

COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / PROCEDENCIA DE LA VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / RECONOCIMIENTO DE LA VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

[L]a Sala valorará las copias simples aportadas al proceso, toda vez que no fueron tachadas de falsas en el desarrollo del mismo. Lo anterior, en cumplimiento de la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2013, expedida por la Sala Plena de la Sección Tercera.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2013, C.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022).

CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ESTATAL / CONCEPTO DE EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE / PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS / IUS VARIANDI / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

El equilibrio económico del contrato es una figura consagrada en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, (...) Es de precisar que no cualquier situación fractura la ecuación contractual, en tanto ello exige la concurrencia de ciertos presupuestos, los cuales se explicarán a continuación. El primero de ellos consiste en la ocurrencia, con posterioridad a la celebración del contrato, de un hecho anormal, extraordinario y excepcional, o a la expedición, por parte de la entidad contratante -en ejercicio de sus funciones administrativas-, de una medida de carácter general que afecte a su propio contratista, o de un acto contractual en ejercicio del ius variandi. Por ello, la entidad estatal no tiene la obligación de reconocer las pérdidas causadas por aleas normales u ordinarias, pues todo negocio contempla riesgos inherentes a la actividad contractual, que el contratista, en razón de su profesión, oficio y actividad habitual, está en el deber de conocer y de prever. Se aclara que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que no es suficiente con que dichas situaciones se presenten, puesto que estas deben, además, hacer significativamente más gravosa la ejecución del contrato. (...) Asimismo, el hecho en cuestión debe rebasar lo que normalmente las partes hubiesen podido prever al momento de suscribir el contrato, y de efectuar la correspondiente estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. Bajo esta lógica, solo dará lugar al rompimiento del sinalagma contractual aquellos riesgos que no fueron valorados en la etapa precontractual, o que desbordaron aquellos que lo fueron. Ahora bien, el hecho anormal debe ser inimputable a la parte que lo alega. Como la obligación de restablecer la ecuación contractual se fundamenta en hechos ajenos a las partes, o en expresiones de poder de la Administración, no es procedente cuando el desequilibrio es causado por actuaciones del contratista. Lo anterior, con fundamento en el aforismo latino *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede alegar a su favor su propia culpa). Finalmente, el alea debe ser sobreviniente, imprevisto o imprevisible -no necesariamente en sus causas sino en sus efectos-, es decir, se debe presentar con posterioridad a la celebración del contrato, debe tratarse de un hecho que no fue previsto por el afectado a la hora de proponer o de contratar y que, además, no era razonablemente previsible.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 27 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 4 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 5

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de agosto de 2020, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 05001-23-31-000-2006-03354-01(46057). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de febrero de 2013, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 76001-23-31-000-1999-02622-01 (24996).

IUS VARIANDI / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ESTATAL / TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE / PRINCIPIO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

La teoría de la imprevisión: La jurisprudencia de esta Corporación ha destacado que la ruptura de la ecuación contractual, como se enunció anteriormente, se presenta: (i) por expresiones lícitas de la entidad contratante, bien sea en ejercicio de sus funciones (hecho del príncipe), o en el marco de competencias contractuales (ius variandi), o (ii) por situaciones ajenas a las partes (imprevisión). La teoría de la imprevisión se relaciona con hechos de diversa índole, que no se previeron al momento de celebrar el negocio jurídico, y que, al presentarse, agravan -mas no imposibilitan- la ejecución del contrato. Según la jurisprudencia de esta Sala, dicha teoría se presenta cuando hechos extraordinarios, sobrevinientes a la celebración del contrato, y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, afectan de manera grave el cumplimiento de las obligaciones, haciendo mucho más onerosa su ejecución para una de ellas. Son, por ello, requisitos para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato, que dé lugar al reconocimiento de los mayores costos a favor de la parte afectada, los siguientes: 1) Que, con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho ajeno a las partes, no atribuible a ninguna de ellas. 2) Que ese hecho altere, de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya un alea extraordinaria. 3) Que esa nueva circunstancia no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes. 4) Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite. En cuanto a las consecuencias económicas de la teoría de la imprevisión, se tiene que cuando se produce un hecho que encaja en la misma, la parte afectada tendrá derecho únicamente al reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir por causa de esos hechos imprevistos, por cuanto el evento extraordinario que afecta de manera grave la ecuación contractual, es ajeno a las dos partes, es decir, que no le es atribuible ni al contratista afectado, ni a la Administración contratante, quien, por lo tanto, también es sorprendida por ese hecho inesperado y también resulta afectada, en la medida en que se ve amenazada la correcta ejecución del contrato.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 31 de enero de 2019, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 25000-23-26-000-2003-00650-01 (37910).

RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / INCREMENTO DEL PRECIO / ASFALTO / TRANSPORTE DE INSUMO / PRECIO UNITARIO / EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE PRUEBA / AUSENCIA DE PRUEBA / INVÍAS

[L]e corresponde a la Sala determinar si se presentó la ruptura del equilibrio económico del contrato (...), en atención a los incrementos del precio del asfalto, y a las mayores distancias en el transporte de la mezcla asfáltica. En principio, debe precisarse que, efectivamente, el aumento desmesurado y absolutamente imprevisible de los insumos que componen los precios unitarios podría dar lugar al rompimiento de la ecuación financiera, pero esto se condiciona, por supuesto, a que se prueben todos los elementos que exige la configuración de la teoría de la imprevisión. -Si bien en el plenario está demostrado que el precio del asfalto aumentó desde la suscripción del contrato, encontrando su máximo incremento durante su ejecución, esta situación, por sí sola, no acredita que, para el caso concreto, el demandante se hubiese visto afectado, pues para demostrar el impacto que el aumento de los precios generó en la economía del contrato, era indispensable acreditar el valor real que le costó la adquisición de ese producto. En otras palabras, no bastaba con comprobar, a través de los listados de precios oficiales, el valor del asfalto para una determinada fecha, sino que debía demostrarse cuánto se pagó por él. (...) A pesar de que el recurrente aseveró que las actas de obra permitían demostrar el desequilibrio del contrato, lo cierto es que las mismas -actas de modificación de cantidades y acta de recibo final- solo enseñan que los ítems relacionados con el asfalto se pagaron al precio unitario originalmente pactado, sin que ello permita corroborar cuál fue la cantidad de asfalto que sufrió el alegado sobre costo, ni cuál fue la magnitud del mismo. Como no existe constancia real de la totalidad del asfalto adquirido por el contratista para la ejecución de la obra, no puede tenerse por cierta la invocada fractura del sinalagma contractual, por cuanto se desconoce por completo cuándo fue comprado y a cuánto ascendió su valor. (...) -En complemento con el argumento anterior, tampoco está demostrado que ese incremento en los precios fuera razonablemente imprevisible, ya que el contratista, como experto en el área de la construcción vial, debía contemplar la posibilidad de que los precios se incrementaran. (...) para acceder a la pretensión de restablecimiento, no era suficiente con demostrar que el precio oficial del asfalto fue uno al momento del cierre de la licitación, y que este era diferente al del momento en el que se celebró el contrato y al de la ejecución, en tanto se debía corroborar que tal acontecimiento rebosaba el alea normal del mercado y del contrato. Como no hay pruebas que demuestren que el incremento suscitado sobrepasó el riesgo asumido por el contratista, no es posible determinar la existencia de la ruptura de la economía del contrato. (...) -Ahora bien, no hay lugar a reconocer sobre costos por los aumentos en la distancia del transporte, ya que, en primer lugar, no se demostró que la totalidad del asfalto fuera comprado en una planta ubicada a 200 KM. (...) el aludido componente del transporte fue asumido íntegramente por el contratista bajo su propia responsabilidad, de suerte que, vistas y aceptadas las condiciones descritas en el pliego de condiciones respecto del acarreo de los materiales, era deber del proponente realizar los estudios adecuados para

determinar el lugar más favorable para la extracción de los materiales, e incluir los costos de su transporte en el precio unitario de cada ítem de la obra. En efecto, el INVÍAS fue claro cuando advirtió que no se reconocerían costos adicionales por el cambio de las canteras o sitios de extracción de insumos destinados a la ejecución del contrato, y que la búsqueda de tales fuentes debía correr enteramente por cuenta y riesgo del proponente. (...) En esa medida, se trataba de un riesgo que, además de haber sido asumido por el contratista desde la presentación de la oferta, era previsible para él, lo cual se opone a la naturaleza del desequilibrio contractual y a los presupuestos que deben cumplirse para su reconocimiento, en particular, la imprevisibilidad del hecho que lo causa y la anormalidad del mismo en relación con las condiciones propias del contrato y las expresamente asumidas al este celebrarse. Es importante aclarar que la configuración del desequilibrio económico del contrato no se presenta porque el INVÍAS, en un momento determinado, accedió a realizar un acuerdo conciliatorio con la unión temporal, el cual fue improbadado por el Juzgado Tercero Administrativo de Cúcuta (...), ya que el restablecimiento financiero del contrato demanda la concurrencia de ciertos requisitos, los cuales, en este caso, no fueron acreditados.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / IMPROCEDENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / INEXISTENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / INOPERANCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / PROCEDIMIENTO PARA EFECTIVIZAR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / PROTOCOLIZACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / REGULACIÓN JURÍDICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / REQUISITOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / FALTA DE PRUEBA / AUSENCIA DE PRUEBA

[N]o le asiste razón al recurrente, en cuanto a que debía operar el silencio administrativo positivo frente a las solicitudes relacionadas con el restablecimiento de la ecuación contractual, puesto que no está acreditada la existencia previa del derecho que se solicitaba, ni tampoco la protocolización exigida por el artículo 42 del C.C.A. Incluso, en el recurso, la parte actora dio entender que no realizó la protocolización, ya que, en su opinión, este no era un requisito indispensable para la configuración del acto administrativo ficto. (...) Además, aun cuando la Ley 80 de 1993, en el numeral 16 del artículo 25, hace referencia a una modalidad del silencio administrativo positivo, no reguló el procedimiento para su configuración, por lo que es necesario aplicar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 01 de 1984 (...) En consecuencia, y diferente a lo aseverado por el recurrente, para la configuración del silencio administrativo positivo establecido en la ley de contratación, es fundamental seguir el procedimiento definido en el artículo 42 del C.C.A., que exige la protocolización de la petición y la declaración jurada de no haber recibido respuesta oportuna. Como no existe prueba de haber obrado en ese sentido, e, incluso, hay manifestación expresa de no haberlo hecho, no es posible predicar la configuración del invocado silencio administrativo positivo.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 42 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 1 / LEY 80 DE 1993 -ARTÍCULO 25 NUMERAL 16

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2000, C.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Exp.: ACU-1199. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 29 de marzo de 2017, C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Exp.:25000-23-26-000-2006-01723-01(36714)A

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 54001-23-31-000-2010-00216-01(55541)

Actor: UNIÓN TEMPORAL OBRAS VIALES E.P. (CONFORMADA POR LAS SOCIEDADES EDIVIAL S.A. Y PROYEYCA LTDA.)

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS- Y LA NACIÓN- MINISTERIO DE TRANSPORTE

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia del 26 de febrero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander (fls. 578 – 598, c. ppl.), por medio de la cual se negaron las pretensiones.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El día 25 de junio de 2010, la Unión Temporal Obras Viales E.P., conformada por las sociedades EDIVIAL S.A. y PROYEYCA LTDA., presentó demanda (fls. 4 – 23, c1), en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en contra del Instituto Nacional de Vías y del Ministerio de Transporte, por considerar que en el contrato 1591 de 2007 se presentó la ruptura del equilibrio económico financiero, en atención a los incrementos en el precio del asfalto y a las mayores distancias de acarreo recorridas para el transporte de la mezcla asfáltica.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda:

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el día 25 de junio de 2010 (fls. 4 – 23, c1), la Unión Temporal Obras Viales E.P., conformada por las sociedades EDIVIAL S.A. y PROYEYCA LTDA., en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo -C.C.A.-, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, se dirigió en contra del INVÍAS y del Ministerio de Transporte, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

A) Pretensiones Principales:

Primero: Que se declare que entre los demandantes y el demandado ha existido un Contrato estatal de Obra, en las fechas y oportunidades señaladas, de acuerdo con los hechos y pruebas allegadas en la demanda y las que se deban de practicar en la oportunidad procesal debida.

Segundo: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la entidad demandada al pago de los dineros causados por concepto del desequilibrio económico presentado en el Contrato No. 1591 de 2007, causado por los incrementos inusitados y desproporcionados en el precio del asfalto y por las mayores distancias de acarreo recorridas para el transporte de la mezcla asfáltica.

a) Valor de la suma adeudada que asciende a TRESCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS (\$361.000.895,39) M/CTE, valor que se discriminará en forma concreta más adelante en el acápite de la Estimación de la Cuantía.

b) Valor de la actualización de las sumas netas que se deben, de acuerdo con el sistema, criterios y procedimientos que actualmente mantiene el Consejo de Estado sobre corrección monetaria, o un sistema, más óptimo, que por lo

menos compense la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por el lapso comprendido entre el desequilibrio económico e incumplimiento y la fecha probable de pago o, en su defecto por medio de otro procedimiento técnico – financiero que restablezca en forma definitiva el equilibrio económico contractual.

c) El valor del lucro cesante, de la suma de dinero actualizada, de conformidad con el literal anterior, por el espacio de tiempo comprendido entre la fecha en que se produjo el desequilibrio económico y el pago como recuperación del mismo. En el evento que éste no pudiere establecerse probatoriamente, se compense con los intereses fijados por las regulaciones que trae la ley 80 de 1993, en forma proporcional por meses, aplicando la tasa del interés a la cantidad actualizada, entre la fecha en que debió de restablecerse el equilibrio económico del contrato y la del pago efectivo.

Tercero: Que a sí [sic] mismo como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la entidad demandada contratante a indemnizar los perjuicios derivados de la renuencia a no establecer [sic] el equilibrio económico del contrato.

Cuarto: Condénese en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, de acuerdo a lo preceptuado en el Art. 171 del C.C.A., 79 [sic] Modificado [sic] por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998.

Quinto: Que se ordene el cumplimiento de la sentencia conforme a los artículos 176, 177, 178 del Código Contencioso Administrativo.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó: (i) que se declarara que el INVÍAS era responsable por los daños generados al contratista, por no haber hecho los trámites necesarios para restablecer la ecuación contractual, y (ii) que se declarara que el INVÍAS se había enriquecido sin justa causa, a expensas del patrimonio del demandante.

1.1 Los fundamentos de hecho:

El actor sustentó sus pretensiones en los fundamentos fácticos, que, en síntesis, se expresan a continuación:

El 12 de abril de 2007, el INVÍAS dio apertura a la licitación pública SRN-009-2007, que tenía por objeto mejorar y mantener las carreteras de la zona centro oriente del país, grupo 1. El módulo 2 del precitado proceso, que comprendía la zona Ocaña – Alto el Pozo, Ruta 70, Tramo 7008, fue adjudicado a la Unión Temporal Obras Viales E.P.

El 31 de julio de 2007, las partes suscribieron el contrato de obra pública 1591. El INVÍAS ordenó el inicio de su ejecución a partir del 25 de octubre de ese año, es decir, tres meses después de su perfeccionamiento.

Debido a daños en la carpeta de rodadura de la obra, las partes suscribieron dos actas de modificación de cantidades, el 25 de enero y el 25 de marzo de 2008.

El actor, por medio de la comunicación UT-O1591-27 del 12 de febrero de 2008, le informó al INVÍAS que se habían generado inconvenientes económicos, debido a que entre los años 2007 y 2008 se presentaron incrementos inesperados en los costos del asfalto, que era un material esencial para la ejecución del contrato. Incluso, este material hacía parte de los ítems "*Mezcla densa en caliente tipo MDC-2 (Incluye cemento asfáltico)*" y "*Mezcla densa en caliente para bacheo*", que representaban más del 65% del valor total de la obra. A pesar de esto, el INVÍAS nunca se pronunció frente a esta situación, por lo que era posible predicar la aplicación del silencio administrativo positivo.

Adicionalmente, por razones ajenas a la voluntad del contratista, se debió transportar la mezcla asfáltica desde distancias mayores a las previstas inicialmente. Si bien, en un principio, se había contemplado la posibilidad de utilizar mezclas asfálticas de plantas ubicadas a 135 KM de la obra, fue necesario transportar este insumo desde la ciudad de Cúcuta, lo cual incrementó el recorrido a 200 KM.

Aunque para la estructuración de la propuesta, el demandante valoró los precios históricos del asfalto hasta la fecha del cierre del proceso, los incrementos insólitos y exagerados en los precios de este material le resultaron imposibles de prever.

Inicialmente, en la etapa precontractual, el precio de la mezcla densa en caliente (MDC-2) fue estimado en un monto de \$176.539 por metro cúbico. Sin embargo, una vez se inició la ejecución del contrato, este precio osciló entre \$225.000 y 235.000. Además, y a partir de la información suministrada por ECOPETROL, en julio de 2007, fecha de suscripción del contrato, el precio del asfalto por tonelada

era de \$559.132, el cual fue incrementando, hasta alcanzar un valor de \$707.280 para octubre de 2007 -fecha en la que se inició la ejecución-. Estos precios siguieron aumentando, especialmente en enero y febrero de 2008.

Por medio de la comunicación UT-O1591-128 del 12 de febrero de 2008, la parte actora le solicitó al INVÍAS la prórroga del contrato, en atención a que durante los meses de noviembre y diciembre del año 2007 no hubo paso por el municipio de El Zulia, dificultando el tránsito normal de la mezcla asfáltica.

El contrato finalizó el 24 de abril del año 2008, y el acta de entrega y recibo final fue firmada el 29 de abril de 2008. En este documento, se facturó la suma de \$1.578'732.930, lo cual permitía colegir que quedó un saldo a favor de la entidad contratante igual a \$85'255.126, toda vez que el valor del contrato ascendía a la suma de \$1.663'988.056.

El actor le expresó a la accionada su voluntad de consignar en el acta de liquidación una salvedad, orientada a reservarse el derecho para reclamar ante la jurisdicción el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. No obstante, el INVÍAS no ha liquidado el contrato, y aparentemente ha optado por liquidarlo unilateralmente, *"[...] para no dejar que los contratistas expresen sus opiniones y su derecho a colocar en la liquidación los valores o pérdidas sufridas en la ejecución del contrato [...]"* (fl. 9, c1).

El INVÍAS, en el trámite de la conciliación prejudicial, decidió conciliar las pretensiones de la unión temporal, por la suma de \$70'666.270,78. Por lo tanto, el 21 de septiembre de 2009, se suscribió un acuerdo conciliatorio, el cual fue improbadado por el Juzgado Tercero Administrativo de Cúcuta, en tanto no se aportó el poder conferido al apoderado del INVÍAS.

1.2 Fundamentos de derecho:

Según el actor, en este caso se presentó la ruptura del equilibrio económico del contrato, pues los aumentos desproporcionados del precio del asfalto le representaron un detrimento patrimonial, que, al mismo tiempo, implicaron un enriquecimiento sin causa para el INVÍAS.

Por lo mismo, en los términos del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, era deber de la administración indemnizar la disminución patrimonial que se le causó al contratista, al igual que la ganancia o el beneficio que dejó de percibir.

Asimismo, invocó como fundamento de la demanda los artículos 5 y 54 de la Ley 80, al igual que la jurisprudencia del Consejo de Estado, relacionada con el equilibrio económico del contrato.

2. Actuaciones procesales en primera instancia:

A través del auto del 6 de julio de 2010 (fls. 260 – 261, c1), el Tribunal Administrativo de Norte de Santander admitió la demanda, y ordenó notificarla a los representantes legales de las entidades demandadas y al Ministerio Público, cancelar los gastos de notificación, fijar en lista el proceso por el término de 10 días, y reconocerle personería al apoderado de la parte actora. La demanda fue notificada al INVÍAS el 24 de agosto de 2010 (fl. 265, c1). Por su parte, el Ministerio de Transporte se notificó el 25 de agosto de ese año (fl. 264, c1).

2.1 Contestación de la demanda:

La Nación-Ministerio de Transporte contestó la demanda el día 21 de septiembre de 2010 (fls. 267 – 275, c1), oponiéndose a la totalidad de las pretensiones. En relación con los hechos, manifestó que no le constaban, dado que enunciaban situaciones extrañas a sus fines, funciones y propósitos.

Aseguró que no era responsable de los presuntos daños ocasionados a la parte actora, pues desde la expedición de los Decretos 2171 de 1992 y 2053 de 2003, el Ministerio de Transporte no tenía entre sus funciones reparar, construir o mantener vías públicas.

Luego de recapitular las funciones del ministerio, contenidas en el artículo 2 del Decreto 2053 de 2003, sostuvo que el INVÍAS era la única entidad llamada a responder en el presente proceso, puesto que es una entidad que goza de personería jurídica, y que tiene entre sus funciones celebrar los contratos necesarios para ejecutar las políticas del Gobierno Nacional relacionadas con la infraestructura vial. Como el contrato objeto de la controversia fue suscrito por el INVÍAS, era claro que se configuraba una falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con el Ministerio de Transporte.

Finalmente, afirmó que tampoco existía ninguna disposición jurídica o convencional que estableciera la solidaridad entre el Ministerio de Transporte y el INVÍAS, por los daños que este ocasionara, en relación con el ejercicio de sus funciones.

El 21 de septiembre de 2010, el INVÍAS contestó la demanda (fls. 280 – 290, c2), oponiéndose a las pretensiones de la misma. Frente a los hechos, aseguró que unos eran ciertos, mientras que otros no lo eran. Aclaró que el tiempo transcurrido entre la celebración del contrato y el inicio de su ejecución, obedeció a que no se había suscrito el contrato de interventoría correspondiente.

Igualmente, consideró que el contratista conocía de antemano los ítems que debía desarrollar en la ejecución del contrato, lo cual era suficiente para que actuara con prudencia y diligencia en la elaboración del presupuesto presentado en su propuesta, y más cuando los ítems más representativos eran los relacionados con el asfalto.

Para la accionada, como la unión temporal era una experta en la materia, debió evaluar con suficiente responsabilidad las variaciones en los precios que se podían llegar a presentar. Ciertamente, el actor solo estableció como imprevistos el 1% del valor del contrato, lo cual permitía colegir que este no previó ni asimiló los imprevistos que podían llegar a presentarse en cada uno de los ítems.

Afirmó que no había lugar a pagos adicionales por las mayores distancias de transporte de la mezcla asfáltica, ya que, según la interventoría, de la totalidad de mezcla, el 53% se transportó de una planta en Cúcuta, ubicada a 200 KM de la obra; el 17% de una planta ubicada a 80 KM, y el 30% restante de una planta ubicada a 8 KM. De este modo, el promedio ponderado de las distancias era igual a 122.6 KM, que era inferior a los 135 KM contemplados en la propuesta.

Aseveró que el aumento de los precios del asfalto para realizar las mezclas MDC-2 y para bacheo era razonablemente previsible, dado el comportamiento histórico de los precios de estos insumos.

Indicó que, si bien era cierto que ECOPETROL registró un aumento en los precios del asfalto, el contratista había recibido un anticipo del 40% del valor del contrato, por lo que este pudo comprar gran parte de la mezcla desde el inicio de la ejecución, y más cuando observó los incrementos en los precios del asfalto. Así, el contratista no fue diligente en el manejo del anticipo.

Destacó que no era cierto que la restricción vehicular invocada por el actor ocurriera entre noviembre y diciembre de 2007, dado que, según la Resolución 181 de 2008, tal cierre se presentó entre el 23 de enero y el 15 de febrero de 2008.

Finalmente, consideró que el pliego de condiciones de la licitación SRN-009-2007, que era ley para las partes, no contempló la posibilidad de ajustar los precios, por lo que esto no era posible.

Vencido el período probatorio, en el auto del 31 de julio de 2013 (fl. 553, c3), el Tribunal Administrativo de Norte de Santander corrió traslado a las partes, por el término de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

El 29 de agosto de 2013, el INVÍAS presentó sus alegaciones finales (fls. 555 – 565, c3), reiterando los argumentos de la contestación. Adicionalmente, sostuvo que el actor no aportó las facturas de compra correspondientes, con las cuales

acreditara cuándo y a qué precio compró la mezcla asfáltica. Para la demandada, no era suficiente con indicar cuál había sido la evolución del precio del asfalto, sino que debían probarse las condiciones en las que se adquirió dicho insumo. Incluso, era posible que el demandante hubiera comprado todo el asfalto desde el inicio del contrato, pero pretendiera en esta instancia judicial acceder al pago de un incremento. Finalmente, solicitó que no se valoraran las certificaciones aportadas por la unión temporal, con las cuales pretendía acreditar los sobrecostos derivados del transporte, por cuanto las mismas no estaban firmadas.

La parte actora y el Ministerio de Transporte guardaron silencio.

El Ministerio Público rindió su concepto el 18 de septiembre de 2013 (fls. 573 – 576, c3), afirmando que la variación en los precios del asfalto produjo el rompimiento del equilibrio económico del contrato 1591 de 2007; por lo mismo, solicitó que se concedieran las pretensiones.

3. La sentencia impugnada:

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander profirió la sentencia del 26 de febrero de 2015 (fls. 578 – 598, c. ppl.), en la que decidió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción [sic] FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, respecto de La Nación-Ministerio de Transporte, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: DEVUÉLVASE a la parte actora la suma consignada como gasto del proceso o su remanente.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE el expediente.

Para sustentar esta determinación, en primer término, resolvió la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Transporte, considerando que, en efecto, desde la creación del INVÍAS a partir del Decreto 2171 de 1992, esta entidad se convirtió en la única encargada de realizar

las actuaciones administrativas relacionadas con la construcción, mantenimiento y conservación de las carreteras nacionales. Sumado a ello, como el contrato fue suscrito por el INVÍAS, que goza de personería jurídica, solo él “[...] *debía comparecer al proceso para defender la juridicidad de sus actuaciones y, eventualmente, asumir las responsabilidades a las que hubiere lugar*” (fl. 585, c. ppl.).

Al analizar el caso concreto, aseguró que la parte actora no demostró la ruptura del equilibrio económico del contrato, pues solo se limitó a señalar que se presentaron aumentos en los precios del asfalto y mayores distancias para el transporte de la mezcla, sin que aportara pruebas que permitieran demostrar los supuestos sobrecostos en los que incurrió ni los perjuicios que se le causaron.

Luego de recapitular la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con el equilibrio económico del contrato y con el régimen jurídico del contrato de obra a precios unitarios, afirmó que el rompimiento de la ecuación financiera demandaba la concurrencia de varios requisitos, entre ellos, la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria, y la prueba de una pérdida real, grave y anormal de la economía del contrato.

Asimismo, indicó que la teoría de la imprevisión exigía que el hecho que la generara fuera imprevisto, esto es, que al momento de celebrar el contrato no pudiera preverse su ocurrencia, y que dicha situación representara una mayor onerosidad para una de las partes del contrato. De este modo, el actor no logró probar los perjuicios relacionados con el valor del asfalto, debido a que, si bien estaba demostrado que los precios de este material incrementaron entre la época de presentación de la propuesta y el inicio de la obra, también era cierto que el pliego de condiciones estableció que el contratista debía conseguir todos los materiales y suministros para la construcción de las obras, y que debía mantener las cantidades suficientes para no retrasar el avance en los trabajos.

Para el *a quo*, la parte demandante debió comprar suficiente asfalto al observar el aumento en su precio, y como no lo hizo, pese a que se le entregó un anticipo del 50%, y a pesar de que el asfalto podía conservarse por un prolongado período de

tiempo, no cumplió con los presupuestos necesarios para que operara el restablecimiento del sinalagma contractual.

Además, reiteró que, si bien era cierto que el precio del asfalto aumentó considerablemente, no se acreditó en qué momento fue comprado por el contratista, ni cuánto pagó por él, lo cual impedía verificar que dicho aumento le hubiera generado algún perjuicio. En otros términos, no se demostró el daño que se pretendía indemnizar.

Finalmente, señaló que tampoco era procedente declarar la ruptura de la ecuación contractual en atención a las mayores distancias en el transporte de la mezcla asfáltica, porque en el pliego de condiciones se había definido que el INVÍAS no reconocería costos adicionales, ni pagaría por separado el transporte de los materiales, ya que esto debió incluirse dentro del análisis de precios unitarios.

4. Recurso de apelación:

El 3 de septiembre de 2015, la parte demandante interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander (fls. 601 – 629, c. ppl.), solicitando que la decisión fuera revocada, y que, en su lugar, se concedieran las pretensiones.

En primer término, el recurrente aseveró que, por costumbre contractual, los proponentes establecen como imprevistos el 1% del valor total de la oferta, por lo que este hecho no le podía ser reprochado; asimismo, insistió en que el aumento del precio del asfalto no era previsible, ya que, en todo caso, dicho incremento fue superior al 100% del valor inicialmente pactado. Por último, aseguró que era ilógico que se comprara todo el asfalto desde el inicio del contrato, ya que esto iba en contra de los cronogramas preestablecidos, y desconocía el hecho de que el contrato inició de forma tardía por culpa del INVÍAS.

Afirmó que, si bien era cierto que en los precios unitarios del contrato se valoró el transporte de los materiales, solo se contempló un acarreo de mezcla densa en

caliente de 135 KM, por lo que, una vez incrementada esta distancia, se le debieron reconocer y pagar los sobrecostos por el transporte.

Indicó que la sentencia de primera instancia incurrió en un defecto fáctico por valoración defectuosa de las pruebas, ya que no hizo alusión a muchas de ellas, y basó su decisión en hechos que no se relacionaban con la realidad del contrato. Sostuvo que era un error del tribunal *a quo* que condicionara la prosperidad de las pretensiones a la ausencia de facturas, que demostraran en qué momento y por cuál valor se compró el asfalto empleado en el contrato, puesto que en materia de contratación estatal “[...] *no se habla de facturas*” (fl. 617, c. ppl.), y el desequilibrio se demostró a partir de otros documentos y testimonios obrantes en el proceso.

Para el actor, las actas de obra son el medio de verificación de la ejecución del objeto contractual, por lo que con ellas se puede constatar cualitativa y cuantitativamente el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista. Por lo mismo, es lógico que con este documento también se pudieran comprobar los sobrecostos en los que incurrió el contratista.

Reiteró que es deber de la administración restablecer la ecuación económica del contrato, cuando la misma se vea alterada de manera grave a raíz de situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles, y posteriores a la celebración del contrato.

Argumentó que el INVÍAS no pudo probar la no ruptura del equilibrio financiero del contrato, ya que, por el contrario, estaba acreditado el aumento en los precios del asfalto y, por ende, la fractura de la ecuación contractual.

Como el INVÍAS no respondió, dentro del término legal, los oficios con radicado UT O1591-027 y UT O1591-028 del 12 de febrero de 2008, por medio de los cuales se solicitó el reajuste de los precios del asfalto, se configuró el silencio administrativo positivo, que le concedía al contratista el derecho a que se le reestableciera el equilibrio económico del contrato. Este derecho, precisó, no se condicionaba a la protocolización del acto administrativo ficto.

5. Trámite en segunda instancia:

Por medio del auto del 9 de septiembre de 2015 (fl. 631, c. ppl.), el tribunal *a quo* concedió el recurso, y remitió el expediente a esta Corporación para que decidiera sobre su admisibilidad.

En auto del 29 de octubre de 2015 (fls. 636 - 637, c. ppl.), el despacho admitió el recurso de apelación. Luego, a través de providencia del 19 de noviembre de 2015 (fl. 639, c. ppl.), se corrió traslado a las partes, por el término de 10 días, para que presentaran sus alegaciones finales. Vencido dicho término, se debía dar traslado al Ministerio Público para que rindiera su concepto, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 212 del C.C.A. Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (fl. 640, c. ppl.).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado:

Como la demanda se instauró ante esta jurisdicción en el año 2010, se rige por lo prescrito en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, por cuanto la Ley 1437 de 2011, según su artículo 308, entró a regir el día 2 de julio de 2012. Debe recordarse que, en virtud del inciso tercero de la precitada disposición, *“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”*.

De este modo, el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, en los términos del artículo 129 del C.C.A., modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

Por otra parte, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, y este por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzgaría las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. De esta manera, como el INVÍAS es un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Transporte, es una entidad pública del nivel nacional.

También le asiste competencia a la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, por tratarse de un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de doble instancia en razón de la cuantía, dado que la pretensión mayor (numeral 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil) excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de presentación de la demanda¹.

2. Legitimación en la causa:

2.1 Por activa:

La Sala encuentra que, tanto el representante de la unión temporal -obrando en dicha calidad-, como los representantes legales de las sociedades que la conforman, le otorgaron poder al apoderado para interponer la presente demanda (fls. 1 – 3, c1). Por lo mismo, y en los términos de la jurisprudencia contenida en la Sentencia de Unificación del 25 de septiembre de 2013², se entiende que la unión temporal goza de capacidad para obrar en este proceso.

¹ El salario mínimo vigente en Colombia para el 25 de junio de 2010, fecha de presentación de la demanda, era de \$515.000 (que, multiplicado por 500, arroja como resultado: \$257.500.000). En las pretensiones, la parte actora solicitó como pretensión mayor la suma de \$361.000.895,39, monto que supera los 500 salarios mínimos exigidos por la norma para la segunda instancia.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 25 de septiembre de 2013, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 25000-23-26-000-1997-03930-01 (19.933). En esta providencia, se precisó: *“A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales–, también se encuentran facultados para*

Bajo estos términos, la Unión Temporal Obras Viales E.P. se encuentra legitimada en la causa por activa, toda vez que fue la contratista del contrato cuyo desequilibrio económico se debate.

2.2 Por pasiva:

El INVÍAS está legitimado en la causa por pasiva, al ser la entidad contratante del contrato objeto de la controversia. Si bien en el recurso de apelación no se cuestionó la decisión del tribunal *a quo* de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva frente al Ministerio de Transporte, lo cierto es que esta entidad, al no ser parte del contrato 1591 de 2007, carece de legitimación pasiva para actuar en el proceso.

3. Ejercicio oportuno de la acción:

La caducidad es la consecuencia jurídica prevista en la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda, pudiendo ser declarada, incluso, de oficio.

El numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establece que la acción de controversias contractuales caducará en el término de 2 años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En relación con los contratos que requieren de liquidación, el literal d) del precitado numeral prescribe: *“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*

concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatio ad processum-, por intermedio de su representante”.

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”.

La cláusula vigésimo segunda del contrato 1591 de 2007 indicaba que: *“El presente contrato será objeto de liquidación de conformidad con lo previsto en los Artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, procedimiento que deberá efectuarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o la fecha del acuerdo que así lo disponga”* (fl. 179, c1).

De esta forma, como el plazo del contrato objeto de análisis venció el 24 de abril de 2008, el término para liquidarlo bilateralmente culminó el 25 de agosto de ese año. A partir de ese momento, inició el término para liquidarlo unilateralmente, hasta el 26 de octubre de 2008. Como no hay prueba de que el contrato fuese liquidado bilateral o unilateralmente, el término de caducidad comenzó a correr el 27 de octubre de 2008, terminando el 27 de octubre de 2010. Como la demanda se interpuso el 25 de junio de 2010, puede colegirse que se presentó de manera oportuna. Lo anterior, sin considerar la suspensión del término por virtud del trámite de la conciliación extrajudicial.

4. Hechos probados y material probatorio relevante:

En el *sub-lite* se aportó el siguiente material probatorio, que resulta relevante para el estudio del caso. Es de aclarar que, para estos efectos, la Sala valorará las copias simples aportadas al proceso, toda vez que no fueron tachadas de falsas en el desarrollo del mismo. Lo anterior, en cumplimiento de la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2013, expedida por la Sala Plena de la Sección Tercera³.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2013, C.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 05001-23-31-000-1996-00659-01 (25.022).

4.1 En el expediente reposa el pliego de condiciones de la licitación SRN-009-2007 (fls. 291 – 398, c2), que en el numeral 3.8.3, aspectos a considerar en el valor de la propuesta, expresó:

El proponente en caso de encontrar condiciones favorables, establecerá fuentes de materiales ya legalizadas ante las autoridades mineras y ambientales, ubicadas en el área de influencia de las obras a ejecutar; [sic] De no lograrlo, establecerá las fuentes de materiales que cumplan con los requisitos de calidad y volumen necesarios y dará cumplimiento a lo establecido para la obtención de los permisos y licencias ante las autoridades competentes en el plazo establecido para este propósito. El Instituto no reconocerá costos adicionales por el cambio de dichas fuentes de materiales o por las actividades propias de la obtención de los permisos requeridos.

El proponente establecerá las fuentes de materiales que, en caso de resultar favorecido, utilizará en la ejecución de la obra; por lo tanto, el Instituto no reconocerá costos adicionales por el cambio de dichas fuentes materiales. [...] Así mismo, los correspondientes precios unitarios deberán cubrir, entre otros, todos los costos de explotación incluidos tasas, regalías, arrendamientos, servidumbres, producción, trituración, clasificación, transporte, almacenamiento, cargue y descargue de los materiales.

El costo de todos los acarreos de los materiales, tales como el asfalto, emulsión asfáltica y los materiales pétreos utilizados en la construcción de afirmado, subbase, base, concreto asfáltico, concretos hidráulicos y obras de arte, deberá incluirse dentro de los análisis de precios unitarios respectivos, toda vez que no habrá pago por separado para el transporte de los mismos.

Los materiales, suministros y demás elementos que haya de utilizarse en la construcción de las obras, deberán ser los que se exigen en las especificaciones y adecuados al objeto a que se destinen. Para los materiales que requieran procesamiento industrial, éste deberá realizarse preferiblemente con tecnología limpia. La totalidad de sus costos deberán estar incluidos en los ítems de pago de las obras de que trata la presente licitación pública. El proponente favorecido con la adjudicación del contrato se obliga a conseguir oportunamente todos los materiales y suministros que se requieran para la construcción de las obras y a mantener permanentemente una cantidad suficiente para no retrasar el avance de los trabajos.

El Instituto no aceptará ningún reclamo del constructor, por costos, plazos, falta o escasez de materiales o elementos de construcción, o por cualesquiera de los eventos contemplados en este numeral (fls. 338 - 339, c2).

Adicionalmente, el pliego establecía que los proponentes debían inspeccionar y examinar el sitio y los alrededores de la obra, con el fin de definir, entre otras cuestiones, la localización y naturaleza de la misma y la de los materiales necesarios para su ejecución, transporte y mano de obra, así como las fuentes de los materiales y las vías de acceso. Era responsabilidad de los proponentes

conocer las condiciones bajo las cuales se ejecutaría el contrato, así como los riesgos previsible, pues el desconocimiento de los mismos no serviría de excusa para reclamaciones posteriores.

En el numeral 5.15, cantidades de obra, se precisó que el contratista debía ejecutar las mayores cantidades de obra a los mismos precios presentados en la propuesta, salvo que acontecieran circunstancias imprevisibles que afectaran el equilibrio del contrato. Finalmente, en el numeral 5.19, ajustes de precios, se estipuló que el procedimiento de selección del contratista no estaría sujeto a ningún tipo de ajuste de precios.

4.2 El 31 de julio de 2007, el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Obras Viales E.P. suscribieron el Contrato 1591 (fls. 171 – 181, c1), que tenía por objeto mejorar y mantener las carreteras de la zona centro oriente del país, grupo 1; en particular, el módulo 2, que comprendía el sector Ocaña – Alto el Pozo, ruta 70, tramo 7008. En la cláusula segunda se reguló el valor del contrato, estableciendo que el mismo sería “[...] *la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas, por los precios unitarios estipulados en la propuesta del CONTRATISTA [...]. Las cantidades de obra son aproximadas y por lo tanto se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra y tales variaciones no viciarán ni invalidarán el contrato [...]*”. En todo caso, se estimó el precio en la suma de \$1.663'988.056. De igual manera, las partes pactaron un A.I.U. del 30%, discriminado así: administración del 24%, imprevistos del 1% y utilidad del 5%.

Según la cláusula cuarta, el plazo del contrato sería de 5 meses. Asimismo, en la cláusula sexta se precisó que las obras objeto del contrato se realizarían de acuerdo con el programa de inversiones presentado por el contratista, el cual debía ser aprobado por el subdirector de la Red Nacional de Carreteras, la interventoría y los supervisores. Cualquier modificación del programa de inversiones requería de la aprobación de estos y, en todo caso, no podía implicar una modificación del valor o del plazo del contrato, salvo la previa suscripción de una adición o de una prórroga.

En la cláusula novena se dispuso que la entidad podría entregar un anticipo de hasta el 40% del valor total del contrato, porcentaje que aumentó al 50% debido a la modificación del 20 de noviembre de 2007 (fls. 185 – 186, c1).

4.3 El 1 de agosto de 2007, se expidió el anexo 5 del contrato, denominado “Análisis de Precios Unitarios” del ítem Mezcla densa en caliente tipo MDC-2 (fl. 187, c1), en el cual se estableció que el precio unitario de este ítem sería de \$450.000. Para calcularlo, se sumaron cinco sub ítems (equipo, materiales en obra, transportes, mano de obra y costos indirectos). En el sub ítem denominado “MATERIAL EN OBRA” se indicó que esta mezcla, que se medía en metros cúbicos, tenía un precio unitario de \$176.539, que, al multiplicarlo por la cantidad - 1,250-, arrojaba como valor unitario la suma de \$220.673,75. Además, el sub ítem III, “TRANSPORTES”, tenía un precio unitario de \$538,46, que multiplicado por la cantidad -1,250- y por la distancia -135 KM-, arrojaba como resultado la suma de \$90.865,13.

No obstante, en el expediente reposa otro anexo 5, del 12 de febrero de 2008 (fl. 188, c1), en el cual se modificó la anterior información, así:

[...] II. MATERIALES EN OBRA

Descripción	Unidad	Precio-Unit	Cantidad	Valor-Unit	
MEZCLA DENSA MDC-2	M3	\$230.000,00	1,250	\$287.500	
				Sub-Total	\$287.500,00

III. TRANSPORTES

Material	Vol-peso o Cant.	Distancia	M3-Km	Tarifa	Valor-Unit.	
MEZCLA DENSA EN CALIENTE	1,250	200	\$538,46		\$134.615,00	
					Sub-Total	\$134.615,00

[...]

Precio unitario total aproximado al peso	\$593.749
--	-----------

A pesar de esto, tanto en las actas de modificación de cantidades, como en el acta de entrega final, no se valoró este último precio, ya que se conservó el precio unitario indicado inicialmente, esto es, \$450.000.

También se encuentra el anexo 5 del ítem denominado mezcla densa tipo MDC-2 para bacheo, del 1 de agosto de 2007 (fl. 444, c2), que definía un precio unitario de \$470.000.

4.4 Las partes suscribieron las actas de modificación de cantidades de obra del 25 de enero de 2008 (fl. 189, c1), del 25 de marzo de 2008 (fl. 190, c1) y del 18 de abril de 2008 (fl. 191, c1), en las cuales se modificaron, entre otras, las cantidades de los ítems denominados “*Mezcla densa en caliente tipo MDC-2*” y “*Mezcla densa en caliente para bacheo*”. En estos documentos, se contemplaron como precios unitarios los montos de \$450.000, para el primer ítem señalado, y \$470.000, para el segundo.

4.5 El 12 de febrero de 2008, la parte actora le envió al INVÍAS la comunicación con radicado UT-O1591-027 (fl. 191, c1), en la cual señaló:

[...] Por medio de la presente solicito muy respetuosamente se estudie la posibilidad de realizar ajuste al precio de Mezcla Densa en caliente tipo MDC-2 y Mezcla densa en Caliente para Bacheo, lo anterior debido a que el precio contenido en el unitario presentado en la licitación pública SRN-009-2007 con fecha de cierre Mayo 02 de 2007 es de \$176.539,00 con una distancia de acarreo de 135Km. Hoy y transcurridos 10 meses desde la presentación de la propuesta económica, el precio de la mezcla densa en caliente tipo MDC-2 es de \$230.000,00 precio que se puede constatar en la zona, adicionalmente a lo anterior las plantas del sector donde se previo [sic] adquirir la mezcla, no cuentan con la capacidad suficiente de suministro por lo tanto el acarreo se aumento [sic] en 65 Km, ya que la mezcla se está transportando desde la ciudad de Cúcuta.

Lo anterior ha generado inconvenientes económicos en la UNIÓN TEMPORAL, ya que los tiempos de viaje y los constantes cierres del paso de vehículos por el puente del río Zulia han generado demoras y sobrecostos no contemplados en el inicio del proceso licitatorio [...].

4.6 El 12 de febrero de 2008, el contratista le envió a la demandada la comunicación con radicado UT-O1591-028 (fl. 192, c1), por medio de la cual le solicitó prorrogar el contrato por el término de dos meses, debido a los retrasos

que generó el cierre del puente ubicado en el municipio de El Zulia, que comunica a Cúcuta con el occidente del departamento. En atención a esto, las partes suscribieron el Adicional No. 01 del 19 de marzo de 2008 (fls. 193 – 194, c1), por medio del cual prorrogaron el plazo en 1 mes, hasta el 24 de abril de 2008.

4.7 Las partes suscribieron el acta de entrega y recibo definitivo de la obra el 29 de abril de 2008 (fls. 195 – 197, c1), en la que se estipuló que el valor total ejecutado ascendió a la suma de \$1.578'732.930.

4.8 ECOPETROL expidió los documentos denominados “*Productos Petroquímicos*” (fls. 201 – 218, c1), en los que registró los precios vigentes para diferentes materiales, entre ellos, el asfalto, desde febrero de 2007 y hasta mayo de 2008. Según estos documentos, el precio del asfalto por tonelada, tanto facturado de contado, como a 30 días, comenzó a incrementarse desde septiembre de 2007, alcanzando un precio de \$916.295 (el máximo registrado) en febrero de 2008.

Adicionalmente, por medio del oficio con radicado 2-2013-005-8462 del 9 de abril de 2013 (fls. 540 – 541, c3), ECOPETROL certificó los precios del asfalto por tonelada, desde febrero de 2007 y hasta marzo de 2008:

FECHA	PRECIO (CONTADO)	PRECIO (CRÉDITO)
feb-07	559.925	564.404
mar-07	579.504	584.140
abr-07	575.013	579.614
may-07	592.396	579.135
jun-07	574.441	579.037
jul-07	559.133	563.606
ago-07	584.529	589.205
sep-07	642.982	648.126
oct-07	707.280	712.938
nov-07	742.644	748.585
dic-07	816.908	823.443
ene-08	898.599	905.788
feb-08	909.023	916.295
mar-08	850.772	857.578

4.9 La unión temporal aportó la cotización del 27 de noviembre de 2007 (fl. 219, c1), expedida por la sociedad Vergel & Castellanos S.A., en la que se indicaba que

esta sociedad vendía la mezcla densa en caliente tipo MDC-2 a \$220.000, por metro cúbico, precio que se mantendría siempre que ECOPETROL no decretara alzas en los insumos.

Además, aportó una certificación, del 19 de febrero de 2008, expedida por RETROMÁQUINAS S.A. (fl. 220, c1), en la que se señalaba: “*RETROMÁQUINAS S.A. actualmente esta [sic] suministrando mezcla densa en caliente MDC-2 a UNIÓN TEMPORAL OBRAS [...] VIALES E.P. [...] a un precio unitario de DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS MCTE (\$235.000) antes de IVA. M3. [sic] puesto en planta de producción*”.

Aportó también la comunicación con radicado UT-0356-7 del 5 de diciembre de 2007 (fl. 221, c1), a través de la cual la Unión Temporal Mantenimiento 2005 le informó a la actora que, debido a las festividades navideñas, y a los compromisos que había adquirido con el INVÍAS, no estaba en la capacidad de realizarle despachos de materiales pétreos ni de mezcla asfáltica durante los meses de diciembre de 2007 y enero de 2008. No obstante, el encabezado de este documento hacía mención del contrato 2187, sin referirse al que es objeto de estudio.

4.10 En el expediente reposa la bitácora de la obra (fls. 400 – 429, c2), la cual fue elaborada por la interventoría. En este documento se señala, entre otros asuntos, que la mezcla asfáltica utilizada por el contratista fue transportada de diferentes plantas, entre ellas, la Morrison (ubicada a 4 horas de la obra) y la de RETROMÁQUINAS, en Cúcuta. Además, obra en el proceso la comunicación con radicado OCA-M 002-07 del 26 de noviembre de 2007 (fl. 430, c2), en la que el ingeniero residente de la parte actora le remitía a la interventoría copia del diseño Marshall para mezcla densa en caliente para los materiales producidos en la Planta Viascol Ltda.

4.11 El INVÍAS expidió la Resolución 181 del 22 de enero de 2008 (fls. 445 – 446, c2), por medio de la cual se restringió la circulación vehicular para vehículos de tres o más ejes por el puente Ospina Pérez sobre el río Zulia de la carretera

Sardinata – Cúcuta, ruta 7009, desde el 23 de enero y hasta el 15 de febrero de 2008.

4.12 Según la relación de pagos del contrato 1591 de 2007 (fl. 473, c2), expedida por el área de tesorería del INVÍAS, al contratista se le entregó un anticipo de \$661.524.303,60, el cual fue consignado el 31 de octubre de 2007.

5. El equilibrio económico del contrato:

El equilibrio económico del contrato es una figura consagrada en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual *“[e]n los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre [los] derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”*.

Adicionalmente, la conmutatividad económica del contrato encuentra su fundamento en los artículos 4 y 5 de la Ley 80, que regulan los derechos y los deberes de la entidad estatal y del contratista. Ciertamente, el artículo 4 establece que la entidad pública podrá solicitar la actualización o revisión de precios cuando ocurran fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato. De igual manera, podrá adoptar las medidas necesarias para mantener, durante el desarrollo y ejecución del contrato, las condiciones económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar, dependiendo de si se surtió o no un procedimiento de selección.

Por su parte, el artículo 5 determina que el contratista tiene derecho a que se le pague la remuneración de manera oportuna, y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. Por lo tanto, la Administración deberá restablecer el equilibrio de la ecuación contractual a un punto de no pérdida, cuando se presenten situaciones imprevistas e inimputables al contratista.

La jurisprudencia de esta Subsección ha explicado esta figura en los siguientes términos:

[...] si bien es cierto que, en principio, en materia de contratos funge el principio del pacta sunt servanda, esta exigencia de cumplimiento exacto de lo pactado, opera en la medida en que las condiciones existentes al momento de celebrar el contrato, se mantengan incólumes, por lo que se recurrió al principio del rebus sic stantibus, conforme al cual, las condiciones originales del contrato se deben mantener, siempre y cuando se conserve durante la etapa de ejecución o cumplimiento la situación de cargas y beneficios que soportaban las partes en el momento de su celebración, pero no se puede ni debe mantener, cuando esa situación sufre modificaciones entre el momento en que se trabó la relación negocial y una época posterior durante la ejecución del contrato; con fundamento en dicho principio, se abrió paso el derecho de la parte afectada por una situación imprevista y sobreviniente durante la ejecución de las prestaciones, a que se le restablezca la ecuación contractual, cuando haya sido gravemente afectada⁴.

Es de precisar que no cualquier situación fractura la ecuación contractual, en tanto ello exige la concurrencia de ciertos presupuestos, los cuales se explicarán a continuación.

El primero de ellos consiste en la ocurrencia, con posterioridad a la celebración del contrato, de un hecho anormal, extraordinario y excepcional, o a la expedición, por parte de la entidad contratante -en ejercicio de sus funciones administrativas-, de una medida de carácter general que afecte a su propio contratista, o de un acto contractual en ejercicio del *ius variandi*. Por ello, la entidad estatal no tiene la obligación de reconocer las pérdidas causadas por *aleas* normales u ordinarias, pues todo negocio contempla riesgos inherentes a la actividad contractual, que el contratista, en razón de su profesión, oficio y actividad habitual, está en el deber de conocer y de prever.

Se aclara que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que no es suficiente con que dichas situaciones se presenten, puesto que estas deben, además, hacer significativamente más gravosa la ejecución del contrato. En concreto, la Subsección A ha sostenido:

Por otra parte, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de agosto de 2020, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 05001-23-31-000-2006-03354-01 (46.057).

*mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato (subraya fuera de texto)*⁵.

Asimismo, el hecho en cuestión debe rebasar lo que normalmente las partes hubiesen podido prever al momento de suscribir el contrato, y de efectuar la correspondiente estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. Bajo esta lógica, solo dará lugar al rompimiento del sinalagma contractual aquellos riesgos que no fueron valorados en la etapa precontractual, o que desbordaron aquellos que lo fueron.

Ahora bien, el hecho anormal debe ser inimputable a la parte que lo alega. Como la obligación de restablecer la ecuación contractual se fundamenta en hechos ajenos a las partes, o en expresiones de poder de la Administración, no es procedente cuando el desequilibrio es causado por actuaciones del contratista. Lo anterior, con fundamento en el aforismo latino *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede alegar a su favor su propia culpa).

Finalmente, el *alea* debe ser sobreviniente, imprevisto o imprevisible -no necesariamente en sus causas sino en sus efectos-, es decir, se debe presentar con posterioridad a la celebración del contrato, debe tratarse de un hecho que no fue previsto por el afectado a la hora de proponer o de contratar y que, además, no era razonablemente previsible.

6. La teoría de la imprevisión:

La jurisprudencia de esta Corporación ha destacado que la ruptura de la ecuación contractual, como se enunció anteriormente, se presenta: (i) por expresiones lícitas de la entidad contratante, bien sea en ejercicio de sus funciones (hecho del príncipe), o en el marco de competencias contractuales (*ius variandi*), o (ii) por situaciones ajenas a las partes (imprevisión).

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de febrero de 2013, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 76001-23-31-000-1999-02622-01 (24.996).

La teoría de la imprevisión se relaciona con hechos de diversa índole, que no se previeron al momento de celebrar el negocio jurídico, y que, al presentarse, agravan -mas no imposibilitan- la ejecución del contrato. Según la jurisprudencia de esta Sala ⁶, dicha teoría se presenta cuando hechos extraordinarios, sobrevinientes a la celebración del contrato, y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, afectan de manera grave el cumplimiento de las obligaciones, haciendo mucho más onerosa su ejecución para una de ellas. Son, por ello, requisitos para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato, que dé lugar al reconocimiento de los mayores costos a favor de la parte afectada, los siguientes:

1) Que, con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho ajeno a las partes, no atribuible a ninguna de ellas. 2) Que ese hecho altere, de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya un alea extraordinaria. 3) Que esa nueva circunstancia no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes. 4) Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite.

En cuanto a las consecuencias económicas de la teoría de la imprevisión, se tiene que cuando se produce un hecho que encaja en la misma, la parte afectada tendrá derecho únicamente al reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir por causa de esos hechos imprevistos, por cuanto el evento extraordinario que afecta de manera grave la ecuación contractual, es ajeno a las dos partes, es decir, que no le es atribuible ni al contratista afectado, ni a la Administración contratante, quien, por lo tanto, también es sorprendida por ese hecho inesperado y también resulta afectada, en la medida en que se ve amenazada la correcta ejecución del contrato.

7. Caso concreto:

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 31 de enero de 2019, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 25000-23-26-000-2003-00650-01 (37.910).

Teniendo presente las anteriores consideraciones, le corresponde a la Sala determinar si se presentó la ruptura del equilibrio económico del contrato 1591 de 2007, en atención a los incrementos del precio del asfalto, y a las mayores distancias en el transporte de la mezcla asfáltica.

En principio, debe precisarse que, efectivamente, el aumento desmesurado y absolutamente imprevisible de los insumos que componen los precios unitarios podría dar lugar al rompimiento de la ecuación financiera, pero esto se condiciona, por supuesto, a que se prueben todos los elementos que exige la configuración de la teoría de la imprevisión.

-Si bien en el plenario está demostrado que el precio del asfalto aumentó desde la suscripción del contrato, encontrando su máximo incremento durante su ejecución, esta situación, por sí sola, no acredita que, para el caso concreto, el demandante se hubiese visto afectado, pues para demostrar el impacto que el aumento de los precios generó en la economía del contrato, era indispensable acreditar el valor real que le costó la adquisición de ese producto. En otras palabras, no bastaba con comprobar, a través de los listados de precios oficiales, el valor del asfalto para una determinada fecha, sino que debía demostrarse cuánto se pagó por él.

Aunque el actor aportó una cotización, expedida por la sociedad Vergel & Castellanos S.A., en la que se señaló que el valor unitario por metro cúbico de la mezcla densa en caliente tipo MDC-2 era de \$220.000 (fl. 219, c1), este documento no demuestra si el contratista, efectivamente, compró este material, ni tampoco las cantidades y los tiempos en los que lo hizo.

Sumado a ello, la certificación realizada por RETROMÁQUINAS S.A., en la que se aseguró que esta sociedad le suministraba al contratista mezcla asfáltica a un precio de \$235.000 por metro cúbico (fl. 220, c1), tampoco tiene la virtualidad de probar cuál fue el daño causado al demandante, ya que no se especificó cuál fue la cantidad adquirida, ni las demás condiciones de la compra.

A pesar de que el recurrente aseveró que las actas de obra permitían demostrar el desequilibrio del contrato, lo cierto es que las mismas -actas de modificación de

cantidades y acta de recibo final- solo enseñan que los ítems relacionados con el asfalto se pagaron al precio unitario originalmente pactado, sin que ello permita corroborar cuál fue la cantidad de asfalto que sufrió el alegado sobrecosto, ni cuál fue la magnitud del mismo.

Como no existe constancia real de la totalidad del asfalto adquirido por el contratista para la ejecución de la obra, no puede tenerse por cierta la invocada fractura del sinalagma contractual, por cuanto se desconoce por completo cuándo fue comprado y a cuánto ascendió su valor.

-En complemento con el argumento anterior, tampoco está demostrado que ese incremento en los precios fuera razonablemente imprevisible, ya que el contratista, como experto en el área de la construcción vial, debía contemplar la posibilidad de que los precios se incrementaran. El pliego de condiciones había establecido que era deber del eventual contratista inspeccionar y examinar el sitio de la obra y sus alrededores, con el fin de informarse, en general, de “[...] *todas las circunstancias que [pudieran] afectar o influir en el cálculo del valor [...]*” de la propuesta (fl. 339, c2). Por ello, cuando se celebró el contrato, la unión temporal debió tener presente que la fluctuación de los precios de los insumos podía ser ascendente, y las variables que podían incidir en dicha situación.

Partiendo de esto, para acceder a la pretensión de restablecimiento, no era suficiente con demostrar que el precio oficial del asfalto fue uno al momento del cierre de la licitación, y que este era diferente al del momento en el que se celebró el contrato y al de la ejecución, en tanto se debía corroborar que tal acontecimiento rebosaba el *alea* normal del mercado y del contrato. Como no hay pruebas que demuestren que el incremento suscitado sobrepasó el riesgo asumido por el contratista, no es posible determinar la existencia de la ruptura de la economía del contrato.

-Ahora bien, no hay lugar a reconocer sobrecostos por los aumentos en la distancia del transporte, ya que, en primer lugar, no se demostró que la totalidad del asfalto fuera comprado en una planta ubicada a 200 KM. Si bien en la bitácora de la obra se precisó que el contratista adquirió mezcla asfáltica de diferentes

plantas, entre ellas, una ubicada en Cúcuta, y también está demostrado el cierre del puente ubicado sobre el río Zulia durante los meses de enero y febrero de 2008, estas situaciones no permiten acreditar, por sí mismas, la ruptura del equilibrio económico del contrato, puesto que, como se precisó con anterioridad, no hay prueba sobre las condiciones de la compra de la mezcla asfáltica, lo cual, desde el estudio previo, debía incluir el transporte de dicho insumo.

En igual sentido, el aludido componente del transporte fue asumido íntegramente por el contratista bajo su propia responsabilidad, de suerte que, vistas y aceptadas las condiciones descritas en el pliego de condiciones respecto del acarreo de los materiales, era deber del proponente realizar los estudios adecuados para determinar el lugar más favorable para la extracción de los materiales, e incluir los costos de su transporte en el precio unitario de cada ítem de la obra.

En efecto, el INVÍAS fue claro cuando advirtió que no se reconocerían costos adicionales por el cambio de las canteras o sitios de extracción de insumos destinados a la ejecución del contrato, y que la búsqueda de tales fuentes debía correr enteramente por cuenta y riesgo del proponente. Esa prevención, así expresada en el numeral 3.8.3 del pliego de condiciones, ponía de presente el deber del actor de hacer las indagaciones del caso sobre los posibles sitios de aprovisionamiento y prever que los materiales hallados en uno o más de ellos podían no ser suficientes.

En esa medida, se trataba de un riesgo que, además de haber sido asumido por el contratista desde la presentación de la oferta, era previsible para él, lo cual se opone a la naturaleza del desequilibrio contractual y a los presupuestos que deben cumplirse para su reconocimiento, en particular, la imprevisibilidad del hecho que lo causa y la anormalidad del mismo en relación con las condiciones propias del contrato y las expresamente asumidas al este celebrarse.

Es importante aclarar que la configuración del desequilibrio económico del contrato no se presenta porque el INVÍAS, en un momento determinado, accedió a realizar un acuerdo conciliatorio con la unión temporal, el cual fue improbadado por el Juzgado Tercero Administrativo de Cúcuta (fls. 43 – 47, c1), ya que el

restablecimiento financiero del contrato demanda la concurrencia de ciertos requisitos, los cuales, en este caso, no fueron acreditados.

-Para finalizar, no le asiste razón al recurrente, en cuanto a que debía operar el silencio administrativo positivo frente a las solicitudes relacionadas con el restablecimiento de la ecuación contractual, puesto que no está acreditada la existencia previa del derecho que se solicitaba, ni tampoco la protocolización exigida por el artículo 42 del C.C.A. Incluso, en el recurso, la parte actora dio entender que no realizó la protocolización, ya que, en su opinión, este no era un requisito indispensable para la configuración del acto administrativo ficto. Frente al primero de estos asuntos, la Sección Tercera ha explicado:

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el alcance de la operancia de este fenómeno en materia contractual. Ha precisado que las pretensiones del contratista a que hace alusión la norma, deben contener de manera implícita un derecho que ya se encuentra consolidado en su favor (del contratista), y que en consecuencia es preexistente a la petición misma. En materia contractual, es evidente que las obligaciones de cada una de las partes intervinientes en el contrato, solo se originan en la ley, en el contrato mismo, en los convenios que se celebren con posterioridad a este o incluso dentro de su ejecución, en actos administrativos emanados de la entidad contratante, en los denominados “hechos del príncipe”, en el incumplimiento contractual, en el delito, la culpa etc., pero no de la omisión de resolver peticiones. Así las cosas, es claro que no por el simple hecho de que la administración omita dar respuesta a una petición elevada por el contratista en la ejecución del contrato, el peticionario adquiera un derecho y la administración la obligación de satisfacerlo. Si bien es cierto, la ley 80 de 1993 dispuso que las peticiones elevadas por el contratista a la entidad contratante y no contestadas por esta en el término de tres meses desde la fecha de su presentación, dan lugar a la operancia de un silencio administrativo positivo, no lo es menos que quien pretenda reclamar el derecho surgido de dicho silencio, goce de este (el derecho) con anterioridad a la presentación de la petición (mediante la cual pretenda reclamarlo de la administración) y logre probarlo adecuadamente, configurándose consecuentemente, la obligación para la administración de hacerlo efectivo⁷.

Además, aun cuando la Ley 80 de 1993, en el numeral 16 del artículo 25, hace referencia a una modalidad del silencio administrativo positivo, no reguló el procedimiento para su configuración, por lo que es necesario aplicar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 01 de 1984, de acuerdo con el cual “Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2000, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp.: ACU-1199.

éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles". En consecuencia, y diferente a lo aseverado por el recurrente, para la configuración del silencio administrativo positivo establecido en la ley de contratación, es fundamental seguir el procedimiento definido en el artículo 42 del C.C.A., que exige la protocolización de la petición y la declaración jurada de no haber recibido respuesta oportuna. Como no existe prueba de haber obrado en ese sentido, e, incluso, hay manifestación expresa de no haberlo hecho, no es posible predicar la configuración del invocado silencio administrativo positivo⁸.

Bajo estos términos, y dado que la parte actora no logró acreditar los perjuicios invocados en la demanda, no hay lugar, se reitera, a ordenar el restablecimiento del equilibrio económico y, por lo tanto, la sentencia de primera instancia será confirmada.

8. Costas:

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

⁸ Sobre este planteamiento, la Subsección B de la Sección Tercera ha afirmado: "[...] se advierte que en el proceso no obra prueba alguna de que efectivamente se haya configurado el silencio administrativo positivo como se afirmó en la demanda, toda vez que ni siquiera consta la protocolización de la petición y la declaración jurada de no haber recibido respuesta oportuna, tal y como lo ordena en la ley, lo que resulta entendible, puesto que fue el mismo apelante quien sostuvo que ese requisito era innecesario, porque no existía una tarifa legal para la prueba de la existencia del acto ficto positivo, afirmación que va en contravía con lo dispuesto por la norma procesal aplicable en estos casos" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 29 de marzo de 2017, C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Rad.: 25000-23-26-000-2006-01723-01 (36.714)A).

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 26 de febrero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al tribunal de origen para lo de su competencia.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se firma 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 link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO