



Sentencia 20683 de 2011 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO - Sección Tercera / SECCION TERCERA - Competencia / ACCION CONTRACTUAL - Contrato de obra / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Prestación de servicios públicos / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Jurisdicción / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Regulación

El contrato de obra pública No. T-614-0-94 fue suscrito el 20 de septiembre de 1994, durante la vigencia de la ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. El artículo 31, modificado por la ley 689 de 2001, cuyo contenido se refiere a la concordancia de la ley 142 con el Estatuto general de la contratación pública (Ley 80 de 1993), dispuso que "Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa. Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa (...)" Así, "de acuerdo con las mencionadas normas (...) es claro que: i) los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, determinaron que los actos y contratos de las prestadoras de servicios públicos de naturaleza estatal se encuentran regidos por el derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley; ii) cuando el artículo 31 estableció que los contratos que celebraran dichas entidades estatales de servicios públicos a los que se refiere esa ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los sustrajo del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; iii) empero, de la anterior regla general se exceptuaron, entre otros, aquellos contratos en los cuales las comisiones de regulación ordenen la inclusión obligatoria de cláusulas exorbitantes o la autoricen previa consulta, en cuyo caso todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de lo Jurisdicción Contencioso Administrativo (...)" A pesar de las controversias que surgieron con la entrada en vigencia de dichas normas, relacionadas con la definición del juez competente para conocer de las eventuales diferencias, la expedición de la ley 1107 de 2006 delimitó el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al disponer que dicha jurisdicción conoce de las controversias originadas en litigios donde sean parte las entidades públicas. Así las cosas, el criterio para definir el sujeto de control pasa a ser el orgánico, lo que implica que lo importante ahora es establecer si la entidad involucrada en la disputa es o no estatal. Dicha ley es de aplicación inmediata según lo dispone su artículo 3º. En consecuencia, con el objetivo de resolver el caso sub lite, esta Sub-Sección no entrará a analizar si el contrato suscrito entre el contratista y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá guarda relación o no con el servicio público –criterio que invoca el art. 132.5 C.C.A.-, o si tiene o no cláusulas exorbitantes –criterio que invoca el art. 31 de la ley 142 de 1994-, pues estos fundamentos han quedado superados, con la entrada en vigencia de la ley 1107 de 2006, que, como se dijo ad supra, "se atiene al factor orgánico, no material o funcional, para definir la competencia a favor de esta jurisdicción". Adicionalmente, es preciso puntualizar que, en todo caso, el parágrafo del artículo 2º de la ley 1107 no excluyó las controversias contractuales del conocimiento de esta jurisdicción. Así las cosas, por ser la demandada EAAB una empresa industrial y comercial del Distrito Capital y de servicios públicos domiciliarios, esta controversia corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa. Ahora bien, por haber sido el contrato de obra pública No. T-614-0-94 suscrito el 20 de septiembre de 1994, el régimen aplicable es el contenido en la Ley 80 de 1993 por remisión de la Ley 142 de 1994, y en materia de contratación directa, el Decreto 855 de 1994.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32. PARAGRAFO 1 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 15 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 31 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 32 / LEY 689 DE 2001 / RESOLUCION 1 DE 18 DE MAYO DE 1995 - ARTICULO 1 / RESOLUCION 1 DE 18 DE MAYO DE 1995 - ARTICULO 1. PARAGRAFO / LEY 1107 DE 2006 / LEY 1107 DE 2006 - ARTICULO 2. PARAGRAFO / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 132.5

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 8 de febrero de 2007, expediente número 30903, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero

RELACION CONTRACTUAL - Liquidación bilateral / SALVEDAD - Por parte del contratista

El 20 de septiembre de 1994 se suscribió el contrato de obra No. T-614-0-94 entre el señor Rodríguez Melo y la EAAB, por una cuantía de \$69.750.000, con un plazo de ejecución de 90 días calendario contados a partir de la orden de iniciación impartida por la entidad contratante, es decir, desde el 16 de octubre de 1994. Consta en el expediente copia auténtica del acta de liquidación bilateral del contrato de obra No. T-614-0-94 suscrita el 27 de junio de 1995 por el gerente técnico de la empresa y el contratista, en la que se informa que las obras fueron entregadas a entera satisfacción de la empresa y que el valor total ejecutado fue de \$68'320,260. La salvedad. En el documento que contiene la liquidación, el contratista declara recibir "la presente Acta de Liquidación de contrato a buena cuenta por cuanto tengo pendiente de solución una reclamación". En efecto, la comunicación del 31 de mayo de 1995 enviada por el contratista a la EAAB en ejercicio del derecho de petición,

contiene reclamaciones por valor total de \$84'688,022, por los conceptos indicados de manera detallada en la misma. Las pretensiones del actor. El demandante, como se explicó ad supra, pidió la declaratoria de incumplimiento de la entidad y la indemnización de perjuicios correspondientes, por los mismos conceptos detallados en la comunicación que contiene la reclamación, pero por un valor total de \$68'387,361. Conclusión sobre la salvedad y lo pedido por la entidad. Mediante el análisis comparativo entre la salvedad, la reclamación contenida en la comunicación enviada por el contratista a la empresa, y lo pedido en la demanda, la Sala concluye lo siguiente: i) Que el demandante dejó salvedad en el acta de liquidación bilateral para insistir en la reclamación formulada mediante comunicación del 31 de mayo de 1995. ii) Que lo requerido en dicha comunicación es, fundamentalmente, lo pedido en la demanda que formuló ante esta jurisdicción, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, como quiera que comprende la indemnización derivada del incumplimiento del contrato por parte de la empresa al no reconocer unos costos adicionales en los que presuntamente incurrió el contratista. iii) Que por tratarse de aspectos contenidos en la salvedad que el contratista hizo a la liquidación bilateral del contrato, correspondía al Tribunal, como en efecto lo hizo, pronunciarse de fondo.

CONTRATACION ESTATAL - Principios / PRINCIPIO DE LA ECUACION FINANCIERA DE LOS CONTRATOS - Definición / EQUILIBRIO ECONOMICO - Rompimiento / ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO - Causas / EQUILIBRIO ECONOMICO - Restablecimiento / ECUACION FINANCIERA - Conservación / ECUACION FINANCIERA - Valoración / ECUACION FINANCIERA - Restablecimiento

Con el objetivo de cumplir con los fines esenciales del Estado, la administración puede contratar con particulares para que éstos ejecuten las tareas que por imposibilidad de ser asumidas por ésta, han de serles encargadas. Nace, entonces, una relación negocial en la que el contratista se compromete a la consecución de tales fines, incitado no sólo por la colaboración con el Estado, sino por el provecho económico que se genera en su favor, mientras que el Estado, en virtud de dicha relación, satisface el interés público. De allí que "el contrato estatal debe entonces colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato existente a la fecha que surge la relación jurídico negocial. (...) Por virtud de la mentada ecuación, se pretende que la correspondencia existente entre las prestaciones correlativas que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcancen la finalidad esperada con el contrato" Así las cosas, cuando las condiciones económicas pactadas en el contrato fueren alteradas en perjuicio de una de las partes por causas no imputables a ésta, ocurridas durante la ejecución del contrato, se impone la obligación de restablecer el equilibrio financiero. En efecto, el artículo 27 de la ley 80 de 1993 dispone que "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 (...)". Lo anterior, independientemente de que se haya o no pactado en el contrato. La verificación de dicho equilibrio impone la obligación de valorar la ecuación financiera en cada caso particular, analizando los valores acordados en el contrato, de manera tal que se pueda establecer si el mismo ha permanecido inalterado. En caso contrario, es menester dilucidar a quién le es imputable el quiebre de dicha ecuación, con el objetivo de que la restablezca. El equilibrio económico se ve afectado por tres causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, referidos por ejemplo, al pago inoportuno de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, o a la falta de oportunidad en la aprobación de la documentación necesaria para el desarrollo del contrato, tal como diseños o planos de las obras a realizar; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 27

NOTA DE RELATORIA: Consultar Sección Primera, sentencia de 29 de abril de 2010, expediente número 2006-00375, Consejero Ponente doctor Rafael Ostau de Lafont Planeta

TEORIA DE LA IMPREVISION - Concepto / TEORIA DE LA IMPREVISION - Aplicación

La teoría de la imprevisión "regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4° numeral 3° y 8°; 5° numeral 1°; 25 numeral 14; 27 y 28". En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible. No obstante, las partes contratantes pueden prever la ocurrencia de dichos imprevistos, y convenir el mecanismo de reajuste o revisión de precios al que se refiere el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993. Con esto se pretende, pues, mantener la ecuación contractual cuando se presentan aumentos en los costos del contrato. Al efecto, "Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso".

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 4. NUMERAL 3 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 4. NUMERAL 8 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 5. NUMERAL 1 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25. NUMERAL 14 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 27 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 28

FUENTE FORMAL: Consultar Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente número 1952, Consejero Ponente doctor Enrique Arboleda Perdomo.

Sección Tercera, sentencia de 4 de septiembre de 2003, expediente número 22952, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez

PRINCIPIO DE PLANEACION - Desconocimiento / VULNERACION DEL PRINCIPIO DE PLANEACION - Debe probarse / PRINCIPIO DE PLANEACION - No se vulneró

El actor considera que la EAAB desconoció el principio de planeación que se impone a la administración pública por cuanto la entrega de los planos se hizo con posterioridad a la suscripción del contrato; no se entregó estudio de suelos específico para la zona en la que se desarrollaría la obra; y no se realizó visita previa a la zona referida. (...) Conclusiones sobre el presunto desconocimiento del principio de planeación, por parte de la EAAB: Con relación a la ausencia de planos de la zona en la que se realizaría la obra, se tiene que los mismos hicieron parte del pliego de la invitación a cotizar, y fueron puestos a disposición de lo interesados. De acuerdo con las especificaciones técnicas, que forman parte integrante tanto del pliego de invitación pública como del contrato de obra, en el Acta de iniciación el contratista debía dejar constancia de las observaciones y la eventual propuesta de replanteo en caso de ser requerida. No obstante, el contratista, en dicha acta (26 de octubre de 1994), en lugar de presentar o realizar un replanteo, dejó constancia de haber inspeccionado y recibido personalmente los planos de construcción. Con relación a la falta de especificidad del estudio de suelos puesto a disposición del contratista desde la invitación pública a cotizar, se tiene que se realizó un primer estudio en zona aledaña, que constata un alto grado de inestabilidad del terreno, exigiendo la instalación de sistemas de bombeo eficientes. Dicho estudio es confirmado por la empresa contratante el 24 de octubre de 1994. Adicionalmente, el 11 de octubre de 1994, el centro de investigaciones de la EAAB realiza inspección ocular ya no en zona aledaña sino directamente en el lugar en el que se realizaría la obra, encontrando un terreno relativamente estable. A pesar de que todos estos estudios fueron realizados con antelación a la iniciación de la obra, dada la aparente contradicción entre los resultados de los mismos, la interventoría solicitó al contratista la realización de apiques que permitieran un estudio detallado del terreno en el laboratorio, pero el contratista consideró suficiente tomar una sola muestra en virtud de la cual, no se constató nivel freático. Con relación a la ausencia de visita al sitio del terreno, se constata, efectivamente, que dicha visita no se realizó pero que de haber sido solicitada por el contratista, en ejercicio de sus derechos, la misma se habría programado. No obstante la ausencia de visita a la zona, el contratista declara en la memoria técnica incluida dentro de su oferta, que las características de la zona de trabajo le permiten concluir que el barrio posee buenas vías de acceso para cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato. Así las cosas, esta Sub-Sección entiende que tanto los planos de la obra como los estudios de suelos fueron puestos a disposición del contratista desde el momento mismo de la invitación a cotizar, y que a pesar de que los mismos fueron variando durante la ejecución del contrato, el resultado final no afectó el objeto de manera determinante, tanto así, que la obra se realizó dentro del plazo establecido. En lo que se refiere a la visita a la zona de la obra, el contratista a pesar de no haber ejercido su derecho a solicitarla, declaró conocer la zona, y en consecuencia, se comprometió con lo que las especificaciones técnicas establecen. Por lo anterior, no se encuentra vulnerado el principio de planeación aducido por la parte actora.

TEORIA DE LA IMPREVISION - Configuración / TEORIA DE LA IMPREVISION - Prueba / TEORIA DE LA IMPREVISION - Inaplicación

De acuerdo con el contenido de la demanda, el actor relaciona una serie de imprevistos irresistibles por no haber contado con los planos y estudios, ni haber realizado la visita previa a la zona donde se realizarían las obras, hechos que en su opinión, son todos de responsabilidad del Estado. Entre éstos se encuentran: falta de obtención de permisos de servidumbres; vías estrechas; excavaciones superiores a tres metros; excavaciones en material de suelo y lodo; calle con caja para pavimentar; inestabilidad del terreno; tuberías ciegas; tuberías represadas; pozos represados; instalación de tuberías de aguas negras con agua en todo momento; esquina de la red de acueducto que no correspondía con lo observado en el terreno; proximidad de las casas de manera incidente; pisos removidos una y otra vez; incomodidad para los trabajos a realizar por la estrechez; largos desplazamientos de la máquina (retroexcavadora de oruga) UHO al traer los materiales de base, atraque y rellenos al sitio de instalación; incremento en los costos por el cambio de la máquina de llanta a la máquina de oruga; incremento en la mano de obra debido al rendimiento mínimo real en la instalación de la tubería; empaques suministrados de mala calidad. (...) Conclusiones sobre los presuntos imprevistos ocurridos durante la ejecución de la obra: En lo que se refiere a la iniciación de las obras, particularmente en cuanto a las servidumbres necesarias para la instalación de la tubería, se tiene que el permiso por parte del Colegio Britalia fue obtenido de manera oportuna, y que el referido al predio de la señora Ana Peña, dado que no pudo obtenerse de manera negociada, fue alcanzado a través de acciones policivas. En todo caso, de acuerdo con el cronograma de trabajo, los terrenos estaban oportunamente a disposición del contratista para la realización de las obras, motivo por el cual no se trata de un hecho imprevisible. En lo que se refiere a la instalación de la tubería de 36" para aguas lluvias, se tiene que la instalación inicial de 20 metros no correspondió a las especificaciones técnicas. Por lo anterior, la interventoría solicitó su re-instalación y al efecto, facilitó nuevos cauchos. De esto se tiene que la mayor cantidad de obra en la que incurrió el contratista, se debió al desconocimiento de las especificaciones técnicas contenidas en el pliego de la invitación pública a cotizar, y en consecuencia, no se trata de un hecho imprevisible. En lo que se refiere a la red de aguas negras, se tiene que los cambios solicitados en el sistema de cimentación habrían podido evitarse si se hubieran sometido a aprobación de la empresa, los métodos de excavación propuestos y definidos en las especificaciones técnicas que hacen parte integrante del contrato. No se trata, entonces, de un hecho imprevisible. En lo que se refiere a la terminación de las obras, las mismas fueron realizadas a satisfacción y de manera oportuna, siendo reconocidos, por parte de la EAAB los mayores valores en los que incurrió el contratista previamente evaluados; los otros valores que éste solicita les sean reconocidos, no se encuentran probados. Así las cosas, ésta Sub-Sección entiende que ninguna de las circunstancias aducidas por el actor como imprevistos, son irresistibles, pues se tiene probado que ocurrieron por su descuido. En consecuencia, no se trata de condiciones externas que permitan la aplicación de la teoría de la imprevisión como lo alega el demandante, pues los hechos aducidos como inesperados, fueron considerados como probables en las especificaciones técnicas que hacen parte integrante del contrato suscrito entre las partes, y por lo tanto, el contratista no puede solicitar el reconocimiento de un mayor valor por los correctivos realizados para la buena ejecución del mismo. Como lo ha sostenido esta Corporación en aplicación de la teoría de la imprevisión, "no son suficientes la desaparición del beneficio del cocontratante, ni la existencia de un déficit que lo afecte; hace falta que la gravedad y persistencia de éste último excedan lo que aquél haya podido y debido razonablemente

prever"

NOTA DE RELATORIA: En relación con la aplicación de la teoría de la imprevisión, consultar sentencia de 9 de junio de 2005, expediente número 14291, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez

ECUACION FINANCIERA - Afectación. No se configuró / EQUILIBRIO FINANCIERO - Ruptura. No se configuró

Al no haber desconocido el principio de planeación, y al haber reconocido el ajuste de precios realizado por razones no imputables al descuido del contratista, se concluye que la ecuación financiera del contrato no fue afectada, y en consecuencia, no se puede aducir ruptura del equilibrio financiero por cuanto " la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido no corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio". Del análisis del acervo probatorio, ésta Sub-Sección concluye que a pesar de haber demostrado la ocurrencia de algunos eventos inesperados, los mismos no fueron "extraños, imprevisibles y anormales al contrato, requisitos indispensables para aplicar la teoría de la imprevisión, determinante de la obligación de la entidad a reparar la ecuación financiera del contrato". En efecto, dado que el contratista manifestó, tanto en la memoria técnica como en el acta de iniciación de obra, que conocía las características de la zona en el que se desarrollaría la obra, debió probar que los imprevistos desbordaron sus previsiones por irresistibles.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la aplicación la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, consultar sentencia de 26 de febrero de 2004, expediente número 14043, Consejero Ponente doctor Germán Rodríguez Villamizar

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ

Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683)

Actor: LUIS ANTONIO RODRIGUEZ MELO

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA-ESP-

Resuelve la Sub-Sección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, Sección Tercera, del 5 de abril de 2001, por medio de la cual se niegan las suplicas del demandante. La sentencia será confirmada.

ANTECEDENTES

La demanda

El 27 de Junio de 1997, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual establecida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el señor LUIS ANTONIO RODRÍGUEZ MELO en calidad de contratista, formuló demanda ante el Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, en contra de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. (en adelante, EAAB) en calidad de entidad contratante, en el contrato de obra No. T-614-0-94, suscrito por las partes el 20 de Septiembre de 1994, solicitando:

Que se declare nulo el acto administrativo contenido en el Acta de Liquidación del contrato de obra No. T-614-0-94;

Que se declare nulo el acto administrativo contenido en el oficio No. 7420-95-966 expedido el 4 de septiembre de 1995, en virtud del cual la EAAB contestó una reclamación del actor;

Que se declare responsable a esa entidad, de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del desequilibrio en la ecuación financiera generado en la ejecución del contrato de obra No. T-614-0-94, por el pago de los mayores valores en que incurrió el contratista, más las utilidades que dejó de percibir.

Para fundamentar el anterior petitum, el actor se basó en los hechos que se resumen a continuación (folio 4 del cuaderno principal):

El 22 de agosto de 1994 la EAAB invitó a presentar propuestas para la ejecución de la obra pública consistente en la renovación y terminación de la red de alcantarillado sanitario, y la construcción de alcantarillado pluvial del barrio Villa Zarzamora en Ciudad Kennedy. Si bien con la invitación se entregaron las especificaciones técnicas, no fueron entregados los planos de redes de aguas lluvias para redes nuevas, "los planos de redes de aguas negras para redes nuevas, los perfiles de las redes de aguas lluvias, los perfiles de las redes de aguas negras para redes nuevas, los planos record de construcción de aguas negras y aguas lluvias, ni los estudios de suelos". No obstante, el 29 de agosto de 1994, el ingeniero Luis Antonio Rodríguez Melo presentó su oferta, la cual fue aceptada por la EAAB el 16 de septiembre del mismo año.

El 20 de septiembre de 1994 se suscribió el contrato de obra No. T-614-0-94 entre el señor Rodríguez Melo y la EAAB, por una cuantía de

\$69.750.000, con un plazo de ejecución de 90 días calendario contados a partir de la orden de iniciación impartida por la entidad contratante, es decir, desde el 16 de octubre de 1994.

Posteriormente a la suscripción del contrato, le fueron entregados los planos y perfiles de la obra a desarrollar, los cuales, en opinión del contratista, no coincidían con el sitio señalado para la ejecución de la obra en la invitación pública a cotizar. Adicionalmente, enfrentó una serie de imprevistos que dificultaron su labor, a saber: falta de obtención de permisos de servidumbres; vías estrechas; excavaciones superiores a tres metros; excavaciones en material de suelo y lodo; calle con caja para pavimentar; inestabilidad del terreno; tuberías ciegas; tuberías represadas; pozos represados; instalación de tuberías de aguas negras con agua en todo momento; esquina de la red de acueducto que no correspondía con lo observado en el terreno; proximidad de las casas de manera incidente; pisos removidos una y otra vez; incomodidad para los trabajos a realizar por la estrechez; largos desplazamientos de la máquina (retroexcavadora de oruga) UHO al traer los materiales de base, ataque y rellenos al sitio de instalación; incremento en los costos por el cambio de la máquina de llanta a la máquina de oruga; incremento en la mano de obra debido al rendimiento mínimo real en la instalación de la tubería; empaques suministrados de mala calidad.

Dichos imprevistos demuestran, en opinión del actor, que la EAAB realizó invitación pública a cotizar, desconociendo su obligación de realizar diseños, estudios, planos y evaluaciones previas necesarias para llamar a proponer. Por lo anterior considera que se creó una situación que no guardaba concordancia con la realidad de la obra contratada y realizada, produciendo un desequilibrio económico evaluado en \$68.387.361 correspondientes a \$40.699.158 por las mayores cantidades de obra realizadas para atender las necesidades de evacuación de aguas negras, y \$27.688.203 por las mayores cantidades de obra realizadas para atender las necesidades de canalización de aguas lluvias.

Finalizadas las obras oportunamente, el 2 de junio de 1995, en ejercicio del derecho de petición, el actor presentó ante el Gerente General de la EAAB, reclamación para que le fueran reconocidos los mayores gastos en los que incurrió durante la ejecución de la obra (folio 62 del cuaderno 2). El 27 de junio de 1995 se procedió a la liquidación del contrato, acto administrativo que contó con las firmas de las dos partes contratantes (folio 7 del cuaderno 4), aun cuando el actor hizo la salvedad de que recibe el acta de liquidación a "buena cuenta" por cuanto tiene pendiente la solución a una reclamación. La respuesta al derecho de petición fue presentada por la EAAB el 4 de septiembre de 1995 (folio 4 del cuaderno 13), reconociendo un valor a favor del contratista de \$2'285,618.

Con el objetivo de demostrar lo anterior, presentó las siguientes pruebas documentales: invitación pública para proponer; oferta; formulario de lista de cantidades y precios; acto de adjudicación del contrato; contrato T-614-0-94; notas de campo (66585 del 12 de octubre de 1994; 671363 y 971364 del 25 de noviembre de 1994; 67279 del 7 de diciembre de 1994; 673240 y 673241 del 9 de diciembre de 1994; 673242 del 10 de diciembre de 1994; 673243 y 673243 del 12 de diciembre de 1994; 673419 del 14 de diciembre de 1994; 673809 del 17 de diciembre de 1994; 674872 del 27 de diciembre de 1994; 678946 del 2 de febrero de 1995; 680373 del 11 de febrero de 1995); comunicaciones 6-73242 del 13 de diciembre de 1994, 6-73419 del 14 de diciembre de 1994 y 006793 del 15 de diciembre de 1995; comunicación de interventoría fechada 16 de diciembre de 1994; fotografías que muestran la situación del terreno; planos de alcantarillado de aguas negras; acta de liquidación; especificaciones técnicas y minuta modelo del contrato; y la reclamación realizada en ejercicio del derecho de petición.

Adicionalmente solicitó oficiar a la EAAB para que enviara copia del estudio de suelos Emisario Britalia No. ST-DCCO-490 del 25 de junio de 1988 y copia integral del oficio No. 7420-95-0034 del 16 de enero de 1995, por el cual la dirección de interventoría solicitó a la dirección de licitaciones y contratación de la EAAB, la prórroga del contrato No. T-614-0-94. Así mismo solicitó la recepción de los testimonios de los señores José Anselmo Castro y Ana Peña de Acosta con el objetivo de constatar las condiciones en las que fueron ejecutadas las obras. Ninguna de las pruebas fue objetada por la parte demandada.

El 18 de mayo de 1998, el demandante procedió a corregir la demanda solicitando (folio 49 del cuaderno principal): recibir testimonio del señor Miller Masmela, funcionario de Manufacturas de Cemento; y ordenar la designación como peritos de un ingeniero de suelos y un ingeniero civil o sanitario, con el objetivo de responder un cuestionario sobre las condiciones en las que se realizó la obra contratada (folio 49 del cuaderno principal). Rendido el informe, a pesar de serle adverso, el actor ni lo objetó, ni pidió aclaración.

La contestación de la demanda

El 18 de mayo de 1998, la EAAB contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, por considerar que los actos administrativos cuya nulidad se solicita, "fueron expedidos con la plenitud de su validez jurídica y con el lleno de las exigencias y requisitos legales establecidos" (folio 30 del cuaderno principal).

Para demostrar lo anterior aportó las siguientes pruebas documentales: contrato T-614-0-94; especificaciones técnicas; contestación a la reclamación realizada por el contratista en ejercicio del derecho de petición; acta de liquidación del contrato; copia del cuaderno de adición de documentos contentiva de los planos del contrato; aviso de publicación; relación de proponentes que solicitaron pliegos; relación del recibo de propuestas; carta de presentación de la oferta; acta de entrega y apertura de propuestas; evaluación de propuestas; carta de adjudicación; oficios 310095-1532 y 310096-4898 dirigidos a la dirección de interventoría. Adicionalmente solicitó recibir testimonio de los señores Gabriel Sánchez y de Hernando Marín, funcionarios de la EAAB. Ninguna fue objetada por la parte demandante.

Rendido el informe pericial solicitado por el actor, la EAAB pidió complementación y aclaración del mismo (folio 77 del cuaderno principal).

Los alegatos de conclusión en primera instancia

El 14 de septiembre de 2000, la EAAB presentó alegatos de conclusión (folio 86 del cuaderno principal), por medio de los cuales se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda, por cuanto "Con la contestación de la demanda fueron desvirtuadas las afirmaciones del

demandante contenidas en los hechos expuestos, aportando como pruebas documentales los antecedentes administrativos referentes al caso y solicitando las pruebas testimoniales pertinentes, lo cual conjuntamente con el dictamen pericial solicitado por la parte actora demostraría la falta de veracidad de los hechos de la demanda y por ende la improcedencia de las pretensiones".

A su turno, el 15 de septiembre de 2000, la parte actora presentó alegatos de conclusión (folio 89 del cuaderno principal), solicitando acoger en su integridad las pretensiones de la demanda, aduciendo la falta de planeación de la EAAB, al no efectuar los estudios preliminares necesarios para el desarrollo exitoso de las obras a contratar, pues "el hecho de no haber contado el proponente con la información detallada, la cual, la entidad estaba obligada a suministrar, tales como el estudio de suelos y los planos, hizo que mi poderdante ofertara bajo unas condiciones económicas inferiores a las demandaban [sic] por las condiciones reales del terreno, lo cual produjo un desequilibrio económico en su contra, que no estaba obligado a soportar, ante lo cual debe responder la empresa por ser hechos que escapan al álea [sic] normal del contrato".

El Ministerio Público mantuvo silencio.

La providencia impugnada

El 5 de abril de 2001, el Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, Sección Tercera, negó las súplicas de la demanda, eximiendo de responsabilidad a la EAAB, por considerar que "dentro del universo probatorio, la actora no desvirtuó las afirmaciones hechas por la interventoría en el anexo del acto que contestó su reclamación; los precios que reconoció y pagó la entidad demandada fueron los que se acordaron en el contrato y no como pretende la actora que se le reconozcan bajo otros parámetros no previstos en el contrato, las actualizaciones se verificaron acorde con la pactado pues éstas se deberían presentar con el acta respectiva para presentar la cuenta de cobro dentro de los términos señalados en el contrato (...) si bien es cierto en ejecución de la obra se presentaron inconvenientes, la mayoría de ellos obedecían a la falta de organización y previsión del contratista, pues a él correspondía hacer los estudios previos para poder adelantar las obras adelantadas. No es de recibo el análisis efectuado en el peritaje en cuanto a la cifra que se dice se debe reconocer al contratista porque ella se fundamentó en unos factores que no corresponden a los pactados en el contrato según el cual reiteramos, el valor del contrato resulta de multiplicar el valor unitario establecido para cada uno de los ítems, por la cantidad de obra realizada los cuales no pueden ser modificados a voluntad del contratista. En estos términos los actos acusados, el acta contentiva de la liquidación del contrato y el acto en virtud del cual se resolvió la reclamación hecha por el contratista encuentran su fundamento legal en los documentos que sirvieron de soporte al contrato, allegados en ejecución del mismo, así como las obligaciones derivadas del contrato a cargo de cada una de las partes. Al haberse establecido que la administración ajustó su decisión a las obligaciones sugeridas en el contrato, y que no hubo rompimiento del equilibrio económico del contrato por causas imputables a la administración, que esta no hubiera reconocido, no hay lugar al restablecimiento de la ecuación contractual".

El recurso de apelación

El 27 de julio de 2001, la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (folio 130 del cuaderno principal), por considerar que "durante la ejecución del contrato de obra No T-614-0-94, si [sic] se presentaron circunstancias que alteraron el equilibrio financiero del contrato, que deben ser reconocidas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, lo que no ha sido posible hasta ahora, ni en sede administrativa, ni judicial, por razones que desconocen las normas vigentes sobre la materia, como ya se ha expuesto en este recurso". Lo anterior, argumentando la falta de apreciación de las pruebas que demuestran la inaplicación del principio de planeación, requisito indispensable para invitar a cotizar.

Alegatos en segunda instancia

El 9 de octubre del 2001, la parte actora presentó alegatos de conclusión solicitando que prosperen las pretensiones de la demanda, por cuanto "los argumentos expuestos en el trámite de la primera instancia, así como los expresados para sustentar el recurso de apelación oportunamente interpuesto contra la sentencia que profirió el ad-quo [sic], es decir, los referidos a la falta de apreciación de las pruebas que demuestran la inaplicación del Principio de la Planeación y por ende la alteración de la Ecuación Financiera del contrato de Obra No. T-614-9 [sic] de 1994 en contra del contratista; permiten considerar que los hechos de la demanda y las evidencias que los sustentan, son suficientes para que las pretensiones de la presente acción prosperen a favor de mí [sic] patrocinado".

En la misma fecha, la parte demandada alegó en conclusión solicitando confirmar la sentencia apelada, por cuanto los hechos expuestos por el actor, no solamente no fueron probados en el curso del proceso, sino que las pruebas recaudadas se encargaron de desvirtuarlos en su totalidad.

El Ministerio Público guardó silencio.

La competencia de la Sub-Sección

El contrato de obra pública No. T-614-0-94 fue suscrito el 20 de septiembre de 1994, durante la vigencia de la ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. El artículo 31, modificado por la ley 689 de 2001, cuyo contenido se refiere a la concordancia de la ley 142 con el Estatuto general de la contratación pública (Ley 80 de 1993), dispuso que "Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa. Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se

ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa (...) (subrayado fuera de texto).

Así, "de acuerdo con las mencionadas normas (...) es claro que: i) los artículos 31 y 32¹ de la Ley 142 de 1994, determinaron que los actos y contratos de las prestadoras de servicios públicos de naturaleza estatal se encuentran regidos por el derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley; ii) cuando el artículo 31 estableció que los contratos que celebraran dichas entidades estatales de servicios públicos a los que se refiere esa ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirían por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los sustrajo del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública²; iii) empero, de la anterior regla general se exceptuaron, entre otros³, aquellos contratos en los cuales las comisiones de regulación ordenen la inclusión obligatoria de cláusulas exorbitantes o la autoricen previa consulta, en cuyo caso todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativo"⁴.

Por su parte, la Comisión de Regulación de Agua Potable Saneamiento Básico⁵, CRA, mediante Resolución No. 01 del 18 de mayo de 1995⁶, por la cual se establecen reglas para la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, dispuso:

"Artículo primero: Las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo deben incluir cláusulas exorbitantes en los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de Acueducto, Alcantarillado y Aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la ley.

Como criterio para la inclusión de las cláusulas, la empresa deberá tener en cuenta la existencia de precedentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza, ha conducido a la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de Acueducto, Alcantarillado y Aseo o a la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes.

PARAGRAFO 1- Se entienden por contratos de obra los definidos en la ley 80 de 1993; por contratos de consultoría los definidos en el inciso 2o. del artículo 32 de la ley 80 de 1993; y por contratos de suministro y compraventa los que tipifica el código de comercio. Se entienden por entidades prestadoras todas aquellas incluidas en el artículo 15 de la ley 142 de 1994" (subrayado fuera de texto).

A pesar de las controversias que surgieron con la entrada en vigencia de dichas normas, relacionadas con la definición del juez competente para conocer de las eventuales diferencias, la expedición de la ley 1107 de 2006⁷ delimitó el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al disponer que dicha jurisdicción conoce de las controversias originadas en litigios donde sean parte las entidades públicas. Así las cosas, el criterio para definir el sujeto de control pasa a ser el orgánico, lo que implica que lo importante ahora es establecer si la entidad involucrada en la disputa es o no estatal. Dicha ley es de aplicación inmediata según lo dispone su artículo 3º.

En consecuencia, con el objetivo de resolver el caso sub lite, esta Sub-Sección no entrará a analizar si el contrato suscrito entre el contratista y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá guarda relación o no con el servicio público -criterio que invoca el art. 132.5 C.C.A.-, o si tiene o no cláusulas exorbitantes⁸ -criterio que invoca el art. 31 de la ley 142 de 1994-, pues estos fundamentos han quedado superados, con la entrada en vigencia de la ley 1107 de 2006, que, como se dijo ad supra, "se atiende al factor orgánico, no material o funcional, para definir la competencia a favor de esta jurisdicción"⁹. Adicionalmente, es preciso puntualizar que, en todo caso, el parágrafo del artículo 2º de la ley 1107 no excluyó las controversias contractuales del conocimiento de esta jurisdicción.

Así las cosas, por ser la demandada EAAB una empresa industrial y comercial del Distrito Capital y de servicios públicos domiciliarios, esta controversia corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa. Ahora bien, por haber sido el contrato de obra pública No. T-614-0-94 suscrito el 20 de septiembre de 1994, el régimen aplicable es el contenido en la Ley 80 de 1993 por remisión de la Ley 142 de 1994, y en materia de contratación directa, el Decreto 855 de 1994.

CONSIDERACIONES

La Sub-Sección pasa a argumentar las razones por las cuales mantendrá inalterada la decisión del A quo. Para ello analizará, previas algunas 1) consideraciones iniciales, 2) el principio de ecuación financiera de los contratos; y 3) el caso concreto.

Consideraciones iniciales

La relación contractual y la liquidación bilateral

El 20 de septiembre de 1994 se suscribió el contrato de obra No. T-614-0-94 entre el señor Rodríguez Melo y la EAAB, por una cuantía de \$69.750.000, con un plazo de ejecución de 90 días calendario contados a partir de la orden de iniciación impartida por la entidad contratante, es decir, desde el 16 de octubre de 1994.

Consta en el expediente copia auténtica del acta de liquidación bilateral del contrato de obra No. T-614-0-94 suscrita el 27 de junio de 1995 por el gerente técnico de la empresa y el contratista, en la que se informa que las obras fueron entregadas a entera satisfacción de la empresa y que el valor total ejecutado fue de \$68'320,260.

La salvedad

En el documento que contiene la liquidación, el contratista declara recibir "la presente Acta de Liquidación de contrato a buena cuenta por cuanto tengo pendiente de solución una reclamación". En efecto, la comunicación del 31 de mayo de 1995 enviada por el contratista a la EAAB en ejercicio del derecho de petición, contiene reclamaciones por valor total de \$84'688,022, por los conceptos indicados de manera detallada en la misma.

Las pretensiones del actor

El demandante, como se explicó ad supra, pidió la declaratoria de incumplimiento de la entidad y la indemnización de perjuicios correspondientes, por los mismos conceptos detallados en la comunicación que contiene la reclamación, pero por un valor total de \$68'387,361.

Conclusión sobre la salvedad y lo pedido por la entidad

Mediante el análisis comparativo entre la salvedad, la reclamación contenida en la comunicación enviada por el contratista a la empresa, y lo pedido en la demanda, la Sala concluye lo siguiente:

- i) Que el demandante dejó salvedad en el acta de liquidación bilateral para insistir en la reclamación formulada mediante comunicación del 31 de mayo de 1995.
- ii) Que lo requerido en dicha comunicación es, fundamentalmente, lo pedido en la demanda que formuló ante esta jurisdicción, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, como quiera que comprende la indemnización derivada del incumplimiento del contrato por parte de la empresa al no reconocer unos costos adicionales en los que presuntamente incurrió el contratista.
- iii) Que por tratarse de aspectos contenidos en la salvedad que el contratista hizo a la liquidación bilateral del contrato, correspondía al Tribunal, como en efecto lo hizo, pronunciarse de fondo.

El principio de la ecuación financiera de los contratos

Con el objetivo de cumplir con los fines esenciales del Estado, la administración puede contratar con particulares para que éstos ejecuten las tareas que por imposibilidad de ser asumidas por ésta, han de serles encargadas. Nace, entonces, una relación negocial en la que el contratista se compromete a la consecución de tales fines, incitado no sólo por la colaboración con el Estado, sino por el provecho económico que se genera en su favor, mientras que el Estado, en virtud de dicha relación, satisface el interés público.

De allí que "el contrato estatal debe entonces colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato existente a la fecha que surge la relación jurídico negocial. (...) Por virtud de la mentada ecuación, se pretende que la correspondencia existente entre las prestaciones correlativas que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcancen la finalidad esperada con el contrato"¹⁰.

Así las cosas, cuando las condiciones económicas pactadas en el contrato fueren alteradas en perjuicio de una de las partes por causas no imputables a ésta, ocurridas durante la ejecución del contrato, se impone la obligación de restablecer el equilibrio financiero. En efecto, el artículo 27 de la ley 80 de 1993 dispone que "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 (...)". Lo anterior, independientemente de que se haya o no pactado en el contrato.

La verificación de dicho equilibrio impone la obligación de valorar la ecuación financiera en cada caso particular, analizando los valores acordados en el contrato, de manera tal que se pueda establecer si el mismo ha permanecido inalterado. En caso contrario, es menester dilucidar a quién le es imputable el quiebre de dicha ecuación, con el objetivo de que la restablezca.

El equilibrio económico se ve afectado por tres causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, referidos por ejemplo, al pago inoportuno de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, o a la falta de oportunidad en la aprobación de la documentación necesaria para el desarrollo del contrato, tal como diseños o planos de las obras a realizar; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevenientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

La teoría de la imprevisión "regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4° numeral 3° y 8°; 5° numeral 1°; 25 numeral 14; 27 y 28"¹¹.

En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible. No obstante, las partes contratantes pueden prever la ocurrencia de dichos imprevistos, y convenir el mecanismo de reajuste o revisión de precios al que se refiere el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993¹².

Con esto se pretende, pues, mantener la ecuación contractual cuando se presentan aumentos en los costos del contrato. Al efecto, "Esta Sala ha

sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso"¹³.

Del caso concreto

En el caso sub lite, el actor considera que el equilibrio financiero del contrato se desconoció por la ocurrencia de imprevistos que se habrían podido prever si la administración los hubiera advertido al momento de realizar la invitación pública a cotizar. En este sentido, se analizarán las pruebas a la luz del i) principio de planeación; ii) estudiando si los eventos que el actor considera imprevisibles efectivamente tienen esa connotación; para concluir, finalmente, iii) si su ocurrencia afectó la ecuación financiera del contrato.

Principio de planeación

El actor considera que la EAAB desconoció el principio de planeación que se impone a la administración pública por cuanto la entrega de los planos se hizo con posterioridad a la suscripción del contrato; no se entregó estudio de suelos específico para la zona en la que se desarrollaría la obra; y no se realizó visita previa a la zona referida.

Sobre la entrega de los planos, reposan en el expediente las siguientes pruebas:

Copia autenticada de la invitación pública a cotizar fechada el 22 de agosto de 1994 (folio 5 del cuaderno 2) en la que se lee: "El pliego de la invitación a cotizar se podrá consultar y obtener en la oficina 204, Dirección de Licitaciones y contratación de la Empresa (Calle 22C No. 40-99, Santafé de Bogotá, D.C. -Colombia) hasta las 3:00 P.M. del 25 de agosto de 1994" (subrayado fuera de texto).

Copia autenticada de las especificaciones técnicas contenidas en el pliego de la invitación a cotizar para la renovación y terminación de las redes de alcantarillado sanitario, y la construcción de las redes de alcantarillado pluvial del barrio Villa Zarzamora, Ciudad Kennedy (folio 7 del cuaderno 5) en la que se lee: "C. Manejo de la obra. La empresa suministrará al Contratista los planos de construcción y las coordenadas y cotas de las referencias básicas para la localización de las obras. La entrega de las referencias básicas se hará mediante un Acta firmada por el contratista y la Empresa, una vez el Contratista las haya analizado y verificado satisfactoriamente; inmediatamente el Contratista procederá a realizar el replanteo de la obra" (subrayado fuera de texto).

Copia autenticada del contrato de obra No. T-614-0-94 celebrado entre la EAAB y Luis Antonio Rodríguez Melo, suscrito el 20 de septiembre de 1994 (folio 17 del cuaderno 2) en la que se lee: "SEGUNDA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO: Forman parte integrante del presente contrato, los siguientes documentos: a) invitación a cotizar y los documentos de la invitación (...) c) el anexo No. 1 de este contrato donde se presenta las cantidades y precios del contrato; d) la propuesta del CONTRATISTA y los documentos adjuntos presentados con las misma, en aquellas partes aceptadas por la EMPRESA (...)" (subrayado fuera de texto).

Copia autenticada del acta de iniciación de obra fechada el 26 de octubre de 1994 (folio 4 del cuaderno 6), en la que se lee: "Se deja constancia que el Contratista ha inspeccionado y recibido personalmente los planos de construcción y a [sic] visitado las zonas donde se adelantarán las obras materia del contrato y expresa su conformidad con el estado de los mismo [sic] y demas [sic] condiciones locales" (subrayado fuera de texto).

Original de la comunicación enviada por el contratista al director de interventoría (folio 29 del cuaderno 2), con fecha 9 de diciembre de 1994, en la que se lee: "Para el proceso de cotización ante la empresa, esta [sic] no suministró al participante ninguno de los documentos siguientes: 1. Planos de localización de las obras (...)" (subrayado fuera de texto).

Copia autenticada de la respuesta a la reclamación realizada por el actor (folio 1 del cuaderno 3), del 4 de septiembre de 1995, en la que se lee: "Los planos de redes de aguas lluvias y negras para redes nuevas, perfiles de redes de aguas lluvias y negras para redes nuevas y los planos récord de construcción (A.N. y ALL) para renovación, localización y ejecución de las obras a ejecutar, está contenido en los planos de los proyectos números 3622 A y 3789 que permanecieron en la oficina de Licitación y Contrataciones desde la fecha de la apertura hasta la fecha del cierre, para consulta de los interesados dándoles la oportunidad de hacer las consultas que estimaren necesarias para la ejecución de las obras contratadas, tal como lo ratifica La Dirección de Licitaciones y Contratos el Oficio 3100-95.1532" (subrayado fuera de texto).

Original de la diligencia de la recepción de testimonios realizada el 23 de julio de 1999 en la que el señor Jose Anselmo Castro en su calidad de maestro de obra en el contrato sobre el que versa esta acción, expresó: "El conocimiento de que es el contratista de la empresa de la cual uno se hace cargo del trabajo, al comenzar no nos entregaron planos de la obra, solo arrancamos con base en la que había existente, los planos nos lo [sic] dieron a la terminación con las modificaciones que le habían hecho, esos planos se acomodaban a los que estaban haciendo (...) Los planos que le entregaron para la licitación les toco [sic] cambiar nivelaciones, los planos efectivos fueron casi a la terminación es decir que los planos del contrato existían pero no sirvieron" (subrayado fuera de texto).

Sobre el estudio de suelos, reposan en el expediente las siguientes pruebas:

Copia autenticada del estudio de suelos realizado el 25 de julio de 1988 en el barrio Emisario Britalia (folio 10 del cuaderno 6) en la que se lee: "la excavación en éste sector, de acuerdo con los perfiles que representan la estratigrafía del subsuelo, posee un alto grado de inestabilidad,

especialmente a partir de los 3.0 metros de profundidad. La posición del nivel freático es desfavorable constituyendo esto que la arena pierda su resistencia (...) Será indispensable instalar un bombeo eficiente y efectuar un muy adecuado manejo de aguas. Esto incidirá directamente en la estabilidad de la excavación, el manejo del material y la construcción misma" (subrayado fuera de texto).

Copia autenticada de la comunicación fechada el 24 de octubre de 1994, remitida por la Dirección del centro de investigaciones de la EAAB a la división de supervisión de obras de la misma entidad (folio 7 del cuaderno 6), en la que se lee: "De acuerdo con los resultados obtenidos los cuales se anexan, se ratifican las recomendaciones, descritas en el oficio ST-DCCO-490 de julio 25 de 1988, remitido por esta dependencia y anexo al oficio 2500.94.4.329, y en especial las relativas a la utilización de entibado en caso de existir construcciones cercanas a la corona del talud de excavación y a la protección de las estructuras adyacentes, como es el caso de las obras proyectadas en la Calle 54C del barrio de la referencia [Zarzamora]" (subrayado fuera de texto).

Original de la comunicación enviada por el contratista al director de interventoría (folio 29 del cuaderno 2), con fecha 9 de diciembre de 1994, en la que se lee: "Para el proceso de cotización ante la empresa, esta no suministró al participante ninguno de los documentos siguientes (...) 3. Estudios de suelos" (subrayado fuera de texto).

Original de la comunicación enviada por el contratista al director de interventoría (folio 39 del cuaderno 2), con fecha 2 de febrero de 1995, en la que se lee: "Esta es a grandes rasgos la situación en la tubería de aguas negras que se está removiendo, y que una vez más confirma lo afirmado por el suscrito, que el terreno estaba en malas condiciones, y que se trata de un relleno mal realizado" (subrayado fuera de texto).

Copia autenticada de la respuesta a la reclamación realizada por el actor (folio 1 del cuaderno 3), del 4 de septiembre de 1995, en la que se lee: "Con relación al estudio de suelos, la interventoría solicitó a la Dirección Centro de Investigaciones se practicara una inspección a la zona del proyecto, la cual se realizó en Octubre 11 de 1994, teniendo como resultado un terreno relativamente estable, lo cual se confirmó al realizar excavaciones hasta cuatro con sesenta metros de profundidad, en el cual no se detectó nivel freático. Mas sin embargo la interventoría le solicitó al Contratista efectuar varios apiques para la toma de más muestras, considerando éste que con un solo apique era más que suficiente para establecer la situación del terreno, como evidentemente se indica en el oficio número 7420-94-1897 de Diciembre 12 de 1994. El estudio de suelos que inicialmente se le mostró al contratista, es el mismo que está dentro de la zona del proyecto y que la Dirección Centro de Investigaciones recomienda que puede ser de ayuda para la evaluación del suelo donde se construyó la obra y está contenido en el oficio ST-DCCO-490 de julio 25 de 1988 (...) No se entiende como [sic] evaluó el proponente la propuesta de la ejecución de la obra cuando afirma que las condiciones del sitio que él pensó eran totalmente diferentes, ni siquiera parecidas, si esto era así, debió dentro del término que faculta la Ley, solicitar la visita al terreno para luego cotizar y elaborar su propuesta y no de una presunta suposición" (subrayado fuera de texto).

Original de la diligencia de recepción de testimonios realizada el 17 de noviembre de 1999 en la que señor Hernando Marín Masmela, en su calidad de interventor y supervisor de obras en la Dirección de obras de la EAAB, manifestó: "De acuerdo a lo hecho por el contratista, el [sic] realizo [sic] un solo apique, motivo por el cual la interventoría analizó la muestra enviada por el laboratorio de suelos en donde se determina que es una arcilla y a la profundidad de 4,20 que se tomaron muestras, no se detecto [sic] nivel freático. (...) Como es normal en varios sitios puntuales, se presentó desestabilización del terreno, motivo por el cual el contratista debio [sic] utilizar los pilotes autorizados por la interventoría. (...) Nuevamente me permito informar que el estudio de suelos realizado en otro sitio y obra, únicamente sirve de ayuda para analizar sitios aledaños a la obra del contrato T.614.0.94, en las inspecciones oculares que se hicieron a la obra, el tipo de suelo en términos generales se comportó en normales circunstancias" (subrayado fuera de texto).

Original del dictamen pericial solicitado por la parte actora (folio 4 del cuaderno 8), con fecha 29 de septiembre de 1999, en el que se lee: "El estudio de suelos se debe conocer en el momento en que se efectúe el cálculo del presupuesto oficial, el cual servirá posteriormente cuando se lleve a cabo el periodo de licitación y presentación de propuestas (...) un estudio de suelos en zonas cercanas a la de la ejecución de la obra es de gran ayuda, pero hay más certeza y confiabilidad cuando el estudio se hace directamente en el zona a ejecutar los trabajos" (subrayado fuera de texto).

Original de la aclaración al dictamen pericial (folio 215 del cuaderno 2), solicitada por la EAAB, con fecha 24 de mayo de 2000, en la que se lee: "el informe ST-DCCO-490 del 25 de julio de 1988, no fue realizado para el contrato T-614-94 [sic] pero fue la misma empresa contratante mediante comunicación 2500-94-4-448 de octubre 24 de 1994, emanada de la dirección centro de investigación, dirigida al interventor Ing. Hernando Marín, quien recomendó la aplicación de las conclusiones del mencionado estudio (ST-DCCO-490 de julio de 1988). Es de anotar que de este se desprende que los terrenos son similares y por lo tanto determinaron que deben manejarse en igualdad de condiciones (...) a) En la documentación estudiada no aparece documento alguno en la [sic] que el contratista solicite el estudio de suelos; b) No existe constancia escrita, en donde el contratista solicite visita al terreno donde se harían las obras (...) "(subrayado fuera de texto).

Sobre la visita previa, reposan en el expediente las siguientes pruebas:

Copia autenticada de la propuesta presentada el 29 de agosto de 1994, por el señor Luis Rodríguez Melo en respuesta a la invitación pública a cotizar realizada por la EAAB para la renovación y terminación de las redes de alcantarillado sanitario, y la construcción de las redes de alcantarillado pluvial del barrio Villa Zarzamora (folio 1 del cuaderno 7), en la que se lee: "Por las características de la Zona de trabajo, ya que existen casa-lotes vacíos en la misma área se prevé el alquiler de una de ellas, que se ajuste a las necesidades, efectuando mejoras locativas que se requieran (...) Por su localización el barrio posee buenas vías de acceso, tanto para materiales, tuberías, retiro de escombros y transporte de personal al sitio de trabajo" (subrayado fuera de texto).

Original de la comunicación enviada por el contratista al director de interventoría (folio 29 del cuaderno 2), con fecha 9 de diciembre de 1994,

en la que se lee: "Para el proceso de cotización ante la empresa, esta no suministró al participante ninguno de los documentos siguientes (...) 7. No se programó visita al sitio de las obras para observar las condiciones reales de la zona de trabajos (...)" (subrayado fuera de texto).

Copia de la comunicación enviada por el director encargado de licitaciones y contratación de la EAAB al director de interventoría de la misma empresa, fechada 10 de julio de 1995 (folio 175 del cuaderno 2) en la que se lee: "Dada la urgencia para iniciar el proceso de contratación, esta Dirección no programo [sic] la visita al sitio de las obras como requisito para presentar la propuesta. Sin embargo, el proponente de haberlo considerado indispensable para su propuesta lo hubiera solicitado en el transcurso de la apertura y cierre (cinco (5) días hábiles) de la Invitación a Cotizar como lo faculta la Ley, visita que nadie solicito [sic]" (subrayado fuera de texto).

Original de la diligencia de recepción de testimonios realizada el 2 de julio de 1999 en la que el señor Gabriel Julián Sánchez, en su calidad de director de licitaciones y contrataciones de la EAAB, manifestó (folio 178 del cuaderno 2): "Vale la pena resaltar que en la propuesta presentada por este ingeniero en su memoria técnica, describe la localización de las obras indicando que posee buenas vías de acceso (...) Desde el momento en que se publica en cartelera se pone en disposición de los interesados los pliegos de condiciones, las especificaciones técnicas y los planos de la obra, para que los proponentes puedan revisarlos y preparar su propuesta (...) cualquiera de los proponentes podía realizar preguntas o aclaraciones a los pliegos si tenía alguna duda sobre los pliegos o las especificaciones o los planos" (subrayado fuera de texto).

Original de la diligencia de recepción de testimonios realizada el 17 de noviembre de 1999 en la que señor Hernando Marín Masmela, en su calidad de interventor y supervisor de obras en la Dirección de obras de la EAAB, manifestó: "De acuerdo a lo informado por la Dirección de Licitaciones y contratos, no se programó visita a la obra, pero en la propuesta el contratista argumenta haber visitado el sitio donde se ejecutaron las obras" (subrayado fuera de texto).

Conclusiones sobre el presunto desconocimiento del principio de planeación, por parte de la EAAB:

Con relación a la ausencia de planos de la zona en la que se realizaría la obra, se tiene que los mismos hicieron parte del pliego de la invitación a cotizar, y fueron puestos a disposición de lo interesados. De acuerdo con las especificaciones técnicas, que forman parte integrante tanto del pliego de invitación pública como del contrato de obra, en el Acta de iniciación el contratista debía dejar constancia de las observaciones y la eventual propuesta de replanteo en caso de ser requerida. No obstante, el contratista, en dicha acta (26 de octubre de 1994), en lugar de presentar o realizar un replanteo, dejó constancia de haber inspeccionado y recibido personalmente los planos de construcción.

Con relación a la falta de especificidad del estudio de suelos puesto a disposición del contratista desde la invitación pública a cotizar, se tiene que se realizó un primer estudio en zona aledaña, que constata un alto grado de inestabilidad del terreno, exigiendo la instalación de sistemas de bombeo eficientes. Dicho estudio es confirmado por la empresa contratante el 24 de octubre de 1994. Adicionalmente, el 11 de octubre de 1994, el centro de investigaciones de la EAAB realiza inspección ocular ya no en zona aledaña sino directamente en el lugar en el que se realizaría la obra, encontrando un terreno relativamente estable. A pesar de que todos estos estudios fueron realizados con antelación a la iniciación de la obra, dada la aparente contradicción entre los resultados de los mismos, la interventoría solicitó al contratista la realización de apiques que permitieran un estudio detallado del terreno en el laboratorio, pero el contratista consideró suficiente tomar una sola muestra en virtud de la cual, no se constató nivel freático.

Con relación a la ausencia de visita al sitio del terreno, se constata, efectivamente, que dicha visita no se realizó pero que de haber sido solicitada por el contratista, en ejercicio de sus derechos, la misma se habría programado. No obstante la ausencia de visita a la zona, el contratista declara en la memoria técnica incluida dentro de su oferta, que las características de la zona de trabajo le permiten concluir que el barrio posee buenas vías de acceso para cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato.

Así las cosas, esta Sub-Sección entiende que tanto los planos de la obra como los estudios de suelos fueron puestos a disposición del contratista desde el momento mismo de la invitación a cotizar, y que a pesar de que los mismos fueron variando durante la ejecución del contrato, el resultado final no afectó el objeto de manera determinante, tanto así, que la obra se realizó dentro del plazo establecido. En lo que se refiere a la visita a la zona de la obra, el contratista a pesar de no haber ejercido su derecho a solicitarla, declaró conocer la zona, y en consecuencia, se comprometió con lo que las especificaciones técnicas establecen.

Por lo anterior, no se encuentra vulnerado el principio de planeación aducido por la parte actora.

Imprevistos ocurridos durante la realización de la obra

De acuerdo con el contenido de la demanda, el actor relaciona una serie de imprevistos irresistibles por no haber contado con los planos y estudios, ni haber realizado la visita previa a la zona donde se realizarían las obras, hechos que en su opinión, son todos de responsabilidad del Estado. Entre éstos se encuentran: falta de obtención de permisos de servidumbres; vías estrechas; excavaciones superiores a tres metros; excavaciones en material de suelo y lodo; calle con caja para pavimentar; inestabilidad del terreno; tuberías ciegas; tuberías represadas; pozos represados; instalación de tuberías de aguas negras con agua en todo momento; esquina de la red de acueducto que no correspondía con lo observado en el terreno; proximidad de las casas de manera incidente; pisos removidos una y otra vez; incomodidad para los trabajos a realizar por la estrechez; largos desplazamientos de la máquina (retroexcavadora de oruga) UHO al traer los materiales de base, atraque y rellenos al sitio de instalación; incremento en los costos por el cambio de la máquina de llanta a la máquina de oruga; incremento en la mano de obra debido al rendimiento mínimo real en la instalación de la tubería; empaques suministrados de mala calidad.

Con el objetivo de analizar las pruebas referidas a lo que el actor considera como imprevistos, ésta Sub-Sección los dividirá en los siguientes temas: 1. Problemas para la iniciación de los trabajos; 2. Inconvenientes en la construcción de las redes del alcantarillado pluvial; 3.

Inconvenientes en la renovación y terminación de la red de aguas negras; y 4. Entrega de obras.

Sobre los presuntos inconvenientes para la iniciación de los trabajos, reposan en el expediente las siguientes pruebas:

Copia autenticada de la comunicación enviada el 14 de diciembre de 1994 por el contratista al Jefe de supervisión de obras (folio 25 del cuaderno 6), en la que se lee: "La señora ANA PEÑA propietaria del predio por donde va a pasar la tubería de aguas lluvias de diámetro 36" no permite atravesar con la tubería por su predio" (subrayado fuera de texto).

Original de la reclamación realizada por el actor en ejercicio del derecho de petición, el 31 de mayo de 1995 (folio 63 del cuaderno 2), en la que se lee: "En aguas lluvias: no había permiso de servidumbre ni del colegio, ni del predio de la señora Ana de Peña. Existe constancia de esto en mi nota No. 6658557 de 12 de Octubre/94 y No. 672779 de Diciembre 7/94. Estas demoras a la larga influyeron en la prórroga que hubo que solicitar al contrato, lo cual trajo como consecuencia, una mayor permanencia en la obra por parte del personal y del equipo (...) en aguas negras: menciono aquí las condiciones iniciales y razones de la demora en la iniciación. estas [sic] son básicamente las siguientes: 1. Vías angostas; 2. Trabajos a realizar diferentes a los previstos; 3. Manejo de aguas especial y excesivo no previsto en el contrato ni mucho menos en la evaluación de las obras por parte del contratista; 4. las condiciones del piso totalmente malas, dado que el terreno ha sido relleno a medio compactar y demasiado removido; 5. La proximidad de las casas: esto implicaba tomar las medidas necesarias, así como las prevenciones acordes con el fin de evitar daños y grietas en las edificaciones, hechos no contemplados en las condiciones iniciales de cotización como ya se dijo; 6. La caja realizada para la pavimentación de la calle, lo cual impedía acercar tanto los materiales para base y atraque, así como las volquetas para el cargue y retiro de sobrantes, por el piso tan malo. Este hecho tampoco fue contemplado en las condiciones iniciales del presupuesto presentado. Los factores anteriores, hicieron que la idea inicial de llevar una máquina (retroexcavadora) de llanta, fuera totalmente modificada, pues lo único que funcionaba y trabajaba en esa calle era una retroexcavadora de oruga. Este hecho no previsto en la cotización presentada por el suscrito, hizo que el cambio de tipo de máquina, elevara el costo de operación (...) Ahora bien, por las condiciones de la calle la máquina no podía girar los 180°, debido a la estrechez de la misma, así como a la cantidad de postes y cables que lo impedían (...) " (subrayado fuera de texto).

Copia autenticada de la respuesta a la reclamación realizada por el actor el 4 de septiembre de 1995 (folio 1 del cuaderno 3), en la que se lee: "Comparando el cronograma de instalación de tubería de aguas lluvias, tramos 9-18 y 18-17 el Contratista debía iniciarlos el 29 de Noviembre y el 4 de Diciembre de 1.994, los permisos de servidumbres a esas fechas ya estaban concedidos por el colegio Gran Britalia mediante comunicación radicada en la Empresa el día 25 de Octubre de 1.994 y el Contratista se enteró con fecha 3 de noviembre de 1.994 mediante fotocopia del oficio antes citado y confirmando lo citado anteriormente en el oficio 7420-94-1798 del 15 de noviembre de 1.994 (...) En cuanto hace relación al predio de la señora Ana de Peña, que igualmente tiene que ver con e [sic] tramo 18-17, en coordinación con la Alcaldía Local de Kennedy Zona Octava, D.C. y el Comandante de la Estación Octava de Policía, se efectuó la diligencia de ocupación de la zona o servidumbre para instalar la tubería de aguas lluvias, hecho que tuvo lugar el 1 de Diciembre de 1.994, haciéndole saber a la señora Ana de Peña, los trabajos a ejecutar por el Contratista Ing. Luis Antonio Rodríguez Melo (...) "(subrayado fuera de texto).

Sobre los presuntos inconvenientes en la construcción de las redes del alcantarillado pluvial, reposan en el expediente las siguientes pruebas:

Copia autenticada de la comunicación enviada por la dirección de interventoría, el 16 de enero de 1995, a la dirección de licitaciones y contratación (folio 2 del cuaderno 6) en la que se lee: "Con respecto a la instalación del alcantarillado de aguas lluvias de la carrera 91, el contratista tiene que adelantar obras no previstas como es el cerramiento y la construcción de los muros que encierran el lote de la señora Ana Peña, por donde cruzó la tubería de aguas lluvias de 36" y además se debe tener en cuenta las dificultades en el manejo de aguas negras provisionales que se encuentran instaladas a lo largo de la línea [sic] de excavación del alcantarillado de aguas lluvias de éste contrato, por lo tanto la interventoría considera darle un plazo adicional de 15 días para ejecutar estos imprevistos" (subrayado fuera de texto).

Original de la reclamación realizada por el actor el 31 de mayo de 1995, en ejercicio del derecho de petición (folio 63 del cuaderno 2), en la que se lee: "Después de mirar la instalación de la tubería, el Sr. Masmela, observó que el tubo una vez la máquina lo suelta de haberlo enchufado, éste, salta bruscamente como repelida por la fuerza, como consecuencia de la mala calidad del empaque, esto hace que la tubería pierda alineamiento tanto horizontal como vertical" (subrayado fuera de texto).

Copia autenticada de la respuesta a la reclamación realizada por el actor el 4 de septiembre de 1995 (folio 1 del cuaderno 3), en la que se lee: "la interventoría verificó con su comisión de topografía y con presencia de la Comisión de Topografía del Contratista, que los veinte (20) metros iniciales de tubería diámetro 36" tramo 18-17 no cumplían con las normas técnicas de la Empresa como es, pendiente, alineamiento, abertura entre juntas, cimentación deficiente, y otros, en claro incumplimiento de la especificación técnica, se dejó el chequeo de la nivelación para que se efectuaran los correctivos correspondientes, dejando nota de campo de fecha 9 de diciembre de 1.994 (...) La interventoría visitó la Empresa Manufacturas de Cemento S.A. fabricante de la tubería y verificó que efectivamente se le entregaron al contratista 50 anillos de caucho, nuevos, para desvirtuar las dudas del Contratista, pero no porque fueran de mala calidad, ratificándose que en los demás diámetros de tubería instalados en el desarrollo de [sic] contrato no se presentó este percance y todos los anillos de cauchos [sic] fueron suministrados por el [sic] Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, tal como lo hizo para otros contratos" (subrayado fuera de texto).

Original de la diligencia de recepción de testimonios realizada el 17 de noviembre de 1999 en la que señor Hernando Marín Masmela, en su calidad de interventor y supervisor de obras en la Dirección de obras de la EAAB, manifestó: "En el tramo 1817 del alcantarillado de aguas lluvias, el 9 de diciembre se hizo presente la Comisión de Topografía del acueducto para verificar la instalación de varios tubos de diámetro [sic] 36", en la cual como resultado de esta inspección se detectó que la tubería no estaba alineada y se encontraban [sic] en algunos tubos desempatada, faltando también la base en concreto [sic] en estos tubos y tapados casi completamente en la calse [sic] le informó por medio

de una nota de campo que no estaban instalados a satisfacción de la interventoría. Posteriormente, el contratista argumentó que los cauchos estaban como cristalizados, argumentando que esta era una de las causas de la mala instalación de este tramo. Para despejar dudas, la empresa Titan [sic] nuevamente le dio nuevos cauchos; es de anotar que únicamente [sic] se presentó en este sitio esta anomalía ya que todos estos cauchos le fueron entregados al contratista e instalados en diferentes sitios, lo cual la interventoría no comparte dicho concepto ya que con una adecuada instalación de los materiales, de sus rellenos bien compactados, no se hubiera presentado esta anomalía" (subrayado fuera de texto).

Original del dictamen pericial solicitado por la parte actora (cuaderno 8), rendido el 29 de septiembre de 1999, en el que se lee: "¿En calles angostas con terrenos inestables, que [sic] recomendaciones especiales se deben tomar durante la realización de la obra? Respuesta. Recomendaciones. 1. Al excavar dejar libres las superficies aledañas al borde de la excavación en una distancia mínima de 3.00 m de cualquier sobrecarga como almacenamiento de tuberías, material de las excavaciones, materiales para preparación de concretos, recibos, etc. 2. Se debe hacer el cálculo previo de la profundidad a excavar para con base en éste seleccionar el tablestacado necesario que garantice la integridad de los trabajadores y la seguridad de las viviendas para que sus cimentaciones no se vean alteradas o en peligro de deslizamiento. 3. Se debe en caso de presencia de agua, la cual puede ser lluvia, de domiciliarias o nivel freático, tener permanentemente un sistema de bombeo y evacuación de aguas para garantizar que la zona excavada este seca y evitar que se desestabilice [sic] las paredes de la excavación" (subrayado fuera de texto).

Sobre los presuntos inconvenientes en la renovación y terminación de la red de aguas negras, reposan en el expediente las siguientes pruebas:

Copia autenticada de las especificaciones técnicas contenidas en el pliego de invitación a cotizar para la renovación y terminación de las redes de alcantarillado sanitario, y la construcción de las redes de alcantarillado pluvial del barrio Villa Zarzamora, Ciudad Kennedy (folio 18 del cuaderno 5) en la que se lee: "Métodos de excavación. Generalidades. El Contratista deberá tomar todas las precauciones que sean necesarias y emplear los métodos de excavación más adecuados para obtener superficies de excavación [sic] regulares y estables que cumplan con las dimensiones requeridas. La excavación podrá hacerse con maquinaria o a mano, o una combinación entre ambas (...) Antes de iniciar la excavación en cualquier sector, el Contratista deberá someter a la aprobación de la Empresa los métodos de excavación que se propone emplear, y solo podrá iniciar la excavación una vez la empresa haya aprobado tales procedimientos y métodos de excavación. Si en opinión de la Empresa los métodos de excavación adoptados por el contratista no son satisfactorios, el Contratista deberá hacer todos los cambios y ajustes en los procedimientos que sean necesarios para obtener resultados satisfactorios. Todos los costos en que incurra por razón de tales cambios serán por cuenta del contratista" (subrayado fuera de texto).

Original de la comunicación enviada por el contratista, el 25 de noviembre de 1994, al ingeniero interventor (folio 24 del cuaderno 2), en la que se lee: "Así mismo quiero dejar constancia de las sumas tan altas que se han venido pagando con el ánimo de pilotear las zonas tanto de las viviendas como de la Tubería de aguas lluvias con el fin de dar estabilidad a las excavaciones y proteger las edificaciones (...) "(subrayado fuera de texto).

Copia autenticada de la comunicación enviada por la dirección de interventoría, el 16 de enero de 1995, a la dirección de licitaciones y contratación (folio 2 del cuaderno 6) en la que se lee: "Los problemas que se presentaron inicialmente fueron por el inadecuado manejo de la obra por parte del Contratista. Con respecto a la instalación del alcantarillado de aguas negras, una vez se dio inicio a ésta obra el día 3 de enero de 1995 se han evaluado los problemas de instalación de dicho alcantarillado donde se han presentado algunos derrumbes y se ha desempatado la tubería de aguas lluvias que se encuentra en servicio, por lo que la interventoría considera darle 12 días adicionales para compensar estos imprevistos (...) "(subrayado fuera de texto).

Copia autenticada de la comunicación enviada por el ingeniero interventor, el 23 de febrero de 1995, al contratista (folio 74 del cuaderno 6), en la que se lee: "Se le recomienda nuevamente al contratista verificar las especificaciones técnicas en su capítulo de excavaciones para la instalación de la tubería y el capítulo de medida y pago donde dice: no habrá medida ni pago por separado por la realización de los siguientes trabajos. Numeral 2: Excavaciones ejecutadas por fuera de los límites de excavación mostrados en los planos o indicados por la Empresa que serán llevados a cabo por el contratista intencionalmente o accidentalmente, aunque tales excavaciones hayan sido aprobadas por la empresa" (subrayado fuera de texto).

Original de la reclamación realizada por el actor, el 31 de mayo de 1995, en ejercicio del derecho de petición (folio 63 del cuaderno 2), en la que se lee: "Cuando se comenzó la instalación de tubería en la Red de Aguas Negras, el Sr. Interventor improvisadamente ordenó cambiar el sistema de cimentación. Inicialmente figuraba otro tipo de cimentación, pero él apresuradamente ordenó cambiarlo, sin hacerlo como es lo normal y acostumbrado por escrito y mediante oficio (...) A todo momento asegura que la culpa es del Contratista, que todo derrumbe, daño, etc., que suceda allí es a cargo del contratista. Como si el contratista fuera el culpable de las condiciones tan adversas de este tramo, condiciones ya varias veces enumeradas: terreno difícil y malo, aguas permanentes no solo de la red que se renueva sino domiciliarias (...) "(subrayado fuera de texto).

Copia autenticada de la respuesta a la reclamación realizada por el actor (folio 1 del cuaderno 3), del 4 de septiembre de 1995, en la que se lee: "Se le solicitó al Contratista el sistema constructivo a emplear, el cual nunca fue enviado. Ya que en las especificaciones técnicas, tema Métodos de Excavación (Generalidades) nos dice lo siguiente: "Antes de iniciar la excavación en cualquier sector, el Contratista deberá someter a la aprobación de la Empresa los métodos de excavación que se propone emplear, y solo podrá iniciar la excavación una vez la empresa hay aprobado tales procedimientos y métodos de excavación. Si en opinión de la Empresa los métodos de excavación adoptados por el contratista no son satisfactorios, el Contratista deberá hacer todos los cambios y ajustes en los procedimientos que sean necesarios para obtener resultados satisfactorios. Todos los costos en que incurra por razón de tales cambios serán por cuenta del contratista" (subrayado fuera de texto).

Original del dictamen pericial solicitado por la parte actora (cuaderno 8), de fecha 29 de septiembre de 1999, en el que se lee: "Para instalar una tubería de 18" y 16" a profundidad media de 5.00 m, con terreno malo, deleznable y con proximidad de vivienda por un costado y tuberías de aguas lluvias por el otro, con relleno mal realizado, ¿se debe hacer la excavación a mano o a máquina? Respuesta. Generalmente para excavaciones con estos grados de dificultad se efectúan excavaciones mixtas es decir a mano y a máquina" (subrayado fuera de texto).

Original de la diligencia de recepción de testimonios realizada el 17 de noviembre de 1999 en la que señor Hernando Marín Masmela, en su calidad de interventor y supervisor de obras en la Dirección de obras de la EAAB, manifestó: "Inicialmente, se excavó para hacer el tramo inicial y de un momento a otro el contratista suspendió la obra en ese frente, argumentando situaciones difíciles, pero con esto, con llevo [sic] fue a desestabilizar el terreno debido al deterioro del pozo de aguas lluvias de la carrera 91 con calle 54C sur, que estaba conectado al alcantarillado de aguas negras ya construido pa [sic] carrera 91 (...) en algunos casos se presentó desestabilización del terreno, pero fueron puntuales, en la cual, utilizó los pilotes que se indicaban en las especificaciones técnicas, en algunos pozos, también se presentó desestabilización debido a la llegada de aguas negras de las vías adyacentes, pero simultáneamente [sic] por la tubería [sic] de alcantarillado de aguas negras que instalo [sic] el contratista se manejo [sic] el agua procedente de esos tramos y en algunas partes, pues también se tambró [sic] la salida de esta [sic] agua [sic] negras mientras se ejecutaba la obra, las tuberías adyacentes de aguas negras, estaba previstas en los planos que se le suministraron se indicaron dichas tuberías (...) los materiales resultaron buenos tanto que se terminó la obra, dentro del termino [sic] establecido. (...) Para mi concepto si se le presentaron dificultades al contratista fue por un inadecuado desalojo de los retiros sobrantes que debía [sic] ser retirados a diario, para poder facilitar las labores de entrada de materiales, hecho que prácticamente este retiro de sobrantes lo hacía una vez por semana, a pesar de esto, el contratista efectuó sus trabajos como lo indica el acta de liquidación (...) En cuanto a las profundidades, se puede determinar que el suelo no presentó desestabilización permanente, sino que fueron casos puntuales. En cuanto a la profundidad, mediante inspección ocular, el terreno no presentó desestabilización para no ejecutarse la obra (...) considero que los precios unitarios estipulados y aprobados por la empresa se multiplican por las cantidades de obra ejecutadas, los mayores costos que se le presentaron al contratista ya le fueron aclarados y suministrados en la contestación de la reclamación que el [sic] formulo [sic] por escrito. (...) " (subrayado fuera de texto).

Original de la aclaración al dictamen pericial (folio 215 del cuaderno 2), solicitada por la EAAB, con fecha 24 de mayo de 2000, en la que se lee: "Las profundidades de excavación las determinó los planos entregados por la E.A.A.B. con lo cual se elaboró la gráfica número 1 del dictamen pericial, y no hay constancia en estos si se involucra o no la caja excavada. En las especificaciones técnicas del contrato se determina [sic] cantidades de obra con entibado abierto, y no determina a que [sic] distancia de la superficie debe comenzar. Sí, el entibado abierto lo determina las condiciones reales del suelo y no hay documento en el cual la empresa haya impedido la utilización del entibado (...) Si, la calle 54C sur tiene el ancho normal que comúnmente se encuentran en esta clase de barrios. Lo que hace diferente en la ejecución de obras de alcantarillado de esta naturaleza son las condiciones de suelo y la naturaleza del contrato, toda vez que no es igual renovación de alcantarillado que construir por primera vez un alcantarillado, por que la renovación implica un manejo de las aguas servidas. Si, se debe tener en cuenta para realizar este tipo de obras, un adecuado sistema constructivo utilizando la maquinaria y el equipo adecuado" (subrayado fuera de texto).

Sobre el cumplimiento del objeto contractual, constan las siguientes pruebas:

Copia autenticada del acta de terminación de obra, fechada 27 de febrero de 1995 (folio 39 del cuaderno 4), en la que se lee: "Previo revisión de las obras objeto del contrato, se constató que las obras se encuentran terminadas, existiendo algunas obras que requieren ajustes y/o reparaciones que impiden el recibo total por parte de la interventoría (...)" (subrayado fuera de texto).

Copia autenticada del Acta de entrega y recibo de obra fechada el 27 de marzo de 1995 (folio 16 del cuaderno 4), en la que se lee: "La interventoría hace constar que las obras objeto del Contrato, han sido entregadas por el contratista y recibidas por la Interventoría a entera satisfacción, luego de haberse ajustado y/o reparado algunas de las obras que mostraban imperfecciones, tal como quedó consignado en el acta de terminación de obra suscrita el día 27 de febrero de 1995" (subrayado fuera de texto).

Copia autenticada de la certificación del interventor, sin fecha, (folio 25 del cuaderno 4) en la que se lee: "Por medio de la presente certifico en mi calidad de Interventor del Contrato T-614-0-94, que las obras correspondientes la [sic] contrato fueron ejecutadas en la calidad, cantidad y oportunidad consignadas en el acto de recibo final del mismo (...) Igualmente corroboro que el manejo del anticipo se efectuó con base en los procedimientos establecidos en la época para ello y que el valor del mismo ha sido totalmente amortizado según consta en el balance financiero".

Copia autenticada de la respuesta a la reclamación realizada por el actor (folio 1 del cuaderno 3), de fecha 4 de septiembre de 1995, en la que se lee: "Anexo No. 1. (...) 11) XIV. Daños en la red de acueducto: Hay mérito para reconocer daños de acueducto en los pozos No. 15 y 234. Los demás fueron reparados por la empresa, u ocasionados por la falta de previsión del contratista (...) 13) XVI. Mayores cantidades de obra en la base de atraque recubrimiento de tubería y recebo. El contratista utilizó la cuchara de la retroexcavadora con un ancho mayor al exigido por la Empresa en el alcantarillado de aguas negras, en la calle 54C Sur. Lo solicitado por el contratista a precios unitarios contemplados en el contrato es procedente (...) 16) XIX. Mayor cantidad de volumen de relleno (debido a excavación anterior). Estas cantidades ya fueron canceladas en actas anteriores, teniendo en cuenta los puntos específicos donde se presentaron derrumbes. Estos ítems fueron cancelados con los precios unitarios del contrato (...) 23) XXVIII. Demolición tuberías y pozos de inspección, y 25) XXX. Demolición de muros. Es procedente como lo señalan las especificaciones técnicas. Hay méritos para reconocer dicha solicitud previa presentación de análisis de precios unitarios" (subrayado fuera de texto).

Conclusiones sobre los presuntos imprevistos ocurridos durante la ejecución de la obra:

En lo que se refiere a la iniciación de las obras, particularmente en cuanto a las servidumbres necesarias para la instalación de la tubería, se

tiene que el permiso por parte del Colegio Britalia fue obtenido de manera oportuna, y que el referido al predio de la señora Ana Peña, dado que no pudo obtenerse de manera negociada, fue alcanzado a través de acciones policivas. En todo caso, de acuerdo con el cronograma de trabajo, los terrenos estaban oportunamente a disposición del contratista para la realización de las obras, motivo por el cual no se trata de un hecho imprevisible.

En lo que se refiere a la instalación de la tubería de 36" para aguas lluvias, se tiene que la instalación inicial de 20 metros no correspondió a las especificaciones técnicas. Por lo anterior, la interventoría solicitó su re-instalación y al efecto, facilitó nuevos cauchos. De esto se tiene que la mayor cantidad de obra en la que incurrió el contratista, se debió al desconocimiento de las especificaciones técnicas contenidas en el pliego de la invitación pública a cotizar, y en consecuencia, no se trata de un hecho imprevisible.

En lo que se refiere a la red de aguas negras, se tiene que los cambios solicitados en el sistema de cimentación habrían podido evitarse si se hubieran sometido a aprobación de la empresa, los métodos de excavación propuestos y definidos en las especificaciones técnicas que hacen parte integrante del contrato. No se trata, entonces, de un hecho imprevisible.

En lo que se refiere a la terminación de las obras, las mismas fueron realizadas a satisfacción y de manera oportuna, siendo reconocidos, por parte de la EAAB los mayores valores en los que incurrió el contratista previamente evaluados; los otros valores que éste solicita les sean reconocidos, no se encuentran probados.

Así las cosas, ésta Sub-Sección entiende que ninguna de las circunstancias aducidas por el actor como imprevistos, son irresistibles, pues se tiene probado que ocurrieron por su descuido. En consecuencia, no se trata de condiciones externas que permitan la aplicación de la teoría de la imprevisión como lo alega el demandante, pues los hechos aducidos como inesperados, fueron considerados como probables en las especificaciones técnicas que hacen parte integrante del contrato suscrito entre las partes, y por lo tanto, el contratista no puede solicitar el reconocimiento de un mayor valor por los correctivos realizados para la buena ejecución del mismo. Como lo ha sostenido esta Corporación en aplicación de la teoría de la imprevisión, "no son suficientes la desaparición del beneficio del cocontratante, ni la existencia de un déficit que lo afecte; hace falta que la gravedad y persistencia de éste último excedan lo que aquél haya podido y debido razonablemente prever"¹⁴.

Ecuación financiera

Al no haber desconocido el principio de planeación, y al haber reconocido el ajuste de precios realizado por razones no imputables al descuido del contratista, se concluye que la ecuación financiera del contrato no fue afectada, y en consecuencia, no se puede aducir ruptura del equilibrio financiero por cuanto " la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido no corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio" ¹⁵.

Del análisis del acervo probatorio, ésta Sub-Sección concluye que a pesar de haber demostrado la ocurrencia de algunos eventos inesperados, los mismos no fueron "extraños, imprevisibles y anormales al contrato, requisitos indispensables para aplicar la teoría de la imprevisión, determinante de la obligación de la entidad a reparar la ecuación financiera del contrato"¹⁶. En efecto, dado que el contratista manifestó, tanto en la memoria técnica como en el acta de iniciación de obra, que conocía las características de la zona en el que se desarrollaría la obra, debió probar que los imprevistos desbordaron sus previsiones por irresistibles.

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

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, Sección Tercera, del cinco (5) Abril de dos mil uno (2001), por medio de la cual se niegan las suplicas del demandante.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Devolver el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento, una vez ejecutoriada esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente de la Sala

OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán

exclusivamente por las reglas del derecho privado.

2 El párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define que el régimen de contratación de las entidades financieras de carácter estatal no es el de esta ley, sino el que rige las actividades propias de su objeto social.

3 Existen otras excepciones a la aplicación exclusiva del derecho privado, a saber: el contrato de concesión sobre el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones o para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, el cual también puede regirse por la Ley 80 de 1993, en conformidad con el artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994; o los contratos de las entidades territoriales con las empresas prestadoras de servicios públicos a que hace referencia el actual párrafo del artículo 31 *ejusdem* con la modificación introducida por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, para la asunción de aquéllas de la prestación de servicios públicos o para la sustitución de otra que se encuentra en causal de disolución o liquidación que se registrarán por la Ley 80 de 1993 y deberán hacerse por licitación pública; o los contratos de las empresas de servicios públicos con posición dominante en un mercado, cuyo objeto sea la adquisición de un bien o servicio de que trata el artículo 35 in fine, en los cuales las comisiones de regulación pueden ordenar su celebración por licitación pública u otros procedimiento que garanticen y estimulen la libre concurrencia de eventuales contratistas; o los contratos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivos del artículo 40 *ibídem*; o aquellos contratos de servicios públicos de condiciones uniformes regulados en los artículos 128 y ss. de la citada ley.

4 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de julio de 2007, Exp. 31838, M.P. Ruth Stella Correa Palacio

5 Creada mediante el Decreto 1524 de 1994

6 Derogada según lo dispuesto en la Resolución 151 de 2001

7 Por medio de la cual modificó el artículo 82 del C.C.A.

8 De hecho, contiene las siguientes cláusulas exorbitantes: "*DÉCIMA SEXTA: LA EMPRESA podrá declarar la caducidad del presente Contrato, mediante resolución motivada a) Cuando se presente alguna de las circunstancias previstas en el Artículo 18 de la Ley 80 de 1993; b) por cualquiera de las causales establecidas en el Artículo 82 de la Ley 104 de 1993; c) por las causales previstas en el Artículo 25 de la Ley 40 de 1993 (...) VIGÉSIMA PRIMERA: PENAL PECUNIARIA: En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total del contrato por parte del CONTRATISTA, LE EMPRESA queda facultada para cobrarle a título de sanción pecuniaria, una suma equivalente al 10% del valor total del contrato, sin perjuicio de la aplicación de multas por incumplimiento parcial (...) VIGÉSIMA QUINTA: MODIFICACIÓN, INTERPRETACIÓN Y TERMINACIÓN UNILATERALES: Al presente Contrato le son aplicables los principios de modificación, interpretación y terminación unilateral establecidos en los Artículos 15, 16, y 17 de la Ley 80 de 1993 (...)*".

9 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de febrero de 2007, Exp. 30903, M.P. Enrique Gil Botero

10 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 29 de abril de 2010, Exp. 2006-00375, M.P. Rafael Ostau de Lafont

11 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente No. 1952, M.P. Enrique Arboleda Perdomo

12 Numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993: "*Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que hubiere realizado licitación (o concurso), o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán al os procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios (...)*".

13 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 22952, M.P. Alier Hernández Enríquez

14 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2005, Exp. 14291, M.P. Alier Hernández Enríquez

15 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Exp. 14043, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

16 ídem

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:58:49