

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación : 850012331000199800144-01
Expediente : 18.335
Demandante: Construcciones Carrillo Caycedo Ltda. y otros.
Demandado: Instituto Nacional de Vías -INVIAS-
Naturaleza: Contratos

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, el 2 de marzo de 2000, la cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte vencida.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 14 de agosto de 1998 en el Tribunal Administrativo de Casanare, Construcciones Carrillo Caycedo Ltda. -Concay Ltda., Uricoechea Calderón y Cía Ltda., Ingenieros Constructores Gayco S.A. y Vías y Construcciones S.A. -VICON S.A.-¹ formularon demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, contra el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS-², con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcriben como aparecen en la demanda, para facilitar el desarrollo de las consideraciones de esta providencia, fls. 1 a 3, C. 1):

"PRIMERA: Que la conmutabilidad y el equilibrio económico del contrato No. 179 de 1987 y sus adicionales, celebrado entre el **FONDO VIAL NACIONAL**, hoy, **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** y **CONSTRUCCIONES CARRILLO CAYCEDO LTDA - CONCA Y LTDA; URICOECHEA CALDERÓN Y CÍA LTDA.; INGENIEROS**

¹ En adelante los contratistas o los demandantes.

² En adelante INVÍAS o la entidad contratante.

CONSTRUCTORES GAYCO S.A. y VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A. -VICON S.A.- para la construcción del sector Río Tocarí - La Cabuya, de la carretera La Cabuya - Yopal (Marginal de la Selva), se rompieron por cuanto la fórmula de ajuste de precios prevista en su cláusula **OCTAVA PARÁGRAFO TERCERO -AJUSTES-**, no conservó el valor inicial de los precios unitarios durante el plazo contractual.

"SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior y para restablecer la conmutatividad y el equilibrio económico del contrato No. 179 de 1989, el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** debe pagar a los demandantes la diferencia de los precios ajustados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) - Total Nacional- certificados por el **DANE** y los precios ajustados y pagados con la fórmula prevista en la cláusula **OCTAVA - PARÁGRAFO TERCERO - AJUSTES-**, del contrato No. 179 de 1987.

"TERCERA: Que el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** debe pagar a los demandantes la diferencia de los precios a que hace referencia el punto anterior, en valores actuales y con los intereses legales.

"CUARTA: Que el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** deberá continuar ajustando, los precios del contrato hasta su ejecución total con base en el I.P.C. señalado mensualmente por el **DANE**, pero solo para el evento de que la fórmula contractual de ajuste continúe por debajo de dicho índice.

"QUINTA: Que el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** debe pagar las costas del proceso".

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

2.1.- Entre el Fondo Vial Nacional (hoy Instituto Nacional de Vías) y los demandantes fue celebrado el contrato 179 de 1987, para ejecutar "...por el sistema de precios unitarios las obras que sean necesarias para la construcción del sector Río Tocarí-La Cabuya, de la carretera La Cabuya-Yopal (Marginal de la Selva)...".

2.2.- El contrato 179 de 1987 fue adicionado en 17 oportunidades, por medio de los contratos 405 de 1989, 0319 de 1990, 1064 de 1990, 285 de 1991, 1034 de 1991, 579 de 1992, 0039 de 1993, 684 de 1993, 0028 de 1994, 355 de 1994, 1072 de 1994, 0556 de 1995, 179-13-87 de 1996, 179-14-87 de 1996, 179-15-87 de 1996, 179-16-87 de 1997 y 179-17-87 de 1998.

2.3.- Para conservar la conmutatividad del contrato, en el parágrafo tercero de la cláusula octava las partes pactaron una fórmula matemática de ajuste de

Expediente 18.335
Actor: Construcciones Carrillo Caycedo Ltda. y otros.

precios, con base en los índices de costos de construcción de carreteras, para los correspondientes grupos de obras.

2.4.- El Gobierno Nacional, a través del DANE, fija mensualmente el índice de precios al consumidor -IPC-, con el fin de mantener el poder adquisitivo de la moneda que, como consecuencia del fenómeno inflacionario, tiende a menguar con el paso del tiempo.

2.5.- El propósito de los índices "...establecidos por la entidad contratante..." era mantener, desde la iniciación del contrato, los precios ofrecidos y contratados, para que el contratista recibiera, en lo posible, durante la ejecución, el valor real de las sumas que había utilizado para la adquisición de materiales, mano de obra, equipos, etc., es decir, evitar la pérdida de poder adquisitivo del dinero que constituía la contraprestación del contratista.

2.6.- La fórmula matemática de ajuste de precios cumplió su finalidad hasta el acta de obra 38, pues reflejó las alzas de los precios y, en general, la inflación interna y la devaluación monetaria; pero, a partir del acta de obra 39 y hasta la fecha de presentación de la demanda, la fórmula de ajuste comenzó a reflejar sólo una parte de las alzas de los precios y de la devaluación monetaria, por la circunstancia de que los índices quedaron pactados por debajo del IPC certificado por el DANE, por lo que los precios unitarios iniciales del contrato comenzaron a decrecer, mientras que la prestación del contratista permanecía igual a la inicial.

2.7.- Como consecuencia de las constantes reclamaciones de los contratistas, en el sentido de que la fórmula de ajuste pactada no alcanzaba a cubrir la depreciación de la moneda que se produce con el paso del tiempo, el INVÍAS desde hace algún tiempo, está pactando los ajustes en los contratos de obra pública, "...como en los llamados de concesión...", en la parte que se refiere a la construcción de obras, con base en el "...Índice Total Nacional - de Precios al Consumidor - I.P.C....", que es, precisamente, lo que pretende la demanda interpuesta.

2.8.- La diferencia entre aplicar el I.P.C. y la fórmula de ajuste pactada en el contrato asciende a \$5.215'939.402,67 y, "...si se toma el valor de cada diferencia

que resulta de aplicar el índice del I.P.C., y se le aplica su actualización mediante el procedimiento previsto en el artículo 4º, numeral 8) de la ley 80 de 1993 y el artículo 1º del decreto 679 de 1994, significa que al 30 de mayo de 1998, el monto a que se refiere el hecho anterior queda actualizado en la suma de \$6'916.037.158,67 (sic) y sus intereses ascienden a la suma de \$1.157.323.804,00, por lo cual el monto total arroja la cantidad de \$8.073.360.962,67, que es la suma que constituye la cuantía de las pretensiones de ésta (sic) demanda" (fls. 3 a 11, C. 1).

3.- Fundamentos de derecho.-

La demanda invoca los artículos 2 y 6 de la Constitución Política, 1498, 1602 y 1603 del Código Civil, 864, 868 y 871 del Código de Comercio, 4, 5 (ordinal 1º), 25 (ordinales 13º y 14º), 27 y 75, de la ley 80 de 1993, 8 de la ley 153 de 1887 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Sostiene la parte actora que la actuación del INVÍAS orientada a negar el restablecimiento de las condiciones económicas y financieras del contrato implica negligencia, ligereza y descuido de la administración, que se traduce en violación del precepto constitucional según el cual corresponde a las autoridades públicas *"...Proteger a las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes..."*.

Agrega que, si bien las partes del contrato trataron de mitigar el impacto inflacionario con la estipulación de la cláusula de reajuste de precios, lo cierto es que la fórmula no cumplió su finalidad, debido a que no reflejó la realidad económica nacional presentada por el DANE a través de los índices de precios certificados (fls. 11 a 21, C. 1).

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 3 de septiembre de 1998 se admitió la demanda y se ordenó la vinculación de la demandada al proceso, a través de la notificación personal de la providencia al Director General del INVÍAS, por conducto del Director de la Regional Casanare; asimismo, se ordenó la notificación personal al agente del Ministerio Público, se ordenó la fijación en lista del negocio y se reconoció personería al apoderado de la parte actora (fl. 8, C. 1, T. III).

4.1.- Dentro del término de fijación en lista, el apoderado del INVÍAS contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, manifestó atenerse a los que resulten probados en el proceso.

Como razones de la defensa, sostuvo que resulta "...improcedente y desatinado..." alegar el incumplimiento de la fórmula matemática establecida en el contrato, para la revisión periódica de precios, aduciendo la comparación de los índices de costos para la construcción de carreteras, con los índices de precios al consumidor, pues se trata de dos indicadores distintos, cuyo campo de aplicación también es distinto.

Adujo que, analizados de manera integral los precios del contrato, se puede constatar que los mismos guardan correspondencia razonable con los ofrecidos para la ejecución de aquél y con los que se ofrecen en la actualidad en el mercado de la ingeniería nacional, de lo cual se deduce que no ha existido desequilibrio económico. Además, los precios ofrecidos por otros contratistas para la ejecución de obras similares a las realizadas por las sociedades demandantes son iguales o inferiores a los que fueron pagados en desarrollo del contrato 0179 de 1987, de donde se desprende que la fórmula de reajuste ha cumplido el propósito para el que fue estipulada; por consiguiente, no existió pérdida alguna para el contratista.

Añadió que el contrato 0179 de 1987 fue adicionado en distintas oportunidades y que en ninguna de ellas el contratista manifestó ruptura del equilibrio económico; por el contrario, en todas se dejó constancia de que la utilidad del contratista era del 5% (fls. 819 a 826, C. 1, T. III).

5.- Los alegatos de primera instancia.-

5.1.- El INVÍAS reiteró los fundamentos expuestos en la contestación de la demanda, para lo cual señaló que las pretensiones formuladas por los demandantes carecen de soporte jurídico y técnico. Con base en la prueba allegada al proceso, alegó que el contratista no manifestó circunstancia alguna que determinara la ruptura del equilibrio económico al momento de suscribir los contratos de adición del contrato 179 de 1987, de modo que, al prestar su consentimiento en la celebración de las adiciones, aceptó el objeto de las

obligaciones, las formas de pago y los mecanismos de ajuste de las respectivas actas de obra, para mantener los precios actualizados, sin que pueda desconocerlas con posterioridad para argüir desequilibrio en las prestaciones recíprocas.

Por otra parte, resulta improcedente aplicar el índice de precios al consumidor para ajustar los precios de las actas de obra del contrato, pues éste es un índice creado exclusivamente para los productos que conforman la canasta familiar y no para los precios de la obra pública.

Realizó una comparación a doble columna entre los componentes de los índices de precios al consumidor (IPC), los índices del Instituto Nacional de Vías (INV) para ajustes de los contratos de obra y los índices de cálculo de construcción pesada (ICCP), para concluir que cada uno de ellos tienen finalidades y orígenes para la medición distintos. Solicitó negar las pretensiones de la demanda (fls. 873 a 882, C. 1, T. III).

5.2.- Los demandantes reiteraron los fundamentos de la demanda y agregaron que dentro del proceso fue practicado un dictamen pericial para establecer las diferencias existentes entre el IPC y el sistema de ajustes pactado en el contrato, el cual arrojó como resultado la diferencia entre uno y otro sistema, por un valor igual al que se reclama en la demanda. Por su parte, la demandada solicitó la práctica de un dictamen pericial con el fin de demostrar que los contratistas habían recibido utilidades por la ejecución del contrato; sin embargo, los peritos dictaminaron que los contratistas habían perdido la suma de \$626'865.766.00 (fls. 893 a 896, C. 1, T. III).

6.- La sentencia recurrida.-

Es la proferida el 2 de marzo de 2000 por el Tribunal Administrativo de Casanare, la cual negó las pretensiones de la demanda e impuso condena en costas a cargo de la parte actora.

Para llegar a lo anterior, el Tribunal consideró que las partes previeron la fórmula de reajustes diseñada por el INVÍAS teniendo en cuentas los factores de orden técnico que se ajustan a las características del contrato celebrado. El sistema

escogido para realizar los ajustes tiene prelación sobre los índices diseñados por el DANE para calcular los precios al consumidor, porque en estos últimos se toman algunos factores que no tienen incidencia en el cálculo del precio de los materiales que se utilizan para la construcción de una carretera; por esta razón, es posible que se puedan presentar diferencias entre los índices que se utilizan para calcular los reajustes y los que utiliza el DANE para calcular la variación de precios al consumidor.

Por otra parte, señaló que los índices utilizados para los reajustes fueron pactados de consuno y dentro del proceso no existe prueba afínente a que alguno de esos índices haya sufrido alteración o variación considerable que necesariamente alterara las fórmulas utilizadas *"...ya fuera por actuaciones propias de la administración, como los llamados 'Hechos del Príncipe' o ya fuera por razones puramente económicas de carácter nacional o internacional, que obviamente obligarían -en este caso a la parte contratante- a replantear sus fórmulas financieras, porque ante hechos imprevistos, obviamente se impone su corrección...."*.

Advirtió que no está demostrado error en el cálculo de la variación de precios de los elementos utilizados para computar el índice de reajuste definitivo utilizado por el INVÍAS y que tampoco encontró prueba del desmedro patrimonial alegado por el contratista.

Sostuvo que puede ser posible que con el sistema de reajustes que se pactó en el contrato, el contratista *"...se dejó de ganar determinado porcentaje..."*; pero tal razón no es suficiente para concluir que se produjo desequilibrio económico en el contrato, pues una cosa es *"....la ganancia a obtener y otra es el perjuicio que se sufre por factores que intervienen en la economía contractual; el legislador lo que ordena es restablecer el equilibrio cuando hay razones exógenas que lo han alterado..."*.

Para terminar señaló:

"....De otra parte, no existe prueba de que previamente el contratista haya requerido a Invías para que le restableciera el equilibrio económico de este contrato, y que la demandada se negó a hacerlo; esta parecería ser una exigencia previa para acudir a la jurisdicción administrativa, al tenor de lo señalado en el ordinal 1º del art. 5 de la ley 80/93..." (fls. 900 a 915, C. Consejo).

7.- El recurso de apelación.-

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, con el objeto de que la sentencia de primera instancia se revoque y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que, si bien es cierto en el contrato se pactó el reajuste de precios unitarios, también lo es que, si tales reajustes no cumplen el cometido de mantener la conmutatividad del contrato, deben revisarse y corregirse hasta lograr que se remunere al contratista con el valor exacto de la prestación inicial.

Por otra parte, señaló que los cuestionamientos que se hacen en la sentencia recurrida atinentes a que *"...no hay prueba que demuestre que alguno de esos índices o componentes utilizados para hacer esos cálculos sufrió un (sic) variación considerable que necesariamente alteraría las fórmulas utilizadas en ese cálculo y a que la parte actora no demostró el desmedro en sus intereses económicos..."*, quedaron respondidos con el dictamen pericial, al quedar establecido que el contratista sufrió una pérdida considerable con la ejecución del contrato causada, precisamente, por la aplicación de los índices de ajustes del INVÍAS.

Precisa que el fundamento de las pretensiones está contenido en la disposición legal que ordena pagar el precio de un contrato estatal de ejecución periódica con corrección monetaria. En efecto, el artículo 4 de la ley 80 de 1993 dispone que si las fórmulas pactadas por las partes para efectuar la corrección monetaria no cumplen su cometido, *"...el Estado está en la obligación de hacer el ajuste correcto..."* (fls. 933 a 939, C. Consejo).

8.- Los alegatos de segunda instancia.-

8.1.- La parte actora reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación y solicita que la sentencia de primera instancia se revoque y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda (fls. 332 a 336, C. 1).

8.2.- La entidad demandada reitera los fundamentos de la contestación de la demanda y de los alegatos de conclusión de primera instancia, a lo cual añade

Expediente 18.335
Actor: Construcciones Carrillo Caycedo Ltda. y otros.

que el estatuto de contratación no prescribe limitantes en relación con la fórmula que las partes decidan adoptar para efectuar los reajustes (fls. 929 a 932, C. Consejo).

9.- El concepto del Ministerio Público.-

La delegada del Ministerio Público realiza un estudio en relación con los factores que intervienen para establecer el índice de costos de construcción de carreteras y los índices de precios al consumidor, para precisar que este último no es procedente aplicarlo, cuando se trata de mantener la ecuación "costo-beneficio" que tuvo en consideración el proponente al presentar la oferta o celebrar el contrato, pues el ritmo del crecimiento de los elementos que se tienen en cuenta para calcular el I.P.C. -bienes de la canasta familiar-, es distinto al que se presenta respecto de los bienes y servicios que se tienen en cuenta para la determinación de los precios unitarios de obras de construcción.

Aduce que, a pesar de que los peritos designados en el proceso determinaron que el consorcio contratista sufrió pérdidas por la ejecución del contrato de obra que originó la controversia, el dictamen no determina las causas de las mismas y simplemente se limitaron a señalar que la fórmula de reajuste de precios utilizada en el contrato arroja un resultado distinto del que resulta de utilizar otro tipo de índice, como el I.P.C.

Por lo anterior solicita confirmar la sentencia recurrida (fls. 948 a 965, C. Consejo).

CONSIDERACIONES

1. La competencia.-

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el 2 de marzo de 2000, por cuanto la cuantía del proceso fue estimada razonadamente por los demandantes en la suma de \$8.073'360.962,67. Para la época de interposición de la demanda³, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción atinente a controversias contractuales cuya

³ 14 de agosto de 1998.

cuantía excediera la suma de \$18'850.000.00⁴, monto que, como se puede observar, se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- Cuestión previa.-

El Tribunal Administrativo de Casanare sostuvo que el consorcio contratista "...no requirió al Invías para que le restableciera el equilibrio económico..." del contrato y, en su entender, tal requerimiento constituye "...una exigencia previa para acudir a la jurisdicción administrativa...", a términos de lo previsto por el ordinal 1º del artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

A juicio de la Sala, la norma aludida por el Tribunal de primera instancia no establece un requisito procedibilidad que deba agotarse para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo sugiere el a quo.

En efecto, cuando la norma prevé que para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, los contratistas tendrán derecho a que "...previa solicitud..." la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no les sean imputables, está indicando que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato **procede a solicitud de parte**. La norma no está exigiendo el agotamiento de una actuación administrativa para poder acudir a la jurisdicción en ejercicio del derecho público subjetivo de acción. La disposición jurídica tiene una indiscutible naturaleza sustantiva y en su dimensión positiva reconoce la existencia de un derecho subjetivo que puede ser exigido por su titular (los contratistas tendrán derecho a que previa solicitud, la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato), en caso de que haya sido vulnerado. De allí que la disposición no se refiere a los requisitos de orden adjetivo para acudir a la jurisdicción con miras a reclamar en juicio el derecho conculcado, como lo entiende el a quo, sino a la posibilidad que tiene el contratista de formular la

⁴ Artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

solicitud de restablecimiento del equilibrio que se ha fracturado, directamente, ante la entidad contratante. A juicio de la Sala, la norma pretende materializar los principios de eficacia, economía y celeridad que informan la actividad contractual de la administración.

Hecha la anterior precisión, procede la Sala a despachar el recurso.

III.- Análisis del recurso.-

El 10 de junio de 1987, entre el Fondo Vial Nacional (contratante) y las sociedades Carrillo Manrique y Asociados Limitada, Uricoechea Calderón y Cía Ltda., Ingenieros Constructores Gayco S.A. y Vías y Construcciones S.A. -VICON S.A.- (consorcio contratista), fue celebrado el contrato 179 (fls. 41 a 48, C. 1), en virtud del cual el consorcio contratista se obligó a ejecutar, por el sistema de precios unitarios, "...las obras para la construcción del sector Río Tocarí -La Cabuya- de la carretera La Cabuya - Yopal (Marginal de la selva), de acuerdo con los planos y especificaciones suministrados por el FONDO VIAL..." y bajo las condiciones estipuladas en el contrato (cláusula primera).

El plazo de ejecución de las obras fue pactado en 24 meses, a partir del perfeccionamiento del contrato (cláusula tercera) y el precio fue estimado, para efectos fiscales, en la suma de \$2.325'618.843.12, resultante de multiplicar las cantidades de obra previstas por los precios unitarios acordados, más los costos imprevistos y las obras complementarias (cláusula cuarta).

En la cláusula octava del contrato fueron pactados los aspectos atinentes a las actas de obra, avances sobre materias primas, ajustes y pagos al consorcio contratista. El párrafo tercero de esta cláusula prevé lo siguiente (se transcribe tal como aparece en el contrato porque, fundamentalmente, la controversia radica en la aplicación de esta estipulación contractual):

"PARÁGRAFO TERCERO: AJUSTES.- El valor del acta por la obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra de acuerdo con la siguiente fórmula:

"P1 = Po x I/Io. En la cual los componentes de la fórmula tienen los siguientes significados:

"P1 = Valor ajustado del acta para cada grupo de obra.

"Po = Valor básico del acta para cada grupo de obra, calculado según las cantidades de obra ejecutada a los precios unitarios consignados en la 'Lista de Cantidades de Obra, Precios Unitarios y Valor Total de la Propuesta'.

Expediente 18.335

Actor: Construcciones Carrillo Caycedo Ltda. y otros.

"I = Valor del 'Índice de costos de construcción de carreteras' para el correspondiente grupo de obras. El valor del Índice será calculado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte según lo establecido en las Propositiones números 6757 y 6758 del 18 de agosto de 1965 de la Junta de Licitaciones, Contratos y Precios Unitarios, y la Resolución No. 10001 del 26 de noviembre de 1976. Se utilizarán los Índices de los Grupos I, II, III, IV, V, respectivamente para los grupos de obra identificados como GRUPO PRIMERO (Explanación, sub-base y bases granulares, suelos estabilizados, sin incluir cemento o asfalto, rellenos de toda clase, transporte de materiales y demás obras no incluidas en otros grupos); GRUPO SEGUNDO (Excavación para obras de arte, desagües y zanjas de construcción a mano, cercas de alambre de púas, mamposterías de concreto simple, ciclópeo, reforzado corriente y tensionamiento, hierro para refuerzo, acero de alta resistencia, apoyos de neopreno, alcantarillas y filtros de toda clase); GRUPO SEGUNDO A (Concreto reforzado en cualquiera de sus modalidades para puentes de luces iguales o mayores a quince (15) metros de obras y obras que a juicio de la Dirección de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte deban ejecutarse con este Grupo - Resolución número 10001 de noviembre 26 de 1976-); GRUPO TERCERO (pavimentos con asfalto líquido y asfalto para estabilizaciones); GRUPO CUARTO (pavimentos con asfalto sólido); GRUPO QUINTO (Pavimentos con cemento portland y cemento para estabilizaciones).

"I_o = Valor de 'I' para cada grupo de obra, correspondiente al mes de mayo de 1987. Elaborada oportunamente el acta mensual de obra y presentada la cuenta con el lleno de todos los requisitos, dentro del término previsto en el Parágrafo 'Actas de Obra' de este contrato, se ajustará aquella con el índice correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del programa de inversiones aprobado o se trate de obra ejecutada en forma adelantada. Cuando la obra ejecutada no corresponda al menos a la cuota parte del programa de inversiones aprobado o se trate de obra ejecutada en forma adelantada. Cuando la obra ejecutada no corresponda al menos a dicha cuota parte, el índice de ajuste será el correspondiente al mes en que ha debido ejecutarse la obra de acuerdo con el programa de Inversiones. Los ajustes se consignarán en actas que suscribirán las partes, y EL FONDO VIAL se compromete a incluir las partidas necesarias para su pago en el proyecto anual de gastos. Si por alguna razón los índices de fórmulas de ajuste no se obtienen oportunamente, los ajustes se podrán hacer con 'Índices Provisionales' los que mensualmente serán suministrados por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Cuando se obtengan los 'Índices definitivos', se harán los ajustes correspondientes.

"EL CONSORCIO CONTRATISTA no podrá hacer reclamaciones por los resultados de los ajustes al aplicar los índices definitivos.

"Cuando el contrato entre en liquidación EL CONSORCIO CONTRATISTA puede aceptar la liquidación de los ajustes de los índices provisionales, renunciando a cualquier reclamación posterior por este concepto".

Para la fecha de presentación de la demanda, el contrato 179 de 1987 aún se hallaba en ejecución y había sido adicionado en 17 oportunidades, de las cuales, 7 fueron en plazo (402, del 8 de agosto de 1989, 1034, del 27 de diciembre de 1991, 0039, del 15 de febrero de 1993, 0028, del 25 de febrero de 1994, 1070, del 30 de diciembre de 1994, 179-14-87 -sin fecha- y 179-16-87, del 5 de diciembre de 1987), 6 en precio (285, del 26 de abril de 1991, 579, del 13 de agosto de 1992, 684, del 20 de agosto de 1993, 335, del 29 de junio de 1994, 0556, del 15 de mayo de 1995 y 179-15-87, del 20 de diciembre de 1996) y 4 en plazo y precio (319, del 24 de mayo de 1990, 1064, del 31 de diciembre de 1990, 179-13-87, del 30 de abril de

1996 y 179-17-87, del 16 de abril de 1998). En el último contrato de adición, el INVÍAS se obligó a efectuar una reserva presupuestal de \$29.929'232.546,48, para el pago de los ajustes de precios del contrato (fls. 49 a 86, C. 1).

A juicio de los demandantes, la fórmula de ajustes pactada no cumple la finalidad de mantener invariable, durante el plazo contractual, el valor inicial de los precios unitarios del contrato 179 de 1987 y de sus adicionales, porque los índices de costos de construcción de carreteras no mitigan la pérdida del poder adquisitivo del dinero, que se produce con el paso del tiempo, como consecuencia del fenómeno económico de la inflación, de modo que, según la parte recurrente, el "equilibrio económico" de la relación comercial se alteró en detrimento del patrimonio del contratista.

La Sala considera que la parte actora parte de una premisa equivocada para fundamentar la ruptura del equilibrio económico del contrato y consiste en tratar de demostrar la alteración del sinalagma funcional, presentando la diferencia numérica que resulta entre efectuar el reajuste de precios con base en la fórmula pactada en el párrafo tercero de la cláusula octava del contrato y actualizar los precios unitarios con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para los períodos respectivos; pero, la divergencia entre estos dos resultados no indica, *per se*, desequilibrio en la equivalencia de las prestaciones.

En efecto, el fenómeno inflacionario puede tener la virtualidad de impactar la economía del contrato, cuando afecta los costos del mismo; así, cuando la fórmula de reajuste pactada está concebida en función de la variación de los factores que inciden en la determinación de los costos del contrato, la inflación puede aumentar dichos costos, pero la fórmula corregirá los precios exactamente en la misma proporción (incluyendo la utilidad, puesto que dentro de la estructura de los precios unitarios hace parte integrante de los mismos), de modo que el valor de la remuneración intrínseca del contratista se mantendrá incólume. También puede suceder que, como consecuencia de un hecho económico imprevisible, se altere el valor de la remuneración pactada, porque se afectan factores que inciden en la determinación de los costos del contrato que no fueron incluidos como variables de la fórmula de reajuste, de manera que el deflactor de precios utilizado no permite mitigar el efecto negativo que se produce en la economía del negocio; cuando esto sucede, debe analizarse en cada caso

particular si se presenta ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato y si resulta procedente arbitrar mecanismos de revisión de precios. Pero, igualmente, puede ocurrir que la inflación no impacte variables incluidas en la fórmula de reajuste y que tampoco afecte los costos del contrato (cuando los que suben son los precios de los productos de la canasta familiar, por ejemplo), caso en el cual se sale de la órbita contractual y, por ende, no se está frente a una supuesta ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, sino ante un factor exógeno que – se insiste – no afecta la economía de aquél sino a la economía en general, que es la hipótesis sobre la cual se edifican las pretensiones de la demanda.

a.- Los riesgos contractuales y la función de la cláusula de estabilización de precios.-

La ejecución de un contrato involucra ciertas contingencias o riesgos que tienen la virtualidad de alterar, potencialmente, el sinalagma funcional que se pacta al inicio de la relación. Son los llamados riesgos contractuales, algunos de ellos previsibles y otros no. Uno de esos riesgos previsibles en una economía inflacionaria como la nuestra, es el económico, que se produce como consecuencia de la fluctuación, el crecimiento o incremento continuo y generalizado del valor de los bienes, servicios y factores productivos, a lo largo del tiempo; por esa razón, con el objeto de prefijar las consecuencias futuras, previsibles y evitar que el riesgo impacte de forma grave la economía del contrato, las partes suelen pactar la cláusula de estabilización, reajuste o corrección de precios, con base en un deflactor, para que el contratista reciba una contraprestación real y equivalente a la prestación ejecutada.

El artículo 86 del Decreto-Ley 222 de 1983, régimen jurídico vigente para la fecha en que fue celebrado el contrato 179 de 1987, contemplaba la posibilidad de que las partes pactaran la cláusula de corrección para los contratos celebrados bajo el sistema de ejecución de precios unitarios o precio global, "...en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos..."⁵ [subraya

⁵ Hoy día, con similar criterio, el ordinal 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 dispone que, para la consecución de los fines pretendidos con la contratación estatal, las partes adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar, según el caso, para lo cual autoriza acudir a los mecanismos de ajustes y revisión de precios, aunque la fórmula de reajuste o el deflactor puede que incida o no en los costos del contrato.

Expediente 18.335
Actor: Construcciones Carrillo Caycedo Ltda. y otros.

fuera del texto). Por tal razón, las partes decidieron utilizar como deflactor, en este caso específico, el índice de costos de construcción de carreteras.

Al convenir la cláusula de reajuste, las partes, razonablemente, previeron lo previsible, de modo que sólo frente a la ocurrencia de hechos (económicos)⁶ anormales, extraordinarios e imprevisibles, que impacten en forma grave la economía del contrato y frente a las cuales se tornen ineficaces los mecanismos de reajuste estipulados, puede el juez revisar los precios del contrato y arbitrar la corrección de la cláusula de estabilización, para que el equilibrio que se ha visto alterado – teoría de la imprevisión-, pueda ser restablecido.

Lo anterior significa que la fórmula de reajustes pactada en el párrafo tercero de la cláusula octava del contrato 179 de 1987 y los coeficientes que la componen son aplicables en condiciones de normalidad y ella no puede ser desconocida por las partes, por el hecho de que no satisfaga las expectativas económicas de una de ellas.

Dentro del proceso no existe prueba de que se haya presentando una situación extraordinaria, anormal, exógena a las partes, imprevisible e irresistible, que haya alterado significativamente los precios unitarios del contrato, que haya impactado la economía del mismo por vía de reflejo y que no haya sido mitigada por la cláusula de reajustes pactada de común acuerdo.

El fundamento de las pretensiones de la demanda es que la cláusula de reajustes pactada no logra mantener la "conmutatividad" del contrato, porque no refleja la realidad económica en que se ha venido ejecutando; sin embargo, para la Sala no son de recibo los planteamientos hechos por la parte actora y, por el contrario, considera que la cláusula de estabilización realmente reflejó la realidad de los precios del contrato.

La ruptura del equilibrio económico del contrato se hubiera presentado si, como consecuencia de un hecho económico inesperado – como una hiperinflación-, se

⁶ Desde luego, el hecho jurídico de contenido económico no puede tener la entidad suficiente para imposibilitar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, pues, de ser así, no se estaría en presencia de un supuesto de alteración de la equivalencia de las prestaciones que imposibilite relativamente la ejecución del objeto contractual, sino de una causa de extinción del negocio jurídico, por imposibilidad absoluta de cumplir con el objeto de las obligaciones.

hubieran presentado alzas exageradas en los insumos y en los elementos que formaban parte de los costos del contrato, al punto de no alcanzar a ser cubiertos por los precios unitarios corregidos con la fórmula de reajuste (como podría suceder cuando la cláusula de estabilización no está concebida en función de los factores que inciden en los costos del contrato), pues, en tal evento, la prestación del contratista hubiese resultado idéntica, pero la ejecución se habría vuelto más onerosa.

No obstante, los demandantes no acreditaron que los precios unitarios pactados y corregidos con la fórmula de reajuste prevista en el contrato fueran excesivamente menores que los precios del mercado y, en ese sentido, no tiene asidero alguno la petición de revisión de precios; por el contrario, a juicio de la Sala, los precios del contrato se mantuvieron o han mantenido invariables durante toda la relación contractual, pues el deflactor utilizado refleja las variaciones de los factores que incidieron o inciden en los costos del contrato⁷, es decir, los grupos de la canasta de los elementos más representativos para la construcción de este tipo de obras, tales como equipos, mano de obra (excavaciones para obras de arte, desagües, zanjas de construcción a mano) y materiales (concreto simple y ciclópeo, acero, pavimentos, geotextiles, apoyos de neopreno, etc.).

Para corroborar el aserto, basta señalar que, si el planteamiento del recurrente fuera válido, no tendría explicación que el contratista haya subcontratado con personas naturales y jurídicas la ejecución de ciertas obras comprendidas dentro del objeto de las obligaciones del contrato 0179 de 1987 y que éstos, a su turno, también las hayan subcontratado y pagado con precios muy inferiores a los reconocidos por el INVÍAS a las sociedades demandantes, tal como lo manifestó el ingeniero Manuel José Londoño, residente de interventoría de las obras ejecutadas en virtud del contrato 0179 de 1987, en su declaración rendida en el proceso el 2 de septiembre de 1999 (se transcribe en lo pertinente, tal como aparece a folio 225, C. 3, incluso con las fallas mecanográficas):

"Sírvasse informar al Despacho, por el conocimiento que usted tiene, en las obras como las que ha venido ejecutando con ocasión del Contrato No. 179-1987, si lo precios que el contratista ha venido pagando a los subcontratistas le representa márgenes de ganancia o de pérdidas. CONTESTÓ: Me permitanme realizar unos ejemplos donde comparo al asar los valores de algunos ítemes reconocidos (1999) por el consorcio contratista a través de sus subcontratistas

⁷ Tal como lo preceptuaba el artículo 86 del Decreto-Ley 222 de 1983.

APACOL a los subcontratistas menores, v/s lo que le paga el Instituto Nacional de Vías a través del contrato 0179-87 al consorcio CONCAY, URICOECHEA CALDERON CIA. LTDA., GAYCO y VICON, donde se puede observar si ha habido ganancia o pérdida; pero antes debo señalar que para el ejercicio voy a tomar los índices de ajuste (I/Io) correspondientes al mes de mayo de 1999 que por grupos es Grupo I = 10.426.01, Grupo II = 10.55180, Grupo IIA = 12.20453 y Grupo IV = 11.41187. Ejemplos: Excavaciones varias sin clasificar valor pagado por APACOL a subcontratista menor \$7.500.00 M3; valor pagado Por el INVÍAS, al consorcio contratista resulta de multiplicar \$1.958.00 x M3 (precio de mayo de 1987) x 10.55180 (índice de ajuste del grupo II) = \$20.660.42, ahora bien si a ésta cantidad le restamos \$7.500.00 que es lo que reconoce el contratista a los subcontratistas menores nos da una diferencia de \$13.160.42 que comparado con el valor que le reconoce el Instituto a los consorciados o sea \$20.660.42, nos da un porcentaje de 63.70% de beneficio. Según el análisis de precios unitarios, para el contrato 0179-87 cuyo objeto es la construcción de la carretera sector Río Tocaría La Cabuya, encontramos que el A.I.U. superior a lo esperado por ellos. Presento una llamada 'PREACTA No. 142 de AGOSTO DE 1999' que contiene el ítem de pago, el código, el grupo de ajuste, la unidad y el precio unitario (precios de mayo de 1987), que hacen parte de todos los ítemens involucrados dentro del desarrollo de las obras objeto del contrato 187-87..."

b.- Improcedencia de aplicar, en condiciones de normalidad, un coeficiente de reajuste que no ha sido pactado de común acuerdo. La inflación como fenómeno ajeno a los precios del contrato y a la relación comercial.

Pese a lo anterior, la parte actora pretende que, a partir del acta de ajustes 39, los precios del contrato 0179 de 1987 se corrijan con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE "...sólo para el evento de que la fórmula contractual de ajuste continúe por debajo de dicho índice..." (pretensión cuarta de la demanda).

Para la Sala, no existe razón que justifique cambiar las condiciones de reajuste de precios y, por el contrario, considera que, si los precios se corrigen con base en el I.P.C., se deben tener en cuenta factores que no incidan en la determinación de los costos del contrato, pues este índice mide la variación porcentual de los precios de la canasta de bienes y servicios de consumo en los hogares del país⁸ y, desde luego, ninguno de los grupos que lo conforman guarda relación con los costos de la construcción de carreteras y puentes, de modo que, *stricto sensu*, la utilización del I.P.C. como deflactor podría resultar económicamente beneficioso para el contratista, porque, eventualmente, los precios se ajustarían en una proporción mayor a la variación real que tuvieron los costos de los elementos e

⁸ Por esa razón, el I.P.C., está constituido por los siguientes grupos: alimento, vivienda, vestuario, salud, educación, cultura, diversión, esparcimiento, transporte y comunicaciones. Consultado en <http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/IPC.pdf>. Metodología de los índices de precios al consumidor.

insumos en el mercado y en ese sentido, se podría presentar un reajuste distorsionado en los precios que no tendría causa en la prestación ejecutada.

En suma, el contratista no acreditó que la prestación a su cargo se haya tornado más onerosa por la ocurrencia de un hecho económico imprevisto (álea económica) que haya afectado los costos del contrato y que, por consiguiente, haya sido capaz de alterar la correlación y equivalencia entre las prestaciones a cargo de las partes (ecuación contractual), por lo cual las pretensiones de la demanda están condenadas al fracaso.

Cosa distinta es que, como consecuencia del fenómeno inflacionario, el contratista no pueda adquirir la misma cantidad de bienes y servicios, que conforman la canasta de consumo de hogares, con la utilidad que recibe por la ejecución del objeto contractual; sin embargo, el fenómeno que allí se presenta es ajeno a la relación negocial, pues, en tal hipótesis, la inflación no afecta los precios del contrato ni el valor intrínseco de la remuneración, por ende, no incide en la economía del mismo. En últimas, lo que pretenden las sociedades demandantes es trasladar los efectos de un fenómeno macroeconómico a la entidad contratante, con la intención de que ésta les garantice el poder adquisitivo de la utilidad percibida, lo cual resulta improcedente.

IV.- Costas.-

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998. Por tal razón, se revocará la condena impuesta en la primera instancia por dicho concepto.

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

Expediente 18.335
Actor: Construcciones Carrillo Caycedo Ltda. y otros.

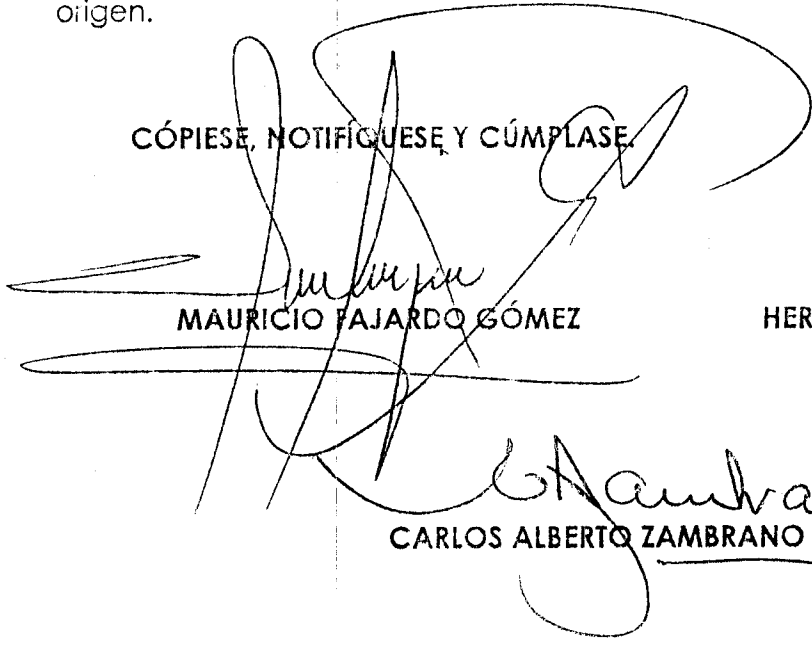
FALLA:

Primero.- REVÓCASE el ordinal segundo de la parte resolutive del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare el 2 de marzo de 2000.

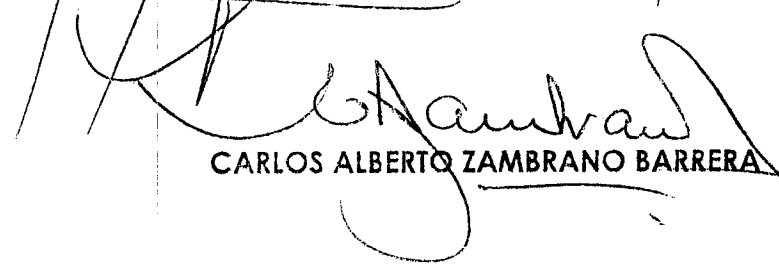
Segundo.- CONFÍRMASE el ordinal primero de la parte resolutive del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare el 2 de marzo de 2000.

Tercero.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚPLASE.


MAURICIO FAJARDO GÓMEZ


HERNÁN ANDRADE RINCÓN


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

