

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, dieciséis (16) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 52001-23-33-000-2015-00758-01 (63.489)
Demandante: INTERPRO SAS
Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA - EXCESIVA ONEROSIDAD DE LAS PRESTACIONES EN DERECHO PRIVADO

Síntesis del caso: las partes celebraron un contrato de interventoría, pero, durante la ejecución las partes prorrogaron el plazo lo cual ocasionó unos mayores gastos para el interventor. El contratista pretende el pago de los costos derivados de las prórrogas; sin embargo, el contrato se somete al derecho privado y ahora no es posible estudiar la economía del negocio porque el artículo 868 del Código de Comercio reserva esa posibilidad a prestaciones de futuro cumplimiento.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la sentencia del 5 de diciembre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño (fls. 1.658 a 1.675 vlto. cdno. ppal.) mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante a favor de la entidad demandada. *Liquidense por Secretaría.*” (fl. 1.675 cdno. ppal. - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 23 de octubre de 2015 (fl. 910 cdno. ppal.), Interpro SAS presentó demanda (fls. 889 a 910 y 917 a 932 cdno. ppal.) con las siguientes súplicas:

“1. Que se declare el incumplimiento del contrato no. 1.512 del 13 de octubre de 2011, por parte del Instituto Nacional de Vías (INVÍAS).

2. Que se declare así mismo el rompimiento de la ecuación económica del contrato no. 1.512 del 13 de octubre de 2011, habida consideración que durante la ejecución del contrato variaron las condiciones económicas y financieras existentes al momento de presentar la oferta, por los hechos que se describen en este escrito de demanda y las pruebas que se aportan y las llegadas a practicar.

3. Que declarado el incumplimiento y el rompimiento de la ecuación económica del contrato, se solicita al H. Magistrado Ponente, se ordene al Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), a pagar la suma de trescientos treinta y siete millones quinientos cuatro mil seiscientos tres pesos (\$337.504.603) m/cte, a INTERPRO SAS, por concepto de los mayores costos que debió asumir para el debido control del contrato de obra pública no. 1.511 de 2011, quien debió disponer de personal, equipo, gastos de oficina, etc., por un plazo de dieciocho (18) meses, es decir quince (15) meses y siete (7) días (15,23) adicionales al plazo inicialmente pactado de tres (3) meses.

4. Que la suma objeto de condena sea debidamente indexada a fecha de la sentencia, desde el momento en que se suscribió el acta de recibo a satisfacción por parte del INVÍAS del contrato no. 1.512 de 2011.

5. Que se condene en costas procesales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

6. Que se ordene dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 195 (numeral 4) de la Ley 1437 de 2011." (fls. 917 y 918 cdno. ppal. - mayúsculas sostenidas del original).

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) Para atender la situación originada por el fenómeno meteorológico de La Niña, el 13 de octubre de 2011, las partes suscribieron el contrato número 1.512 para la interventoría de las "obras de emergencia en la carretera Cebadal - Sandoná - Pasto, ruta 2501B en el departamento de Nariño" (fl. 918 cdno. ppal.) por valor de \$196.261.669 y un plazo de tres (3) meses, los cuales coincidían con la ejecución de las obras a vigilar.

2) Sin embargo, según las seis (6) prórrogas suscritas entre las partes, el contrato se extendió por doce (12) meses y siete (7) días adicionales a lo inicialmente acordado porque, entre otras cosas, las obras a vigilar carecían de estudios y diseños.

3) El 17 de julio de 2015, las partes suscribieron el acta de liquidación bilateral del contrato donde el demandante dejó consignadas las siguientes salvedades que sustentan las súplicas de la demanda –mayores costos por las prórrogas–:

“1. Como contratistas interventores dejamos la siguiente salvedad con el fin de acudir ante el juez del contrato, para que previa la declaratoria de incumplimiento, se restablezca la ecuación económica del contrato no. 1.512 de 2011, teniendo en cuenta que las condiciones iniciales para lo cual fuimos contratados variaron por causas no imputables a nosotros como contratistas, siendo modificado el plazo inicial de tres (3) meses a quince (15) meses, mayor periodo de doce (12) meses, en el cual se tuvo a cargo personal y costos directos, como así le consta al contratante en las visitas periódicas que realizaron al proyecto, que no han sido reconocidos por la entidad, ya que si bien este mayor periodo ha sido objeto de prórrogas al contrato, no se han efectuado por parte de la entidad las adiciones presupuestales correspondientes que respalden estos mayores costos en los que hemos incurrido para dar el debido cumplimiento al control y vigilancia de todo el contrato de obra no. 1.511 de 2011.

2. Se precisa que si bien frente a la liquidación del contrato queda un saldo de \$5.963.768,00 a favor del INVÍAS, este se origina en atención a que el contratista de obra no ejecutó el valor total del contrato y concordantemente a lo estipulado en la cláusula quinta: forma de pago, el valor a pagar a la interventoría corresponde al 7% sobre el valor ejecutado por el contratista de obra. Se hace precisión ya que si bien queda un saldo a favor del INVÍAS es por la razón antes expresada y en atención a un presupuesto calculado por la entidad contratante para un periodo de ejecución de tres (3) meses, pero el tiempo realmente dispuesto por la interventoría fue de 15 meses, conllevando mayores costos para el contrato a los inicialmente considerados.

3. Igualmente se deja constancia que la presente liquidación se está llevando a cabo dentro del término de caducidad de la acción a solicitud del INVÍAS, so pena de una liquidación unilateral, según oficio de fecha 22 de abril de 2015, por lo que a la fecha de radicación de la presente acta debidamente suscrita por INTERPRO SAS y radicada mediante [sigue un número de radicación ilegible], queda un término de caducidad de la acción de 3 meses.” (fl. 105 cdno. ppal.).

3. Contestación de la demanda

1) El Instituto Nacional de Vías (INVÍAS) (fls. 955 a 989 cdno. ppal.) formuló las excepciones de **i)** “pago de lo no debido”, debido a que el contratista solicitó las prórrogas del contrato, por lo tanto, no puede reclamar por esos tiempos adicionales; **ii)** “enriquecimiento sin causa por parte del demandante”; **iii)** “ausencia de pruebas”, toda vez que no existe prueba de los mayores costos reclamados por el actor y, **iv)** “improcedencia de la pretensión de obtención de reconocimientos económicos bajo el amparo de la propia culpa”, debido a que el contratista conocía

que su actuación le impediría presentar requerimientos económicos por las extensiones del plazo.

4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Nariño, en sentencia del 5 de diciembre de 2018 negó las pretensiones de la demanda con los siguientes fundamentos:

1) En las seis (6) prórrogas se pactó que las cláusulas no modificadas permanecían vigentes, en la cuales se entiende incluido el precio del contrato, además, se pactó que *“la ampliación del plazo del contrato no implicaba adición en el valor ni sobrecostos para el instituto (INVÍAS), por lo que el interventor debía redistribuir los recursos pactados en el contrato inicial”* (fl. 1.668 vlto. cdno. ppal.).

2) Aunque en cuatro (4) de las prórrogas el contratista alegó, en los términos del artículo 5 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993, la ineficacia de pleno derecho de las anteriores anotaciones, lo cierto es que *“las partes, de común acuerdo, convinieron prorrogar el contrato principal en seis ocasiones”* (fl. 1.669 cdno. ppal.) y en ninguna de ellas el actor consignó alguna salvedad respecto del precio y esa era la debida oportunidad para hacerlo, según la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹.

3) El demandante asume las costas de la primera instancia como parte vencida las cuales serán liquidadas por la secretaría, ejercicio que incluirá las agencias en derecho que en su momento determine el juez de primera instancia.

5. Recurso de apelación

La parte demandante (fls. 1.678 a 1.685 cdno. ppal.) impugnó el fallo de primer grado con los siguientes argumentos:

1) No se estudiaron los documentos en los que el actor advirtió a la entidad contratante los mayores costos que suponían las prórrogas del plazo de ejecución y la necesidad de adicionar el precio, por el contrario, solo se consideraron las

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 noviembre de 2016, exp. 47.336, CP Marta Nubia Velásquez Rico.

presuntas renunciaciones hechas por el demandante en las cláusulas que, en todo caso, eran ineficaces de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993.

2) La supuesta oportunidad que tenía el contratista para consignar las salvedades se precisó en una providencia del año 2016, pero, esa posición no podía aplicarse a hechos ocurridos en el año 2012, por cuanto en ese momento estaba vigente la línea jurisprudencial que consideraba suficientes las salvedades de la liquidación bilateral del contrato para poder discutir todo lo sucedido durante la ejecución.

6. Actuación surtida en la segunda instancia

Por auto del 9 de septiembre de 2019 (fl. 1.705 cdno. ppal.) se admitió el recurso de apelación y el 29 de octubre del mismo año (fl. 1.708 cdno. ppal.) se corrió traslado para alegar de conclusión, en dicho término la parte demandante reiteró las razones de su apelación (fl. 1.711 cdno. ppal.), la parte demandada insistió en las excepciones propuestas en la primera instancia (fls. 1.713 a 1.718 cdno. ppal.) y, el agente del Ministerio Público resaltó que el acuerdo expreso sobre la no modificación del precio en las prórrogas y la falta de salvedades en esos documentos contractuales impedían la prosperidad de las súplicas del actor (fls. 1.727 a 1.732 cdno. ppal.).

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) el caso concreto y, 3) condena en costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La controversia planteada en término² consiste en determinar, conforme a la apelación de la parte demandante, si se debe revocar la decisión de primera

² El acta de liquidación bilateral del contrato se suscribió el 17 de julio de 2015 (fl. 105 cdno. ppal.) y la demanda se presentó el 23 de octubre del mismo año (fl. 910 cdno. ppal.).

instancia que negó las pretensiones de la demanda porque, a juicio del impugnante, sí se configuró el desequilibrio económico del contrato.

Se confirmará la sentencia de primera instancia debido a que el régimen de derecho privado del contrato solo permite revisar la excesiva onerosidad de prestaciones de futuro cumplimiento.

2. El caso concreto

2.1 El desequilibrio económico del contrato

1) La parte demandante sostiene que durante la ejecución se produjo el rompimiento del equilibrio económico por las sucesivas prórrogas que suscribió pues, debió asumir mayores costos de personal, de equipos y de instalaciones a los inicialmente previstos y, con fundamento en los mismos hechos, el actor también alega el incumplimiento de la entidad contratante; sin embargo, en el contexto expuesto por el demandante no se advierte que los sobrecostos provengan de una conducta antijurídica de la entidad sino de los acuerdos firmados por las partes, en consecuencia, se debe verificar si la entidad debe asumir la mayor onerosidad de las prestaciones a partir del supuesto desequilibrio económico y no desde la óptica del incumplimiento.

2) Pues bien, sobre este punto de la controversia se advierte que el contrato se rige, en términos generales, por el derecho privado, de conformidad con los artículos 3³ del Decreto 4702 de 2010 y 1⁴ del Decreto 4830 del mismo año.

Para atender la situación originada por el fenómeno meteorológico de La Niña, las normas en comento permitían emplear, respecto de los recursos destinados para el

³ “Del régimen de contratación. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Calamidades se someterán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y 13 de la Ley 1150 de 2007.”.

⁴ “Modifícase el artículo 4° del Decreto 4702 de 2010, modificado por el artículo 14 del Decreto 1547 de 1984, modificado por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989, el cual quedará así: (...) Con los recursos provenientes de las transferencias a que alude la presente disposición, para las fases de atención humanitaria y rehabilitación se podrá contratar en los términos establecidos en el artículo tercero del presente decreto [se refiere al artículo 3 del Decreto 4702 de 2010].”.

fenómeno inercial, las disposiciones aplicables a la contratación del Fondo Nacional de Calamidades, en consecuencia, en ese momento se podía contratar por las reglas del derecho privado con observancia de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal y con la posibilidad de emplear las cláusulas excepcionales de que tratan los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.

3) Las disposiciones en comento sustentaron el contrato según aparece en la justificación del negocio jurídico, en efecto, la interventoría se celebró de conformidad con *“lo preceptuado en los Decretos Legislativos 4830 y 4702 de 2010”* (fl. 1.011 cdno. ppal.) pues, estos decretos *“rigen tanto para la contratación de las obras para atender la emergencia, como a su interventoría”* (*ibidem*), inclusive, el contrato advierte que se *“pagará al interventor a través de la FIDUPREVISORA SA, con cargo a los recursos del convenio interadministrativo no. 1005-09-027-2011 del 17 de marzo de 2011, suscrito entre estas dos entidades”* (cláusula tercera del contrato número 1.512 - fl. 1.011 vlto. cdno. ppal.), convenio por el cual *“el Fondo Nacional de Calamidades se compromete a transferir por intermedio de la Fiduciaria La Previsora SA, recursos al Instituto Nacional de Vías (INVÍAS)”* (consideraciones de la prórroga número 2 al contrato de interventoría - fl. 1.030 vlto. cdno. ppal.).

4) Así las cosas, el contrato de interventoría celebrado por las partes no está sujeto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –con las excepciones anotadas–, en consecuencia, como el negocio está sometido al derecho privado la excesiva onerosidad sobrevenida de sus prestaciones debe ser analizada en los términos del artículo 868 del Código de Comercio y no con fundamento en los artículos 4 y 5 de la Ley 80 de 1993.

La norma legal en comento exige que las circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato deben alterar una *“prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”*, así las cosas, no procede el reconocimiento solicitado por la parte actora pues, en el presente asunto no existe ninguna prestación de futuro cumplimiento, por el contrario, las súplicas se sustentan en la ejecución de actividades ya ocurridas.

5) Así las cosas, como las obligaciones, tildadas de excesivamente onerosas, ya se cumplieron, no es posible estudiar ahora la economía del contrato porque el artículo

868 del Código de Comercio reserva esa posibilidad a prestaciones de futuro cumplimiento.

6) En consecuencia, respecto de los puntos objeto de apelación –renuncias del contratista a reclamar y ausencia de salvedades en las prórrogas–, se advierte que lo expuesto deja en evidencia la ausencia de fundamento válido para estudiar su mérito porque justamente el régimen del contrato solo permite analizar la onerosidad de prestaciones aún no cumplidas y este no es el caso.

3. Condena en costas

En los términos de los artículos 188 del CPACA y 365 (numeral 3) del CGP, la parte demandante debe asumir las costas de la segunda instancia porque se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación por ella interpuesto, la condena incluirá las agencias en derecho que para esta instancia se fijan, en atención al concepto y los criterios definidos para su causación en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, aplicable al caso por razón de la época de presentación de la demanda, en once millones de pesos (\$11.000.000), el monto equivale a menos del 2,5% del valor actualizado de las pretensiones⁵.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Confírmase la sentencia del 5 de diciembre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

2º) Condénase en costas de la segunda instancia a la parte demandante y **fíjanse** las agencias en derecho en once millones de pesos (\$11.000.000).

⁵ Lo pretendido en el proceso asciende a la suma \$337.504.603 que actualizados conforme al índice de precios al consumidor IPC entre la época de presentación de la demanda (índice inicial 86,98 - octubre de 2014) y la presente sentencia (índice final 120,27 - julio de 2022), corresponden a \$466.678.301.

3º) Ejecutoriada la presente sentencia, por la secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo su cargo.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Sala
(Firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)
Aclaración de voto

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 de CPACA.