobación del Interventor un informe en el cual se indique la naturaleza de los cambios y las nuevas especificaciones o normas que va a aplicar. Si el Interventor no las aprueba, el Contratista deberá ajustarse a los requisitos estipulados en estas especificaciones (La Sala subraya).

91.2.5. En el Anexo 7, *Presupuesto de Obra*, se incluyeron, entre otros, los siguientes ítems (f. 40 del pliego):

ITEM	DESCRIPCION	UNID AD	CANTIDA D	VALOR UNITAR IO	VALO R TOTA L
3	Terraplenes en material Seleccionado	m ³	16.100		
17	Terraplenes en Material Seleccionado (andenes)	m ³	7.150		
18	Terraplenes en Material Seleccionado (separador)	m ³	33.800		

91.2.6. En el Volumen II del pliego, correspondiente a las “Especificaciones Técnicas, Normas de Construcción y Medidas de Pago”, concretamente en la Especificación M.3, se lee (pg. 105):



ESPECIFICACION M.3

TERRAPLENES

3.1. REQUISITOS DE LOS MATERIALES

Todos los materiales que se empleen en la construcción de terraplenes deberán provenir de las excavaciones de la explanación, de préstamos laterales o de fuentes aprobadas; deberán estar libres de sustancias deletéreas, de materia orgánica, raíces y otros elementos perjudiciales. Su empleo deberá ser autorizado por el Interventor, quien de ninguna manera permitirá la construcción de terraplenes con materiales de características expansivas. (La Sala resalta).

Los materiales que se empleen en la construcción de terraplenes deberán cumplir los requisitos indicados en la Tabla No. 3.1.

TABLA No.3.1

REQUISITOS DE LOS MATERIALES

Suelos	Seleccionados	Adecuados	Tolerables
Aplicación	Corona, Núcleo, Cimiento	Corona, Núcleo, Cimiento	Núcleo, Cimiento
Tamaño máximo	75 mm	100 mm	150 mm
Pasa tamiz de 75 μ m (No.200)	$\leq 25\%$ en peso	$\leq 35\%$ en peso	$\leq 35\%$ en peso
C.B.R. de laboratorio	≥ 10	≥ 5	≥ 3
Expansión en prueba C.B.R.	0%	< 2%	< 2%
Contenido de materia orgánica	0%		
Límite líquido	< 30	< 1%	< 2%
Índice plástico	< 10	< 40	< 40
		< 15	-

El tamaño máximo y el porcentaje que pasa el tamiz de 75 μ m. (No.200) se determinarán mediante el ensayo de granulometría según norma de ensayo INV E-123, el C.B.R. y la expansión, de acuerdo con lo indicado en la norma de ensayo INV E-148; el contenido de materia orgánica, según lo establecido en la norma INV E-121; y el límite líquido y el índice plástico conforme lo establecen las normas INV E-125 y E-126, respectivamente.

91.2.7. En la Especificación C.3, "ACARREOS Y DISPOSICION DE MATERIALES DE DESPERDICIO", se consignó:

C.3.1. DEFINICION

Esta especificación tiene por objeto fijar los criterios para el transporte de materiales de desperdicio. Excepcionalmente se aplicará esta especificación al transporte de los materiales producto de excavación utilizables en rellenos, cuando a juicio de la Interventoría este transporte sea necesario por conveniencia de la entidad contratante.



Para efectos de aplicación de la norma, se desglosa el transporte de materiales en dos eventos: Acarreo Libre y Acarreo.

El trabajo que el contratista debe ejecutar bajo este concepto consiste en el suministro de la planta, ejecución de las labores necesarias para obtener la disponibilidad de los bancos de desperdicio y demás actividades necesarias para disponer los materiales de desperdicio, de acuerdo con esta norma y lo indicado por la Interventoría. Se excluye de esta especificación los trabajos relacionados con el transporte de los materiales.

C.3.2. ALCANCE

En general, todos los materiales producto de todas las excavaciones, se retirarán de la obra a los sitios adecuados, en donde se dejarán o dispondrán definitivamente sin perjuicio para la entidad contratante, la obra, o (sic) otras entidades particulares o gubernamentales o en general terceras personas. Dichos sitios se llamarán genéricamente bancos de desperdicio.

Sin embargo, teniendo en cuenta que parte de dichos materiales pueden ser utilizables en la obra, para objeto de aplicación de la norma se diferencia entre materiales sobrantes y materiales de desperdicio.

Los trabajos incluidos dentro del concepto de Acarreo Libre y acarreo son:

- Cargue del material.

- Transporte del material.

- Descargue del material en el sitio de utilización, almacenamiento o botadero.

C.3.3. CONSTRUCCION

C.3.3.1. Acarreo

El acarreo de materiales debe hacerse siempre con los equipos apropiados para cada distancia de acarreo especificada y para las condiciones de acceso y localización de las obras.

C.3.3.2. Manejo y Transporte de Materiales de Desperdicio

(...)

*C.3.3.2.2. **Materiales Sobrantes:** La disposición de materiales se realizará de dos formas: utilizando el material producto de excavaciones y descapote en otras partes de la obra, tales como rellenos, terraplenes y empradizados; o llevando dichos materiales a los bancos de desperdicio.*

Los materiales producto de excavaciones y descapotes que sean utilizables, se llevarán directamente del sitio de excavación al relleno o terraplén. Si esto no es posible, la Interventoría aceptará que el contratista lleve estos materiales a los bancos de almacenamiento definidos por ella. Para efectuar esta labor se requerirá el cargue del material, el transporte del mismo hasta la distancia de acarreo y el descargue en el sitio de relleno, terraplén, empradización o banco de almacenamiento, labores todas que están incluidas en el concepto de acarreo libre contemplado en los ítems de excavaciones, descapotes o desmontes.

(...)



C.3.4. MEDIDA Y PAGO

Los trabajos de acarreo no se medirán y no habrá pago por separado por consiguiente todos los costos correspondientes a estos trabajos deberán quedar incluidos en los precios unitarios de los ítems que lo requieran (Las subrayas son de la Sala).

91.2.8. En la Especificación C-5, TERRAPLENES³⁵, se lee:

5.1 DESCRIPCION

5.1.1 Generalidades

Este trabajo consiste en la escarificación, nivelación y compactación del terreno o del afirmado en donde haya de colocarse un terraplén nuevo, previa ejecución de las obras de desmonte y limpieza, demolición, drenaje y subdrenaje; y la colocación, el humedecimiento o secamiento, la conformación y compactación de materiales apropiados de acuerdo con la presente especificación, los planos y secciones transversales del proyecto y las instrucciones del Interventor.

(...)

5.3. Empleo

Los documentos del proyecto o el (sic) especificaciones particulares indicarán el tipo de suelo por utilizar en cada capa. En todo caso, los suelos tolerables no podrán ser empleados en el núcleo del terraplén, cuando éste pueda estar sujeto a inundación.

Además, cuando en el núcleo se hayan empleado suelos tolerables, la corona solamente podrá construirse con suelos seleccionados.

(...)

5.5.2 Preparación del terreno

(...)

Cuando lo señale el proyecto o lo ordene el Interventor, la capa superficial de suelo existente que cumpla con lo señalado en la Especificación M.3, deberá mezclarse con el material que se va a utilizar en el terraplén nuevo.

Si el terraplén hubiere de construirse sobre turba o suelos blandos, se deberá asegurar la eliminación total o parcial de estos materiales, su tratamiento previo y consolidación o la utilización de cualquier otro medio propuesto por el Constructor y autorizado por el Interventor, que permita mejorar la calidad del soporte, hasta que éste ofrezca la suficiente estabilidad para resistir esfuerzos debidos al peso del terraplén terminado.

Si el proyecto considera la colocación de un geotextil como capa de separación o de refuerzo del suelo, éste se deberá tender conforme se describe en el Artículo 820 Norma INVIAS de las presentes especificaciones.

³⁵ Terraplenes: Según el artículo 220.1.1 de las Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras del Instituto Nacional de Inviás, “[e]ste trabajo consiste en la extensión y la compactación por capas, de los materiales cuyas características se definen en el numeral 220.2 de este artículo, en zonas de dimensiones controladas que permitan, de forma sistemática, utilizar maquinaria pesada con destino a crear una plataforma sobre la que se asiente la estructura de pavimento de una carretera, de acuerdo con los documentos del proyecto”. Consultado en: <https://www.invias.gov.co/index.php/archivo-y-documentos/documentos-tecnicos/14480-especificaciones-generales-de-construccion-de-carreteras-2022-1/file>



5.5.3 Cuerpo del terraplén

El Interventor sólo autorizará la colocación de materiales de terraplén cuando el terreno base esté adecuadamente preparado, según se indica en el numeral anterior. (...) Será responsabilidad del Constructor asegurar un contenido de humedad que garantice el grado de compactación exigido en todas las capas del cuerpo del terraplén.

En los casos especiales en que la humedad del material sea considerablemente mayor que la adecuada para obtener la compactación prevista, el Constructor propondrá y ejecutará los procedimientos más convenientes para ello, previa autorización del Interventor, cuando el exceso de humedad no pueda ser eliminado por el sistema de aireación.

(...)

5.6 CONDICIONES PARA EL RECIBO DE LOS TRABAJOS

5.6.1 Controles

Durante la ejecución de los trabajos, el Interventor adelantará los siguientes controles principales:

(...)

- *Comprobar que los materiales por emplear cumplan los requisitos de calidad exigidos en la Especificación M.3*

(...)

5.6.2 Condiciones específicas para el recibo y tolerancias

5.6.2.1 Calidad de los materiales

De cada procedencia de los suelos empleados para la construcción de terraplenes y para cualquier volumen previsto, se tomarán cuatro (4) muestras y de cada fracción de ellas se determinarán:

- *La granulometría, según norma de ensayo INV E-123.*
- *El límite líquido y el índice plástico, de acuerdo con las normas de ensayo INV E-125 y E-126, respectivamente.*
- *La resistencia y expansión, mediante la prueba CBR, según norma de ensayo INV E-148.*
- *El contenido de materia orgánica del suelo, de acuerdo con la norma INV E-121.*

cuyos resultados deberán satisfacer las exigencias indicadas en la Especificación M.3, según el tipo de suelo, so pena del rechazo de los materiales defectuosos. (Resalta la Sala).

Durante la etapa de producción, el Interventor examinará las descargas de los materiales y ordenará el retiro de aquellas que, a simple vista, presenten restos de tierra vegetal, materia orgánica o tamaños superiores al máximo especificado.

Además, efectuará las siguientes verificaciones periódicas de la calidad del material:

- *Determinación de la granulometría (INV E-123), mínimo una (1) vez por jornada.*



- Determinación del límite líquido (INV E-125) y del índice plástico (INV E-126), cuando menos una (1) vez por jornada.
- Determinación del contenido de materia orgánica (INV E-121), por lo menos una (1) vez a la semana.
- Determinación de la resistencia y la expansión (INV E-148), como mínimo una (1) vez por mes.

(...)

5.7 MEDIDA

La unidad de medida para los volúmenes de terraplenes será el metro cúbico (m^3), aproximado al metro cúbico completo, de material compactado, aceptado por el Interventor, en su posición final.

Todos los terraplenes serán medidos por los volúmenes determinados con base en las áreas de las secciones transversales del proyecto localizado, verificadas por el Interventor antes y después de ser ejecutados los trabajos de terraplenes (...).

Los rellenos con materiales sobrantes de excavación o de derrumbes que se coloquen sobre taludes de terraplenes terminados no se medirán; No se medirán los terraplenes que se efectúen en trabajos de zonas laterales y las de préstamo y desecho.

No se medirán los terraplenes que haga el Constructor en sus caminos de construcción y obras auxiliares que no formen parte de las obras del proyecto.

5.8 FORMA DE PAGO

El trabajo de terraplenes se pagará al precio unitario del contrato, por toda obra ejecutada satisfactoriamente de acuerdo con la presente especificación y aceptada por el Interventor.

El precio unitario deberá cubrir los costos de escarificación, nivelación, conformación, compactación y demás trabajos preparatorios de las áreas en donde se haya de construir un terraplén nuevo; deberá cubrir, además, la colocación, conformación, humedecimiento o secamiento y compactación de los materiales utilizados en la construcción de terraplenes; y, en general, todo costo relacionado con la correcta construcción de los terraplenes, de acuerdo con esta especificación, los planos y las instrucciones del Interventor.
(Las negrillas y subrayas son de la Sala).

ITEM DE PAGO

Terraplenes

Metro cúbico (m^3)

91.3. En el plenario se practicó un dictamen pericial a solicitud de la parte actora, el cual fue absuelto en 2008 por el ingeniero civil Eduardo Gómez Rojas (f. 393 a 399, c. 3). En relación con este punto de los ítems de construcción de terraplenes, el auxiliar de la justicia determinó que, de acuerdo a las actas de comité técnico No. 3, 5, 6, 7 y 8 y en especial en la No. 7, se mencionó que el material requerido para



construir los ítems 3, 18 y 19, que corresponden a terraplenes en material seleccionado, terraplenes en materiales seleccionado (andenes) y terraplenes en material seleccionado (separador), había sido extraído desde el kilómetro 1+600 de la obra; y que en las mismas actas se podía establecer que el contratista, para desarrollar los ítems 3, 18 y 19, utilizó material de préstamo, proveniente de la cantera localizada en el kilómetro 1+600.

91.3.1. Así mismo, conceptuó que la acción de utilizar material de préstamo en construcción de vías implica el uso del medio de transporte, hecho que se dio en el presente caso, y que en los análisis de precios unitarios presentados en la oferta del contratista para los ítems 3, 18 y 19 no aparecía relacionado el valor del transporte ni el material de préstamo que se utilizó para la construcción de los terraplenes.

91.3.2. Se le pidió al perito establecer si conforme a las condiciones del proceso contractual, planos, estudios geotécnicos y demás, el contratista debió haber tenido en cuenta en el análisis de los precios las cantidades de material de préstamo que en el momento de ejecución tuvo que asumir, a lo cual manifestó:

En la etapa de apertura de la licitación, la Alcaldía de Neiva dio a conocer los Estudios Geotécnicos para el proyecto, realizado por la firma DIS LTDA., documento identificado con el No. 996-IP-N-01-05 REVISION 2, contenido en los volúmenes de los Pliegos de Condiciones (Ver CD anexo 1). Este documento en su página 31, numeral 5.3 "CARACTERÍSTICAS GEOTECNICAS ENCONTRADAS", indica textualmente que: "Para el diseño del pavimento, teniendo en cuenta que la vía requiere de algunos cortes que aun no se han realizado y que los terraplenes que faltan por construir se llevarán a cabo con el material proveniente de los cortes, se adopta como CBR de diseño, un valor del 10% que equivale a un módulo de la subrasante de 15000 psi" (...). Así mismo cuando en este estudio hacen un análisis de las fuentes (páginas 31 a 34), los materiales a explotar en las fuentes propuestas, se destinan a la elaboración de base, subbase y concretos hidráulico y asfáltico, excluyendo los terraplenes.

Por otra parte, en el Adendo No. 3, emitido por la Alcaldía de Neiva y contenido en la oferta presentada por el Contratista, como constancia de su conocimiento y aceptación en los folios 325 a 333, la Entidad resalta la importancia del hecho que los terraplenes se construyan con material del mismo corte como respuesta a una inquietud de uno de los participantes en el proceso licitatorio (Ver último párrafo folio 329 de la oferta, Anexo No. 2).

Así las cosas, la Alcaldía direccionó a todos los proponentes a que no se incluyera el material de relleno dentro de los precios de los ítems de terraplenes, puesto que resultaba suficientemente claro que el material provendría de los cortes de la misma obra (La Sala subraya).



Consideraciones de la Sala:

92. El análisis conjunto de los anteriores medios de prueba permite concluir que, contrario a lo afirmado por la parte actora, la adquisición de materiales para la construcción de los terraplenes sí era una obligación que le incumbía y por lo tanto debió tener en cuenta esa posibilidad al momento de proyectar los precios unitarios de los respectivos ítems.

93. Si bien el estudio previo de la firma DIS LTDA. consideró que, en la construcción de terraplenes, podía utilizarse material proveniente de los cortes de la misma obra, lo cierto es que el pliego de condiciones fue claro en establecer que solamente aquellos materiales que cumplieran con las condiciones técnicas exigidas podrían ser utilizados en su construcción, circunstancia que debía ser constatada por el interventor, quien tenía a su cargo la aprobación y autorización de la utilización del material destinado a los terraplenes.

94. El demandante apoya toda su reclamación en el hecho de que la referida firma hubiera manifestado, en un estudio previo, que se utilizarían los materiales provenientes de la misma obra, pero deja de lado el contenido del pliego de condiciones en su conjunto, olvidando la importancia que este documento reviste de cara a la fijación de las condiciones de contratación y los requisitos exigidos a los participantes en el proceso de selección³⁶, y más importante aún, frente a la fijación de las especificaciones técnicas de la obra que se pretende contratar. Como ya se vio, el pliego, en la Especificación M3 TERRAPLENES, numeral 3.1. REQUISITOS DE LOS MATERIALES, expresamente dispuso que todos los materiales que se emplearan en la construcción de los terraplenes debían provenir de las excavaciones de la explanación, de préstamos laterales **o de fuentes aprobadas**, es decir que se contempló la posibilidad de que fuera necesario recurrir a materiales distintos de aquellos provenientes de la misma obra por no cumplir estos últimos con los requisitos expuestos en la TABLA No. 3.1 del mismo capítulo.

³⁶ En reiteradas ocasiones la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la importancia que reviste el pliego de condiciones, acto administrativo general que ha sido considerado como la ley del procedimiento de selección y del futuro contrato y que, por lo tanto, obliga tanto a la administración como a los oferentes. Al respecto, se pueden consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 1992, expediente 6353, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia del 3 de mayo de 1999, expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández; sentencia del 29 de enero de 2004, expediente 10779 y sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 18059, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 15475, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre muchas otras.



95. Así mismo, resulta inadmisibles que una firma especializada en esa clase de obra, con la experiencia que se le exigió para la participación en la licitación y la multiplicidad de trabajos que había adelantado en obras similares y que acreditó con su oferta, no previera la posibilidad de que los materiales resultantes de los cortes en el sitio de la obra no cumplieran con las especificaciones técnicas requeridas y hubiera que recurrir, como en efecto sucedió en el presente caso, a la utilización de materiales provenientes de otras fuentes para lograr las condiciones mínimas requeridas para su utilización en la construcción de los terraplenes.

96. Como avezado contratista en materia de mantenimiento y construcción de vías³⁷, debía estar enterado de la normatividad que rige al respecto, la cual resultó plasmada en el mismo pliego de condiciones.

97. En consecuencia, estaba a cargo del contratista prever esa circunstancia y tenerla en cuenta a la hora de establecer sus precios unitarios, por lo que no haberlo hecho constituyó una omisión que es imputable a su propia imprevisión.

98. De acuerdo con lo anterior, el hecho de que hubiera tenido que adquirir materiales de una fuente distinta a la que en principio se estableció para efectos de dar cumplimiento a los requerimientos técnicos de la obra, no era imprevisible para el contratista cuando elaboró su oferta para participar en la licitación y, por tal razón, no puede alegarse como fuente del rompimiento del equilibrio económico del contrato, si se tiene en cuenta que, una de las exigencias para la procedencia de su reconocimiento es que se haya presentado un álea extraordinaria con posterioridad a la celebración del contrato, un hecho imprevisto e imprevisible, que se haya traducido en una onerosidad excesiva para una de las partes y, en el presente caso, no se puede pregonar tal imprevisibilidad.

99. Así mismo, al estar a cargo de los oferentes la elaboración de sus propuestas con la consecuente fijación de los precios unitarios que les servirían de base para establecer su valor, tampoco se puede afirmar que constituye un incumplimiento contractual del Municipio de Neiva el que se haya abstenido de fijar un nuevo precio unitario para ítems que ya existían en el contrato y respecto de los cuales el contratista, en su oferta, había establecido los correspondientes precios unitarios en

³⁷ De lo cual da cuenta el cuadro contentivo de la experiencia específica del proponente ESGAMO LTDA. INGENIEROS CONSTRUCTORES, que hizo parte de la oferta presentada por esta firma dentro de la licitación pública que le fue adjudicada (f. 10 y 11 de la propuesta).



la forma en que consideró adecuada, aunque después, por su propia imprevisión, hubieran podido resultar insuficientes para cubrir el costo real de los respectivos ítems, deficiencia que, por lo tanto, le corresponde asumir, por cuanto la correcta determinación de los valores ofrecidos en su oferta, constituía un riesgo que pesaba sobre él.

100. Ahora bien, en relación con las manifestaciones del perito, la Sala considera que no son exactas, en tanto lo que consta en el adendo al que hizo alusión - aportado por la parte actora -f. 329, Anexo de la oferta-, es que el proponente MULTILAGOS formuló una pregunta en los siguientes términos:

No encuentro claridad en el sentido de localizar las fuentes de materiales para poder hacer el análisis ustedes se refiere (sic) a la norma INV encuentro que en la lista de cantidades de obra y precio hay tres (3) tipos de terraplenes para Andenes, separadores y Vía; yo pienso que cada terraplén debe tener su especificación particular, debería discriminar específicamente cuál es la especificación para cada tipo de terraplén.

101. A pesar de la falta de claridad en la formulación de esta inquietud por parte de uno de los proponentes, la entidad simplemente se limitó a manifestar, como respuesta, lo siguiente:

RESPUESTA: *La Administración manifiesta que el Terraplén es uno solo de conformidad a la Norma INV y a las especificaciones Técnicas contenidas en el Volumen II en el numeral C-5 ESPECIFICACIÓN TERRAPLENES, página 157 donde claramente se expresa que este consta de tres partes.*

CIMIENTO.- *Que es la parte del terraplén que está por debajo de la superficie original del terreno, la que ha sido variada por el retiro de material inadecuado.*

NÚCLEO.- *es la parte del terraplén comprendido entre el cimiento y la corona. El núcleo junto con el cimiento constituyen el cuerpo del terraplén.*

CORONADO (capa subrasante).- *formada por la parte superior del terraplén, construida en un espesor de treinta centímetros (30 cms), salvo que los planos del proyecto o las especificaciones particulares indiquen un espesor diferente.*

*De igual manera en el informe final [ilegible] CARACTERÍSTICAS GEOTÉCNICAS ENCONTRADAS se determina claramente que “para el diseño de Pavimento, y teniendo en cuenta que la vía requiere de algunos cortes que aún no se ha realizado y que los **Terraplenes que faltan por construir se llevarán a cabo con el material proveniente de los cortes**” (negrillas y puntos suspensivos del original).*

102. Contrario a lo afirmado por el auxiliar de la justicia, la Sala no encuentra que, a partir de la respuesta dada por la administración en los anteriores términos, los



proponentes debieran entender que, para la construcción de los terraplenes, se utilizarían exclusivamente materiales provenientes de los cortes de la misma obra, sin efectuar mayor análisis sobre la calidad de los mismos. No se comparte, por lo tanto, su afirmación en el sentido de que la entidad contratante “direccionó” a los proponentes a que no se incluyera el material de relleno dentro de los precios de los ítems de terraplenes.

103. Es cierto que, en principio, los materiales provenientes de la obra debían ser empleados en esa parte de la misma, pero esto no desvirtúa lo que, en forma por demás reiterada, se anunció en las especificaciones del pliego de condiciones, en cuanto a la necesidad de que todos los materiales empleados en la obra cumplieran con los requisitos mínimos exigidos y contaran con la aprobación del interventor para su utilización; ni desconoce la exigencia, efectuada en el mismo pliego, de que los precios unitarios contemplaran todos los componentes necesarios para la ejecución de cada ítem de obra³⁸; o la advertencia de que la construcción de la vía en cuestión era “a todo costo” -aclarando de entrada que incluía suministro e instalación-; como tampoco que, en varios apartes de las especificaciones técnicas y el pliego se advirtió, en general, que los materiales podrían provenir de los cortes de la misma obra o de fuentes externas, todo lo cual implicaba un actuar diligente de los proponentes a la hora de formular sus ofertas, contemplando en ellas todos los costos previsible, dentro de los cuales el suministro de material que pudiera ser necesario no era un asunto menor a tener en cuenta por parte de un constructor experimentado.

104. Así, dado que, por la causa en estudio -suministro de material para terraplén-, no se presentó un hecho imprevisto e imprevisible que tornó excesivamente onerosa la ejecución de la obra, por lo que no habría lugar a ordenar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, y tampoco se configuró un incumplimiento contractual de la entidad demandada, en cuanto la circunstancia de que el

³⁸ Al respecto, se recuerda que, en el pliego de condiciones, al establecer lo concerniente a los precios de la oferta, expresamente se consignó que “El proponente elaborará los precios unitarios de acuerdo con las especificaciones técnicas contenidas en el Volumen 2 y llenará los mismos para cada uno de los ítems de las obras descritas en la lista de cantidades y precios de obra, independientemente que se haya establecido o no cantidades de obra para cada ítem. Dicho diligenciamiento es de carácter obligatorio y en el evento de que el precio unitario de algún ítem sea Cero deberá consignarse este valor en el respectivo formulario. Dichos precios unitarios servirán al proponente como elemento para determinar el valor de su oferta, más no se consideran documento de la misma y el valor expresado para cada ítem deberá reflejar la totalidad de las características solicitadas en las especificaciones técnicas” (Subrayas de la Sala) (CD visible a f. 34, c. 2, pg. 8 del pliego)



contratista hubiera tenido que sufragar el valor del suministro de material proveniente de una fuente externa a la misma obra provino de su propia imprevisión e incuria, al no haber contemplado dentro de los precios unitarios de su oferta el valor de dicho suministro, la Sala considera que la pretensión atinente a esta reclamación estuvo bien denegada y, por lo tanto, la sentencia en este punto merece ser confirmada.

Mayor valor ocasionado por el transporte de material para la construcción de terraplenes del separador central, ítem No. 27 “*terraplenes con material sin clasificar (separador)*”:

105. Esta reclamación la fundó el demandante en el hecho de que, en comité de obra No. 7 se autorizó este nuevo ítem de terraplén para separador central, pero el interventor no autorizó incluir en el precio unitario su acarreo, por considerar que el mismo hacía parte del ítem de pago de excavaciones. En su recurso de apelación, la parte actora reiteró que *“El ítem de pago de excavaciones que se rige por la especificación C.2 que hizo parte del pliego de condiciones, tercer inciso del subnumeral C.2.1 (...) y que consideraba una distancia de acarreo libre de 50 metros, es decir que cualquier distancia mayor a 50 metros, no tendría ítem por el cual reconocer al contratista su pago”*. Y que, por ello, procedió a presentar el precio unitario incluyendo el transporte, pues en la práctica, el sitio de colocación del material se hallaba a una distancia del sitio de excavación mucho mayor a la prevista en la especificación como acarreo libre.

106. Se observa que en el Comité de Obra No. 7 del 6 de diciembre de 2002, según quedó visto, se consignó: *“Se crea en comité de obra ante la no existencia de un ítem con material proveniente de los cortes de terraplén con material sin clasificar separador con material proveniente de los cortes, canales y préstamos, se hace el análisis unitario y este se aprueba en comité”*. Consta, así mismo, a partir del acta de obra No. 5 correspondiente al mes de enero de 2003, que en las mismas se incluyó el nuevo ítem 27, *“Terraplén con material sin clasificar (Separador) proveniente de las excavaciones de cortes, canales y préstamos”*, con valor unitario de \$4.785,00 incluido el AIU (f. 324 a 365, c. 11), es decir que dicho ítem fue ejecutado, reconocido y pagado por la entidad contratante, no obstante lo cual el demandante asegura que se le deben reconocer los sobrecostos por concepto del transporte de dicho material, por encima de lo ya reconocido y cancelado por la entidad.



107. Al respecto, lo primero que debía acreditar el demandante para soportar esta pretensión, es el sobrecosto que alegó, por concepto del transporte de material para el ítem *“terraplenes con material sin clasificar (separador)”*. Sin embargo, al examinar las pruebas que sobre el mismo aportó, la Sala constata que, en realidad, no hay certeza sobre el mismo.

108. En efecto, en su recurso de apelación la parte actora citó como prueba los folios 247 y 248 del cuaderno de pruebas No. 3³⁹, pero al revisar dichos documentos, se encuentra que el primero de ellos es la factura cambiaria de compra-venta No. 2385 expedida por José María Otoyá Dussán a nombre de ESGAMO LTDA., por concepto de *“Cancelación transporte de materiales para la obra vía sur abastos durante el periodo Julio 01 al 15 de 2003”* por la suma de \$1'300.000; y el segundo, corresponde a la factura cambiaria de compra-venta No. 2381 expedida por la misma persona a nombre del contratista, por concepto de *“Cancelación transporte de materiales para la obra vía sur abastos durante el periodo Junio 16 al 30 de 2003”* por la suma de \$1'300.000, pero en ninguna de ellas consta a qué material correspondió ni su origen y destino⁴⁰. Además, en las pruebas allegadas por la parte actora respecto de costos y gastos en los que incurrió el contratista en la ejecución de las obras objeto del contrato, hay un aparte denominado *“Transporte de Materiales”* (f. 240 a 296, c. 18), en el que reposan distintas facturas por este concepto, pero ninguna de ellas da cuenta del *“transporte de material para la construcción de terraplenes del separador central”*.

109. Por otra parte, se observa que, en el dictamen pericial, se dio respuesta a las siguientes preguntas formuladas por la parte actora, que pidió esta prueba:

3) *De acuerdo con los documentos que obran al expediente determine si el contratista utilizó material de préstamo para desarrollar los ítems 3, 18, 19.*

(...)

4) *Determine si utilizar material de préstamo implica la utilización de transporte para acarreo al sitio de las obras y si dentro del análisis del precio propuesto por el contratista para los ítems 3, 18 y 19 incluyó el transporte y la cantidad de material de préstamo que se utilizó para la ejecución de los terraplenes señalados.*

³⁹ Que, en la numeración de cuadernos efectuada en esta instancia, corresponde al cuaderno No. 18.

⁴⁰ Como sí lo hicieron otras facturas obrantes en el mismo cuaderno, en las que se dio una mínima descripción. Por ejemplo, la factura cambiaria de compraventa No. 145 expedida por Leonel Suárez Castañeda el 7 de abril de 2003 a nombre de ESGAMO LTDA., por concepto de *“Cancelación transporte de material de Río de la finca ‘La Palma’ para stock trituradora a razón de \$14.000.00 Viaje de 12M³, durante el periodo Marzo 04 al 31 de 2003 (...)”* por valor de \$5'362.000 (f. 241, c. 18).



110. Aparte de las anteriores cuestiones, no se planteó ninguna otra relacionada con el transporte de material. Como se observa, en el cuestionario presentado al perito se presenta una incongruencia respecto de las pretensiones de la demanda, puesto que en relación con los ítems 3, 18 y 19 en ella sólo se reclamó por el valor del suministro del material, sin hacer referencia al transporte, el que sí fue reclamado respecto del ítem 27, que no fue nombrado en las preguntas formuladas al auxiliar de la justicia.

111. No obstante, el perito determinó que, de acuerdo a las actas de comité técnico No. 3, 5, 6, 7 y 8 y en especial en la No. 7, se mencionó que el material requerido para construir los ítems 3, 18 y 19, que corresponden a terraplenes en material seleccionado, terraplenes en materiales seleccionados (andenes) y terraplenes en material seleccionado (separador), había sido extraído desde el kilómetro 1+600 de la obra; y que en las mismas actas se podía establecer que el contratista, para desarrollar los ítems 3, 18 y 19, utilizó material de préstamo, proveniente de la cantera localizada en el kilómetro 1+600.

112. Así mismo, conceptuó que la acción de utilizar material de préstamo en construcción de vías implica el uso del medio de transporte, hecho que se dio en el presente caso, y que en los análisis de precios unitarios presentados en la oferta del contratista para los ítems 3, 18 y 19 no aparecía relacionado el valor del transporte ni el material de préstamo que se utilizó para la construcción de los terraplenes.

113. Es decir que este medio de prueba nada aportó en relación con la pretensión en estudio, relacionada con *“el transporte de material para la construcción de terraplenes del separador central, ítem No. 27 “terraplenes con material sin clasificar (separador)”*.

114. De acuerdo con lo expuesto, resulta evidente que la parte actora incumplió con la carga de la prueba que le correspondía, a la luz de lo establecido en el artículo 177 del C.P.C., conforme al cual, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho*



de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, requisito sobre el cual, como lo ha dicho la jurisprudencia de tiempo atrás⁴¹:

(...) no debe olvidarse que la carga de la prueba es una regla de nuestro derecho probatorio consagrada en el artículo 177 del C. de P. Civil, de acuerdo con el cual "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen... "; dicho en otras palabras: para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación, máxime si ninguna de las partes goza en el proceso colombiano de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones.

Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad de que así sea, más aún tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos.

115. En tales condiciones, al quedar huérfana de prueba la supuesta ocurrencia de sobrecostos por concepto del transporte de material para el terraplén del separador en los términos afirmados en la demanda, resulta inane cualquier otro análisis o consideración en torno a la procedencia de su reclamación y, en consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia que la denegó.

La estampilla Pro-Electrificación Rural:

116. Se advierte que, en los hechos de la demanda, no se hizo una sustentación fáctica de esta pretensión, aunque de su misma redacción se comprende que se fundó en un rompimiento del equilibrio económico del contrato por el hecho del príncipe. Para mayor claridad, se transcribe nuevamente:

2. Se reconozca a Esgamo Ltda. Ingenieros Constructores, los siguientes valores, por hechos debidamente demostrados e imputables al Municipio de Neiva como contratante, que dieron lugar al detrimento del contrato, razón por la cual surge a cargo de la entidad contratante, la obligación de cubrir:

(...)

d. Mayor valor cancelado por Estampilla de Pro-electrificación rural, cuyo porcentaje del 1% no se tuvo en cuenta en el momento de presentar oferta ya

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, expediente No. 17.300, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



que a la fecha de cierre del proceso aún no se había expedido el acuerdo municipal que aumentó este porcentaje del 0.5% al 1.0%, aplicando consecuentemente la teoría del Hecho del Príncipe. Para un valor actualizado desde junio 28 de 2002 a Julio 31 de 2005 de (...) (\$22.809.043.24).

117. Según se desprende de la anterior pretensión, el demandante alega que, luego de presentada la oferta en el proceso licitatorio que culminó con la adjudicación y celebración del contrato objeto de la presente controversia, la entidad contratante expidió un acto administrativo de carácter general que modificó el porcentaje de una contribución que debían efectuar los contratistas del municipio de Neiva, denominada Estampilla Pro-Electrificación, la cual pasó de ser el equivalente al 0,5% del valor del contrato al 1,0%. Y, dado que la oferta fue calculada con el anterior porcentaje, no se le podía cobrar a ESGAMO LTDA. el nuevo, porque ello se traduciría en un rompimiento del equilibrio económico del contrato representado en ese mayor valor que se vio obligado a cancelar.

El hecho del príncipe

118. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Y si dicha equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deberán adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

119. Esto es lo que de tiempo atrás ha sido conocido por la doctrina y la jurisprudencia como el equilibrio económico del contrato, consagrado legalmente en la referida norma, el cual puede verse afectado por diferentes motivos, entre los cuales se halla el denominado hecho del príncipe, teoría que recibe esta denominación por provenir la afectación de la ecuación contractual de una medida de carácter general expedida por la misma entidad contratante, en ejercicio de sus funciones, la cual era imprevista e imprevisible y que incide en forma directa o indirecta en el contrato, alterando en forma extraordinaria o anormal la ecuación económica surgida al momento de proponer el contratista su oferta o celebrar el negocio jurídico.

120. De otra parte, es necesario hacer énfasis en que cuando se habla del rompimiento del equilibrio económico del contrato se requiere comprobar, ante todo,



una afectación grave de la ecuación contractual, analizada ésta en su conjunto de prestaciones y contraprestaciones y la equivalencia que, entre las mismas, consideraron las partes al momento de contratar, por lo que puede afirmarse que no cualquier pérdida o disminución patrimonial que sufra el contratista podrá catalogarse como tal. Esto, por cuanto en todo contrato surge una contingencia de ganancia o pérdida que debe ser asumida por los contratantes, puesto que hace parte del álea ordinaria y normal de todo negocio.

121. En consecuencia, cuando se afirme que se rompió el equilibrio económico del contrato, lo primero que se debe acreditar por la parte demandante, es la existencia de esa afectación extraordinaria de la equivalencia entre derechos y obligaciones que fue asumida al momento de contratar.

122. Ahora bien, en el caso de la expedición de nuevos tributos o de aumento de los existentes, como causa alegada del rompimiento del equilibrio económico del contrato, la jurisprudencia ha sido clara en el sentido de que no basta con que se presente tal circunstancia para dar aplicación a la referida teoría del hecho del príncipe, sino que resulta indispensable la comprobación de la grave afectación del contratista:

(...) se observa que el hecho mismo de la imposición de nuevos tributos, por sí solo, no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que trátase de un hecho del príncipe o de una circunstancia imprevista, deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato a raíz de la aplicación de la nueva norma impositiva; al respecto, ha dicho la Sala⁴²:

“Se deduce de estos antecedentes jurisprudenciales, que sólo en una ocasión, en forma tangencial, se ha aceptado la ocurrencia del hecho del príncipe en razón de los gravámenes o cargas impositivas que afectan la economía o ecuación financiera de los contratos estatales. En los demás casos se ha considerado que las cargas tributarias que surgen en el desarrollo de los contratos estatales, no significan per se el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de sus obligaciones, exigencia que coincide con lo expresado por la doctrina como se anotó antes”.

Es decir que no basta con probar que el Estado –entidad contratante u otra autoridad- profirió una medida de carácter general mediante la cual impuso un nuevo tributo, y que el mismo cobijó al contratista, que tuvo que pagarlo o se vio sometido a su descuento por parte de la entidad contratante, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos, representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab - initio, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada

⁴² [15] “Sentencia del 27 de mayo de 2003, Expediente 14.577 ya citada”.



y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del álea del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.

Al respecto, el tratadista Dromi considera que “Sólo el acto de poder anormal o extraordinario que afecte la ecuación financiera del contrato da lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, para responsabilizar al Estado, pues el acto de poder normal u ordinario, aún en el caso de disposiciones generales, que sólo tornen un poco más gravoso el contrato, queda a cargo del contratista.”⁴³, Riveró precisa que “La teoría puede intervenir cuando la persona pública contratante dicta una medida general que agrava las cargas del cocontratante; pero esto no sucede sino cuando la medida tiene una repercusión directa sobre uno de los elementos esenciales del contrato.”⁴⁴ y Escola sostiene que

“... el hecho del príncipe, para poder ser invocado, debe haber ocasionado una alteración extraordinaria o anormal de la ecuación económico - financiera del contrato administrativo, puesto que los perjuicios comunes u ordinarios que constituyen el álea normal de toda contratación no pueden dar lugar a resarcimiento.

Podemos, pues, completar la noción del “hecho del príncipe”, diciendo que es tal toda decisión o conducta que emane de la misma autoridad pública que celebró el contrato y que ésta realiza en su carácter y condición del tal, **que ocasione un perjuicio real, cierto, directo y especial al cocontratante particular**, que éste no haya podido prever al tiempo de celebrar el contrato y que produzca una alteración anormal de su ecuación económico - financiera.”⁴⁵ **(negritas fuera de texto).**⁴⁶

123. De otro lado, también en aras de establecer la grave afectación de la ecuación contractual y los sobrecostos extraordinarios que tuvo que asumir el contratista por cuenta del hecho que alega como origen del desequilibrio de la misma, la jurisprudencia ha sido clara en exigir la comprobación de los resultados económicos del contrato y, como parte de los mismos, la insuficiencia de la partida que, a título de imprevistos, recibió el contratista como parte del AIU del contrato:

Si bien es cierto no hay elementos en el expediente para determinar de la partida de imprevistos y obras complementarias que hizo parte del valor del contrato cuánto correspondía a los imprevistos, como quiera que no se allegó la propuesta que presentó la sociedad demandante, la Sala encuentra pertinente hacer algunas precisiones sobre la importancia de ese factor como parte integrante del valor de la propuesta económica del contratista.

⁴³ [16] “Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, 5ª edición, Buenos Aires, página 362”.

⁴⁴ [17] “RIVERÓ, Jean; *Derecho Administrativo*, Traducción de la 9ª edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pág. 141”.

⁴⁵ [18] “ESCOLA, Hector Jorge; *Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Volumen I Parte General*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, Págs. 457 y 458”.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, expediente 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



La legislación contractual no tiene una definición de lo que debe entenderse por el A.I.U que se introduce en el valor total de la oferta. Sin embargo, no hay duda que la utilidad es el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato y por costos de administración se han tenido como tales los que constituyen costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista; el porcentaje para imprevistos, como su nombre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato.⁴⁷

Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato. Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera “como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura,” para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios⁴⁸.

“El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la Administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados a priori en los presupuestos de contrata. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios... El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el áleas del contrato”⁴⁹.

En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A.I.U – administración, imprevistos y utilidades- como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste. Existe sí una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ella.

Esto significa que desde la celebración del contrato, al incluirse en el precio una partida que se dirigirá a cubrir los posibles gastos imprevistos que puede enfrentar el contratista, sabe que hay unos riesgos que pueden afectar su utilidad.

En el presente caso, no se pretende afirmar que con dicha partida el contratista pudo cubrir el nuevo impuesto que afectó los pagos que se le hicieron por concepto del valor de los contratos adicionales, sino que correspondía a éste demostrar que la partida de gastos de imprevistos resultó insuficiente para

⁴⁷ [24] “Según el diccionario de la Real Academia de la lengua española, *imprevisto* es, “en lenguaje administrativo, gastos con los que no se contaba y para los cuales no hay crédito habilitado”.

⁴⁸ [25] “Sin entrar directamente a formar el precio de cada unidad de obra, contribuyen conocidamente a acrecer el costo total...los gastos de imprevistos, los de dirección y administración ...y la cantidad que debe constituir el justo beneficio de los afanes del contratista”. GASPAR ARIÑO ORTIZ. Ob. Cit. P. 167”.

⁴⁹ [26] “Ibidem, P. 168”.



cubrir el perjuicio económico o disminución de la utilidad que dijo haber sufrido por el pago de la contribución.⁵⁰

124. En el presente caso, de acuerdo con el pliego de condiciones (pg. 57)⁵¹, el plazo de la Licitación Pública No. 006-2001, entendido como aquel que transcurre entre la fecha de apertura y la fecha de cierre, iría del 11 de febrero al 4 de marzo de 2002. No obstante, de acuerdo con las consideraciones consignadas en el Contrato 030 de 2002, la apertura de la licitación fue ordenada mediante Resolución No. 580 del 27 de diciembre de 2001, la cual fue modificada mediante Resolución No. 023 del 1º de febrero de 2002, y la fecha de cierre de la licitación quedó para el día 7 de marzo de 2002, como también se desprende del Adendo No. 004 al pliego de condiciones, en el que se dispuso que las propuestas debían ser entregadas el 7 de marzo de 2002 (f. 31, c. 2 y f. 334 de la propuesta).

125. Según la cláusula trigésima tercera de la minuta del contrato que forma parte de dicho pliego, uno de los requisitos de ejecución del mismo era la adquisición de estampillas Pro-Electrificación Rural.

126. En el plenario obra copia auténtica del Acuerdo Municipal No. 05 del 21 de febrero de 2002 del Concejo Municipal de Neiva, que en el artículo 3 adicionó el Estatuto Tributario Municipal con el artículo 220-1, en el que dispuso (f. 80, c. 2)⁵²:

ARTICULO 220-1 TARIFAS. El valor de la estampilla para los actos y documentos sobre los cuales es obligatorio el uso de la estampilla son las siguientes (sic):

1. Para los pagos de obligaciones y compromisos:

a) El uno por ciento (1%) sobre el valor de todo contrato administrativo principal o adicional (...)."

127. Consta así mismo, que el 20 de junio de 2002 el contratista se dirigió a la Tesorería de la entidad demandada manifestándole que el impuesto correspondiente a la estampilla Pro-Electrificación Rural del municipio de Neiva - cuyo pago era requerido para la legalización del contrato-, para la fecha de apertura

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 14.577, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵¹ CD visible a fl. 34, c. 2.

⁵² Al final del acuerdo consta certificación del secretario general del Concejo Municipal en el sentido de que el acuerdo fue aprobado en primer debate el 11 de febrero de 2002 y en segundo debate en sesión del 21 de febrero del mismo año; así mismo, consta la sanción del alcalde municipal de Neiva, del 28 de febrero de 2002, con la orden de "publíquese y cúmplase", pero no hay constancia de la fecha de dicha publicación.



de la licitación era el equivalente al 0,5% sobre el valor del contrato -equivalente a \$18'675.000-; y teniendo en cuenta que sobre esa base se presentó la oferta el 7 de marzo de 2002, era su parecer que, a pesar de que después de presentada la oferta dicho impuesto fue aumentado al 1%, aquella era la suma que debía pagar por tal concepto; y, en consecuencia, pidió que se le autorizara la liquidación y cancelación del impuesto por el referido valor (f. 79, c. 2).

128. El 19 de julio de 2002, la Tesorería municipal envió oficio al contratista en el que le informó de algunos errores en la liquidación de los diferentes conceptos de legalización del Contrato 030 de 2002, entre los cuales se hallaba la estampilla Pro-Electrificación Rural, que de conformidad con el Acuerdo 05 de 2002 equivalía al 1% sobre el valor del contrato, por lo que debía pagar por este rubro la suma de \$37'350.000 y no \$37'000.000 (f. 88, c. 2 y f. 208, c. 3).

129. En el dictamen pericial practicado en el proceso, el auxiliar de la justicia evidenció que, para la época de presentación de la oferta dentro de la licitación pública que precedió al contrato materia del *sub-lite*, el porcentaje por concepto de la estampilla Pro-Electrificación Rural del municipio de Neiva era de 0,5%, según Acuerdo Municipal No. 025 de 1996⁵³ (f. 399, c. 3).

130. En la contestación de la demanda, el Municipio de Neiva manifestó que, sobre el mayor valor cancelado por concepto de estampillas, se podría llegar a un estudio y revisión del tema para llegar a un acuerdo ajustado a derecho previa conciliación o transacción (f. 321, c. 3).

131. Aparte de lo anterior, la Sala no halló en el expediente prueba alguna del porcentaje que tenía la estampilla Pro-Electrificación Rural antes de la expedición del Acuerdo 05 de 2002, puesto que no se encontraron las normas que consagraron este impuesto a cargo de los contratistas de la administración municipal anteriores al referido acuerdo. Y, como lo tiene establecido la ley, las normas de alcance no nacional son objeto de prueba por parte de quien pretende aducirlas en sustento de sus pretensiones⁵⁴.

⁵³ La Sala no halló en el plenario copia de este acuerdo mencionado por el perito.

⁵⁴ El artículo 188 del C.P.C., establecía que “[el] *texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte (...)*”. Igual disposición se encuentra en el artículo 177 del C.G.P.



132. No obstante, aún de admitir que, efectivamente, se presentó el alegado aumento de porcentaje entre el momento de presentación de la oferta y el de celebración del contrato, como parece admitirlo la entidad demandada -y teniendo en cuenta que, a pesar de que la fecha del Acuerdo 05 de 2002 que dispuso dicho aumento (21 de febrero de 2002) es anterior a la de apertura y cierre de la licitación (11 de febrero y 7 de marzo de 2002, respectivamente), lo cierto es que no hay constancia de su publicación, sólo que fue posterior al 28 de febrero de ese año-, lo que le habría representado al contratista el pago de una cantidad superior por este concepto, no habría lugar a acceder a las pretensiones de pago de la diferencia a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, puesto que, a juicio de la Sala, en el plenario no se acreditó la grave afectación de la ecuación contractual.

133. En efecto, se advierte que la reclamación que, por este concepto, elevó la parte actora en su demanda, asciende a un valor actualizado de \$22'809.043.24, frente al cual cabe observar:

134. El valor total del contrato, fue por la suma de \$3.735'000.000,00, por lo que la suma reclamada, frente a este valor, resulta ínfima.

135. Por otra parte, se advierte que, de acuerdo con la propuesta presentada por ESGAMO LTDA., el valor total ofrecido incluía un AIU del 25%, por lo cual incluía un porcentaje del valor del contrato destinado a cubrir los imprevistos.

136. Al respecto, se recuerda que en los contratos de obra es usual establecer i) los costos directos -correspondientes al valor de los materiales, la mano de obra, los equipos, las herramientas, etc., necesarios para la ejecución de las diferentes actividades que se relacionan directamente con la construcción de la obra como excavación, rellenos, pavimento, etc.-; y así mismo, ii) los costos indirectos (AIU) propuestos por el contratista, que corresponden a un porcentaje (%) de los primeros, definido en la oferta que se presenta para aspirar a la adjudicación del contrato. Esos costos indirectos, son:

136.1. Administración (A), que corresponde a los gastos administrativos que se derivan para el contratista en materia de personal, campamento, el pago de impuestos, seguros, etc.



136.2. Imprevistos (I), que es el porcentaje destinado a asumir aquellos riesgos ordinarios que se pueden concretar en la ejecución de las obras y ocasionar sobrecostos en ellas, es decir que constituyen el álea normal del contrato y se encuentran a cargo del contratista a cambio de este porcentaje que se reconoce a su favor⁵⁵; y

136.3. Utilidades (U), que corresponde a la remuneración que pretende obtener el contratista a partir de la ejecución de la obra.

137. Normalmente los proponentes discriminan en sus ofertas la distribución del AIU, es decir qué porcentaje corresponde a cada uno de estos gastos indirectos, tomando como base su experiencia y el conocimiento de las vicisitudes que se pueden presentar en la ejecución de la obra; no obstante, en el presente caso el AIU fue establecido por ESGAMO LTDA. en el 25% del valor del contrato -más propiamente de los gastos directos del mismo-, pero ni en la oferta ni en el contrato consta tal discriminación, pues en la primera, el proponente se limitó a manifestar que el AIU sería del 25% y, en el segundo, ni siquiera se mencionó en el valor total del contrato que este era la suma de \$3.735'000.000,00, incluido el AIU, lo que

⁵⁵ *“La inclusión del PORCENTAJE DE IMPREVISTOS en la CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA, según pudo encontrarse en la investigación para este estudio, se remonta a la Real Orden del año 1860, en España, tal como lo expresa Sánchez Cánovas (1969, p. 136) citando la “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos” de Gaspar Ariño, dice Gaspar Ariño que surge debido a que la Administración hace la imputación unilateral al contratista de algunos riesgos, que son el áleas del contrato. // (...) Como puede verse, la Administración impone al contratista la asunción de unos riesgos, en estas circunstancias y en virtud del principio de la reciprocidad de las prestaciones, el contratista debe recibir una contraprestación económica (el porcentaje de imprevistos). Por su parte la Administración actúa como si estuviera comprando un seguro. Es como si suscribiera una póliza para cubrirse de esos probables eventos ordinarios inciertos que podrían ocurrir en el futuro con posterioridad a la suscripción del contrato, durante su ejecución, para en otras palabras, cubrirse del riesgo implícito común de todo contrato de obra. // (...) Puede claramente apreciarse cómo el escrito histórico hace hincapié en varias cosas, primero una aparente paradoja al hablar de prever los imprevistos, la cual queda resuelta pocas líneas después cuando concluye, que lo llamado porcentaje de «imprevistos» se refiere realmente a una cantidad estimativa de los riesgos ordinarios de los contratos de obra, y que como tal, como valor estimativo, unas veces cubrirá más y otras menos que los riesgos reales que se materialicen, los cuales pasan de ser riesgos a convertirse en siniestros, en lenguaje de las compañías de seguros. En segundo lugar aclara, la inconveniencia detectada hace más de 150 años, en 1860, de pagar indemnizaciones al contratista por la ocurrencia durante la ejecución de las obras, de eventos ordinarios inciertos previsibles en el momento de elaborar el presupuesto y antes de iniciar la construcción. // Para rematar, el autor concluye refiriéndose al tema que: “Por lo demás, es evidente que con todas estas técnicas de apoyo a la equivalencia material de las prestaciones, no se persigue suprimir el álea propio de todo contrato o asegurar unos beneficios al contratista, pero si regularlo, paliar en lo posible sus alteraciones más allá de lo normal y ordinariamente previsible.” Al igual que hoy en día en nuestro medio, lo que se buscaba esa reglamentación de 1860, desde el origen del concepto porcentaje de «imprevistos» en los contratos de obra, no es garantizar la utilidad del contratista, sino paliar las condiciones (sic) alteraciones normales y ordinarias a las que están sujetas este tipo de contratos. “La buena fé administrativa mira, sobre todo, al fin de interés general del contrato, más que al propio interés pecuniario de la Administración”.”. Betancur Vargas, Gustavo; “Porcentaje de imprevistos del -AIU- Administración, Imprevistos y Utilidad, en los Contratos de Obra”. Cámara Colombiana de la Infraestructura - Seccional Antioquia, enero de 2014, p. 5 y 6.*



significa que, restando el porcentaje de este, el costo directo del contrato era de \$2.801'250.000,00.

138. Ahora bien, la parte actora en las pretensiones de su demanda, manifestó - numeral 1 del capítulo de condenas- que la utilidad esperada en la ejecución del contrato era del 6% del costo directo, lo que significa que, teniendo en cuenta el porcentaje de los gastos indirectos (25%) anunciado en su oferta, quedaba el 19% restante para repartir entre los otros dos rubros del AIU, de Administración e Imprevistos.

139. Toda vez que en parte alguna de la oferta y/o del contrato se les asignó un porcentaje definido a esos rubros, la Sala considera que lo procedente es dividir en dos el referido porcentaje, con lo cual, con fundamento en la única manifestación que consta sobre el componente del AIU, éste corresponde, en el presente caso, a: Administración (A) = 9,5%; Imprevistos (I) = 9,5% y Utilidad (U) = 6%.

140. De acuerdo con lo anterior, en el presente caso la sociedad ESGAMO LTDA. contaba con una partida de \$266'118.750,00 (9,5% del costo directo del contrato) para efectos de afrontar los imprevistos que se pudieran presentar durante la ejecución del contrato, suma que también resulta muy superior al monto que reclamó por concepto de desequilibrio económico del contrato (suma actualizada de \$22.809.043.24), proveniente del mayor valor que debió cancelar por concepto de la estampilla Pro-Electrificación Rural. No obstante, en el plenario no se alegó ni tampoco se hallaron pruebas de que este monto resultó insuficiente para absorber el supuesto sobrecosto alegado por la parte demandante.

141. Dadas las referidas circunstancias, considera la Sala que, en el presente caso, no se acreditó el rompimiento del equilibrio económico del contrato por cuenta del pago de la mencionada carga tributaria por parte del contratista, pues no está probado el quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida desde la celebración del contrato ni la asunción, por parte de ESGAMO LTDA., de una carga excesiva que la firma contratista no estaba obligada a soportar y que constituyó una alteración extraordinaria del álea del contrato. En consecuencia, la sentencia de primera instancia, que denegó esta pretensión, merece ser confirmada.



La utilidad dejada de percibir

142. **La parte demandada**, en su recurso de alzada, pidió que se revoque el fallo en cuanto a la declaratoria de incumplimiento y la condena al municipio de Neiva a pagar la utilidad dejada de percibir por el contratista con ocasión de la suspensión del contrato, para lo cual reiteró que, de acuerdo con lo establecido en el negocio jurídico, el valor real del mismo sería el resultado de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios acordados, por lo que *“(...) el Municipio de Neiva, solo estaba obligado a cancelar los valores correspondientes a las obras efectivamente ejecutadas”* (f. 465, c. ppl.).

143. La Sala no comparte la apreciación de la entidad demandada, ya que en el plenario obra abundante prueba del incumplimiento reiterado en el que incurrió respecto de los pagos debidos al contratista y los problemas de disponibilidad presupuestal que adujo el municipio de Neiva para justificarlo, tal y como quedó relacionado en el acápite de oportunidad de la demanda⁵⁶, en donde se pudo constatar que la última -definitiva e indefinida- suspensión del plazo contractual, si bien se justificó argumentando que estaba pendiente de prorrogar el contrato de interventoría -que, a su vez, también se hallaba suspendido y mientras este se reactivaba-, lo cierto es que, para ese momento, se encontraba pendiente el pago de cuentas a favor del contratista por obras ya ejecutadas, a pesar de sus reiteradas reclamaciones en tal sentido; no se habían efectuado las labores de finalización de la obra (empradización, iluminación, etc.); y, además, la entidad carecía de los recursos necesarios tanto para el pago de lo debido, como para la culminación de los pendientes y, por ende, en vez de reiniciar el plazo de ejecución para terminar las obras, resolvió que lo más conveniente sería liquidarlo.

144. En las condiciones descritas, es claro que, si el contrato no se pudo ejecutar en su totalidad, fue por circunstancias imputables exclusivamente a la entidad demandada y no al contratista, que siempre estuvo presto a culminar las obras en el tiempo y la forma pactados.

145. Esa imposibilidad de ejecutar la totalidad de las obras contratadas, derivada de la suspensión indefinida del plazo de ejecución por causas ajenas al contratista -y que, en últimas, se tornó en definitiva, puesto que se prolongó hasta la misma

⁵⁶ Párrafos 35, 36, 37, 39, 40 y 41.



presentación de la demanda-, sin duda se tradujo, así mismo, en la imposibilidad de obtener las utilidades previstas a partir de la ejecución de la parte faltante, por lo que, en principio, surge un perjuicio para el contratista que la entidad está en el deber de indemnizar, mediante el reconocimiento de esa ganancia que aquel previó obtener pero que, en razón de la actuación de la administración, ya no lograría.

146. En efecto, esa modalidad de perjuicio, surgida a partir de la imposibilidad de ejecutar -total o parcialmente- el contrato adjudicado y celebrado y, por ende, de obtener las utilidades previstas, corresponde a un lucro cesante, tal y como es definido por la ley⁵⁷, y que la jurisprudencia de la Sección ha reconocido en términos similares a aquella situación en la que el perjuicio proviene de la no adjudicación del contrato al mejor proponente, privándolo, por lo tanto, del derecho a la celebración y ejecución del respectivo negocio jurídico, con la consecuente imposibilidad de obtener las justas utilidades esperadas. Así, ha sostenido⁵⁸:

La Sala ha dispuesto, en casos como este, que cuando se frustra la ejecución de un contrato, por causas imputable a la entidad estatal, la indemnización que procede es la de la utilidad esperada –pedida en las pretensiones de la demanda-, tal como acontece en los eventos de indebida adjudicación de un contrato o de indebida declaración de desierta de un proceso de contratación. En la sentencia de la Sección Tercera, de 11 de febrero de 2009 -exp. 14.492- se señaló en un caso similar, por lo menos en cuanto a la forma en que se debía indemnizar, que:

“3.2.1. Lucro cesante. La sentencia condenó a la entidad estatal a pagar los perjuicios causados por este concepto, basado en la utilidad –denominada en el lenguaje de los contratos de obra pública como “U”- que dejó de percibir el señor Hormaza Sarria, a raíz de la inejecución del convenio.

“La Sala no tiene reparo alguno frente a esta condena, es decir la comparte, pues el análisis hecho en la providencia está conforme a las pruebas que obran en el proceso.

“En efecto, la condena impuesta partió del análisis de la utilidad que el contratista percibiría de haber ejecutado el contrato. Para ello, acudió, correctamente, a revisar el AIU previsto por el propio señor Hormaza Sarria en la oferta presentada durante el proceso de licitación, que posteriormente le fue adjudicado.

“Es así cómo, se constata que en la certificación debidamente aportada al proceso –fl. 34-, se especifica un AIU correspondiente a los siguientes porcentajes: A = 6.04%; I = 5.0% y U = 8.96%.

“De allí que, la condena impuesta por el a quo, por concepto de lucro cesante, a raíz de la utilidad dejada de percibir por el contratista, es correcta, pues, de

⁵⁷ El artículo 1614 del Código Civil establece que se entiende por lucro cesante “(...) la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de enero de 2011, expediente 16492, C.P. Enrique Gil Botero.



acuerdo con el componente U de la oferta, corresponde al 8.96% del valor total del contrato.

“Bajo esta perspectiva, es evidente que la utilidad esperada se convierte en un lucro cesante futuro y cierto, pues existe un contrato perfeccionado y, además, el contratista cumplió con los requisitos a su cargo para ejecutarlo, como es la constitución de la garantía, la cual –incluso- fue aprobada por la entidad el día 2 de octubre de 1997.

Por tanto, el monto indemnizable por este concepto corresponde al 100% de la utilidad que percibiría el señor Hormaza Sarria, de haber tenido la oportunidad de ejecutar el contrato⁵⁹.

“De esta manera la Sala hace extensivo el análisis, el estudio, las conclusiones y la forma de indemnizar que se emplea cuando se demanda por indebida adjudicación de un contrato o por declaración de desierta mal empleada, al presente caso, donde el problema nada tiene que ver con la adjudicación, sino con la inejecución de un contrato suscrito.

“En otras palabras, para la Sección está claro que cuando no se adjudica un contrato a quien debió ser beneficiario de esa decisión, la indemnización corresponde al 100% de la utilidad esperada. Pues bien, si esta tesis aplica tratándose de ese supuesto, con mayor razón debe regir si ya está suscrito el contrato –pues hay menos incertidumbre-, pero por culpa de la entidad no se pudo ejecutar.

“En efecto, sobre la indebida adjudicación tiene dicho la Sala que:

“4.2. Forma de indemnizar cuando la administración adjudica indebidamente un contrato estatal.

“En los eventos en que las entidades estatales se abstienen de adjudicar un contrato a quien legalmente debió ser beneficiado con tal decisión en el proceso licitatorio, o cuando adjudican a quien no merecía dicho beneficio, surge la responsabilidad patrimonial a cargo de la administración, porque en estas hipótesis se le ha negado al oferente, en forma injustificada, la posibilidad de ser contratista del Estado, circunstancia que puede generar un perjuicio patrimonial que, desde luego, exige la prueba específica del mismo y de su alcance.

(...)

“4.2.3. Tercera posición jurisprudencial. En la última época de la jurisprudencia, que es la vigente, se retornó a la primera de las tesis expuestas, es decir a la indemnización del 100% de la utilidad esperada, bajo los siguientes argumentos:

⁵⁹ [14] “A esta misma conclusión llegó la Sección, al analizar un caso similar al examinado en la presente oportunidad: Sentencia de abril 23 de 1993, exp. 7.959.

En idéntico sentido señaló recientemente la Sala que “ Entre las pretensiones de la demandante y a título de indemnización de perjuicios materiales, solicitó el reconocimiento y pago de la suma de \$23’999.749, por concepto de utilidad esperada, la cual estimó en un 30% del valor total del contrato. “Como quiera que la Administración privó injustamente al contratista de su derecho de ejecutar el contrato, éste no pudo percibir la utilidad que esperaba obtener por la ejecución de las obras, razón por la cual procede su reconocimiento. (...).

“Actualmente la jurisprudencia de la Sala ha señalado que el quantum de la utilidad que debe ser reconocida al proponente que fue privado injustamente de la ejecución del contrato, por la no adjudicación del mismo, debe ser pleno, es decir el 100% del valor de la utilidad o lucro cesante que esperaba y tenía derecho a recibir lícitamente, la cual es definida en el Código Civil, en el artículo 1614, como “la ganancia o provecho que deja de reportarse”, pero que no tendrá derecho a recibir otros emolumentos por costos directos o indirectos diferentes de la utilidad neta.

“En el sub lite aplica el mismo criterio, no obstante que el hecho generador del daño se deriva de la imposibilidad de la ejecución del contrato, por causas imputables a la Administración y no en la no adjudicación del contrato, por cuanto lo realmente cierto es que en uno u otro supuesto, de todos modos se está privando a la empresa contratista de su derecho legítimo a percibir la utilidad lícita derivada de la normal ejecución de las obras, en consecuencia, procede la indemnización de los perjuicios materiales ocasionados por concepto del lucro cesante, en el 100%.” –Sección Tercera, diciembre 1 de 2008. Exp. 15.603-.



“En primer lugar, la indemnización que se debe pagar al oferente que debió ser favorecido con la adjudicación, corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener, según se haya establecido en su oferta. No es posible conceder una indemnización superior, porque cualquier monto por encima de éste constituye un daño eventual, es decir, que carece de certeza, y por eso mismo resulta jurídicamente imposible indemnizarlo.

“En segundo lugar, la indemnización debe equivaler al 100%, porque no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad que esperaba, de haber podido ejecutar el contrato. Es decir, el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior.

“Así se expresó en la sentencia de noviembre 27 de 2002 -Exp. 13.792, actor: Sociedad Henry Lozada Vélez y Cia. Ltda. Ddo: Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali - INVICALI, en la cual se dijo que:

“Este es el criterio que reiterará la Sala en esta ocasión porque considera que cuando se deja de adjudicar un contrato, a quien debió ser favorecido con esa decisión, se le causa un perjuicio cuya valoración, en principio, corresponde al monto de la utilidad que esperaba si el contrato le hubiera sido adjudicado.

“Para que esta forma de valorar el perjuicio pudiera desecharse, sería menester que en el proceso se hubiera discutido la desproporción de la utilidad esperada, o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla, lo cual, sin duda alguna, necesita de la prueba correspondiente que desvirtuara el monto de la utilidad. Esto, sin embargo, no ocurre en el presente proceso. (Sección Tercera. Sentencia de marzo 1° de 2006. Exp. 14.576)

“En el presente caso, aplicadas las anteriores razones, pero reforzadas por las antes expresadas, es claro el derecho del contratista a ser indemnizado en las condiciones expuestas por el a quo -100% de la utilidad-, pues se observa que – se reitera-, incluso, en estas condiciones existe un grado de certeza mayor a efectos de obtener el lucro esperado con el contrato, frente a aquellos casos en los cuales el demandante solicita indemnización por una indebida adjudicación de un proceso de selección, como quiera que, en estas situaciones, no existe resolución de adjudicación en su favor y mucho menos un contrato perfeccionado; como sí ocurre en el caso objeto de este proceso.

“Considerando entonces lo decidido por esta Sección en aquellos eventos en que se discute la indebida adjudicación, en casos como el presente, en el cual existe contrato perfeccionado, dicha conclusión es más clara, pues, el contratista tiene un derecho más cierto e incuestionable frente a la utilidad (...).”

147. si bien la jurisprudencia que se acaba de relacionar se refiere a aquellos casos en los que no se puede ejecutar, en absoluto, un contrato celebrado, es claro que no es la única circunstancia en que la utilidad esperada debe ser reconocida, pues bien puede suceder que el contrato se haya ejecutado parcialmente pero, por causas ajenas a la voluntad del contratista, este se vea impedido para culminar la totalidad de su objeto y obtener así el porcentaje de utilidad que hubiera surgido a partir de la realización de la parte faltante del contrato.

148. En el presente caso, el acuerdo de voluntades celebrado por las partes y materia de debate fue un contrato de obra pública; y si bien se llevó a cabo en forma



parcial, dado que el contratista cumplió con sus obligaciones y realizó las obras principales de construcción de la vía objeto del negocio jurídico, lo cierto es que este no pudo ejecutarse en su fase final por causas imputables a la entidad.

149. Por lo tanto, resulta pertinente recordar lo dicho por la Sala en un evento en el cual el contratista tampoco pudo ejecutar la totalidad del objeto convenido por motivos provenientes de la entidad demandada, ocasión en la que manifestó⁶⁰:

“[r]especto de las utilidades solicitadas, resulta procedente reconocer, en efecto, la ganancia que el contratista debía obtener por los frentes de obra que fueron eliminados. La base jurídica de tal obligación, surgida por la supresión de ítems para ejecutar, puede encontrarse en el artículo 2056 del Código Civil, que al autorizar al dueño de la obra para hacerla cesar, le impone en todo caso pagar los costos causados y la respectiva utilidad”⁶¹.

150. De acuerdo con lo anterior, al ser evidente que, en el presente caso, el contratista no pudo ejecutar la totalidad de las obras objeto del contrato -suspendido indefinidamente por causas imputables a la entidad demandada- y que, por esta razón, se le privó de obtener las justas utilidades que se habrían derivado de tal ejecución, las consideraciones del Municipio de Neiva en su recurso de apelación en torno a la inexistencia de su obligación de indemnizar los perjuicios en la forma dispuesta en la sentencia impugnada, no están llamadas a ser atendidas.

151. Ahora bien, para efectos de determinar el monto de la condena, dado que apelaron ambas partes, resulta procedente establecer si corresponde al valor concedido en la sentencia de primera instancia o no.

152. Al respecto, se observa que el *a-quo* se atuvo al cálculo que efectuó el perito sobre este perjuicio, el cual dicho auxiliar de la justicia fundó en lo estipulado en el contrato y el acta de obra No. 11, así (f. 398, c. 3):

Teniendo en cuenta el valor contractual pactado básico contenido en la minuta del contrato suscrito (Anexo No. 3) y el valor básico ejecutado conforme al Acta de obra No. 11, indicado en la columna de obra ejecutada – valor acumulado, existe un saldo de obra que no se pudo ejecutar por valor de \$ 476.844.788,41 (Valor total incluido AIU). Ahora bien, teniendo en cuenta que la utilidad dejada

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de mayo de 2021, expediente 43055, C.P. María Adriana Marín.

⁶¹ Dice la referida norma: “Art. 2056.- Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido o se haya retardado su ejecución. // Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra”.



de percibir por esta causa corresponde al porcentaje estimado de utilidad calculado sobre el costo directo, tenemos:

Valor Total Obra básica por ejecutar: \$476.844.788,41 = Costo Directo + AIU (25%)

Costo Directo saldo obra por ejecutar: \$476.844.788,41 / (1,25) = \$381.475.830,73

Utilidad correspondiente a la obra que no se ejecutó: \$381.475.830,73 x Utilidad (6%)

Utilidad correspondiente a la obra que no se ejecutó: \$ 22.888.549,84.

153. para la fecha en que el contrato fue suspendido indefinidamente, el 12 de agosto de 2003, las obras de construcción de la vía objeto del contrato de obra 030 de 2002 ya se habían culminado y sólo quedaban pendientes, como lo reconoció el contratista, “(...) *obras faltantes de estabilización de las calzadas, construcción del proyecto eléctrico aprobado por la Electrificadora del Huila y recuperación ambiental aprobada por la CAM*” (f. 21, c. 7).

154. Según el otrosí del 11 de julio de 2003, por medio del cual se prorrogó el contrato por 3 meses, la Interventoría y el Municipio de Neiva se encontraban definiendo los precios unitarios correspondientes a la empedramiento de la obra y la administración municipal estaba adelantando el presupuesto de obra y análisis de precios unitarios correspondientes al proyecto eléctrico de iluminación⁶² (f. 66, c. 2).

155. Según oficio del interventor del 31 de julio de 2003, para esa fecha faltaba ejecutar dentro del contrato de ESGAMO LTDA. “(...) *lo relacionado con el plan de manejo ambiental (empedramiento) y la iluminación total de la vía*”, razón por la cual el plazo de dicho negocio jurídico fue prorrogado por otros tres meses, hasta el 12 de noviembre de 2003 (f. 126, c. 6)⁶³.

⁶² El interventor, el 9 de julio de 2003, ya le había informado al secretario de Vías e Infraestructura la viabilidad de prorrogar el plazo del contrato para la ejecución de los trabajos de empedramiento e iluminación de la vía, ya que “conforme se determinó en Comité de Obra realizado en fecha julio 4 de 2003, la Administración Municipal ha aprobado los precios unitarios correspondientes a Emperamiento”, y “En julio 8 de 2003, la firma ESGAMO LTDA. ha hecho entrega del Proyecto Eléctrico y de Iluminación debidamente aprobado por Electrohuila habiendo sido éste revisado por parte de la firma interventora SOTA LTDA., estando pendiente la aprobación por parte de la Administración Municipal el Presupuesto de Obra y Análisis de Precios Unitarios correspondientes, así como la adición presupuestal al contrato para su ejecución total” (f. 131, c. 6).

⁶³ Al respecto, obra comunicación del 10 de julio de 2003 enviada por el secretario de Infraestructura y Vías al jefe de la Oficina Jurídica del municipio, en el que le solicita, con carácter urgente, “(...) que se revise y de visto bueno al contrato adicional que modifique en noventa (90) días adicionales el plazo del contrato de la referencia [No. 030 de 2002], toda vez que las labores de empedramiento y construcción del proyecto eléctrico requieren de tiempo adicional y como tal no estaban previstos inicialmente” (f. 130, c. 6).



156. Sobre las obras faltantes, se advierte que en el Anexo 7 del pliego de condiciones, correspondiente al presupuesto de obra, en el que se discriminan todos los ítems que harían parte de la misma y sobre los cuales el proponente debía establecer los precios unitarios, no se incluyó un ítem correspondiente a emhradización. Y, en relación con la iluminación, constan los siguientes ítems:

ITEM	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD
16	Iluminación (rehabilitación)	Global
16.1	Traslados líneas de energía y reubicación	Global

157. Y en la propuesta de la firma ESGAMO LTDA., se incluyó el ítem 16, en los siguientes términos (f. 76 de la propuesta):

ITEM	DESCRIPCION	CANTIDAD	PRECIO UNITARIO	PRECIO TOTAL
16	Iluminación (rehabilitación)		\$180.199.398,75	\$180.199.398,75

158. En cuanto a la emhradización, ni en el pliego de condiciones ni en el contrato se incluyó este ítem; no obstante, se observa que, por cuenta de las indicaciones de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, la entidad lo autorizó, según se aprecia en el acta de comité de obra No. 003 del 4 de octubre de 2002⁶⁴, y en el acta de comité de obra No. 13 del 21 de febrero de 2003, “[s]e concluye que en orden de prioridades es necesaria la ejecución de andenes, implementar la parte ambiental y el diseño eléctrico del proyecto” (f. 259 y 270, c. 3).

159. Mediante oficio del 1 de julio de 2003, el interventor hizo llegar al secretario de Vías e Infraestructura las especificaciones particulares E.P.1 Engramados y E.P.2 Emhradización de Taludes para el contrato 030 de 2002 (f. 150 a 158, c. 6).

160. Obra así mismo oficio del 17 de septiembre de 2003, en el cual da respuesta a la solicitud de la entidad -oficio SVI del 12 de septiembre de 2003- de que procediera a presentar las actas de liquidación tanto del contrato de obra como del de interventoría, “(...) en razón, según lo indica su oficio, a que se ha terminado completamente el contrato de obra en lo que respecta a la construcción de la obra

⁶⁴ Allí se consignó: “Compromiso No. 01 entrega del Plan de Manejo Ambiental mediante solicitud escrita a la CAM. La interventoría mediante oficio entrega solicitud a la CAM de copia del Plan de Manejo Ambiental, el Doctor Cabrera señala que en este se tuvieron en cuenta todos los ítems del proyecto excepto la emhradización del Separador el cual es necesario sentarse a analizar, sin embargo este ya se encuentra aprobado por la entidad”.



vial y dado que el componente ambiental y proyecto eléctrico aún no tiene definidos los recursos económicos para su ejecución completa”, solicitud frente a la cual, el interventor respondió que aún quedaban obras pendientes de ejecución, y agregó (f. 119, c. 6):

Por otra parte a la fecha hay un saldo del contrato por ejecutar por valor de \$507.412.591,00, según informes y actas de obra No. 10, saldo del cual se han ejecutado parcialmente algunas obras pendientes por terminar, recibir y liquidar (Terraplenes, Andenes, Concreto asfáltico). Es también claro que el contrato cuenta con una partida presupuestal para la construcción de diversos ítems de iluminación por valor de \$180.199.398,75 de los cuales no se ha iniciado su ejecución, contando ya con un proyecto y diseño debidamente aprobados por ELECTROHUILA y la Administración Municipal (...).

Tampoco se han construido a la fecha obras del plan de manejo ambiental contando con un saldo disponible en el contrato para dar iniciación al mismo y ejecutarlo parcialmente según los ítems empradización con césped por valor de \$200.000.000,00 (Acta No. 10).

161. Consta en el plenario que, del valor total del contrato, que fue de \$3.735'000.000,00, el contratista ejecutó obras por valor de \$3.227'587.410,00, según las actas de obra No. 1 a la 11⁶⁵ y que recibió los correspondientes pagos (f. 103 y 149 a 200, c. 10).

162. Y en la última acta de obra, la No. 11, correspondiente al mes de julio de 2003, aparecen enunciados los siguientes ítems, todos ellos, con 0% de ejecución (f. 324 y 325, c. 11):

ÍTEM 17: Iluminación (rehabilitación). Por valor total de \$180'199.398,75

ÍTEM 38: Empradización con césped. Por valor total de \$166'150.675,00

ÍTEM 39: Empradización con césped en zona de talud. por valor total de \$33'845.000,00.

163. De acuerdo con lo anterior, es claro que para la época en que el contrato fue suspendido de manera indefinida -y definitiva-, estaban pendientes de ejecución obras contractuales que ascendían a un valor de \$380.195.073,75, trabajos que no se pudieron llevar a cabo por razón de la suspensión indefinida, la cual, como ya se vio, obedeció a circunstancias imputables a la entidad demandada, toda vez que la justificación consistió en la falta de recursos e insuficiencia presupuestal para la culminación del objeto contractual.

⁶⁵ Copia de las actas mensuales de obra de la 1 a la 11 son visibles en los folios 324 a 391, c. 11.



164. En tales condiciones, si bien el contratista recibió el pago por las obras entregadas y junto con él, la utilidad derivada de la ejecución contractual realmente llevada a cabo, según lo pactado y el AIU establecido por él mismo en su oferta, lo cierto es que sí se vio privado de obtener la utilidad correspondiente a la ejecución de los referidos ítems, por causas imputables a la entidad.

165. Por lo tanto, considera la Sala que está llamada a prosperar esta pretensión, mediante el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir. No obstante, se observa que en el plenario no obra prueba de cuál fue esa utilidad esperada por el contratista ni consta otra información al respecto, salvo la manifestación que hizo el demandante, en el sentido de que la misma correspondía al 6% de los costos directos. Y, dado que el dicho de la parte actora no constituye prueba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁶⁶ deberá la Sala acudir, como ya lo ha hecho en múltiples ocasiones⁶⁷, al arbitrio judicial, con base en el cual se determina que, en contratos similares, la utilidad esperada asciende al 5% del valor del contrato. Por lo tanto, en este caso, el monto a reconocer será el 5% de \$380'195.073,75, lo que corresponde a la suma de \$19.009.753,68, debidamente actualizado a la fecha de esta sentencia, a partir de la fecha en que debió terminar el contrato de obra -por cuanto es en ese momento cuando habría surgido el derecho del contratista a obtener el pago de las obras ejecutadas-, o sea desde el 12 de noviembre de 2003, aplicando para ello la fórmula usualmente utilizada por la jurisprudencia para tales efectos: $VA = VH \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$, según los siguientes factores:

VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico (valor a actualizar: \$19.009.753,68)

Índice final = IPC vigente a la fecha de la presente providencia (junio/2023): 135,39

Índice inicial = IPC vigente para la fecha de terminación del contrato (noviembre de 2003): 58,21.

⁶⁶ "VALORACIÓN DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales."

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 29855, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; sentencia del 12 de mayo de 2016, expediente 49.025, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia del 11 de mayo de 2022, expediente 65016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



Entonces:

$$VA = 22'888.549,84 \times \frac{135,39}{58,21}$$

$$VA = 44'214.577,42$$

166. De acuerdo con lo anterior, el Municipio de Neiva deberá pagar a favor de la sociedad demandante la suma de \$44'214.577,42 por concepto de la utilidad dejada de percibir por la parte faltante de ejecución del contrato de obra.

Conclusión:

167. Las consideraciones que se dejan plasmadas dejan en evidencia que los argumentos expuestos por la parte actora en su recurso de apelación, tendientes a la modificación de la sentencia de primera instancia y al reconocimiento de las pretensiones de la demanda que le fueron denegadas, deben ser atendidos parcialmente, en cuanto al reconocimiento de los sobrecostos derivados de la mayor permanencia en el sitio de las obras por causas ajenas a la voluntad del contratista e imputables a la entidad demandada, en la medida en que tanto esta circunstancia como el perjuicio alegado, resultaron debidamente acreditados en el plenario.

168. Así mismo, se constató que fueron insuficientes las alegaciones del recurso interpuesto por la entidad demandada, para desvirtuar el acierto de lo decidido por el *a-quo* en la sentencia de primera instancia, en cuanto al reconocimiento de la utilidad dejada de percibir por el contratista, aunque la Sala procederá a modificar el fallo para acceder a la referida pretensión y reconocer el monto realmente debido por tal concepto, según el análisis efectuado párrafos atrás.

Costas

169. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 - aplicable en el *sub lite*-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena en costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de ellas haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.



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

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 10 de marzo de 2014, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE NO PROBADA la excepción de caducidad de la acción propuesta por la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLÁRASE el incumplimiento contractual del Municipio de Neiva respecto de su obligación de reconocer y pagar la utilidad dejada de percibir por la sociedad ESGAMO LTDA. INGENIEROS CONSTRUCTORES en la ejecución del contrato No. 030 de 2002.

TERCERO: CONDÉNASE al Municipio de Neiva a pagar, a favor de la sociedad ESGAMO LTDA. INGENIEROS CONSTRUCTORES, la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS 42/100 (\$44'214.577,42), por concepto de la utilidad dejada de percibir.

CUARTO: CONDÉNASE al Municipio de Neiva a pagar, a favor de la sociedad ESGAMO LTDA. INGENIEROS CONSTRUCTORES, la suma de VEINTITRES MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS 72/100 (\$23'129.372,72) por concepto de sobrecostos por mayor permanencia en la obra.

QUINTO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.



Radicación número: 41001-23-31-000-2005-01568-01 (52501)
Actor: ESGAMO LTDA. INGENIEROS CONSTRUCTORES
Demandado: MUNICIPIO DE NEIVA
Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF