**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Noción – Clases**

la liquidación del contrato se ha entendido como un corte de cuentas entre las partes contratantes, es la etapa final del negocio jurídico donde se hace el balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y se define el estado en que queda el contrato después de su ejecución o terminación por cualquier otra causa. (…) La liquidación puede ser unilateral o bilateral. Esta última supone un acuerdo de voluntades de naturaleza contractual, porque son las mismas partes del negocio quienes establecen los términos en que finaliza la relación.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Liquidación bilateral – Definición – Constancia de insatisfacción**

la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que no es posible que las partes intenten una acción judicial, para reclamar por los daños e inconformidades, si la parte interesada no dejó constancias de insatisfacción en relación con el aspecto concreto que aspira a reclamar ante el juez, a menos que se haya configurado en su celebración algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Esta tesis se ha aplicado con fundamento en un criterio jurisprudencial y legal, salvo que se trate de circunstancias que se presenten con posterioridad a la fecha en la que se suscriba el acta de liquidación del contrato. (…) En ese orden de ideas, se deben estudiar los aspectos que fueron planteados en la demanda de cara a las salvedades que dejó el consorcio contratista en el acta de liquidación bilateral. (…) Las anteriores salvedades realizadas por el consorcio constructor se ajustan a los postulados jurisprudenciales, pues se identificaron los diferentes problemas sobre los cuales las partes no lograron un consenso.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO – Ruptura – Sobrecostos – Reajuste de precios**

La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Definición – Origen**

Tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida. Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no sólo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.

**DESEQUILIBRIO ECONÓMICO – Diferencias incumplimiento del contrato – Consecuencias – Marco normativo**

la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.

**SOBRECOSTOS – Mayor permanencia en la obra – Desequilibrio económico**

Según la demanda los sobrecostos ocasionados al contratista se derivaron de dos aspectos: i) la mayor permanencia en la obra, la que a su vez se originó por: a) el incumplimiento del IDU en la entrega oportuna de: las zonas en las que se debía construir los paraderos, los diseños eléctricos, las cajas de servicios públicos y de obras, así como los diseños previos necesarios para la correcta ejecución del contrato 453 y b) por la necesidad de trabajos adicionales que ocasionó la prórroga del plazo inicial, y ii) la demora en la recepción de las obras por parte del IDU. (…) El IDU manifestó su inconformidad con tal condena, pues considera que dentro del valor del contrato adicional 2 se incluyó el AIU. Agregó que no tendría sentido tener precios unitarios sin la inclusión del AIU, ya que no se trataba de un concepto independiente, sino que, por el contrario, se encontraba incluido dentro de la oferta presentada por el contratista. (…) En cuanto a la mayor permanencia en la obra, se encuentra que en principio se tenía previsto que el contrato tuviera una ejecución de 4 meses y 6 de vigencia; sin embargo, ese plazo -como ya se vió- se amplió en dos ocasiones, la primera por 51 días y, posteriormente, por un mes. (…) La mayor permanencia en la obra, que se estudiará bajo el marco del incumplimiento contractual y no del desequilibrio económico del contrato, pues los supuestos alegados por el demandante se enmarcan dentro de aquél, es verdad que el contrato se prorrogó en dos ocasiones: la primera prórroga se originó por algunos inconvenientes en la iniciación de las obras, pues el lugar en el que se debían desarrollar no se entregó oportunamente al contratista por la presencia de árboles y la segunda por ejecución de obras adicionales y por cuanto se encontraba pendiente la solución a la construcción de una subestación solicitada por Codensa. (…) El actor solicita que se reconozcan los sobrecostos en los que incurrió “como consecuencia del aumento de los gastos de administración”. Frente a tal punto, resultaba necesario que no solo se acreditara la mayor permanencia en la obra, sino que también se probaran los sobrecostos, así como el perjuicio ocasionado con la mayor permanencia en la obra. (…) La parte actora no acreditó que con la extensión del plazo del contrato se le hubieran causado los sobrecostos derivados de los gastos de administración, pues tan solo aportó al proceso las diferentes comunicaciones en las que solicitó al IDU que se le reconocieran esos valores.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO – Supuestos – Ruptura del equilibrio económico financiero**

Uno de los supuestos que da lugar a la ruptura del equilibrio económico-financiero de los contratos es la variación de precios, bien sea por incremento o por disminución, y esa variación puede tener origen en distintos fenómenos como: i) la fluctuación de la relación entre oferta y demanda de bienes y servicios, pues constituye un principio elemental de la economía que, a mayor demanda y menor oferta, el precio de los bienes en el mercado sube y, por el contario, a mayor oferta y menor demanda los precios del mercado tienden a bajar (ley de demanda) , ii) la inflación que, vista de manera general, se produce cuando el circulante monetario es mayor que la cantidad de bienes que se producen en una economía determinada, lo cual genera que el poder adquisitivo de la moneda sea menor y, como consecuencia obligada, los precios tengan una alza generalizada y constante , iii) la devaluación, que se refiere a la pérdida del valor nominal de la moneda de un país, pero, a diferencia de la inflación, se mide en relación con la moneda extranjera y no en relación con los bienes que se producen en el orden interno, aunque por efecto también causa alteración en los precios de los bienes y servicios, pues, si el valor nominal de la moneda desciende, los precios suben o, lo que es lo mismo, se debe pagar una mayor cantidad de moneda circulante por un bien o un servicio determinado y iv) la revaluación, que constituye el fenómeno opuesto a la devaluación .

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01913-01(36430)**

**Actor: PROMOTORA ENTORNO 2000 GERENCIA DISEÑO CONSTRUCCIÓN LTDA. Y OTROS**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

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 las partes contra la sentencia proferida el 14 de agosto de 2008, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso lo siguiente (se transcribe como obra en el original):

**“PRIMERO.-** Declarar el rompimiento del equilibrio económico del contrato No. 453 de 2000, debido a mayor permanencia del contratista Consorcio Urbano GPTN-027-2000 en la obra, por el lapso de cincuenta y un (51) días.

“**SEGUNDO.-** Condenar al IDU a pagar por mayor permanencia en la obra a los siguientes integrantes del Consorcio Urbano GPTN-027-2000, en proporción a su participación:

“a) A ‘Emecon Ltda.’, la suma de cuarenta y tres millones setecientos setenta y tres mil cincuenta y tres pesos con 7/100 ($43’773.053,07)

“b) A ‘Promotora Entorno 2000 Gerencia Diseño y Construcción Ltda.’, la suma de cuarenta y tres millones setecientos setenta y tres mil cincuenta y tres pesos con 7/100 ($43’773.053,07)

“c) A ‘C & G Consultoría Gerencia de Proyectos Ltda.’, la suma de cuarenta y cinco millones quinientos noventa y seis mil novecientos treinta pesos con 28/100 ($45’596.930,28)

“d) A Pucalpa Construcciones Ltda., la suma de cuarenta y tres millones setecientos setenta y tres mil cincuenta y tres pesos con 7/100 ($43’773.053,07)

“**TERCERO.-** Declarar el rompimiento del equilibrio económico del contrato No. 453 de 2000 por la elaboración por parte del Consorcio Urbano GPTN-027-2000 de los diseños eléctricos que no fueron reconocidos por la entidad contratante.

“**CUARTO.-** Condenar al IDU a pagar por la elaboración de diseños eléctricos a los siguientes integrantes del Consorcio Urbano GPTN-027-2000, en proporción a su participación::

“a) A ‘Emecon Ltda.’, la suma de cuatro millones doscientos treinta y dos mil seiscientos veintisiete pesos con 65/100” ($4’232.627,65)

“b) A ‘Promotora Entorno 2000 Gerencia Diseño y Construcción Ltda.’, la suma de cuatro millones doscientos treinta y dos mil seiscientos veintisiete pesos con 65/100 ($4’232.627,65)

“c) A ‘C & G Consultoría Gerencia de Proyectos Ltda.’, la suma de cuatro millones cuatrocientos ocho mil novecientos ochenta y siete pesos con 16/100 ($4’408.987,16)

“d) A ‘Pucalpa Construcciones Ltda.’, la suma de cuatro millones doscientos treinta y dos mil seiscientos veintisiete pesos con 65/100 ($4’232.627,65)

“**QUINTO.-** Negar las demás pretensiones.

“**SEXTO.-** Sin condena en costas.

“**SÉPTIMO.-** Si la presente providencia no es apelada, súrtase el grado jurisdiccional de consulta conforme lo establece el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo.

“**OCTAVO.-** Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaría de la sección los gastos ordinarios de proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad a lo establecido por el Artículo 7° y 9° del Acuerdo No. 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (fls. 300 y 300 vto., c. ppal.).

### **I.- ANTECEDENTES.-**

**1.- La demanda.-**

Mediante escrito radicado el 16 de septiembre de 2002 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, las sociedades Promotora Entorno 2000 Gerencia Diseño Construcción Ltda. –Entorno 2000, Emecon Ltda., C&G Consultoría y Gerencia de Proyectos Ltda. y Pucalpa Construcciones Ltda, como integrantes del Consorcio Urbano GPTN-027-2000 formularon demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, contra el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcribe como obra en el expediente):

“1.1 PRIMERA:

“Que se declare la nulidad parcial del Acta No. 21 de Liquidación del Contrato de Obra No 453 de 2000, celebrado entre el Consorcio Urbano GPTN-027-2000 y el Instituto de Desarrollo Urbano I.D.U., suscrita de común acuerdo entre las partes el 21 de septiembre de 2001, en cuanto en dicha Acta se dejaron situaciones y reclamaciones sin resolver, frente a las cuales el Contratista se reservó el derecho de demandar judicialmente, tal como consta en la glosa que antecede a su firma y en el anexo No 3 de la citada Acta de Liquidación.

“1.2 SEGUNDA:

“Se declare que la liquidación del contrato contenida en el Acta No. 21 de Liquidación del Contrato de Obra No 453 de 2000, suscrita por las partes el 21 de septiembre de 2001, debe complementarse, reconociendo el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU, las sumas que resulten probadas que se dejaron de pagar por los conceptos y situaciones que adelante se enumeran y se ordene su pago, al CONSORCIO URBANO GPTN-027-2000 y/o a las sociedades demandantes.

“1.3 TERCERA:

“Se declare que EL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU, incumplió el contrato 453 de 2000 suscrito entre esta Entidad y el Consorcio Urbano GPTN-027-2000, del cual forman parte las sociedades demandantes, y los artículos 3°; 4° numerales 8° y 9°; 5° numeral 1° y parte segunda del numeral 3°; 13; 14; 25; 27; 28; 40; 50 y 60 de la ley 80 de 1993, al negarse a restablecer el equilibrio económico del mismo, afectado por una serie de situaciones y hechos sobrevinientes, no atribuibles al contratista, que le han irrogado sobrecostos que el Consorcio reclamó durante la ejecución y la liquidación del contrato, sin resultados positivos, por lo cual se reservó el derecho a demandar por el detrimento patrimonial que estas situaciones le han causado.

“1.4. CUARTA:

“Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene al Instituto de Desarrollo Urbano, I.D.U., hacer al CONSORCIO URBANO GPTN-027-2000, los siguientes reconocimientos y pagos:

“A) La cantidad de seiscientos treinta y dos millones quinientos veintisiete mil ciento cuarenta pesos m/cte ($632’527.140), o la que se determine dentro de este proceso, que constituye la suma correspondiente a sobrecostos en que incurrió el CONSORCIO URBANO GPTN- 027-2000, como consecuencia del aumento de los gastos de administración por la mayor permanencia de 174 días en la ejecución del contrato, determinada por causas nos imputables al contratista y atribuibles al IDU.

“Esta suma se actualizará de acuerdo con las variaciones porcentuales de los índices de precios al consumidor entre el mes de mayo de 2000 (mes en que se presentó la propuesta) y el que exista cuando se produzca el fallo y a esta suma actualizada se le aplicarán los intereses de mora previstos en el artículo 4 numeral 8° de la ley 80 de 1993.

“B) La cantidad de sesenta y tres millones sesenta y ocho mil treinta y cuatro pesos m/te ($63’068.034), o la suma que se determine dentro de este proceso, que corresponde al ajustes de precios de la obra realizada en el año 2001, como consecuencia de la prolongación del plazo de ejecución, por causas no imputables al Contratista.

“Esta suma se actualizará de acuerdo con las variaciones porcentuales de los índices de precios al consumidor entre el mes de Enero de 2001 y el que exista cuando se produzca el fallo y a esta suma actualizada se le aplicarán los intereses de mora previstos en el artículo 4 numeral 8° de la ley 80 de 1993.

“C) La cantidad de dieciséis millones trescientos setenta y seis mil setecientos setenta y cuatro pesos m/te, ($16’376.764), o la suma que se determine dentro del presente proceso, que corresponde a los intereses causados por la mora en el pago de la suma correspondiente al último contado, ocasiondo en la demora en la liquidación del contrato.

“Esta suma se actualizará de acuerdo con las variaciones porcentuales de los índices de precios al consumidor entre el mes de julio de 2001 (mes en el que debió desembolsarse el pago) y el que exista cuando se produzca el fallo y a esta suma actualizada se le aplicarán los intereses de mora previstos en el artículo 4 numeral 8° de la ley 80 de 1993.

“D) La cantidad de veintinueve millones de pesos ($29’000.000), o la suma que se determine dentro de este proceso, que corresponde al trabajo adicional ordenado por el IDU al Consorcio Urbano GPTN-027-2000, relacionado con la elaboración del Diseño Eléctrico de la Estaciones.

“Esta suma se actualizará de acuerdo con las variaciones porcentuales de los índices de precios al consumidor entre el mes de mayo de 2000 (mes de la presentación de la oferta) y el que exista cuando se produzca el fallo sobre un valor de $11’600.000 que corresponden a la obra eléctrica contemplada en el Pliego y para los $17’400.000 restantes que comprenden al valor del diseño por concepto de obra eléctrica adicional. Se actualizará de acuerdo a los valores porcentuales de los índices entre el mes de enero de 2001 y el que exista cuando se produzca el fallo; y a estas sumas actualizadas se les aplicarán los intereses de mora previstos en el artículo 4 numeral 8° de la ley 80 de 1993.

“E) La cantidad de ciento ochenta y cinco millones doscientos ocho mil setecientos cuarenta y cinco pesos m/te ($185’208.745), o la suma que se determine dentro de este proceso, que corresponde al 5% del valor del contrato, descontado por el IDU, por concepto de la contribución establecida mediante la ley 418 de 1997.

“Esta suma se actualizará de acuerdo con las variaciones porcentuales de los Índices de Precios al Consumidor (IPC) al momento de cada descuento y el que exista cuando se produzca el fallo y a esta suma actualizada se le aplicarán los intereses de mora previstos en el artículo 4 numeral 8° de la ley 80 de 1993.

“F) La cantidad de cuatro millones setecientos setenta mil seiscientos cincuenta y cuatro pesos ($4’770.654), o la suma que se determine dentro de este proceso, por concepto de la mayor cantidad de obra resultante por nivelación de los vagones a las nuevas condiciones presentadas por no haberlas entregado según las acordadas, el contratista de la vía.

“Esta suma se actualizará de acuerdo con las variaciones porcentuales de los índices de precios al consumidor entre el mes de mayo de 2001 (mes en que se efectuó la liquidación del contrato) y el que exista cuando se produzca el fallo y a esta suma actualizada se le aplicarán los intereses de mora previstos en el artículo 4 numeral 8° de la ley 80 de 1993.

“G) La cantidad de dos millones ochocientos setenta mil setecientos cincuenta y dos pesos ($2’860.852) (sic), o la suma que se determine dentro de este proceso, por concepto de cantidades de obra no reconocidas ni pagadas por el IDU, correspondientes a la Cimentación de la Rampa en la parte norte de la Estación El Toberín

“Esta suma se actualizará de acuerdo con las variaciones porcentuales de los índices de precios al consumidor entre el mes de mayo de 2001 (mes en que se efectuó la liquidación del contrato) y el que exista cuando se produzca el fallo y a esta suma actualizada se le aplicarán los intereses de mora previstos en el artículo 4 numeral 8° de la ley 80 de 1993.

“H) La cantidad de tres millones ciento once mil trescientos cuarenta y cuatro pesos ($3’111.344), o la suma que se determine dentro de este proceso, por concepto de cantidades de obra no reconocidas ni pagadas por el IDU, correspondiente a la adecuación de rampas y sus barandas en la parte sur de la Estación El Toberín.

“Esta suma se actualizará de acuerdo con las variaciones porcentuales de los índices de precios al consumidor entre el mes de mayo de 2001 (mes en que se efectuó la liquidación del contrato) y el que exista cuando se produzca el fallo y a esta suma actualizada se le aplicarán los intereses de mora previstos en el artículo 4 numeral 8° de la ley 80 de 1993.

“I) La cantidad de once millones ochenta y cuatro mil cuatrocientos treinta y siete pesos ($11’084.437), o la suma que se determine dentro de este proceso, por concepto de sobrecostos en que incurrió el Contratista por la reposición de dos postes tipo 130 en la Estaciones Toberín y El Carmel, a casusa de accidentes automovilísticos causados por terceros y por la reposición del cableado eléctrico de la Estación de las Margaritas, por hurto de la acometida.

“Esta suma se actualizará de acuerdo con las variaciones porcentuales de los índices de precios al consumidor entre el mes de mayo de 2001 (mes en que se efectuó la liquidación del contrato) y el que exista cuando se produzca el fallo y a esta suma actualizada se le aplicarán los intereses de mora previstos en el artículo 4 numeral 8° de la ley 80 de 1993.

“1.5 QUINTA:

“El Instituto de Desarrollo Urbano IDU, por intermedio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la sentencia, dictará dentro de los treinta días siguientes a la comunicación de la misma, la resolución correspondiente en la cual se adoptaran las medidas necesarias para su cumplimiento y pagará, sobre el valor de la condena, intereses moratorios desde su ejecutoria y hasta el pago efectivo de la misma” (fls. 5 a 8, c. 1).

**2.- Hechos.-**

Los hechos narrados son, en síntesis, los siguientes:

**2.1.-** Las sociedades Promotora Entorno 2000 Gerencia Diseño Construcción Ltda. – Entorno 2000, Emecon Ltda., Ingeniería y Proyectos de Infraestructura IPI Ltda., C&G Consultoría y Gerencia de Proyectos Ltda. y Pucalpa Construcciones Ltda. conformaron el Consorcio Urbano GPTN-027 -2000 con el fin de participar en la licitación pública LP-GPTN-027-2000.

**2.2.-** Mediante la resolución 1101 del 16 de junio de 2000 el IDU adjudicó la licitación pública LP-GPTN-027-2000 al Consorcio Urbano GPTN-027-2000.

**2.3.-** El 28 de junio de 2000 se suscribió el contrato 453 entre el IDU y el Consorcio Urbano GPTN-027-2000, cuyo objeto fue el “realizar la implantación por el sistema de precios global fijo y la construcción a precios unitarios fijos sin formula (sic) de reajuste, de paraderos en la Autopista Norte para el Sistema de Transporte Transmilenio, Grupo 2, en Santafé de Bogotá D.C., de conformidad con su propuesta presentada el 16 de mayo del 2000, con las especificaciones indicadas en los pliegos de condiciones de la Licitación y bajo las condiciones especificadas en este contrato” (fl. 8, c. 1). Las obras se debían realizar “en un plazo de 120 días y/o cuatro meses a partir del acta de iniciación y tenia (sic) un valor estimado de $3.054’935.060” (*ibídem*).

**2.4.-** El contratista ejecutó por completo las obras y el 14 de febrero de 2001 se suscribió el acta de terminación del contrato de obra.

**2.5.-** Con el acta 20 del 6 de marzo de 2001 se recibieron las obras y el 21 de septiembre siguiente se liquidó bilateralmente el contrato, mediante acta en la que el contratista se reservó el derecho a reclamar por el desequilibrio económico del contrato ocasionado por los siguientes aspectos:

“A) Mayor permanencia por causas ajenas al contratista.

“B) Reajuste de la obra ejecutada en el año 2001.

“C) Costos financieros por demora en la cancelación del Acta de Liquidación del contrato.

“D) Elaboración del diseño eléctrico de las estaciones.

“E) Devolución del 5% descontado como contribución especial.

“F) Nivelación de los vagones.

“G) Cimentación de la Rampa (sic) en la parte norte de la Estación El Toberín.

“H) Adecuación de rampas y sus barandas en la parte sur de la Estación El Toberín

“I) Reposición poste tipo 130 de Toberín Norte y de la acometida eléctrica de la Estación Las Margaritas” (fl. 9, c. 1).

**2.6.-** La mayor permanencia en la obra se generó por el incumplimiento del IDU y porque fueron necesarios trabajos adicionales que no se contemplaron en el contrato inicial.

Los incumplimientos del IDU fueron:

i) “demora en la entrega de zonas para la construcción de paraderos”[[1]](#footnote-1) (fl. 11, c. 1) por la presencia de árboles que debían ser retirado, para lo cual se requería el permiso del DAMA. Faltando dos días para que se cumpliera el plazo inicial del contrato no se había entregado el área de trabajo; en consecuencia, se solicitó la prórroga del contrato, por lo que el 22 de noviembre de 2000 se suscribió el contrato adicional 1 y se reprogramaron las obras; sin embargo, tampoco se cumplió con ese cronograma, porque el IDU nuevamente se retrasó en la entrega de las zonas.

Lo anterior hizo incurrir al contratista en sobrecostos fijos no reembolsados por el IDU que fueron avalados por el interventor y por Transmilenio, pero la parte jurídica del IDU se opuso a su reconocimiento por no haber sido pactados.

ii) “incumplimiento en la entrega de diseños eléctricos” (fl. 11, c. 1). Inicialmente los diseños eléctricos estaban a cargo del IDU; sin embargo, aquéllos no fueron aprobados por Codensa, por lo que se le pidió al contratista su elaboración. El contratista los hizo, pero ese cambio implicó demoras en su aprobación, tanto por parte del IDU como de Codensa, lo que también generó trámites adicionales, así como la necesidad de una subestación en la estación de Mazurén, dando lugar a la segunda prórroga del contrato.

iii) incumplimiento en la entrega de las cajas de servicios públicos para distribuirlos a las estaciones.

iv) “falta de coordinación del IDU con otros de sus contratistas del Proyecto, para la entrega oportuna de obras y diseños previos e indispensables para el cumplimiento del contrato 453 de 2000” (fl. 11, c. 1), tales como retardo en la entrega de las zonas de trabajo, deficiente nivelación de la superficie de la calzada, errores en el alineamiento del sardinel del costado occidental de la Estación Margaritas, diseños eléctricos en los puntos de pago y en las puertas corredizas de los paraderos, diseño del puente peatonal de la calle 166, variaciones constantes en los diseños de los paraderos.

Ahora bien, en la ejecución del contrato fue necesario hacer obras adicionales que no habían sido contempladas, pero que resultaron necesarias para el funcionamiento de las estaciones, lo que originó que el plazo del contrato se adicionara en varias ocasiones; además, vencido el término de ejecución del contrato la interventoría continuó dando órdenes al contratista relacionadas con las obras adicionales pendientes, labores de mantenimiento y nuevas obras, aspectos que también generaron mayor permanencia en la obra.

**2.7.-** En el pliego de condicionesse previó que las obras debían ejecutarse en el año 2000, motivo por el cual en el contrato 453 no se pactó fórmula de reajuste; sin embargo, más de la tercera parte de los trabajos se ejecutaron durante el 2001, por lo que se solicitó que se reconociera el reajuste de los precios de la obra ejecutada en ese año, pero el IDU negó esa petición con fundamento en que, cuando se suscribió la prórroga del contrato, el consorcio renunció a cualquier tipo de reclamación o sobrecosto por la misma, lo que generó un desequilibrio económico.

**2.8.-** También se generó un desequilibrio económico por la mora en la cancelación del último pago correspondiente al acta de liquidación del contrato, sumado al hecho de que el IDU demoró injustificadamente esa liquidación seis meses y medio después de recibidos los trabajos, por lo que se le debían reconocer a la parte actora los intereses de mora sobre esa suma.

**2.9.-** El IDU no reconoció el pago de los nuevos diseños eléctricos con el fundamento inadmisible que los demás contratistas no reclamaron. Con ello se causó un desequilibrio económico, pues se trató de trabajo adicional no previsto en el contrato.

**2.10.-** Al contratista se le descontó el 5% por concepto de la contribución creada por la ley 418 de 1997; sin embargo, el consorcio no era sujeto pasivo de ese tributo, ya que la ley se refirió a las personas naturales o jurídicas, pero no a los consorcios o uniones temporales.

Agregó que no se podía entender que el tributo se trasladaba a cada una de las sociedades que conformaban el consorcio, pues ellas no suscribieron el contrato, por lo que se le debía devolver el valor descontado por ese concepto.

Adicionalmente, precisó que el impuesto se aplicaba a los contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías, lo que no se enmarcaba dentro del objeto del contrato 453 de 2000, el cual fue la implantación y construcción de paraderos en la autopista norte para el sistema de transporte Transmilenio.

**2.11.-** El contratista de la obra civil dejó desniveles en la calzada, por lo que el consorcio demandante se vio en la necesidad de adecuar algunas estaciones para nivelarlas, lo que no se encontraba dentro de sus obligaciones y, por lo tanto, le generó un sobrecosto.

**2.12.-** El IDU le solicitó al consorcio la construcción de la rampa de acceso al puente peatonal de la estación Toberín, los diseños y la obra fueron aprobados por la interventoría; sin embargo, posteriormente el IDU informó al contratista que ya no se requería la obra, motivo por el cual no la pagó.

**2.13.-** El contratista también tuvo que construir rampas y barandas de la estación Toberín como obras adicionales; sin embargo, una vez aprobados los diseños y la construcción por la interventoría, el IDU solicitó que se modificaran las obras, lo que evidencia la falta de planeación en el desarrollo del contrato. Cumplidas las nuevas órdenes el IDU se abstuvo de pagar la modificación de las obras.

**2.14.-** El 14 de febrero de 2001 las partes suscribieron el acta 19 de terminación del contrato de obra y el 6 de marzo de ese mismo año el acta de recibo final de la obra; sin embargo, solo el 16 de mayo siguiente se recibió de manera definitiva y total. En el lapso comprendido entre la firma del acta de recibo final y la recepción de las obras se presentaron dos hechos imprevisibles para el contratista, que afectaron el equilibrio económico del contrato: i) dos accidentes automovilísticos que implicaron para el contratista reponer obras ya construidas y ii) el hurto de 195 metros de conductores eléctricos en la estación Las Margaritas.

**3.- Fundamentos de derecho.-**

Se invocaron como fundamentos de derecho los artículos 2, 6 y 90 de de la Constitución Política, los artículos 3, 4 (numerales 8 y 9), 5 (numeral 1 y 3), 13, 14, 25, 27, 28, 40, 50 y 60, el artículo 1 del decreto 679 de 1994 y los artículos 87, 136, 206 a 214 del Código Contencioso Administrativo.

**4.- La actuación procesal.-**

Por auto del 28 de noviembre de 2002 se admitió la demanda, se ordenó la vinculación del demandado al proceso, a través de la notificación personal de la providencia al director del Instituto de Desarrollo Urbano - IDU, se ordenó la notificación personal al agente del Ministerio Público y se dispuso la fijación del negocio en lista.

El IDU se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, al considerar que carecían de fundamentos fácticos ya que no existieron sobrecostos derivados de la mayor permanencia en la obra, pues el valor total del contrato fue pagado y, en su concepto, lo solicitado por el actor corresponde a actividades que hicieron parte del objeto contractual o a riesgos asumidos por el contratista.

Indicó que el contratista tenía dentro de sus obligaciones la de realizar los diseños de implantación, fabricación, construcción de obras físicas menores, montaje de estaciones “de acuerdo con los diseños prototipos de servicios públicos, incluidos por supuesto los eléctricos y de obtener su aprobación ante CODENSA” (fl. 91, c. 1).

En cuanto a lo relacionado con la implantación, ello implicaba realizar las correcciones y los ajustes indicados por la interventoría, hasta que fueran aprobados, lo que necesariamente requería la coordinación con los demás contratistas.

Como consecuencia de las circunstancias imprevistas, las partes realizaron un estudio y acordaron la prórroga y la adición del contrato.

Con la solicitud de prórroga del contrato por 30 días, legalizada con el contrato adicional 3, el contratista renunció a reclamarle al IDU los sobrecostos por mayor permanencia en la obra; adicionalmente, el actor no demostró la variación negativa de los precios, sumado al hecho de que en el contrato 453 de 2000 no se pactó reajuste de precios.

El IDU no incurrió en mora para el pago de los saldos, porque éstos solo se hacían exigibles cuando se cumplieran los requisitos contenidos en la cláusula séptima (ordinal c) del contrato, que exigía la entrega a satisfacción de los estudios y planos récord, así como la aprobación por parte de las empresas de servicios públicos y de las entidades competentes y la suscripción del acta de liquidación del contrato. Así las cosas, cuando se cumplió con tales requisitos el IDU canceló las cuentas pendientes dentro del término establecido en el contrato, esto es, 45 días hábiles.

De otra parte, señaló que se descontó legalmente la contribución de que trata la ley 418 de 1997, ya que tal disposición se encontraba vigente tanto para la fecha de presentación de la propuesta, como al momento de la celebración del contrato. Agregó que los consorcios eran sujetos pasivos del impuesto contenido en la mencionada ley.

Precisó que el proceso constructivo era un riesgo a cargo del contratista y por ello debía hacer las correcciones normales de los montajes de los vagones, los errores en la nivelación de los vagones son el resultado de errores del contratista en el procedimiento constructivo, por lo que no había lugar a reconocerle sobrecostos por esa actividad.

Agregó, que los riesgos de suministro, manejo y almacenamiento de los materiales necesarios para la construcción e implantación debían ser asumidos por el contratista, por lo que el hurto y los accidentes acaecidos en la obra corrían a cargo del demandante, sumado al hecho de que las obras aún no habían sido entregadas a satisfacción.

Propuso las siguientes excepciones:

i)”Los sobrecostos reclamados por el demandante por desequilibrio económico no tienen amparo en la ley y los hechos del contrato y tienen alcance de cobro de lo no debido” (fl. 94, c. 1), ya que con los contratos adicionales 1 y 2, mediante los cuales se prorrogó en 51 días la ejecución de la obra, también se adicionó el valor del mismo, con lo que se compensó el mayor tiempo de duración de la obra. Respecto del contrato adicional 3, allí mismo se pactó que no causaría ningún sobrecosto al IDU.

ii) Excepción de contrato cumplido.

iii) Inexistencia de sobrecostos por mayor permanencia del contratista en la obra: con los contratos adicionales se conjuraron las situaciones imprevistas que se presentaron durante la ejecución del contrato, precisamente con ellos se amplió el plazo del contrato y se reajustó el precio para restablecer adecuadamente la ecuación económica del contrato.

iv) Inexistencia de obligación del IDU para reembolsar al contratista el valor correspondiente a la contribución establecida mediante la ley 418 de 1997.

v) inexistencia de mora en el pago de las cuentas de cobro.

vi) “Inexistencia de la obligación para la entidad contratante de reconocer y pagar al contratista los mayores costos relacionados en los ordinales D, F, G, H, I de la demanda” (fl. 106, c. 1).

**5.- Los alegatos de primera instancia.-**

Las partes reiteraron lo expuesto a lo largo del proceso. La parte actora agregó que con el segundo dictamen pericial, practicado dentro del trámite de objeción por error grave, se acreditó la mayor permanencia en la obra y los sobrecostos en los que incurrió.

El IDU agregó que el dictamen rendido dentro de la objeción por error grave del primer dictamen carece de sustentos jurídicos y técnicos, ya que desconoció los acuerdos a los que habían llegado las partes y no tuvo en cuenta el pliego de condiciones, ni el contrato 453.

El Ministerio Público guardó silencio.

**6.- La sentencia recurrida.-**

Es la proferida el 14 de agosto de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en la forma señalada al inicio de esta providencia, al considerar que con el contrato adicional 1 se prorrogó el plazo del contrato en 51 días y, si bien allí se pactó que ello no causaría costos adicionales para el IDU, era evidente que el plazo adicional obedeció a la mora del IDU en la entrega de las zonas de trabajo por la presencia de árboles y luminarias que no fueron tenidos en cuenta por el IDU.

Posteriormente el contrato adicional 2 previó una adición presupuestal del contrato que correspondió a la ejecución de obras adicionales, pero que no incluyó los costos fijos por administración que invirtió el consorcio para el cumplimiento del objeto contractual, por lo que accedió a su reconocimiento, para lo cual tomó en cuenta lo previamente indicado por la interventoría y la gerencia de Transmilenio y descartó los montos señalados en los dictámenes periciales.

En cuanto a los costos fijos derivados de la prórroga 3 del contrato por el lapso de un mes, se señaló que el contratista expresamente aceptó que dicha prórroga no generaría mayores costos para el IDU, por lo que debía ser respetada la autonomía privada de la voluntad de las partes, máxime cuando la legalidad de dicha cláusula no fue atacada; en consecuencia, se negó su reconocimiento.

Precisó que no se aportaron pruebas que acreditaran que el contratista permaneció en la obra por 174 días más al tiempo pactado.

En cuanto a la solicitud de ajustar los precios de las obras ejecutadas por fuera del plazo inicial, se indicó que la forma de pago pactada fue de precios unitarios sin fórmula de reajuste, por lo que no era viable hacer reconocimiento alguno por ese concepto.

De otro lado, no se encontró acreditada la mora en el pago de la última cuenta de cobro derivada de la liquidación del contrato.

En lo referente al diseño eléctrico, el *a quo* determinó que era obligación del IDU entregar al contratista diseños idóneos, por lo que, al no ser aprobados por Codensa los diseños iniciales, el IDU debía reconocer el valor de los nuevos diseños efectuados por el contratista, por ser un ítem adicional a lo pactado.

Ahora, en cuanto a la petición de devolver el 5% que fue descontado de la cuentas de cobro por concepto de la contribución establecida por la ley 418 de 1997, el tribunal acogió el concepto de la Dian según el cual cada uno de los consorciados está obligado a cancelarla.

Por otra parte, negó el reconocimiento de mayor cantidad de obra por la nivelación de los vagones, por cuanto dicha nivelación hacía parte de las obligaciones del contratista, sumado al hecho de que no se probaron las causas que originaron esa supuesta mayor cantidad de obra.

“Acerca del mayor valor por concepto de las rampas y las barandas de la estación Toberín, conviene la Sala en que no existe claridad acerca de si las modificaciones en los diseños y mayores cantidades de obra tienen su génesis en hechos imputables a la entidad contrate o a errores del contratista” (fl. 289 vto., c. ppal.).

Finalmente, en cuanto al pago de la reposición de dos postes tipo 130 en la estaciones Toberín y Carmel y el cableado de la estación Margaritas, se consideró que, para el momento en que ocurrieron los siniestros, no se habían entregado las obras, por lo que la vigilancia de éstas se encontraba a cargo del contratista y, además, no se probó mora de la entidad en la recepción de las obras, motivo por el cual también se negó su reconocimiento.

**7.- El recurso de apelación.-**

Inconformes con la anterior decisión, las partes, dentro de la oportunidad prevista para ello por el ordenamiento jurídico, interpusieron sendos recursos de apelación.

El IDU manifestó su inconformidad con la condena en su contra. De un lado, afirmó que los precios y las obras contenidos en los contratos adicionales 1 y 2 incluían el AIU y que entender lo contrario implicaría un doble pago de los costos de administración, ya que en los precios presentados por el demandante, de conformidad con su propuesta y los pliegos de condiciones, ese concepto –AIU- estaba incluido.

En cuanto a los diseños eléctricos, adujo que el tribunal desconoció las obligaciones específicas del contratista, entre las que se encontraba la de “realizar los diseños de implantación, fabricación, construcción de obras físicas menores y montajes de la estaciones, de acuerdo con los **diseños prototipo** de servicios públicos, incluidos los eléctricos y de obtener su aprobación ante Codensa” (fl. 313, c. ppal. – negrillas del original). Así, solicitó que se revocara la sentencia apelada y se negaran todas las pretensiones.

La parte actora, a su vez, sustentó su recurso en los siguientes términos (se transcribe literalmente):

“Consagra la norma procesal, que la sentencia debe proferirse teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso. En el presente caso, si bien se cita en la sentencia una serie de apartes de documentos obrantes como pruebas dentro del citado proceso, se omite un análisis cuidadoso de la misma y no se tiene en cuenta para nada la prueba testimonial, ni la documental aportada con la demanda, afirmándose en el fallo, que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, cuando un examen real de las pruebas que por el contrario que cada uno de los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones fue eficaz y suficientemente probado dentro del expediente.

“Sirve de ejemplo a mi inconformismo con el fallo de primera instancia, el caso de la pretensión que se reconozca la mayor permanencia en obra por motivos ajenos al consorcio contratista, en 173 días. La sentencia reconoce esta sólo para 51 días, cuando existe prueba clara y prolija que el contrato se extendió por 173 días más por razones de incumplimiento del IDU en la entrega de las zonas, obras inicialmente no previstas, falta de diseños para el trabajo eléctrico, etc., hechos ampliamente reconocidos en actas, en los contratos de prorroga etc., como quedó detallado en el escrito de alegatos y como lo consignaré en el momento de alegar de conclusión.

“Igual situación se presenta al referirse el fallo a cada una de las pretensiones económicas. Se aportaron las pruebas documentales y testimoniales correspondientes y se realizaron dos peritazgos dentro del proceso, que tampoco fueron materia de análisis en la sentencia. El fallo no guarda congruencia con lo probado dentro del caso.

“También existe inconformidad con la sentencia porque frente a las situaciones presentadas, no se esta dando aplicación al ordenamiento legal contenido en la ley 80, el fallo se aparta de los principios y reglamentaciones que rigen la contratación pública. En consecuencia debe revisarse en su totalidad, para que la decisión del caso tome en cuenta las pruebas aportadas y las normas aplicables al caso y se produzca una indemnización integral a los demandantes por el detrimento patrimonial que afecta sus intereses” (fls. 316 y 317, c. ppal.)

**8.- Trámite de segunda instancia.-**

El recurso se concedió el 4 de diciembre de 2008, el 27 de marzo de 2009 se corrió traslado a las partes para que lo sustentaran, se admitió el 17 de julio siguiente y, habiéndose dado traslado para alegar, las partes reiteraron lo expuesto a lo largo del proceso. El Ministerio Público guardó silencio.

La parte actora insistió en que el tribunal no analizó adecuadamente la prueba recaudada que daba soporte y acreditaba cada uno de los aspectos sobre los cuales se dejaron observaciones en el acta de liquidación bilateral, tales como:

i) La mayor permanencia en la obra, por hechos atribuibles al IDU, por 173 días y no por 51 días como lo reconoció el *a quo*, sin que el contratista hubiera renunciado a reclamar por dicho concepto, como erróneamente lo ha dicho el IDU, pues, de entenderse en ese sentido lo pactado en los contratos adicionales referente a que la prórroga no causaría ningún sobrecosto al contratante, tal renuncia sería ilegal.

ii) Ajuste de precios sobre obras ejecutada en el año 2001 y que fueron pagadas a precios del 2000.

iii) Reconocimiento de los intereses causados por la mora en el pago final del contrato.

iv) Pago del diseño eléctrico de las estaciones.

v) Reintegro de lo pagado por concepto de la contribución establecida en la ley 418 de 1997.

vi) Mayores cantidades de obra ejecutada y no pagada.

**9.- Impedimento.-**

Mediante auto del 13 de enero de 2012 se aceptó el impedimento manifestado por el Consejero Hernán Andrade Rincón, por hallarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto su hija se encontraba laborando en el IDU.

**II. CONSIDERACIONES**

**1.- La competencia.-**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de agosto de 2008, por cuanto la pretensión mayor fue estimada razonadamente en $632’527.140. Para la época de interposición de los recursos de apelación[[2]](#footnote-2), eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera la suma de $154’500.000[[3]](#footnote-3), monto que acá 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.

Además, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-4), el cual establece que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Comoquiera que el Instituto de Desarrollo Urbano es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa[[5]](#footnote-5), naturalmente los contratos en los cuales esa entidad haya sido parte son contratos estatales.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido, ha dicho la Sala:

“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado,** ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos”[[6]](#footnote-6) (negrilla fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, se tiene que, en el marco del ordenamiento jurídico vigente, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, si ésta es estatal, el contrato también lo es, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar.

La afirmación anterior tiene fundamento legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que, al definir los contratos estatales, adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato; en efecto, la norma acabada de citar dice que: *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (…)”[[7]](#footnote-7).*

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 que, a su vez, fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2006, define el objeto de esta jurisdicción, en los siguientes términos:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional” (negrillas fuera de texto).

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, determinó que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las controversias y litigios administrativos”*, como disponía el texto anterior del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo. Respecto de su alcance se pronunció la Sala, mediante auto del 8 de febrero de 2007 (radicación 30.903), en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, se señaló:

“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

“(…)

“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo”.

**2.- Ejercicio oportuno de la acción.-**

De conformidad con el artículo 136 (numeral 10, literales c y d) del Código Contencioso Administrativo, en los contratos sujetos a liquidación el término para el ejercicio de la acción contractual se cuenta a partir del día siguiente a la fecha en que se liquide el contrato, liquidación que puede ser bilateral o unilateral. La bilateral puede hacerse dentro del plazo previsto para tal efecto en el contrato o, en su defecto, dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación. La unilateral se realiza cuando el acuerdo de liquidación se frustre y/o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo que tienen las partes para liquidarlo.

En el presente caso, la liquidación del contrato se efectuó en forma bilateral el 21 de septiembre de 2001 y la demanda se presentó el 16 de septiembre de 2002, por lo que se evidencia que ésta se interpuso dentro del término de los dos años.

**3.- Aspecto previo.-**

Dentro del trámite de la primera instancia se decretó como prueba la práctica de un dictamen pericial, el cual fue objetado por error grave, razón por la cual se ordenó un nuevo peritaje.

Frente a la objeción por error grave, la sentencia de primera instancia dispuso que no por el hecho de que las conclusiones del dictamen fueran contrarias a las pretensiones del actor, ello implicaba que ellas fueran erróneas, declaró que no procedía tal objeción y agregó que:

“Entonces, la Sala apreciará los dictámenes rendidos en el curso del proceso, en los términos del artículo 241 del C.P.C., conforme a las reglas procesales de oportunidad y forma, como los principios probatorios de la sana critica y la apreciación racional de las pruebas, teniendo en cuenta la firmeza, precisión, calidad y contenido integral del dictamen, la competencia del perito y los demás elementos probatorios que obren en el proceso” (fl. 279, c. ppal.).

Frente a lo anterior, ninguna de las partes expresó su inconformidad en el recurso de apelación.

Se pone de presente que los argumentos expuestos en el recurso de apelación fijan la competencia de la Sala para resolver el *sub júdice,*  como se ha considerado en ocasiones anteriores:

“Al respecto conviene recordar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

‘La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y **por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (…).’ (Negrillas adicionales).

“En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’[[8]](#footnote-8)”[[9]](#footnote-9).

Así las cosas, la Sala valorará los dictámenes periciales bajo el principio de la sana crítica.

**4.-Análisis del caso.-**

Las partes interpusieron recurso de apelación, el cual se dirige a que, de parte del IDU, se revoque la sentencia frente a las pretensiones a las que se accedió y, de parte del actor, a que se revise en su integridad el fallo, pues considera que no se valoró el material probatorio en debida forma, ya que, en su concepto, toda la prueba recaudada permite llegar a la convicción necesaria para acceder a la totalidad de las pretensiones.

Es necesario precisar que, cuando se trata de contratos que se han liquidado en forma bilateral, el estudio de las pretensiones se ve condicionado a que se hayan dejado las respectivas constancias o salvedades en el momento de la suscripción del acta respectiva.

En efecto, la liquidación del contrato se ha entendido como un corte de cuentas entre las partes contratantes, es la etapa final del negocio jurídico donde se hace el balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y se define el estado en que queda el contrato después de su ejecución o terminación por cualquier otra causa. En ese sentido se ha pronunciado esta Sección:

“… la Jurisprudencia (sic) ha establecido que el alcance y sentido de la liquidación definitiva de un contrato es el de un verdadero balance o corte de cuentas, lo cual permite determinar si alguna de las partes de un contrato le debe algo a la otra u otras y (sic) de ser así, cuánto es el monto del valor adeudado”[[10]](#footnote-10).

La liquidación puede ser unilateral o bilateral. Esta última supone un acuerdo de voluntades de naturaleza contractual, porque son las mismas partes del negocio quienes establecen los términos en que finaliza la relación.

Cuando se trata de liquidación bilateral, la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que no es posible que las partes intenten una acción judicial, para reclamar por los daños e inconformidades, si la parte interesada no dejó constancias de insatisfacción en relación con el aspecto concreto que aspira a reclamar ante el juez, a menos que se haya configurado en su celebración algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Esta tesis se ha aplicado con fundamento en un criterio jurisprudencial[[11]](#footnote-11) y legal[[12]](#footnote-12), salvo que se trate de circunstancias que se presenten con posterioridad a la fecha en la que se suscriba el acta de liquidación del contrato. En este orden de ideas se dejó sentado:

“En este sentido, constituye requisito de la acción contractual la existencia de la inconformidad, que debe quedar expresa y escrita en el acta de liquidación bilateral. Por eso ha considerado esta Sala –sentencia de julio 6 de 2.005. Exp. 14.113- que: ‘… la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión de contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad…’”[[13]](#footnote-13).

Sobre los requisitos que deben cumplir las observaciones que se dejen en el acta de liquidación bilateral del contrato se ha dicho:

“De modo que los requisitos de las inconformidades que se deben incluir en el documento de liquidación bilateral, son las (sici) siguientes:

“i) es preciso que se identifiquen de manera adecuada y clara los problemas o circunstancia que le sirven de fundamento fáctico a la reclamación. Es decir, que se indiquen cuáles son los motivos en los que se estructura esa glosa.

“ii) La inconformidad debe ser señalada de manera expresa, clara, concreta y específica; por lo tanto, no son válidas salvedades genéricas que no especifiquen de forma puntual el tópico o la materia sobre la que recaen las mismas.

“iii) Es preciso que se incluya al menos una breve consideración sobre las razones que dan soporte a la reclamación, sin que ello suponga la necesidad de incluir argumentos de índole técnica o jurídica, pero sí al menos las razones o fundamentos por los que se considera que es viable la salvedad”[[14]](#footnote-14).

En ese orden de ideas, se deben estudiar los aspectos que fueron planteados en la demanda de cara a las salvedades que dejó el consorcio contratista en el acta de liquidación bilateral, en cuyo anexo 3 se lee:

“… me reservo el derecho a presentar reclamaciones sobre los siguientes conceptos tal como se evidencia en los antecedentes administrativos del contrato, y que tales conceptos de manera específica no fueron tenidos en cuenta en el Acta de Liquidación:

“- Costo financiero por demora en la cancelación del pago del Acta de Liquidación del contrato

“- Descuento del 5% de contribución especial aplicada a cada uno de los pagos realizados al Consorcio Urbano.

“- Reconocimiento del costo de la formaleta para muretes en concreto[[15]](#footnote-15).

“- Nivelación de los vagones.

“- Cimentación rampa Toberín Norte.

“- Adecuación de rampa Toberín Sur.

“- Diseño eléctrico de las estaciones.

“- Reposición poste tipo M-130 de Toberín Norte y reposición acometida eléctrica de Estación las Margaritas.

“- Reajuste de la obra ejecutada en el año 2001.

“- Mayor permanencia de un mes otrosí No. 3.

“- Mayor permanencia desde la finalización de los trabajos hasta el recibo final de las obras.

“- Mayor permanencia de los 51 días Otrosi No. 1 y No. 2” (fl. 8, c. 3)

Las anteriores salvedades realizadas por el consorcio constructor se ajustan a los postulados jurisprudenciales, pues se identificaron los diferentes problemas sobre los cuales las partes no lograron un consenso.

Así las cosas, se procederá a estudiar las salvedades contenidas en el acta de liquidación del contrato en el orden que fueron propuestas en la demanda:

**4.1.- Desequilibrio económico del contrato por sobrecostos, no realización de reajuste de precios, pago tardío de la última cuenta y falta de pago de los diseños eléctricos.-**

El demandante considera que el equilibrio económico - financiero del contrato se quebrantó, porque las obras se retrasaron por hechos no imputables a él, lo que ocasionó que permaneciera en la obra por más tiempo del inicialmente pactado, lo cual, a su vez, le generó sobrecostos por gastos administrativos, porque no se reajustaron las obras ejecutadas en el año 2001, por la mora en la cancelación del último pago y por la falta de pago de los diseños eléctricos (hechos 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3 y 2.2.4 de la demanda[[16]](#footnote-16)).

La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no sólo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.

En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.

**4.1.1.-Sobrecostos no reconocidos.-**

Según la demanda los sobrecostos ocasionados al contratista se derivaron de dos aspectos: i) la mayor permanencia en la obra, la que a su vez se originó por: a) el incumplimiento del IDU en la entrega oportuna de: las zonas en las que se debía construir los paraderos, los diseños eléctricos, las cajas de servicios públicos y de obras, así como los diseños previos necesarios para la correcta ejecución del contrato 453 y b) por la necesidad de trabajos adicionales que ocasionó la prórroga del plazo inicial, y ii) la demora en la recepción de las obras por parte del IDU.

El actor afirmó que la tardanza en la entrega de las zonas necesarias para la construcción de los paraderos implicó una mayor permanencia en la ejecución de las obras que lo hizo incurrir en sobrecostos fijos no reembolsados por el IDU, estimados en la suma de $193.321.048 por los 51 días de prórroga

En el acta de liquidación del contrato tal observación fue planteada en la siguiente forma:

“- Mayor permanencia de un mes otrosí No. 3.

“- Mayor permanencia desde la finalización de los trabajos hasta el recibo final de las obras.

“- Mayor permanencia de los 51 días Otrosi No. 1 y No. 2”

Frente a este punto, el *a quo* encontró que el contrato fue prorrogado en dos ocasiones, primero por 51 días y luego por un mes, consideró que el contrato adicional 2 previó una adición al presupuesto, pero no comprendió lo gastado en exceso por el contratista por concepto de costos fijos por administración, por lo que accedió a reconocer ese aspecto por el término de 51 días; sin embargo, negó los correspondientes a la adición de un mes, argumentando que el contratista expresamente aceptó que dicha prórroga no generaría mayores costos para el IDU. Finalmente, señaló que no se probó la mayor permanencia en la obra de 174 días por causas no imputables al contratista.

El IDU manifestó su inconformidad con tal condena, pues considera que dentro del valor del contrato adicional 2 se incluyó el AIU. Agregó que no tendría sentido tener precios unitarios sin la inclusión del AIU, ya que no se trataba de un concepto independiente, sino que, por el contrario, se encontraba incluido dentro de la oferta presentada por el contratista.

Por su parte, el actor indicó que existía prueba dentro del proceso que determinaba que el actor permaneció por 173 días más, debido al incumplimiento del IDU.

De lo probado en el proceso se encuentra que, según la cláusula décima, el plazo de ejecución del contrato 453 de 2000 era de 4 meses y el de vigencia de 6 meses, contados, ambos, desde la fecha del acta de iniciación (fl. 25 vto., c. 2).

Dichos términos empezaron a correr el 24 de julio de 2000 (fl. 502 y 504, c. 2A), fecha en la que se suscribió el acta de inicio, es decir, en principio el plazo de ejecución vencía el 24 de noviembre de 2000 y el de vigencia el 24 de enero del año siguiente.

Sin embargo, se suscribieron tres contratos adicionales. Dos de ellos (el primero y el tercero) adicionaron el plazo en 51 días calendario inicialmente y, luego, en un mes más, con lo que se tiene que el término de ejecución culminó el 15 de febrero de 2001 y el de vigencia el 17 de abril siguiente.

Previo a la suscripción del contrato adicional 1 y como consecuencia del retraso en las obras, las partes y la interventoría intercambiaron comunicaciones referentes al tiempo necesario para cumplir con el objeto contractual, así como los costos que ello implicaría.

En efecto, desde el 27 de septiembre de 2000 el contratista solicitó prórroga del contrato por dos meses, así como el reconocimiento de los sobrecostos administrativos y de los recursos de obra en los que incurrió por causas imputables al IDU (fl. 513, c. 2A).

En el acta de seguimiento 12 del 17 de octubre de 2000, el Consorcio Urbano nuevamente solicitó la prórroga del contrato por 60 días. El IDU indicó que el contratista y la interventoría debían acordar el plazo que se iba a solicitar para ello, así como “el presupuesto adicional que esto representará para el proyecto” (fl. 518, c. 2A).

El 18 de octubre siguiente, en comunicación dirigida al Consorcio Urbano la interventoría consideró que el tiempo de prórroga debía ser de 36 días y le solicitó evaluar los costos administrativos que conllevaría tal ampliación (fl. 520, c. 2A).

En respuesta de lo anterior, el 7 de noviembre de 2000 el contratista puso en conocimiento del interventor los costos adicionales generados por la planta administrativa y física, derivados de la mayor permanencia en la obra, comunicación en la que se anexó la evaluación por sobrecostos financieros por 51 días (fl. 533 a 535, c. 2A).

En el acta de solicitud de prórroga del 14 de noviembre de 2000, de la Dirección Técnica de Construcciones – Gerencia de Transmilenio, suscrita por esa dependencia, el contratista, el interventor, el coordinador y, el “subdirector técnico o gerente” del IDU, se señaló como causal de la solicitud:

“H. CAUSALES DE LA SOLICITUD

“EN EL SEPARADOR CENTRAL DE LA AUTOPISTA NORTE SE ENCONTRABAN INDIVIDUOS ARBÓREOS QUE OBSTACULIZARON LAS ACTIVIDADES DE IMPLANTACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LOS PARADEROS. EL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO DILIGENCIÓ ANTE EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL MEDIO AMBIENTE DAMA, LA SOLICITUD DE RETIRO DE ESTOS INDIVIDUOS, TRÁMITE QUE DEMORÓ MÁS TIEMPO DE LO PREVISTO INICIALMENTE, YA QUE, LA RESOLUCIÓN NO INCLUYÓ ALGUNOS INDIVIDUOS CUYO TRATAMIENTO ERA DE TALA, POR LO QUE HUBO LA NECESIDAD DE INTERPONER UN RECURSO ADICIONAL A LA SOLICITUD INICIALMENTE PRESENTADA.

“…

“I. COMENTARIOS DE LA INTERVENTORIA ACERCA DE LA SOLICITUD

“LA INTERVENTORÍA HA RECOMENDADO AL IDU LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO SOLICITADO POR EL CONTRATISTA DEBIDO A QUE LOS RETRASOS PRESENTADOS A LA FECHA EN LA OBRA OBEDECEN A CAUSAS NO IMPUTABLES AL CONTRATISTA” (fl. 540, c. 2A - mayúsculas del original).

En esa misma fecha, la Dirección Técnica de Construcciones le recomendó a la Dirección General del IDU una prórroga del contrato por 51 días, por las causales antes señaladas (fl. 541, c. 2A).

A pesar de que el contratista había solicitado se le reconociera los sobrecostos administrativos por la prórroga de 51 días, el 22 de noviembre de 2000 se celebró el contrato adicional 1, en el que se pactó lo siguiente:

“**CLAUSULA PRIMERA – PLAZO:** Prorrogar el plazo pactado en el contrato principal en **cincuenta y un (51) días calendario.** **PARAGRAFO PRIMERO:** Las partes acuerdan mantener la vigencia del contrato principal. **PARAGRAFO SEGUNDO:** La presente prórroga no causará ningún sobre costo al IDU (…)” (fl.- 27, c. 2 – negrillas del original).

Posteriormente con el acta del 27 de noviembre de 2000 de la Dirección Técnica de Construcciones – Gerencia de Transmilenio, suscrita por esa dependencia, el contratista, el interventor, el coordinador y la gerencia de Transmilenio - IDU se solicitó la adición del valor del contrato en la suma de $750.000.000, como “causales de la solicitud” se indicó:

“AUMENTO EN LAS CANTIDADES ESTIMADAS INICIALMENTE POR EL IDU PARA EL PROYECTO COMO RESULTADO DE LA IMPLANTACIÓN, INCLUYENDO ITEMES NO PREVISTOS QUE SON NECESARIOS PARA LA CORRECTA EJECUCIÓN Y OPERACIÓN DEL PROYECTO” (fl. 545, c. 2A - mayúsculas del original).

El 30 de noviembre de 2000, en atención a la solicitud del contratista elevada el 7 de noviembre anterior, relacionada “con el reconocimiento de la suma … por concepto de los costos que se le generan a su empresa por la mayor permanencia durante la prórroga del plazo de ejecución de las obras”, la interventoría consideró que “el Contratista es acreedor al reconocimiento de los costos fijos que se le generen por causas ajenas a su responsabilidad durante la mayor permanencia de la prórroga del plazo de ejecución” (fl. 548, c. 2A), conclusión a la que llegó al estudiar el efecto de la prórroga por 51 días; en efecto, esa interventoría anexó al anterior concepto las siguientes consideraciones:

“Los costos de una mayor permanencia lo componen los costos fijos que, por depender inexorablemente del tiempo, se generan durante el plazo de ejecución prorrogado; distintos, por el contrario, de los costos variables que dependen de la cantidad de obra ejecutada. Adicional a los anteriores hay que tener en cuenta el valor de otros costos indirectos que se generan con la formalización del mayor valor de la obra contratada.

“Para proceder al cálculo de los costos fijos, hemos descompuesto el presupuesto de la construcción de las obras en las partidas de los costos directos y en las de los costos indirectos. En los primeros hemos tomado las partidas de mano de obra, equipo, transporte y materiales; en los segundos hemos tomado las partidas de administración, imprevistos y utilidades.

“Observamos además que los costos directos y los costos indirectos se descomponen a su vez en costos fijos y en costos variables. Los primeros dependen del tiempo; los segundos dependen de la cantidad de obra ejecutada. Se observa que el porcentaje de los costos fijos de los equipos corresponde a la componente de los costos de propiedad incluidos en el cálculo de la tarifa de arrendamiento del equipo… Por otra parte, el porcentaje de los costos fijos en los costos indirectos corresponden (sic) a aquellos costos de la partida de administración que dependen del tiempo, es decir, que se causan a medida que transcurre el tiempo…” (fl. 550, c. 2A).

El 4 de diciembre de 2000, la Dirección Técnica de Construcciones del IDU, en comunicación dirigida a la Dirección General de esa entidad, recomendó la adición del valor del contrato, por lo siguiente:

“1. Del desarrollo de la Implantación de paraderos especificada en el contrato, resultaron mayores cantidades de obra de ítems contratados.

“2. Igualmente, existen cantidades de obra en ítems no previstos dentro del contrato que son indispensables ejecutar para la terminación satisfactoria del proyecto

“Adicionalmente a lo anterior, solicitamos la corrección de la Cláusula Primera, Parágrafo Segundo del Contrato Adicional No. 1 al Contrato de la referencia, en donde específica que la prórroga en él establecida ‘***no causará ningún sobrecosto al IDU’***, ya que la presente adición se ejecutará en el término de la prórroga mencionada” (fl. 553, c. 2A – negrillas del original).

Lo anterior resulta ilustrativo, porque evidencia que lo que dio origen a la adición del contrato fue la existencia de mayores cantidades de obras no previstas e ítems tampoco previstos en el contrato, que era necesario ejecutar, motivo por el cual se solicitó que se modificara la cláusula del contrato adicional 1, en el sentido de indicar que sí se causarían sobrecostos, es decir, se debe entender que esos sobrecostos que se generarían con la ampliación del término del contrato por 51 días, se debían a la mayor cantidad de obra y a las obras nuevas, mas no a otra clase de sobrecostos, pues éstos no fueron objeto de acuerdo entre las partes, pese a que la interventoría había dado visto bueno al reconocimiento de los costos fijos.

En efecto, en el contrato adicional 2 del 29 de diciembre de 2000, con el cual se adicionó el valor del contrato 453 y se aclaró el parágrafo segundo del contrato adicional 1, se pactó lo siguientes:

“**CLAUSULA PRIMERA – VALOR:** Adicionar el valor pactado en el contrato principal en la suma de **SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($750’000.000.oo) moneda corriente,** equivalente a dos mil ochocientos ochenta y tres (2883) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (…) **PARAGRAFO SEGUNDO:** El valor aquí pactado se cancelará en actas mensuales por obra ejecutada debidamente aprobadas por la interventoría y aceptadas por el **IDU. PARAGRAFO TERCERO:** Se aclara que el valor aquí pactado se ejecutará en el término de la prórroga concedida mediante el adicional número 1, por lo que se aclara el parágrafo segundo de la cláusula primera del contrato adicional número 1 al contrato 453 del (sic) 2000, en el sentido que la prorroga (sic) si (sic) causará sobrecostos al **IDU**” (fl. 28, c. 2 – negrillas del original).

El 10 de enero de 2001, con acta firmada por el interventor, el contratista, el coordinador, el gerente de Trasmilenio – IDU y el Director Técnico de Construcción se solicitó otra prórroga del contrato. Allí se indicó:

“H. CAUSALES DE LA SOLICITUD

“EJECUCIÓN DE LAS OBRAS ADICIONALES DE EMPALME ENTRE EL PARADERO EL CARMEL Y EL PUENTE PEATONAL, Y NUEVOS TRÁMITES ANTE CODENSA, NO PREVISTOS INICIALMENTE, PARA LA APROBACIÓN DE UNA ALTERNATIVA MÁS FAVORABLE AL IDU QUE LA CONSTRUCCIÓN DE LA SUBESTACIÓN QUE INICIALMENTE CODENSA HABÍA PREVISTO.

“…

“I. COMENTARIOS DE LA INTERVENTORIA ACERCA DE LA SOLICITUD

“EL CONTRATISTA CONSORCIO URBANO HA ACORDADO CON LA INTERVENTORÍA Y CON EL IDU QUE LA PRESENTE PRÓRROGA NO SERÁ CAUSAL DE NINGÚN TIPO DE RECLAMACIÓN O SOBRE COSTO PARA EL IDU. ASI MISMO, SE ACUERDA QUE POR CAUSA DE LAS PLATAFORMAS QUE ES NECESARIO CONSTRUIR EN LOS PARADEROS LAS MARGARITAS, EL CARMEL Y TOBERÍN, ESTOS PARADEROS SE ENTREGARAN EL DÍA 31 DE ENERO DE 2001, Y EL PARADERO MAZURÉN Y TODAS LAS DEMÁS OBRAS ADICIONALES SE ENTREGARAN EL DÍA 14 DE FEBRERO DE 2001” (fl. 562, c. 2A – mayúsculas del original).

La Dirección Técnica de Construcciones del IDU, en comunicación dirigida a la Dirección General de esa entidad recomendó la prórroga, “teniendo en cuenta las siguientes causales”:

“1. El Contratista ejecutará obras adicionales correspondientes a la zona de acercamiento del Paradero El Carmel a puente peatonal que lo servirá.

“**2.** **Estas obras adicionales se ejecutarán con recursos del contrato, ya que se presentan menores cantidades de obra y obras contratadas que no se ejecutarán, con lo que se cubrirá su valor.**

“3. Se encuentra en trámite ante la Empresa de Energía de Bogotá, CODENSA S.A. E.S.P., una nueva solicitud de energización de las estaciones, ya que en la inicialmente planteada, CODENSA solicitó la construcción de una subestación. La nueva solicitud va encaminada a buscar una solución diferente a la de la construcción de la subestación, sin embargo este nuevo trámite requiere de tiempo adicional” (fl. 563, c. 2A – resalta la Sala).

En el contrato adicional 3, suscrito el 12 de enero de 2001, se pactó lo siguiente:

“**CLAUSULA PRIMERA – PLAZO:** Prorrogar el plazo pactado en el contrato principal en **un (01) mes. PARAGRAFO PRIMERO:** Las partes acuerdan mantener la vigencia del contrato principal. **PARAGRAFO SEGUNDO:** La presente prórroga no causará ningún sobrecosto al **IDU”** (fl. 29, c. 2 – negrillas del original – subraya la Sala).

El 14 de febrero de 2001 se suscribió el acta 19 de terminación del contrato por obra terminada. Allí se señaló que el contratista cumplió con el objeto contratado en el plazo establecido, que las obras ejecutadas presentaban buen acabado y que en las actas provisionales de recibo de obra se dejaron las observaciones sobre las correcciones que debía realizar el contratista (fls. 598 a 599, c. 2A). Entre tales observaciones se dejó constancia de varios paraderos o estaciones que se encontraban parcialmente finalizadas (fls. 164 a 184, c. 3), de lo que se evidencia que para esa fecha no se habían cumplido en su totalidad las obligaciones contractuales.

El 6 de marzo de 2001 se suscribió el acta 20 de recibo final del contrato de obra en la que se dejó constancia de que los trabajos se encontraban ejecutados a entera satisfacción, de acuerdo con lo establecido en el contrato; en consecuencia, el contratista hizo entrega de ellos a la interventoría y este último los recibió. Esta acta fue firmada por el Coordinador del IDU, el contratista y el interventor (fls. 680 a 682, c. 2A); sin embargo, en fecha posterior (como se verá más adelante) se suscribió un acta de recibo final de las estaciones, lo que indica que para el 6 de marzo de 2001 éstas aún no estaban plenamente terminadas.

El 14 de marzo de 2001, el contratista reiteró su petición de que se le restableciera el equilibrio económico del contrato por la mayor permanencia en la obra por el período comprendido entre el 24 de noviembre de 2000 y el 13 de enero de 2001, ocasionada por hechos no imputables al consorcio; al respecto, indicó (trascripción literal):

“De conformidad con la oferta presentada por le (sic) Consorcio Urbanos, el AIU se fijó en un 19.3% para un período de 3 meses de construcción días (sic), luego resulta claro que con ocasión de la mayor permanencia originada en causas no imputables al contratista por el período 24 de Noviembre al 13 de Enero, se afectó la intangibilidad de la ecuación contractual, lo que implicó un desbalance de la misma en contra del Consorcio Urbano en razón de la mayor permanencia y los consecuentes costos directos e indirectos que corrieron exclusivamente a cargo del Consorcio Urbano en su detrimento y a favor del interés público representado por el Instituto de Desarrollo Urbano” (fl. 700, c. 2A).

En respuesta a lo anterior, con memorando del 30 de marzo de 2001 el IDU emitió concepto negativo para reconocer los mayores costos derivados del contrato adicional 3, mediante el cual se prorrogó el contrato por el término de un mes, con fundamento en que el contratista expresamente renunció a ello, pues allí se pactó que “la presente prorroga no causaría ningún sobrecosto al IDU”, por lo que no le asistía razón al contratista en solicitar que se le reconocieran valores adicionales.

El actor pidió al IDU reconsiderar esa decisión, puso de presente que su solicitud se refería a los sobrecostos derivados de la primera prórroga, los que habían sido avalados previamente por la interventoría, y no a aquéllos derivados del contrato adicional 3; en consecuencia, indicó que “mal podría interpretarse que de manera automática y además retroactiva al resto de estipulaciones contractuales, la modificación N° 3 tuvo la virtud de implicar la renuncia a reclamar los sobrecostos” derivados de la primera ampliación del término del contrato, cuya viabilidad se dio con la adición 2 (fls. 753 s 756, c. 2A).

El 29 de marzo de 2001, el Consorcio puso en conocimiento del IDU y de la interventoría que las estaciones de los paraderos se encontraban terminadas y que faltaba que Codensa realizara las conexiones eléctricas, por lo que le solicitó que se recibieran los trabajos y se hiciera cargo de la vigilancia (fl. 729 y 730, c. 2A), lo que fue reiterado en comunicación del 18 de abril de 2001 (fl. 749, c. 2A). Esto prueba, una vez más, que el 6 de marzo de 2001 no se habían recibido en su totalidad las obras.

De lo anterior se evidencia que para esta fecha, 29 de marzo de 2001, si bien ya se habían terminado las obras y se había suscrito el acta de recibo de las mismas, el contratista aún no había cumplido con todas sus obligaciones, pues, como bien lo deja ver la anterior comunicación, faltaban las conexiones eléctricas, lo cual, según el pliego de condiciones y el contrato, recaía sobre el contratista:

En efecto, en el pliego de condiciones se estableció:

“**DESCRIPCIÓN Y ALCANCE DE LOS TRABAJOS**

“…

**“8.2 FABRICACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LAS ESTACIONES**

“Los trabajos comprenden la construcción de la Estructura de las estaciones sobre la **Autopista Norte**. La estructura metálica será de acuerdo al (sic) prototipo definido por el **IDU** (sic)según los diseños suministrados de las estaciones en los presentes pliegos. En lo que toca a las obras de urbanismo complementarias el contratista deber realizar la conexión de cada estación a las diferentes redes que necesite, como por ejemplo eléctrica, telefónica y acueducto.

“…

“El contratista deberá ejecutar las siguientes actividades:

“- Conexión de las estaciones a las diferentes redes de servicios públicos urbanos” (fl. 77, vto. c. 2 – negrillas del original, subraya la Sala).

Lo anterior debe entenderse en concordancia con lo establecido en el contrato:

“CLAUSULA CUARTA – OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN LA EJECUCION DE LA OBRA: … **7)** **Trámite ante las empresas:** EL **CONTRATISTA** se obliga así mismo a presentar constancia de recibo y aprobación de las respectivas Empresas (Acueducto y Alcantarillado, Energía, Gas y Teléfonos) donde conste la construcción de los distintos servicios públicos durante la ejecución del contrato. Esta certificación es requisito previo para el último pago y deberá ser presentada para anexarla al acta de liquidación” (fl. 24 vto., c. 2).

En respuesta a la comunicación del 29 de marzo, el 23 de abril siguiente el IDU le indicó al contratista que no recibiría las estaciones parcialmente, así:

“El proceso de entrega por parte del Contratista y recibo por parte de la Interventoría e IDU de los paraderos, (sic) implica una inmediata entrega de los mismos a Transmilenio S.A., para quien es indispensable contar con los servicios públicos definitivos, ya que, (sic) consecutivamente desarrollará trabajos e instalación de equipos costosos para el funcionamiento de las estaciones que requieren de estas conexiones como medida de protección.

“Adicionalmente, tal y como lo especifican los pliegos de condiciones, el Contratista tiene dentro de sus obligaciones contractuales ejecutar las conexiones a los servicios públicos para el correcto funcionamiento de las estaciones” (fl. 757, c. 2A).

El 25 de abril siguiente, el contratista señaló que no era su responsabilidad que las estaciones no tuvieran servicio eléctrico, pues, según su comunicación, ello obedeció a que el diseño eléctrico suministrado por el IDU no se ajustó a las necesidades de las estaciones, por lo que, en agosto de 2000, la entidad demandada le ordenó hacer nuevos diseños, los que fueron aprobados en febrero de 2001; en consecuencia, reiteró que se recibieran las obras, porque ya Codensa había recibido las obras eléctricas pendientes y solo faltaba que energizara las estaciones, actividad que recaía en cabeza de esa entidad (fl. 758 y 759, c. 2A).

En respuesta a lo anterior, mediante comunicación del 23 de mayo de 2001 el IDU hizo las siguientes aclaraciones:

“1. El Instituto de Desarrollo Urbano sí entregó diseño eléctrico para las estaciones, el cual debía ser ajustado a la realidad mediante la Implantación contratada.

“2. Como lo especifican los Pliegos de Condiciones: *‘el Contratista deberá implantar los diseños tipológicos en cada estación…’* Adicionalmente, estipula (sic) que: *‘En lo referente a las obras de urbanismo complementarias, el Contratista deberá realizar la conexión de cada estación a las diferentes redes que necesite, como por ejemplo eléctrica, telefónica y acueducto’*

“3. Así, luego de aprobada la implantación del diseño eléctrico, el Contratista debía proceder a desarrollar las obras pertinentes incluyendo las trámites ante las empresas de servicios públicos para las conexiones definitivas de los mismos, requisito indispensable para la entrega y recibo de las estaciones, ya que de lo contrario no se entendería que se recibieron las obras sin poder constatar que la iluminación estuviera funcionando a satisfacción.

“Adicionalmente, solicitamos entienda que luego de recibidas las obras a usted encomendadas bajo el contrato No. 453/00, Transmilenio S.A. imparte la orden a sus contratistas (Angelcom) de entrar a realizar las obras a su cargo, como son la instalación de los equipos de recaudo, para lo cual es indispensable que las estaciones cuenten con los servicios definitivos, lo que imposibilita el recibo de las estaciones en las circunstancias que usted plantea en su comunicado” (fls. 782 a 783, c. 2A).

El 15 de mayo de 2001, el contratista le solicitó al IDU el reconocimiento y pago de mayores valores y sobrecostos en los que incurrió por hechos no imputables a aquél (fl. 763 a 775, c. 2A). El IDU le indicó al contratista que las reclamaciones tenía que hacerlas por intermedio de la interventoría, la cual debía emitir concepto sobre lo solicitado (fl. 807 ibídem). Trasladada tal petición a la interventoría, ésta se remitió a su concepto emitido en el año anterior en lo referente a los mayores costos ocasionados por la prórroga por 51 días y, en cuanto al contrato adicional 3, señaló que el consorcio renunció a cualquier tipo de reclamación o sobrecostos; finalmente, en lo que atañe con la mayor permanencia desde la finalización de los trabajos hasta el recibo final de las obras ejecutadas, indicó que las mismas se recibieron cuando se finalizaron completamente, lo que incluía la conexión de energía, por lo que, en su concepto, no se presentó mayor permanencia en la obra (fls. 810 a 812, c. 2A).

El 16 de mayo se suscribió el “ACTA FINAL DE RECIBO DE ESTACIONES” (fl. 779, c. 2A).

Respecto al punto de los diseños eléctricos, el contratista insistió en que los suministrados por el IDU no se pudieron implantar, porque estaban incompletos, no tenían la aprobación de la empresa prestadora del servicio y no se ajustaban a los requerimientos eléctricos de las estaciones (fl. 784, c. 2A).

En respuesta a la reconsideración sobre la reclamación de mayor permanencia en la obra, el 4 de junio de 2001 la Gerencia de Transmilenio – IDU le solicitó a la Dirección Técnica de Construcciones – IDU que se estudiaran diferentes puntos para evaluar la petición del contratista, entre ellos, que se tuviera en cuenta que la reclamación se refería a las modificaciones 1 y 2, que con el contrato adicional 2 se reconoció que la prórroga de los 51 días causaría costos adicionales a la contratante y también que se tuviera en cuenta lo manifestado por la interventoría en su comunicación del 30 de noviembre de 2000. Referente a este punto se precisó (se trascribe como obra en el original):

“3. Con los anteriores antecedente claros, es necesario ahora determinar que es lo que se le podría reconocer al Contratista, según lo manifestado por la interventoría en comunicación No. IDU-1492-E-101.

“- Inicialmente, el contrato 453/00, consideraba la ejecución de obra por un valor de $2.961.485.060 durante un plazo de tres (3) meses.

- Este valor de obra a ejecutar contemplaba los costos directos e indirectos de la obra, que a su vez introducen costos fijos y costos variables.

- Los costos fijos dependen del tiempo, y los costos variables de la cantidad de obra ejecutada.

- Ya que el contrato No. 453/00 se prorrogó en 51 días, el Contratista no ejecutó el valor de la obra contratada ($2.961.485.060) en los tres meses iniciales sino en tres meses y 51 días, lo que acarreó un incremento en sus costos fijos que no tenía contemplado.

-Independientemente, durante estos 51 días el Contratista ejecutó obras adicionales por un valor de $750.000.000, con lo que obviamente recuperó parte se estos costos fijos.

-Así, la Interventoría en el oficio citado anteriormente, en su anexo No. 1, establece el procedimiento para determinar el porcentaje de los costos fijos del Contrato 453/00, resultando que el 9.95% del valor del contrato corresponde a costos fijos y que de acuerdo con esto, la mayor permanencia equivale a $189.203.211, sumando también otros costos indirectos.

-Sin embargo, y como se mencionó anteriormente, con los $750.000.000 el Contratista recuperó igualmente el 9.95% en costos fijos, que equivale a:

C.F x Obra Adicional= $750.000.000 x 9.95%

= $74.625.000

“Costos estos, que deberían ser restados del valor correspondiente a la mayor permanencia.

-No obstante lo anterior, la Coordinación de este contrato y la Gerencia de Transmilenio, consideran que los costos que se le deberían reconocer al Contratista deben ser los de Administración de los costos iniciales del contrato durante el tiempo de prórroga (51 días), descontando obviamente, lo recuperado en cuanto a la administración de las mayores cantidades de obras por $750.000.000 canceladas mediante Actas de Recibo Parcial de Obra.

- El siguiente cuadro muestra la relación de los costos contractuales y los porcentajes a que corresponden el valor total del contrato original, para establecer la metodología de cálculo de reconocimiento:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| COCEPTOS | VALOR | % PARCIAL | % VALOR TOTAL |
| 1. COSTOS DIRECTOS |  |  |  |
| Materiales | $ 1.877.100,36 | 75,62% | 63,38% |
| Equipos y transporte | $ 161.374.457 | 6,59% | 5,45% |
| Mano de Obra | $ 443.909.982 | 17,88% | 14,99% |
| Subtotal Costos Directos | $ 2.482.384,80 | 100,00% | 83,82% |
| 2. COSTOS INDIRECTOS |  |  |  |
| Administración | $ 305.333.329 | 63,70% | 10,31% |
| Imprevistos | $ 74.471.544 | 15,50% | 2,51% |
| Utilidades | $ 99.295.392 | 20,70% | 3,35% |
| Subtotal Costos Indirectos | $ 479.100.255 | 100,00% | 16,18% |
| TOTAL | “2.961.455.060 |  | 100,00% |

“Así el 10.31% del valor total del contrato equivale a $305.333.329, durante los tres (3) meses proyectados inicialmente para la ejecución de la obra.

- Lo anterior equivale a:

“Administración diaria: =$305.333.329/90

=$3.392.593

“- Para los 51 días de prórroga los costos administrativos corresponderían a

“Costos Administrativos (51 días) =$3.392.593 x 51

=$173.022.220

“- Con los $750.000.000 ejecutados como mayor cantidad de obra, se recuperan por concepto de administración:

“Costos Administrativos Recuperados =$750.000.000 x 10.31%

=$77.325.000

“Como conclusión, lo que se podría considerar como reconocimiento es el diferenciar de estos dos costos administrativos, lo cual equivale a:

“$ Reconocimiento =$173.022.220 - $77.325.000

=$ 95.697.220” (fls. 14 a 16, c. 3).

El 11 de junio de 2001, el contratista aceptó el reconocimiento económico por la suma de $95.000.000 (fl. 809, c. 2A)

A pesar del concepto emitido por la interventoría y la Gerencia de Transmilenio – IDU, el 20 septiembre de 2001 la Dirección Técnica Legal mantuvo su concepto en el sentido de no reconocer valor alguno por las adiciones 1 y 2, para lo cual consideró que se debía respetar la autonomía privada de la voluntad de las partes y la doctrina de los actos propios, pues las partes pactaron que esa adición no generaría sobrecostos al IDU, a lo cual agregó que:

“Así las cosas, no es dable al contratista solicitar el reconocimiento de los costos originados en una mayor permanencia en obra por las prórrogas del plazo de ejecución del Contrato 453 de 2.000, convenidas, por cuanto debieron ser reclamados en su debida oportunidad, es decir, en el momento de suscribir los Contratos Adicionales 1 y 3, objeto de las mismas. (sic) Más aún cuando en el Parágrafo Segundo del Contrato Adicional No. 3, se estableció expresamente: *‘La presente prórroga no causa ningún sobrecosto al IDU’* y mediante el Contrato Adicional No. 2, el Instituto reconoció al CONSORCIO URBANO GPTN-027-2000, (sic) los sobrecostos que las partes acordaron” (fl. 824 y 825, c. 2A).

Según el actor, los sobrecostos se originaron por mayor permanencia en la obra y por mora en la recepción de la misma.

En cuanto a la mayor permanencia en la obra, se encuentra que en principio se tenía previsto que el contrato tuviera una ejecución de 4 meses y 6 de vigencia; sin embargo, ese plazo -como ya se vió- se amplió en dos ocasiones, la primera por 51 días y, posteriormente, por un mes.

La mayor permanencia en la obra, que se estudiará bajo el marco del incumplimiento contractual y no del desequilibrio económico del contrato, pues los supuestos alegados por el demandante se enmarcan dentro de aquél, es verdad que el contrato se prorrogó en dos ocasiones: la primera prórroga se originó por algunos inconvenientes en la iniciación de las obras, pues el lugar en el que se debían desarrollar no se entregó oportunamente al contratista por la presencia de árboles y la segunda por ejecución de obras adicionales y por cuanto se encontraba pendiente la solución a la construcción de una subestación solicitada por Codensa.

Es de aclarar que con el contrato adicional 2 se adicionó el valor del contrato original para realizar, dentro del término de la prórroga de 51 días, mayores cantidades de obras e ítems no pactados.

En lo pertinente al contrato adicional 3 con el que se amplió el plazo del contrato en un mes, se tiene que, específicamente en el acta del 10 de enero de 2001, las partes acordaron que tal modificación al contrato, que era necesaria por trámites adicionales ante Codensa y el empalme de una obras, no generaría sobrecostos al IDU, ni reclamaciones, lo que fue acordado de esa manera, pues, según lo explicado por la Dirección Técnica de Construcciones al recomendar la prórroga, esas obras se ejecutarían con recursos del contrato, ya que existía un saldo a favor de la entidad, comoquiera que se presentaron menores cantidades de obra y obras contratadas que no fueron ejecutadas.

El actor solicita que se reconozcan los sobrecostos en los que incurrió “como consecuencia del aumento de los gastos de administración”. Frente a tal punto, resultaba necesario que no solo se acreditara la mayor permanencia en la obra, sino que también se probaran los sobrecostos, así como el perjuicio ocasionado con la mayor permanencia en la obra.

La parte actora no acreditó que con la extensión del plazo del contrato se le hubieran causado los sobrecostos derivados de los gastos de administración, pues tan solo aportó al proceso las diferentes comunicaciones en las que solicitó al IDU que se le reconocieran esos valores.

Ahora bien, según se desprende de la recomendación efectuada por la interventoría y por la Gerencia de Transmilenio – IDU (esta última la tuvo en cuenta el a quo para reconocer los gastos de administración), los valores que aquéllos fijaron en tal recomendación para un posible reconocimiento del ítem de administración por el término de 51 días, se derivó de un valor proporcional tomado de la propia propuesta del contratista.

Frente a lo anterior, esta Corporación ha considerado que los perjuicios deben ser debidamente acreditados:

“Es decir, cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo [rompimiento financiero o económico del contrato] por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida *ab initio*, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él[[17]](#footnote-17) o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

“A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, en (sic) los contratos de obra pública, ha manifestado el Consejo de Estado que *‘en* (sic) *los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato’*[[18]](#footnote-18)*”[[19]](#footnote-19).*

En ese mismo sentido, en sentencia del 13 de junio de 2016 se dijo:

“Revisada la experticia se observa que la metología adoptada por el auxiliar de la justicia (sic) para calcular el valor de los perjuicios que se debían reconocer por concepto de la mayor permanencia, consistió en realizar una liquidación del valor de administración y utilidad calculada con base en el valor inicial del contrato y su adición y proyectarla por el plazo en que se prorrogó el acuerdo, esto es, por 236 días.

“Sin embargo, la Sala advierte que la operación realizada por el perito a partir, exclusivamente, de las cifras extraídas del contrato y de su adición, en modo alguno reflejan la efectiva ocurrencia de los perjuicios presuntamente sufridos por el demandante.

“Con ese propósito resultaba imperioso acudir a distintos medios de prueba (inspecciones, exhibiciones, documentos etc.) como por ejemplo los libros de contabilidad de los demandantes, facturas, comprobantes de pago, planillas de seguridad social - documentos que deben hacer parte del archivo del contratista- para establecer si se realizaron desembolsos o consignaciones por concepto de pago de maquinaria y equipos, contratos de alquiler, personal, nómina, prestaciones sociales, parafiscales, arriendos, vigilancia u otros documentos que permitieran probar las erogaciones hechas por estos conceptos durante el período reclamado”[[20]](#footnote-20).

Ahora los dictámenes periciales que se rindieron dentro del presente proceso tampoco arrojan luces en ese sentido, pues uno de ellos se limitó a establecer el valor de los sobrecostos -mediante una proporción del costo diario de la administración- y de la utilidad, para establecer su equivalente por 51 días y, el otro perito lo proyectó por 105 días (fl. 3, c. 4 y fl. 2, c. 6), pero ninguno de los dos tuvieron en cuenta los sobrecostos verdaderos, pues ningún análisis hicieron en ese sentido.

En suma, la parte actora no acreditó que hubiera sufrido un detrimento económico, es decir, el demandante, a quien corresponde la carga de la prueba, no demostró que se le ocasionaron perjuicios consistentes en mayores costos por concepto de administración.

Lo mismo ocurre con los supuestos sobrecostos derivados de la mora por parte del IDU en la recepción de las obras, sumado al hecho de que del material probatorio relacionado previamente se concluye que las obras fueron recibidas, unas, el 6 de marzo de 2001 y, otras, el 16 de mayo de ese mismo año, aun cuando la ejecución del contrato acaeció el 15 de febrero y el de vigencia el 17 de abril de 2001; pero, las obras se recibieron en su totalidad el 16 de mayo de 2001 porque el contratista no había cumplido a cabalidad con sus obligaciones, pues para el 17 de abril de ese año faltaba entregar las estaciones con las conexiones al servicio público de energía.

Así las cosas, no se puede hablar de incumplimiento en las obligaciones del IDU de recibir las obras, pues el contratista no había cumplido la suya de energizar las estaciones.

**4.1.2.- Ajuste de precios por obra ejecutada por fuera del plazo inicialmente pactado.-**

De conformidad con la demanda, las obras contratadas debían ser ejecutadas en su totalidad durante el año 2000, motivo por el cual en el contrato no se pactó fórmula de reajuste; sin embargo, por hechos no imputables al contratista, gran porcentaje de la obra se realizó en 2001 y ello implicó que los costos se vieran afectados; en consecuencia, el actor solicitó que se reajustaran los precios de las obras realizadas durante este último año.

El  *a quo* consideró que esa pretensión no debía prosperar, pues la cláusula de exclusión de los reajustes pactada en el contrato fue una expresión de la autonomía privada de la voluntad de las partes, sobre la que el actor nunca manifestó su inconformidad.

Agregó que la cláusula de no reajuste ata al contratista a un presupuesto, el cual podrá variar cuando varíen de manera imprevista las condiciones de las prestación, lo que no fue probado en el presente caso.

De conformidad con el pliego de condiciones el objeto de la licitación era seleccionar al contratista para la implantación y construcción de paraderos en la autopista norte para el sistema de Transmilenio, por la modalidad de pecio unitario fijo, sin fórmula de reajuste (numeral 1.1)[[21]](#footnote-21).

De igual forma se estableció que, al efectuar el análisis de precios, se debía tener en cuenta que la ejecución del contrato se realizaría durante el año 2000, así el pliego de condiciones decía:

“3.2.12. ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS

“Para cada ítem de pago se deberá efectuar el análisis de precios unitarios correspondientes. Para el estudio de los precios unitarios se deberá obtener la información de los costos básicos de la región como equipos, materiales y mano de obra, teniendo en cuenta además los factores de producción y las condiciones de la región como régimen de lluvias, acceso a los sitios de trabajo, sistema de explotación y producción de los agregados pétreos y todos aquellos factores que puedan incidir en los precios unitarios de los diferentes ítems.

**“Los proponentes considerarán al presentar las propuestas que el 100% del plazo para le ejecución del contrato, se efectuará durante el año 2000”** (fl. 43 vto., c. 2 – se resalta).

En consecuencia, en el contrato se pactó lo siguiente:

“**CLAUSULA PRIMERA – OBJETO:** El **CONTRATISTA** se compromete para con el IDU a realizar la implantación por el sistema de precio global fijo y la construcción a precios unitario fijos sin fórmula de reajuste, de paraderos en la Autopista Norte para el Sistema de Transporte Transmilenio. Grupo 2, en Santafé de Bogotá D.C., de conformidad con su propuesta presentada el 15 de mayo del (sic) 2000, con las especificaciones indicadas en los pliegos de condiciones de la Licitación (sic) y bajo las condiciones estipuladas en este contrato” (fl. 24, c. 2 – negrillas del original, subraya la Sala).

Uno de los supuestos que da lugar a la ruptura del equilibrio económico-financiero de los contratos es la variación de precios, bien sea por incremento o por disminución, y esa variación puede tener origen en distintos fenómenos como: i) la fluctuación de la relación entre oferta y demanda de bienes y servicios, pues constituye un principio elemental de la economía que, a mayor demanda y menor oferta, el precio de los bienes en el mercado sube y, por el contario, a mayor oferta y menor demanda los precios del mercado tienden a bajar (ley de demanda)[[22]](#footnote-22), ii) la inflación que, vista de manera general, se produce cuando el circulante monetario es mayor que la cantidad de bienes que se producen en una economía determinada, lo cual genera que el poder adquisitivo de la moneda sea menor y, como consecuencia obligada, los precios tengan una alza generalizada y constante[[23]](#footnote-23), iii) la devaluación, que se refiere a la pérdida del valor nominal de la moneda de un país, pero, a diferencia de la inflación, se mide en relación con la moneda extranjera y no en relación con los bienes que se producen en el orden interno, aunque por efecto también causa alteración en los precios de los bienes y servicios, pues, si el valor nominal de la moneda desciende, los precios suben o, lo que es lo mismo, se debe pagar una mayor cantidad de moneda circulante por un bien o un servicio determinado[[24]](#footnote-24) y iv) la revaluación, que constituye el fenómeno opuesto a la devaluación[[25]](#footnote-25).

Los anteriores supuestos, entre muchos otros, pueden tener incidencia en los precios de los bienes y servicios y, aunque pueden ser previsibles en cuanto a su ocurrencia, son imprevisibles en cuanto a sus efectos cualitativos, cuantitativos y temporales (frecuencia); por tal razón, su estimación es compleja, como complejo es darles tratamiento de riesgo previsible; además, son incontenibles, inevitables e irresistibles.

Uno de esos riesgos previsibles en una economía inflacionaria como la nuestra es el económico, que se produce como consecuencia de la fluctuación, el incremento continuo y generalizado o la disminución 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 pueden pactar, siempre que resulte viable, cláusulas de estabilización, reajustes o corrección de precios, para que el contratista reciba una contraprestación real y equivalente a la prestación ejecutada.

Así pues, negar tales contingencias constituye una grave equivocación, como también lo es el abstenerse o negarse a brindar la posibilidad de utilizar los mecanismos que han sido creados para mitigar el impacto que su ocurrencia puede producir en relación con los precios de un contrato o de una obligación dineraria. La renuncia expresa a los reajustes de precios no impide, per se, que los precios varíen o se mantengan inalterados y, por lo mismo, tampoco puede impedir que se mantengan inalterables en la relación contractual[[26]](#footnote-26). Tal dimisión no equivale a renunciar a que se mantenga el equilibrio económico-financiero del contrato o, lo que es lo mismo, a que, en caso de que se produzca desequilibrio en el contenido obligacional, se renuncie a obtener el restablecimiento, lo anterior en virtud de los valores de equidad y de justicia, por cuya realización propende el derecho y, además, por los mandatos de la Ley 80 de 1993, conforme a los cuales se debe mantener el equilibrio del contrato, aunque se recuerda que los derechos económicos derivados de los reajustes o las revisiones de precios pueden ser renunciados con posterioridad, al momento de realizar el balance económico de la relación negocial.

Por lo anterior y ante la previsibilidad de la ocurrencia de los fenómenos que pueden desembocar, principalmente, en el alza de los precios, la legislación ha previsto los mecanismos de ajuste y revisión de precios.

El artículo 4 de la Ley 80 de 1993 contempla como derecho de las entidades estatales solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren, en su contra, el equilibrio económico o financiero del contrato (numeral 3). Correlativamente, consagra como deber de dichas entidades adoptar 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 ordena utilizar “…los mecanismos de ajuste y revisión de precios...” (numeral 8) y acudir a los procedimientos de revisión y corrección, si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución (ibídem).

Como se puede observar, la Ley 80 de 1993 consagra como derecho e impone como obligación el mantener el equilibrio económico-financiero del contrato; además, también se puede ver que el ordenamiento positivo no ha diferenciado, desde el plano conceptual, los mecanismos de ajuste y revisión de precios.

Desde el punto de vista conceptual, la actualización, el reajuste o simplemente el ajuste de precios es un instrumento que se utiliza para restablecer de manera automática o para mantener de forma constante la ecuación o equivalencia económica originalmente pactada entre los precios y la prestación prevista por las partes, en los contratos conmutativos, onerosos, bilaterales o sinlagmáticos perfectos y de ejecución sucesiva. El fin de este instrumento es corregir y estabilizar los precios y mitigar el impacto que pueden ocasionar las variaciones de éstos, por los fenómenos señalados (fluctuación de la oferta y la demanda, inflación, devaluación o revaluación en niveles previsibles, claro está), en la economía del contrato.

El ordenamiento jurídico actual no prevé un sistema determinado de reajuste de precios, razón por la cual las partes deben pactarlos “*ex contractu”*.

El mecanismo de revisión de precios opera, por ejemplo, cuando el sistema de ajuste resulta inocuo o insuficiente para mantener constante el equilibrio del contrato frente a la variación de los precios que inciden en la relación negocial o cuando las partes no han acordado en el contrato un sistema de actualización de precios y éstos sufren alteración por los fenómenos económicos anotados en precedencia.

La revisión de precios constituye uno de los mecanismos previstos para restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato, mientras que el ajuste de precios es un corrector que tiende a conservarlo, frente a las alteraciones que se presentan en ellos en el curso del contrato.

Los mecanismos de reajuste y de revisión de precios son procedentes, siempre que la modalidad de ejecución del contrato conduzca a que los precios de éste, pactados de manera previa al inicio de la ejecución del objeto, puedan sufrir alteración durante el curso del mismo.

A diferencia de los anteriores estatutos de contratación (Decretos-leyes 150 de 1976 y 222 de 1983), la Ley 80 de 1993 no se refiere, en particular, a los sistemas o modalidades de ejecución y pago de los contratos estatales; no obstante, el inciso tercero del artículo 40 ibídem señala que “En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones…” (subraya fuera del texto original) que se consideren necesarias, siempre que no sean contrarias a la Constitución, a la ley, al orden público y a los principios y finalidades de la misma Ley 80 de 1993 o de la buena administración. Esto implica que el legislador dejó a las partes en libertad de autorregular la modalidad de ejecución y el pago del precio del contrato, lo cual significa que, en la actualidad, son admisibles, incluso, aquellas modalidades o sistemas de ejecución que, para los contratos de obra, contemplaban los ordenamientos jurídicos anteriores a la Ley 80 de 1993, pues la estructura de cada uno de ellos se mantiene vigente, en esencia, con algunas particularidades para que se ajusten a las nuevas disposiciones constitucionales y legales.

Las distintas modalidades de ejecución de los contratos de obra pública están concebidas en función del contenido o de la determinación del objeto contractual y ello lleva a que el precio del contrato se estructure de distintas formas, más o menos discriminadas; pero, ninguna de esas formas está creada para beneficiar o privilegiar económicamente a una de las partes dentro de la relación negocial, en detrimento del patrimonio de la parte contraria, o para patrocinar la inequidad en la correlación cualitativa y cuantitativa que debe existir entre el precio y la prestación objeto del contrato (ecuación económico-financiera).

Las condiciones del contrato se deben mantener intactas sólo cuando en el curso de su ejecución no sobrevengan circunstancias que alteren sustancialmente el objeto de la prestación (*pacta sunt servanda, rebus sic stantibus*), porque tales supuestos no forman parte de la voluntad contractual original[[27]](#footnote-27), de modo que, cuando los precios cambian, debe pagarse el precio real y no el pactado inicialmente, porque éste no responderá de manera adecuada al intercambio del bien.

Algunas de las modalidades de ejecución utilizadas con mayor frecuencia son “a precio global fijo” y “a precios unitarios”. Ninguna de ellas, conforme a lo acá dicho, está excluida de que se puedan presentar variaciones en los precios de los respectivos ítems, por los fenómenos económicos referidos previamente, ni de que, por consiguiente, se deban actualizar o revisar los precios, según el caso.

La jurisprudencial indicó que cuando se pacta la modalidad de pago precio o precios fijos sin fórmula de reajuste tal proceder resultaba erróneo, para lo cual se consideró:

“tal proceder es completamente equivocado, pues, por una parte, la simple prohibición o la renuncia al cobro de los reajustes de precios no impide que éstos varíen durante la ejecución del contrato y, por otra parte, la prohibición en tal sentido sólo conduce a imposibilitar que se conserve o se restablezca la ecuación económica del contrato, en detrimento del patrimonio de una de las partes intervinientes y con el correlativo incremento injusto del patrimonio de la parte contraria, lo cual pugna con el principio general del derecho según el cual nadie puede enriquecerse, sin justa causa, a expensas del patrimonio de otro, en la medida en que el comitente puede recibir una construcción cuyo costo puede ser superior al que ha pagado por ella al constructor”[[28]](#footnote-28).

Así las cosas, en principio se consideró que cuando se pactan contratos a precio fijo sin fórmula de reajuste, la estipulación que excluye el reajuste y/o la revisión, deviene nula, porque se desconocen normas imperativas de derecho público, como lo son las relativas al principio de la ecuación económica del contrato, en relación con lo cual se dijo:

“La posibilidad de acudir a los instrumentos de ajuste y revisión de precios refleja, entre otros, el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, propio de los contratos conmutativos onerosos (artículos 1496 a 1498 del C.C.), a cuya categoría pertenecen gran parte de los contratos estatales (artículo 28, Ley 80 de 1993), por cuanto están orientados a garantizar que la prestación intrínseca se mantenga inalterable, es decir, que no sea sustancialmente distinta de aquella prevista al momento de acordar el sinalagma funcional (plazo, precio y objeto). Esto significa que las partes no pueden renunciar, antes de que se presente el supuesto de ruptura, a que se restablezca el equilibrio económico- financiero del contrato. Nadie puede renunciar a lo que desconoce; por ende, como los contratantes no saben cuándo, cuántas veces y por qué período se producirá la variación de los precios, no es válido dimitir de los reajustes de precios a través de un acuerdo convencional. Esto implica que la cláusula de renuncia a los reajustes de precios se torne ineficaz al momento de solicitar la revisión de los precios del contrato.

“ (…)

“En ese sentido, las partes sólo pueden renunciar a los derechos económicos derivados de los reajustes y de la revisión de precios cuando conocen realmente el grado de afectación, lo que, dicho en otros términos, significa que sólo pueden renunciar a tales derechos en el acta de liquidación bilateral del contrato, bien sea por la manifestación expresa en tal sentido o bien sea de manera tácita suscribiendo el documento sin salvedad de ninguna clase

“…

“Por lo anterior, el parágrafo segundo de la cláusula novena del contrato 013 del 24 de marzo de 1994, al igual que las cláusulas analizadas párrafos atrás, está viciada (sic) de nulidad absoluta, por objeto ilícito, conforme a lo dispuesto por los artículos 1519 del C.C. (en armonía con el 1741 ibídem) y 44 de la Ley 80 de 1993. Así lo declarará la Sala en la parte resolutiva de esta providencia[[29]](#footnote-29).

La anterior posición fue reiterada en sentencia del 29 de julio de 2015, en la que se indicó:

“Es por ello que la autonomía de la voluntad intrínseca en la relación negocial en modo alguno puede erigirse como soporte válido para la inobservancia de la normas de orden público que, en este caso, propende por defender el equilibrio de intereses que convergen para la celebración de contrato, como lo son por un lado la satisfacción del bien público a cargo del ente estatal y, por otro, el sano y lícito propósito de obtener un provecho económico por parte del contratista.

“En pasada oportunidad esta Sala se pronunció acerca de la validez de una cláusula contractual por cuya virtud las partes de un contrato de obra pública, pactado bajo el sistema de precios unitarios, como el del objeto de debate, habían renunciado expresamente al reajuste de precios, oportunidad en la cual la Subsección declaró su nulidad absoluta…

“Sucede en este caso algo similar a lo analizado en el pronunciamiento en referencia, pues por cuenta de la inclusión de la cláusula contenida en el numeral 5.19 del pliego de condiciones, en la cual se consignó que los precios propuestos no serían objeto de ningún ajuste*,* se desconoció por completo el equilibrio económico llamado a mantenerse a lo largo de la vida del negocio jurídico, pues indistintamente de que durante una etapa posterior a la presentación de la propuesta sobrevinieran circunstancias ajenas a las partes que alteraran la economía del contrato, las vicisitudes de tal acontecer que aunque futuro e incierto podían ocurrir, fueron trasladadas absolutamente al contratista quien quedó sin ningún amparo o mecanismo de restablecimiento que le permitiera enfrentar durante la ejecución del contrato cualquier situación desfavorable a las bases económicas de su propuesta, como por ejemplo, (sic) lo habría de ser el impacto causado por la variación de los precios de los insumos”[[30]](#footnote-30).

Sin embargo, en sentencia del 2 de diciembre de 2015 esta Subsección morigeró su posición frente a la celebración de contratos a precio fijo sin fórmula de reajuste y consideró que tal pacto debía ser respetado:

“La Sala aprecia que el contenido obligacional del contrato 02 y del otrosí 1 **implicó un acuerdo de precio fijo sin reajustes**, el cual no sufrió modificación y como tal **tiene fuerza obligatoria y no puede ser ignorado con el propósito de alegar desequilibrio económico** al momento de liquidar el contrato.

“…

“Así las cosas, por virtud de la fuerza obligacional de la ecuación contractual inmersa en el contrato pactado a precio fijo y de la que se deriva de la modificación del contrato en la cual se ratificó o confirmó la vigencia del precio fijo después de que ocurrió la suspensión de la obra y el acuerdo de nuevo plazo, **se tiene que respetar la voluntad de las partes sobre la distribución de riesgos que se deriva de dicha fórmula de precio fijo** y desestimar la reclamación de perjuicios enfocada en el desequilibrio contractual, la cual se presentó en oportunidad posterior y se invocó apartándose de la fórmula que gobernó la ejecución del contrato.

“…

“**La ecuación contractual del precio fijo – se repite- indica que el riesgo de mayor o menor utilidad derivado de la variación de los costos propios de la obra, está a cargo de la contratista**”[[31]](#footnote-31) (se resalta).

De conformidad con lo anterior, se debe respetar la voluntad de las partes al pactar que el contrato sería a precio fijo sin fórmula de reajuste; sin embargo, se aclara que, aunque en él no se haya acordado tal fórmula, en el evento en el que se llegare a romper la ecuación contractual el contratista puede acudir a la figura de la revisión de precios, tanto ante la administración como ante el juez, para que se le restablezca su derecho, es decir, el contrato sin fórmula de reajuste no excluye la revisión de aquéllos, dado que, como se viene explicando, cuando se da un alza en los mismos que afecte el equilibrio económico del contrato el contratista puede acudir a esas figuras (reajuste o revisión) para que se estudien las repercusiones en la relación y, si es del caso, se proceda a los correctivos necesarios, para lo cual el contratista deberá probar que efectivamente se dio una variación económica que afectó el negocio convenido.

Ahora, cuando las partes no han pactado una cláusula de estabilización o fórmula de reajuste de precios en el contrato y, en consecuencia, tal como ocurrió en este caso, la revisión se hace procedente, el contratista debe demostrar que efectivamente hubo una variación en los precios que afectaron el contrato y que el rubro pactado por imprevistos no lo cobijó.

Infortunadamente, en relación con esto último existe en el proceso una gran falencia probatoria, pues el único medio que se solicitó para demostrar la procedencia del reajuste de precios fue el dictamen pericial. Como ya atrás se advirtió, se rindieron dos dictámenes, el primero de los cuales concluyó que el contratista no tenía derecho al reajuste por así haberse pactado (fl. 4, c. 4) y, el otro rendido dentro del trámite por objeción grave concluyó lo siguiente (se transcribe como obra en el original):

**“4.5.2 EN RELACION CON LA PRETENSION DE RECONOCIMIENTO DE AJUSTES PARA LA PARA OBRA REALIZADA DURANTE EL AÑO 2001.**

**“A) Los peritos determinarán la cuantía de las obras correspondientes al contrato inicial, que debieron realizarse durante el año 2.001.**

“RESPUESTA

“Obra ejecutada según cortes, en el año 2001 = $754’402.324.

“**B) Establecerán la metodología y los índices necesarios para establecer que sobrecostos o pérdidas tuvo que asumir el contratista a causa de la demora en la ejecución de las obras, teniendo en cuenta la variación de precios ocurrida en relación con la obra ejecutada en el año 2.0001.**

“RESPUESTA:

“Al valor de la obra ejecutad en el año 2001 a preciso de la propuesta, se le debe aplicar el índice de precios para la construcción pesada del año 2.000 (Certificado por el DANE) para establecer la actualización de precios al año 2001 que fue en la época en que se ejecutó la obra por causas ajenas al contratista, adicionalmente al valor obtenido se le deben aplicar los interese bancarios de mora (que son 1,5 veces los intereses bancarios corrientes), hasta el momento que dichas sumas sean canceladas.

“**C) Los peritos dirán a cuanto ascienden los sobrecostos o pérdida sufrida por el contratista por éste concepto.**

“RESPUESTA

“Obra ejecutada según cortes, en el año 2001 = $754’402.324.

la obra se ejecutó en enero y 14 días de febrero de 2.001, el IPCP (Ver tabla Anexa) = 1,79%

VALOR DEL AJUSTE DE PRECIOS = $754’402.324 x 1,79%= $13’503.806” (fl. 4 y 5, c. 6)

De lo anterior se observa que el segundo dictamen hizo una actualización de valores, no así un análisis de los ítems que resultaron afectados, es decir, no estableció una comparación acerca de la alteración de los precios, su gravedad, así como que la posible alteración de los precios no hacía parte de un riesgo propio del ejercicio de la actividad contractual.

En consecuencia, no existe prueba de la grave alteración de los precios y, por lo tanto no tiene la Sala elementos de juicio para hacer la revisión de aquéllos.

**4.1.3.- Intereses causados por la mora en el pago de la suma correspondiente al último contado.-**

En concepto del actor, el IDU demoró injustificadamente el pago del contado final, pues la liquidación del contrato se efectuó seis meses después de recibidos los trabajos, dado que el 14 de febrero de 2001 se suscribió el acta de terminación del contrato y el 6 de marzo siguiente se firmó el recibo final del contrato de obra, mientras que el acta de liquidación bilateral se firmó el 21 de septiembre de ese año y el pago se efectuó el 11 de diciembre de 2001, por lo que -en su opinión- se deben reconocer los intereses moratorios causados durante esos seis meses.

El tribunal de instancia consideró que, previo a efectuar la liquidación del contrato, el contratista tenía que acreditar el cumplimiento de unos requisitos, como la constancia de recibo y aprobación por parte de la empresas de servicios públicos, la aprobación del acta de liquidación por parte del Director General, la aprobación de los planos récord y el recibo a satisfacción de las obras de las empresas de servicios públicos domiciliarios, exigencias que, en consideración del *a quo,* no fueron acreditadas. Adicionalmente, al no aparecer la constancia de la aprobación del acta bilateral por el Director General, no era viable establecer si el pago se efectuó dentro de los 45 días que la entidad tenía para ello, por lo que no se probó la mora en el pago.

En lo que tiene que ver con la pretensión 1.4, literal c), referente a “intereses causados por la mora en el pago de la suma correspondiente al último contado, ocasionado en la demora en la liquidación del contrato” (fl. 6, c. 1) y desarrollado en los hechos como “DEMORA EN LA CANCELACION DEL ULTIMO PAGO CORRESPONDIENTE AL ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO” (fl. 32, c. 1), se debe tener en cuenta que la observación planteada en el acta de liquidación bilateral se limitó a lo siguiente:

“Costo financiero por demora en la cancelación del pago del Acta de Liquidación del contrato” (fl. 8, c. 3).

Así las cosas, contrastada la observación dejada en el acta de liquidación bilateral del contrato con las pretensiones y hechos de la demanda, se advierte que el actor pretende ampliar el fundamento de su salvedad a lo que el consideró como mora en la liquidación del contrato en la demanda, cuando la observación se refirió exclusivamente a la mora en el pago del acta de liquidación, la que, por demás, resultaba exótica para la fecha en la que se firmó esa acta, pues es claro que las obligaciones surgidas de esa acta nacieron justo en el momento de su firma y es claro que para ese preciso momento mal podría hablarse de mora en su cumplimiento, o en este caso y para ser precisos, de mora en el pago; sin embargo, este último es el sentido que le dará la Sala a esa reclamación, pues, como se ha anotado, entratandose de una liquidación bilateral del contrato, solo es viable estudiar lo concerniente a la inconformidad que expresamente se dejó en ella y, como en el momento de la realización del acta bilateral nada se dijo sobre la presunta mora en la liquidación, la Sala no puede pronunciarse sobre ese aspecto.

Así las cosas, se tiene que, en lo referente a intereses moratorios en el contrato se pactó:

“**CLAUSULA DECIMA SEGUNDA – INTERESES MORATORIOS:** Cuando el **IDU** no cancele al contratista las sumas pactadas, dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha de su causación, reconocerá como intereses de mora el incremento mensual promedio de Indice de Precios al Consumidor certificado por el DANE entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior” (fl. 25 vto. c. 2 – negrilla del original).

Con la comunicación del 11 de diciembre de 2001, el consorcio le solicitó al IDU que se pagara el saldo a su favor del acta de liquidación del contrato (fl. 148, c. 2B).

Según la demanda, el pago final se efectuó el 11 de diciembre de 2001, hecho que igualmente fue certificado por la Directora Técnica Financiera del IDU (fl. 351 y 352, c. 3).

En consecuencia, en principio podría decirse que, entre la fecha de suscripción del acta de liquidación bilateral (21 de septiembre de 2001) y la fecha de pago de la misma (11 de diciembre de 2001), transcurrieron más de 45 días hábiles; sin embargo, debe tenerse en cuenta que en la cláusula séptima del contrato se consagró la forma de pago, así:

“**CLÁUSULA SÉPTIMA – FORMA DE PAGO:** El **IDU** pagará al **CONTRATISTA** el valor pactado en la cláusula anterior, de la siguiente manera: **1) PARA LA IMPLANTACION: a)** un cincuenta por ciento (50%) del valor de la implantación a título de pago anticipado, el cual se cancelara una vez cumplidos los requisitos legales para iniciar la ejecución del contrato, **b)** un cuarenta por ciento (40%) del valor de la implantación, al recibo a satisfacción por parte de la interventoría y el **IDU. c)** el diez por ciento (10%) restante, una vez se cuente con la aprobación de los diseños por parte de las empresas de servicios públicos respectivos y demás entidades pertinentes, previo recibo a satisfacción, suscripción del acta de liquidación y su correspondiente aprobación por parte del Director General. **2) PARA LA OBRA: a)** Un anticipo equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor propuesto para la construcción de acuerdo a la programación de iniciación de la misma, aprobada la interventoría y a satisfacción del **IDU.** **b)** un cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato mediante la presentación de cuatro (4) actas mensuales por obra ejecutada, las cuales serán formuladas por el **CONTRATISTA** de acuerdo con la cantidad de obra aceptada por la interventoría y a satisfacción del **IDU.** **c)** El diez por ciento (10%) restante, previo recibo a satisfacción, suscripción del acta de liquidación y su correspondiente aprobación por parte del Director General, así como la aprobación de los planes récord y recibo a satisfacción de las obras por parte de las empresas de servicios públicos y entidades competentes” (fl. 25, c. 2 – negrillas del original).

En el proceso no se probó en que momento el contratista cumplió o satisfizo los requisitos contenidos en los literales c) de los numerales 1 y 2 de la cláusula séptima del contrato, necesarios para realizar el último pago; en consecuencia, no es posible determinar a partir de qué fecha se empezaron a contar los 45 días para cancelar el saldo contenido en el acta de liquidación bilateral y mucho menos se puede establecer si se ocasionaron intereses moratorios sobre esa obligación.

**4.1.4.- Diseño eléctrico no pagado.-**

Frente a este tema es necesario precisar que, si bien a simple vista la observación que contiene el acta de liquidación bilateral no parecería cumplir con el deber de explicar o sustentar brevemente el motivo de la salvedad, pues allí tan solo se indicó: “diseños eléctricos de las estaciones”, es necesario concatenar esa expresión con el enunciado de las inconformidades dejadas por el contratista en el que se dijo: “me reservo el derecho a presentar reclamaciones sobre los siguientes conceptos tal como se evidencia en los antecedentes administrativos del contrato”.

Así las cosas, se encuentra que, previo a la liquidación del contrato, el consorcio le solicitó al IDU el reconocimiento y pago de los costos adicionales en los que incurrió por diversos conceptos, entre ellos, los diseños eléctricos; en efecto, en comunicación del 15 de mayo de 2001, dijo (se transcribe literal):

“Nos dirigimos a usted en su condición de Subdirector General del IDU para someter a su consideración una solicitud de reconocimiento y pago de los mayores valores y costos adicionales en que debió incurrir el Consorcio Urbano, generados por hechos no imputables al contratista y que afectaron el equilibrio económico del contrato a fin de que sean tenidos en cuenta en la fase de liquidación del contrato 453 de 2000 con él propósito de que las partes contratantes puedan declararse a paz y salvo en los términos previstos en el artículo 60 de la ley 80 de 1993.

“…

“5- DISEÑO ELECTRICO DE LAS ESTACIONES

“Dentro de los ítem contractuales de diseño e implantación del Contrato, ver capítulo 8 descripción y alcance de los trabajos, no se incluye la realización de Diseños Eléctricos, ya que estos fueron suministrados por el IDU y no se ajustaban a los requerimientos reales de las estaciones. Este hecho provocó una orden del IDU para que realizáramos estos estudios y diseños para atender las necesidades del proyecto. Para este efecto se deben tener en cuenta los siguientes aspectos para establecer el costo final del ítem así:

“Valor de la obra eléctrica $652’000.000

Tarifa de diseño categoría 2 según ACIEM 4%

Valor de los diseños $ 25’000.000

Valor del IVA 16% $ 4’000.000

Valor a cancelar $ 9’000.000

“En este punto de la reclamación conviene destacar como el consorcio Urbano si bien tuvo durante la ejecución contractual un especialista en redes eléctrica ello no puede implicar ‘per se’ que deba suministrar los costos de la ejecución de este nuevo ítem que no estaba incluido contractualmente. Aquí conviene de manera respetuosa señalar que bien la facultad del administrador público implica el dar ordenes de ejecución de ítem no previstos, ello no significa que el contrato y la ecuación económica contractual no tenga el amparo legal idóneo para operar en este caso a favor del contratista. Si bien es claro y así lo ha entendido siempre el Consorcio Urbano es un colaborador del Instituto de Desarrollo Urbano en la ejecución de los cometidos estatales para los cuales fue creado, ello no implica que la ley no ampare los derecho pecuniarios del contratista por la ejecución de ítem que por no haber sido previstos en los pliegos ni en el contrato constituyen factores que afectaron la intangibilidad de la ecuación económica contractual” (fl. 768, c. 2A).

Por lo anterior, la Sala entenderá la salvedad respecto de los diseños eléctricos en el sentido indicado en la transcripción, es decir, que la reclamación se efectuó por la falta de pago de los diseños eléctricos.

En ese mismo sentido se interpuso la demanda con la que se busca que se reconozca y pague el costo del diseño eléctrico de la estaciones, lo que, en su decir, no se encontraba dentro de sus obligaciones, pero fue solicitado por el IDU.

En la sentencia de primera instancia se accedió a esta pretensión, pues se consideró que el IDU debía presentar al contratista los diseños idóneos para la ejecución del contrato. Agregó que, si los diseños con los que contaba el IDU no fueron aprobados por Codensa, era obligación del contratante entregar nuevos diseños y, en consecuencia, tal ítem constituía obra adicional que debía ser pagada al consorcio.

El IDU sostuvo en el recurso de apelación que el a quo no tuvo en cuenta las obligaciones del contratista, quien, según los pliegos de condiciones, tenía el deber de ajustar los diseños prototipo y obtener su aprobación por Codensa, pues esa actividad estaba contemplada dentro de la implantación “que consistió en tomar los diseños básicos entregados por el IDU, revisarlos, analizarlos y mejorarlos de manera que se garantizara la construcción de las estaciones y el contratista tenía la libertad de realizar las mejoras en los diseños y por eso se le reconoció lo estipulado para la implantación” (fl. 313, c. ppal).

Planteada en la forma anterior la controversia, lo primero que se debe despejar es quién tenía la obligación de elaborar los diseños eléctricos, si el IDU debía entregárselos al consorcio o si, por el contrario, le correspondía hacerlos al contratista.

En el pliego de condiciones, sobre el alcance de los trabajos se estableció (se transcribe tal como está en el expediente):

**“1.16. DESCRIPCION DE LOS TRABAJOS A CONTRATAR**

**“1.16.1 ALCANCE DE LOS TRABAJOS**

“Por medio de un contrato con la U.T. GUIA LTDA. y la STT de Santa fe de Bogotá, la Administración Distrital contrato la elaboración de los diseños de la Estaciones Tipológicas del Sistema Transmilenio. Estos diseños han sido elaborados teniendo en cuenta que pueden ser replicables en todos los corredores troncales, haciendo los ajustes respectivos (implantación).

“El contratista que resulte favorecido dentro del presente proceso licitatorio, deberá realizar los diseños de la implantación, la fabricación, construcción de obras físicas menores y montaje de las estaciones, de acuerdo con los diseños prototipos que existen y que pueden ser consultados en la **Gerencia del Proyecto Transmilenio –IDU, piso 8[[32]](#footnote-32).**

“…

“CAPITULO 8

“DESCRIPCION Y ALCANCE DE LOS TRABAJOS

“…

“8.2 FABRICACION Y CONSTRUCCION DE LAS ESTACIONES

“Los trabajos comprenden la construcción de la Estructura de la estaciones sobre la **Autopista Norte.** La estructura metálica será de acuerdo al prototipo definido por el **IDU** según los diseños suministrados de la estaciones en los presentes pliegos. En lo que toca a las obras de urbanismo complementarias el contratista deberá realizar la conexión de cada estación a las diferentes redes que necesite, como por ejemplo eléctrica, telefónica y acueducto.

“No obstante el **IDU** entrega los Diseños de las estaciones, será responsabilidad del Contratista, la correcta ejecución del proyecto.

“El contratista deberá ejecutar las siguientes actividades:

“…

“Instalaciones hidráulicas, telefónicas, eléctricas e iluminación

“…

**“8.6 FABRICACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LAS ESTACIONES**

**“8.6.1 CONEXIÓN DE LAS ESTACIONES A LAS DIFERENTES REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS URBANOS**

“El constructor de la vía (obra civil), dejará sobre el separador central en el área de la estación, las cajas de redes de servicios públicos (acueducto, teléfono y energía). Es responsabilidad del contratista de las estaciones realizar las conexiones necesarias dentro del separador central para conectar la estación las redes de servicios, cumpliendo con los diseños de instalación especificados por las Empresas prestadoras de los servicios públicos respectivos.

**“8.6.5 INSTALACIONES HIDRÁULICAS, TELEFÓNICAS, ELÉCTRICAS E ILUMINACIÓN**

“El tablero de energía en cada estación debe estar detrás de su respectivo punto de pago.

**INICIACION DE LAS OBRAS**

“La iniciación de las obras estará sujeta a las aprobaciones que debe emitir la E.A.A.B. La metodología que se llevará para cumplir con este requisito, será la de entregas y reuniones parciales, que sostendrá el Diseñador, el Interventor y el delegado del **I.D.U.,** nombrado para realizar labores de coordinación interinstitucional. Este procedimiento se realizará con todas las Entidades de Servicios Públicos, con la activa participación de la Interventoría del Proyecto” (fls. 32 vto. y 77 a 81 vto., c. 2 – negrillas del original y subrayas de la Sala).

En el contrato se pactaron las siguientes obligaciones a cargo del contratista (se transcribe como obra en el expediente):

**“CLAUSULA TERCERA – OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA CON LA IMPLANTACION:** Además de las derivadas del presente contrato, del pliego de condiciones y de la ley, tendrá entre otras, las siguientes: 1) Efectuar las correcciones y atender oportunamente las observaciones que se formulen por parte de la interventoría, hasta obtener la aprobación final de la Implantación. 2) Presentar en un plazo no mayor de cinco (5) días calendario, todas las correcciones y observaciones que se le formulen, plazo que correrá a partir de la fecha en que las solicite la interventoría y/o el **IDU.** 3) Guardar absoluta reserva sobre los resultados obtenidos en el desarrollo del contrato, y a no utilizar, ni a divulgar para fines distintos a los previstos en el mismo, los resultados de su trabajo, sin la autorización previa y escrita del **IDU**. 4) Presentar al Interventor y con copia al IDU, informes quincenales sobre el avance de los trabajos y un informe final sobre el resultado de los mismos. 5) En materia de PROPIEDAD INTELECTUAL el **CONTRATISTA** declara que en la ejecución de la implantación objeto del presente contrato, cumplirá todas y cada una de las normas colombianas sobre propiedad intelectual y todas las contenidas en los tratados y compromisos internacionales sobre la materia y declara, asi mismo, que responderá ante el IDU y ante terceros, por todo incumplimiento de cualquiera de dichas normas. 6) El **CONTRATISTA** transferirá al IDU todos los DERECHOS DE AUTOR que surjan durante el desarrollo del objeto del presente contrato. En consecuencia, el IDU adquiere la totalidad de los derechos patrimoniales, conservando el **CONTRATISTA** para sí la titularidad de los derechos morales, de conformidad con lo previsto en la Decisión Andina 351 de 1993 y en las Leyes 23 de 1982 y 44 de 1993, y en las normas que las sustituyan o reformen. **PARAGRAFO PRIMERO:** El **CONTRATISTA** registrar el presente contrato en la entidad competente para el Registro de Derechos de Autor y remitir la Subdirección Técnica de Contratos y Convenios del **IDU** el certificado de inscripción en le Registro de Contratos y Demás Actos, como requisito previo para la suscripción del Acta de Recibo Final de los Bienes a Satisfacción del **IDU** y para la realización del ultimo contado de pago. **PARAGRAFO SEGUNDO**: El personal que utilice el **CONTRATISTA** durante la ejecución del contrato, es de su libre escogencia y entre aquel y el IDU no existe, ni existirá vínculo alguno. En consecuencia, el **CONTRATISTA** responderá de manera exclusiva por el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales a que haya lugar. **CLAUSULA CUARTA – OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN LA EJECUCION DE LA OBRA**: Además de las derivadas del presente contrato, de la ley, del pliego de condiciones, tendrá entre otras las siguientes: **1) Ejecución de las obras**: El **CONTRATISTA** se obliga a llevar a cabo todos los proyectos, instalaciones y obras materia de este contrato al precio unitario cotizado en su propuesta, ciñéndose a las normas técnicas vigentes y a rehacer a sus expensas cualquier obra que resulte mal ejecutada, o que no cumpla con las especificaciones a juicio del Interventor. **2) Obligaciones en materia de equipo:** Serán de cargo del **CONTRATISTA** la adquisición, transporte, importación si fuere el caso, montaje, utilización, reparación, conservación y mantenimiento de todas las maquinas, equipos, herramientas, repuestos y demás elementos necesarios para la realización de las obras objeto del presente contrato. **3) Obligaciones en materia de elementos:** Serán también de cuenta del **CONTRATISTA** la adquisición, transporte, clasificación, almacenamiento y utilización de todos los elementos destinado a las obras. **4) Otras erogaciones:** Corresponde al **CONTRATISTA** asumir el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral del personal que contrate para la ejecución de las obras, lo mismo que el pago de los impuestos, gravámenes, aportes y servicios de cualquier género que establezcan las leyes colombianas. Igualmente, las que se generen por concepto de vigilancia, hasta la entrega final de las obras, construcción, dotación, mantenimiento y desmonte de campamentos y otras instalaciones provisionales que fueren necesarias para el manejo de del tráfico y administrar la obra, hasta la entrega final de la misma. Es entendido que todos estos gastos han sido estimados por el **CONTRATISTA** e incluidos en el precio de su oferta. **5) Conservación de las obras:** Durante la ejecución de las obras y su entrega final, el **CONTRATISTA** tendrá la obligación de poner en práctica procedimientos adecuado de construcción y de protección de las mismas contra cualquier daño o deterioro que pueda afectar su calidad, estabilidad y acabado, inclusive en aquellas que durante la construcción permanezcan prestando un servicio público. Así mismo, deberá tener las debidas precauciones a fin de conservar en perfecto estado los inmuebles aledaños, las estructuras e instalaciones y redes de servicio superficiales o subterráneas existentes dentro del área de trabajo o adyacentes a ella, siendo de su exclusiva responsabilidad cualquier daño que pudiere ocasionar a tales inmuebles, estructuras e instalaciones. **6) Vías de acceso:** Corresponde al **CONTRATISTA** la reparación de las vías de acceso a los lugares de las obras concernientes al presente contrato, cuando se deteriore como consecuencia de la ejecución de las obras contratadas. **7) Trámite ante las Empresas:** El **CONTRATISTA** se obliga así mismo a presentar constancia de recibo y aprobación de las respectivas Empresas (Acueducto y Alcantarillado, Energía, Gas y Teléfonos) donde conste la construcción de los distintos servicios públicos durante la ejecución del contrato. Esta certificación es requisito previo para el último pago y deberá ser presentada para anexarla al acta de liquidación. **8) Documentos:** Presentar al momento de la iniciación del contrato los documentos señalados en el numeral 3.3 del Pliego de Condiciones. **9) Equipo y Personal:** Tener disponible y emplear en la ejecución de las obras el equipo y personal ofrecido en su propuesta, de conformidad con lo establecido en el Pliego de Condiciones. **10) Seguridad e higiene en los lugares de trabajo:** Mantener en los lugares de trabajo, todas las medidas de orden y seguridad convenientes para evitar accidentes, tanto en relación con su personal como a terceros; además deberá tomar todas las precauciones el caso para garantizar la higiene de las instalaciones en los lugares de trabajo, si la importancia de éstos lo justifica, especialmente mediante el establecimiento de redes viales, suministro de agua potable y saneamiento. **11) Señalización y Manejo Ambiental:** El **CONTRATISTA** no podrá iniciar las obras de objeto de este contrato hasta tanto no se encuentren debidamente señalizadas y adoptado el Plan de Manejo Ambiental. El incumplimiento de ésta obligación, dará lugar a la imposición de sanciones pactadas en el presente contrato, sin perjuicio de la responsabilidad civil extracontractual imputable al **CONTRATISTA**. **CLAUSULA QUINTA – OTRAS OBLIGACIONES:** Además de las obligaciones anteriormente señaladas el CONTRATISTA tendrá las siguientes: 1) Tener afiliado al personal que utilice durante la ejecución del contrato, al Sistema de Seguridad Social e Integral ( salud, pensiones y riesgos profesionales), de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 100 de 1.993 y el articulo 114 del Decreto 2150 de 1.995. 2) Dar estricto cumplimiento a lo establecido en el Manual de Respeto al Ciudadano adoptado por el **IDU**, el cual deberá solicitar en la Oficina Asesora de Atención al Cliente e Impacto Social y Ambiental del Instituto” (fls. 24 a 25, c. 2).

Pues bien, según se indica en el aparte transcrito de los pliegos de condiciones, para el desarrollo del contrato 453 de 2000 el IDU contrató con la unión temporal Guía Ltda. la elaboración de los diseños **tipológicos** del Sistema Transmilenio. A pesar de que allí no se específica qué contenían esos diseños, es indudable que no se hizo ninguna salvedad, por lo que debe entenderse que estaban incluidos los diseños eléctricos.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esos diseños eran un modelo[[33]](#footnote-33) que debía seguir el contratista; pero, a pesar de la existencia de tales diseños, éstos podían o debían ser ajustados, lo que se consideró en el pliego de condiciones como implantación.

La Sala entiende que la implantación consistía en la posibilidad de hacer los ajustes respectivos a los diseños tipo, como se indicó en el párrafo anterior, pues, en los pliegos de condiciones, luego de que se dice “haciendo los ajustes respectivos” se introduce un paréntesis explicativo que se refiere a la implantación (numeral 1.16.1), así:

“Por medio de un contrato con la U.T. GUIA LTDA. y la STT de Santa fe de Bogotá, la Administración Distrital contrato la elaboración de los diseños de la Estaciones Tipológicas del Sistema Transmilenio. Estos diseños han sido elaborados teniendo en cuenta que pueden ser replicables en todos los corredores troncales**, haciendo los ajustes respectivos (implantación)”**.

Lo anterior es corroborado con la explicación dada por la Coordinadora del contrato sobre la forma como funcionaban los ajustes a los diseños, pues, en su testimonio rendido dentro del proceso, se lee:

“**PREGUNTADO:** Dentro del proceso constructivo qué tipos de ajustes realizaba el contratista a los diseños presentados por el IDU para la ejecución del contrato. **CONTESTO:** El contratista tenía la libertad de realizar mejoras en los diseños y por eso se le reconoció lo estipulado para la implantación. **PREGUNTADO:** La implantación y montaje de las estaciones el contratista las hacía conforme a los ajustes efectuados a los diseños y qué procedimiento efectuaba para tal fin. **CONTESTO:** el mecanismo era, el contratista analiza los diseños, realiza las propuestas de mejora o cambios que él considera necesarios los presenta a interventoria para aprobación y luego de aprobados se construyen” (fl. 379, c. 3).

En ese orden de ideas, el contratista debía hacer los diseños de implantación tomando en cuenta los prototipos[[34]](#footnote-34), con la facultad de modificarlos, pero no le asistía la obligación de realizar, por su propia cuenta, diseños que se alejaran de los previamente definidos por el IDU, es decir, el contratista debía respetar los lineamientos dados por el contratante.

En lo atinente a diseños eléctricos el pliego no le asignó tal obligación directamente al contratista, pues, en lo referente a obras de urbanismo, se dispuso que éste debía realizar la instalación y conexión a las redes de servicios públicos, entre ellos, el de energía.

Así las cosas, del pliego de condiciones no surge claramente que el contratista tuviera a su cargo la elaboración de los diseños eléctricos, lo que se corrobora con las obligaciones pactadas en el contrato, en el que nada se dice al respecto.

En conclusión, las partes no pactaron dentro de las obligaciones del contratista la de realizar diseños eléctricos, por lo que debe entenderse que éstos debían ser entregados por el IDU al contratista, lo que se encuentra en concordancia con las conclusiones del dictamen pericial, en donde se afirmó que los diseños eléctricos debían ser suministrados por el IDU (fls. 5, c. 4 y 8, c. 6).

Ahora bien, es necesario determinar, si en efecto el contratista realizó los diseños eléctricos, si lo hizo íntegramente o si solo efectuó una modificación a los que debía entregar el IDU.

En el acta de reunión del 11 de agosto de 2000, realizada con funcionarios de Transmilenio S.A y el IDU, se dijo, entre otras cosas, que los contratistas debían realizar los diseños eléctricos, en efecto, allí se lee:

“**OBJETO:** Comunicarle a todos los Contratistas de Implantación y Construcción de Paraderos y sus Interventoría los Cambios que ha sido necesario efectuar para mejorar el proyecto.

“**TEMAS TRATADOS EN DESARROLLO DE LA REUNION**

“…

“7. En la parte eléctrica, existen especificaciones contractuales para los ductos y los contadores que no son aceptadas por la Empresa de Energía Codensa S.A. E.S.P y que (sic)el cambio de no ser aceptadas generarían (sic) costos adicionales en estos ítems a los contratos.

“8. Queda claro que los Contratistas tienen que hacer el diseño eléctrico de las estaciones y que una vez revisado y aprobado por la Interventoría se tratará de unificar” (fl. 163, c. 2B – negrillas del original, subraya la Sala).

En acta 004 de seguimiento del 15 de agosto de 2000, se dejó la siguiente constancia:

“4. Se le informa al CU que el próximo jueves a las 11 a.m. se hará una reunión en las oficinas de ACI para definir todos los aspectos eléctricos. El CU manifiesta que la realización de los diseños eléctricos, que debió haber entregado completos el IDU, y que no se entregó, implica un trabajo adicional y por lo tanto un costo adicional” (fl. 166, c. 2B).

Posteriormente, en el acta 008 de seguimiento del 12 de septiembre de 2000, se hizo constar que se le informó al contratista que no se haría ningún reconocimiento económico por esos diseños:

“7. El CU plantea que se requiere que le definan si se les aprobará el presupuesto del diseño eléctrico. Se les contesta que los otros contratistas no han solicitado cobro por este diseño, y que no tiene presentación para el IDU aprobar un pago a un contratista de un ítem que no será pagado a los otros …” (fl. 173, c. 2B).

Del acta de seguimiento 13, del 24 de octubre de 2000, se podría pensar que al contratista le correspondió realizar el diseño completo de la parte eléctrica, pues allí se lee:

“7. Se le solicita nuevamente al Consorcio Urbano entregar el diseño completo de la parte eléctrica. El Consorcio urbano informa que el día de mañana entregará los planos de este diseño” (fl. 188, c. 2B).

Sin embargo, de las demás comunicaciones cruzadas entre las partes ello no surge tan claro, y más bien pareciera que fue parcial el diseño eléctrico realizado por el contratista, pues en una oportunidad el contratista indicó a la Gerencia del Proyecto de Transmilenio que “el diseño eléctrico suministrado por el IDU no se pudo implantar dado que estaba incompleto” (fl. 348, c. 2B).

En comunicación del 4 de enero de 2001, el contratista le solicitó al interventor que se le informara si debía hacer una variación a los diseños eléctricos:

“Confirmar si debemos incluir dentro del diseño eléctrico de los paraderos la carga para las luminarias tipo M130 de las zonas de aproximación (sic) puesto que esto cambiaria las preliminares previamente aprobadas por Codensa y cambiaria los calibres de las acometidas diseñadas y especificar el requerimiento de luminosidad para elaborar el diseño tanto en estas zonas como las de transición” (fl. 273, c. 2B).

Debido a la continua variación en los diseños eléctricos y a la falta de certeza sobre el diseño final, el 4 de enero de 2001 el contratista solicitó una ampliación del plazo del contrato en 60 días (fl. 275, c. 2B), petición reiterada el 8 de febrero siguiente (fl. 291, ibídem).

El 7 de febrero, el interventor remitió al contratista el archivo magnético con la “última versión de planos de Angelcom con el diseño de redes eléctricas y de voz y datos para las estaciones de ancho 3, 50 m, recibidas del IDU con comunicación GTM-3700-0149-2001” (fl. 289, c. 2B).

Frente a las reclamaciones del consorcio relacionadas con el valor de los diseños eléctricos, la interventoría consideró que esos trabajos estaban dentro del alcance de la implantación, motivo por el cual al contratista se le habían entregado “dentro de la información técnica del proyecto los esquemas generales correspondientes a la parte eléctrica” (fl. 351, c. 2B).

Sobre la forma en que se desarrolló el contrato en lo relacionado con los diseños eléctricos se recepcionarion los siguientes testimonios:

Ingrid Laurens, Coordinadora Técnica del IDU, en cuya declaración se lee (transcripción literal):

**“PREGUNTADO:** Cuál era el alcance del objeto contractual de diseños eléctricos y nivelaciones de vagones, adecuación y cimentación de rampas. **CONTESTO:** Trodo lo relacionado con los diseños estaba contemplado dentro del imp, implantación que consistió en tomar los diseños básicos entregados por el IDU, revisarlos, analizarlos y mejorarlos de manera que se garantizara la construcción de las estaciones. **PREGUNTADO:** En el CONTRAOI 453 de 2000 existieron obras adicionales no contempladas referentes a elaboración de diseños eléctricos de las estaciones. **CONTESTO:** No” (fl. 378 y 379, c. 3).

Luis Eduardo Velásquez Sánchez, quien tuvo a su cargo la construcción de la estructura metálica por parte del consorcio demandante, entorno a los diseños eléctricos indicó (se copia como obra en el original):

“A pesar de lo que manifesté al inicio de que mi frente era la construcción metálica, participaba en algunos comités de obra en el campamento de la misma, donde se tocaba el tema del diseño eléctrico que debió ser entregado por el IDU y no estaba aprobado por CODENSA, en una de las reuniones que se realizaron en TRANSMILENIO, se delegó a los contratistas el desarrollo y aprobación por parte de CONDENSA y el IDU y no estaba aprobado … **PREGUNTADO:** Precise al Despacho, de acuerdo a su respuesta anterior si finalmente el diseño eléctrico para las estaciones debió realizarlo el Consorcio. **CONTESTO:** No debió realizarlo el consorcio, debía hacer parte del diseño entregado por el IDU. El diseño fue realizado por el CONSORCIO URBANO” (fl. 368, c. 3).

Con los anteriores medios probatorios se logra establecer que al contratista se le pidió realizar unos diseños eléctricos, necesarios para el cumplimiento del objeto contractual; sin embargo, no se probó que la obras se hubieran ejecutado con los diseños elaborados por el consorcio urbano, si se utilizaron diseños realizados por Angelcom o si ambos (consorcio y Angelcom) los elaboraron en conjunto, tampoco se probó si se trató de diseños nuevos que reemplazaron los previamente elaborados por el IDU o si solo se hizo una modificación a los mismos, en virtud del deber que al respecto le asistía al contratista como parte de la implantación de los diseños, tampoco está claro en el contrato que el IDU tuviera que pagar un valor adicional al inicialmente pactado por las modificaciones o los nuevos diseños que hiciera el contratista.

En efecto, ni en los pliegos de condiciones, ni en el contrato se aclaró la obligación del contratista frente a diseños eléctricos y del material probatorio recaudado no se puede concluir qué variación tuvieron los diseños eléctricos entregados por el IDU, en qué aspecto éstos fueron objetados por Codensa, ni cuál fue la variación que exigió esta última.

Al respecto no brinda ningún aporte probatorio el dictamen pericial que se limitó a señalar que el consorcio elaboró diseños eléctricos, pero no estableció si era una variación de los contratados por el IDU o si se trató de un nuevo diseño (fl. 5, c. 4 y fl. 8 c. 6).

En consecuencia, la Sala revocará la condena decretada en la sentencia de primera instancia, ya que allí se accedió a esa pretensión con fundamento en el dictamen pericial, el que, como se anotó, no prueba, ni sustenta la forma, ni el alcance de la modificación de los diseños eléctricos hecha por el contratista.

**4.2.- Devolución del 5% de la contribución contenida en la ley 418 de 1997.-**

El actor considera que por tratarse de un consorcio no le era aplicable la contribución establecida en el artículo 120 de la ley 418 de 1997[[35]](#footnote-35), que establecía:

“ARTÍCULO 120. Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, departamento o municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

PARÁGRAFO. La celebración o adición de contratos de concesión de obra pública no causará la contribución establecida en este Capítulo”.

El 29 de mayo de 2001 el consorcio contratista le solicitó al IDU la devolución de lo descontando por concepto de la citada contribución, argumentando que el sujeto pasivo de ella eran las personas naturales o jurídicas (fls. 390 a 391, c. 2B), supuesto en el que no encajan los consorcios por no tratarse de una persona jurídica. La petición se fundamentó en el concepto 012399 emitido por la Dian el 15 de marzo de 2001 y según el cual:

“… al no ser asimilables a personas jurídicas y considerando que el anterior tratamiento debe ser aplicado para todos los eventos, puede válidamente afirmarse que como el artículo 120 de la ley 418 de 1997, no señaló expresamente que los consorcios como sujetos obligados al pago de la contribución especial por contratación pública, y dado que la misma no puede ser establecida por la doctrina; es imperioso concluir que los consorcios y uniones temporales no se encuentran obligados al pago de la contribución especial cuando suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o cuando celebren contratos de adición al valor existente” (fl. 389, c. 2B- transcripción literal).

El 13 de junio y el 5 de julio de 2001 se le informó al contratista que el IDU le solicitó a la Dian la revisión del referido concepto 012399 y que, mientras no se tuviera respuesta de esa entidad, se seguiría efectuado el descuento (fls. 392 y 393, c. 2B).

El 29 de agosto siguiente la Dian contestó la consulta, en los siguientes términos (se transcribe literalmente):

“PROBLEMA JURÍDICO

“La contribución especial a que se refiere el artículo 120 de la ley 418 de 1997, también deben pagarla los consorcios y las uniones temporales?

“TESIS

“El pago de la contribución especial a que se refiere el artículo 120 de la ley 418 de 1997 solo obliga a las personas naturales y/o jurídicas que celebren los contratos mencionados en la Ley.

“INTERPRETACIÓN

“Solicita Usted reconsideración de lo expresado en el concepto número 012399 de marzo 15 de 2001, en cuanto se afirma allí que los consorcios y uniones temporales no están obligados al pago de la contribución especial cuando suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o cuando celebren contratos de adición al valor de los existentes.

“…

“En relación con la contribución especial del 5% sobre contratos de construcción y mantenimiento de vías celebrados con entidades de derecho público, en el contexto que se viene de exponerse, los consorcios y las uniones temporales, en cuanto tales entes, no son sujetos pasivos de la contribución. Así se confirmó en el concepto cuya reconsideración se solicita. **Lo cual no significa que cada uno de los vinculados en el consorcio o la unión temporal no esté obligado a dicha contribución en la misma proporción en que participa en esa clase de contrato de colaboración empresarial.**

“A esta conclusión llegamos también atendiendo a la forma como el legislador instauró esa contribución sobre todo contrato de construcción o de mantenimiento de vías, con las sola exclusión de los de concesión de obra, cuya justificación está dada por las características que reviste el sistema de financiación y de pago de los mismos.

“Desde el punto de vista del análisis finalístico de la norma que instauró la contribución comentada y de las leyes posteriores que han prorrogado su vigencia, es manifiesto que el hecho de que los contratos pertinentes se hayan celebrado o se celebren con consorcios o con uniones temporales, no puede constituirse en fundamento de una exención al pago de la contribución, ni menos, a pretender un derecho de devolución de la contribución pagada...

“…

“Para este despacho resulta claro por las consideraciones precedentes que cada uno de los consorciados o vinculados en unión temporal está obligado a cancelar la contribución del 5% sobre contratos de obra para construcción y mantenimiento de vías, en la proporción que dentro del valor total del contrato le corresponda. De lo contrario, se hallaría sin respaldo económico el objetivo perseguido por la Ley con la contribución especial, toda vez que muchísimos contratos de construcción y mantenimiento de vías en el orden nacional y en el departamental y municipal se conciertan justamente con esas figuras de colaboración empresarial.

“…

“De conformidad con lo aquí expuesto se complementa y se aclara, en cuanto fuere menester, el concepto número 021399 expedido el 15 de marzo del presente año” (fls. 394 a 397, c. 2B – negrillas del original).

El 19 de septiembre de 2001 el IDU le envió copia de la anterior comunicación al consorcio (fl. 398, c. 2B).

La obligación de la que se viene hablando fue establecida desde los pliegos de condiciones, donde se señaló:

“El proponente deberá tener en cuenta que el contrato de obra objeto de esta Licitación (sic) está sujeto al pago de la Contribución Especial (sic) de la Ley 104/93 (Impuesto de Guerra) del 5% sobre el valor de todo pago que se haga al contratista …”[[36]](#footnote-36) (fl. 44, c. 2).

Tal obligación se pactó en la cláusula octava del contrato, así:

**“IMPUESTOS Y RETENCIONES:** Los impuestos y retenciones que surjan del presente contrato, (sic) corren por cuenta del CONTRATISTA, para cuyos efectos el IDU hará las recomendaciones del caso y cumplirá las obligaciones fiscales que la Ley. **PARAGRAFO PRIMERO:** El presente contrato está sujeto al pago del impuesto al valor agregado IVA sobre el valor de los diseños **y al pago de la contribución especial prevista en la Ley 418 de 1.997, en lo que a la construcción de vías se refiere, cuya vigencia fue prorrogada por la Ley 548 del 23 de diciembre de 1999** …” (fl. 25 vto., c. 2 – se resalta).

Así las cosas, la Sala considera que no le asiste razón al actor para solicitar la devolución de la contribución contenida en la ley 418 de 1997, pues si bien la norma se refiere a personas naturales o jurídicas, debe entenderse la misma con un criterio finalístico, el cual era dotar al Estado de fuentes de financiación para las fuerzas armadas, por lo que la celebración de los contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías[[37]](#footnote-37) eran el hecho generador del tributo. Así las cosas, los miembros del consorcio debían asumir esa contribución.

**4.3.- Nivelación de vagones.-**

En cuanto a la pretensión derivada de la nivelación de vagones, la Sala hará la misma interpretación que realizó frente a los diseños eléctricos, en el entendido de darle el alance a la observación dejada en el acta de liquidación bilateral sobre “nivelación de vagones”, en la forma en la que presentó su previa reclamación al IDU, pues, como se vio, allí se dijo: “me reservo el derecho a presentar reclamaciones sobre los siguientes conceptos tal como se evidencia en los antecedentes administrativos del contrato”.

Así las cosas, se encuentra que previo, a la liquidación del contrato, el consorcio le solicitó al IDU el reconocimiento y pago de los costos adicionales en los que incurrió por diversos conceptos, entre ellos, la nivelación de vagones. Así, en comunicación del 15 de mayo de 2001, dijo (se copia como obra en el original):

“Nos dirigimos a usted en su condición de Subdirector General del IDU para someter a su consideración una solicitud de reconocimiento y pago de los mayores valores y costos adicionales en que debió incurrir el Consorcio Urbano, generados por hechos no imputables al contratista y que afectaron el equilibrio económico del contrato a fin de que sean tenidos en cuenta en la fase de liquidación del contrato 453 de 2000 con él propósito de que las partes contratantes puedan declararse a paz y salvo en los términos previstos en el artículo 60 de la ley 80 de 1993.

“…

“2. NIVELACION DE VAGONES

Los diseños originales de Transmilenio determinaban que las plataformas de abordaje de los vagones debían quedar a 90 cms. sobre el nivel rasante, a su vez para las estaciones de nuestro contrato esta rasante debería quedar completamente horizontal. De acuerdo con esto el IDU y la interventoría aprobaron nuestros diseños, implantación y construcción de las estaciones.

“Como el contratista responsable de la construcción de la calzada de Transmilenio no dejó nivelada horizontalmente la rasante, después de terminados nuestros trabajos la Interventoría nos ordenó ajustar los niveles de nuestras estaciones a los desnivele dejados en la rasante de la vía.

“Lo anterior nos generó unas actividades adicionales no contempladas en nuestro Contrato, que fue la implementación de los recursos necesarios para renivelar los vagones a la nuevas condiciones presentadas, recursos que describimos en nuestra comunicación IDU-453-242-01 con su correspondiente análisis unitario, cuyo valor asciende a la suma de $4.770.654, 30 (incluido IVA).

“Frente a este punto en particular, es necesario tener en cuenta que ello constituye lo que la doctrina ha determinado un alea normal que no debe ser asumido por el contratista. Así las cosas el presupuesto bajo el cual se adjudicó el contrato 453 al Consorcio Urbano y bajo el que debía ejecutarse era la existencia de una vía u obra pública en condiciones técnicas optimas que se ajustaran inequívocamente a las condiciones de diseño de las estaciones, lo que por circunstancia absolutamente imprevistas implicó él tener que ejecutar labores no contratadas ni ofertadas originalmente como fueron el ajuste de la estaciones a los imperfectos dejados por el contratista de obra pública”(fl. 763 y 765, c. 2A).

Así las cosas, la Sala entenderá la salvedad respecto de los desniveles de las estaciones en el sentido indicado en la transcripción, es decir, que la reclamación se efectuó por falta de pago, lo que se encuentra en concordancia con la demanda.

En las actas de seguimiento 14 (del 31 de octubre de 2000[[38]](#footnote-38)), 15 (del 7 de noviembre de 2000[[39]](#footnote-39)), y 22 (del 26 de diciembre de 2000) se puso de presente el asunto de los desniveles. En esta última se indicó que, “en relación con la altura de colocación de las plataformas de acceso a los buses (sic) el IDU considera que respecto a la altura inicial estimada de 90 centímetros puede existir un desfase de más o menos 2 centímetros por encima de lo inicialmente establecido. Al respecto (sic) el Consorcio Urbano considera que le es posible dejar la plataforma a 92 centímetros de altura” (fl. 16, c. 2C).

En el acta de seguimiento 25, del 16 de enero de 2001[[40]](#footnote-40), se puso de presente que el desnivel del paradero Carmel Sur llegaba hasta +96 cm (fl. 23, c. 2C).

El consorcio solicitó que se le reconociera el mayor valor asumido por la nivelación de los vagones, con fundamento en que los diseños originales establecían que las plataformas debían quedar a 90 cms sobre el nivel de la rasante y que, como el contratista encargado de la construcción de la calzada no niveló horizontalmente la rasada, la interventoría le ordenó al consorcio urbano, después de terminados los trabajos, ajustar los niveles de las estaciones a los desniveles dejados en la rasante de la vía, lo que constituía actividades adicionales no contempladas en el contrato (fl. 29, c. 2C).

Trasladada esa petición a la interventoría, ésta señaló que no respaldaba tal reclamación, pues, en su concepto, esas correcciones hacían parte del montaje de las estaciones y consideró que “la diferencia se presentó porque al realizar la nivelación total de cada vagón utilizó el promedio de desviaciones de nivel de la vía, en lugar de nivelar cada extremo de los vagones con respecto a la cota verdadera de la vía que se tenía en cada punto” (fl. 40, c. 2C).

Los dictámenes periciales concluyeron que la nivelación de los vagones le correspondía efectuarla al contratista, por ser parte de la implantación de las estaciones, lo que se encontraba amparado por los imprevistos, por lo cual los costos respectivos debían ser asumidos por el contratista (fl. 8, c.4 y 18, c. 6).

La Sala acoge las conclusiones de los peritos, pues, de conformidad con el contrato (cláusula tercera, transcrita en páginas anteriores), el consorcio debía realizar los ajustes que le solicitara la interventoría hasta obtener su aprobación; adicionalmente, debía rehacer las obras que fueran mal ejecutadas por el Consorcio Urbano, lo que, según la interventoría fue, lo ocurrido con las obras de nivelación de los vagones, ya que el contratista tomó un método de nivelación erróneo, lo cual, por demás, no fue desvirtuado en el proceso.

**4.4.- Obra no pagada: adecuación de rampas y barandas de la estación del Toberin.-**

Según la demanda, el contratista ejecutó obras adicionales que no estaban en el contrato, entre ellas, el diseño de las rampas, construcción de obras de cimentación y el montaje mecánico del paradero Toberín Norte; pero una vez realizadas esas obras el IDU informó que ya no se necesitaban, por cuanto el puente peatonal que esa entidad estaba construyendo con otro contratista interfería con la rampa, por lo que dicha obra no fue pagada.

De otra parte, señaló la demanda que el consorcio tuvo que hacer la adecuación de la rampa y de las barandas en la estación Toberín Sur, lo que también constituyó obra adicional y evidenció la falta de planeación del IDU. Esta obra tampoco se le pagó al consorcio.

En cuanto al mayor valor por concepto de las rampas y las barandas de la estación Toberín, el *a quo* consideró que no se había probado con suficiente claridad si las modificaciones en los diseños y las mayores cantidades de obra tenían origen en hechos imputables a la entidad demandada o en errores del contratista, frente a lo cual los dictámenes periciales no habrían brindado claridad, motivo por el cual no accedió a su reconocimiento.

En el acta de seguimiento 19, del 5 de diciembre de 2000, se dejó constancia de que el IDU hizo entrega al consorcio del archivo magnético de los puentes de adecuación (fl. 175, c. 2C).

El 12 de febrero de 2001 la firma interventora le indicó al contratista lo siguiente:

“Una vez hecha la evaluación del día viernes 9 de febrero por parte de la Interventoría y la Coordinación de Paraderos del IDU sobre la situación de los paraderos respecto a las rampas de los puentes peatonales, se estableció que en la áreas de aproximación de los paraderos Toberín Sur y Mazurén Sur, dada la poca distancia entre la plataforma de acceso de 7.20 m y el final de la rampa del puente peatonal que llega a N+0.90 m (Toberín sur 13.25 m, Mazuren Sur 14.75 m) resulta más conveniente construir plataformas de aproximación cuya estructura de piso sea metálica con piso en aluminio, barandas tipo 2 apoyadas sobre muretes” (fl. 242, c. 2C).

El 14 de febrero siguiente, el consorcio le comunicó a la interventoría que los cambios generarían nuevamente retrasos y costos adicionales y agregó que era responsabilidad del IDU y de la interventoría la decisión de construir rampas en todas las estaciones (fl. 244, c. 2C).

El 15 de febrero de 2001 la interventoría le comunicó al consorcio que los cambios necesarios en las obras de aproximación se debieron a errores en la implantación realizada por el contratista, agregó que:

“A pesar de que el IDU había suministrado a ustedes la información relativa a los puentes peatonales en archivo magnético, como consta en el Acta del Comité de Obra del día 5 de diciembre, los esquemas de la implantación presentados por ustedes en la reunión realizada en el IDU, y que se tuvieron como base para definir las obras que se requería realizar en las zonas de aproximación no tuvieron en cuenta dicha información, y presentaban errores de gran magnitud en la ubicación de los paraderos, puentes y rampas de aproximación.

“Adicionalmente, estos mismos esquemas de implantación fueron tomados por ustedes como la base del diseño con el cual adelantaron sus obras, sin realizar verificaciones posteriores con la información de los puentes peatonales, a pesar de que como se menciona en su comunicación los esquemas no eran un diseño definitivo

“Por lo anterior, les ratificamos lo que se les informó en el Comité de Obra anterior, en cuanto a que las obras incorrectamente ejecutadas por ustedes que no puedan acoplarse a las correcciones que hubo necesidad de realizar, no podrán ser reconocidas por esta interventoría” (fl. 132 y 133, c. 2C).

En respuesta a lo anterior, el 16 de febrero de 2001 el contratista precisó:

“Es falso afirmar que nosotros utilizamos los esquemas de evaluación de cantidades de plataformas de aproximación para desarrollar el diseño de las rampas. El diseño de las rampas solo tuvo en cuenta la orden de ejecución del IDU de hacer estas obras en todas las estaciones. No hemos sido contratados para realizar el estudio de la implantación de las zonas de aproximación de puentes y ahí es donde radica el problema que se esta (sic) presentado” (fl. 134, c. 2C).

Frente a este punto, el IDU, en comunicación del 27 de febrero de 2001 dirigida al consorcio, precisó (transcripción literal):

“Como se aclaró en el comité del día 13 de febrero de 2001, la decisión de construir rampas de acceso en todas las estaciones del Grupo 2, se basó en la información presentada por el Consorcio Urbano en reunión con fecha enero 5 de 2001 con la doctora María Elvira Bolaño, según la cual, la distancia entre puentes y paraderos superaba los 30 metros en todos los casos.

“El día 23 de noviembre de 2000 se realizó una reunión en el campamento de obra del Consorcio Urbano, en la cual se revisaron los diseños de puentes peatonales para definir el alcance aproximado de obras de empalme.

“Según consta en el acta de comité del día 5 de diciembre de 2000, se entregó un archivo magnético con los diseños de los puentes de adecuación. En su comunicación IDU-453-233-00, de febrero 14, afirman que no pudieron abrir esos archivos, sin embargo, en ningún momento se pidió reemplazar esa información, por lo que **el IDU asumió que había sido utilizada en la elaboración de los esquemas que presentó Consorcio Urbano el día 5 de enero de 2001**.

“No es clara la manera en que fueron tomadas las distancias presentadas al IDU ya que no coinciden con lo observado en los planos el día 23 de noviembre ni con los archivos magnéticos entregados, y no se hizo ninguna acotación con respecto a la falta de información en esa reunión, por lo que consideramos que si existe responsabilidad por parte del Consorcio Urbano en la decisión de fabricar las rampas de la referencia.

“El IDU ha prestado su colaboración en la búsqueda de soluciones que permitan utilizar los materiales correspondientes a estas rampas, en los empalmes a nivel +0.90 con los puentes peatonales, pero esto no exime en ningún momento al Consorcio Urbano de su responsabilidad” (fls. 135 y 136, c. 2C – se resalta).

Frente a la anterior postura del IDU, el contratista insistió en que la construcción de las rampas fue ordenada por esa entidad y que era competencia del IDU definir las zonas de aproximación entre puentes y paraderos, por lo que le endilgó la responsabilidad al demandado respecto del hecho de que algunas rampas no fueran necesarias (fl. 137, c. 2C).

En la reclamación presentada ante el IDU para que se le restableciera el equilibrio económico del contrato, en cuanto a la cimentación y adecuación de las rampas, se dijo (se transcribe tal como obra):

“3. CIMENTACION RAMPA TOBERIN NORTE

“El IDU nos ordenó diseñar y construir las rampas inclinadas para acceder a los vagones en Enero 12 de 2001, cuando ya hacía mas de un mes que habíamos acabado con la fabricación y montaje de estructuras metálicas y obras de cimentación; lo que originó la prorroga del otrosí 2 justificado en el Acta de prorroga de Enero 10 de 2001 (copias anexas).

“Una vez realizados los diseños y efectuada la construcción y montaje de todas las obras civiles y metálicas de esta rampa, obras que fueron hechas todas con la aprobación de La Interventoría mediante autorizaciones previas a la ejecución de cada uno de los ítem, el IDU nos informó que ya no las requería, y nos responsabilizó de que estas obras no han debido realizarse porque nosotros deberíamos haber sabido que el puente peatonal que construiría el IDU interferiría con esta rampa lo cual constituye una obligación de imposible cumplimiento para el consorcio que represento y en cualquier caso imprevisible para el contratista. Tal como se demuestra en la anterior explicación la responsabilidad de coordinación con otros contratistas no es objeto de nuestro contrato sino directamente del IDU como dueño del proyecto Transmilenio, y nosotros simplemente acatamos las órdenes impartidas como era nuestro deber legal y contractual.

“Por lo anterior se debe reconocer el costo generado por esta obras de acuerdo al análisis ya aprobados por la interventoría …:

“…

“4- ADECUACION RAMPAS Y BARANDAS DE RAMPAS DE LA ESTACION TOBERIN SUR.

“El IDU nos ordenó diseñar y construir las rampas inclinadas para acceder a los vagones en Enero 12 de 2001 cuando ya hacía mas de un mes que habíamos acabado la fabricación y montaje de estructuras metálicas y obras de cimentación, lo que originó la prorroga del otrosí 2 justificado en el Acta de Prorroga de Enero 10 de 2001.

“Una vez realizados los diseños y efectuada la construcción y montaje de todas las obras civiles y metálicas de esta rampa, obras que fueron hechas todas con la aprobación de La Interventoría mediante autorizaciones previas a la ejecución de cada uno de los ítem de esta actividad, el IDU nos informó que las rampas deberían colocarse horizontalmente y no como se había aprobado en el diseño.

“La anterior modificación nos implicó adecuar las rampas que estaban fabricadas para trabajar inclinadas, a que se pudieran colocar horizontalmente, generando los siguientes costos que no están incluidos dentro de los precios unitarios de nuestra oferta …” (fl. 141 y 142, c. 2C).

Los comentarios de la interventoría respecto de este punto fueron que las obras de cimentación no se ajustaban a la realidad del puente peatonal, que eso era responsabilidad exclusiva del contratista:

“3. Cimentación rampa Toberin Norte

“Con respecto a este punto, también había ya conceptuado la Interventoría en comunicación CU-1492-E-178, copia de la cual se adjunta a la presente. En esta carta se precisa que las obras de cimentación de la rampa del paradero Toberín Norte se aprobaron por el IDU y se construyeron por el Consorcio Urbano con base en un esquema elaborado por este Contratista que no se ajustaba a la realidad respecto a las obras del puente peatonal de este paradero, por lo cual la responsabilidad de este error recae exclusivamente en el Consorcio Urbano.

“4. Adecuación rampas y barandas de rampas del Paradero Toberin Sur

“Los trabajos de adecuación referidos en este punto son producto también del error cometido por el Consorcio Urbano, mencionado en el numeral anterior, por lo cual son de responsabilidad exclusiva de este Contratista” (fl. 152, c. 2C – se resalta).

Con los dictámenes periciales se buscó establecer si el contratista recibió la orden y las autorizaciones de la interventoría para construir la cimentación de la rampa en la estación norte, frente a lo cual los peritos concluyeron, uno, que esa obra no existía (fl. 8, c. 4) y, el otro, que:

“Según consta en la comunicación GTM-3700-0335.2001 del IDU y en la comunicación CU-1492-E-171 de Integral a CU, se hace mención a que en el comité del 5 de diciembre de 2.000 se entrego (sic) el implante de los paraderos en medio magnético y que en el comité del 13 de febrero se advirtió que no era necesario implementar éstas (sic) obras; por lo que se puede establecer que no hubo dolo por parte del IDU en éste (sic) inconveniente y al no existir una constancia de que para las fechas antes mencionadas, (sic) dichos trabajos ya se hubieran realizado, se concluye que no hay derecho a dicha reclamación por parte del CONSORCIO” (FL. 18, C. 6).

De los anteriores medios probatorios la Sala no puede concluir cuál fue la orden de la interventoría en lo referente a la cimentación de la rampa de la estación Toberín Norte. Tampoco se encuentra acreditado que se haya dado una contraorden; adicionalmente, resulta ilustrativo el hecho de que los peritos coinciden en afirmar que no existe constancia de que se hubieran realizado las obras, al menos no para la fecha en la que se advirtió que no eran necesarias.

Sumado a lo anterior, tampoco se probó que tales obras hubieran sido aprobadas por la interventoría y, en cambio, se deja entrever una posible negligencia del contratista, a quien se le entregó en medio magnético los diseños de los puentes, archivo al que no pudo tener acceso el contratista, según se indicó en su comunicación IDU-453-233-00 en la que le informó al interventor que no pudo abrir lo archivos contenidos en el disquete entregado el 5 de diciembre de 2000[[41]](#footnote-41); sin embargo, no informó oportunamente de ello al IDU. Así las cosas, el contratista no podía trasladar la falta de verificación de los diseños al contratante.

También es importante señalar que, según la interventoría, las modificaciones que se tuvieron que realizar partieron de un error en los diseños de implantación realizados por el contratista, error originado precisamente en la falta de verificación de la información relacionada con los puentes peatonales que se había entregado en los medios magnéticos.

De conformidad con lo anterior y a pesar de que los peritos señalan que sí era procedente reconocer lo correspondiente a la adecuación de la rampa sur de la estación de Toberín, la Sala no llega a esa convicción, pues ellos no desvirtúan lo dicho por el interventor, en el sentido de señalar que el origen de los errores que indicaron la necesidad de adecuar esa rampa fue o se debió a la indebida implantación efectuada por el contratista, pues éste no tuvo en cuenta la información que previamente se le había entregado en relación con los puentes peatonales[[42]](#footnote-42), aspecto que, por demás no fue desvirtuado dentro del proceso.

Por lo tanto, no se accederá a lo solicitado por obras adicionales respecto de la adecuación de rampas y barandas de la estación del Toberín.

**4.5.- Pago de reposición de dos postes tipo 130 en la estación Toberín y Carmel y tableado Las Margaritas.-**

En cuanto a este punto, la observación dejada por el contratista en el acta de liquidación se limitó al poste de la estación Toberin y no se dijo nada relacionado con un poste de la estación Carmel, lo que igualmente limita el estudio que se realice sobre este punto.

El 27 de marzo de 2001 el contratista puso en conocimiento de la interventoría la ocurrencia de actos que estaban ocasionando pérdidas y daños en los paraderos, razón por la que solicitó que se tomaran las medidas preventivas correspondientes (fl. 714, c. 2A). En respuesta a esto el interventor le indicó que las obras no habían sido entregadas formalmente al IDU, de modo que para esa fecha se encontraban bajo la responsabilidad del consorcio, el cual, en consecuencia, debía tomar las medidas necesarias para evitar daños o robos (fl. 728, c. 2A).

El 29 de marzo de 2001 el Consorcio puso en conocimiento del IDU y de la interventoría que las estaciones de los paraderos se encontraban terminadas y que faltaba que Codensa realizara las conexiones eléctricas; por ello, le solicitó que le recibiera los trabajos y se hiciera cargo de la vigilancia (fl. 729 y 730, c. 2A).

El 18 de abril siguiente, el consorcio le solicitó a la interventoría que le reintegraran los valores correspondientes a los arreglos que se vio obligado a realizar por causas ajenas a él, tales como la reposición de un poste M130 en la estación Toberín norte, por la colisión de un vehículo y la reposición total de la acometida eléctrica en la estación Las Margaritas, por hurto (fl. 322 y 323, c. 2C).

En lo que tiene que ver con la obligación de conservación de las obras, en el contrato se pactó lo siguiente:

**“CLAUSULA CUARTA – OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN LA EJECUCION DE LA OBRA**: Además de las derivadas del presente contrato, de la ley, del pliego de condiciones, tendrá entre otras las siguientes: ... **“Conservación de las obras:** Durante la ejecución de las obras y hasta su entrega final, el **CONTRATISTA** tendrá la obligación de poner en práctica procedimientos adecuado de construcción y de protección de las mismas contra cualquier daño o deterioro que pueda afectar su calidad, estabilidad y acabado, inclusive en aquellas que durante la construcción permanezcan prestando un servicio público. Así mismo, deberá tener las debidas precauciones a fin de conservar en perfecto estado los inmuebles aledaños, las estructuras e instalaciones y redes de servicio superficiales o subterráneas existentes dentro del área de trabajo o adyacentes a ella, siendo de su exclusiva responsabilidad cualquier daño que pudiere ocasionar a tales inmuebles, estructuras e instalaciones” (fl. 24 vto. , c. 2).

De conformidad con lo pactado en el contrato, el contratista tenía a su cargo la protección y conservación de las obras hasta su entrega final, cosa que ocurrió el 16 de mayo de 2001, fecha en la cual se suscribió el acta final de recibo de estaciones.

Así las cosas, como los hechos por los cuales se reclaman en este punto ocurrieron antes de la recepción final de las estaciones, pues la petición de reembolso data del 18 de abril de 2001, se concluye que para tal fecha todavía las obras estaban a cargo del contratista, motivo por el cual le concernía a éste la protección de las mismas.

En consecuencia, la Sala no hará reconocimiento alguno por este aspecto.

**5.- Condena es 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.

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,

**F A L L A:**

**1.- Revócase** la sentencia proferida el 14 de agosto de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**2.-** **Niéganse** las pretensiones de la demanda.

**3.-** Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Para lo cual relaciona las actas de seguimiento del contrato y las comunicaciones en las que se pone de presente ese hecho. [↑](#footnote-ref-1)
2. 1 y 2 de septiembre de 2008. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 954 de 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Acuerdo 19 de 1972 expedido por el Concejo de Bogotá. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, auto de 20 de agosto de 1998, exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en sentencias como la del 20 de abril de 2005 (exp. 14519) y en auto del 7 de octubre de 2004 (exp. 2675). [↑](#footnote-ref-6)
7. Según este artículo, son contratos estatales los celebrados por las entidades enunciadas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

   “Para los solos efectos de esta ley:

   “1o. Se denominan entidades estatales:

   “a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; **los establecimientos públicos**, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

   “b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (…)”. [↑](#footnote-ref-7)
8. Nota del original: “Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 68001231500019951182 01 (22.372). [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854). [↑](#footnote-ref-10)
11. Debe tenerse en cuenta que, desde hace ya muchos años, esta Sala ha sostenido que “La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe a quien (sic) y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad.

    “Pero si el acta se suscribe con salvedades o la elabora unilateralmente la administración ante la negativa del contratista a suscribirla, le queda abierta a éste su posibilidad de impugnarla jurisdiccionalmente ante el juez del contrato” (sentencia de febrero 20 de 1987, expediente 4838. actor: Ingeniería Civil Ltda.). [↑](#footnote-ref-11)
12. En sentencia de esta Sección de julio 6 de 2005 -exp. 14.113-, se manifestó que existen dos razones que dan soporte normativo a esta exigencia: “A este respecto se debe precisar que, **el deber de dejar en el acta de liquidación, en forma clara y concreta, las constancias o reclamaciones, sí tiene fundamento normativo** y por eso mismo es exigible en las relaciones contractuales.

    “En primer lugar, este hecho se funda en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable por remisión al derecho de los contratos estatales, según el cual ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.’ (sic) No puede perderse de vista que el acta de liquidación bilateral comparte la misma naturaleza del contrato, tanto por su formación como por sus efectos, de modo que lo allí acordado produce las consecuencias a que se refiere el artículo citado. Desde este punto de vista, cuando no se deja en el acta constancia concreta de reclamación, se entiende que no existe inconformidad.

    “En segundo lugar, este deber se funda en el ‘principio de la buena fe’, el cual inspira, a su vez, la denominada ‘teoría de los actos propios’, cuyo valor normativo no se pone en duda, pues se funda, en primer lugar, en el artículo 83 de la CP, según el cual ‘las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas’, y en forma específica, en materia contractual, en el artículo 1603, según el cual ‘los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.’ (sic)

    “Queda, entonces, claro que la posición del *a quo*, compartida por esta Sala, tiene fundamento normativo suficiente, razón por la cual esta jurisdicción ha exigido su cumplimiento en las actas de liquidación bilateral de los contratos estatales” (negrillas fuera de texto).

    Lo anterior fue reiterado por esta Subsección en sentencia del 31 de marzo de 2011, expediente 16.246. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, expediente 21.843, sentencia del 18 de julio de 2012. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de mayo de 2015, expediente 05001-23-31-000-1998-03276-01(31347). [↑](#footnote-ref-14)
15. Se precisa que la demanda no contempla ninguna pretensión respectos de esta observación. [↑](#footnote-ref-15)
16. Fls. 9 a 36, c. 1. [↑](#footnote-ref-16)
17. Nota del original: “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”. [↑](#footnote-ref-17)
18. Nota del original: “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433, C.P. Ricardo Hoyos Duque”. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de agosto de 2011, expediente 25000232600019970439001(18.080). [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente: 05001-23-31-000-2006-00111-01(48.809). [↑](#footnote-ref-20)
21. Fl. 30 vto., c. 2. [↑](#footnote-ref-21)
22. SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D: “Economía”, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pág 40. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ibídem. pág. 596 y ss. [↑](#footnote-ref-23)
24. Ibídem. pág. 536. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ibídem. pág. 536. [↑](#footnote-ref-25)
26. Debe precisarse que el precio es inalterado cuando no sufre alteración y es inalterable cuando no se puede alterar. [↑](#footnote-ref-26)
27. Cfr. CAORSÍ Benítez, Juan J. Ob. Cit., pág. 384. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2013, expediente: 20524. [↑](#footnote-ref-28)
29. Ibídem. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 68001-23-31-000-2002-02796-01 (41008). [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2015, expediente 36.285. [↑](#footnote-ref-31)
32. Esa disposición se encuentra en los mismos términos en el acápite de 8.1 referente al “ALCANCE DE LOS TRABAJOS” [↑](#footnote-ref-32)
33. Según el diccionario de la Lengua Española la palabra tipo, en una de sus acepciones, se define como: “1. m. Modelo, ejemplar” (consultado en http://dle.rae.es). [↑](#footnote-ref-33)
34. Según el diccionario de la Lengua Española, la palabra prototipo, en una de sus acepciones, se define como: “. m. Ejemplar original o primer molde en que se fabrica una figura u otra cosa”, (consultado en http://dle.rae.es). [↑](#footnote-ref-34)
35. “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”. [↑](#footnote-ref-35)
36. Al respecto resulta ilustrativo el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación, que señaló:

    “1.1. Originalmente la contribución especial para la seguridad surge con el Decreto Extraordinario 2009 de 1992, en el cual se establece que las personas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público están sujetas al pago de una contribución en los siguientes términos:

    “…

    “2.2 Esta contribución fue incluida luego, con una vigencia de 2 años, en los artículos 123 a 125 de la Ley 104 de 1993…

    “Salvo algunas modificaciones posteriores que más adelante se revisan, la contribución especial para la seguridad ciudadana está regulada actualmente en la Ley 418 de 1997 ‘por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones’. Su vigencia original de 2 años fue prorrogada inicialmente por 3 años (Ley 548 de 1999), luego por 4 años más (Ley 782 de 2002), posteriormente por otros 4 años adicionales (Ley 1106 de 2006) y, finalmente, por otros 4 años más, según lo dispuso recientemente la Ley 1421 de 2010”. [Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 21 de septiembre de 2011, expediente 11001-03-06-000-2011-00035-00(2062)]. [↑](#footnote-ref-36)
37. “5. Los contratos de obra pública celebrados por entidades de derecho público para la construcción y mantenimiento de vías, como carreteras, calles, puentes vehiculares, viaductos y autopistas; carrileras y puentes férreos; aceras, puentes peatonales, paseos y similares, son materia de la contribución especial del 5 % prevista en el artículo 120 de la ley 418 de 1997, prorrogada por la ley 548 de 1999” (Ibídem). [↑](#footnote-ref-37)
38. Fl. 11, c. 2C. [↑](#footnote-ref-38)
39. Fl. 13, c. 2C. [↑](#footnote-ref-39)
40. Fl. 22, c. 2C. [↑](#footnote-ref-40)
41. Fl. 245, c. 2C. [↑](#footnote-ref-41)
42. “A pesar de que el IDU había suministrado a ustedes la información relativa a los puentes peatonales en archivo magnético, como consta en el Acta del Comité de Obra del día 5 de diciembre, los esquemas de la implantación presentados por ustedes en la reunión realizada en el IDU, y que se tuvieron como base para definir las obras que se requería realizar en las zonas de aproximación no tuvieron en cuenta dicha información, y presentaban errores de gran magnitud en la ubicación de los paraderos, puentes y rampas de aproximación” (fl. 132, c. 2C). [↑](#footnote-ref-42)