

CONTRATO ESTATAL – Finalidad – Realización continua y eficiente prestación de servicios públicos– Particular es colaborador de la Administración - Ecuación contractual – Relación – Balance – Estimación de beneficios y asunción de riesgos propios del contrato

El contrato constituye un instrumento para la realización de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la satisfacción del interés general, de manera que el particular que contrata con la Administración actúa como colaborador en la consecución de tales cometidos, aunque persiga legítimamente un beneficio económico derivado de la ejecución del negocio jurídico. De ahí que el ordenamiento procure mantener un balance entre el interés público que motiva la actuación estatal y el interés patrimonial del contratista, mediante el reconocimiento de una remuneración razonable y previamente calculada al momento de celebrar el contrato.

Sobre esa base se estructura el principio del equilibrio económico o financiero del contrato estatal, según el cual debe preservarse la ecuación contractual existente al momento de presentar la propuesta o de celebrar el contrato, de modo que durante su ejecución se mantenga la equivalencia entre los derechos y obligaciones asumidos por las partes y cada una pueda alcanzar la finalidad perseguida —la satisfacción del interés público para el Estado y la obtención de una remuneración a favor del contratista—, en el entendido de que dicha ecuación no comporta un equilibrio matemático sino una equivalencia razonable construida a partir de la estimación de beneficios y la asunción de riesgos propios del contrato.

EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO – Principio –Ley 80 de 1993 artículo 27 – Circunstancias sobrevinientes – Restablecimiento – Medidas necesarias - Pacta sunt servanda - Rebus sic stantibus – Protección contractual de las partes - Desbalance o variación de la ecuación financiera - Circunstancias anormales e imprevisibles – Ley 80 de 1993 artículo 4 numeral 3 y artículo 5 numeral 1 – Características del rompimiento de la ecuación financiera – Alteración anormal e imprevisible

Este principio, consagrado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, impone que, cuando la equivalencia económica del contrato se altera o se rompe por circunstancias sobrevinientes que exceden el riesgo normal del negocio, deben adoptarse las medidas necesarias para su restablecimiento, lo que refleja la atenuación del principio *pacta sunt servanda* a partir del postulado *rebus sic stantibus*, en virtud del cual las condiciones económicas o financieras que las partes tuvieron en cuenta al presentar la oferta y celebrar el contrato deben mantenerse durante su ejecución, en tanto subsistan las circunstancias que les sirvieron de fundamento. Dicho en otras palabras, si bien todo negocio jurídico acordado entre las partes tiene fuerza de ley para quienes lo celebran, ante la alteración sustancial de la economía del contrato por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes e impredecibles, las partes tienen derecho a pedir el restablecimiento del equilibrio económico.

En esa misma línea, el mencionado estatuto contractual reconoce que el equilibrio financiero protege a cualquiera de las partes de la relación negocial; de un lado, el numeral 3 del artículo 41 prevé el deber de la entidad estatal de solicitar la actualización

o revisión de precios cuando ocurran fenómenos que alteren en su contra la ecuación contractual y, de otra parte, el numeral 1 del artículo 51 establece el derecho del contratista a que la Administración restablezca dicha ecuación cuando sobrevengan situaciones imprevistas que no le sean imputables.

Ahora bien, dado que se afecta la fuerza vinculante del negocio jurídico, no cualquier desbalance o variación de la ecuación financiera constituye un rompimiento de la equivalencia económica o financiera del contrato, pues existen riesgos inherentes a la actividad contractual, los cuales deben ser asumidos por las partes; en ese sentido, para que proceda su restablecimiento, es necesario que la alteración provenga de circunstancias anormales e imprevisibles que excedan el alea normal del negocio y no de riesgos propios, previstos o asignados contractualmente. En consecuencia, *"el simple hecho de que el contratista deje de obtener las utilidades esperadas o surjan mayores costos en la ejecución del contrato no constituye un rompimiento del equilibrio económico del contrato per se, comoquiera que existen riesgos que se derivan del alea normal de la actividad contractual"*

En otras palabras, para efectos del reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato, el hecho invocado debe ser anormal y superar aquello que razonablemente las partes pudieron prever al momento de su celebración, de modo que solo dan lugar a su configuración los riesgos que no fueron valorados en la etapa precontractual o que desbordaron los allí estimados.

RÉGIMEN DE RIESGOS - Autonomía de la voluntad - Estipulación lícita – Ocurrencia del evento - Consecuencias – Riesgo asumido por la parte – Aleas normales – Asumidas por las partes – Asignadas por la Ley – Soporte por parte de la contraparte respectiva – Desequilibrio económico - Demostración efectiva del desbalance – Relación de causalidad

Los contratantes, en el marco de su autonomía de la voluntad, están ampliamente facultados para convenir libre y voluntariamente el régimen de riesgos del negocio jurídico que se propongan celebrar, encontrándose incluso contemplada por el legislador la posibilidad de que las partes estipulen lícitamente la asunción del riesgo derivado de la fuerza mayor, tal como claramente lo reconoce el artículo 1732 del Código Civil, según el cual *«si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado»*.

Así las cosas, en principio, si los contratantes al momento de celebrar el negocio jurídico pactaron, dentro de la distribución de riesgos convenida, que por la ocurrencia de un determinado evento riesgoso y por sus impactos habría de responder una ellas, la parte afectada por su acaecimiento estará en la obligación de asumir las consecuencias de la contingencia por la que se comprometió a responder.

Al respecto, conviene recordar que los aleas normales, en armonía con el tipo contractual, así como aquellos asumidos voluntariamente por las partes y los asignados por la ley, confluyen a integrar el equilibrio prestacional y deben soportarse por la parte respectiva. Por tanto, si bien es cierto que un incremento desproporcionado e inusual en los costos de ejecución de las actividades contratadas o en los precios de los insumos puede dar lugar a la ruptura del equilibrio en la ecuación financiera del contrato y, por consiguiente, al reconocimiento de las sumas correspondientes para su restablecimiento,

ello dependerá de la fórmula de la ecuación económica del contrato, de la identificación de la parte a cuyo cargo corrió el riesgo correspondiente y, además, de la demostración efectiva del desbalance y de la relación de causalidad con el hecho del cual se pretende derivar la afectación de la simetría prestacional, lo que supone demostrar los costos directos en los que incurrió efectivamente el contratista y que los mismos hayan excedido de manera considerable el precio formulado en la oferta.

ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO – Procedencia – Existencia de acuerdo de las partes – Inexistencia de salvedades respecto a los acuerdos – Sentencia de unificación - Interpretación judicial – No constituye renuncia de derechos

En relación con la alteración del equilibrio económico del contrato y la procedencia de su restablecimiento cuando durante la ejecución contractual, las partes han suscrito acuerdos —tales como suspensiones, prórrogas, adiciones, contratos adicionales u otrosíes— sin dejar salvedades, la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de precisar que:

«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 formulan 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».

En aquella oportunidad, se explicó que los acuerdos celebrados durante la ejecución del contrato —como adiciones, prórrogas, suspensiones u otrosíes— constituyen expresión de la autonomía negocial de las partes y, por tanto, también deben ser objeto de interpretación judicial, en conjunto con el contrato inicial, sin que exista primacía de unos sobre otros por su momento de celebración. En esa labor, el juez debe desentrañar la común intención de los sujetos negociales, privilegiando la voluntad de las partes sobre el tenor literal de las estipulaciones, de conformidad con el artículo 1618 del Código Civil¹¹³, y atendiendo al contenido, a la finalidad y a las circunstancias de la relación negocial.

Así, entonces, corresponde al juez determinar, en cada caso, si mediante dichos acuerdos las partes regularon los aspectos que posteriormente se reclaman en juicio, ya sea para facilitar la ejecución del contrato, modificar sus condiciones o incluso resolver controversias, renunciar o transigir determinados derechos; de ser así, no habrá lugar a su reconocimiento. Sin embargo, si tales acuerdos no abordaron esas materias o guardaron silencio, no puede inferirse de ello una renuncia tácita, pues el silencio no constituye, por sí mismo, una declaración dispositiva. En tal virtud, solamente cuando esté plenamente demostrado que la intención de las partes fue zanjar definitivamente la controversia —o que existió una renuncia clara a derechos disponibles—, podrá

entenderse excluida la posibilidad de reclamar, lo que debe establecerse a partir de un análisis integral del pacto y de las circunstancias que rodearon su celebración.

En línea con lo expuesto, a partir de los parámetros fijados en la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera, la Sala precisa que la ausencia de reclamaciones formales o de salvedades en los acuerdos suscritos durante la ejecución contractual no impide, por sí misma, el estudio de las súplicas orientadas al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ni constituye una manifestación dispositiva o una renuncia automática a derechos, de modo que corresponde al juez, en cada caso, desentrañar el alcance de lo pactado mediante una interpretación integral del contrato, de sus modificaciones y de su ejecución, conforme con las reglas de la buena fe y con lo que resulte probado en el proceso, con el propósito de establecer si los aspectos posteriormente reclamados fueron objeto de regulación, exclusión o silencio por las partes.

CONTRATO ESTATAL – Ley para las partes – Fuerza Obligatoria – Principio contractual - Código Civil artículo 1602 – Código de comercio Artículo 871 - Ecuación contractual - Previsión contractual – Costos emanados de circunstancias previstas en el negocio jurídico

“[...] viene bien resaltar que la fuerza obligatoria del contrato se funda en la voluntad o querer de las partes que intervienen en él, teniendo estas la facultad de limitar su libertad para asumir un deber de conducta en razón a una determinada causa. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, recogen este principio en los artículos 1602 y artículo 871, respectivamente, según los cuales los contratos válidamente celebrados son ley para los contratantes y no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por las causas legales.

Así las cosas, por virtud de la fuerza obligacional de la ecuación contractual inmersa en el contrato pactado, debe respetarse la voluntad de las partes sobre la distribución de riesgos que fue convenida, de donde resulta que las partes deben absorber las consecuencias derivadas de los riesgos asumidos de conformidad con lo pactado, pues en el contrato, que ciertamente constituye por excelencia un acto de previsión, la distribución de los riesgos es, justamente, la previsión contractual en torno a cuál de las partes se encuentra en la obligación de asumir los costos que emanan de ciertas circunstancias previstas al momento de celebrar el negocio jurídico.



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

MAGISTRADA PONENTE: ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintiséis (2026)

Radicación: 68001-23-33-000-2014-00514-01 (59696)
Demandantes: Integrantes del Consorcio Infraestructura Vial 2009
Demandado: Instituto Nacional de Vías —Invías—
Referencia: Controversias contractuales

TEMAS: RUPTURA DEL EQUILIBRIO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA O FINANCIERA DEL CONTRATO – se presenta cuando, por circunstancias sobrevinientes, anormales e imprevisibles, ajenas a la parte que las invoca y que exceden el alea normal del negocio, se altera de manera significativa la equivalencia económica del contrato existente al momento de su celebración, generando cargas no asumidas que habilitan el restablecimiento de la ecuación a un punto de no pérdida. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN – la competencia funcional del juez *ad quem* se circunscribe a los cargos de inconformidad formulados en el recurso y al objeto del litigio definido por la *causa petendi*, el *petitum* de la demanda y las excepciones propuestas en la contestación. No es admisible introducir en sede de apelación cargos nuevos ni causas fácticas distintas de las inicialmente planteadas en la demanda, en virtud del principio de congruencia, que impone guardar consonancia entre el marco fijado por las partes y la decisión judicial. ASIGNACIÓN Y ASUNCIÓN CONTRACTUAL DE RIESGOS – no toda variación económica del contrato configura ruptura del equilibrio, pues las partes deben soportar los riesgos normales del negocio, así como aquellos previstos legalmente o distribuidos expresamente en el contrato en ejercicio de la autonomía de la voluntad – solo procede el restablecimiento cuando la contingencia alegada no fue asumida por quien la invoca o cuando desborda de manera anormal los riesgos asignados. AUSENCIA DE SALVEDADEES EN LOS ACUERDOS SUSCRITOS DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL – la falta de salvedades al suscribir suspensiones, prórrogas, adiciones u otrosíes no implica, por sí misma, renuncia a reclamaciones futuras ni impide su estudio en sede judicial – corresponde al juez interpretar integralmente dichos acuerdos para determinar si las partes regularon o no las materias posteriormente reclamadas, sin que el silencio constituya, en principio, una manifestación dispositiva de derechos.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 22 de mayo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La controversia suscitada en el *sub examine* gira en torno a la eventual ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública 1307 de 2009, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías —en adelante, Invías— y el Consorcio Infraestructura Vial 2009, cuyo objeto era la reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de siete tramos viales en el departamento de Santander, en el marco del Programa de Pavimentación de Infraestructura Vial Plan 2500.

La parte demandante afirma que tuvo que asumir mayores costos derivados del incremento en las distancias de transporte y acarreo de materiales, ocasionado por la imposibilidad de utilizar las fuentes de suministro identificadas en los documentos



precontractuales y la consecuente necesidad de acudir a fuentes alternas, lo cual, según la demanda, alteró de manera sustancial las condiciones económicas bajo las cuales estructuró su propuesta y excedió los riesgos ordinarios que asumió al momento de contratar.

En sentencia de primera instancia el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al estimar que las fuentes de materiales incluidas en los documentos precontractuales tenían un carácter meramente orientador y no imperativo, por lo que su utilización no resultaba obligatoria para el contratista, quien podía acudir a otras alternativas; además, señaló que la matriz de riesgos le asignó expresamente la responsabilidad por su selección, explotación, transporte y la obtención de permisos y licencias. En ese contexto, concluyó que las dificultades surgidas durante la ejecución, derivadas de la disponibilidad y habilitación de las fuentes de materiales, no constituían circunstancias excepcionales imputables a la entidad ni alteraciones anormales de la ecuación económica del contrato, en tanto obedecían a riesgos previsibles asumidos por el contratista, y que, de manera adicional, la temporada invernal de 2010, aunque imprevisible, resultaba imputable a ambas partes.

Contra dicha decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando su revocatoria y, en su lugar, la declaratoria de ruptura del equilibrio económico del contrato, al sostener que las fuentes de materiales constituían elementos determinantes para la estructuración técnica y económica del proceso contractual, pues sirvieron de base para la elaboración del presupuesto oficial y la preparación de las ofertas, de modo que su modificación —sumada al impacto de la ola invernal de 2010— obligó a acudir a fuentes alternas ubicadas a mayores distancias, aumentando las labores de transporte y acarreo de materiales y generando una alteración de la ecuación económica inicialmente prevista.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. El 25 de junio de 2014¹, los integrantes del Consorcio Infraestructura Vial 2009² presentaron demanda —adicionada el 24 de septiembre de la misma anualidad³—, en ejercicio del medio de control controversias contractuales, contra el Invías, en la cual formularon las **pretensiones** que se transcriben a continuación, incluso con posibles errores:

«Primera: Que se declare la ruptura del equilibrio de la ecuación económica con ocasión de la ejecución del contrato 1307 de 2009, suscrito por el Consorcio Infraestructura Vial 2009 y La Nación - Invías, por sobrecostos por el cambio de la

¹ Folios 1 a 24, del cuaderno 1.

² Folios 46 a 49 del cuaderno 1. El Consorcio Infraestructura Vial 2009 estaba conformado por: (i) Construcciones Barsa Ltda., representada por Luis Alejandro Barbosa Ramírez, quien, a su vez, funge como representante del consorcio; (ii) BP Constructores S.A., representada por Álvaro Beltrán Pinzón; (iii) Carlos Urías Rueda Álvarez; (iv) Julio César Cascavita Peña; y (v) Miguel Ángel Martínez Amórtegui.

³ Folio 71 a 72, del cuaderno 1. La adición se limitó a la solicitud del decreto de tres pruebas.



fuelle de materiales, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que dan cuenta los hechos de esta demanda.

Segunda: Como consecuencia de la declaración anterior se condene a La Nación - Inviás, a pagar las sumas de dinero causadas por sobrecosto por cambio en las fuentes de materiales para ejecutar el contrato, o mayor distancia en el acarreo o transporte de materiales, en cada uno de los tramos de obra contratados así:

Patrimoniales:

1. La suma de \$2.945'957.935, valor que fue tasado mediante peritaje extraprocesal, incluyendo el IPC y los intereses al 31 de mayo de 2014 y que corresponde a los sobrecostos asumidos por el Consorcio Infraestructura Vial 2009 en ejecución del Contrato 1307 de 2009. A continuación, se discrimina tramo por tramo en valor base o neto, es decir, sin incluir las actualizaciones por IPC e intereses, así:

1.1. TRAMO 1 VÍA CHARALA - LA CANTERA DEL K10+880 AL K12+589 CON UNA LONGITUD DE 1,709 KM EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER: La suma de \$217'919.340,34.

1.2. TRAMO 2 VIA LA CANTERA - EL ENCINO DEL K13+590 AL K17+589 CON UNA LONGITUD DE 3,999 KM: La suma de \$476'876.114,98.

1.3. TRAMO 5 VIA LA BELLEZA - JESUS MARIA, DEL K8+300 AL K12+500 CON UNA LONGITUD DE 4,2 KM: La suma de \$311'418.610,84.

1.4. TRAMO 6 VIA TRONCAL - PUERTO PARRA DEL K2+800 AL K8+000 CON UNA LONGITUD DE 5,20 KM: La suma de \$1.284'177.002,28.

1.5. TRAMO 7 VIA OIBA - GUADALUPE DEL K13+550 AL K 18+250 CON UNA LONGITUD TOTAL DE 4,70 KM: La suma de \$120'541.630,93.

Tercera: En subsidio, solicito que se condene a los demandados al pago de las sumas de dinero que resulten probadas en el proceso como consecuencia de sobrecostos por cambio en las fuentes de materiales para ejecutar el contrato, o mayor distancia en el acarreo o transporte de materiales, en cada uno de los tramos de obra contratados.

Cuarta: Ordenar que el valor que se determine en la sentencia, por concepto de perjuicios materiales, sea reajustado al momento del pago, de conformidad con los índices de precios al consumidor que expida el DANE, de acuerdo con lo establecido en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

Quinta: De acuerdo con lo establecido en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, sírvase condenar en costas y gastos del proceso a la parte demandada».

1.2. En síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

1.2.1. El 27 de agosto de 2009, el Inviás y el consorcio Infraestructura Vial 2009 celebraron el contrato de obra 1307 de 2009, por un valor de \$21.647'150.951, cuyo objeto consistía en la «reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de las vías incluidas dentro del Programa de Pavimentación de Infraestructura Vial de Integración y Desarrollo Regional Plan 2500», en el departamento de Santander, específicamente en los siguientes tramos:



TRAMO	SECTOR VIAL	LONGITUD
1.	Charalá - La Cantera (K10+880 al K12+589)	1,709 Km
2.	La Cantera – El Encino (K13+590 al K17+589)	3,999 Km
3.	Vía Los Curos – Málaga (K11+125 al K12+625)	1,5 Km
4.	Troncal (Albania) – La Llana (K0+00 al K1+830)	1,83 Km
5.	La Belleza – Jesús María (K8+300 al K12+500)	4,2 Km
6.	Troncal – Puerto Parra (K2+800 al K8+000)	5,20 Km
7.	Oiba – Guadalupe (K13+550 al K18+250)	4,70 Km

1.2.2. En los estudios previos del proyecto incluidos en el pliego de condiciones — documentos que hacían parte integral del contrato—, el Invías identificó algunas fuentes destinadas al abastecimiento de materiales para cada uno de los tramos que serían intervenidos.

1.2.3. Durante la ejecución contractual, en algunos tramos, el consorcio no pudo utilizar las fuentes de materiales previstas por el Invías en los estudios previos, circunstancia que, según sostuvo, alteró las condiciones económicas bajo las cuales estructuró su oferta, en la medida en que debió acudir a fuentes alternas ubicadas a mayores distancias, lo que generó un incremento en las labores de transporte y acarreo de materiales de base, subbase, mezcla asfáltica y elementos para obras de drenaje, así:

- Frente a los tramos 1 (Charalá – La Cantera) y 2 (La Cantera - El Encino), indicó que la cantera El Tablón, establecida como fuente principal de abastecimiento en los documentos precontractuales, no pudo ser explotada como consecuencia de restricciones ambientales, por lo que debió ser reemplazada por dos fuentes de materiales alternas ubicadas a mayores distancias del centro de gravedad de cada tramo —para el primero a 14,05 Km y 51 Km; y para el segundo a 17,91 Km y 54,86 Km—, lo que implicó mayores recorridos y adecuaciones logísticas.
- En relación con el tramo 5 (La Belleza – Jesús María), manifestó que los documentos precontractuales establecieron como fuente principal una cantera ubicada sobre el K4+500, a pesar de que esta no se encontraba en funcionamiento y, adicionalmente, no existía en las inmediaciones otra fuente que cumpliera con las especificaciones técnicas exigidas, por lo que debió transportar los materiales para el primer kilómetro desde la planta de Pescadero, ubicada a 123 Km del centro de gravedad del tramo, mientras tramitaba los permisos para instalar equipos de trituración y planta de asfaltos en la zona.
- Con respecto al tramo 6 (Troncal – Puerto Parra), sostuvo que la fuente establecida en los documentos precontractuales correspondía a la quebrada Las Doradas, ubicada a 8 Km del origen del proyecto; sin embargo, no estaba habilitada para su utilización, lo que obligó a traer el material de la mina El



Coscorrón, localizada en el río Guayabito y situada a 64,90 Km del centro de gravedad del tramo.

- En cuanto al tramo 7 (Oiba – Guadalupe), señaló que las fuentes establecidas en los documentos precontractuales no cumplían las normas técnicas exigidas por el Invías para la construcción de pavimentos, por lo que fue necesario instalar equipos de trituración y producción de asfalto en la única mina que contaba con permisos ambientales en la zona, ubicada a 16,8 Km del centro de gravedad del tramo.

1.2.4. El consorcio contratista puso en conocimiento de la interventoría —ejercida por el Consorcio Inelco— y del Invías las situaciones anteriormente reseñadas; no obstante, aunque se autorizó la ejecución de las obras bajo las nuevas condiciones de abastecimiento, el ente contratante se abstuvo de reconocer los mayores costos derivados del cambio en las fuentes de materiales y del incremento en las distancias de transporte y acarreo, los cuales, según dictamen pericial aportado con la demanda, ascendieron a la suma de \$2.410'932.699,37⁴.

1.2.5. El consorcio entregó las obras en diciembre de 2011, sin que para la fecha de presentación de la demanda el contrato hubiera sido liquidado.

1.3. Como **fundamento jurídico** de sus pretensiones, la parte demandante invocó el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, relativo a los deberes de las entidades estatales; el numeral 1 del artículo 5 *ejusdem*, concerniente a los derechos de los contratistas; y el artículo 27 del mismo estatuto, que consagra el principio de la ecuación o equilibrio económico del contrato. Igualmente, sustentó su reclamación en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵, según la cual la modificación en las fuentes de materiales previstas contractualmente, cuando comporta mayores distancias de acarreo y genera costos adicionales no imputables al contratista, puede alterar el equilibrio económico del contrato y dar lugar al reconocimiento de los mayores valores debidamente acreditados, siempre que tales circunstancias excedan los riesgos asumidos por este.

1.3.1. Con fundamento en las normas y la jurisprudencia referidas, sostuvo que, en el *sub examine*, el Invías desconoció el derecho del contratista a la preservación de la ecuación económica del contrato, pues, aunque la entidad había identificado en los estudios previos unas determinadas fuentes de materiales para ejecutar cada tramo de la obra, estas no pudieron ser utilizadas, lo que condujo a la necesidad de acudir a fuentes alternas para garantizar la adecuada ejecución de las obras. Añadió que, pese a conocer esta situación, el ente público se abstuvo de reconocer al

⁴ El valor referido fue discriminado de la siguiente manera: *(i)* \$217'919.340,34 correspondientes al tramo 1; *(ii)* \$476'876.114,98 correspondiente al tramo 2; *(iii)* \$311'418.610,84 correspondiente al tramo 5; *(iv)* \$1.284'177.002,28 correspondiente al tramo 6; y *(v)* \$120.541.630,93 correspondiente al tramo 7.

⁵ La parte actora citó: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de junio de 1999, exp. 14943.



consorcio los mayores costos en que incurrió debido al aumento en las distancias de acarreo o transporte de materiales por el cambio de dichas fuentes.

2. Contestación de la demanda

2.1. El Invías⁶ se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda, al sostener, en términos generales, que durante la ejecución del contrato, con el fin de preservar su ecuación económica y asegurar su cumplimiento, aprobó tres adiciones por la suma de \$2.317'857.252, razón por la cual no podía atribuírsele, con posterioridad a su terminación, un eventual desequilibrio económico derivado de sobre costos asociados a mayores distancias de acarreo de materiales, máxime cuando tal situación nunca fue planteada durante la ejecución contractual y, en todo caso, resultaría imputable única y exclusivamente al consorcio contratista. En este sentido, en síntesis, expuso lo siguiente:

2.1.1. En primer lugar, explicó que el contratista tenía la obligación de estructurar su oferta conforme con lo previsto en el pliego de condiciones, *«que lo exhortaba a incluir todos los costos directos e indirectos para la completa y adecuada ejecución de la obra»*, así como los riesgos asociados y su administración, dentro de los cuales se encontraban los eventuales costos por acarreo y transporte de materiales derivados de la selección de las fuentes realizada por el propio contratista, quien, de acuerdo con lo establecido en el anexo técnico, debía verificar previamente, mediante visita obligatoria al sitio de la obra, las condiciones técnicas, logísticas y de disponibilidad de dichas fuentes, lo que le impedía alegar con posterioridad desconocimiento de tales aspectos. En ese contexto, afirmó que el consorcio presentó su propuesta con conocimiento suficiente del terreno, de las fuentes de materiales y de los riesgos inherentes a su utilización.

Igualmente, indicó que, si bien en los estudios previos y en el pliego de condiciones se mencionaron determinadas fuentes de materiales para cada tramo del proyecto, estas tenían un carácter meramente orientador o de referencia, de modo que su utilización no era obligatoria, ni tampoco constituían garantía contractual sobre su aptitud o disponibilidad. En ese sentido, resaltó que la elección definitiva correspondía únicamente al contratista, quien debía verificar su viabilidad técnica y jurídica, así como prever los costos asociados a su explotación y transporte al momento de estructurar su oferta, máxime cuando desde la etapa precontractual la matriz de riesgos —que no fue objetada— asignó expresamente al contratista la responsabilidad exclusiva por la selección de fuentes de materiales y por los riesgos asociados a su disponibilidad, habilitación, explotación y transporte, de modo que cualquier mayor costo derivado de tales circunstancias debía ser asumido dentro de su ámbito propio de riesgo y no trasladarlo a la entidad como causa de desequilibrio económico.

2.1.2. En segundo lugar, manifestó que los supuestos mayores costos por concepto de transporte y acarreo de materiales no fueron advertidos durante la ejecución

⁶ Folios 87 a 116 del cuaderno 1.



contractual, ni siquiera al momento de suscribirse las tres adiciones al valor referidas o el acta de entrega y recibo definitivo de las obras. Afirmó que tales oportunidades, de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷ y con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, constituían el escenario idóneo para alegar eventuales afectaciones al sinalagma negocial, de manera que la omisión en formular la respectiva reclamación económica durante la vigencia del contrato impedía su posterior invocación en sede judicial.

2.1.3. En tercer lugar, añadió que el contrato no fue ejecutado en su totalidad, en tanto uno de los tramos no fue entregado en los términos previstos, circunstancia que dio lugar a la declaratoria de incumplimiento definitivo y a la configuración del correspondiente siniestro; igualmente señaló que algunas obras fueron ejecutadas por fuera del plazo contractual, por lo que no resultaba jurídicamente viable su reconocimiento económico, todo lo cual, a su juicio, excluía la existencia de un desequilibrio imputable a la entidad.

2.1.4. En ese orden de ideas, propuso como excepción de fondo la «*inexistencia del derecho reclamado*», al estimar que no se acreditaron los presupuestos necesarios para declarar el rompimiento de la ecuación económica del contrato, en tanto no se demostró la existencia de perjuicios ciertos, directos y cuantificables derivados de un hecho atribuible al Invías, por cuanto los presuntos sobrecostos obedecerían a riesgos contractualmente asumidos por el consorcio contratista y, en todo caso, a circunstancias relacionadas con su propia gestión.

3. Audiencia inicial

3.1. El 25 de marzo de 2015⁸, el Tribunal *a quo* celebró la audiencia inicial, en la cual procedió a sanear la irregularidad consistente en la falta de pronunciamiento sobre la adición de la demanda presentada por el extremo activo en relación con la solicitud de pruebas; en consecuencia, la admitió, ordenando su incorporación al proceso y disponiendo su traslado a la parte demandada. Superado lo anterior, no advirtió la existencia de otros vicios que debieran ser objeto de saneamiento ni excepciones previas pendientes por resolver.

3.2. Posteriormente, fijó el litigio en los siguientes términos:

«[...] determinar: 1. Si se produjeron sobrecostos en la ejecución del contrato de obra 1307 de 2009. 2. Si dichos sobrecostos ocasionaron la ruptura del equilibrio de la ecuación económica contractual del contrato de obra 1307 de 2009, y si éstos le son imputables a Invías y por lo tanto esta entidad debe asumir el pago de los mismos. 3. O si por el contrario, conforme la defensa de la parte demandada no existió un desequilibrio económico del contrato; o que en caso de existir sobrecostos o desequilibrio el mismo es imputable a contratista, quien desde que preparó el ofrecimiento, debió tener en cuenta lo consignado en los pliegos de condiciones que exhortaba a incluir todos los costos directos e indirectos para la completa ejecución

⁷ La entidad demandada citó: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080.

⁸ Folios 321 a 324 del cuaderno 1 y CD 5.



de la obra. Y quien por falta de planeación y logística tuvo que transportar materiales de fuentes más lejanas para evitar retrasos y/o sanciones».

3.3. Finalmente, decretó como pruebas: **(i)** los documentos aportados por las partes como anexos de la demanda y de la respectiva contestación; **(ii)** el dictamen pericial allegado por el extremo activo, respecto del cual se dispuso citar al perito para que en audiencia de pruebas expusiera las razones y conclusiones de su dictamen; **(iii)** los testimonios solicitados por ambas partes, algunos de los cuales ordenó practicar en otras sedes judiciales, mediante despachos comisorios; y **(iv)** oficio dirigido al representante legal de la interventoría del contrato en controversia —consorcio Inelco— para que allegara *«copia completa de los requerimientos al contratista respecto de un eventual desequilibrio económico del contrato por mayor distancia de acarreo o transporte de materiales durante la fase de ejecución del contrato y la respuesta otorgada a los mismos cargo al departamento de La Guajira los informes de interventoría y supervisión rendidos con ocasión del referido contrato 225 de 2014».*

4. Audiencia de pruebas

4.1. El 20 de abril⁹ y el 6 de mayo de 2015¹⁰ tuvo lugar la audiencia de pruebas, en el curso de la cual: **(i)** se incorporó al expediente los documentos decretados en la audiencia inicial; **(ii)** se escuchó la exposición del perito acerca de las conclusiones de su dictamen y su fundamentación; además, él respondió las preguntas formuladas por las partes y el Ministerio Público; **(iii)** se practicaron los testimonios que serían recibidos directamente por Tribunal el *a quo* y se incorporaron aquellos recaudados en otras sede judiciales mediante despachos comisorios; y **(iv)** se dejó constancia de que el representante legal de la interventoría del contrato aportó los documentos solicitados por oficio, los cuales fueron incorporados al expediente y puestos en conocimiento de las partes.

4.2. Recaudadas todas las pruebas¹¹, el órgano judicial de primer grado prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, así como al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

5. Alegatos de conclusión en primera instancia

5.1. La parte actora¹² replicó, en lo sustancial, los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en la demanda en torno a la ruptura del equilibrio económico del contrato por los mayores costos derivados del cambio de fuentes de materiales y el aumento en las distancias de transporte; además, profundizó en el análisis probatorio, para sostener que las fuentes indicadas tanto en los estudios previos como en el pliego de condiciones no constituían meras referencias, sino condiciones determinantes para la estructuración de la oferta, de manera que su indisponibilidad o inidoneidad

⁹ Folios 528 a 530 del cuaderno 1 y CD 6.

¹⁰ Folios 531 a 534 del cuaderno 1 y CD 8.

¹¹ Folios 702 del cuaderno 1.

¹² Folios 715 a 744 del cuaderno 1.



alteró las bases económicas del contrato, circunstancia que, según afirmó, fue conocida oportunamente por el Invías, entidad que, si bien autorizó la modificación de las fuentes, se abstuvo de reconocer los mayores costos generados, razón por la cual se configuró la ruptura de la ecuación económica.

5.2. El Invías¹³ reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y concluyó que los sobrecostos reclamados por concepto de acarreo de materiales son imputables únicamente al contratista, debido a la falta de una adecuada administración en la ejecución del contrato, por lo que, en su criterio, no existe obligación alguna a cargo de la entidad de reconocer o restablecer la ecuación económica del contrato.

5.3. El Ministerio Público guardó silencio.

6. Sentencia de primera instancia

6.1. Mediante sentencia del 22 de mayo de 2017¹⁴, el Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda, por las razones que se sintetizan a continuación:

6.1.1. De entrada, señaló que, en el marco de las condiciones técnicas bajo las cuales se estructuró el contrato de obra pública 1307 de 2009, este hacía parte del Programa de Pavimentación de Infraestructura Vial Plan 2500, desarrollado en dos fases, y que aquel correspondía a la segunda etapa del programa, para cuya ejecución se utilizaron los estudios previos y diseños de construcción elaborados en la primera etapa.

En ese contexto, tras examinar el documento denominado «*estudios técnicos*», en el cual se relacionaban determinadas fuentes de materiales para cada uno de los siete tramos del proyecto y que fueron empleadas en la primera etapa, concluyó que tales referencias no tenían carácter imperativo ni vinculante, sino meramente orientador, de modo que el contratista podía utilizarlas o, si lo prefería, seleccionar otras alternativas, siempre que cumplieran con las especificaciones técnicas y de calidad exigidas por el Invías.

6.1.2. Asimismo, advirtió que en la matriz de riesgos se asignaron expresamente al contratista las consecuencias derivadas de la selección, explotación y manejo de las fuentes de materiales, así como los riesgos asociados al transporte o acarreo, a la disponibilidad de equipos, a la variación de precios unitarios y a la obtención de permisos y licencias ambientales. Preciso que esta distribución de riesgos resultaba coherente con los estudios previos, en los cuales se fijó que el cumplimiento de la normativa ambiental y la gestión de las autorizaciones requeridas serían asumidos a exclusivo costo y riesgo del contratista, a quien correspondía elegir la fuente que estimara viable y, una vez definida, someterla a la aprobación técnica de la

¹³ Folios 709 a 714 del cuaderno 1.

¹⁴ Folios 551 a 560 del cuaderno del Consejo de Estado.



interventoría, lo que evidenciaba que la elección inicial y sus riesgos inherentes recaían en su esfera de responsabilidad.

Bajo ese panorama, constató que el consorcio gestionó la verificación y obtención de licencias y permisos ambientales con posterioridad a la suscripción del contrato y al inicio de su ejecución, pese a que desde la etapa precontractual tenía la carga de verificar la viabilidad técnica y jurídica de las fuentes, mediante la visita obligatoria al sitio de la obra, lo que evidenciaba deficiencias en la estructuración y planeación de la oferta. Así las cosas, consideró que las dificultades relacionadas con la explotación o habilitación de algunas fuentes —incluidas las de carácter ambiental— no podían calificarse como hechos imprevisibles o extraordinarios, sino como contingencias propias del riesgo contractual asumido por el contratista.

6.1.3. Así las cosas, destacó que, si bien las causas principales que motivaron la sustitución de las fuentes de materiales —como la falta de licencias ambientales, el agotamiento de material o la no correspondencia de las especificaciones técnicas— correspondían a situaciones previsibles para el contratista, decidió examinar de manera adicional la incidencia de la temporada invernal de 2010 en la modificación de dichas fuentes y en el incremento de las distancias de transporte, concluyendo que, aunque dicho fenómeno podía considerarse imprevisible, lo era para ambas partes contratantes, por lo que tampoco resultaba posible atribuir responsabilidad al Invías ni derivar de ello la ruptura del equilibrio económico del contrato. En ese contexto, sostuvo que la temporada invernal fue valorada como una circunstancia adicional dentro de las condiciones de ejecución del contrato.

6.1.4. Asimismo, estimó que la jurisprudencia invocada por la parte accionante como sustento de su pretensiones¹⁵ no resultaba aplicable al caso concreto, en la medida en que el precedente citado partía de un supuesto fáctico distinto, pues allí la entidad contratante había impuesto de manera obligatoria las fuentes de materiales a utilizar, mientras que en el presente asunto dichas fuentes fueron enunciadas con carácter meramente referencial u orientador, sin que su utilización fuese imperativa ni vinculante para el contratista.

6.1.5. Con fundamento en lo anterior, concluyó que en el proceso no quedó demostrada la existencia de un hecho imputable a la entidad ni de una circunstancia excepcional que alterara de manera anormal la ecuación económica del contrato, así como tampoco estaba acreditado que el cambio de fuentes obedeciera a una actuación del Invías que modificara las bases financieras del negocio jurídico, por lo que no se configuraban los presupuestos para declarar la ruptura del equilibrio contractual.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de junio de 1999, exp. 14943.



7. Recurso de apelación

7.1. La parte actora¹⁶ solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, en cuyo efecto precisó que su inconformidad se estructura, esencialmente, sobre dos ejes temáticos, a saber:

7.1.1. La vulneración del principio de planeación y el yerro al considerar que las fuentes de materiales eran meras sugerencias, sin carácter vinculante

En relación con este punto, sostuvo que el *a quo* partió de una premisa equivocada al afirmar que el Invías no impuso las fuentes de materiales para cada uno de los tramos del proyecto, pues, aunque en los documentos precontractuales se utilizó la expresión «*se sugiere el uso*» de ciertas fuentes, estas no constituían meras referencias orientadoras, carentes de eficacia jurídica; por el contrario, se trataba del soporte técnico que había servido de base para estructurar el proceso de selección y fijar el presupuesto oficial. En esa medida, afirmó que la discusión sobre el carácter vinculante de las fuentes no podía resolverse, únicamente, a partir del tenor literal de los documentos precontractuales, sino que debía examinarse a la luz del principio de planeación y del deber de la entidad de estructurar el contrato con sustento en estudios previos serios.

Al respecto, recordó que el principio de planeación impone a la Administración la obligación de elaborar estudios previos completos, suficientes y actualizados antes de la apertura del proceso de selección, los cuales deben contener las condiciones técnicas, económicas y jurídicas que permitan definir adecuadamente el objeto del contrato y calcular el presupuesto oficial; sin embargo, en el presente caso, el Invías no realizó estudios específicos para la segunda fase del Plan 2500, sino que reutilizó los elaborados años atrás para la primera etapa, lo que, a su juicio, evidenciaba una omisión en el cumplimiento del deber de planeación.

En ese contexto, aseveró que las pruebas obrantes en el plenario acreditaban que el Invías tuvo en consideración las fuentes de materiales determinadas en el pliego de condiciones y sus respectivas distancias de acarreo para fijar el presupuesto oficial y estructurar los análisis de precios unitarios, lo que demuestra que su utilización no constituía una sugerencia, sino un elemento determinante en la configuración económica del contrato, al haber servido de base concreta para la estimación de los costos del proyecto y la formulación de las ofertas. Por ello, según afirmó, resulta inadmisibles que la entidad haya estructurado el presupuesto con base en determinadas fuentes y luego haya trasladado al contratista la totalidad de las consecuencias económicas derivadas de su inviabilidad técnica o ambiental.

Desde esta perspectiva, adujo que la utilización del verbo «*sugerir*» en el pliego de condiciones no exonera a la Administración de responsabilidad, pues admitir que la entidad pueda proponer fuentes de materiales para ejecutar el proyecto sin haber

¹⁶ Folios 565 a 612 del cuaderno del Consejo de Estado.



verificado previamente su viabilidad técnica, ambiental y económica, vaciaría de contenido el principio de planeación y permitiría estructurar el proceso contractual sobre bases que luego pueden ser desconocidas, por la vía de trasladar al contratista los mayores costos que de ello se deriven.

Finalmente, cuestionó que el Tribunal haya estimado que la visita técnica obligatoria desplazaba al oferente la carga de verificar la viabilidad integral de las fuentes. En su criterio, dicha visita no sustituye la obligación institucional de realizar estudios previos actualizados ni permite al proponente suplir eventuales deficiencias en la estructuración técnica y ambiental del proyecto, máxime cuando la propia entidad presentó como viables las fuentes que sirvieron de base para el presupuesto oficial.

En ese orden de ideas, concluyó que las fuentes de materiales incluidas en los documentos precontractuales no eran una simple guía indicativa, sino un elemento estructural de la ecuación económica del contrato; por ello, su modificación no podía tratarse como un riesgo ordinario del contratista, sino como la consecuencia de una indebida planeación imputable a la entidad contratante.

7.1.2. La errónea atribución del riesgo al contratista y la inadecuada valoración del impacto del invierno del año 2010

En este segundo eje, consideró que, al concluir que toda dificultad relacionada con la explotación y modificación de las fuentes de materiales debía ser asumida por el contratista, el Tribunal interpretó de manera descontextualizada la matriz de riesgos. Lo anterior, por cuanto, a su juicio, la asignación contractual del riesgo relativo a la «*selección y explotación de fuentes*» no puede analizarse de manera aislada del principio de planeación ni dejar de lado el hecho de que el presupuesto oficial y los precios unitarios fueron estructurados con base en determinadas fuentes y distancias de acarreo, sino que debe ser interpretada de manera sistemática y coherente con la estructura económica del contrato.

Estimó que el *a quo* confundió la asunción de riesgos ordinarios con la obligación de soportar la alteración del equilibrio financiero del contrato. En este sentido, afirmó que el cambio de fuentes no podía calificarse como una contingencia propia de los riesgos ordinarios asumidos por el contratista ni como una manifestación de la alea normal del contrato, dado que obedeció a circunstancias que alteraron de manera significativa las condiciones técnicas y económicas previstas al momento de formular la oferta, en tanto la inviabilidad o modificación de algunas fuentes, las restricciones ambientales y las dificultades materiales sobrevinientes incrementaron sustancialmente las distancias de transporte y los costos de ejecución, desbordando las condiciones económicas inicialmente consideradas, lo que, en su criterio, configuró una alteración grave y sustancial de la ecuación económica del contrato.

Por otra parte, en relación con la ola invernal de 2010, destacó que, si bien el propio Tribunal reconoció su carácter extraordinario e imprevisible, concluyó que no generaba consecuencias jurídicas por haber afectado a ambas partes contratantes, razonamiento que, en su criterio, no es correcto, pues la ausencia de imputabilidad



no excluye, *per se*, la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico cuando se acredita una alteración grave y anormal de las condiciones de ejecución del contrato, en los términos de la teoría de la imprevisión.

En este orden de ideas, precisó que la temporada invernal incidió de manera directa en varios de los tramos objeto del contrato, al afectar la disponibilidad y explotación de las fuentes inicialmente previstas, al dificultar el acceso a determinadas zonas y al aumentar las distancias de acarreo, circunstancias que obligaron a modificar las fuentes inicialmente previstas y generaron mayores costos no contemplados en la oferta económica, sin que el juzgador de primer grado valorara el impacto concreto de tales circunstancias en la estructura financiera del acuerdo de voluntades.

Finalmente, indicó que, aunque el invierno fue un evento general que afectó la ejecución del proyecto, el impacto económico específico recayó en el contratista, quien asumió los sobrecostos sin que la entidad contratante adoptara medidas de restablecimiento, razón por la cual concluyó que la sentencia negó indebidamente la ruptura del equilibrio económico, pues tomó como riesgos ordinarios situaciones que, por su magnitud e incidencia, excedieron la alea normal del contrato.

8. Alegatos de conclusión en segunda instancia

8.1. La parte actora¹⁷ reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, insistiendo en que: **(i)** las fuentes de materiales identificadas en los documentos precontractuales no eran meras referencias orientadoras; **(ii)** la matriz de riesgos fue indebidamente interpretada por el *a quo*; y **(iii)** la prueba obrante en el proceso acreditaba la existencia de los sobrecostos y la consecuente ruptura del equilibrio económico del contrato, de acuerdo con la jurisprudencia aplicable.

8.2. El Invías¹⁸ solicitó la confirmación de la sentencia apelada, manifestando su conformidad con el análisis efectuado en el fallo apelado. Señaló que el Tribunal valoró adecuadamente el material probatorio y realizó un análisis adecuado al concluir que las fuentes de materiales tenían carácter meramente orientador, que la matriz de riesgos y la visita técnica obligatoria trasladaban al contratista la responsabilidad por su selección y por los mayores costos derivados del transporte de materiales, y que no estaba acreditado un desequilibrio económico imputable a la entidad. Asimismo, reiteró que los presuntos sobrecostos por incremento en las distancias de acarreo no fueron reclamados oportunamente ni consignados en el acta de recibo final. Finalmente, sostuvo que el dictamen pericial no desvirtuaba la asignación contractual de riesgos ni tampoco acreditaba la existencia de un desequilibrio atribuible al Invías.

8.3. El Ministerio público¹⁹ rindió concepto desfavorable a los intereses de la parte recurrente, al sostener que no podía predicarse una falta de planeación imputable

¹⁷ Índice 34 del expediente electrónico incorporado en la plataforma Samai.

¹⁸ Índice 36 del expediente electrónico incorporado en la plataforma Samai.

¹⁹ Por conducto del entonces procurador delegado Luis Ramiro Escandón Hernández (Índice 37 del expediente electrónico incorporado en la plataforma Samai).



al Invías, pues, de conformidad con los estudios previos y el pliego de condiciones, correspondía al contratista verificar, al estructurar su oferta, la disponibilidad de las fuentes de materiales y prever los costos asociados a su selección y transporte. Añadió que el consorcio no formuló, durante la ejecución contractual ni al suscribir las adiciones, prórrogas o suspensiones del contrato, reclamaciones atinentes a mayores costos de acarreo derivado del cambio de fuentes de materiales, lo que resulta contrario a la buena fe objetiva y a la regla de *venire contra factum proprium*, en tanto tales inconformidades solo fueron planteadas en sede judicial.

Finalmente, manifestó que no se configuró la ruptura de la ecuación económica del contrato, por cuanto no se acreditaron hechos imputables a la entidad contratante ni circunstancias externas que alteraran de manera anormal su equilibrio; precisó que el cambio de fuentes obedeció principalmente a la ausencia de permisos ambientales y, en todo caso, a riesgos previsibles asumidos por el contratista, por lo que recomendó confirmar la sentencia apelada.

III. CONSIDERACIONES

La Subsección seguirá el siguiente orden metodológico para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora: (1) cuestión previa —impedimento—; (2) presupuestos procesales; (3) objeto del recurso de apelación y problema jurídico a resolver; (4) hechos probados; (5) análisis del caso concreto; y (6) costas.

1. Cuestión previa: impedimento

1.1. El 17 de abril de 2026²⁰, el magistrado Nicolás Yepes Corrales manifestó encontrarse impedido para conocer del presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 140²¹ y 141.12²² del CGP, en razón de su participación, en calidad de procurador primero delegado ante esta Corporación²³, en la audiencia de alegaciones y juzgamiento celebrada por el entonces despacho sustanciador²⁴.

1.2. Examinada la manifestación y verificada la configuración de la causal invocada, la Sala declarará fundado el impedimento y, como consecuencia, deja constancia de que el magistrado Nicolás Yepes Corrales se aparta del conocimiento del proceso, por lo cual no participa en el estudio ni en la adopción de esta decisión.

²⁰ Índice 41 del expediente electrónico incorporado en la plataforma Samai.

²¹ CGP. «Artículo 140. Los magistrados [...] en quienes concorra alguna causal de recusación deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta [...]».

²² CGP. «Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes: [...] 12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo. [...]».

²³ Aun cuando el ahora magistrado Nicolás Yepes Corrales participó, en su calidad de procurador, en la audiencia de alegatos, no fue quien rindió el concepto en segunda instancia, tal como se dejó consignado en el pie de página número 19.

²⁴ Folios 638 a 640 del cuaderno principal y CD 13.



2. Presupuestos procesales

2.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 104²⁵ CPACA, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde el conocimiento del presente asunto²⁶, en tanto la controversia sometida a juicio tiene origen en el contrato de obra pública 1307 de 2009, celebrado entre el Consorcio Infraestructura Vial 2009 y el Invías, entidad estatal que ostenta la naturaleza de establecimiento público²⁷.

A su turno, conforme con los artículos 150²⁸ y 152.5²⁹ del CPACA, al Consejo de Estado le asiste competencia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 22 de mayo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en atención a la vocación de doble instancia del proceso, dado que la pretensión de mayor valor formulada en la demanda excede los 500 SMLMV a la fecha de su presentación³⁰.

2.2. El medio de control procedente es el de controversias contractuales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141³¹ del CPACA, por cuanto en el presente asunto se debate la eventual ruptura de la ecuación económica del contrato de obra 1307 de 2009, atribuida a los mayores costos que el contratista —hoy demandante— afirma haber asumido con ocasión del cambio de las fuentes de materiales y del incremento en las distancias de acarreo y transporte durante su ejecución, así como la consecuente pretensión de restablecimiento económico frente al Invías.

²⁵ CPACA. «Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]».

²⁶ Al caso *sub examine* resultan aplicables las disposiciones de la Ley 1437 de 2011 —CPACA— y de la Ley 1564 de 2012 —CGP—, en virtud a lo previsto en el artículo 306 del primero de los estatutos citado, sin que sea procedente la aplicación de la reforma introducida por Ley 2080 de 2021, por cuanto esta no se encontraba vigente para la fecha en que presentó la demanda.

²⁷ Decreto 2663 de 1993. «Artículo 2º. El Instituto Nacional de Vías creado por el Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992, es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte».

²⁸ CPACA. «Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos [...]».

²⁹ CPACA. «Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]».

³⁰ En el *sub examine*, la pretensión mayor fue formulada por la suma de \$2.945'957.935, monto que supera los 500 SMLMV para el año 2014, los cuales fijados en \$616.000, ascendían a \$308'000.000 para efectos de determinar la cuantía.

³¹ CPACA. «Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas [...]». (subrayado añadido).



2.3. La demanda fue presentada en tiempo, de conformidad con lo previsto en el inciso v), literal j), del numeral segundo del artículo 164 del CPACA³², por las siguientes razones: **(i)** el plazo de ejecución del contrato de obra 1307 de 2009 venció el 31 de diciembre de 2011³³; **(ii)** a partir del 1º de enero de 2012 comenzó a correr el término para su liquidación, esto es, cuatro meses para la bilateral y dos meses adicionales para la unilateral³⁴, el cual concluyó el 1º de julio de 2012, sin que se efectuara el cruce de cuentas definitivo en ninguna de dichas modalidades; **(iii)** en tal virtud, el término de dos años para ejercer el medio de control de controversias contractuales comenzó a correr el 2 de julio de 2012 y, en principio, vencía el 2 de julio de 2014; **(iv)** no obstante, dicho término se suspendió el 16 de diciembre de 2013, fecha en la cual la parte actora radicó solicitud de conciliación prejudicial³⁵, cuando restaban 6 meses y 16 días para que operara la caducidad, y se reanudó el 5 de marzo de 2014, día siguiente a aquel en que fue declarada fallida la diligencia³⁶; y **(v)** así las cosas, al reanudarse el cómputo por el lapso restante, el término para presentar la demanda vencía el 21 de septiembre de 2014, mientras que esta fue radicada el 25 de junio de 2014, es decir, dentro de la oportunidad legal.

2.4. Se constata, además, que tanto quienes integraron el Consorcio Infraestructura Vial 2009 como el Invías se encuentran legitimados en la causa por activa³⁷ y

³² CPACA «Artículo 164. La demanda deberá ser presentada [...] 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad [...] j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o derecho que les sirvan de fundamento [...]. En los siguientes contratos el término de dos (2) años se contará así: v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga [...]».

³³ Numeral 4.4. de los hechos probados.

³⁴ Folios 166 a 172 del cuaderno 1 y folios 3 a 15 del cuaderno 2. La cláusula vigésima tercera del contrato de obra 1307 de 2009 estableció que «el presente contrato será objeto de liquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y las disposiciones del pliego de condiciones, procedimiento que deberá efectuarse dentro de los seis (6) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que así lo disponga. Dentro de este plazo se entiende incluido un término de cuatro (4) meses para la liquidación de común acuerdo y dos (2) meses adicionales para la liquidación unilateral si es del caso [...]». Conviene precisar que el contrato de obra pública 1307 de 2009 se encuentra sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP—, por haber sido celebrado por el Invías —establecimiento público—, que, en los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, ostenta la calidad de entidad estatal y, en consecuencia, se encuentra sujeto a dicho régimen jurídico.

³⁵ Folio 58 a 59 del cuaderno 1.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, exp. 19933. «[...] a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales —bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda— [...]». (Subrayado añadido).



pasiva, respectivamente, en la medida en que se constituyeron como partes en el contrato de obra 1307 de 2009 sobre el que versa la controversia sometida a decisión en esta instancia judicial.

3. Objeto del recurso de apelación y problema jurídico a resolver

3.1. En el caso *sub examine*, la Sala observa que la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, estructurando su inconformidad en dos ejes temáticos³⁸, dentro de los cuales, a su vez, agrupó diversos cargos específicos, que se sintetizan a continuación:

- En el primer eje temático, denominado *«la vulneración del principio de planeación y el yerro al considerar que las fuentes de materiales eran meras sugerencias sin carácter vinculante»*, sostuvo: *(i)* que, aun cuando el *a quo* reconoció que el Invías utilizó estudios previos correspondientes a la fase I del proyecto para estructurar la fase II sin su debida actualización, omitió analizar que tal circunstancia comportaba una vulneración del principio de planeación, con incidencia en la estructuración técnica y económica del contrato, particularmente en lo atinente a las fuentes de materiales; y *(ii)* que el Tribunal incurrió en un yerro al concluir que las fuentes de materiales previstas en los documentos precontractuales constituían meras referencias indicativas, lo que, a su juicio, condujo a trasladar indebidamente al consorcio contratista las consecuencias derivadas de su modificación por otras alternativas, así como a otorgar a la visita técnica un alcance que no le resulta propio, al emplearla para desplazar al oferente la carga de verificar la viabilidad integral del proyecto.
- En el segundo punto, concerniente a *«la errónea atribución del riesgo al contratista y la inadecuada valoración del impacto del invierno de 2010»*, planteó: *(i)* que el *a quo* efectuó una indebida interpretación y aplicación de la matriz de riesgos, al atribuir al contratista contingencias que desbordan el alea normal del contrato, particularmente aquellas asociadas a la selección de las fuentes de materiales y el consecuente incremento en las distancias de transporte y acarreo; y *(ii)* que el Tribunal no reconoció el impacto extraordinario e imprevisible de la ola invernal de 2010 ni su incidencia en la ruptura del equilibrio económico del contrato.

3.2. En principio, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 320³⁹ y 328⁴⁰ del CGP —aplicables supletoriamente al procedimiento contencioso administrativo

³⁸ Numeral 7 de los antecedentes.

³⁹ CGP. «Artículo 320. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]».

⁴⁰ CGP. «Artículo 328. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. // Sin embargo, cuando ambas hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones».



de acuerdo con lo establecido por el artículo 306 del CPACA⁴¹—, los cargos de apelación relacionados en precedencia constituirían el marco de competencia funcional de este juzgador en segunda instancia⁴². No obstante, la Sala advierte que algunos de dichos reparos no encuentran correspondencia directa con los hechos, fundamentos y pretensiones expuestas en la demanda, lo que impone examinar su admisibilidad a la luz de las reglas que rigen la estructura y los límites del litigio, en particular, del principio de congruencia que gobierna la actividad jurisdiccional⁴³.

En efecto, a voces del artículo 281⁴⁴ del CGP, la sentencia debe guardar estricta consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda, así como con las razones de defensa propuestas en su contestación. Los términos bajo los cuales quedó trabajada la *litis* constituyen el ámbito de competencia del juez, de modo que no puede pronunciarse sobre aspectos ajenos al marco fáctico y jurídico fijado por las partes desde las etapas iniciales del proceso, en garantía del debido proceso y del derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales. En esa medida, la competencia funcional del juez de segunda instancia no solo se encuentra delimitada por los cargos de apelación, sino también por el objeto del litigio previamente definido por la *causa petendi*, el *petitum* de la demanda y las excepciones propuestas en la contestación, lo cual constituye un límite infranqueable para el ejercicio de la función jurisdiccional.

⁴¹ CPACA. «Artículo 306. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo».

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de agosto de 2024, exp. 57643. «En línea con las prescripciones normativas expuestas [artículo 320 y 328 del CGP], se ha considerado que el objeto de la apelación recae sobre las decisiones adoptadas en la providencia recurrida y en su fundamentación; razón por la que el impugnante, al sustentar el recurso, tiene la carga de exponer los desaciertos en los que hubiera incurrido el a quo al resolver el litigio planteado. Por lo tanto, en principio, los aspectos ajenos a los cargos del recurso con los que fueron rebatidos los fundamentos de la providencia impugnada deben ser excluidos del debate en la instancia superior, pues en el recurso alzada opera tanto el principio de non reformatio in pejus, como el principio dispositivo, de acuerdo con los cuales, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, la competencia funcional del ad quem».

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de febrero de 2026, exp. 69010. «De acuerdo con lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política y en el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, los jueces y magistrados que integran la Rama Judicial del Poder Público ejercen función jurisdiccional, la cual ha sido definida por esta Corporación como ‘la facultad de administrar justicia que corresponde en abstracto a todos los jueces y que se concreta en uno de ellos en virtud de la competencia que le otorga el poder de conocer un asunto a un juez determinado’. [...] // Como es natural, el ejercicio de la función jurisdiccional confiere al juez el poder de decidir con efectos vinculantes los conflictos que son puestos en su conocimiento, con arreglo a las normas procesales que rigen la ritualidad de cada juicio. En ese sentido, cabe indicar que el poder de decisión no es absoluto o ilimitado [...]. // De este modo, resulta diáfano que al momento de decidir el juez está limitado en su análisis a los aspectos esenciales que distinguen la controversia puesta en su conocimiento, los que afloran a partir de la argumentación expuesta por la parte activa en el libelo introductorio, así como también por la parte pasiva en la contestación de la demanda. En línea con lo anterior, cabe agregar que ‘estos elementos delimitan el objeto alrededor del cual debe girar el debate del proceso y, por tanto, los aspectos sobre los cuales ha de recaer el pronunciamiento judicial final, es decir, constituyen pilares fundamentales que garantizan el ejercicio, entre otros, del derecho de acción y, correlativamente, del de contradicción y, a su vez, imponen al juez el deber de fallar de manera congruente con lo pretendido en la demanda y su fundamento’».

⁴⁴ CGP. «Artículo 281. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. // No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta [...]».



Bajo este entendimiento, se observa que, en términos generales, el objeto del litigio, conforme con la demanda⁴⁵, la contestación⁴⁶ y su fijación en la audiencia inicial⁴⁷, se circunscribió a determinar si los mayores costos derivados del cambio de fuentes de materiales y del incremento en las distancias de transporte y acarreo generaron la ruptura del equilibrio económico del contrato, o si aquellos correspondían a riesgos contractualmente asumidos por el contratista, en particular aquellos asociados a la estructuración de la oferta y la selección de fuentes de materiales.

A partir de este marco, la Sala advierte que no resulta procedente el análisis de los cargos relativos, de una parte, a la supuesta vulneración del principio de planeación por la utilización de estudios previos correspondientes a la fase I del proyecto sin su debida actualización para la fase II —a la que correspondía el contrato objeto de controversia— y, de otra, a la incidencia de la ola invernal que azotó al país en el año 2010, por cuanto tales aspectos no fueron planteados en la demanda objeto de estudio ni siquiera de manera implícita o indirecta, ni se desprenden de la *causa petendi*; tampoco fueron objeto de oposición por la parte demandada en su contestación ni incorporados en la fijación del litigio, de modo que, ha de señalarse, dichos puntos no hicieron parte del marco fáctico y jurídico dentro del cual se trabó la controversia.

En este orden de ideas, su invocación en esta instancia introduce elementos ajenos al debate procesal, distintos de la causa efectivamente alegada en la demanda, esto es, la supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato derivada de los mayores costos de acarreo de materiales como consecuencia de la necesidad de sustituir las fuentes de suministro previstas en los documentos precontractuales, ya fuera porque no se encontraban en funcionamiento, por restricciones ambientales o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas. Su análisis en sede de apelación implicaría ampliar indebidamente el objeto del litigio, en detrimento de las garantías de contradicción y defensa de la parte demandada.

Conviene precisar, adicionalmente, que las referencias efectuadas en la sentencia de primera instancia sobre el uso de los estudios de la fase I en la ejecución de la fase II —aspecto a partir del cual el recurrente deriva el reproche de indebida planeación— y sobre la incidencia de la temporada invernal, no implica que dichos elementos hayan pasado a integrar el objeto del litigio. Y es que, aunque el Tribunal a *quo* se pronunció sobre ellos, lo hizo en el marco del análisis de los cargos efectivamente planteados en la demanda, considerándolos únicamente como elementos de apoyo para valorar, por una parte, el carácter meramente orientador de las fuentes de materiales y, de otra, la previsibilidad de las circunstancias de ejecución contractual, sin que por ello se erijan en fundamentos de la controversia.

Es que aceptar que dichos aspectos —la planeación contractual y la ola invernal— hacen parte del objeto de la controversia a resolver, implicaría incorporar al debate

⁴⁵ Numeral 1 de los antecedentes.

⁴⁶ Numeral 2 de los antecedentes.

⁴⁷ Numeral 3.2 de los antecedentes.



procesal cuestiones ajenas a las pretensiones, a la *causa petendi* y a los fundamentos jurídicos definidos desde la demanda, en contravención del principio de congruencia y en detrimento del derecho de defensa, en la medida en que la parte demandada no se pronunció sobre tales aspectos al contestar la demanda, formular excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

Superado este punto, se destaca, en contraste, que sí resultan admisibles —por guardar correspondencia directa con las pretensiones y los hechos de la demanda, así como con las razones de defensa expuestas en su contestación— los cargos de apelación que se enmarcan en los dos ejes temáticos inicialmente identificados, así: **(i)** el relativo al carácter vinculante o meramente referencial de las fuentes de materiales previstas en los documentos precontractuales y, en esa misma línea, la procedencia o improcedencia de trasladar al contratista los mayores costos derivados de su modificación; y **(ii)** el atinente a la correcta interpretación de la matriz de riesgos en relación con la asignación de tales contingencias.

3.3. En ese orden de ideas, y con estricta sujeción a los límites derivados del objeto del litigio y de la depuración de los cargos de apelación, que delimitan el alcance de la presente decisión, a la Sala le corresponde resolver el siguiente **problema jurídico**, el cual integra los dos cargos mencionados:

Determinar si, en el marco del contrato de obra 1307 de 2009, las fuentes de materiales previstas en los documentos precontractuales tenían carácter vinculante o meramente referencial y, en consecuencia, si los mayores costos derivados de su modificación —particularmente aquellos asociados al incremento en las distancias de transporte y acarreo— debían ser asumidos por el contratista como parte de los riesgos a su cargo o, por el contrario, si tales circunstancias excedieron los riesgos contractualmente asumidos y configuraron una alteración anormal de la ecuación económica del contrato imputable a la entidad demandada, que imponga su restablecimiento.

4. Hechos probados

La Sala procederá a determinar los hechos probados que resultan relevantes para resolver la controversia planteada en esta instancia. Con tal propósito, valorará los documentos allegados al expediente por las partes, incluso aquellos obran en copia simple, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 246⁴⁸ del CGP.

Etapas precontractual

4.1. El 30 de diciembre de 2008, el Invías abrió la licitación pública LP-SGT-GPD-031-2008, para contratar la «reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de

⁴⁸ CGP. «Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...]. Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente».



las vías incluidas dentro del Programa de Pavimentación de Infraestructura Vial de Integración y Desarrollo Regional Plan 2500, en el departamento de Santander», para lo cual puso a disposición de los interesados tanto los estudios y documentos previos del proyecto como el pliego de condiciones, cuyas principales estipulaciones se relacionan a continuación:

4.1.1. En los «estudios y documentos previos»⁴⁹, se consignó, entre otros aspectos, la necesidad y justificación del proyecto, precisando que su objeto comprendía la «reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación» de siete tramos viales, así:

TRAMO	SECTOR VIAL	LONGITUD
1.	Charalá - La Cantera (K10+880 al K12+589)	1,709 Km
2.	La Cantera – El Encino (K13+590 al K17+589)	3,999 Km
3.	Los Curos – Málaga (K11+125 al K12+625)	1,5 Km
4.	Troncal (Albania) – La Llana (K0+00 al K1+830)	1,83 Km
5.	La Belleza – Jesús María (K8+300 al K12+500)	4,2 Km
6.	Troncal – Puerto Parra (K2+800 al K8+000)	5,20 Km
7.	Oiba – Guadalupe (K13+550 al K18+250)	4,70 Km

Igualmente, se estableció que en cada tramo se ejecutarían, entre otras actividades, *«la construcción de obras de drenaje (alcantarillas y filtros), obras de contención, concretos clase D, F y G, explanaciones, aplicación de afirmado, aplicación de subbase, base granular y una superficie en mezcla asfáltica tipo MDC-2 [...], adicionalmente actividades de suministro e instalación de la señalización horizontal y vertical»*.

De otra parte, en dicho documento se incluyó un acápite específico relativo a las fuentes de materiales, en el cual se identificaron algunos sitios de abastecimiento para cada tramo, en los siguientes términos:

TRAMO	FUENTE DE MATERIALES
Tramo 1 (Charalá - La Cantera)	<i>«Se sugiere el uso de la fuente ubicada en el PR 10+550 (cantera el Tablón) sobre la vía en mención, de donde se puede extraer material aluvial del río Pientá o de cualquier otra fuente alterna de que disponga el contratista siempre y cuando cumpla con las especificaciones técnicas de construcción del Inviás. Se considera que el contratista favorecido podrá instalar una planta de pavimentos en este sitio, debido a que por la cercanía con el tramo La Cantera – El Encino, en ese sitio se producirá la mezcla asfáltica para estos dos tramos siempre que se verifique la calidad de los agregados gruesos».</i>
Tramo 2 (La Cantera – El Encino)	<i>«Se sugiere el uso de la fuente ubicada sobre el PR 10+550 (cantera el Tablón) de la vía del Módulo No. 1 Charalá – La Cantera, de donde se puede extraer material aluvial del río Pientá o de cualquier otra fuente alterna de que disponga el contratista siempre y cuando cumpla con las especificaciones técnicas de construcción del Inviás. Se considera que el contratista favorecido deberá instalar un planta de pavimentos en este sitio, debido a que por la cercanía con la vía del Módulo No. 1, en ese sitio se producirá la mezcla asfáltica para estos dos tramos verificando la calidad de los agregados gruesos».</i>

⁴⁹ Folios 156 a 175 del cuaderno 2 y CD 7, documento denominado «Estudios previos».



Tramo 3 (Los Curos – Málaga)	«Se sugiere el uso de la fuente de materiales y planta de pavimentos de donde se extraen materiales aluviales del Río Sogamoso a 33 Kilómetros del tramo en mención o de cualquier otra fuente alterna de que disponga el contratista siempre y cuando cumpla con las especificaciones técnicas de construcción del Invías».
Tramo 4 (Troncal Albania – La Llana)	«Se sugiere el uso de los materiales triturados y la mezcla elaborada en la planta de pavimentos sobre el PR 73 del tramo de vía 45A de donde se trabajan materiales aluviales de Pescadero o de cualquier otra fuente alterna de que disponga el contratista siempre y cuando cumpla con las especificaciones técnicas de construcción del Invías».
Tramo 5 (La Belleza – Jesús María)	«Se sugiere el uso de los materiales de la fuente sobre el K 4+500 de la vía en mención y la instalación de planta de asfalto en el mismo sitio en caso que la planta con la que se construye el tramo inicial haya sido trasladada o de cualquier otra fuente alterna de que disponga el contratista siempre y cuando cumpla con las especificaciones técnicas de construcción del Invías. Para concretos hidráulicos se hace necesario el acarreo de arenas naturales».
Tramo 6 (Troncal – Puerto Parra)	«Se sugiere el uso de la fuente Quebrada Las Doradas a 8.0 Kilómetros del origen del proyecto sobre un costado de la vía en mención, de donde se pueden explotar los materiales de río para las capas granulares. Con respecto a la planta de asfalto existe una planta de donde se extraen materiales aluviales del río Sogamoso a 81 Kilómetros del tramo en mención o de cualquier otra fuente alterna de que disponga el contratista siempre y cuando cumpla con las especificaciones técnicas de construcción del Invías».
Tramo 7 (Oiba – Guadalupe)	«Se sugiere el uso de los materiales de cantera en el K 3+500 de la vía en mención, de la cual se pueden extraer los materiales para las capas granulares, así mismo la mezcla se ha contemplado del sitio donde se instale la planta de asfalto para los módulos 1 y 2 sobre la vía San Gil – Charalá a 96 Kilómetros del proyecto o de cualquier otra fuente alterna de que disponga el contratista siempre y cuando cumpla con las especificaciones técnicas de construcción del Invías».

4.1.2. En el «*pliego de condiciones*»⁵⁰ —integrado, además, por los estudios previos y la matriz de riesgos, como quedó consignado en el numeral 1.1.—, se incluyeron las siguientes estipulaciones relevantes:

(i) En lo que respecta a la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles, el numeral 1.2 estableció que «*la presentación de oferta implica la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos efectuada por la entidad en el pliego de condiciones y adendas*». En desarrollo de dicha previsión, el pliego incorporó una matriz de riesgos definitiva⁵¹ en la cual se incluyeron, entre otros, los siguientes:

CLASE DE RIESGO	DESCRIPCIÓN	OBSERVACIÓN	ASIGNACIÓN DE RIESGO
Construcción	Fuentes de materiales	Efecto favorable o desfavorable ocasionado por la selección, explotación y manejo de los insumos provenientes de las fuentes de materiales	Proponente y/o contratista
		Efecto favorable o desfavorable derivado del esquema fijado en su programa para la ejecución de la obra: localización de	

⁵⁰ Folios 202 a 279 del cuaderno 1 y CD 7, documento denominado «*Pliego de condiciones*».

⁵¹ Folio 201 del cuaderno 1 y CD 7, documento denominado «*Matriz de riesgos*».



	Programación de obra	campamento, compra e ingreso de materiales, ingreso y suministro de equipos, mano de obra, mantenimiento de vías de accesos y públicas que sean de competencia del contratista.	Proponente y/o contratista
Financieros o de mercado	Precios unitarios	Los efectos económicos derivados de un análisis insuficiente de los precios unitarios realizados por el contratista, en cuanto equipos, transporte, materiales y mano de obra.	Proponente y/o contratista
Socioambientales y prediales	Permisos y autorizaciones ambientales	Cualquier incumplimiento derivado del trámite y la obtención de los permisos ambientales con las CAR y la obtención del paz y salvo derivado de las actividades correspondientes al cierre de los permisos obtenidos.	Proponente y/o contratista
Causas naturales fuerza mayor o caso fortuito	No asegurable (lluvias extraordinarias)	Efecto económico ocasionado por Daño emergente	Invías
		Efecto económico ocasionado por Lucro Cesante	Proponente y/o contratista

(ii) Sobre el plazo de ejecución y el presupuesto oficial, los numerales 1.4 y 1.6. establecieron que el primero sería de 16 meses —distribuidos en 10 meses para los tramos 1, 2, 3 y 4, así como 6 meses para los tramos 5, 6 y 7— y que el segundo ascendía a \$21.648'220.081, incluido IVA.

(iii) En cuanto a la visita técnica obligatoria al sitio de las obras, el apartado 21 del numeral 3.8.1. —reiterado también en el anexo técnico⁵²— prescribió lo que, por su importancia para la resolución del presente asunto, se pasa a transcribir:

«La visita técnica al lugar donde se realizará la obra es de carácter obligatorio, razón por la cual el Invías da por entendido que el interesado conoce la zona del proyecto y los riesgos que en la misma se pueden presentar, por lo cual el proponente deberá incluir en su propuesta copia del acta de visita técnica obligatoria al sitio de las obras o el documento expedido por la Territorial correspondiente [...]. El contratista requiere de tres personas para que realicen las visitas a las vías de acuerdo a la ubicación; en el primer grupo se visitarán las vías Charalá – La Cantera, La Cantera- El Encino, Oiba- Guadalupe y Los Curos - Málaga, el segundo grupo visitará Troncal (Albania)- La Llana y Troncal – Puerto Parra, el tercer grupo visitará el tramo La Belleza –Jesús María.

[...] El interesado bajo su cuenta y riesgo deberá inspeccionar y examinar el sitio donde se va a desarrollar el proyecto y los alrededores de la obra e informarse sobre la forma y características del sitio, localización y naturaleza de la obra y la de los materiales necesarios para su ejecución, transporte, mano de obra, y las fuentes de materiales para su explotación, zonas de botaderos, las vías de acceso al sitio y las instalaciones que se puedan requerir, las condiciones ambientales y sociales del área de influencia, las cuales debe considerar para el desarrollo y manejo ambiental del proyecto, así como con los riesgos previsibles de la obra y sobre todas las circunstancias que puedan afectar o influir de alguna manera el trabajo, los costos, precios y plazo de las obras, y siempre cumpliendo con la normatividad vigente cada uno de las vías.

⁵² Folios 185 a 194 del cuaderno 1 y CD 7, documento denominado «Anexo técnico».



*Los interesados no podrán aducir como excusa el hecho de no haberse familiarizado debidamente con los detalles y condiciones bajo los cuales serán ejecutados los trabajos para presentar en el futuro reclamaciones a la entidad contratante. Por lo anterior, se considera de mucha importancia que el interesado asista a **las visitas para todas las vías** y ponga en conocimiento de la Entidad todas sus inquietudes u observaciones para la elaboración de la correspondiente propuesta [...]». (negrilla incluida en el texto original)*

(iv) Como aspectos a considerar en el valor de la propuesta, el numeral 3.8.3. incluyó, entre otros, los siguientes aspectos relevantes:

*«[...] **2. Aspecto ambiental y Social.** [...] El contratista previo al inicio la obra deberá contar con todos los permisos ambientales necesarios para adelantar las actividades constructivas, el no contar con los permisos ambientales no será causa alguna para ampliar ni modificar el plazo del contrato. // Para el inicio de las obras el contratista deberá garantizar la ejecución de las mismas, con suministros de materiales provenientes de proveedores que tengan las respectivas licencias vigentes, mientras se logra la obtención de los permisos mineros y ambientales requeridos para el proyecto.*

***3. Vías de acceso y otras obras provisionales:** Durante su permanencia en la obra serán de su cargo la construcción, mejoramiento y conservación de las obras provisionales o temporales que no forman parte integrante del proyecto, tales como: vías provisionales, vías de acceso y vías internas de explotación a las fuentes de materiales y las demás que considere necesarias para el buen desarrollo de los trabajos [...] y en general toda obra provisional relacionada con los trabajos [...].*

***4. Materiales:** El proponente adoptará si es del caso las fuentes de materiales identificadas en el Estudio de Impacto Ambiental en los volúmenes estimados por el contratista en el capítulo de Aprovechamiento de Recursos Naturales, 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 de 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, sub - base, 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 [...]. // El Instituto no aceptará ningún reclamo del constructor, por costos, plazos, falta o escasez de materiales o elementos de construcción, o por cualquiera de los eventos contemplados en este numeral.*

***6. Aspectos técnicos:** Los trabajos objeto de la presente licitación pública deberán ejecutarse de conformidad con las Especificaciones Generales de Construcción del Inviás vigentes, incluidas sus adiciones y/o modificaciones^[53]. Los aspectos que éstas no regulen se ejecutaran de acuerdo con lo contemplado en las especificaciones técnicas incluidas en el presente pliego de condiciones.*

***7. Examen de los sitios:** el proponente deberá inspeccionar y examinar el sitio y los alrededores de la obra e informarse, sobre la forma y características del sitio, las cantidades, localización y naturaleza de la obra y la de los materiales necesarios para su ejecución, transporte, mano de obra, y, de manera especial, **las fuentes de materiales para su explotación junto con los volúmenes de explotación, vías internas de explotación y vías de acceso a las mismas**, zonas de botaderos, las vías de acceso al sitio y las instalaciones que se puedan requerir, las condiciones ambientales y sociales del área de influencia [...], y, en general, sobre todas las*

⁵³ Documento allegado al plenario en el CD 2.



circunstancias que puedan afectar o influir en el cálculo del valor de su propuesta. // Es responsabilidad del proponente familiarizarse con los detalles y condiciones bajo los cuales serán ejecutados los trabajos, así como de los riesgos previsibles de la obra, pues su desconocimiento no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones» (negrilla incluida en el texto original).

4.2. El 4 de febrero de 2009⁵⁴, el consorcio Infraestructura Vial 2009 presentó su propuesta económica por un monto global de \$21.647'150.951, incluido IVA, en la cual desagregó el presupuesto para cada uno de los siete tramos, en los siguientes valores: **(i)** \$1'455.826.865 para el primer tramo; **(ii)** \$2.140'968.702 para el segundo tramo; **(iii)** \$2.405'342.682 para el tercer tramo; **(iv)** \$1.504'194.901 para el cuarto tramo; **(v)** \$5.350'087.974 para el quinto tramo; **(vi)** \$3.683'665.192 para el sexto tramo; y **(vii)** \$5.107'064.635 para el séptimo tramo. Asimismo, indicó que su propuesta incluía un AIU del 25%, discriminado así: administración (A) un 15%; imprevistos (I) un cinco 5% y utilidad (U) un 5%.

4.2.1. En la carta de presentación de la propuesta, los integrantes del consorcio declararon, entre otras cosas, que: **(i)** «conocemos la información general y demás documentos del pliego de condiciones de la presente licitación pública y que aceptamos los requisitos en ellos contenidos»; **(ii)** «hemos visitado el sitio del proyecto y tomado atenta nota de sus características y de las condiciones que puedan afectar su ejecución»; **(iii)** «asumimos el reconocimiento y asunción de los riesgos previsibles que puedan surgir en la ejecución del contrato, incluidos los riesgos ambientales».

Suscripción del contrato y sus cláusulas relevantes

4.3. El 27 de agosto de 2009⁵⁵, el Invías y el consorcio Infraestructura Vial 2009 celebraron el contrato de obra 1307 de 2009, bajo la modalidad de precios unitarios con ajustes mensuales, cuyo objeto consistió en la «reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de las vías incluidas dentro del Programa de Pavimentación de Infraestructura Vial de Integración y Desarrollo Regional —Plan 2500—» de los 7 tramos relacionados en el pliego de condiciones y en la oferta.

(i) En materia de asignación de riesgos, el segundo párrafo de la cláusula primera dispuso que el contratista asumiría «*todos riesgos previsibles identificados y plasmados en el pliego de condiciones*».

(ii) Sobre el valor del contrato y su forma de pago, las cláusulas segunda y novena estipularon que, aunque aquel fue estimado en \$21.647'150.951, el monto a reconocer correspondería a «*la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por los precios unitarios fijados en la propuesta del contratista*», remuneración que se efectuaría mediante actas parciales por ítem terminado de hito, debidamente refrendadas por el contratista, la interventoría y el Invías, previa verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos, ambientales

⁵⁴ CD 1.

⁵⁵ Folios 166 a 172 del cuaderno 1 y folios 3 a 15 del cuaderno 2.



y de seguridad social previstos contractualmente, quedando el desembolso final condicionado a la suscripción del acta de entrega y recibo definitivo de la obra.

(iii) En relación con el plazo de ejecución, la cláusula cuarta estableció que sería *«hasta el 31 de diciembre de 2010, contados a partir de la orden de iniciación que impartirá el Instituto»*.

(iv) Frente a las actas de obra y ajustes, la cláusula octava dispuso que estas constituyen el documento en el cual el contratista y el interventor registran las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por *ítem* terminado de hito; asimismo, estableció que su valor se determinaría multiplicando dichas cantidades por los precios unitarios de la propuesta o por los acordados para *ítems* no previstos previamente aprobados por el Invías. Finalmente, precisó que tales actas tendrían carácter provisional respecto de las cantidades y la calidad de las obras, pudiendo el interventor introducir correcciones o efectuar descuentos por trabajos no ejecutados a satisfacción, y que únicamente el acta de entrega y recibo definitivo de la obra constituiría aprobación final de los trabajos ejecutados.

(v) En lo que respecta al anticipo, en la cláusula decima se pactó que, una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, el Invías podría conceder al contratista un anticipo hasta por el 50% del valor básico del contrato, cuyo desembolso se efectuaría en dos etapas: una primera parte, equivalente al 34,34%, con cargo a los recursos de la vigencia 2009 y el saldo restante en la vigencia 2010; dicho anticipo debía ser amortizado mediante deducciones en las actas de obra por *ítem* terminado de hito, bajo control de la interventoría, hasta su total recuperación al menos un mes antes del vencimiento del plazo contractual, sin perjuicio de que el contratista pudiera realizar amortizaciones superiores a las inicialmente previstas.

(vi) Acerca de los documentos del contrato, la cláusula vigésima sexta indicó que, entre otros, forman parte de este y determinan, regulan, complementan y adicionan sus condiciones: **(a)** el documento *«Especificaciones Generales de Construcción, versión 2007»* elaboradas por Invías; **(b)** los pliegos de condiciones de la licitación pública LP- SGT-GPD-031-2008, incluido las actas de audiencia, el informe de evaluación de las propuestas y la resolución de adjudicación, y **(c)** la propuesta del contratista.

Inicio de ejecución contractual y problemas con las fuentes de materiales

4.4. El 18 de septiembre de 2009⁵⁶, el Invías impartió orden de inicio de ejecución del contrato, cuya interventoría fue contratada con el consorcio Inelco⁵⁷.

4.5. El 25 de septiembre de 2009⁵⁸ se llevó a cabo el segundo comité de obra, en el que se dejó constancia de que la interventoría solicitó al contratista presentar en

⁵⁶ Folio 145 del cuaderno 1 y folio 2 del cuaderno 2.

⁵⁷ Folios 117 a 120 del cuaderno 1.

⁵⁸ Folios 176 a 179 del cuaderno 2.



un plazo máximo de un mes, la evaluación de fuentes de materiales correspondientes a los tramos 1 (Charalá - La Cantera) y 2 (La Cantera – El Encino).

4.6. El 7 de octubre de 2009⁵⁹, mediante oficio INELCO-CIV-005-09, la interventoría solicitó al consorcio contratista *«definir las fuentes definitivas de agregados que serán utilizados y presentar sus correspondientes ensayos de laboratorio según las normas actualizadas del Invías»*.

4.7. El 9 de octubre de 2009⁶⁰, en el quinto comité de obra, se dejó constancia de que *«aún no se ha decidido cuál es la fuente de materiales a utilizar, [por lo que] el contratista se compromete a entregar [...] dicha definición, acompañada de los ensayos de materiales, y diseño de mezcla de concretos»*.

4.8. El 28 de diciembre de 2009⁶¹, el contratista informó a la interventoría que, para la ejecución de los tramos 1 (Charalá - La Cantera) y 2 (La Cantera – El Encino), utilizaría *«la base granular triturada producida en la planta de trituración Corvias-Emcovias»* —fuente de material distinta a las indicadas por el Invías en los estudios previos—, por lo que solicitó programa una visita a dicha planta para la toma de muestras. Los materiales fueron aprobados por la interventoría, con fundamento en los resultados de ensayos y pruebas realizadas a la planta⁶².

4.9. El 21 de enero de 2010⁶³, en comité de obra se dejó constancia que, para la ejecución del tramo 7 (Oiba – Guadalupe), el contratista tramitó los permisos y licencias ambientales correspondientes para la explotación de materiales provenientes de las fuentes El puente y El Curo —fuente de material distinta a las indicadas por el Invías en los estudios previos—.

4.10. El 15 de febrero de 2010⁶⁴, el contratista manifestó que en el tramo 5 (La Belleza – Jesús María) *«las fuentes pactadas en el contrato desde el momento de la licitación son las que se están planteando y estas no cumplen con las normas, lo que adicional a la no concordancia de los diseños del proyecto, obliga a una revisión parcial del plazo, mientras se definen tanto las fuentes de materiales como los diseños»*; no obstante, finalmente, los materiales utilizados para este tramo fueron traídos desde pescadero⁶⁵.

4.11. El 30 de agosto de 2010⁶⁶, el contratista entregó a la interventoría, para efectos de la ejecución del tramo 6 (Troncal – Puerto Parra), el informe de ensayos de materiales mezclados provenientes de las fuentes El Coscorrón y el río Carare —

⁵⁹ Folios 180 a 181 del cuaderno 2.

⁶⁰ Folios 183 a 186 del cuaderno 2.

⁶¹ Folio 190 del cuaderno 2.

⁶² Folios 193 a 206 del cuaderno 2.

⁶³ Folios 250 a 257 del cuaderno 2.

⁶⁴ Folios 206 a 209 del cuaderno 2.

⁶⁵ Folios 210 a 212 del cuaderno 2.

⁶⁶ Folios 213 a 214 del cuaderno 2.



fuelle de material distinta a las indicadas por el Invías en los estudios previos—, las cuales fueron finalmente aprobadas por la interventoría⁶⁷.

Modificaciones, adiciones, prórrogas y suspensiones al contrato durante su ejecución.

4.12. Durante la ejecución contractual, el negocio fue objeto de dos modificaciones, tres adiciones en el precio, cuatro prórrogas y tres suspensiones, de modo que su plazo se extendió hasta el 31 de diciembre de 2011 y su valor final ascendió a la suma de \$23.965'008.203, como se detalla a continuación:

ACTO Y FECHA	OBJETO	JUSTIFICACIÓN
Primera modificación suscrita el 14 de diciembre de 2009 ⁶⁸ .	Modificar el parágrafo primero de la cláusula décima del contrato, relativa al anticipo, con el fin de ajustar la forma de desembolso del anticipo, disponiendo que el saldo se entregaría en la vigencia 2010 hasta completar el 100 %.	Se sustentó en que: <i>(i)</i> el Invías desembolsó inicialmente la suma de \$6.503'746.695 por concepto de anticipo; <i>(ii)</i> el contratista, mediante comunicación del 4 de diciembre de 2009, solicitó el trámite del saldo restante del anticipo, correspondiente a \$1.000'000.000, al no haber alcanzado a facturar un hito de 1 km conforme a las condiciones contractuales; <i>(iii)</i> la interventoría respaldó dicha solicitud; <i>(iv)</i> el pliego de condiciones y la cláusula décima del contrato autorizaban otorgar hasta el 50% del valor básico del contrato a título de anticipo; y <i>(v)</i> la petición fue sometida a consideración y aprobada por el Comité de Adiciones y Prórrogas.
Segunda modificación - primera adición suscritas el 20 de septiembre de 2010 ⁶⁹ .	Adicionar el valor del contrato en \$600'000.000 (incluido IVA) y modificar la cláusula tercera del contrato, relativa a la apropiación presupuestal, para redistribuir recursos entre los distintos tramos del proyecto.	Se fundamentó en que: <i>(i)</i> el contratista, mediante oficio CIV2010-GG-0280-10 del 31 de agosto de 2010, solicitó una adición de valor con cargo al tramo 3 (vía Los Curos–Málaga), en la medida en que el 25 de agosto de 2010 se presentó un movimiento de masas entre las abscisas K12+170 y K12+330, el cual ocasionó el cierre total de la vía y exigió la ejecución inmediata de obras de mitigación no previstas en el alcance inicial del contrato; <i>(ii)</i> el contratista, mediante oficio CIV2010-GG-0242-10 del 1º de julio de 2010, solicitó la modificación de la cláusula tercera relativa a la apropiación presupuestal, con el fin de garantizar la disponibilidad de recursos para atender las obligaciones contractuales, así como la posibilidad de trasladar recursos entre tramos, previo cumplimiento de las metas físicas contractuales; <i>(iii)</i> el contratista, mediante comunicación del 31 de agosto de 2010, informó que el balance técnico de obra evidenciaba mayores cantidades de obra y variaciones en las metas físicas inicialmente proyectadas en varios tramos, así como la imposibilidad de intervenir determinados sectores, lo cual generó excedentes presupuestales en algunos tramos y déficit en otros; <i>(iv)</i> la solicitud fue avalada por la interventoría; <i>(v)</i> la petición fue sometida a consideración y aprobada

⁶⁷ Folios 215 y 222 a 224 del cuaderno 2.
⁶⁸ Folio 173 del cuaderno 1 y folios 29 a 30 del cuaderno 2.
⁶⁹ Folios 174 a 176 del cuaderno 1 y folios 43 a 47 del cuaderno 2.



		por el Comité de Adiciones y Prórrogas; y (vi) la operación contó con el correspondiente respaldo presupuestal.
Primera suspensión suscrita el 11 de octubre de 2010 ⁷⁰ .	Suspender parcialmente la ejecución contractual en el tramo 5 (La Belleza – Jesús María) y el tramo 6 (Troncal – Puerto Parra) por un plazo de 30 días, contados a partir del 11 de octubre de 2010 y con fecha prevista de reanudación del 11 de noviembre de 2010. Se dejó constancia de que el contratista renuncia expresamente, en el momento de solicitar la suspensión del contrato, a reclamar judicial o extrajudicialmente mayores costos generados por lucro cesante y/o daño emergente; desequilibrio económico por interrupción de secuencia constructiva; desequilibrio económico por <i>stand by</i> de equipos y maquinarias, desequilibrio económico por disponibilidad de personal, equipos y maquinaria; desequilibrio económico por mayor cantidad de desplazamientos y/o transporte de maquinaria, equipo o personal y desequilibrio económico por mayor permanencia y disposición de la infraestructura propia de la empresa, toda vez que el contratista es enteramente libre para disponer.	Tuvo origen en que: (i) el contratista solicitó la suspensión parcial de la ejecución del contrato en los tramos 5 (La Belleza – Jesús María) y 6 (Troncal – Puerto Parra), al señalar que la fuerte temporada invernal impidió, de un lado, la utilización de materiales explosivos para la explotación de fuentes de materiales conforme a los rendimientos programados, lo que retrasó los procesos de producción en las diferentes plantas y la posterior colocación de dichos materiales en cumplimiento de las actividades contractuales, y, de otro, que el incremento en los niveles de los ríos como consecuencia de las altas precipitaciones dificultó la explotación de materiales granulares, circunstancias que afectaron el cumplimiento de los compromisos de obra programados por el contratista; y (ii) la interventoría avaló la solicitud y recomendó al Invías suspender el contrato, al poner de presente que el departamento de Santander se encontraba en situación de emergencia debido a la temporada invernal, la cual había imposibilitado el acceso de insumos necesarios para la producción de mezcla asfáltica y concretos, así como dificultado la extracción de material granular debido al aumento en los niveles de los ríos.
Segunda adición suscrita el 17 de noviembre de 2010 ⁷¹ .	Adicionar el valor del contrato en la suma de \$500'000.000 (incluido IVA) e incorporar la correspondiente apropiación presupuestal, ajustes en garantías y programas de trabajo. Se estableció que la adición se concedía sin perjuicio de las acciones o sanciones que el Invías pudiera adelantar por eventuales incumplimientos.	Se sustentó en que: (i) el contratista, mediante oficio CIV2010-GG-0320-10 del 9 de octubre de 2010, solicitó una nueva adición con cargo al tramo 3 (vía Los Curos–Málaga), con el fin de continuar la atención de la emergencia generada por el deslizamiento ocurrido entre las abscisas K12+170 y K12+330 del tramo 3 (vía Los Curos–Málaga); (ii) la interventoría avaló la solicitud, señalando la necesidad de garantizar la continuidad de las obras de mitigación y restablecimiento de la transitabilidad en dicho tramo; (iii) la petición fue sometida a consideración y aprobada por el Comité de Adiciones y Prórrogas; y (iv) la operación contó con respaldo presupuestal.
Tercera adición suscrita el 30 de diciembre de 2010 ⁷² .	Adicionar el valor del contrato en la suma de \$1.217'857.252 (incluido IVA), e incorporar la correspondiente apropiación presupuestal, ajustes en garantías y programas de trabajo. Se estableció que la adición se concedía sin perjuicio de las acciones o sanciones que el Invías pudiera adelantar por eventuales incumplimientos.	Se fundamentó en que: (i) el contratista, mediante oficio CIV2010-GG-0343-10 de 24 de noviembre de 2010, solicitó una nueva adición con cargo al tramo 6, con el fin de atender requerimientos adicionales surgidos durante la ejecución orientada a ampliar el alcance de las obras previstas en dicho tramo; (ii) la interventoría, avaló la solicitud, señalando que la adición permitiría atender necesidades manifestadas por la comunidad, representada por autoridades locales, y mejorar el alcance de las obras previstas en dicho tramo; (iii) la petición fue sometida a consideración y aprobada por el

⁷⁰ Folios 591 a 593 del cuaderno 1.

⁷¹ Folio 177 del cuaderno 1 y folios 58 a 59 del cuaderno 2.

⁷² Folio 178 del cuaderno 1 y folios 69 a 70 del cuaderno 2.



		Comité de Adiciones y Prórrogas; y (iv) la operación contó con respaldo presupuestal.
Cuarta adición — prórroga— suscrita el 31 de diciembre de 2010 ⁷³ .	Prorrogar el plazo de ejecución del contrato desde el 31 de diciembre de 2010 y hasta el 30 de abril de 2011. Se estipuló que la ampliación del plazo no implicaba incremento del valor ni reconocimiento de sobrecostos, por lo que el contratista debía ejecutar la reprogramación con los recursos existentes y renunciaba a formular reclamaciones por mayor permanencia en obra derivada de la prórroga.	Se sustentó en que: (i) el contratista, mediante oficio CIV2010-GG-0340-10 del 15 de diciembre de 2010 ⁷⁴ , solicitó la ampliación del plazo contractual debido a diversas situaciones presentadas en los tramos 3 (Los Curos–Málaga), 5 (La Belleza–Jesús María), 6 (Troncal–Puerto Parra) y 7 (Oiba–Guadalupe), entre ellas mayores cantidades de obra, ejecución de actividades no contempladas inicialmente, el fuerte período invernal —que ocasionó derrumbes y retrasos en la ejecución de los trabajos— y las restricciones al tránsito vehicular pesado impuestas durante las festividades de fin de año, entre el 22 de diciembre de 2010 y el 11 de enero de 2011, sobre las vías troncales de acceso a las zonas de obra; (ii) la interventoría avaló la solicitud; y (iii) la petición fue sometida a consideración y aprobada por el Comité de Adiciones y Prórrogas.
Segunda suspensión suscrita el 28 de abril de 2011 ⁷⁵ .	Suspender parcialmente la ejecución contractual en los tramos 3, 5, 6 y 7 por un plazo de 15 días, contados a partir del 28 de abril de 2011 y con fecha prevista de reanudación del 13 de mayo de 2011. Se dejó constancia de que el contratista renuncia expresamente, en el momento de solicitar la suspensión del contrato, a reclamar judicial o extrajudicialmente mayores costos generados por lucro cesante y/o daño emergente; desequilibrio económico por interrupción de secuencia constructiva; desequilibrio económico por <i>stand by</i> de equipos y maquinarias, desequilibrio económico por disponibilidad de personal, equipos y maquinaria; desequilibrio económico por mayor cantidad de desplazamientos y/o transporte de maquinaria, equipo o personal y desequilibrio económico por mayor permanencia y disposición de la infraestructura propia de la empresa, toda vez que el contratista es enteramente libre para disponer de los recursos mencionados.	Se fundamentó en que: (i) el contratista solicitó la suspensión parcial por el invierno presentado en las zonas del proyecto para los tramos 3, 5, 6 y 7, en tanto las fuertes lluvias afectaron notablemente la explotación de los materiales, así como el avance en las actividades y el acceso mismos a los sitios donde se ejecutan las obras; (ii) la interventoría avaló la solicitud y recomendó al Invías suspender el contrato, con el fin de que mejoren las condiciones climáticas y evitar riesgos y posibles accidentes que se puedan presentar a causa de los deslizamientos que se registran.
Tercera suspensión suscrita el 13 de mayo de 2011 ⁷⁶ .	Suspender parcialmente la ejecución contractual en los tramos 3, 5, 6 y 7 por un plazo de 40 días, contados a partir del 13 de mayo de 2011 y con fecha prevista de reanudación del 22 de junio de 2011. Se dejó constancia de que el contratista renuncia expresamente, en el momento de solicitar la suspensión del contrato, a reclamar judicial o extrajudicialmente mayores costos generados por lucro	Se sustentó en que: (i) el contratista solicita otra suspensión, pese a que se levantó la segunda, al verificar las condiciones climáticas en las fuentes de material, se determina que los niveles de los cauces de los ríos Carare, Suarez y Chicamocha respetivamente para Puerto Parra, Guadalupe y los Curros no permiten el inicio de los trabajos para explotación de materiales para ejecutar las actividades de subbase granulares, bases granulares, mezclas asfálticas y concretos que son los

⁷³ Folio 179 y folios 79 a 80 del cuaderno 2.
⁷⁴ Folios 568 a 570 del cuaderno 1.
⁷⁵ Folios 118 a 120 del cuaderno 1 y CD 3, documento denominado «Anexo 1».
⁷⁶ CD 3, documento denominado «Anexo 1».



	cesante y/o daño emergente; desequilibrio económico por interrupción de secuencia constructiva; desequilibrio económico por <i>stand by</i> de equipos y maquinarias, desequilibrio económico por disponibilidad de personal, equipos y maquinaria; desequilibrio económico por mayor cantidad de desplazamientos y/o transporte de maquinaria, equipo o personal y desequilibrio económico por mayor permanencia y disposición de la infraestructura propia de la empresa, toda vez que el contratista es enteramente libre para disponer de los recursos mencionados.	ítems más representativos del contrato y que hacen parte de la ruta crítica del proyecto; igualmente el invierno está afectando las vías de acceso al municipio de la Belleza en las diferentes rutas de Saboya, Bolívar, Florián y Jesús Maía, ocasionando continuos derrumbes y pérdida de la banca que impiden el normal tránsito en las vías antes mencionadas, restringiendo en un 100% el acceso de materiales como asfalto, acero de refuerzo, demento y otros insumos; y (ii) la interventoría avaló la solicitud y recomendó al Invías suspender el contrato, teniendo en cuenta que los niveles en los causes de los ríos mencionados no permiten la exploración de materiales para los frentes de Puerto Parra, Guadalupe y Curos, necesarios para el desarrollo de las actividades de la ruta crítica del proyecto y que el estado de las vías de acceso al municipio de la Belleza no permite tránsito de vehículos de carga para el suministro de insumos necesario para la producción de asfalto y concreto.
Quinta adición —prórroga— suscrita el 13 de mayo de 2011⁷⁷.	Prorrogar el plazo de ejecución del contrato a partir del 13 de mayo de 2011 y hasta el 13 de agosto de 2011. Se consignó expresamente que la ampliación del plazo no implicaba incremento del valor ni reconocimiento de sobrecostos, por lo que el contratista debía ejecutar la reprogramación con los recursos existentes y renunciaba a formular reclamaciones por mayor permanencia en obra derivada de la prórroga.	Se fundamentó en que: (i) el contratista, mediante oficio CIV2010-GG-0460-10 del 11 de mayo de 2011⁷⁸, solicitó la ampliación del plazo contractual debido a las situaciones presentadas durante la ejecución de los tramos 3 (Los Curos—Málaga), 5 (La Belleza—Jesús María), 6 (Troncal—Puerto Parra) y 7 (Oiba—Guadalupe), en los cuales incidieron el fuerte período invernal y las dificultades asociadas al transporte de material y equipos hacia los frentes de obra; (ii) la interventoría avaló la solicitud; y (iii) la petición fue sometida a consideración y aprobada por el Comité de Adiciones y Prórrogas.
Sexta adición —prórroga— suscrita el 21 de septiembre de 2011⁷⁹.	Prorrogar el plazo de ejecución del contrato desde el 22 de septiembre de 2011 hasta el 3 de diciembre de 2011. Se convino que la ampliación del plazo no implicaba incremento del valor ni reconocimiento de sobrecostos, por lo que el contratista debía ejecutar la reprogramación con los recursos existentes y renunciaba a formular reclamaciones por mayor permanencia en obra derivada de la prórroga.	Se fundamentó en que: (i) el contratista, mediante oficio CIV2010-GG-0499-10 de 01 de septiembre de 2011, solicitó la ampliación del plazo contractual; (ii) la interventoría avaló la solicitud; y (iii) la petición fue sometida a consideración y aprobada por el Comité de Adiciones y Prórrogas.
Séptima adición —prórroga— suscrita el 3 de diciembre de 2011⁸⁰.	Prorrogar el plazo de ejecución del contrato desde el 3 de diciembre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011. Se pactó que la ampliación del plazo no implicaba incremento del valor ni reconocimiento de sobrecostos, por lo que el contratista debía ejecutar la reprogramación con los recursos existentes y renunciaba a formular reclamaciones por mayor permanencia en obra derivada de la prórroga.	Se fundamentó en que: (i) el contratista, mediante oficio CIV2010-GG-0532-11, solicitó la ampliación del plazo contractual; (ii) la interventoría avaló la solicitud; y (iii) la petición fue sometida a consideración y aprobada por el Comité de Adiciones y Prórrogas.

⁷⁷ Folio 180 del cuaderno 1 y folios 95 a 96 del cuaderno 2.

⁷⁸ Folios 571 a 576 del cuaderno 1.

⁷⁹ Folio 181 del cuaderno 1 y folios 102 a 103, del cuaderno 2.

⁸⁰ Folio 182 del cuaderno 1 y folios 110 a 111 del cuaderno 2.



Incumplimiento contractual y suscripción del acta de entrega y recibo definitivo de las obras

4.13. El 17 de julio de 2012⁸¹, luego de surtirse un procedimiento sancionatorio previo, el Invías profirió la Resolución 3820 de 2012, por medio de la cual: **(i)** declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento definitivo del contrato y, en tal virtud, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por la suma de \$2.396'600.820; **(ii)** declaró la ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo, por la suma de \$4.038'755.699; y **(iii)** dispuso que «*el consorcio infraestructura Vial 2009 y/o sus integrantes deberán pagar el valor señalado en los artículos anteriores [...] y si no procede en tal sentido, el Invías descontará dicho valor de los saldos pendiente que le adeude, o exigirá su pago a la compañía aseguradora Confianza S.A., en virtud del amparo de cumplimiento de la garantía Unía de cumplimiento*».

Las decisiones anteriores se fundamentaron en que, de un lado, el contratista dejó de ejecutar varias obras correspondiente a los tramos 3 (Los Curos – Málaga), 5 (La Belleza – Jesús María) y 7 (Oiba – Guadalupe) del proyecto y, de otro, en que aun cuando al contratista «*le fueron entregados recursos por concepto de anticipo por valor de \$10.074'089.658,50, [lo cierto es que] el total amortizado según actas parciales, es por la suma de \$6.035'333.958,56, quedando pendiente por amortizar el valor de \$4.038'755.699,94*».

4.14. Contra la anterior decisión, tanto el consorcio Infraestructura Vial 2009 como la compañía de seguros Confianza S.A presentaron sendos recursos de reposición, los cuales giraron en torno a la tasación de la cláusula penal pecuniaria y el desconocimiento de la inversión y amortización del anticipo.

4.15. El 1º de agosto de 2012⁸², el contratista y la interventoría suscribieron el «*acta de entrega y recibo definitivo de obra*», en la cual se dejaron consignados, entre otros, los siguientes aspectos:

(i) Identificación y valor contractual: se hizo constar que el contrato de obra 1307 de 2009 alcanzó un valor acumulado final de \$23.965'008.203, como consecuencia de las adiciones suscritas durante su ejecución; no obstante, el valor total efectivamente ejecutado —incluido AIU— ascendió a \$18.988'616.704,49, de modo que la diferencia frente al valor contractual era de \$4.976'391.498,51. Asimismo, se dejó constancia de que el plazo contractual se extendió desde el 18 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011, en virtud de las prórrogas acordadas.

(ii) Características y alcance de la obra: se detallaron las abscisas iniciales y finales, longitudes intervenidas y actividades ejecutadas en los siete tramos del proyecto, estableciéndose que los tramos 1 (Charalá – La Cantera), 2

⁸¹ Folios 153 a 158 del cuaderno 1.

⁸² Folios 195 a 200 del cuaderno 1 y CD 3, documento denominado «Anexo 3».



(La Cantera – El Encino), 4 (Troncal – La Llana) y 6 (Troncal – Puerto Parra) fueron recibidos a plena satisfacción, mientras que respecto de los tramos 3 (Los Curos – Málaga), 5 (La Belleza – Jesús María) y 7 (Oiba – Guadalupe) se formularon observaciones, consistentes en sectores puntuales —«*ventanas*»— sin pavimento o sin carpeta asfáltica.

(iii) Cantidades totales de obra ejecutada y valores ejecutados por tramo: se incorporaron cuadros detallados de cantidades de obra por *ítem*, con sus valores unitarios y totales por cada uno de los siete tramos, así:

OBRAS	VALOR TOTAL INCLUIDO AIU
Tramo 1 (Charalá – La Cantera)	\$1.178'512.406,40
Tramo 2 (La Cantera – El Encino)	\$2.331'546.471,50
Tramo 3 (Los Curos – Málaga)	\$2.795'865.174,89
Tramo 4 (Troncal – La Llana)	\$1.461'494.206,18
Tramo 5 (La Belleza – Jesús María)	\$2.489'239.018,55
Tramo 6 (Troncal – Puerto Parra)	\$3.696'989.918,52
Tramo 7 (Oiba – Guadalupe)	\$4.915'191.638,20

(iv) Concepto de la interventoría: dejó constancia «*del incumplimiento del contratista en el tramo 5 (La Belleza – Jesús María), donde dejó de ejecutar obra, habiéndose pavimentado únicamente el primer kilómetro, ejecutándose obras de explanación, alcantarillas y afirmados en el resto del tramo (2.82 km), pero sin llegar a ser recibido a satisfacción y en el Tramo 3 (Cursos – Málaga) no se realizó la señalización vertical requerida, para un total dejado de ejecutar afectando las metas físicas de \$2.651'816.029,88, que equivale al 11,07% del valor total del contrato*».

(v) Resumen financiero: se consignó que el valor total ejecutado—\$18.988'616.704,49— se registró en quince actas parciales de obra, de las cuales la última, por valor de \$ 5.949'581.290,04, no había sido tramitada para pago. De igual manera, se plasmó que «*el contratista autoriza al Invías a descontar del pago del acta 15 el valor pendiente de amortización del anticipo*», equivalente a \$4.038'755.699.

4.16. El 13 de agosto de 2012⁸³, el Invías profirió la Resolución 04353 de 2012, por la cual confirmó íntegramente la Resolución 3820 del 17 de julio del mismo año, en el sentido de declarar el incumplimiento total del contrato y la ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Prueba pericial

4.17. La parte actora aportó dictamen pericial contable y financiero⁸⁴ rendido por Luis María Guio Roa, orientado a analizar los estados financieros del contrato de obra 1307 de 2009 y la eventual ruptura de su equilibrio económico, particularmente en relación con los sobrecostos por transporte y acarreo de materiales. Para ello, el perito examinó la información contable del consorcio —en especial la cuenta

⁸³ Folios 159 a 164, del cuaderno 1.

⁸⁴ Folios 121 a 155, del cuaderno 2.



«contratos en ejecución» y sus subcuentas asociadas—, identificando los valores registrados por tales conceptos.

Con fundamento en dicha información, comparó las distancias de acarreo previstas en los documentos precontractuales con las efectivamente recorridas durante la ejecución contractual, evidenciando incrementos derivados de la sustitución de fuentes de materiales inicialmente previstas por otras ubicadas a mayores distancias. En este contexto, identificó sobrecostos en los tramos 1, 2, 5, 6 y 7 del proyecto, asociados, entre otros, a la imposibilidad de utilizar ciertas canteras previstas y a la necesidad de acudir a fuentes más alejadas, lo que incrementó los recorridos de transporte. Con base en los análisis de precios unitarios (APU) del proceso licitatorio, estimó dichos sobrecostos en la suma de \$2.410'932.699,37.

4.17.1. En lo que atañe a la apreciación y al valor probatorio de dicho dictamen pericial, la Sala precisa que este se encuentra circunscrito a la cuantificación de los sobrecostos que la parte actora afirma haber asumido y que habrían dado lugar al presunto desequilibrio económico del contrato, sin que de su contenido se derive, por sí mismo, la acreditación de la ruptura de la ecuación económica ni, mucho menos, de su imputación a la entidad demandada. En consecuencia, su valoración y el análisis acerca de su eficacia probatoria solo resultan pertinentes en el evento en que previamente se demuestre la configuración del desequilibrio económico alegado, caso en el cual se procederá a valorarlo en conjunto con las demás pruebas del proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y las normas procesales que regulan este medio de prueba.

Dicho en otras palabras, como la experticia en cuestión versa exclusivamente sobre la cuantificación de los sobrecostos asociados al transporte y acarreo de materiales, será valorada en caso de que la Sala encuentre que se configuró la ruptura del equilibrio económico del contrato alegada y, por tanto, corresponda proceder a establecer los mayores valores en los que, según las probanzas, habría incurrido el consorcio con ocasión del transporte de materiales y a determinar en qué medida excedieron los precios formulados en la oferta para esta actividad.

Pruebas testimoniales practicadas dentro del proceso

4.18. Durante la etapa probatoria adelantada en primera instancia se practicaron los siguientes testimonios:

4.18.1. El 20 de abril de 2015⁸⁵ se recibió la declaración del ingeniero civil **Óscar Patiño Bustamante**, quien se desempeñó como supervisor del contrato por parte del Invías. Explicó que las fuentes de materiales señaladas en los documentos precontractuales eran simples referencias y que para calcular los precios de su oferta correspondía a cada participante de la licitación pública seleccionar aquellas que utilizaría, previa verificación de su viabilidad técnica, ambiental y jurídica, particularmente a través de la visita técnica obligatoria al sitio de las obras. Indicó,

⁸⁵ Folios 528 a 530 del cuaderno 1 y CD 6.



adicionalmente, que dicha responsabilidad se encontraba asignada en la matriz de riesgos y que, durante la ejecución de los distintos tramos del proyecto, el contratista utilizó fuentes diferentes a las inicialmente referenciadas, sin que ello obedeciera necesariamente a la imposibilidad de acudir a estas, sino a decisiones adoptadas en el desarrollo de la obra y su logística. Señaló que dichas fuentes fueron evaluadas y aprobadas por la interventoría en el marco de sus funciones de control. Agregó que no se formularon reclamaciones formales orientadas al restablecimiento del equilibrio económico por concepto de mayores distancias de acarreo durante la ejecución contractual y atribuyó los inconvenientes del proyecto a aspectos de planeación y logística del contratista.

4.18.2. El 6 de mayo de 2015⁸⁶ se practicó el testimonio del ingeniero civil **Alfonso Rueda Gómez**, quien participó en labores de apoyo a la supervisión del contrato por parte del Invías. Afirmó que las fuentes de materiales identificadas en los estudios previos —provenientes en buena parte de la fase I del proyecto— eran meramente indicativas y que el contratista debía verificar su disponibilidad mediante la visita técnica obligatoria. Indicó que, en los tramos 1 (Charalá – La Cantera) y 5 (La Belleza – Jesús María), se presentaron dificultades para utilizar las fuentes inicialmente consideradas, principalmente por demoras en la obtención de permisos, lo que llevó al uso de fuentes alternas. No obstante, señaló que tales situaciones hacían parte de los riesgos previsibles del contrato y que no tuvo conocimiento de reclamaciones formales por estos conceptos.

4.18.3. El 25 de agosto de 2015⁸⁷, el ingeniero civil **Orlando Ortiz Gómez**, quien se desempeñó como coordinador del Plan 2500, manifestó que conoció los estudios previos y los pliegos de condiciones del contrato, en tanto participó en su estructuración y ejecución. Expresó que estos preveían una visita técnica obligatoria para que los proponentes conocieran las condiciones del proyecto, incluidas las fuentes de materiales, las cuales tenían carácter referencial, por lo que correspondía al contratista verificar su viabilidad y seleccionar las que estimara convenientes. Preciso que la matriz de riesgos le asignaba a este último la responsabilidad por la selección, explotación y transporte de dichas fuentes, así como por la obtención de permisos, y agregó que no recordaba la presentación de reclamaciones formales por mayores costos durante la ejecución del contrato.

4.18.4. El 10 de febrero de 2016⁸⁸ se recibió el testimonio del ingeniero civil **Andrés Felipe Santos Botero**, quien participó como coordinador del proyecto por parte del consorcio. Sostuvo que para la estructuración de la oferta se tuvieron en cuenta las fuentes de materiales indicadas en los estudios previos, e indicó que, en los tramos 1 (Charalá – La Cantera) y 2 (La Cantera – El Encino), la cantera inicialmente prevista no pudo ser utilizada por falta de permisos ambientales, lo que obligó a acudir a fuentes alternas ubicadas a mayores distancias, generando mayores tiempos de transporte y ajustes logísticos. En particular, mencionó el uso de una planta operada por Corvias-Emcovias, ubicada aproximadamente a 55 km del sitio

⁸⁶ Folios 531 a 534 del cuaderno 1 y CD 8.

⁸⁷ Folios 156 a 157 del cuaderno 3 y CD 12.

⁸⁸ Folios 165 a 167 del cuaderno 3 y CD 11.



de las obras, cuya utilización fue aprobada por la interventoría. Agregó que situaciones similares se presentaron en los tramos 5 (La Belleza – Jesús María) y 7 (Oiba – Guadalupe), donde las fuentes inicialmente consideradas no cumplían condiciones técnicas o carecían de permisos, lo que implicó mayores distancias de acarreo y mayores costos de transporte. Señaló que estas circunstancias fueron puestas en conocimiento del Invías y de la interventoría durante la ejecución del contrato. Finalmente, indicó que si bien conocía la asignación de riesgos prevista en el contrato, las fuentes identificadas en los documentos del proceso sirvieron de base para estructurar la oferta, por lo que —en su criterio— las condiciones reales de abastecimiento generaron mayores costos para el consorcio.

4.18.5. El 10 de febrero de 2016⁸⁹ se practicó el testimonio del ingeniero civil **Jesús María Berdugo Leal**, quien se desempeñó como director de la interventoría. En su declaración aseveró que las fuentes de materiales referenciadas en los documentos precontractuales no eran obligatorias y que correspondía al contratista su selección, y gestión, así como la obtención los permisos ambientales y mineros necesarios, en el marco de la visita técnica obligatoria. Explicó que, en distintos tramos del proyecto, el contratista utilizó fuentes diferentes a las inicialmente relacionadas, sin que ello obedeciera necesariamente a la imposibilidad de acudir a estas, e incluso precisó que, en algunos eventos, las fuentes originalmente identificadas resultaban más cercanas que las finalmente empleadas. Anotó que dichas fuentes fueron verificadas y aprobadas por la interventoría, y que no se presentaron reclamaciones formales por mayores costos durante la ejecución ni en los hitos contractuales relevantes. Finalmente, expresó que, desde su perspectiva como director de la interventoría, no se configuró un desequilibrio económico del contrato y atribuyó las dificultades presentadas a problemas de planeación y gestión administrativa del contratista.

4.18.6. El 10 de febrero de 2016⁹⁰, el ingeniero civil **Carlos Enrique Ramírez Hernández**, quien se desempeñó como supervisor del proyecto por parte del Invías entre diciembre de 2009 y diciembre de 2010, manifestó que tuvo conocimiento de dificultades en la utilización de algunas fuentes de materiales y de mayores acarreos derivados de su cambio durante la ejecución del contrato. Indicó que el proyecto correspondía a la fase II del Plan 2500, la cual fue estructurada con base en estudios de la fase I, y que en los tramos 1 (Charalá – La Cantera) y 2 (La Cantera – El Encino) el contratista no pudo utilizar las fuentes inicialmente previstas por falta de permisos, lo que obligó a buscar unas alternativas. Refirió que situaciones similares se presentaron en otros tramos, particularmente en el tramo 5 (La Belleza – Jesús María), donde el material no cumplía condiciones técnicas y se debió acudir a fuentes del sector de Pescadero, con mayores distancias de acarreo. Indicó que estas circunstancias fueron expuestas en comités de obra, en los que el contratista señalaba sobrecostos; no obstante, precisó que tales situaciones se encontraban dentro de los riesgos asignados al contratista conforme a la matriz contractual.

⁸⁹ Folios 165 a 167 del cuaderno 3 y CD 11.

⁹⁰ Folios 165 a 167 del cuaderno 3 y CD 11.



4.18.7. El 17 de marzo de 2016⁹¹, el ingeniero ambiental **Jaime Máximo González Aguilar**, quien participó como residente ambiental del contratista, adujo que en los tramos 5 (La Belleza – Jesús María) y 7 (Oiba – Guadalupe) algunas fuentes previstas en los documentos precontractuales no contaban con permisos mineros ni ambientales, por lo que fue necesario adelantar los trámites correspondientes, los cuales tomaron aproximadamente cuatro meses. Refirió que, mientras se obtenían dichas autorizaciones, el contratista debió abastecerse de fuentes alternas ubicadas a mayores distancias, particularmente desde el sector de Pescadero para el tramo 5 y desde una cantera entre Charalá y San Gil para el tramo 7, lo que implicó mayores acarreos y, en consecuencia, mayores costos de transporte. Aseveró que estas fuentes contaban con los permisos requeridos y fueron presentadas y aprobadas por la interventoría. Finalmente, precisó que su participación se limitó al componente ambiental durante la ejecución del contrato.

4.18.8. El 17 de marzo de 2016⁹², el arquitecto **Luis Molinas-Malleu Zárate**, coordinador del proyecto por parte del Consorcio contratista, manifestó que participó en la ejecución del contrato desde mayo de 2010, en la coordinación técnica de los distintos frentes de obra. Explicó que el proyecto comprendía siete tramos en zonas de difícil acceso, en los que la disponibilidad de fuentes cercanas resultaba determinante, las cuales se encontraban identificadas en los documentos precontractuales con distancias de acarreo consideradas en los análisis de precios unitarios. Señaló que, en los tramos 1 (Charalá – La Cantera) y 2 (La Cantera – El Encino), las fuentes inicialmente previstas se ubicaban a distancias aproximadas de 1 km y 4,5 km, pero su utilización resultó inviable, lo que obligó a acudir a fuentes alternas —incluidas plantas de trituración— con mayores distancias y tiempos de transporte. En su declaración agregó que situaciones similares se presentaron en los tramos 5 (La Belleza – Jesús María), 6 (Troncal – Puerto Parra) y 7 (Oiba – Guadalupe), donde las fuentes inicialmente previstas no cumplían condiciones técnicas o ambientales, lo que implicó abastecerse desde zonas como Pescadero o desde distancias cercanas a 60 km y superiores a 100 km, generando mayores acarreos, mayores tiempos de transporte y mayores costos de operación. Manifestó que estas circunstancias fueron informadas al Invías y a la interventoría en comités técnicos y comunicaciones, y que las fuentes alternas fueron presentadas y aprobadas por la interventoría. Finalmente, afirmó que los mayores costos derivados de los acarreos adicionales fueron asumidos por el contratista, afectando el equilibrio económico del contrato.

4.18.9. En lo que respecta a la prueba testimonial referida, conviene precisar que, según lo ha sostenido esta Corporación⁹³, quienes mantengan una relación de

⁹¹ Folios 171 a 172 del cuaderno 3 y CD 10.

⁹² Folios 171 a 172 del cuaderno 3 y CD 10.

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de mayo de 2022, exp. 49706. «*si bien en el ordenamiento jurídico colombiano son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas, el Consejo de Estado ha establecido que no pueden descartarse de plano sus versiones, sino que deben valorarse de manera*



dependencia con alguna de las partes pueden considerarse como sospechosos para declarar, porque su imparcialidad puede verse afectada; sin embargo, ello no implica que sus declaraciones deban ser descartadas de plano, sino que deben ser apreciadas con especial rigor, en conjunto con los demás elementos probatorios que reposan en el expediente y atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, conforme a las reglas de la sana crítica⁹⁴.

En este caso, pese a la sospecha que recae sobre las declaraciones de las personas que tuvieron un vínculo laboral con el consorcio contratista y con el Invías, la Sala observa que, valoradas de manera conjunta, permiten advertir una coincidencia sustancial en cuanto a que, durante la ejecución del contrato, el contratista acudió a fuentes de materiales distintas a las inicialmente relacionadas en los documentos precontractuales para varios tramos del proyecto —especialmente en los tramos 1 (Charalá – La Cantera), 2 (La Cantera – El Encino), 5 (La Belleza – Jesús María), 6 (Troncal – Puerto Parra) y 7 (Oiba – Guadalupe)—, lo cual implicó mayores distancias de transporte y acarreo, así como ajustes logísticos derivados de circunstancias como la falta de permisos, las condiciones técnicas de las fuentes o la disponibilidad de material.

No obstante, los declarantes difieren en la imputación de dichas circunstancias, pues mientras quienes estuvieron vinculados al Invías y a la interventoría sostuvieron que estas se enmarcan dentro de los riesgos asumidos por el contratista —a la luz del carácter orientador de las fuentes y a la carga de verificación que implicaba la visita técnica obligatoria—, los declarantes que guardaban relación con el consorcio afirmaron que el cambio obedeció a la inviabilidad de las fuentes inicialmente consideradas y dijeron al unísono que ello generó mayores costos no previstos en la oferta.

En consecuencia, la Sala advierte que la controversia probatoria no se centra en la circunstancia de haber acudido, para ciertos tramos del proyecto, a fuentes de materiales distintas de las relacionadas en los documentos del proceso de selección, ni tampoco frente al hecho de que ello tuvo incidencia en las condiciones bajo las cuales se llevó a cabo la extracción y acarreo de insumos, tales como las distancias de los trayectos.

En contraste, en las declaraciones se observan claras divergencias respecto de la asignación de riesgos y el alcance de las estipulaciones de los pliegos y el contrato, aspectos que serán analizados por la Sala a partir de la valoración conjunta del acervo probatorio y a la luz de las normas aplicables, de cara a establecer si los sobrecostos que se reclaman en el caso concreto forman parte de los riesgos contractualmente asumidos por el contratista o si configuran una alteración anormal de la ecuación económica del contrato.

más rigurosa, de cara a las demás pruebas obrantes en el expediente y a las circunstancias de cada caso, todo ello basado en la sana crítica».

⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de mayo de 2020, exp. 56261.



Prueba documental solicitada - oficio dirigido a la interventoría

4.19. En audiencia inicial⁹⁵, el Tribunal de primera instancia, de oficio, requirió al consorcio Inelco, en su calidad de la interventor del contrato cuestionado, *«con el fin de que [...] se sirva enviar con destino al proceso copia completa de los requerimientos del contratista consorcio Infraestructura Vial 2009, respecto de un eventual desequilibrio económico del contrato 1307 de 2009 por mayor distancia de acarreo o transporte de materiales durante la fase de ejecución del contrato y la respuesta otorgada a los mismos [...]»*.

Al respecto, el 12 de junio de 2015⁹⁶, el consorcio Inelco remitió al Tribunal un oficio en el que indicó: *«revisados los archivos de las empresas socias que integramos el consorcio Inelco, podemos afirmar que no se encontró ninguna solicitud formal del Consorcio Infraestructura Vial 2009 hacia la Interventoría dentro del periodo de desarrollo de las obras y hasta el día de vencimiento del plazo final pactado, donde expresara claramente su intención de reclamar (SIC) se le restituyera el equilibrio contractual, presuntamente por incurrir en mayores costos a los estimados por él en su propuesta económica, relativos a mayores distancias de acarreo y/o sobrecostos en transporte de materiales»*.

4.19.1. En relación con la prueba documental recaudada a instancias del *a quo*, se advierte que el consorcio Inelco —interventor del contrato controvertido— informó que no encontró solicitudes formales del consorcio orientadas al restablecimiento del equilibrio económico por mayores distancias de acarreo o sobrecostos en el transporte de materiales durante la ejecución del contrato, circunstancia que resulta consistente con lo señalado por los declarantes y constituye un elemento relevante de valoración en el presente caso, en tanto evidencia la ausencia de reclamaciones oportunas, lo cual deberá apreciarse conjuntamente con los demás medios de prueba y conforme con las reglas de la sana crítica.

5. Caso concreto

La Sala anticipa que confirmará la decisión apelada, por cuanto no se acreditó la configuración de un desequilibrio económico del contrato imputable al Invías, en la medida en que los mayores costos alegados —resultantes, principalmente, del incremento de las distancias de transporte y acarreo debido al abastecimiento en fuentes de materiales distintas a las inicialmente referenciadas— se inscriben dentro de los riesgos previsibles y contractualmente asumidos por el contratista, sin que se hubiera demostrado que desbordan el alea normal del negocio jurídico.

Con el fin de sustentar las conclusiones anunciadas y dar respuesta al problema jurídico planteado, se abordarán los siguiente aspectos: **(i)** el principio del equilibrio económico o financiero del contrato estatal y la asunción de riesgos; y **(ii)** la incidencia de la ausencia de reclamaciones formales por mayores costos de

⁹⁵ Numeral 3.3 de los antecedentes.

⁹⁶ Folios 321 a 324, del cuaderno 1.



transporte y acarreo de materiales, así como de salvedades en los acuerdos suscritos durante la ejecución contractual; **(iii)** las fuentes de materiales previstas en los documentos precontractuales y la asignación de los riesgos asociados.

5.1. El principio del equilibrio económico o financiero del contrato estatal y la asunción de riesgos

5.1.1. El contrato constituye un instrumento para la realización de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la satisfacción del interés general, de manera que el particular que contrata con la Administración actúa como colaborador en la consecución de tales cometidos⁹⁷, aunque persiga legítimamente un beneficio económico derivado de la ejecución del negocio jurídico⁹⁸. De ahí que el ordenamiento procure mantener un balance entre el interés público que motiva la actuación estatal y el interés patrimonial del contratista, mediante el reconocimiento de una remuneración razonable y previamente calculada al momento de celebrar el contrato.

Sobre esa base se estructura el principio del equilibrio económico o financiero del contrato estatal, según el cual debe preservarse la ecuación contractual existente al momento de presentar la propuesta o de celebrar el contrato, de modo que durante su ejecución se mantenga la equivalencia entre los derechos y obligaciones asumidos por las partes y cada una pueda alcanzar la finalidad perseguida —la satisfacción del interés público para el Estado y la obtención de una remuneración a favor del contratista—⁹⁹, en el entendido de que dicha ecuación no comporta un

⁹⁷ Ley 80 de 1993. «Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.// Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones».

⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080. «[...] con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual».

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080. «[...] es la posición de colaboradores que tienen los cocontratantes del Estado la que ha fundamentado la inmutabilidad de las condiciones económicas iniciales determinadas al momento de ofertar o contratar, según el caso, para preservar el equilibrio económico o la ecuación financiera del contrato estatal, porque éstos al colaborar con las entidades estatales en el logro de sus cometidos cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones que exceden eventualmente los expresos términos del contrato y lo conducen a realizar ingentes esfuerzos para superar las dificultades que sobrevengan en su ejecución, en procura de cumplir con su objeto y el fin último de la contratación, lo que a su vez, con fundamento en el principio de solidaridad, genera que la administración deba ayudarlos y compensarles los mayores gastos o erogaciones a los que se vean sometidos por causa o factores no atribuibles a los mismos. // En efecto, este concepto o calificación de colaborador del cocontratante de la administración, como es conocido de arraigado origen francés, dio paso al principio del “equilibrio financiero del contrato” o a la “honesta equivalencia de prestaciones”, con el que se trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático, que, por regla general, tiene el contrato estatal, en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo. Sencillamente este principio significa que las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entienden como equivalentes a las de la otra parte y obliga a la adopción de medidas



equilibrio matemático sino una equivalencia razonable construida a partir de la estimación de beneficios y la asunción de riesgos propios del contrato¹⁰⁰.

Este principio, consagrado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993¹⁰¹, impone que, cuando la equivalencia económica del contrato se altera o se rompe por circunstancias sobrevinientes que exceden el riesgo normal del negocio, deben adoptarse las medidas necesarias para su restablecimiento, lo que refleja la atenuación del principio *pacta sunt servanda* a partir del postulado *rebus sic stantibus*¹⁰², en virtud del cual las condiciones económicas o financieras que las partes tuvieron en cuenta al presentar la oferta y celebrar el contrato deben mantenerse durante su ejecución, en tanto subsistan las circunstancias que les sirvieron de fundamento¹⁰³. Dicho en otras palabras, si bien todo negocio jurídico acordado entre las partes tiene fuerza de ley para quienes lo celebran, ante la alteración sustancial de la economía del contrato por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes e impredecibles, las partes tienen derecho a pedir el restablecimiento del equilibrio económico.

En esa misma línea, el mencionado estatuto contractual reconoce que el equilibrio financiero protege a cualquiera de las partes de la relación negocial¹⁰⁴; de un lado,

tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca esa equivalencia en caso de su ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables o no a ellas».

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de abril de 1999, exp. 14855.

¹⁰¹ Ley 80 de 1993. «Artículo 27. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. // Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y formas de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar [...]».

¹⁰² Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el principio del *rebus sic stantibus* «postula la implícita inclusión en su contenido de una condición necesaria, esencial, fundamental e imprescindible para el cumplimiento, atañedora a la permanencia constante del marco de circunstancias fácticas o jurídicas, o estado de cosas primario, a cuya invariabilidad sujeta su obligatoriedad [...]». Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de febrero de 2012.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de julio de 2020, exp. 28794. «[...] a pesar de la importancia del postulado según el cual los contratos son ley para las partes y, por ende, deben cumplirse [*pacta sunt servanda*], se han moderado los efectos de la aplicación estricta del contrato, al hecho de que los términos originales del acuerdo se mantengan. Los contratos se hicieron para cumplirse, siempre que las condiciones originalmente acordadas se mantengan o sigan siendo las mismas [*rebus sic stantibus*]. // Las partes conocen el beneficio que les reportará el contrato, sobre la base de una equivalencia de prestaciones. La entidad pública contratista busca cumplir los fines del Estado. El contratista persigue un beneficio económico en su favor. Al momento en que se forma el contrato se regula de forma simétrica su economía, mediante una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución. La preservación de la ecuación financiera es, pues, un propósito fundamental en la contratación pública. Por un parte, conviene al interés público, dado que mediante el contrato se persigue la provisión de los bienes, la correcta ejecución de obras o la buena prestación de un servicio (arts. 2 CN) y, por otra, al contratista cuya remuneración razonable se soporta en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad ante las cargas públicas (arts. 13 y 58 CN)».

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de septiembre de 2013, exp. 30571. «en sus orígenes la figura de la ecuación económica del contrato estuvo orientada a otorgar una garantía en favor contratista como protección frente al poder de la Administración, dado que ésta concurría a la relación contractual investida de poderes o prerrogativas excepcionales o



el numeral 3 del artículo 4¹⁰⁵ prevé el deber de la entidad estatal de solicitar la actualización o revisión de precios cuando ocurran fenómenos que alteren en su contra la ecuación contractual y, de otra parte, el numeral 1 del artículo 5¹⁰⁶ establece el derecho del contratista a que la Administración restablezca dicha ecuación cuando sobrevengan situaciones imprevistas que no le sean imputables.

Ahora bien, dado que se afecta la fuerza vinculante del negocio jurídico, no cualquier desbalance o variación de la ecuación financiera constituye un rompimiento de la equivalencia económica o financiera del contrato¹⁰⁷, pues existen riesgos inherentes a la actividad contractual, los cuales deben ser asumidos por las partes; en ese sentido, para que proceda su restablecimiento, es necesario que la alteración provenga de circunstancias anormales e imprevisibles que excedan el alea normal del negocio y no de riesgos propios, previstos o asignados contractualmente¹⁰⁸. En

exorbitantes que inevitablemente descartaban alguna posibilidad de igualdad entre las partes de la relación contractual, garantía que de ninguna manera podía o debía entenderse como un seguro de ingreso o utilidades a favor del contratista. // Posteriormente esa concepción sufrió una mutación en cuanto se admitió que la noción del equilibrio económico estaba llamada a prosperar en favor de cualquiera de las partes del contrato, cuestión que incluye también como beneficiaria de dicha institución a la entidad estatal contratante y no sólo al contratista particular, variación que encontró apoyo normativo en el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, según el cual, cuando hubiere lugar a la modificación unilateral del contrato “c) Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes”; de la misma manera la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podía acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 4º de la misma Ley 80, por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para solicitar -o incluso les impone el deber de- la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato. // Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho o facultad del cual son titulares, en igual medida, las dos partes de la relación contractual».

¹⁰⁵ Ley 80 de 1993. «Artículo 4. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: [...] // 3º. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato».

¹⁰⁶ Ley 80 de 1993. «Artículo 5. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º. de esta ley, los contratistas: 1º. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.// En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato».

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Rad.: 52666.

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 14043. «La aplicación de la teoría del equilibrio financiero del contrato está condicionada a la conservación de la estructura original del contrato, esto es, a que se mantengan las obligaciones y derechos originales que surgieron para los cocontratantes, muchos de los cuales están determinados por los riesgos o contingencias que sumieron. // En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió. // Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar. // La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume “un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública” pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales. // La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado. // Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las



consecuencia, *«el simple hecho de que el contratista deje de obtener las utilidades esperadas o surjan mayores costos en la ejecución del contrato no constituye un rompimiento del equilibrio económico del contrato per se, comoquiera que existen riesgos que se derivan del alea normal de la actividad contractual»*¹⁰⁹.

En otras palabras, para efectos del reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato, el hecho invocado debe ser anormal y superar aquello que razonablemente las partes pudieron prever al momento de su celebración, de modo que solo dan lugar a su configuración los riesgos que no fueron valorados en la etapa precontractual o que desbordaron los allí estimados.

5.1.2. Los contratantes, en el marco de su autonomía de la voluntad, están ampliamente facultados para convenir libre y voluntariamente el régimen de riesgos del negocio jurídico que se propongan celebrar¹¹⁰, encontrándose incluso contemplada por el legislador la posibilidad de que las partes estipulen lícitamente la asunción del riesgo derivado de la fuerza mayor, tal como claramente lo reconoce el artículo 1732 del Código Civil, según el cual *«si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado»*.

Así las cosas, en principio, si los contratantes al momento de celebrar el negocio jurídico pactaron, dentro de la distribución de riesgos convenida, que por la ocurrencia de un determinado evento riesgoso y por sus impactos habría de responder una ellas, la parte afectada por su acaecimiento estará en la obligación de asumir las consecuencias de la contingencia por la que se comprometió a responder.

Al respecto, conviene recordar que los aleas normales, en armonía con el tipo contractual, así como aquellos asumidos voluntariamente por las partes y los asignados por la ley, confluyen a integrar el equilibrio prestacional y deben soportarse por la parte respectiva. Por tanto, si bien es cierto que un incremento desproporcionado e inusual en los costos de ejecución de las actividades contratadas o en los precios de los insumos puede dar lugar a la ruptura del equilibrio en la ecuación financiera del contrato y, por consiguiente, al reconocimiento de las sumas correspondientes para su restablecimiento, ello dependerá de la fórmula de la ecuación económica del contrato, de la identificación de la parte a cuyo cargo corrió el riesgo correspondiente y, además, de la

limitaciones indicadas, por la entidad. // De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio. // Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el alea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió». Posición reiterada en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 22 de agosto de 2013, exp. 22947; del 16 de septiembre de 2013, exp. 30571; y del 7 de noviembre de 2013, exp. 31431.

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de noviembre de 2024, exp. 64057

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2014, SC 10113-2014, Rad.: 68001 31 03 005 2003 00366 01



demostración efectiva del desbalance y de la relación de causalidad con el hecho del cual se pretende derivar la afectación de la simetría prestacional, lo que supone demostrar los costos directos en los que incurrió efectivamente el contratista y que los mismos hayan excedido de manera considerable el precio formulado en la oferta¹¹¹.

5.2. La incidencia de la ausencia de reclamaciones formales por mayores costos de transporte y acarreo de materiales, así como de salvedades en los acuerdos suscritos durante la ejecución contractual

5.2.1. En relación con la alteración del equilibrio económico del contrato y la procedencia de su restablecimiento cuando durante la ejecución contractual, las partes han suscrito acuerdos —tales como suspensiones, prórrogas, adiciones, contratos adicionales u otrosíes— sin dejar salvedades, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹¹² unificó su jurisprudencia en el sentido de precisar que:

«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 formulan 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».

En aquella oportunidad, se explicó que los acuerdos celebrados durante la ejecución del contrato —como adiciones, prórrogas, suspensiones u otrosíes— constituyen expresión de la autonomía negocial de las partes y, por tanto, también deben ser objeto de interpretación judicial, en conjunto con el contrato inicial, sin que exista primacía de unos sobre otros por su momento de celebración. En esa labor, el juez debe desentrañar la común intención de los sujetos negociales, privilegiando la voluntad de las partes sobre el tenor literal de las estipulaciones, de conformidad con el artículo 1618 del Código Civil¹¹³, y atendiendo al contenido, a la finalidad y a las circunstancias de la relación negocial.

Así, entonces, corresponde al juez determinar, en cada caso, si mediante dichos acuerdos las partes regularon los aspectos que posteriormente se reclaman en juicio, ya sea para facilitar la ejecución del contrato, modificar sus condiciones o incluso resolver controversias, renunciar o transigir determinados derechos; de ser

¹¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de febrero de 2020, Rad.:62.123

¹¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación del 27 de julio de 2023, exp. 39121.

¹¹³ CC. «Artículo 1618. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras».



así, no habrá lugar a su reconocimiento. Sin embargo, si tales acuerdos no abordaron esas materias o guardaron silencio, no puede inferirse de ello una renuncia tácita, pues el silencio no constituye, por sí mismo, una declaración dispositiva. En tal virtud, solamente cuando esté plenamente demostrado que la intención de las partes fue zanjar definitivamente la controversia —o que existió una renuncia clara a derechos disponibles—, podrá entenderse excluida la posibilidad de reclamar, lo que debe establecerse a partir de un análisis integral del pacto y de las circunstancias que rodearon su celebración.

En línea con lo expuesto, a partir de los parámetros fijados en la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera, la Sala precisa que la ausencia de reclamaciones formales o de salvedades en los acuerdos suscritos durante la ejecución contractual no impide, por sí misma, el estudio de las súplicas orientadas al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ni constituye una manifestación dispositiva o una renuncia automática a derechos, de modo que corresponde al juez, en cada caso, desentrañar el alcance de lo pactado mediante una interpretación integral del contrato, de sus modificaciones y de su ejecución, conforme con las reglas de la buena fe y con lo que resulte probado en el proceso, con el propósito de establecer si los aspectos posteriormente reclamados fueron objeto de regulación, exclusión o silencio por las partes.

5.2.2. Bajo ese marco, resulta pertinente examinar el contenido de los distintos actos del contrato —suspensiones, prórrogas y adiciones¹¹⁴—, así como del acta de entrega final¹¹⁵, en tanto constituyen elementos relevantes para la interpretación de la ejecución contractual, en la medida en que permiten identificar el tratamiento que las partes dieron, durante su desarrollo, a los distintos aspectos de la relación negocial, pues algunas incorporaron pactos expresos en materia de renuncia a reclamaciones por determinados conceptos, mientras que en otras se reguló la ejecución del contrato bajo condiciones específicas, sin que, como se verá, se hiciera referencia a eventuales sobre costos por transporte o acarreo de materiales.

En las suspensiones suscritas el 11 de octubre de 2010, el 28 de abril de 2011 y el 13 de mayo de 2011, el contratista dejó consignadas renunciaciones expresas a formular reclamaciones judiciales o extrajudiciales por diversos conceptos asociados a la ejecución contractual —tales como lucro cesante, daño emergente, disponibilidad de equipos y personal, mayores desplazamientos y permanencia en obra—, sin que dentro de dichas manifestaciones se incluyera, de manera específica y concreta, el reconocimiento de mayores costos por transporte o acarreo de materiales; por el contrario, en relación con estos últimos, se concluye que guardó silencio.

Por su parte, en las prórrogas del plazo contractual, particularmente las suscritas el 31 de diciembre de 2010, el 13 de mayo de 2011, el 21 de septiembre de 2011 y el 3 de diciembre de 2011, se pactó expresamente que la ampliación del plazo no implicaba reconocimiento de sobre costos y que el contratista debía ejecutar la

¹¹⁴ Numeral 4.12 de los hechos probados.

¹¹⁵ Numeral 4.15 de los hechos probados.



reprogramación con los recursos existentes, sin que se formularan salvedades relacionadas con los costos de transporte de materiales.

Finalmente, en las adiciones contractuales suscritas durante la ejecución, las cuales estuvieron orientadas a atender situaciones específicas —como mayores cantidades de obra, emergencias derivadas de movimientos de masa o necesidades adicionales en determinados tramos—, tampoco se incorporaron reclamaciones por mayores costos de acarreo de materiales ni salvedades en tal sentido, pese a que, en algunos casos, dichas modificaciones tuvieron origen en circunstancias que incidían directamente en las condiciones de ejecución material del contrato.

Este análisis se ve reforzado con el contenido del acta de entrega y recibo definitivo de obra suscrita el 1º de agosto de 2012, en la cual las partes dejaron consignados aspectos técnicos, financieros y de ejecución del contrato —incluidos valores ejecutados, cantidades de obra, observaciones puntuales y el balance final del contrato—, sin que en dicho instrumento se hubieran formulado reclamaciones, salvedades u observaciones relacionadas con mayores costos de transporte o acarreo de materiales —que es lo que se reclama ahora en sede judicial—, más allá de las observaciones técnicas específicas sobre algunos tramos de obra, pese a tratarse del instrumento de cierre definitivo de la relación contractual.

Así las cosas, de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentra acreditado que el contratista no formuló, durante la ejecución contractual, reclamaciones orientadas a obtener el restablecimiento del equilibrio económico por concepto de mayores distancias de acarreo o sobrecostos en el transporte de materiales, circunstancia que se ve corroborada tanto por la interventoría¹¹⁶ como por la ausencia de manifestaciones de inconformidad en los distintos hitos de ejecución y ajustes contractuales previamente referidos.

5.2.3. En ese contexto, la Sala constata que, a lo largo de la ejecución contractual, se presentó un silencio consistente por parte del contratista frente a la reclamación que ahora se formula en la demanda por mayores costos de transporte y acarreo de materiales. No obstante, de conformidad con la jurisprudencia unificada de esta Corporación, dicha circunstancia no constituye impedimento para el estudio de fondo de las pretensiones, ni permite inferir, por sí sola, la existencia de una renuncia a derechos. En efecto, no se evidencia en el expediente una manifestación expresa de las partes encaminada a excluir este aspecto del debate, ni a regularlo o zanjarlo de manera definitiva, razón por la cual la Sala abordará su análisis.

5.3. Las fuentes de materiales previstas en los documentos precontractuales y la asignación de los riesgos asociados

5.3.1. Precisado lo anterior, a la Sala le corresponde analizar el alcance jurídico de las fuentes de materiales previstas en los documentos precontractuales, así como la distribución de los riesgos asociados a su selección, explotación y transporte,

¹¹⁶ Numeral 4.20 de los hechos probados.



junto con el papel de la visita técnica obligatoria, con el fin de determinar si los mayores costos reclamados por la parte demandante —que, a su juicio, dieron lugar al desequilibrio económico del contrato— pueden ser imputados a la entidad contratante o si, por el contrario, se inscriben dentro del ámbito de riesgos que se derivan del alea normal de la actividad contractual o, aún siendo anormales, fueron asumidos por el contratista en el marco del acuerdo de voluntades.

5.3.2. Al respecto, se constata que en los estudios previos¹¹⁷ —los cuales hicieron parte integral del pliego de condiciones¹¹⁸— se incluyeron referencias a determinados sitios de abastecimiento para cada uno de los tramos del proyecto, empleando de manera reiterada expresiones como «se sugiere el uso» de dichas fuentes, acompañadas de la posibilidad de acudir a «cualquier otra fuente alterna» que cumpliera con las especificaciones técnicas exigidas por el Invías.

Para la Sala, esta configuración, apreciada en su contexto y de manera sistemática, excluye de manera inequívoca cualquier carácter imperativo o vinculante de tales referencias, en tanto no comporta la imposición de una condición contractual, sino la enunciación de alternativas técnicas iniciales que debían ser verificadas por el proponente bajo su propia responsabilidad. En efecto, de las estipulaciones contenidas en los documentos precontractuales no se desprende que se hubiera impuesto a los oferentes la obligación de estructurar su propuesta con base en las fuentes de materiales enunciadas por la entidad, las cuales tenían un carácter meramente indicativo u orientador, tal como lo precisó esta misma Subsección al resolver un caso de contornos fácticos similares¹¹⁹.

En esa medida, aun cuando en el recurso de apelación¹²⁰ la parte actora aseveró que dichas fuentes sirvieron como base para la estimación del presupuesto oficial o para la elaboración de los análisis de precios unitarios, ello no les confiere carácter vinculante ni traslada a la entidad los riesgos derivados de su utilización, en tanto, desde la etapa precontractual la ecuación financiera estuvo planteada bajo el esquema de precios unitarios que el proponente debía calcular teniendo en cuenta todos los aspectos que pudieran influir en la fijación del valor de su propuesta, incluidas, expresamente, las fuentes de materiales, que bien podían ser aquellas

¹¹⁷ Numeral 4.1.1 de los hechos probados.

¹¹⁸ Numeral 4.1.2 de los hechos probados.

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de noviembre de 2024, exp 64057. «De conformidad con lo expuesto, la Sala considera, en primer término y con fundamento en los apartes del pliego de condiciones transcritos anteriormente, que la UT Boyacá desde el momento de presentar su oferta sabía que la escogencia de las diferentes fuentes de materiales a utilizar para la ejecución del proyecto era de su entera y exclusiva responsabilidad, y que si bien es cierto en dicho pliego el INVÍAS incluyó unos estudios previos, donde se refirieron varias fuentes de materiales cercanas a la zona que se pretendía intervenir, en ningún momento se exigió a los proponentes confeccionar su oferta tomando en consideración esas fuentes de materiales. // En contraste, para este juzgador la información suministrada en los estudios previos debía ser tomada por los oferentes como una herramienta de apoyo que el INVÍAS había decidido compartirles y, por tanto, la decisión de si soportaban su propuesta con las fuentes de materiales allí relacionada estaba a su entera discreción, sin que como lo quiere hacer ver la parte demandante, haberlas seleccionado los eximiera de responsabilidad por la escogencia de las fuentes de materiales, máxime cuando los mismos estudios no eran concluyentes respecto a la calidad y los volúmenes de los materiales allí contenidos, pues para determinar esto debían hacerse estudios y ensayos de laboratorio».

¹²⁰ Numeral 7.1.1 de los antecedentes.



sugeridas por el Invías u otras alternas que libremente seleccionara el oferente, bajo la condición de que cumplieran con las especificaciones técnicas requeridas.

Conviene anotar que la estructuración de la propuesta económica correspondía de manera exclusiva al proponente, quien debía verificar las condiciones reales de ejecución e incorporar en sus análisis de precios unitarios todos los costos asociados, así como las contingencias y márgenes de incertidumbre propios de la actividad contractual, incluidas las eventuales variaciones derivadas de la selección de las fuentes y de las condiciones reales de su explotación.

En ese sentido, los análisis de precios unitarios —como elemento esencial de la propuesta económica— debían reflejar no solo los costos estimados, sino también el componente de riesgo inherente a este tipo de actividades, lo cual se traduce, entre otros aspectos, en la inclusión de imprevistos dentro del AIU¹²¹.

5.3.3. Este entendimiento encuentra sustento en el contenido del pliego de condiciones, en el cual se dispuso expresamente que para la estructuración de la propuesta¹²² el interesado debía definir, entre otras cosas, las fuentes de materiales a utilizar, incluir todos los costos asociados a su explotación, procesamiento y transporte, y asumir las contingencias relacionadas con su disponibilidad, advirtiéndose de manera expresa que la entidad no reconocería costos adicionales derivados del cambio de dichas fuentes.

A lo anterior se suma la previsión relativa a la visita técnica obligatoria¹²³, concebida no como una mera formalidad del proceso de selección, sino como un verdadero mecanismo de asignación de riesgos, estructurado a partir de la carga de inspeccionar el sitio de la obra, verificar las condiciones reales del proyecto y evaluar las circunstancias que pudieran incidir en la ejecución del contrato, incluidas aquellas relacionadas con las fuentes de materiales. De este modo, se tiene que el oferente debía estructurar su propuesta con base en dichas condiciones reales, asumiendo las contingencias asociadas a su ejecución, sin que resulte admisible alegar posteriormente su desconocimiento.

5.3.4. Ahora bien, desde una interpretación sistemática de la asignación contractual de riesgos —los cuales fueron expresamente asumidos por el contratista¹²⁴—, la matriz incorporada al pliego de condiciones¹²⁵ resulta igualmente determinante, en tanto atribuyó al futuro contratista los efectos favorables o desfavorables derivados de la selección, explotación y manejo de las fuentes de materiales, así como los riesgos asociados al transporte, a los precios unitarios y a la obtención de permisos ambientales.

¹²¹ Numeral 4.2 de los hechos probados.

¹²² Numeral 4.1.2 (iv) de los hechos probados.

¹²³ Numeral 4.1.2 (iii) de los hechos probados.

¹²⁴ Numerales 4.2.1 y 4.3 (i) de los hechos probados.

¹²⁵ Numeral 4.1.2 (i) de los hechos probados.



Esta distribución, que no fue objeto de cuestionamiento en la etapa precontractual, se integró al contrato en cuestión y delimitó el ámbito de responsabilidad asumido por cada parte. No obstante, dicha asignación no puede analizarse de manera aislada, sino en conjunto con las demás estipulaciones contractuales — particularmente la visita técnica obligatoria, la obligación de estructurar los análisis de precios unitarios y la previsión expresa según la cual no se reconocerían costos adicionales por el cambio de fuentes de materiales—, lo que evidencia la existencia de un esquema integral de distribución de riesgos que trasladó al contratista la gestión técnica, logística y económica de las fuentes de abastecimiento.

En este punto, resalta la Sala que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes están en libertad de autorregular sus intereses y relaciones, incluido, desde luego, el acuerdo sobre la asunción de los riesgos relacionados con las fuentes de materiales. Así, tal como se consignó en el pliego de condiciones, el riesgo denominado «*fuentes de materiales*» se asignó al proponente/contratista, bajo la siguiente descripción: «*Efecto favorable o desfavorable ocasionado por la selección, explotación y manejo de los insumos provenientes de las fuentes de materiales*».

Aunado a lo anterior, el pliego de condiciones no solo impuso al proponente la carga de verificar directamente las condiciones reales del proyecto mediante la visita técnica obligatoria, sino que también le atribuyó la responsabilidad de incorporar en su propuesta todos los costos asociados a la selección, explotación y transporte de materiales, así como las contingencias derivadas de su disponibilidad y habilitación. A ello se suma que se previó expresamente que la entidad no reconocería costos adicionales por el cambio de fuentes, lo cual refuerza la conclusión de que tales variaciones hacían parte del ámbito de riesgo asumido por el contratista.

En ese contexto, la Sala de Subsección no advierte, de ninguna manera, la existencia de un riesgo anormal o extraordinario que desborde los límites de la contratación estatal, sino que evidencia, de acuerdo con el material probatorio recaudado, la concreción de un riesgo asumido por el contratista y típicamente asociado a la ejecución de contratos de obra a precios unitarios, en los cuales corresponde al contratista definir, evaluar y gestionar las fuentes de materiales, así como asumir las variaciones que de ello se deriven dentro de la estructura económica de su oferta.

En línea con lo anterior, viene bien resaltar que la fuerza obligatoria del contrato se funda en la voluntad o querer de las partes que intervienen en él, teniendo estas la facultad de limitar su libertad para asumir un deber de conducta en razón a una determinada causa. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, recogen este principio en los artículos 1602 y artículo 871, respectivamente, según los cuales los contratos válidamente celebrados son ley



para los contratantes y no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por las causas legales¹²⁶.

Así las cosas, por virtud de la fuerza obligacional de la ecuación contractual inmersa en el contrato pactado, debe respetarse la voluntad de las partes sobre la distribución de riesgos que fue convenida, de donde resulta que las partes deben absorber las consecuencias derivadas de los riesgos asumidos de conformidad con lo pactado, pues en el contrato, que ciertamente constituye por excelencia un acto de previsión, la distribución de los riesgos es, justamente, la previsión contractual en torno a cuál de las partes se encuentra en la obligación de asumir los costos que emanan de ciertas circunstancias previstas al momento de celebrar el negocio jurídico.

5.3.5. Aclarado lo anterior, en lo que respecta a la ejecución contractual, se encuentra demostrado que el contratista no utilizó, en diversos tramos del proyecto, las fuentes de materiales inicialmente sugeridas por el Invías en los documentos precontractuales¹²⁷, sino que acudió a fuentes alternas, cuya definición se produjo luego de varios requerimientos expresos de la interventoría para que precisara las fuentes definitivas a emplear¹²⁸, las cuales fueron posteriormente aprobadas por esta. Así ocurrió, entre otros, en los tramos 1 (Charalá - La Cantera) y 2 (La Cantera – El Encino) con la planta Corvias-Emcovias, en el tramo 5 (La Belleza – Jesús María) con fuentes ubicadas en el sector de Pescadero, en el tramo 6 (Troncal – Puerto Parra) con la mina El Coscorrón, y en el tramo 7 (Oiba – Guadalupe) con las fuentes El puente y El Curo.

Esta circunstancia permite concluir que la selección de las fuentes de materiales no estaba predeterminada por el ente contratante, sino que correspondía al contratista en ejercicio de su autonomía técnica, en los términos de la distribución de riesgos prevista en el pliego y en los demás documentos contractuales. Esta inferencia se ve respaldada por los testimonios rendidos por los declarantes vinculados al proyecto, a la entidad y a la interventoría —entre ellos, los ingenieros Óscar Patiño Bustamante¹²⁹, Alfonso Rueda Gómez¹³⁰, Orlando Ortiz Gómez¹³¹, y Jesús María Berdugo Leal¹³² y Carlo Enrique Ramírez Hernández¹³³—, quienes coincidieron en señalar el carácter meramente referencial de las fuentes de materiales y la carga del contratista de verificar su viabilidad y seleccionar aquellas a emplear en la

¹²⁶ El artículo 1602 del Código Civil dispone: «LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales».

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

¹²⁷ Numeral 4.8, 4.9, 4.10 y 4.11 de los hechos probados.

¹²⁸ Numeral 4.5, 4.6 y 4.7 de los hechos probados.

¹²⁹ Numeral 4.17.1 de los hechos probados.

¹³⁰ Numeral 4.17.2 de los hechos probados.

¹³¹ Numeral 4.17.3 de los hechos probados.

¹³² Numeral 4.17.5 de los hechos probados.

¹³³ Numeral 4.17.6 de los hechos probados.



ejecución contractual, declaraciones que resultan coherentes con la documentación contractual y con la distribución de riesgos definida en el proceso de selección.

Por su parte, las declaraciones rendidas por los testigos vinculados al consorcio contratista —entre ellos, Andrés Felipe Santos Botero¹³⁴ y Jaime Máximo González Aguilar¹³⁵ y Luis Molinas-Malleu Zárate¹³⁶— no aportan elementos de juicio que permitan desvirtuar la conclusión previamente expuesta, en la medida en que se limitaron a manifestar que las fuentes inicialmente previstas no pudieron ser utilizadas por razones técnicas o ambientales, lo que condujo a la utilización de fuentes alternas ubicadas a mayores distancias, con el consecuente incremento en los costos de transporte. No obstante, tales afirmaciones, si bien acreditan la ocurrencia de dichas circunstancias, carecen de aptitud para desvirtuar la asignación contractual de riesgos y el carácter meramente orientador de las fuentes sugeridas, pues carecen de respaldo en los documentos precontractuales, a partir de los cuales se colige que dichas situaciones corresponden a contingencias propias del ámbito de gestión del contratista que este último debía prever y asumir al momento de estructurar su oferta.

5.3.6. Así las cosas, no puede afirmarse que la entidad estatal hubiera impuesto fuentes de materiales cuya inviabilidad alterara las bases económicas del contrato, porque el pliego de condiciones no solo permitió acudir a fuentes alternativas, sino que también asignó al proponente la responsabilidad de su selección, verificación y explotación, así como de la estimación de los costos asociados. En este contexto, la información contenida en los estudios previos debía entenderse como un insumo de apoyo para la estructuración de la oferta, y no como una garantía sobre la disponibilidad, idoneidad o suficiencia de las fuentes referenciadas.

Desde esta perspectiva, la imposibilidad de utilizar las fuentes inicialmente consideradas —por razones técnicas, ambientales o de disponibilidad— y el consecuente incremento en las distancias de transporte y acarreo de materiales no constituyen un hecho externo y anormal, sino una manifestación de los riesgos propios de la ejecución contractual que fueron asumidos por el contratista desde la etapa precontractual, en desarrollo de la distribución de riesgos prevista en el pliego de condiciones y de las cargas derivadas de la visita técnica obligatoria y de la estructuración de su propuesta económica a través de los análisis de precios unitarios.

En ese orden de ideas, los costos adicionales alegados no se derivan de una actuación imputable a la entidad contratante ni de una alteración sobreviniente, anormal e imprevisible de las condiciones contractuales, sino de la concreción de riesgos previsibles asociados a la selección, verificación y gestión de las fuentes de materiales, que correspondía asumir al contratista al momento de estructurar su oferta, razón por la cual el incremento en las distancias de acarreo y transporte de

¹³⁴ Numeral 4.17.4 de los hechos probados.

¹³⁵ Numeral 4.17.7 de los hechos probados.

¹³⁶ Numeral 4.17.8 de los hechos probados.



materiales constituye la materialización de tales riesgos contractuales, lo que excluye su reconocimiento a título de restablecimiento del equilibrio económico.

5.3.7. En definitiva, la Sala confirmará la sentencia apelada, al no acreditarse los presupuestos necesarios para declarar la ruptura del equilibrio económico del contrato, en los términos expuestos en precedencia.

6. Costas

6.1. El artículo 361 del CGP dispone que *«las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho»*. A su turno, los artículos 365 (numerales 1 y 8)¹³⁷ y 366¹³⁸ *ejusdem* —aplicables a los procesos contenciosos administrativos por remisión del artículo 188 del CPACA¹³⁹— establecen que se condenará en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, siempre que en el expediente se acredite su causación; y, en tal evento, su liquidación se realizará, de manera concentrada, por la Secretaría del Tribunal *a quo*, correspondiéndole únicamente a este juzgador la fijación de las agencias en derecho de segunda instancia, conforme con las tarifas fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

6.2. En este contexto, la Sala impondrá condena en costas a la parte demandante, al habersele resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto y teniendo en cuenta que su contraparte —Invías— intervino activamente en el trámite de la segunda instancia, mediante la presentación de alegatos de conclusión¹⁴⁰. Para tal efecto, corresponderá al Tribunal de origen efectuar la liquidación y tasación de las costas, debiendo considerar que en esta oportunidad se fijan agencias en derecho por el 0,5% del valor de las pretensiones desestimadas, con fundamento en las tarifas fijadas en el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura¹⁴¹.

¹³⁷ CGP. «Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: [...] 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación [...]. // 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación [...]».

¹³⁸ CGP. «Artículo 366. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. [...] 6. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda excederse el máximo de dichas tarifas».

¹³⁹ CPACA. «Artículo 188. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CPC».

¹⁴⁰ Numeral 8.2 de los antecedentes.

¹⁴¹ Acuerdo 1887 de 2003. El artículo 6 numeral 3.1.3 establece que, para los medios de control promovidos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la tarifa en segunda instancia será *«hasta del (5) por ciento del valor de las pretensiones reconocidas o negadas»*.



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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por el magistrado Nicolas Yepes Corrales.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de mayo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte actora, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, incluyendo las agencias en derecho causadas en esta instancia, fijadas en el 0.5% del valor de las pretensiones desestimadas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Magistrado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Magistrada

CT2