**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Caducidad de la acción – Contratos sujetos a liquidación**

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 se encuentra que el contrato tenía una duración inicial estimada de 67 meses, contados a partir de la fecha de iniciación (cláusula cuarta) , acta que se suscribió el 26 de junio de 2003 , es decir que, inicialmente, el vencimiento del contrato ocurriría el 26 de enero de 2009; sin embargo, la etapa de construcción fue prorrogada en cinco meses, según dan cuenta los otrosíes 2 y 6, así las cosas el vencimiento del contrato ocurriría el 26 de junio de 2009, fecha desde la cual empezaba a correr el término de seis meses para su liquidación (bilateral y unilateral), vencidos los cuales se tendría dos años para ejercer la acción contractual. Como la demanda se interpuso el 17 de marzo de 2006, salta a la vista que se presentó en forma oportuna.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Entrega tardía de los diseños – Error en los diseños – Costos adicionales**

La unión temporal Américas Tramo 4, en la demanda, considera que el IDU y Transmilenio incumplieron el contrato de obra 048 de 2003, por cuatro aspectos: i) la entrega tardía de los diseños de obras de construcción de empalme de la Av. Ciudad de Cali con Av. Ciudad de Villavicencio y del box culvert, ii) la entrega tardía de permisos ambientales para la construcción del box culvert del Tintal, iii) la entrega incompleta y defectuosa de diseños de redes de servicios públicos y iv) el error que se presentó en el diseño del BM5. Indicó el demandante que esos incumplimientos generaron mayor permanencia en la obra, lo que ocasionó costos adicionales y, con ello, el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Definición – Prestaciones y equivalencia – Fuentes**

Acá es preciso recordar que 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 aquel equilibrio 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.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Definición – Comportamiento antijuridico del contratante**

(…) en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, quien 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, ésta no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Consecuencias**

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.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Incumplimiento de las obligaciones**

(…) se estudiará el *sub judice* bajo la óptica de la figura del incumplimiento contractual, teniendo en cuenta que, según aquélla, se presentó incumplimiento del contrato por la entrega tardía de los diseños de obras de construcción y de los diseños de redes, lo que fue reiterado en el recurso de apelación.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRACTO – Contrato de obra pública - Obligación de revisión de estudios y diseños - Nadie está obligado a lo imposible – Riesgo asumido por el contratista**

Ahora, si bien es cierto que el contratista tenía a su cargo la revisión de los estudios y diseños, para ello era necesario que previamente le fueran entregados, pues, es obvio, que si no los conocía mal podía exigírsele revisarlos, toda vez que nadie está obligado a lo imposible. (…) Así las cosas, es cierto que el actor tenía la obligación de hacer ajustes a los diseños para cumplir el objeto contractual, pero, para ello, es claro que previamente debían serle entregados por el contratante, de donde surge que no fue del todo acertada la conclusión del a quo en lo que tiene que ver con el riesgo asumido por el contratista, pues el riesgo asumido respecto de los estudios y diseños fue su revisión, inconsistencias y modificaciones o adecuaciones, pero no la ausencia de los mismos.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Demora en la aprobación de las modificaciones – Causas no imputables al contratista**

Adicionalmente, en cuanto a los diseños de redes, se observa que hubo demora en la aprobación de las modificaciones, pero no se aportó prueba alguna que indique que ello fuera imputable al contratista; por el contrario, con la prueba documental antes relacionada se puede determinar la debida diligencia de la unión temporal, pues sus permanentes comunicaciones evidencian su preocupación por poner de presente la situación, en aras de buscar la solución y la aprobación de los diseños faltantes. También es importante resaltar que el propio interventor aceptó que hubo mora en la entrega de los diseños, lo que, no hacía parte de los riesgos asumidos por el contratista y, por el contrario, sí era obligación de la entidad contratante hacer entrega de los mismos, según se indicó en los pliegos de condiciones y en el contrato mismo, incumplimiento que se siguió presentando con posterioridad a esta fecha (5 de mayo de 2004) según se continúa narrando.(…) la Sala encuentra acreditado el incumplimiento del IDU en la entrega oportuna de los diseños y, en consecuencia, la mayor permanencia del contratista en la obra, por el término adicional de cinco meses.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Mayor permanencia en la obra**

Se reitera que la mayor permanencia en la obra se ha estudiado bajo la óptica del incumplimiento contractual y no del desequilibrio económico del contrato, pues los supuestos alegados por el demandante se enmarcan dentro de aquél, por lo que no resultan aplicables las cláusulas del contrato que se refieren al desequilibrio económico

**PERJUICIOS – Utilidades dejadas de percibir – Mayores costos para terminar la obra**

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 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.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2006-00845-01(36862)**

**Actor: UNIÓN TEMPORAL AMÉRICAS TRAMO 4**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU Y TRANSMILENIO S.A.**

**Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2008, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se decidió lo siguiente (se copia como obra en el original):

“**PRIMERO. DECLARASE** no probada la excepción de ineptitud de demanda, según lo expuesto.

“**SEGUNDO. DECLÁRASE** probada la excepción de ausencia de rompimiento equilibrio económico del contrato.

“**TERCERO.**  En consecuencia, DENIÉGANSE las súplicas de la demanda, acorde con los argumentos expuestos en la motivación.

“**CUARTO. DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda relacionadas con las deducciones efectuadas en el acta final de obras ejecutadas No. 95, y de reconocimiento de intereses corrientes y de mora por los valores presuntamente adeudados al contratista, según lo analizado.

“**QUINTO.** Sin costas.

“**SEXTO.** Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaría los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en los artículos 7 y 9 del Acuerdo No. 2552 de 2004, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura” (fls. 323 y 323 vto., c. ppal.).

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

**1.- La demanda.-**

Mediante escrito radicado el 17 de marzo de 2006 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Unión Temporal Américas Tramo 4, integrada por Ingenieros Constructores Gayco S.A. y Bocacolina, formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, contra el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y Transmilenio S.A., con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcribe como obra en el expediente):

“1. **PRIMERA.-** Que se declare la existencia del contrato IDU-048 DE 2.003 suscrito el día primero (1) de abril de 2003, entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (I.D.U) y la sociedad TRANSMILENIO S.A., y mi poderdante la UNIÓN TEMPORAL AMERICAS TRAMO 4.

“2. **SEGUNDA.-** Que se declare el incumplimiento por parte del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (I.D.U) y la sociedad TRANSMILENIO S.A. de las obligaciones contenidas en el contrato IDU-048 de 2003, por las siguientes razones:

“a. La entrega tardía de los diseños correspondientes a las obras de construcción de los empalmes de la Avenida Ciudad de Villavicencio con la Avenida Ciudad de Cali, y del Box – Coulvert del Tintal y de acceso al barrio Tintalito.

“b. La entrega tardía de los permisos ambientales para la construcción del Box – Coulvert del Tintal;

“c. La entrega incompleta y defectuosa de diseños de redes de servicios públicos;

“d. El error del bm5;

“3. **“TERCERA.-** Se declare que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (I.D.U) y la sociedad TRANSMILENIO S.A. como contratantes en el contrato IDU -048 DE 2003, son responsables de las circunstancias que originaron la ampliación del plazo previsto para la ejecución de las obras del referido contrato, circunstancias éstas que no son imputables a conductas u omisiones de la UNION TEMPORAL AMÉRICAS TRAMO 4.

“4. **CUARTA.-** Se declare como consecuencia de los incumplimientos en que incurrieron el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) y la sociedad TRANSMILENIO S.A. como contratantes en el contrato IDU -048 DE 2003, durante el tiempo en que fue necesario ampliar la etapa de construcción del mencionado Contrato la Unión Temporal Américas Tramo 4, integrada por Ingenieros Constructores Gayco S.A. y Bocacolina S.A., tuvo que incurrir en costos adicionales a los que previó al momento de presentar su propuesta y celebrar el contrato, como consecuencia de su mayor permanencia en la obra, y que no se encuentra en el deber jurídico de soportar como quiera que con ello se quebrantó el equilibrio económico de la ecuación contractual por causas no imputables a su conducta.

“5. **QUINTA.-** Que se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) y la sociedad TRANSMILENIO S.A. como contratantes en el contrato IDU -048 DE 2003, a pagar a la UNION TEMPORAL AMÉRICAS TRAMO 4, integrada por Ingenieros Constructores Gayco S.A. y Bocacolina S.A., dichos costos adicionales, los cuales se estiman en la suma de MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($1.582.000.000).

“6. **SEXTA.-** Que se declare que el costo de los rellenos de las obras para redes de servicios públicos ubicadas en los carriles de tráfico mixto de la Troncal Américas Tramo 4, debe ser pagado con cargo a la Remuneración de Obras para Redes y no con cargo a la Remuneración del Valor Global para Obras de Construcción.

“7. **SÉPTIMA.-** Que se declare que la obras que fue necesario realizar para corregir el error de nivelación del BM5, encontrado por la Unión Temporal Américas Tramo 4 en los diseños de las obras entregados por el IDU al inicio del contrato, deber ser pagadas de manera adicional al Contratista y no con cargo a la Remuneración del Valor Global para Obras de Construcción.

“8. **OCTAVO.-** Que se declare que la instalación de Mezcla Densa en Caliente MDC-1 con asfalto convencional + 0.5% en lugar de Mezcla Densa en Caliente MDC-1 normalizado no implica una revisión ni un descuento del Valor Global para Obras de Construcción.

“9. **NOVENO.-** Que se ordene pagar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) y la sociedad TRANSMILENIO S.A. como partes en el contrato IDU -048 DE 2003, y a favor de la UNIÓN TEMPORAL AMERICAS TRAMO 4, integrada por Ingenieros Constructores Gayco S.A. y Bocacolina S.A., la suma que como consecuencia de lo anterior equivocadamente se pretende descontar con el acta de obra No. 095 y que asciende a la suma de OCHENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE ($89.757.535).

“10. **DÉCIMO.-** Que se declare que la instalación de pintura acrílica en lugar de pintura termoplástica no implica una revisión ni un descuento del Valor Global para Obras de Construcción.

“11. **UNDÉCIMO.-** Que se ordene pagar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) y la sociedad TRANSMILENIO S.A. y a favor de la UNIÓN TEMPORAL AMERICAS TRAMO 4 la suma que como consecuencia de lo señalado en el punto anterior equivocadamente se pretende descontar en el acta de obra No. 95 y que asciende a la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE ($36.625.868).

“12. **DUODÉCIMO.-** Que se ordene pagar INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) y la sociedad TRANSMILENIO S.A. y a favor de la UNIÓN TEMPORAL AMERICAS TRAMO 4 la suma que por concepto de intereses corrientes y de mora adeuden a mi poderdante sobre el valor de las obras ejecutadas en desarrollo del contrato y que a la fecha se encuentran pendientes de pago, desde la fecha en que debió pagarse tales obligaciones hasta cuando se produzca el evento.

“13. **TRIGÉSIMO.-** Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada (fls. 4 a 7, c. 1)

**2.- Hechos.-**

Los hechos narrados son, en síntesis, los siguientes:

**2.1.-** Las sociedades Ingenieros Constructores Gayco S.A. y Bocacolina S.A. conformaron la Unión Temporal Américas Tramo 4.

**2.2.-** El 1 de abril de 2003 se suscribió el contrato IDU-048 entre el IDU, Transmilenio S.A. y la Unión Temporal Américas Tramo 4, cuyo objeto era la ejecución de las labores necesarias para la adecuación de la troncal de las Américas para el Sistema Transmilenio, Tramo 4, por la avenida Ciudad de Cali, desde la avenida Manuel Cepeda Vargas hasta el Portal de la Américas en Bogotá.

**2.3.-** La ejecución del contrato se dividió en dos etapas: i) una, de construcción, cuya duración era de 7 meses contados desde la suscripción del acta de inicio, lo que ocurrió el 26 de junio de 2003 y ii) la de mantenimiento, de 5 años, los que se contaban a partir de la suscripción del acta de recibo de obras de construcción y de obras para redes.

**2.4.-** El 3 de octubre de 2003 se firmó el otrosí 2, mediante el cual se amplió el plazo de la etapa de construcción hasta el 28 de febrero de 2004 y la unión temporal cedió el 60% del contrato a CSS Construcciones, con lo cual la unión temporal ejecutaría los trabajos comprendidos entre el K1+450 y la entrada al Portal de las Américas y CSS Construcciones realizaría el tramo comprendido entre el K0+000 y el K1+450.

**2.5.-** En los primeros meses de la etapa de construcción se encontraron errores graves en los estudios y diseños de las obras elaborados por el IDU, así como diseños faltantes, especialmente de obras de redes de servicios públicos, entre ellos, el más grave fue el relacionado con la nivelación del BM5, consistente en una diferencia de altura de 49 cm encontrada en los diseños entre el K2+340 y el K2+735, que afectó todo el diseño en rasante, lo que a su vez implicó un desfase en la cantidad de obra y en el cálculo del presupuesto del valor global para obras de construcción.

**2.6.-**  El error del BM5 se advirtió desde que empezó la etapa de construcción, lo que impidió el inicio de los trabajos de redes, la conformación de las calzadas oriental y occidental, retraso en la colocación de mezcla asfáltica y concreto hidráulico en el sector. El mencionado error solo se solucionó el 30 de julio de 2003 cuando se enviaron 6 planos.

**2.7.-** También al inicio de la etapa de construcción hacía falta la entrega de varios diseños de las obras, tales como: semaforización, Codensa, ETB, EPM, Gas Natural, Capitel, señalización, diseño urbanístico en planta y detalles arquitectónicos y diversos planos de acueducto y alcantarillado. La ausencia de dichos diseños y planos impidió la normal ejecución de las obras, problemas que solo se solucionaron pasados dos meses de haber iniciado la etapa de construcción.

**2.8.-** Por los problemas surgidos del error en los diseños fue necesario ampliar el plazo de construcción, lo que se hizo mediante el otrosí 2 del 3 de octubre de 2003.

**2.9.-** La totalidad de los diseños debían ser entregados a más tardar el 26 de septiembre de 2003; sin embargo, se entregaron por primera vez al interventor el 12 de noviembre de 2003, pero contenían errores graves, y por ello fueron objeto de múltiples observaciones y aclaraciones, lo que implicó mayor permanencia en la obra y costos adicionales a los previstos en la oferta.

**2.10.-** El plazo de la etapa de construcción también se añadió porque la semaforización no se pudo instalar en el término inicialmente previsto, por causas imputables a la administración.

**2.11.-** El 1 de abril de 2004 el contratista solicitó al IDU que le restableciera el equilibrio económico del contrato, por haber permanecido en la obra casi 14 meses, cuando el plazo de ejecución era de 6 meses, lo que fue respaldado por el interventor.

**2.12.-** El contratista solicitó al IDU que los rellenos de las obras para redes que se ejecutaran en las calzadas de tráfico mixto se cancelaran con cargo a la remuneración para obras de redes y no con cargo al valor global para obras de construcción, pero el IDU no accedió y ello implicó que el valor de los ingresos del contratista fuera menor.

**2.13.-** Según lo dicho en los estudios y diseños de la obra y consultados el diseñador y el interventor de la misma, se determinó que se podía ejecutar la obra utilizando mezcla densa en caliente – MDC-1 con asfalto convencional +0.5%; sin embargo, 5 meses después de terminadas las obras, el IDU le indicó a la interventoría que debía descontar del pago de las obras pendientes $89’757.535, por concepto de diferencia en el valor de la mezcla señalada y la mezcla densa en caliente MDC-1 normalizado, descuento que se incluyó en el acta 95.

**2.14.-** En la misma acta 95 también se incluyó un descuento de $36’625.898 de las obras pendientes de pago, por concepto de la diferencia en el valor de la pintura acrílica que empleó el contratista para la demarcación de los bordes de los carriles de tráfico mixto, y la pintura termoplástica, que tanto el IDU como el interventor consideraron se debió emplear en la totalidad de la vía vehicular.

**2.15.-** Indicó que existe mora en el pago de las obras ejecutadas.

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

Se invocaron como fundamentos de derecho los artículo 87 y 136 del Código Contencioso Administrativo.

**4.- La actuación procesal.-**

Por auto del 26 de abril de 2006 se admitió la demanda, se ordenó la vinculación de la parte demandada al proceso, a través de la notificación personal de la providencia al Director del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU- y al Gerente de Transmilenio, se ordenó la notificación personal al agente del Ministerio Público y se dispuso la fijación del negocio en lista.

**4.1.-** Transmilenio S.A. puso de presente que la debida defensa en esta clase de procesos la debía asumir el IDU, entidad que adelantó las negociaciones para la adquisición de bienes del Distrito.

Indicó que Transmilenio S.A. es el pagador de las obras que se relacionen específicamente con el sistema de transporte masivo urbano de pasajeros y no de aquéllas que sean necesarias realizar con ocasión del contrato, como redes de servicios públicos, aspecto con el que cumplió. También señaló que, según las pretensiones y los hechos de la demanda, no se encontraba nada imputable a esa empresa.

Señaló que no se podía predicar el rompimiento del equilibrio económico del contrato respecto de todos los integrantes de la unión temporal, como quiera que Ingenieros Constructores Gayco S.A. no cumplió con sus obligaciones, ya que se retiró y cedió la ejecución del contrato, por lo que se configura la excepción de contrato no cumplido. Propuso la misma excepción en lo relacionado con el cambio en los elementos utilizados, esto es mezcla densa en caliente con asfalto convencional, en lugar de mezcla densa en caliente normalizado y la instalación de pintura acrílica en lugar de pintura termoplástica.

Indicó que los rellenos de las obras se pagaron según lo pactado en el contrato y que si el demandante no estaba de acuerdo con ello ha debido atacar la cláusula contractual respectiva, lo mismo en lo relacionado con lo pactado por obras de redes.

Agregó que el descuento que se realizó en el acta de obra 95 se debió a que la unión temporal incumplió las especificaciones técnicas, por lo que se benefició al realizar una inversión menor; en consecuencia, el contratista solo tenía derecho al pago de lo entregado.

Frente a la solicitud de intereses corrientes y de mora, señaló que esas pretensiones se encontraban indebidamente acumuladas. También propuso la excepción de contrato cumplido de su parte, la de caducidad de la acción (en lo relacionado con la pretensión 7), la inexistencia del desequilibrio económico, la de pago de la obligación, la de inexistencia de solidaridad y la genérica.

**4.2.-** El IDU se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, al considerar que carecían de fundamentos fácticos y de derecho. Señaló que el contrato 048 se pactó a precio global fijo, porque se conocían aproximadamente las cantidades reales de obra a ejecutar y no porque los diseños tuvieran inconsistencias. Según las obligaciones pactadas en el contrato, la unión temporal debía revisar los estudios y diseños durante toda la etapa de construcción y hacerles las adecuaciones necesarias bajo su responsabilidad y a su costo, por lo que no generaban modificaciones en el valor global de las obras de construcción, esas modificaciones no excluían la responsabilidad de entregar en los términos establecidos en el contrato las obras de construcción y las obras para redes.

En la cláusula 26 del contrato se pactó que la entrega de los diseños correspondientes a las obras de empalme oriente y occidente de la Avenida Ciudad de Cali con Avenida Ciudad de Villavicencio y acceso al barrio Tintalito se entregarían durante la etapa de construcción, lo que era conocido por el contratista desde la apertura de la licitación. Esa obras se denominaron de construcción y se pactaron a precio global fijo, por lo que no se podía generalizar que hubo un problema con los diseños, ni que por esa circunstancia se generó un desequilibrio económico del contrato, porque era un riesgo previsible.

Aceptó que se presentaron errores en el BM5, pero que no tenían la trascendencia que el contratista pretende darles. Precisó que los errores fueron detectados durante el replanteo, el que fue comunicado al diseñador para que efectuara los ajustes necesarios, tiempo durante el cual el contratista pudo avanzar en otros frentes de obra, lo que había que corregir se corrigió antes de iniciar las excavaciones y el diseñador indicó que las cantidades de obra no se alteraron, es decir, que no se generaban mayores cantidades de obra; en consecuencia, este aspecto tampoco ocasionó un desequilibrio económico del contrato.

Indicó que la falta de recursos económicos del contratista originó la cesión del 60% del contrato a Carlos Alberto Solarte Solarte, lo que llevó a la reprogramación de las obras, porque las mismas estaban atrasadas.

Aunque la etapa de construcción fue prorrogada por cuanto los diseños del empalme de la intersección de la Avenida Ciudad de Cali con Avenida Ciudad de Villavicencio se variaron por la interferencia de un predio que posteriormente fue adquirido y, en cuanto al box culvert, porque existió demora en la autorización del DAMA para ocupar el cauce, tales hechos eran previsibles y su riesgo fue asumido por el contratista.

El contratista se atrasó en la ejecución de la obra por problemas presupuestales no imputables al IDU, por lo que no se podía hablar de una mayor permanencia en la obra, máxime que no se dieron los presupuestos que se consagraron en la cláusula 20 del contrato, es decir, no se paralizó totalmente la ejecución de la obra, ni una parte sustancial de la misma, tampoco demostró el contratista que sus recursos hubieran quedado ociosos o que no se hubieran podido utilizar para los fines contratados.

El relleno de las obras para redes de servicios públicos en los carriles de tráfico mixto se pagó con cargo al valor global de obras de construcción y no con cargo a la remuneración de obras para redes, porque, de conformidad con lo pactado en el contrato y según el concepto del interventor, los rellenos sobre redes a partir de la subrasante se debían reconocer con cargo al valor global de obras de construcción.

El contratista utilizó asfalto convencional cuando debió utilizar asfalto normalizado, y, además, empleó pintura acrílica en lugar de termoplástica, decisión unilateral e inconsulta, que no fue autorizado por la interventoría, por lo que se recibió la obra en esas condiciones solo para dar continuidad al servicio público, pero con la advertencia de que se ajustaría el precio al valor real de las especificaciones entregadas, por lo que se hizo el correspondiente descuento.

Indicó que no era cierto que se hubiera incurrido en mora en el pago de las obras ejecutadas, pues el contratista no firmó oportunamente el acta de revisión y verificación de las obras ejecutadas, ni presentó la cuenta de cobro.

Propuso las siguientes excepciones: i) falta de uno de los elementos del derecho de acción, porque la demanda no se interpuso por el cesionario del contrato, ii) inexistencia de incumplimiento del contrato y iii) ausencia de desequilibrio económico.

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

Las partes reiteraron lo expuesto a lo largo del proceso y el Ministerio Público guardó silencio.

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

Es la proferida el 23 de julio de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, se precisó que los hechos por los cuales el demandante solicita se declare el incumplimiento del contrato por parte del IDU y Transmilenio S.A. ocurrieron antes de la cesión del contrato; además, el cesionario no ejecutó las obras por las que acá se reclama; en consecuencia, estimó que no se configuraba un litisconsorcio necesario.

Consideró que se encontraba probado que el plazo de ejecución de las obras, que inicialmente era de seis meses, se amplió a 14 meses por dificultades que se presentaron con los diseños, por el error de nivelación, por la entrega tardía e incompleta de los planos correspondientes a los empalmes de la Avenida Ciudad de Cali con Avenida Ciudad de Villavicencio y del box culvert del Tintal y la falta del permiso ambiental para la construcción de este último.

Sin embargo, estimó que, de conformidad con lo pactado en la cláusula 5 del contrato, la unión temporal Américas Tramo 4 asumió el riesgo de la inconsistencia en los diseños, quedando obligado a modificarlos si advertía defectos en ellos, previo visto bueno del interventor, sin que ello implicara variación en el precio acordado, modificaciones que finalmente fueron hechas por el diseñador del proyecto; en consecuencia, la entrega incompleta y defectuosa de los diseños de redes de servicios públicos y el error del BM5 fueron riesgos asumidos por el contratista, motivo por el cual no procedía indemnización por esos aspectos, máxime que la cláusula mencionada no fue demandada por ilegal, lo que no permite hacer un estudio de si se trata de obligaciones de imposible cumplimiento.

Igualmente, despachó negativamente el restablecimiento económico del contrato por la entrega tardía de los diseños correspondientes a las obras de empalme de la Avenida Ciudad de Cali con Avenida ciudad de Villavicencio, del box culvert y de los permisos ambientales para la construcción de este último, por no cumplir con el requisito de que ocurrieran “durante la ejecución contractual”, es decir, que ello fue de conocimiento del contratista desde el proceso de selección, así las cosas la entrega tardía de tales diseños siempre fue previsible para el contratista, pues en la licitación se indicó que esos diseños se suministrarían durante la etapa de construcción, sin que se fijara una fecha cierta para el cumplimiento de esa obligación.

En cuanto a los descuentos realizados en el acta final de obra 95 por el cambio de MDC-1 normalizado por la mezcla asfáltica MDC-1 con asfalto convencional +0.5% y por el uso de pintura acrílica en lugar de pintura termoplástica, consideró el tribunal que tal acta no había sido incorporada al proceso, con lo cual se negó esa pretensión, así como lo relacionado con el pago de intereses corrientes y de mora sobre el valor de las obras ejecutadas en desarrollo del contrato y no pagadas, pues no se aportó ninguna prueba al respecto.

**7.- El recurso de apelación.-**

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora, dentro de la oportunidad prevista para ello por el ordenamiento jurídico, interpuso recurso de apelación.

Consideró que en el proceso se acreditaron todos los requisitos enunciados por el tribunal para que se configurara el desequilibrio económico del contrato.

Indicó que el *a quo* reconoció la ocurrencia de la mayor permanencia en la obra por parte del contratista por razones ajenas a él; sin embargo, equivocadamente, determinó que se trató de un riesgo asumido por el contratista y que era una situación que estaba bajo la responsabilidad y control de la unión temporal, lo que dedujo de la interpretación errónea de la cláusula quinta del contrato, para lo que, además, se debía estudiar por separado el error del BM5 y la entrega tardía de los diseños de redes, por ser situaciones de naturaleza diferente.

Señaló que, según la cláusula 5 (numeral 5.1.2) del contrato 048 de 2003, el contratista tenía la obligación de revisar los estudios y diseños elaborados por el IDU, con el fin de identificar y corregir inconsistencias que afectaran la calidad y durabilidad de la obra. Una vez identificadas esas inconsistencias, el contratista debía hacer las correcciones, modificaciones o adecuaciones que estimara necesarias para lograr la calidad y durabilidad de la obra, por lo que los errores en los estudios y diseños que tuvieran consecuencias diferentes, no relacionadas con la calidad y durabilidad de aquéllas, no hacían parte del riesgo asumido por el contratista.

De conformidad con lo anterior, el error en los diseños del BM5, consistente en 49 centímetros por debajo de lo indicado en los planos entre el K2+240 y el K2+735, no se puede considerar como una simple inconsistencia que ponía en riesgo la calidad y durabilidad de la obra, sino que se trató de un error grave que hacía imposible que el contratista iniciara la ejecución de las obras para redes en ese tramo, por lo que no se trataba de un riesgo asumido por la unión temporal. Esa interpretación tiene respaldo en la actuación de las partes durante la ejecución del contrato, pues, una vez identificado del error, el contratista lo informó a la interventoría y al IDU, quienes hicieron el debido requerimiento al diseñador del proyecto, sin que en ese momento se le indicara al contratista que el error encontrado en los diseños constituía un riesgo asumido por él.

Ese error en el BM5 impidió la ejecución normal de los trabajos y generó ampliación en los plazos de construcción y sobrecostos por mayor permanencia en la obra, con lo que se rompió la ecuación económica del contrato.

De otra parte, en lo atinente a los diseños de las obras para redes de servicios públicos, el incumplimiento del IDU radica en la entrega tardía de aquéllos, lo cual no hacía parte de los riesgos asumidos por el contratista derivados de la cláusula quinta del contrato, toda vez que en ella se establece la obligación del contratista de revisar los estudios y diseños elaborados por el IDU, a lo que la unión temporal no podía dar cumplimiento precisamente porque el IDU no había entregado los diseños. La ausencia de éstos implicó retraso en los trabajos, la necesidad de ampliar el plazo de la etapa de construcción y una mayor permanencia en la obra.

Precisó que la entidad contratante tenía la obligación de entregar los diseños, ya que se trató de un contrato de obra que no incluía dentro de su alcance la realización de estudios y diseños por parte de la unión temporal. Dado que las redes son las primeras obras que se ejecutan, esos diseños debieron entregarse, a más tardar, al inicio de las obras.

Ahora, las pretensiones relacionadas con las obras de empalme de la Avenida Ciudad de Cali con Avenida Ciudad de Villavicencio y el box culvert del Tintal fueron negadas por el *a quo* al considerar que no se pactó una fecha cierta para la entrega de esos estudios y diseños, de donde dedujo que la entrega tardía de los mismos era previsible; sin embargo, la fecha de entrega de esos diseños sí fue definida por el IDU durante el proceso licitatorio, comoquiera que en el documento de preguntas y respuestas de la licitación pública IDU-LPDTC-092-2002 se señaló que esos diseños se entregarían a más tardar al finalizar el tercer mes de iniciada la etapa de construcción, lo que indica que, como la etapa de construcción inició el 26 de junio de 2003, ese plazo venció el 26 de septiembre siguiente, pero, llegado el día, no se cumplió y ello evidencia el incumplimiento del IDU.

También solicitó que se accediera a las pretensiones referidas a los descuentos hechos en el acta 95 final de obra ejecutada.

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

El recurso se concedió el 1 de abril de 2009, el 5 de junio siguiente se corrió traslado a la parte actora para que lo sustentara, se admitió el 4 de septiembre de ese mismo año y, habiéndose dado traslado para alegar, las entidades que integran la parte demandada reiteraron lo expuesto a lo largo del proceso.

**8.1.-** Adicionalmente, el IDU indicó que no era cierto que el error del BM5, consistente en la diferencia de 49 centímetros por debajo de lo indicado en los planos, fuera un error grave. Señaló que, de conformidad con la cláusula quinta del contrato, cualquier inconsistencia entre los diseños y la idoneidad de los mismos para alcanzar los resultados exigidos respecto de la calidad y durabilidad de las obras debía ser superada por el contratista. Interpretando esa cláusula de conformidad con el artículo 1622 del C.C., es decir, de la forma que más convenga al contrato y a los fines del Estado, se debe entender que cualquier inconsistencia en los estudios y diseños claramente afecta la durabilidad y calidad de las obras, riesgo que asumió el contratista.

Agregó que el hecho de que los ajustes a los diseños los hubiera hecho el diseñador, lo que redundaba en beneficio del contratista, no implicó que desapareciera el riesgo asumido por la unión temporal.

Reiteró que la entrega tardía e incompleta de los diseños de obras para redes de servicios públicos no causó ningún daño al contratista porque: i) los daños no fueron reportados por el contratista, ii) la falta de los diseños demoró mínimamente el avance de la construcción y tal demora se generó por la falta de adquisición de la tubería del alcantarillado GRP y iii) para la semana 15 de construcción, el contratista presentaba un atraso del 4.397% respecto del valor total del contrato. En cuanto a las redes de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, frente a las cuales el contratista alega la mayor permanencia por los diseños deficientes, presentaba un 14% programado sobre 13% ejecutado, con mayor atraso en otras redes como las de Codensa, ETB , EPM y en espacio público.

En cuanto al plazo para la entrega de los diseños de las obras de empalme de la Avenida Ciudad de Cali con Avenida Ciudad de Villavicencio, precisó que, si bien en la ronda de preguntas y respuestas se tocó ese tema, no se efectuó ninguna modificación al pliego de condiciones, ni se emitió una adenda al mismo y tampoco se incluyó una cláusula contractual al respecto.

Luego de reiterar una objeción por error grave formulada al dictamen pericial, señaló que el apelante no demostró que el ítem imprevisto resultó desbordado y que se afectó su utilidad, para así reclamar el restablecimiento económico del contrato.

**8.2.-** La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

**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 23 de julio de 2008, por cuanto la pretensión mayor fue estimada razonadamente en $1.582’000.000. Para la época de interposición del recurso de apelación[[1]](#footnote-1), eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera la suma de $204’000.000[[2]](#footnote-2), 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.

**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 se encuentra que el contrato tenía una duración inicial estimada de 67 meses, contados a partir de la fecha de iniciación (cláusula cuarta)[[3]](#footnote-3), acta que se suscribió el 26 de junio de 2003[[4]](#footnote-4), es decir que, inicialmente, el vencimiento del contrato ocurriría el 26 de enero de 2009; sin embargo, la etapa de construcción fue prorrogada en cinco meses, según dan cuenta los otrosíes 2 y 6, así las cosas el vencimiento del contrato ocurriría el 26 de junio de 2009, fecha desde la cual empezaba a correr el término de seis meses para su liquidación (bilateral y unilateral), vencidos los cuales se tendría dos años para ejercer la acción contractual. Como la demanda se interpuso el 17 de marzo de 2006, salta a la vista que se presentó en forma oportuna.

**3.- La validez de la prueba documental recaudada.-**

De conformidad con la providencia proferida por la Sala Plena de esta Sección el 28 de agosto de 2013[[5]](#footnote-5), según la cual, “en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas”[[6]](#footnote-6), la Sala valorará la prueba documental que obra en el proceso en copia simple, como el contrato y sus anexos, entre otros.

**4. Aspecto previo.-**

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’[[7]](#footnote-7)”[[8]](#footnote-8).

**5.-Análisis del caso.-**

La unión temporal Américas Tramo 4, en la demanda, considera que el IDU y Transmilenio incumplieron el contrato de obra 048 de 2003, por cuatro aspectos: i) la entrega tardía de los diseños de obras de construcción de empalme de la Av. Ciudad de Cali con Av. Ciudad de Villavicencio y del box culvert, ii) la entrega tardía de permisos ambientales para la construcción del box culvert del Tintal, iii) la entrega incompleta y defectuosa de diseños de redes de servicios públicos y iv) el error que se presentó en el diseño del BM5.

Indicó el demandante que esos incumplimientos generaron mayor permanencia en la obra, lo que ocasionó costos adicionales y, con ello, el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Solicitó el reintegro de los descuentos que se le hicieron con el acta 95 por concepto de pintura y asfalto, así como que se reconocieran los intereses moratorios sobre los montos adeudados por el IDU en su favor.

El *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Si bien consideró que se encontraba acreditada la mayor permanencia en la obra, precisó que la entrega incompleta y defectuosa de los diseños de redes de servicios públicos, así como el error del BM 5, eran riesgos asumidos por el contratista, de conformidad con la cláusula 5 del contrato.

De otra parte, indicó que la entrega tardía de los diseños de obras de construcción del empalme de la Av. Ciudad de Cali con Av. Ciudad de Villavicencio, del acceso al barrio Tintalito y del box culvert, así como la entrega tardía del permiso ambiental para la construcción de este último no ocurrieron en vigencia del contrato, sino que -dice el tribunal- la falta de diseños de esas obras era de conocimiento del contratista desde la etapa de licitación, a lo cual se suma que en los pliegos de condiciones se estableció que esos diseños se entregarían durante la etapa de construcción, sin que se especificara una fecha cierta, es decir, la entrega tardía de esos diseños siempre fue previsible.

La parte actora interpuso recurso de apelación, en el cual se argumentó su inconformidad frente a varios aspectos de la sentencia de primera instancia, así: i) el riesgo asumido por el contratista respecto de los estudios y diseños era aquel cuyas consecuencias fueran problemas de calidad y durabilidad de la obra, por lo que consecuencias diferentes no hacían parte de ese riesgo, ii) el error en el diseño del BM5 fue grave, por lo cual se excluía de los riesgos asumidos por el contratista, y el mismo le ocasionó mayor permanencia en la obra y el rompimiento del equilibrio económico del contrato, iii) el IDU también incumplió el contrato con la entrega tardía e incompleta de los diseños de obra para redes de servicios públicos y iv) los estudios y diseños de las obras de empalme de la Avenida Ciudad de Cali con Avenida Ciudad de Villavicencio debían ser entregados al finalizar el tercer mes de iniciada la etapa de construcción, vencido ese plazo no se hizo entrega de esos diseños.

También solicitó que se estudiaran las pretensiones relacionadas con los descuentos realizados en el acta 95.

Así las cosas, se debe establecer el alcance de las obligaciones pactadas entre las partes respecto de los diseños de obra de construcción y de los diseños de redes de servicios públicos, para determinar si hubo incumplimiento y si ello, como lo indicó el actor en la demanda, originó mayor permanencia en la obra y costos adicionales, lo que, según el actor, ocasionó el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Acá es preciso recordar que 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 aquel equilibrio 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, quien 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, ésta 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.

**5.1.-** Conforme a lo anterior y al marco de la demanda y del recurso de apelación, se estudiará el *sub judice* bajo la óptica de la figura del incumplimiento contractual, teniendo en cuenta que, según aquélla, se presentó incumplimiento del contrato por la entrega tardía de los diseños de obras de construcción y de los diseños de redes, lo que fue reiterado en el recurso de apelación.

Ahora, es preciso señalar que en el recurso de apelación nada se dijo sobre lo solicitado en la demanda en torno a los costos de rellenos de las obras de servicios públicos pagados con cargo a la remuneración del valor global para obras de construcción y no con cargo a la remuneración de obras para redes, ni sobre la entrega tardía de los diseños y del permiso ambiental del box culvert del Tintal e, igualmente se guardó silencio frente a la pretensión del reconocimiento de intereses corrientes y moratorios sobre las obras no pagadas, por lo que, según se indicó en el acápite 4, la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre esos aspectos, por no ser parte del objeto del recurso de apelación.

Pues bien, el objeto del contrato 048 de obra pública del 7 de abril de 2003 era (transcripción literal):

“**CLÁUSULA 2. OBJETO:**

“Mediante este **Contrato,** el **Contratista** se obliga a ejecutar las labores necesarias para la Adecuación de la Troncal de Las Américas para el **Sistema Transmilenio,** Tamo 4 por la avenida Ciudad de Cali, desde la avenida Manuel Cepeda Vargas hasta el Portal de Las Américas, en Bogotá D.C., para lo cual cumplirá con las obligaciones previstas en este **Contrato** y realizará, en especial, las **Obras de Construcción** requeridas para i) La intersección de la Avenida Ciudad de Cali por Avenida Manuel Cepeda Vargas. ii) La Adecuación del Corredor de la Avenida Ciudad de Cali, desde la Avenida Manuel Cepeda Vargas hasta el Portal de Las Américas. iii) Empalme al Oriente y Occidente de la Avenida Ciudad de Cali con Avenida Ciudad de Villavicencio y acceso al Barrio Tintalito. iv) La construcción, reparación, rehabilitación y/o adecuación de las zonas de espacio público, y v) Las **Obras para Redes** previstas en el listado y descripción de obras del Apéndice C necesarias para la reparación, rehabilitación, reubicación, renovación y construcción de las redes y/o accesorios de servicios públicos domiciliarios que sea necesario ejecutar de acuerdo con las previsiones contenidas en dicho Apéndice C del **Contrato.**

“La ejecución completa y en los plazos previstos de las **Obras de Construcción,** cumpliendo plenamente con los previsto en las **Especificaciones Generales de Construcción,** las **Especificaciones Particulares de Construcción** y los demás documentos que hacen parte de este **Contrato,** es una obligación de resultado a cargo del **Contratista,** de conformidad con lo previsto en este **Contrato.**

**“…**

“En todo caso, el **Contratista** se obliga a realizar cualesquiera gestiones, incluyendo el suministro de equipo, personal e infraestructura adecuados, tramitación de permisos y licencias, etc., para ejecutar a cabalidad el objeto de este **Contrato** …”[[9]](#footnote-9) (subrayas adicionales).

En la cláusula 4 se determinó que el plazo total estimado del contrato era de 67 meses contados a partir de la fecha de iniciación y, según la cláusula 5, su ejecución se dividiría en dos etapas: i) la de construcción, cuya duración sería de siete meses (6 meses de ejecución de las obras de construcción y de las obras para redes y un mes para la verificación de las obras y entrega, según lo estipulado en el apéndice G – cronograma de obra)[[10]](#footnote-10) y ii) de mantenimiento, por el tiempo restante.

En el apéndice G se estableció que el cronograma de obra se definiría por 4 hitos y se señaló un tiempo determinado para la ejecución de cada uno de ellos (fl. 890 y 890 sic, c. 2), también se estableció que, “con el fin de mitigar el impacto de las obras por las actividades que se desarrollan a lo largo del corredor, las **Obras de Construcción** y las **Obras para Redes** se deben adelantar mediante las siguientes intervenciones”[[11]](#footnote-11) y a continuación las describe. En total se establecieron 8 intervenciones y en relación con la 8 se dijo: “El empalme al oriente y al occidente de la Avenida Ciudad de Cali con la Avenida Ciudad de Villavicencio y el acceso al Barrio Tintalito”[[12]](#footnote-12)

En la cláusula sobre el alcance y desarrollo del objeto del contrato (cláusula 5) se indicó que en la etapa de construcción se debían revisar los estudios y diseños; en efecto, allí se dijo (se transcribe como obra en el original):

“5.1.2. Revisión de Estudios y Diseños

“En cualquier momento desde la suscripción del **Contrato de Obra** y en desarrollo de la **Etapa de Construcción,** el **Contratista** revisará los estudios y diseños del proyecto, y en caso de encontrar cualquier inconsistencia entre dichos estudios y diseños y la idoneidad de los mismos para alcanzar los resultados exigidos en este **Contrato**, respecto de la calidad y durabilidad de las obras, estará en la obligación de hacer las adecuaciones y/o modificaciones a los estudios y diseños que considere necesarias, a su costo y bajo su responsabilidad, considerando que el **Contratista** mantiene siempre la obligación de entregar las **Obras de Construcción** y las **Obras para Redes** en los términos y condiciones establecidos en este **Contrato,** especialmente en las **Especificaciones Particulares de Construcción** y en las **Especificaciones de Redes de Servicios Públicos.**

“Las adecuaciones y/o modificaciones a los estudios y diseños que realice el **Contratista** deberán ser revisadas por el **Interventor,** para lo cual el **Contratista** deberá hacer entrega de los documentos técnicos correspondientes. El **Interventor** formulará las observaciones a las modificaciones a los Estudios y Diseños previa consulta con el Diseñador del **Proyecto**, las cuales serán consideraciones técnicas formuladas a manera de advertencia con el objeto de conseguir los resultados exigidos en este **Contrato.** El **Contratista** deberá acoger las recomendaciones efectuadas por el **Interventor** en cuanto las mismas tiendan a la búsqueda de esos resultados”[[13]](#footnote-13).

En el contrato también se indicó (cláusula 5, numeral 5.2):

“es responsabilidad del **Contratista** ejecutar las **Obras de Construcción** con la calidad suficiente para garantizar su durabilidad y para minimizar los costos de las **Obras y Labores de Mantenimiento**”[[14]](#footnote-14).

En la cláusula 11 del contrato se precisó:

“Se entiende que el valor efectivo que deba pagarse al **Contratista** como consecuencia de la aplicación de la CLÁUSULA 20 [forma de pago] de este **Contrato,** remunera todos los costos y gastos - directos e indirectos - de los suministros y de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del **Contrato** incluyendo todos los ajustes a los estudios, diseños y ensayos que se considere necesario realizar para cumplir adecuadamente con el objeto del **Contrato**, y todas las obligaciones que emanan del mismo, así como las utilidades del **Contratista** y los impuestos, tasas y contribuciones que resulten aplicables.

“Así mismo, se entiende que el valor efectivo remunera todas las labores necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, sea que aparezcan o no de manera expresa en el **Contrato** o en los documentos que lo integran como obligaciones a cargo del **Contratista,** aun cuando estas labores no estén relacionadas de manera directa con cualquiera de los **ítems de Obra para Obras de Construcción,** los **ítems de Obra no previstos,** los **ítems de Obra para Redes,** los **ítems de Obra para Adecuación de Desvíos,** los **Componentes Ambientales y de Gestión Social** o los **Componentes de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos.** Dentro de estas labores se incluyen, entre otras, la obligación a cargo del **Contratista** de revisar y hacer ajustes menores a los estudios y diseños, todas las obligaciones y actividades a cargo del **Contratista,** todas las obligaciones y actividades a cargo del **Contratista** durante la **Etapa de Mantenimiento,** los gastos financieros y administrativos – directos e indirectos – y todos los demás que sean requeridos para la cabal ejecución del objeto contratado.

“El valor efectivo de este **Contrato** remunera también la asunción de los riesgos de construcción, geotécnicos, geológicos, ambientales, de operación, administrativos, financieros, cambiarios, tributarios, regulatorios, político y todos los demás que se desprenden de las obligaciones del **Contratista** o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este **Contrato.** En tal sentido, las partes declaran que no habrá lugar al restablecimiento del equilibrio económico del **Contrato,** adicional al previsto de manera expresa en este **Contrato**, cuando quiera que se presenten circunstancias que hayan sido previstas o que sean previsibles durante la ejecución del **Contrato** o cuando se trate de riesgos que hayan sido asumidos por las partes, en virtud del **Contrato** o de la ley (aleas normales). Lo anterior sin perjuicio del pago de las compensaciones e indemnizaciones que se causen por el ejercicio – por parte del **IDU** – de las potestades excepcionales al derecho común, en los términos del art. 14 de la ley 80 de 1993”[[15]](#footnote-15) (subrayado adicional).

De las cláusulas transcritas se concluye que el contratista estaba obligado desde la suscripción del contrato a revisar los estudios y diseños de la obra y, en caso de encontrar cualquier inconsistencia en ellos que afectara la idoneidad del objeto contractual, debía hacer las adecuaciones necesarias, las que debían ser revisadas por el interventor, previa consulta con el diseñador. Esos ajustes se entendían remunerados en la forma de pago pactada.

Ahora, la idoneidad de los estudios y diseños se relacionaba directamente con la calidad y durabilidad de la obra, lo que, en términos del propio contrato, indicaba que la calidad debía garantizar la durabilidad de la obra (todo el proyecto de construcción), por lo que la Sala no ve de qué manera se podría limitar la obligación de la revisión y ajuste de los diseños, como lo pretende el recurrente, a aspectos no relacionados con la calidad y durabilidad de la construcción.

Así las cosas, para la Sala es claro que dentro de las obligaciones del contratista estaba la de asegurar que los estudios y diseños que le fueran entregados fueran idóneos para cumplir con el objeto contractual y que esos estudios y diseños cumplieran con la calidad necesaria para asegurar la durabilidad de la obra.

Ahora, si bien es cierto que el contratista tenía a su cargo la revisión de los estudios y diseños, para ello era necesario que previamente le fueran entregados, pues, es obvio, que si no los conocía mal podía exigírsele revisarlos, toda vez que nadie está obligado a lo imposible.

Lo anterior, aunque resulte evidente, cobra trascendencia si se acude a los señalamientos que hace el actor respecto de los incumplimientos que le imputa a los demandados, pues en la demanda se dice que ellos se refieren a “la entrega tardía de los diseños correspondientes a las obras de construcción de los empalmes de la Avenida Ciudad de Villavicencio con la Avenida Ciudad de Cali, … y acceso al barrio Tintalito”[[16]](#footnote-16) y lo mismo ocurre con la entrega de los diseños de redes de servicios públicos, la que acusa de “incompleta y defectuosa”.

Así las cosas, es cierto que el actor tenía la obligación de hacer ajustes a los diseños para cumplir el objeto contractual, pero, para ello, es claro que previamente debían serle entregados por el contratante, de donde surge que no fue del todo acertada la conclusión del *a quo* en lo que tiene que ver con el riesgo asumido por el contratista, pues el riesgo asumido respecto de los estudios y diseños fue su revisión, inconsistencias y modificaciones o adecuaciones, pero no la ausencia de los mismos.

En consecuencia, es necesario determinar la forma en la que se cumplió la entrega de los diseños de obras de construcción del empalme al oriente y al occidente de la Av. Ciudad de Cali con la Av. Ciudad de Villavicencio y el acceso al Barrio Tintalito (intervención 8) y de redes, para establecer si ello fue acorde con lo pactado en el contrato. También la forma en la que se presentó el error de diseño del BM5.

En el numeral 1.5 [denominado “valor de las obras de construcción para empalme de la avenida ciudad de Cali con la avenida ciudad de Villavicencio y acceso al barrio Tintalito”] del Apéndice A -especificaciones particulares de construcción- de la licitación pública IDU-LP-DTC-092-2002, que hace parte del contrato 48 según la cláusula 55[[17]](#footnote-17), se indicó que los diseños de esas obras serían suministrados por el IDU al contratista durante la etapa de construcción[[18]](#footnote-18).

En el documento denominado “RONDA DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS” se indicó (se copia como obra en el original):

“APENDICE A – ESPECIFICACIONES PARTICULARES DE CONSTRUCCION

“23. **PREGUNTA:** El numerl 1.5 – VALOR DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCION PARA EL EMPALME DE LA AVENIDA CIUDAD DE CALI CON AVENIDA CIUDAD DE VILLAVICENCIO Y ACCESO AL BARRIO TINTALITO-, señala que el IDU suministrará los diseños de estas obra durante la etapa de construcción. Solicitamos se especifique con claridad el término en que dichos diseños serán entregados, a fin de evitar existan inconvenientes con la ejecución de estas obras durante la Intervención No. 8 del Apéndice G del contrato.

“**RESPUESTA: Se entregarán a más tardar al finalizar el tercer mes de iniciada la Etapa de Construcción del Proyecto”[[19]](#footnote-19).**

Si bien en el pliego de condiciones de la licitación pública IDU.LP.092-2002, que dio origen al contrato 048 de 2003, en el acápite referente a la modificación y aclaración del pliego se señaló que se realizaría una audiencia de aclaraciones y una ronda de preguntas y respuestas y frente a éstas se precisó que “las respuestas que brinde el **IDU** no se considerarán como una modificación del **Pliego de Condiciones** a menos que sean adoptadas como **Adendos** al mismo, debidamente suscritos por el **IDU**”[[20]](#footnote-20) y, además, no se expidió un adendo en el que se indicara que los diseños de las obras se entregarían en el término que se indicó en la ronda de preguntas, lo cierto es que la unión temporal y el interventor actuaron con la convicción de que ello sería así.

En efecto, en comunicación del 18 de septiembre de 2003, dirigida al IDU, el interventor indicó que esos diseños debían ser entregados el 26 de septiembre de ese año (fl. 96, c. 2). Lo anterior fue ratificado en el acta 14 de comité de obra del 30 de septiembre de 2003. De lo anterior, se evidencia que el 26 de septiembre era la fecha de vencimiento de los tres meses posteriores a la suscripción del acta de iniciación, la que, se recuerda, se suscribió el 26 de junio anterior.

Además, entender lo contrario o permitir que el IDU se ampare en el hecho de no haber expedido tal adendo para no cumplir con la entrega de esos diseños en el término señalado, vulneraría la confianza legítima del contratista, quien actuó bajo la convicción de lo expresado por la propia entidad, avalado por la conducta del interventor.

Respecto de los diseños para redes de servicios públicos, en el apéndice C[[21]](#footnote-21) se indicó:

“Los diseños aprobados por las Entidades de Servicios Públicos deberán ser elaborados y ajustados por el **Contratista** en la medida en que en el proceso de ejecución de Obras deban modificarse en cuyo caso, deberán cumplir con todos los requisitos y especificaciones exigidas por las entidades competentes. En caso de adecuaciones o modificaciones a los diseños durante la **Etapa de Construcción,** el **Contratista** será el responsable de los trámites de aprobación ante las Entidades de Servicios Públicos y de las demoras ocasionadas en caso que éstas sean imputables al **Contratista.** En ningún caso se podrán realizar obras sin contar con las aprobaciones escritas de estas entidades.

“…

“Se incluyen en el presente Apéndice las cantidades estimadas de obra prevista de acuerdo con los diseños para redes, según los planos correspondientes aprobados por las respectivas Empresas de Servicios.

“…

“1. CONSIDERACIONES GENERALES

“…

“h) El **Contratista**, la **Interventoría,** el Coordinador del **IDU** en compañía del profesional delegado deben realizar una visita al terreno para verificar y actualizar el inventario de redes y confirmar el diseño aprobado. En caso de requerirse alguna modificación la **Interventoría** debe comunicarlo en Comité de Seguimiento o realizar reunión extraordinaria con la presencia del profesional delegado de la ESPs. Cualquier modificación al proyecto deberá ser aprobada por la ESPs y el **IDU**[[22]](#footnote-22)(se subraya).

Según el apéndice C, los diseños para redes de energía (fl. 603, c. 2), de teléfonos (fl. 608, c. 2) y de semaforización (fl. 611, c. 2) se adjuntaron al pliego de condiciones impresos y en medio magnético. Al proceso no fueron aportados los diseños de semaforización.

En el volumen XI denominado “estudios y diseños redes telefónicas y gas natural”[[23]](#footnote-23) se indica que esos diseños han sido aprobados por ETB, EPM y Capitel; sin embargo, en los anexos de ese documento se encuentra que la comunicación de la ETB, de la que se pretende derivar la aprobación, es un documento que no está firmado y adicionalmente se indica que ese día (5 de noviembre de 2002) se hará entrega de unos planos y de su aprobación (fl. 9, c. 15). Por otro lado, se aportó la aprobación de Gas Natural, pero se precisó que en la etapa 2 se deberían solicitar los diseños a esa empresa (fl. 28, c. 15).

El volumen X hace referencia a los estudios y diseños de redes eléctricas y de alumbrado público, primera etapa (c. 18), los cuales fueron actualizados y complementados en septiembre de 2003 (c. 9).

Así las cosas, de conformidad con el apéndice C, previamente citado, el contratista debía elaborar y ajustar los diseños de redes en la medida en que fuera necesario al avanzar en la construcción de las obras y se precisó (en ese mismo apéndice C) que sería responsable de la demora en su aprobación, siempre que esa demora le fuera imputable; en todo caso, cualquier cambio en los diseños debía ser aprobado por la empresa de servicios públicos de que se tratara y por el IDU.

La cláusula 24.3[[24]](#footnote-24) del contrato se refiere a las especificaciones técnicas y de calidad de las obras y en ella se indica que el contratista se debía regir por los apéndices A, B, C, D, F y G para la ejecución de las obras de construcción y obras para redes y, en la cláusula 24.4, se consagró la posibilidad de que se realizaran modificaciones o supresiones a las especificaciones particulares de construcción y, si ello generaba mayores o menores costos, las partes podían acordar el valor de ellos (fls. 431 a 434, c. 2).

El 26 de junio de 2003 se suscribió el acta 2 de iniciación del contrato de obra 48, etapa de construcción. Ese mismo día, con el oficio 297-153-03 INT, la unión temporal Américas Tramo 4 le informó al interventor que:

“Entre el K2+340 y el K2+735, al chequear las cotas del RYU8 se encontró una diferencia de 49 centímetros por debajo de lo indicado en planos y carteras, encontrando en terreno la cota 2542.04 y en planos la cota 2542.53.

“Lo anterior afecta todo el diseño en rasante en ese sector, por lo cual les solicitamos nos indiquen los ajustes a realizar”[[25]](#footnote-25).

Lo anterior fue reiterado a la interventoría el 3 de julio siguiente, con el oficio 297-173-03- INT, en donde se indicó:

“Llamamos nuevamente su atención sobre la manifestado en nuestro oficio No. 297-153-03 INT de fecha 26 de junio de 2.003, en el sentido de definir con la mayor brevedad posible la solución a implementar sobre la diferencia de 49 cms encontrada.

“La demora en la definición de lo anterior ha impedido el inicio de los trabajo de redes, conformación de las calzadas oriental y occidental y por lo tanto el retraso de las actividades de colocación de mezcla asfáltica y concreto hidráulico en el sector”[[26]](#footnote-26).

El 9 de julio de 2003, con el oficio 297-207-03-INT el contratista le manifestó a la interventoría su preocupación por la forma en la que se estaban recibiendo los planos del proyecto. La situación la describió de la siguiente manera:

“En cuanto a redes de servicios no se cuenta con planos aprobados de semaforización, Codensa, ETB, EPM, gas natural, ni Capitel.

“Los planos de señalización tampoco estan aprobados.

“Los planos de diseños urbanísticos en planta y detalles arquitectónicos tampoco estan aprobados.

“Adicionalmente dentro de los planos de acueducto y alcantarillado recibidos de mano del Ing. Rafael Vega, Coordinador del Contrato, falta los planos 12, 13 y 14 de 14 de acueducto, los cuales se están necesitando para la realización del pedido a American Pipe de los empates especiales para tubería CCP de diámetro 16”, los cuales para su construcción y entrega se requiere de entregar solicitud de pedido con 45 días de anticipación.

“También faltan 8 planos de estructuras de alcantarillado, correspondientes a los planos 35, 36, 37 38, 39, 40, 41 y 42 de 42”.[[27]](#footnote-27)

El 15 de julio de 2003 el director de interventoría le envió a la unión temporal la comunicación C.456.7.21/475/03 del diseñador, con la que se explican los ajustes efectuados a la rasante por la diferencia de nivel encontrada en el BM5, así como copia de los planos (fl. 65, c. 2).

El 18 de julio siguiente, el interventor le envió al IDU el cronograma de obra y le informó que “se ha visto afectado por el error de nivel encontrado en el BM5, que esta siendo solucionado por el diseñador. Este error afecta directamente los trabajos de las intervenciones 6, 7, 3 y 4, para estas dos últimas entre el k2+000 y el k2+300 por la construcción del sistema de alcantarillado y sumideros” (fl. 68, c. 2).

El 24 de julio de 2003 el contratista informó a la interventoría que los diseños entregados aclaraban lo correspondiente al diseño geométrico, pero que faltaban por definir las cotas de redes de acueducto y, en consecuencia, no se contaba “con el diseño integral definitivo para el sector, que permita iniciar los trabajos de instalación de redes, al igual que las actividades de excavación, rellenos, Concreto (sic) asfáltico MDC-1 normalizado y MR- 50 en las intervenciones 3, 6 y 7, las cuales pertenecen a los hitos 1 y 2”. También indicó que “la falta de definición no permite iniciar trabajos en redes sobre la intervención 4, ni la construcción de la tubería para entrega de los sumideros” (fl. 70, c. 2).

El 30 de julio de 2003, la interventoría envío al contratista la información suministrada por el diseñador, entre ellos, 6 planos correspondientes a redes de alcantarillado del sector de la intersección Av. Ciudad de Cali con Av. Villavicencio, esquema de desvío proyectado red matriz de acueducto y memorias de cálculo de colectores (fl. 71, c. 2).

En el informe semanal de interventoría del 4 de agosto de 2003 se indicó que el programa de construcción presentaba atraso en cuanto a cantidades de obra e inversión -lo que fue reiterado en los informes del 8 de septiembre y 6 de octubre- y que los trabajos de las intervenciones 6, 7, 3 y 4 estaban afectados por el error de nivel encontrado en el BM 5 y por la falta de planos para la construcción de las cámaras del sistema de alcantarillado de aguas lluvias (intervención 1)[[28]](#footnote-28).

El 11 de agosto de 2003 el contratista se dirigió al interventor con el oficio 297-428-03 INT, con el fin de que se diera solución a los diseños pendientes de la obra y otras aspectos, así: planos aprobados por EAAB, entrega de 2 predios, planos aprobados de señalización y semaforización. También puso de presente que, para esa fecha, iban 49 días de iniciada la etapa de construcción, tiempo durante el cual no se había contado con los diseños completos, ni ajustados, que permitieran adelantar las labores de construcción según lo planeado (fls. 79 y 80, c. 2).

Las dificultades que se presentaron con los diseños fueron puestas de presente también por la interventoría al IDU, el cual, en comunicación del 11 de septiembre de 2003, señaló: “dado que con el transcurso del tiempo los vacíos y problemas con los diseños continuaron y no pudieron ser resueltos con la rapidez requerida, como lo reiteró la interventoría de manera permanente en actas de reunión y oficios dirigidos al IDU, también manifestó la imperiosa necesidad de reprogramar la obra” (fl. 82, c. 2).

El 13 de septiembre de 2003 la unión temporal le solicitó a la interventoría la ampliación del plazo del contrato, debido a la diferencia de 49 cms entre el K2+340 y el K2+735 y por la falta de diseños para las cámaras del sistema de alcantarillado, circunstancias que demoraron el avance de los trabajos (fls. 93 a 95, c. 2).

En el acta 14 de comité de obra del 30 de septiembre de 2003 se indicó, respecto de los diseños de las obras, que “solamente están pendientes los planos con la localización de las ducterías de servicios públicos que se deben dejar en las Estaciones y los planos de la Intervención 8 (ocho) que debieron ser entregados por el IDU el pasado **26 de Septiembre**”.

Allí mismo se indicó que, de conformidad con el programa de trabajo vigente (que era necesario modificar, pero que para esa fecha no se había ajustado por no contar con una solución definitiva a los problemas detectados[[29]](#footnote-29)), el contratista presentaba un atraso del 27% en el desarrollo de las obras, con lo cual se dejó sentada la preocupación de la interventoría por el monto de la inversión efectuada en el mes de septiembre, e indicó que “con la organización actual, el Contratista no ejecutaría la obra en el tiempo establecido” (fl. 120, c. 2).

En cuanto a redes se señaló que la ETB solicitó hacer un replanteo de las obras, pues se habían encontrado múltiples inconsistencias en el diseño, lo que implicaba cambios en la etapa de construcción, debido a que la ETB no realizó los diseños, sino que los aprobó.

El 3 de octubre de 2003 se firmó el otrosí 2, mediante el cual la unión temporal Américas Tramo 4 cedió el 60% de su posición contractual a Carlos Alberto Solarte Solarte, por dificultades económicas (fls. 931 a 934, c. 2); en consecuencia, quedaron a cargo de la unión temporal las obras que se debían ejecutar entre el K1+450 al K2+735 -entrada al Portal de las Américas- (fl. 935 y 936, c. 2).

En el anexo técnico 1 del otrosí 2 se fijaron nuevas fechas para los diferentes hitos, esto es, el 23 de noviembre de 2003 para el hito 1, el 31 de diciembre siguiente para el hito 2, el 31 de enero de 2004 para el hito 3 y el 28 de febrero siguiente para el hito 4, dentro del cual se incluyeron los empalmes de la Av. Ciudad de Cali con Av. Ciudad de Villavicencio y, en el parágrafo segundo de la cláusula tercera, se indicó que “la reprogramación para la ejecución de obras a cargo del **Contratista Cedente,** se origina en los retrasos no imputables al mismo producto de problemas de diseños que surgieron al iniciar las obras” (fl. 19 a 20, c. 6).

Es decir, a 3 de octubre de 2003 la obra se encontraba atrasada por problemas de diseños que surgieron al iniciar las obras, como el error del BM5 y los diseños de redes, lo que afectó el desarrollo normal de la obra, como se aclara con la comunicación del 29 de octubre de 2003, en donde la interventoría rindió un informe al IDU sobre la evaluación de sobrecostos en el contrato 48, así (se transcribe como obra):

“En atención a lo solicitado por ustedes en el oficio mencionado en el asunto en el sentido de valorar los perjuicios que sufrió el proyecto debido a los errores de diseño que se presentaron nos permitimos comentar:

“Tal como les indicamos a ustedes en nuestra comunicación M1/294 del 5 de septiembre pasado, **el error en la nivelación encontrado en el BM 5** afectó el avance normal en las intervenciones 6, 7, 3 y 4 que hacían parte de los Hitos 1, 2 y 3 del Contrato de Obra. La afectación en tiempo fue de 28 días. Sin embargo tuvo mayor incidencia en los diferentes Hitos del contrato la **no entrega oportuna de los planos del sistema de alcantarillado (cámaras)**, ya que por esta causa en nuestro concepto los plazos se vieron afectados en 44 días para los Hitos 1, 3 y 4.

“De acuerdo con lo anterior consideramos que los mayores costos que se originen por la ampliación del plazo, debe ser atribuibles a la segunda causa y no a los errores de diseño. Estos mayores costos tienen que ver con el mayor tiempo de permanencia de la Interventoría, ampliación de las sumas globales de los componentes sociambientales y de manejo de tráfico del contrato de obra y otros aspectos relacionados con un mayor tiempo de administración”[[30]](#footnote-30) (se copia como obra en el original – negrillas adicionales).

El 12 de noviembre de 2003 el IDU le remitió al interventor la documentación referente a actualización, revisión, verificación y complementación de los estudios y diseños de la Av. Ciudad de Villavicencio desde esa avenida hasta la Av. El Tintal, con el fin de que fuera remitida esa información al contratista y así iniciar las obras previstas para ese sector (fl. 125, c. 2).

El 4 de diciembre de 2003 la unión temporal le indicó al interventor (transcripción literal):

“Vemos también con preocupación que las obras del costado sur de las que no disponemos diseño, generan ya una situación que implica mayor permanencia en la obra y la necesidad de disponer de recursos adicionales, lo que causara unos mayores costos no incluidos en el análisis de nuestra oferta.

“Con respecto a la construcción del Box coulvert, en el caso de requerirse permiso ambiental del Dama, el plazo de construcción estará ligado la expedición de este documento trámite que no esta a cargo de la UTA-4” (fls. 127 a 128, c. 2).

El 15 de diciembre de 2003, el contratista le informó a la interventoría otros problemas con los diseños, ya que “el acceso a los predios queda en la mayoría de las casas por debajo del andén”[[31]](#footnote-31), por lo que solicitó se resolviera ese inconveniente. Adicionalmente, por una solicitud efectuada por la interventoría de que se suspendiera la excavación mientras se hacía una modificación en el trazado de la vía, pidió que se le dieran instrucciones sobre qué debía hacer con el equipo y el personal, esto es, si los debía retirar o dejarlos disponibles para el proyecto hasta que se resolviera la situación (fl. 132, c. 2).

El error en el diseño referente al desnivel con las casas se reiteró en comunicación del 16 de diciembre de 2003 del contratista al interventor, en los siguientes términos:

“Una vez finalizado el comité de obra de dic 16/03, nos reunimos en el sitio de la obra, en la avenida Ciudad de Villavicencio costado oriental de la avenida Ciudad de Cali, los representantes del Diseñador del tramo, el especialista de la Interventoría en espacio público y el contratista UTA-4 con el fin de puntualizar y definir serias inconsistencias que se presentan en el diseño del tramo en cuestión. Al construir la vía de acuerdo con el diseño, cuya excavación esta concluida, las casas vecinas quedan enterradas de orden de 0.60 m y hasta 1.20 m, lo cual es inaceptable. Dada la situación anterior el diseñador manifestó que en el transcurso de esta semana presentará la solución a este hecho.

“Esta grave situación nos obliga a suspender totalmente la obra en ejecución quedando a la espera de una solución definitiva debidamente avalada por el IDU y la Interventoría”[[32]](#footnote-32).

Para el 23 de diciembre se seguían presentado múltiples inconvenientes para el desarrollo normal de las obras, según se dejó constancia en el acta 28 de comité de obra sobre aspectos como: i) el permiso del DAMA para la construcción del box culvert del Tintal continuaba en trámite por parte del IDU, ii) así como estaba pendiente la entrega de los diseños de empalme de la intersección de la Avenida Ciudad de Cali con la Avenida Ciudad de Villavicencio sector sur y el ajuste del sector norte iii) problemas de nivel de las casas que quedaban por debajo de la rasante (fl. 135, c. 2).

El 16 de enero de 2004, la unión temporal, en comunicación dirigida a la interventoría, formuló observaciones a los planos de diseño urbanístico y diseño geométrico de la Avenida Ciudad de Villavicencio, los que, según dijo, había recibido el 9 de enero de ese mismo año (fl. 138, c. 2).

En la comunicación del 28 de enero de 2004, el IDU le indicó a la interventoría que debía hacer entrega inmediata al contratista de los planos de diseño del 24 de enero de ese mismo año, correspondientes al empalme de la Av. Ciudad de Cali con Av. Villavicencio y box culvert del Tintal.

El 4 de febrero de 2004, el contratista le indicó a la interventoría que los planos y diseños que le habían sido entregados no correspondían a la realidad y que seguían presentado inconsistencias (trascripción literal):

“En los pliegos de condiciones y en el contrato se establece como parte integral de las obras, la construcción de los empalmes al oriente y occidente de la Avenida Ciudad de Villavicencio con la Avenida Ciudad de Cali, el acceso al barrio Tintalito y la estructura en concreto reforzado para el paso vehicular sobre el canal Tintal en la intersección de la Avenida Ciudad de Villavicencio con Avenida el Tintal, obras cuyo diseño debían ser entregadas por el IDU, oportunamente durante la etapa de construcción, para que éllas se ejecutaran en la intervención No. 8 incluida en el hito No. 4, que de acuerdo con los términos del contrato se concluía el 26 de Diciembre/03.

“Los diseños de estos trabajos debían ser entregados por parte del IDU, el 26 de septiembre de 2003 según consta en el programa inicial entregado y cuyo compromiso quedó ratificado en el acta de comité de obra No. 14, con el fin de que dichas obras se ejecutaran con una duración de tres meses en cumplimiento de la obligación contractual. No obstante se han venido entregando diseños parciales no ajustados a las realidades del sitio con los cuales se han adelantado algunas obras sin continuidad ni eficiencia. Los últimos diseños fueron recibidos el pasado 29 de enero adjuntos al oficio de la Interventoría M17925.

“Después de revisar los planos recibidos el 29 de Enero/04., se encuentra que ellos todavía no resuelven totalmente las obras a construir. También es importante recordar que para construir la estructura del paso vehicular, se requiere contar con el permiso ambiental de la entidad competente, tramité que se encuentra aún pendiente y que está a cargo de la entidad contratante.

“Cabe resaltar que estos trabajos ya deberían estar terminados con los recurso que para ellos han estado disponibles por parte de BOCACOLINA S.A. permanentemente”[[33]](#footnote-33).

El 13 de febrero de 2004 el contratista le indicó al interventor que las obras de acceso al barrio Tintalito y la estructura en concreto reforzado para el paso vehicular sobre el canal el Tintal en la intersección de la Av. Ciudad de Villavicencio con Av. El Tintal se terminarían el 30 de abril de ese año, siempre y cuando los diseños estuvieran debidamente ajustados y revisados, así como en regla los permisos ambientales, con lo que no se contaba para ese momento (fl. 116, c. 2).

En comunicación del 16 de febrero de 2004, dirigida al IDU por el interventor, se narraron las diferentes dificultades que se presentaron con los diseños, de la siguiente manera:

“… me permito informarle que las obras a ejecutar en el empalme de la Avenida Ciudad de Cali con Avenida Ciudad de Villavicencio fueron programadas por el contratista UTA4, dentro del Hito 5 a partir del 31 de octubre de 2003 y su terminación dentro del plazo contractual el 28 de febrero de 2004.

“La entrega de los diseños estaba programada para el 26 de septiembre de 2003, lo cual no se cumplió. Los diseños fueron entregados el 13 de noviembre de 2003, los cuales fueron revisados y se encontraron varias inconsistencias que fueron enviadas oportunamente al diseñador, quién dio respuesta el 1 de diciembre de 2003.

“Posteriormente se encontró que era necesario desplazar el eje No. 3 y modificar la rasante debido a la interferencia con el predio del parqueadero y porque algunas casas quedaban por debajo del nivel de la rasante. Esta anomalía se resolvió parcialmente el 26 de diciembre de 2003 y luego, el 9 de enero de 2004, el diseñador entregó los planos con los ajustes requeridos e incluyó el eje No. 6 que corresponde a la calzada sur-oriental de la Avenida Ciudad de Villavicencio, la cual no figuraba en los planos inicialmente entregados. Al revisar los planos y los diseños, se encontró que no habían sido corregidas todas las inconsistencias, lo cual motivó a realizar una reunión en el IDU el 26 de enero de 2004. En esta reunión se le entregaron al diseñador las nuevas inconsistencias, lo cual originó una nueva reunión el día 14 de febrero de 2004, en la cual participaron el contratista, el diseñador y el interventor y de la cual se levantó un Acta que quedó consignada en el libro de obra con catorce observaciones que el diseñador se comprometió a resolver oportunamente.

“Como se puede deducir de lo anteriormente expuesto, se requiere una mayor permanencia del contratista en la obra”[[34]](#footnote-34).

El 19 de febrero de 2004, el contratista le puso de presente al interventor que, debido a la falta de claridad de los diseños y del permiso ambiental para la construcción del box culvert, se debía modificar el plazo de ejecución de las obras, ya que mientras no se resolvieran esos inconvenientes no era posible establecer un programa para la entrega de las obras (fls. 148 y 149, c. 2); posteriormente, en comunicación del 25 de febrero, indicó como fecha de finalización de las obras el 22 de mayo de 2004 (fl. 153, c. 2).

La solicitud de prórroga del contrato fue avalada por el interventor, pero consideró que se debían entregar las obras el 8 de mayo de 2004. También señaló que la ampliación del plazo generaba costos por mayor permanencia en la obra (fls. 155 y 156, c. 2).

En el informe semanal de interventoría del 22 de febrero de 2004 se dejó constancia de que la unión temporal 4 presentaba un atraso del 3.6% en el hito 4 por la entrega tardía de los diseños de empalme de la Av. Villavicencio con Av. Ciudad de Cali (fl. 49, c. 3).

El 26 de febrero de 2004, el IDU remitió al interventor copia de la resolución 194 expedida por el DAMA, mediante la cual se autorizó al IDU para la ocupación del cauce del canal Tintal, para la construcción del box culvert (fl. 160, c. 2.).

Mediante el otrosí 6 del 27 de febrero de 2004 se prorrogó el plazo del contrato en 84 días calendario, para la terminación de las obras contempladas en el hito 4, del sector K1+450 al K2+735, por lo cual las obras correspondientes a los empalmes de la Av. Villavicencio con Av. Ciudad de Cali y box culvert del Tintal debían ser terminadas el 22 de mayo de 2004 (fl. 956, c. 2).

Esa prórroga estuvo sustentada en lo que narró el Director Técnico de Construcciones en el memorando STEO 3300-11830 (se copia como obra en el original):

“Atentamente se solicita una prórroga al contrato 48-03, en la parte correspondiente al Contratista UTA-4, en 84 días o sea hasta el 22 de mayo de 2.004, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

“La demora por parte del DAMA, para dar el permiso de ocupación del cauce para construir el Box Culvert del Tintal.

“**Por la no entrega oportuna, de los diseños correspondientes a los empalmes de la Av. Villavicencio con Av. Ciudad de Cali, las obras no se pudieron iniciar según lo programado por el contratista.**

“Adicionalmente, para el Hito 4 se deben exceptuar las obras correspondientes a la señalización, demarcación y semaforización, que por efecto de interferencias con redes de servicios no se pudieron construir como estaba aprobado el diseño, teniendo que obtener de nuevo el visto bueno de la STT y la arborización del separador central, modificación que será definida por el Jardín Botánico, obras que serán terminadas al 30 de Marzo de 2.004”[[35]](#footnote-35).

El 1 de marzo de 2004, el contratista le indicó a la interventoría que los planos con la aclaraciones solo resolvían parcialmente los diseños de las obras a construir en la intersección de la Avenida Ciudad de Villavicencio, pero que no se había resuelto el diseño de los andenes. También le dijo que se presentó una variación en las obras que se debían ejecutar en el eje 6, diferentes a lo que se había planteado en el contrato y en las reuniones en las que se trató ese tema, por lo que en su parecer, el alcance de las obras no estaba definido, ni el presupuesto adicional que esas modificaciones implicaban (fls. 162 y 163, c. 2).

En cuanto al permiso otorgado por el DAMA, el contratista hizo los siguientes comentarios (allí se lee textualmente):

“La resolución del DAMA No. 194 del 25 de febrero de 2004, concede permiso para la ocupación del cauce del canal Tintal, con un plazo de 2 meses a partir de la ejecutoria de la resolución. Igualmente en dicha resolución se indica que los planos de construcción de la obra tienen un número de proyecto y aprobación asignado para la EAAB.

“Al respecto hacemos los siguientes comentarios:

“1. El programa de obra con un tiempo de ejecución de 10 semanas, se basó en sus condiciones del contrato en donde la estructura contemplada era de medio Box Coulvert. Los planos que disponemos indican que la sección de la estructura aumentó al Box Coulvert completo, por lo que el plazo estimado de 10 semanas es insuficiente para esta nueva condición. Aclaramos también que el plazo estimado para la condición inicial es imposible acortarla a dos meses, más aún teniendo presente que la época seca en que se proyectó ya terminó.

“2. Los planos que disponemos no tienen ningún registro que indiquen el número del proyecto y la aprobación asignada por al EAAB condición que es indispensable y obligatoria para la ejecución y recibo de la obra. Dado los anteriores comentarios, requerimos instrucciones precisas para la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el valor de la obra, la responsabilidad de ejecutar la obra realmente aprobada y la secuencia real de las actividades a ejecutar. El plazo efectivo deberá ser tenido en cuenta a partir del recibo de los planos firmados y aprobados por la EAAB”[[36]](#footnote-36).

Según lo informado por el contratista a la interventoría, para el 3 de marzo de 2004 los diseños que faltaban por definir eran los siguientes:

“1. Detalles constructivos cuadra a cuadra (corte longitudinales) de los andenes del costado oriental de la Avenida Ciudad de Cali, que contemplen acceso a predios, cambios de nivel y transiciones.

“2. Detalle aprobado por Codensa de la nueva base sobre la cual debe trasladarse la sub- estación existente.

“3. Especificar la estructura del pavimento sobre el Box-Culvert.

“4. Planos de señalización debidamente aprobadas por la STT.

“5. Planos aprobados de redes eléctricas y telefónicas.

“6. Estructura a construir para a inspección de la válvula existente de 16’’, bajo la vía (eje 3)”[[37]](#footnote-37).

El 10 de marzo de 2004, el contratista también le informó a la interventoría de problemas presentados con los diseños eléctricos y, el 12 de marzo siguiente, sobre inconvenientes con los diseños de semaforización y señalización, la necesidad de diseño y confirmación de la construcción de una estructura de protección y acceso a la válvula de la tubería de 16” en el costa oriental de la Avenida Ciudad de Cali -eje 3- (fls. 168 a 170 c. 2).

El 15 de marzo de 2004 se pusieron de presente nuevos inconvenientes que surgieron en la construcción del box culvert y que los diseños sobre el mismo no se encontraban ajustados; en efecto, se indicó (transcrito como obra):

“Lo anterior, además de obligar a realizar trabajos adicionales (y por tanto no definidos) para permitir la adecuada entrega de la aguas lluvias, indicaría que al realizar las obras correspondientes al eje 1 como están en planos, estaríamos reduciendo definitivamente la capacidad del canal y se daría lugar a represamiento del cauce aguas arriba.

“Adicionalmente, personal del Acueducto, el día 11 de Marzo visitó el frente de trabajo y manifestó que la conducción del acueducto de agua potable en °12”, que en planos se indica quedaría bajo las aletas de entrada, no es permitido por lo que enviarían comunicación oficial solicitando el paso sea aéreo.

“La actuación descrita, al no haber sido detectada en la etapa de diseño, afecta el programa construcción y hacen que el permiso de ocupación del cauce otorgado por el DAMA con duración de dos meses y que se inició el pasado 8 de Marzo sea a todas luces insuficiente”[[38]](#footnote-38).

Ese mismo día, el director de interventoría le informó al contratista que el diseñador tenía pendiente la entrega de la cámara de protección de la válvula D=16” del acueducto, ubicada sobre el eje 3, y que se le informaría cuando llegaran los planos (fl. 174, c. 2).

El 25 de marzo de 2004 la interventoría le indicó a la unión temporal que era conocido la demora en la aprobación de los diseños de señalización y semaforización por parte de la Secretaría de Tránsito y Transporte y que en reiteradas ocasiones le había solicitado al IDU su intervención para que se obtuviera tal aprobación, sin que se hubiera obtenido respuesta para esa fecha, lo que implicaba que no se podía cumplir con la fecha prevista (30 de marzo de 2004) para la instalación de todas las señales y equipos, de suerte por lo que se debía reprogramar dicha actividad (fl. 176, c. 2).

El 12 de abril, la interventoría le envió al contratista los planos 5, 6 , 8 y 9 del “urbanismo del costado norte y sur de la avenida Ciudad de Villavicencio y un plano actualizado del Box coulvert” y le indicó que “con este nuevo plano quedan completamente aclaradas las cotas y se puede avanzar sin ningún obstáculo la construcción del Box- coulvert Tintal” (fl. 180, c. 2).

El 15 de abril de 2004, el contratista efectuó un nuevo requerimiento sobre diseños respecto de la vía del eje 3 de la Avenida Ciudad de Villavicencio, en donde encontró una cámara de teléfonos que resultaba atravesada por la red de agua potable, por lo que se requería trasladar la tubería o desplazar la cámara; en consecuencia, se solicitó el diseño necesario para resolver esa situación (fl. 181, c. 2). Así mismo, el 20 de abril siguiente informó que la STT fijó unas pautas para que se reubicaran los semáforos, lo que implicaba construcción de nuevas bases y el traslado o prolongación de algunas redes (fl. 185, c. 2).

El 22 de abril el interventor solicitó al IDU que se agilizara lo correspondiente a los diseños de acueducto por los inconvenientes narrados en el párrafo anterior (fl. 186, c. 2).

El 5 de mayo de 2004, el interventor presentó un análisis sobre la mayor permanencia en la obra y concluyó que no era viable hacerle ningún reconocimiento económico al contratista; para ello, expuso lo siguiente (transcripción literal):

“En el caso concreto se encuentra que el CONTRATISTA alega el rompimiento de la ecuación financiera del contrato por la mayor permanencia en la obra determinada por la inacción del IDU en la entrega de los diseños del Box Coulvert y de la intersección de la Avenida Ciudad de Villavicencio con Avenida Ciudad de Cali, y que tal circunstancia fue determinante de la inejecución del objeto contractual y conllevó al desequilibrio financiero del contrato, en su perjuicio dificultando en grado sumo la labor de los obreros, impidiendo el desempeño eficaz de la maquinaria, retardando el ritmo de la construcción y, obviamente generando problemas y sobrecostos administrativos y financieros para la compañía constructora.

“Consideramos que no se han cumplido los supuestos contractuales, ni jurídicos para determinar la ocurrencia de la fuerza mayor, puesto que la cláusula cuarenta (40) del contrato de obra establece que se entenderá por fuerza mayor, y dentro de las circunstancias constitutivas de la misma **no está incluida** **la mora en la entrega de los diseños** por parte del IDU, únicamente se reconoce como tal la mora en la entrega de los predios; y remite también a las causales establecidas en la Ley 95 de 1980, en donde no podemos encasillar la mora en la entrega de los diseños como un hecho constitutivo de fuerza mayor, de conformidad con las características de irresistibilidad e imprevisibilidad.

“En cuanto al rompimiento de la ecuación financiera del contrato por la mayor permanencia en la obra, determinada por la no entrega de los diseños en tiempo, es preciso advertir que el CONTRATISTA invocó la ocurrencia de hechos extraños a él, para fundar la petición de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato. Alegó que ante este hecho la entidad pública fue negligente, que ello generó la mayor permanencia en la obra y por ende, sobrecostos que lesionaron la economía del contrato en perjuicio suyo. Al respecto es necesario advertir que el CONTRATISTA ha ejecutado el contrato, pese a que se han presentado hechos exógenos que alteran el curso normal del mismo.

“En este caso está demostrado que el contrato no se suspendió y que **efectivamente no se entregaron los diseños en tiempo**, lo cual permite concluir que el plazo inicial del contrato de siete meses más sus previas prórrogas, debe extenderse por mutuo acuerdo en un plazo igual al de la mora en la referida entrega de los diseños, debiendo hacerse un ajuste al cronograma de obras. Es claro también que el CONTRATISTA continuó ejecutando el objeto del contrato.

“En ningún momento el CONTRATISTA dejó de ejecutar el contrato durante ese tiempo porque estuviera a la espera de los diseños, en tales condiciones los recursos (personal, equipos y gastos administrativos) no quedaron ociosos puesto que siguió ejecutando el objeto contratado con dichos recursos, pese a las dificultades que invocó. Adicionalmente no probó la grave alteración de la ecuación económica del contrato que alegó, pues al no demostrar cuáles fueron los costos que previó y en los que realmente incurrió, como tampoco que tanto cobró y se le pagó, no hay manera de concluir que se alteró la economía del contrato, en perjuicio suyo”[[39]](#footnote-39) (negrillas adicionales).

Con las comunicaciones enviadas por el contratista, que han sido previamente relacionadas, se pueden observar los diferentes inconvenientes que tuvo que sortear el contratista respecto de los diseños, frente a los cuales su obligación era de revisión y de hacer ajustes menores, según las cláusulas contractuales atrás transcritas, ajustes que en todo caso debían ser revisados por el interventor, previa consulta con el diseñador; sin embargo, en la práctica las partes no acudieron a la forma de ajuste de los diseños pactada, sino que el contratista puso de presente los errores o inconvenientes que se presentaron y los ajustes los efectuó el diseñador de la obra, quien los remitía por intermedio del interventor.

Adicionalmente, en cuanto a los diseños de redes, se observa que hubo demora en la aprobación de las modificaciones, pero no se aportó prueba alguna que indique que ello fuera imputable al contratista; por el contrario, con la prueba documental antes relacionada se puede determinar la debida diligencia de la unión temporal, pues sus permanentes comunicaciones evidencian su preocupación por poner de presente la situación, en aras de buscar la solución y la aprobación de los diseños faltantes.

También es importante resaltar que el propio interventor aceptó que hubo mora en la entrega de los diseños, lo que, no hacía parte de los riesgos asumidos por el contratista y, por el contrario, sí era obligación de la entidad contratante hacer entrega de los mismos, según se indicó en los pliegos de condiciones y en el contrato mismo, incumplimiento que se siguió presentando con posterioridad a esta fecha (5 de mayo de 2004) según se continúa narrando.

El 5 y el 7 de mayo de 2004, la interventoría le envió al contratista unos planos de las redes de acueducto (fls. 193 y 194, c. 2), frente a los cuales el contratista, en comunicación del 11 de mayo, indicó que no se ajustaban a los requerimientos efectuados por la EAAB (fl. 194, c. 2).

El 17 de junio de 2004, la interventoría le informó al contratista la aprobación del diseño de la ménsula por parte de la Secretaría de Tránsito (fl. 210, c. 2); pero durante ese mismo mes, el contratista siguió requiriendo los planos de esos diseños (fl. 212, c. 2), así como del box culvert (fl. 211, c. 2) y, en el mes siguiente, de las redes de semaforización (fl. 215, c. 2).

El 6 de julio de 2004 la interventoría reiteró su concepto, en el sentido de considerar que no se daban las condiciones pactadas en el contrato para restablecer el equilibrio económico del mismo, concepto en el que agregó (fls. 237 a 240, c. 2):

“según lo establecido en el parágrafo del numeral 20.2.5. Concepto 5 de la cláusula 20 del Contrato de Obra, solo se le reconocerá (sic) al CONTRATISTA las compensaciones económicas cuando la ejecución de las obras se paralice como consecuencias (sic) de la entrega tardía de predios por parte del IDU. Así tambien que no hubo parálisis de la obra por este motivo, puesto que únicamente se impidió la ejecución de las obras de excavación, rellenos y las redes de aguas lluvias de la intersección y la construcción del Box Coulvert Tintal, como consecuencia de la entrega tardía de los diseños, aspecto éste no contemplado en el contrato como causa de compensación económica”.

Sin embargo, tal concepto fue ampliado el 23 de julio siguiente y en la ampliación se relacionaron los diferentes inconvenientes que se habían presentado en el desarrollo del contrato, las ampliaciones en el plazo contractual para las obras de empalme de la Avenida Ciudad de Cali y Avenida Ciudad Villavicencio y el box culvert del Tintal, las diferentes fechas en las que se hizo entrega de diseños y de las observaciones a los mismos y relacionó las “mayores cantidades de obras de redes estimadas y no previstas” (fls. 241 a 256, c. 2).

El concepto de la interventoría fue acogido por el IDU, entidad que, mediante memorando de la Dirección Técnica Legal a la Dirección de Técnica de Construcciones del 3 de septiembre de 2004, indicó que, “aunque los estudios y diseños no fueron entregados en el término estipulado contractualmente, circunstancia ajena al contratista y a la entidad, el contratista no demostró la existencia de mayores costos en la obra, por este hecho”[[40]](#footnote-40), así, concluyó que no se demostró la afectación económica que rompiera el equilibrio económico del contrato.

El 14 de julio de 2004 la unión temporal le informó a la interventoría que la EAAB no recibía las obras mientras no se independizara la cámara de teléfonos de la tubería, cámara que no fue construida por ese contratista y que se dejó en el estado en el que se encontró, por lo que consideró que ello no podía ser obstáculo para el recibo de las obras.

Así las cosas, se concluye que el IDU incumplió sus obligaciones de entregar en forma oportuna los diseños de obra de empalme de la Av. Ciudad de Cali con Av. Ciudad de Villavicencio y de redes de servicios públicos, lo que llevó a que se le presentaran al contratista múltiples obstáculos en la ejecución del objeto contractual y que permanentemente tuviera que estar devolviendo los diseños por fallas en los mismos, lo que originó que el contrato se prorrogara en dos ocasiones (mediante los otrosíes 2 y 6) y se pactara como fecha final de la etapa de construcción el 22 de mayo de 2004, cuando esa etapa ha debido finalizar el 26 de diciembre de 2003, como quiera que la etapa de construcción tenía una duración de seis meses desde el acta de inicio, que se suscribió el 26 de junio de ese año.

Si bien en el acta de recibo final de obra se indica que algunas obras se ejecutaron en junio, julio y agosto de 2004, la Sala no encuentra respaldo adicional, como el otrosí 6, que permita establecer que la etapa de construcción se prolongó más allá de la fecha pactada.

Por lo anterior, la Sala encuentra acreditado el incumplimiento del IDU en la entrega oportuna de los diseños y, en consecuencia, la mayor permanencia del contratista en la obra, por el término adicional de cinco meses.

Se reitera que la mayor permanencia en la obra se ha estudiado bajo la óptica del incumplimiento contractual y no del desequilibrio económico del contrato, pues los supuestos alegados por el demandante se enmarcan dentro de aquél, por lo que no resultan aplicables las cláusulas del contrato que se refieren al desequilibrio económico (entre ellas las cláusulas 11 y 20.2.5).

**5.2.-** El actor solicitó en la demanda que se reconozcan los sobrecostos en los que incurrió con ocasión de la mayor permanencia en la obra, pues los ingresos que planeó obtener en seis meses, que le permitían cubrir sus costos y generar utilidades, los obtuvo en 14 meses y tuvo que emplear recursos propios para cubrir los costos de ejecución del contrato, con lo cual perdió la utilidad esperada.

Indicó que los costos fijos se duplicaron durante el tiempo adicional que duró la ejecución de la obra y dentro de ellos señaló: personal directivo del proyecto, personal de administración, mecánica y taller, oficios varios, celadores, seguridad industrial, transporte, asesoría legal, sistema de gestión de calidad, herramientas y equipos de taller.

Así mismo, indicó que los equipos dispuestos para la ejecución de la obra estuvieron activos, pero operaron a bajos niveles de eficiencia y muchos de ellos eran alquilados, por lo cual su costo se incrementó.

También indicó que los precios de los materiales utilizados en la obra sufrieron fuertes incrementos, al punto que superaron los ajustes acordados por las partes en el contrato, de modo que debían ser reconocidos.

En conclusión, señaló que los mayores costos en los que incurrió para terminar las obras impidieron que se obtuvieran las utilidades esperadas y, por el contrario, generaran cuantiosas pérdidas.

Frente a lo anterior, cabe recordar que esta Corporación ha considerado que los perjuicios deben ser adecuadamente 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[[41]](#footnote-41) 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’*[[42]](#footnote-42)*”[[43]](#footnote-43).*

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”[[44]](#footnote-44).

En el proceso se rindió un dictamen pericial, que fue objeto de complementación, con el cual se buscó que se establecieran los costos en los que incurrió la unión temporal en la ejecución del contrato 048 de 2003, por el período comprendido entre el 26 de diciembre de 2003 y el 30 de agosto de 2004.

Con ese fin se rindió el dictamen que determinó los costos fijos en los que se incurrió durante junio y agosto de 2004 y que fue complementado para incluir el período comprendido entre el 26 de diciembre de 2003 y el 30 de agosto de 2004.

En consecuencia, para determinar los costos adicionales en los que incurrió el contratista la Sala solo tomará en cuenta la aclaración del dictamen, por referirse al período durante el cual se acreditó la mayor permanencia en la obra de la unión temporal, pero se harán los descuentos correspondientes para establecer los costos hasta el 22 de mayo, pues fue la fecha hasta la cual se acreditó se prorrogó la etapa de construcción, y no hasta el 30 de ese mes, como se había indicado anteriormente.

Si bien el IDU formuló objeción al dictamen pericial, debe tenerse en cuenta que ello se hizo solo respecto del rendido inicialmente, no frente a la complementación, y que, uno y otra versan sobre períodos diferentes. Como la Sala no se ocupará del dictamen inicial, tampoco lo hará respecto de la objeción formulada respecto de éste.

En la aclaración al dictamen, que se efectuó tomando en cuenta los egresos de la unión temporal consultados por el perito, se indicó (se copia como obra en el original):

“Del mismo modo, a continuación se presenta el resumen de la relación de los mayores costos en que se incurrió discriminado por ítems:

“RUBRO VALOR

“1. PERSONAL DIRECTIVO 88.096.000

“2. PERSONAL ADMINISTRATIVO 73.775.088

“3. PERSONAL OFICIOS VARIOS 47.898.378

“4. CELADORES 63.809.779

“5. SEGURIDAD INDUSTRIAL 24.539.388

“7. OTROS COSTOS 86.853.281

“8. TRANSPORTES 63.448.250

“9. GASTOS FINANCIEROS 40.306.250

“10. MOVILIZACIÓN 1.521.000

“11. ASESORIA LEGAL 7.238.400

“12. SISTEMA GESTION DE CALIDAD 29.372.955

“TOTAL COSTOS FIJOS $526.858.769

“Los mayores valores en que incurrió la UNION TEMPORAL AMERICAS TRAMO IV, por mayor permanencia en la obra durante el periodo comprendido entre el 26 de diciembre de 2003 y el 31 de mayo de 2004, ascendieron a la suma de QUINIENTOS VEINISEIS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS ($526.858.769)”[[45]](#footnote-45).

La Sala no tomará en cuenta los demás valores que se liquidaron en la aclaración del dictamen pericial, por referirse a “alquiler de equipo y ACPM”, pues no se especificó cuáles de los que se relacionan en ese ítem corresponden a alquiler y cuáles a ACPM, a lo cual se agrega que tampoco se establece la clase de maquinaria y si ella fue la empleada en la etapa de construcción. Lo mismo ocurre con el acápite denominado “ítems no tenidos en cuenta”, por cuanto se refieren a eventos ocurridos por fuera del período que se va a reconocer, estos es, del 26 de diciembre de 2003 al 22 de mayo de 2004.

Así, del total de los costos fijos se debe establecer, mediante una regla de tres, cuál era la suma correspondiente hasta el 22 de mayo de 2004; entonces, si por 155 días (del 26 de diciembre de 2003 al 31 de mayo de 2004) los costos adicionales ascendieron a $526’858.769, por 146 días (hasta el 22 de mayo de 2004) los mismos correspondieron a la suma de $496’266.969,5.

Ahora, el valor estimado del contrato fue de $29.671’421.073 (fl. 394, c. 2,) y, según el presupuesto de obra[[46]](#footnote-46), en el cálculo del AIU se estableció que el porcentaje de imprevistos correspondía al 1% (fl. 430, c. 16), lo que implica que su valor era de $296’714.210,73, es decir, que lo presupuestado por imprevistos resultó desbordado por los costos que se generaron por la mayor permanencia en la obra, pues, según se indicó en el párrafo anterior, los costos fijos alcanzaron las suma de $496’266.969,5.

En consecuencia, la indemnización a favor del actor es aquella que resulta de restarle al monto acreditado por perjuicios, la suma presupuestada por imprevistos, así: $496’266.969,5. (costos fijos) menos $296’714.210,73 (presupuesto por imprevistos) lo que arroja la suma de $199’552.758,77, suma que deberá ser actualizada de conformidad con la siguiente fórmula, para lo cual se tendrá como índice inicial el de la fecha de presentación de la aclaración del dictamen y como final el del mes anterior a esta sentencia:

Valor presente = Valor histórico Índice final

Índice inicial

Reemplazando se tiene:

VP = $199’552.758,77 Índice final – septiembre de 2018 (142,50)

Índice inicial – febrero de 2008 (95,27)

VP = $ 298’480.824,23

**5.3.-** En cuanto al error del BM5, la Sala no encuentra dentro del proceso prueba alguna que permita establecer de qué manera él afectó al contratista; por el contrario, obra dentro del proceso el testimonio rendido por German Darío Gómez Turriago, representante legal de Restrepo y Uribe Ltda., sociedad que realizó los estudios de las obras que ejecutó el demandante, quien manifestó que ese error no le implicó mayor permanencia en la obra al contratista, ni mayores cantidades de obra; en efecto, en el acta de su declaración se lee (trascripción literal):

“PREGUNTA: Podría indicarle al despacho en que consistió el trabajo de diseño correspondiente al BM5. CONTESTO: Para los estudios y elaboración de los planos de las partes correspondientes a la geometría vial y de las redes de alcantarillado del proyecto como es usual en este tipo de actividades, se establece una poligonal topográfica que consiste en fijar puntos materializados en el terreno distribuidos a lo largo del proyecto y vinculados al sistema de coordenadas del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, de los cuales unos puntos se denominan BM que referencia el nivel medio en metros sobre el nivel del mar, amarrado al sistema geográfico de la ciudad, de esto puntos ‘aproximadamente 20BM’, el numero 5 fue afectado por un equipo pesado que operaba el constructor …, quien construía las obras de la Avenida Ciudad de Cali, a partir de la intersección con la Avenida Ciudad de Villavicencio hacia el sur, esta afectación produjo que el constructor del proyecto que nos incumbe, bajo el contrato 048-2003, encontrara, que el nivel de dicho BM no correspondía con lo señalado en los planos, por unos pocos centímetros. Al detectarse dicha anomalía y una vez el IDU informó a RESTREPO UROBE LTDA, lo ocurrido, en forma inmediata y ágil cotejo la variación presentada en dicho BM y ajusto los planos entre ellos el del proyecto de las redes de alcantarillado que son las mas susceptibles a los cambios de niveles. Este ajuste lo califico como una ajuste de menor trascendencia, puesto que en ningún momento tuvo consecuencias graves para la obra como lo pudimos comprobar en las visitas que en su momento se practicaron. Pongo de presente que mientras se llevo a cabo el ajuste necesario en los planos ‘a mi juicio’, el constructor de la obra tenia infinidad de frentes de trabajo para adelantar otras partes de la obra sin que se haya producido una paralización de los equipos y del personal vinculado al proyecto… PREGUNTADO: Por lo que usted acaba de manifestar anteriormente manifiéstele al despacho si usted tiene conocimiento si la corrección que se hizo en la nivelación del BM5 implicó para el contratista de obra obras adicionales. CONTESTO: De acuerdo con mi experiencia como diseñador y también como interventor de obras la cual es suficientemente amplia y las visitas efectuadas en su momento a raíz de la corrección del BM5 en su momento, puedo manifestarle al despacho con certeza que no se produjeron ni mayores cantidades de obra ni demoras que estuviesen justificadas por dicha corrección del BM5 …”[[47]](#footnote-47).

Así las cosas, y como no hay otra prueba que, por el contrario, acredite que el error en el BM5 ocasionó gastos adicionales al contratista, se debe negar la pretensión séptima.

**5.4.-** De otra parte, en lo referente a los descuentos efectuados en el acta 95 (“final de obra ejecutada”) por el cambio de la mezcla de asfalto y de la pintura que se empleó, se encuentra acreditado que el 20 de diciembre de 2004 la interventoría solicitó al contratista que realizara los descuentos correspondientes por la disminución de costos derivada del uso de la mezcla convencional, lo que se debía efectuar en las actas pendientes de suscribir (fl. 282, c. 2)[[48]](#footnote-48) y, en comunicación del 11 de enero del siguiente año, le indicó cuáles eran los conceptos de los descuentos y su valor y agregó el descuento por el uso de pintura acrílica en las líneas de demarcación de las vías de vehículos (fls. 287 a 287 sic, c. 2).

En respuesta a lo anterior, la unión temporal, mediante comunicación del 25 de enero de 2005, se opuso a que se realizaran los descuentos, pues, en su concepto, la utilización de la mezcla tipo MDC-1 con asfalto convencional para la construcción de las calzadas de Trasmilenio estaba recomendada técnicamente en los estudios y diseños que entregó el IDU, específicamente en el estudio de suelos, por lo que su uso no se podía entender como una modificación a los estudios y diseños entregados por el IDU. Agregó que tanto el interventor como el diseñador manifestaron la conveniencia técnica de utilizar esa mezcla y que por ello “las partes pactaron el factor de pago unitario para el ítem de obra no previsto denominado ‘suministro’ e instalación de mezcla densa en caliente MDC-1 con asfalto convencional + 0.5%” (fl. 288, c. 2).

En esa comunicación también se opuso al descuento solicitado por el uso de pintura acrílica en la demarcación de las líneas de borde, como quiera que en el contrato no se especificó que para esa demarcación se debía emplear pintura termoplástica, sino que ello podía ser definido por el contratista dado que el riesgo técnico (durabilidad de la pintura) del empleo de una y otra pintura fue asumido por la unión temporal, razón por la cual solicitó que se diera trámite a las actas de pago, para poder radicar las facturas ante el IDU y que así se efectuaran los pagos que estaban pendientes (fl. 289, c. 2).

El 22 de julio de 2005, el interventor le envió a la unión temporal el “acta 83 final de obra ejecutada” que no fue aceptada ni firmada por el contratista, porque se efectuaron los descuentos por el empleo de MDC1 convencional +0.5% y pintura acrílica, según da cuenta de ello la comunicación del 15 de noviembre de 2005 que obra a folio 345 del cuaderno 2, en dónde también indicó el contratista que la falta de suscripción de dicha acta no eximía al IDU de realizar el pago por las obras ejecutadas hacía más de un año y, en consecuencia, requirió que se efectuara el pago de la totalidad de la obra más los intereses moratorios (fl. 345, c. 2).

En el memorando del 15 de noviembre de 2005 de la Directora Técnica Legal a la Dirección Técnica de Construcciones del IDU respecto de los descuentos se dijo (se transcribe como obra):

“a) DIFERENCIA EN COSTO DE MATERIALES DE LA MEZCLA

“El interventor del contrato de obra de la referencia, y el área técnica informaron que cuando se discutió la posibilidad de realizar cambios en la mezcla asfáltica, para no utilizar asfalto normalizado sino convencional, de acuerdo con lo manifestado por el coordinador del contrato y el interventor en la reunión realizada el 31 de octubre de 2005 (acta anexa), fue solicitada información al Consultor que elaboró los diseños del proyecto y éste conceptuó que era técnicamente posible. Con base en este concepto la Interventoría autorizó el cambio y estudió el precio no previsto el cual se estableció en las Acta No. 26 de fecha marzo 19 de 2004 y 31 de fecha 20 de abril de 2004, firmadas por el Contratista aceptando con ello el valor allí establecido[[49]](#footnote-49).

“Es necesario precisar que aun cuando se autorizó el cambio en la mezcla asfáltica, no se aceptó que la suma a pagar sería el valor correspondiente al del asfalto normalizado; por tanto las sumas… a descontar a la Unión Temporal Americas Tramo 4… corresponde a la diferencia entre el costo de los materiales de la mezcla densa en caliente MDC-1 con asfalto normalizado y los de la misma mezcla pero con asfalto convencional más 0.5% del porcentaje optimo…

“Con base en lo manifestado y teniendo en cuenta que existen las Actas números 26 de fecha marzo 19 de 2004 y 31 de fecha 20 de abril de 2004, que fueron firmadas por el Contratista aceptando el valor allí pactado, el descuento se considera procedente.

“b) DIFERENCIA EN EL COSTO DE LA PINTURA UTILIZADA

“El Interventor y el área técnica informaron que el contratista en forma unilateral e inconsulta decidió utilizar pintura acrílica en vez de pintura termoplástica; la Interventoría no autorizó ningún cambio y siempre exigió lo estipulado en los pliegos y lo ofrecido en la propuesta. Se recibió la obra en estas condiciones sólo para dar continuidad al servicio público, advirtiendo que se ajustaría el precio al valor real de las especificaciones entregadas; la decisión tomada se informó al contratista, tanto así que éste solicitó que se le pagara el valor del imprimante utilizado; finalmente se convino remunerar la suma que por este concepto resultara.

“De acuerdo con lo anterior, procede el descuentos de las sumas de $35.042.932 y $36.625.868 resultantes de descontar la diferencia del costo de los materiales entre pintura termoplástica que debía utilizarse en la vía y la pintura acrílica, incluido el valor de la capa de imprimante, que finalmente se utilizó en los bordes de la vía.

“Con base en lo manifestado y teniendo en cuenta que el interventor fue muy claro en exigir siempre lo estipulado en los pliegos y lo ofrecido en la propuesta, el descuento de la diferencia del costo de los materiales, entre pintura termoplástica que debía utilizarse en la vía y la pintura acrílica que se utilizó, se considera procedente”[[50]](#footnote-50).

El 15 de febrero de 2006, la interventoría remitió al IDU el acta 95 “final de obra ejecutada” del 14 de diciembre de 2005, en la que la unión temporal dejó varias salvedades, entre ellas su inconformidad con que se le efectuara descuento por la mezcla asfáltica y el tipo de pintura empleada en la obra, frente a lo cual la interventoría precisó, allí mismo, que “fue necesario realizarlos por cuanto el contratista efectuó cambios en las especificaciones técnicas que no están autorizados en el contrato, relacionados con el tipo de mezcla asfáltica y el tipo de pintura utilizados”[[51]](#footnote-51).

El actor indicó que empleó concreto asfáltico tipo MDC-1 convencional, porque, en su parecer, en el estudio de suelos ello se permitía. Revisado el estudio de suelos se encontró que allí no se precisó el tipo de asfalto que se debía emplear.

En el volumen V (estudio de suelos y geotécnicos y diseño de pavimentación), en el acápite 10, correspondiente al diseño de pavimentos para las calzadas de Transmilenio, se indicó (se copia como obra en el original):

“Debido a la pendiente de bombeo proyectada en las calzadas de Transmilenio, los rellenos de nivelación de estas calzadas se harán en mezcla asfáltica con asfalto convencional sobre la capa de rodadura existente (MDC-1). Tal recomendación aplica en las zonas de rehabilitación.

“Para las zonas de ampliación la capa sub-base asfáltica será en concreto MDC-1 con ligante convencional.

“En todos los casos se ha previsto que la sub-base de los pavimentos rígidos sea una mezcla asfáltica MDC-1 pero con contenido de asfalto tal que se logre, aparte del cumplimiento de los criterios Marshall, satisfacer un contenido de vacío entre 3 y 6 para reducir la permeabilidad e incrementar la cohesión del material, con lo cual se reduce la susceptibilidad de erosión. Para ello, deberá realizarse el diseño Marshall y adoptar un contenido de asfalto mayor al menos en 0.5% al óptimo seleccionado, pero hasta obtener contenidos de asfalto superiores al 6% o del valor más cercano a éste con el cual se cumplan los criterios citados”[[52]](#footnote-52).

En las conclusiones y consideraciones del estudio de suelos y diseño de pavimentos se dijo, entre otras cosas (trascripción literal):

“De otra parte, se sugiere la realización previa de pruebas de calidad de asfaltos, por parte del contratista, con al menos tres tipos de modificadores que incrementen su resistencia a la fatiga y al envejecimiento … **El material finalmente seleccionado deberá cumplir con los requisitos mínimos adoptados para el diseño. Esto con el propósito de permitir la libre competencia en el proceso licitatorio pero garantizar el cumplimiento de los comportamientos mecánicos requeridos en las capas de pavimento.** En este diseño se consideraron las propiedades dinámicas medidas sobre mezclas realizadas con materiales típicos de la Sabana de Bogotá, los cuales no necesariamente coincidirán con los que el futuro contratista de la Avenida Ciudad de Cali utilice[[53]](#footnote-53) (se resalta).

De otra parte, en el apéndice A “especificaciones particulares de construcción” se indicó que las obras de construcción incluían, entre otros, “construcción y/o ampliación de calzadas con pavimentos en concreto asfáltico”[[54]](#footnote-54), así como la “señalización y demarcación de las vías y ciclo ruta”, en la descripción general del proyecto se precisó que los carriles de tráfico mixto se construirían en pavimento de concreto asfáltico[[55]](#footnote-55) y en el acápite 2.2 referente al concreto asfáltico, se habló de cemento asfáltico normalizado (2.2.1)[[56]](#footnote-56) y de cemento asfáltico modificado (2.2.4)[[57]](#footnote-57), pero nada se dijo respecto de cemento asfáltico convencional, lo que guarda relación con el anexo 2B del contrato, en el que en los ítems de pago por reparación de pavimento existente y pavimentos se determinó la mezcla densa en caliente MDC- 1 normalizado (fl. 128, c. 4).

Sin embargo, en comunicación del 18 de noviembre de 2004, el interventor le informó al IDU que el diseñador de la obra indicó que se podía aceptar concreto asfáltico tipo MDC-1 convencional para la elaboración de la obra, en lugar de MDC-1 con asfalto normalizado (fl. 208 y 209, c. 2), lo que fue corroborado mediante testimonio rendido en el presente proceso; en efecto, en el acta de declaración de Germán Darío Gómez Turriago, representante legal de Restrepo y Uribe Ltda., sociedad que realizó los estudios de las obras que ejecutó el demandante, se lee (trascripción literal):

PREGUNTADO Manifiéstele al despacho si usted tiene conocimiento si dentro de la ejecución del contrato de obra se autorizo algún cambio de mezcla asfáltica. CONTESTO: A este respecto RESTREPO Y URIBE LTDA en respuesta a las comunicaciones de la interventoría dirigidas al diseñador remitió las comunicaciones C.531.7.21/0450/03 Y c.531.721.0482/03 del 3 y 16 de julio de 2003 respectivamente con copia al IDU en las cuales manifestó que no tenia objeción a aceptar cambio del concreto asfáltico tipo MDC-1, con asfalto normalizado por concreto asfáltico tipo MDC-1 con asfalto convencional para los rellenos de nivelación inmediatamente debajo de las placas de concreto hidráulico de las calzadas transmilenio, siempre y cuando sin que por ello se generaran mayores costos para el IDU”[[58]](#footnote-58).

Así las cosas, se encuentra que el contrato no previó que la construcción de los carriles de tráfico mixto se hicieran con concreto asfáltico convencional, sino con concreto asfáltico normalizado; pero, ese cambio fue autorizado por el diseñador de la obra y por el interventor, sin que ello implicara el pago del concreto empleado (convencional) al mismo valor del que se había previsto (normalizado), pues según se dejó dicho en la comunicación del 15 de noviembre de 2005 de la Dirección Técnica Legal del IDU, antes trascrita, se pactó un valor en las actas 26 y 31 del 19 de marzo y del 20 de abril de 2004 (que, como se anotó, no fueron aportadas al proceso) y, con fundamento en ello, la interventoría realizó los descuentos que se hicieron en el acta 95, por cuanto el valor del material empleado era menor del que se debió utilizar, lo que justifica el descuento. Adicionalmente, la unión temporal tampoco demostró que la mezcla empleada tuviera el mismo costo que el concreto asfáltico tipo MDC-1 normalizado.

De otra parte, en cuanto al uso de la pintura acrílica se encuentra que en el numeral 2.24 del apéndice A – especificaciones particulares de construcción - al referirse a las líneas de demarcación y marcas viales indicó:

“2.24.1 Materiales

“Aplica lo especificado en el numeral 700.2.0 para la demarcación prevista con pintura acrílica.

“Para la demarcación con pintura termoplástica, el **Contratista** deberá suministrar y aplicar esta pintura de acuerdo con las normas de la Secretaría de Tránsito y Transporte”[[59]](#footnote-59).

Al proceso no se allegó la norma contentiva del numeral 700.2.0, lo cual hubiera permitido establecer cuando se debía utilizar la pintura acrílica, ni las normas de la Secretaría de Tránsito y Trasporte para el uso de la pintura termoplástica.

Sin embargo, en el ya citado anexo 2B, en lo referente a la pintura, se discriminaron así: i) línea demarcación, pintura en termoplástico, ii) marcas viales, pintura en termoplástico, iii) línea demarcación cicloruta, pintura acrílica yiv) marcas viales cicloruta, pintura acrílica (fl. 129, c. 4); en consecuencia, la pintura pactada para las vías fue la termoplástica y para la cicloruta fue la acrílica.

En el anexo 2B se estableció que el valor de la línea de demarcación en termoplástico tenía un valor unitario de $6.361 y el valor de la línea de demarcación en pintura acrílica era de $1.343, al ser menor el valor de la pintura empleada que el de la pintura que se debió utilizar, también se encuentra justificado el descuento, pues no podía la administración pagar más por un material que tenía un costo menor y que había sido previamente pactado.

Conforme a todo lo anterior, la Sala revocará parcialmente la sentencia apelada.

**6.- Condena en 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:**

**Revócase parcialmente** la sentencia proferida el 23 de julio de 2008, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en su lugar se dispone:

**Primero: Declárase** no probada la excepción de ineptitud de la demanda

**Segundo: Declárase** el incumplimiento del contrato de obra 048 de 2003 por parte del IDU y de Transmilenio, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**Tercero: Condénase** al IDU y a Transmilenio a pagar, en favor de la unión temporal Américas Tramo 4 la suma de doscientos noventa y ocho millones cuatrocientos ochenta mil ochocientos veinticuatro pes os con veintitrés centavos ($298’480.824,23), por concepto de los costos generados con la mayor permanencia en la obra.

**Cuarto: Niéganse** las demás pretensiones de la demanda.

**Quinto:** Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**Sexto:** En firme esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. 20 de agosto de 2008. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 954 de 2005. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fl. 377, c. 2. [↑](#footnote-ref-3)
4. Según se dijo en la demanda y se aceptó en la contestación de la demanda presentada por el IDU. [↑](#footnote-ref-4)
5. Expediente 05001-23-31-000-1996-00659-01 (25.022). [↑](#footnote-ref-5)
6. Aspecto sobre el cual el Ponente de la presente providencia salvó el voto, pero acata la decisión de la mayoría y pone de presente que allí se agregó:

   “Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohíja en esta providencia, (sic) está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–.” [↑](#footnote-ref-6)
7. Nota del original: “Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997”. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 68001231500019951182 01 (22.372), en ese mismo sentido la sentencia del 6 de abril de 2018, expediente 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005). [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls. 375 a 376, c. 2 [↑](#footnote-ref-9)
10. Fl. 890, c. 2. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fl. 888, c. 2. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fl. 890, c. 2. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls. 378 a 379, c. 2 [↑](#footnote-ref-13)
14. Fl. 381, c. 2. [↑](#footnote-ref-14)
15. Fls. 396 a 397, c. 2. [↑](#footnote-ref-15)
16. Fl. 4, c. 1. [↑](#footnote-ref-16)
17. “CLÁUSULA 55. DOCUMENTOS DEL CONTRATO

    “Son documentos de este **Contrato** los siguientes:

    \*El **Pliego de Condiciones** con todos sus anexos.

    \*Apéndice A. Especificaciones Particulares de Construcción.

    \*Apéndice B. Especificaciones Generales de Construcción.

    \*Apéndice C. Especificaciones de Redes de Servicios Públicos.

    \*Apéndice D. Especificaciones Particulares de Mantenimiento.

    \*Apéndice E. Especificaciones de Manejo Ambiental y Social.

    \*Apéndice F. Especificaciones de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos.

    \*Apéndice G. Cronograma de Obra.

    \*Cualesquiera contratos o convenios que se suscriban para la ejecución de este **Contrato**.

    \*Las certificaciones, autorizaciones y demás documentos que acrediten la existencia y representación legal del **Contratista.**

    \*El certificado de disponibilidad presupuestal expedido por **TRANSMILENIO S.A.** y el expedido por el **IDU** para garantizar los pagos previstos en este **Contrato”** (fl. 470, c. 2). [↑](#footnote-ref-17)
18. Fl. 491, c. 2 [↑](#footnote-ref-18)
19. Fl. 269, c. 4 [↑](#footnote-ref-19)
20. Fl. 223, c. 4 [↑](#footnote-ref-20)
21. Especificaciones para redes de servicios públicos. [↑](#footnote-ref-21)
22. Fls. 590 a 592, c. 2. [↑](#footnote-ref-22)
23. Los estudios y diseños de la intersección de la troncal Américas por la Avenida Ciudad de Cali y de la troncal Avenida Ciudad de Cali desde la Avenida de las Américas (Avenida Manuel Cepeda Vargas) hasta la Avenida Ciudad de Villavicencio fueron elaborados por Restrepo y Uribe Ltda. – Ingenieros Consultores, en virtud del contrato de consultoría 218 de 2002. [↑](#footnote-ref-23)
24. La cláusula 24 se refiere al procedimiento para la ejecución de las obras de construcción. [↑](#footnote-ref-24)
25. Fl. 63, c. 2. [↑](#footnote-ref-25)
26. Fl. 64, c. 2. [↑](#footnote-ref-26)
27. Fl. 75, c. 2. [↑](#footnote-ref-27)
28. Fl. 11, c. 3. [↑](#footnote-ref-28)
29. Según se indicó en la comunicación del 11 de septiembre de 2003 al IDU (fl. 82, c. 2). [↑](#footnote-ref-29)
30. Fl. 111, c. 2. [↑](#footnote-ref-30)
31. Fl. 130, c. 2 [↑](#footnote-ref-31)
32. Fl. 133, c. 2. [↑](#footnote-ref-32)
33. Fls. 142 y 143, c. 2. [↑](#footnote-ref-33)
34. Fls. 144 y 145, c. 2. [↑](#footnote-ref-34)
35. Fl. 94, c. 6. [↑](#footnote-ref-35)
36. Fls. 164 y 165, c. 2. [↑](#footnote-ref-36)
37. Fl. 166, c. 2. [↑](#footnote-ref-37)
38. Fls. 172 y 173, c. 2. [↑](#footnote-ref-38)
39. Fl. 191, c. 2. [↑](#footnote-ref-39)
40. Fl. 62, c. 3. [↑](#footnote-ref-40)
41. Nota del original: “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”. [↑](#footnote-ref-41)
42. 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-42)
43. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de agosto de 2011, expediente 25000232600019970439001(18.080). [↑](#footnote-ref-43)
44. Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente: 05001-23-31-000-2006-00111-01(48.809). [↑](#footnote-ref-44)
45. Fl. 14, cuaderno aclaraciones al dictamen pericial. [↑](#footnote-ref-45)
46. Se toma el presupuesto de obra documento como referencia ya que la propuesta de la unión temporal no se allegó al proceso. [↑](#footnote-ref-46)
47. Fls. 106 a 108, c. 3. [↑](#footnote-ref-47)
48. Allí se dijo (se copia como obra en el original): “En vista que Uds. colocaron 1490.40 M3de mezcla tipo MDC-1 con asfalto convencional +0.5% de asfalto en la Construcción de las calzadas de Trnmilenio, les solicitamos proceder a hacer los descuentos en las actas pendientes por suscribir y ajustar el Contrato Global debido a disminución de costos, al utilizar este tipo de mezcla en reemplazo del Item 1.19 ‘Mezcla densa en caliente MDC-1 Normalizado’ estipulado en el anexo 2B, de acuerdo al oficio anunciado en el asunto, cuya copia anexamos”. [↑](#footnote-ref-48)
49. Estas actas no fueron aportadas al proceso. [↑](#footnote-ref-49)
50. Fls. 90 y 91, c. 3. [↑](#footnote-ref-50)
51. Fl. 392, c. ppal. [↑](#footnote-ref-51)
52. Fl. 548, c. 23. [↑](#footnote-ref-52)
53. Fl. 518, c. 23. [↑](#footnote-ref-53)
54. Fl. 478, c. 2. [↑](#footnote-ref-54)
55. Fl. 480, c. 2. [↑](#footnote-ref-55)
56. Fl. 527, c. 2. [↑](#footnote-ref-56)
57. Fl. 532, c. 2. [↑](#footnote-ref-57)
58. Fls. 106 a 108, c. 3. [↑](#footnote-ref-58)
59. Fl. 574, c. 2. [↑](#footnote-ref-59)