**PACTO ARBTRAL – Concepto**

Las cláusulas compromisorias son estipulaciones contractuales que conciertan las partes para resolver, por medio del arbitraje, las diferencias o controversias que surjan del contrato. (…) La Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en providencia de unificación de 18 de abril de 2013, determinó que en los procesos derivados de contratos estatales en los cuales esté pactada cláusula compromisoria y que se rijan por el Decreto 1818 de 1998, es necesario que obre acuerdo expreso y escrito para modificar o dejar sin efectos el pacto arbitral.

**CONTRATOS ESTATALES – Naturaleza – Régimen jurídico**

Sumado a lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. (…) De acuerdo con lo anterior, en el marco del ordenamiento jurídico vigente la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, si ésta es estatal, el contrato también lo es, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar.

**CONTRATOS ESTATALES – Ley 80 de 1993 – Criterio subjetivo u orgánico**

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

**NULIDADES PROCESALES – Procedencia**

Al respecto, es necesario tener en cuenta que las nulidades procesales son taxativas, operan siempre y cuando se encuentren debidamente acreditadas y no se presentan por simples omisiones o vicios que no afecten el debido proceso, ni tampoco se pueden aplicar bajo un criterio analógico.

**CLÁUSULAS COMPROMISORIAS – Alcance**

Al respecto, es necesario aclarar que las cláusulas que establecieron la convocatoria a un tribunal arbitral no solamente se referían a la ejecución del contrato, sino también a cualquier asunto inherente al mismo, que generara alguna diferencia entre quienes lo celebraron; por lo tanto, en principio podría pensarse que las irregularidades e incumplimientos que se presentaron en el presente asunto y que llevaron a la expedición de los actos acusados debían someterse, en su momento, a decisión arbitral.

**DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES – Obligación de hacer efectivas las garantías constituidas – Convocatoria del tribunal de arbitramento**

Si bien es cierto que en el contrato de interventoría 146 de 2000 se estableció que, en caso de controversia, se acudiría al arbitraje, también es cierto que en el estatuto de contratación estatal se incluye, como uno de los deberes de las entidades estatales contratantes, la obligación de adelantar las actuaciones administrativas encaminadas a imponer las sanciones pecuniarias y a lograr la efectividad de las garantías a que hubiere lugar (numeral 2 del artículo 4 de la Ley 80 ce 1993); por lo tanto, es un imperativo legal que, en el evento de un incumplimiento demostrado por parte del contratista y más aún cuando el contrato ya se terminó y liquidó, se acuda a las garantías constituidas y no esperar a que se convoque a un tribunal de arbitramento.

**CONTRATO DE INTERVENTORÍA – Concepto – Propósito**

Respecto a lo anterior, debe recordarse que la interventoría en los contratos estatales comprende todas aquellas actividades que, en representación de la entidad contratante, realiza una persona, natural o jurídica, con el fin de vigilar o inspeccionar, controlar, verificar y colaborar en la ejecución de los contratos o convenios, para lo cual debe prestar asesoría y apoyo tanto a la entidad como al contratista. Se trata de una exigencia establecida en el ordenamiento jurídico, que tiene el propósito de asegurar el cumplimiento del objeto de los contratos estatales, en defensa de los fines de la contratación publica, para la satisfacción de los intereses generales y de las necesidades básicas de la colectividad.

**FALSA MOTIVACIÓN – Causal de nulidad – Concepto**

La falsa motivación, como causal de nulidad, se presenta cuando los fundamentos fácticos en que se basó la administración para tomar una decisión no existen o, de existir, fueron apreciados de manera equivocada por ésta.

**DESVIACIÓN DE PODER – Configuración**

A su vez, la desviación de poder, como causal subjetiva de nulidad de los actos administrativos, se configura cuando la autoridad, en ejercicio de funciones administrativas que le son propias, actúa arbitrariamente en búsqueda de intereses personales o en contra de los intereses públicos y de la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico al atribuir la competencia administrativa para la expedición del acto objeto de control judicial, es decir, se da esta causal cuando la autoridad administrativa hace uso de una función o facultad que le es propia, pero para lograr un propósito distinto al previsto en la norma que la consagra.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2005-02611-01(38098)**

**Actor: CONSORCIO INTEGRAL S.A. –SILVA CARREÑO Y ASOCIADOS S.A. – SILVA FAJARDO Y CIA. LTDA.**

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

**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 demandante contra la sentencia proferida el 5 de agosto de 2009, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sub Sección B, que negó las pretensiones de la demanda.

**I.- ANTECEDENTES.-**

**1.- La demanda.-**

Mediante escrito radicado el 17 de noviembre de 2005 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Consorcio Integral S.A., Silva Carreño y Asociados S.A. – Silva Fajardo y Cia. Ltda., por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, presentó demanda contra el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcribe como obra en el expediente):

“1. Que con fundamento en las razones de orden fáctico y jurídico que se consignan en la presente demanda se declare la nulidad de las resoluciones 2000 de fecha 28 de abril de 2005, ‘Por la cual se declara la ocurrencia de un siniestro y se hace efectiva la garantía única en el amparo de calidad’, y, 6056 de fecha 15 de septiembre de 2005, ‘Por la cual se resuelve un recurso de reposición’, proferidas por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU.

“2. Como consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho ordenar al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, abstenerse de iniciar cualquier acción judicial o cesar las que se encuentren en curso para el cobro de la garantía única de cumplimiento, póliza No. 0367975-1 expedida por SURAMERICANA DE SEGUROS S.A.

“3. Si para la fecha de ejecutoria del fallo que ponga fin al proceso se hubiere producido algún pago, bien sea por parte de la compañía de seguros o por los demandantes, condenar al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, a la restitución o reembolso de las sumas canceladas, a su directo beneficiario.

“4. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenar igualmente al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, a título de restablecimiento del derecho, a pagar a los demandantes todos los daños y perjuicios causados como consecuencia de la vigencia de las resoluciones demandadas, de conformidad con el dictamen pericial que con tal fin se solicita como prueba.

5. Condenar a la entidad demandada al pago de las costas del proceso”.

**2.- Hechos.-**

En los hechos de la demanda, se indicó lo siguiente:

**2.1.-** El 1 de junio de 2000 se suscribió el contrato No. IDU-403/2000, por valor de $38.184’458.524, entre el IDU y CONCIVILES S.A., cuyo objeto era la rehabilitación de las calzadas centrales de tráfico mixto y adecuación para la operación de transmilenio en la autopista norte, desde Los Héroes hasta la calle 176 en Bogotá, con plazo de ocho meses.

**2.2.-** La ejecución del contrato empezó el 22 de junio de 2000, culminó el 20 de enero de 2002 y aquél se liquidó el 23 de agosto de este último.

**2.3.-** Durante la ejecución se realizaron ocho modificaciones, entre las cuales se adicionaron el valor y el plazo del contrato.

**2.4.-** El IDU y los miembros del consorcio demandante celebraron el contrato 146 de 2000, con el fin de ejercer la interventoría técnica, administrativa y financiera del contrato de obra No. IDU-403/2000, por la suma de $1.624’913.016, con un plazo de catorce meses.

**2.5.-** El 17 de abril de 2000 inició el término del contrato 146 de 2000, su ejecución terminó el 20 de febrero de 2002 y se liquidó el 6 de septiembre del mismo año.

**2.6.-** Al encontrarse en proceso de construcción el carril No. 3 del costado occidental de la autopista norte, en marzo de 2001 se evidenció la ruptura de algunas de sus losas e, igualmente, se observó la salida de agua por algunas de las juntas de ellas al paso de vehículos, lo cual dejaba manchas de color blanco sobre el pavimento y, luego de cierto tiempo, algunas de estas losas (las que presentaban bombeo) se fracturaron.

**2.7.-** Diversas universidades adelantaron la investigación y análisis del problema y coincidieron en que las prematuras fallas en la autopista norte provenían del relleno fluido utilizado para la nivelación de la vía, material que se encontraba previsto y determinado en los pliegos de condiciones por decisión del IDU con la asesoría de ASOCRETO, pero sin la participación de la interventoría para ello.

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

El actor citó como fundamentos de derecho los artículos 29 y 209 de la Constitución Política, 84 del Código Contencioso Administrativo, 24 (numeral 8) de la Ley 80 de 1993 y 1602 del Código Civil.

**4.- La actuación procesal.-**

**4.1.-** Por auto del 9 de diciembre de 2005 se admitió la demanda, se ordenó la vinculación del demandado al proceso -a través de la notificación-, se ordenó la notificación personal al agente del Ministerio Público y se dispuso la fijación del negocio en lista.

**4.2.-** El Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló, como medios de defensa, las excepciones consistentes en el incumplimiento del contrato de interventoría, la observancia por parte de la entidad demandada de las garantías procesales y del debido proceso a favor del contratista, la potestad legal de la contratante para declarar la ocurrencia del siniestro y la improcedencia del reembolso de sumas canceladas,

**4.3.-** El apoderado de la parte actora se opuso a las excepciones propuestas por el IDU y solicitó la práctica de pruebas.

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

Mediante auto del 6 de junio de 2008 se dio traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto.

**5.1.-** Los miembros del Consorcio Integral S.A. reiteraron lo expuesto a lo largo del proceso y dijeron que: *i)* la decisión de incluir el relleno fluido como material de nivelación en la vía se encontraba contenida en los pliegos de condiciones elaborados y publicados por el IDU, con la asesoría de ASOCRETO, *ii)* el contratista era el responsable de efectuar los ensayos de los materiales y de solicitar autorización para el cambio de calidad y *iii)* la interventoría no era la encargada de realizar de manera directa el control de calidad de los recursos empleados en la obra, toda vez que su obligación contractual era comprobar los controles de calidad realizados por el constructor.

**5.2.-** El IDU reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y adujo, además, que las fallas se debieron a la modificación que la interventoría hizo del diseño original, ya que el pliego de condiciones contemplaba el relleno fluido como material de base y no como material de nivelación para los carriles 1 y 8 y para la ampliación del carril de transmilenio en la zona de paraderos.

**5.3.-** El Ministerio Público guardó silencio.

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

Es la proferida el 5 de agosto de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se negaron las pretensiones de la demanda y la objeción por error grave del dictamen pericial, formulada por el IDU, al considerar lo siguiente frente a los cargos hechos:

**6.1.-** Respecto a la vulneración al derecho al debido proceso: indicó que, si bien es cierto en las condiciones generales del contrato de interventoría 146 de 2000 las partes convinieron que, si durante su ejecución se presentaba alguna diferencia, ésta debía ser resuelta a través de árbitros, lo es también que la demandada renunció de manera tácita a este derecho, al hacer uso de sus competencias legales, como declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectivas las garantías.

**6.2.-** Frente al cargo de vulneración del artículo 209 de la Constitución Nacional: el Tribunal recordó que, según la parte actora, se quebrantaron los principios de la función administrativa, por cuanto los acuerdos suscritos entre el IDU y ASOCRETO restringieron e impidieron la libre competencia de otros proveedores y, al respecto, consideró que aquélla no logró demostrar que se afectó la libre competencia, es decir, no probó que se le hubiese impedido el ingreso al mercado a otros proveedores de materiales similares al relleno fluido o que cumplieran un objetivo similar en la obra, o que éstos ofrecían mejores materiales, respecto a calidad y a precio, en relación con el relleno fluido.

Frente al argumento de la parte actora consistente en que el IDU modificó de 60kg/cm2 a 30kg/cm2, sin ningún soporte, la resistencia del relleno fluido, variación que incidió en la ocurrencia de los daños en la autopista norte, señaló el *a quo* que el informe elaborado por la interventoría demuestra que ésta estuvo de acuerdo con la modificación de la utilización del relleno fluido, es decir, que aprobó que el contratista utilizara y modificara el diseño *Steer Davies & Gleave*, toda vez que autorizó al contratista para que utilizara, para la renivelación en los carriles 2 a 7 de la troncal de la autopista norte, el relleno fluido de 30kg/cm2 y, para los carriles 1 y 8, el relleno fluido de 60kg/cm2.

**6.3.-** En lo que respecta al cargo relacionado con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: el *a quo*, dijo que, conforme a lo indicado por la Corte Constitucional en relación con el contrato de interventoría, el interventor es un colaborador de la administración que está obligado a verificar que el contrato de obra se ejecute de conformidad con lo convenido por las partes y con las obligaciones previstas en las “condiciones generales del contrato (…) 3. Obligaciones del consultor”, así como con la invitación IDU-ID-GPTN-BMU-524-1999, suscrita por el Banco Mundial y el IDU, para la interventoría técnica y administrativa para la evaluación y complementación de diseños, rehabilitación de las calzadas de tráfico mixto y adecuación para la operación de Transmilenio en la Autopista Norte, la cual hacía parte del contrato 146 de 2000 y hacía que fuera deber del interventor proteger y defender los intereses públicos con suma diligencia y cuidado, durante la ejecución del contrato de obra; no obstante, según el acta 004 del 28 de junio de 2000 el contratista, la interventora y un representante del IDU decidieron utilizar el relleno fluido como material de renivelación, con lo cual se modificó el diseño previsto por *Steer Davies & Gleave*, ya que éste había previsto solamente el relleno fluido como material de base y concluyó que no había falsa motivación en los actos demandados, porque el interventor tenía la obligación de verificar la calidad de los materiales que se utilizarían para la ejecución del contrato de obra, para lo cual debió realizar los respectivos ensayos y experimentar los posibles efectos de la utilización del relleno fluido en la troncal de transmilenio de la autopista norte; “por lo tanto, la actora incumplió sus obligaciones contractuales y actuó con poca diligencia y falta de prudencia sin prever las consecuencias de sus omisiones”.

**6.4.-** Respecto al cargo relacionado con el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993: el Tribunal reiteró lo referente a la falta de pruebas que permitieran establecer que se afectó el mercado, es decir, insistió en que no se probó que se hubiera impedido el acceso a alguno de los proveedores de materiales similares al relleno fluido, adujo que tampoco se probó la mala fe de la entidad demandada en la suscripción de los convenios con ASOCRETO y agregó que el grave incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del consorcio demandante fue el motivo que llevó al IDU a expedir los actos cuya nulidad se solicita.

**6.5.-** Frente al cargo relacionado con el artículo 1602 del Código Civil: en lo referente al desconocimiento de las cláusulas 7 de las condiciones generales del contrato y 7.2 de las condiciones especiales del contrato de interventoría: indicó el juez de primera instancia que ellas tenían relación con la forma como debían dirimirse las controversias o diferencias que surgieran con ocasión del desarrollo del contrato, frente a lo cual consideró que esto ya había sido objeto pronunciamiento al referirse al concepto de vulneración relacionado con el derecho al debido proceso.

**7.- El recurso de apelación.-**

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico, interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia del 5 de agosto de 2009; al efecto, hizo un recuento del trámite procesal dado a la presente litis y adujo como argumentos de inconformidad los siguientes:

**7.1.-** Nulidad de la sentencia, por omitir el pronunciamiento sobre la audiencia de alegatos solicitada: señaló el apelante que solicitó en el escrito de alegaciones la celebración de una audiencia de alegatos, con fundamento en el artículo 147 del CCA, con el fin de exponer verbalmente los argumentos de la demanda y así dilucidar los cuestionamientos formulados por el IDU; pero, el juez de primera instancia profirió sentencia sin hacer pronunciamiento alguno sobre esta petición, vulnerando de esta manera el debido proceso y, además, infringiendo el artículo 6 del CPC, lo que la hace nula por darse lo previsto en el numeral 6 del artículo 140 ibídem.

**7.2.-** Violación al debido proceso con la expedición de las dos resoluciones: el recurrente dijo al respecto que la entidad demandada hizo caso omiso de lo consignado en las cláusulas 7 de las condiciones generales del contrato de interventoría y 7.2 de las condiciones especiales del contrato, referentes a la solución de controversias entre las partes y a las cuales debió sujetarse el IDU para la declaratoria del incumplimiento imputado al contratista, por lo que difiere de la decisión tomada por el Tribunal en primera instancia, pues, en su opinión, éste desconoció el ordenamiento jurídico interno y la jerarquía normativa a que se encuentra sometido este tipo de contratos, toda vez que se debió dar prevalencia a la voluntad de las partes, la cual era vinculante para los contratantes y contaba con pleno soporte legal, por lo cual se trataba de una obligación que se debía observar plenamente y no de forma discrecional, de modo que se vulneraron los artículos 13 de la Ley 80 de 1993, 1602 del Código Civil y 29 de la Carta Política.

**7.3.-** Violación del artículo 209 de la Constitución Política, por apartarse de los fines de la contratación estatal: manifestó el recurrente su inconformismo con la decisión del a quo, ya que éste asumió que el reproche realizado por la parte actora se orientaba a señalar que el IDU había afectado la libre competencia dentro del mercado, a favor de quienes suministraron el relleno fluido, lo cual difiere sustancialmente de lo expuesto en la demanda, ya que lo que se alegó en ésta fue la actuación irregular de los funcionarios del IDU y la violación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, especialmente los de moralidad, economía, imparcialidad y publicidad, al reemplazar en los pliegos de condiciones el pavimento asfáltico por relleno fluido y variar la resistencia de éste (60Kg/cm2 a 30Kg/cm2) con lo cual se modificaron las especificaciones del diseñador, con la asesoría de ASOCRETO.

Frente al argumento expuesto por el juez de primera instancia en torno a que la interventoría estuvo de acuerdo con la utilización del relleno fluido, adujo el actor que se omitió estudiar y controvertir los análisis y argumentos expuestos en la demanda y en los alegatos de conclusión, ya que los documentos obrantes en el proceso evidencian que la decisión de utilizar el relleno fluido estaba tomada desde antes del inicio de las obras y estaba influenciada por razones e intereses personales, sin participación alguna de la interventoría.

**7.4.-** Violación del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, por falsa motivación: para ilustrar su inconformismo con la sentencia de primera instancia, el apelante transcribió lo expuesto en la demanda frente a la vulneración de la citada norma y afirmó que con ello se desvirtúa la acusación del IDU de que fueron los contratistas de obra y la interventoría quienes decidieron el empleo del relleno fluido y que fue en el comité de seguimiento No. 4 donde se tomó la decisión.

Así mismo, arguyó que, según el Tribunal de primera instancia, la actora estaba obligada a ejercer la interventoría técnica, administrativa y financiera para la evaluación y complementación de los diseños de las calzadas de tráfico mixto y adecuación para la operación de Transmilenio en la Autopista Norte, lo cual no realizó en su totalidad, especialmente frente a los materiales que se iban a utilizar en la obra, aspecto del que difiere el recurrente, por cuanto -dice-se debieron contextualizar sus argumentos dentro del marco específico del contrato de interventoría y analizar las pruebas aportadas frente al control de calidad de los materiales que realizó la interventoría, las cuales demuestran el cumplimiento total de sus obligaciones.

Del mismo modo, expresó el recurrente que se configuró la causal de nulidad de desviación de poder, en la que incurrieron los funcionarios del IDU al expedir los actos demandados, como quiera que no se preservaron los fines señalados en la Constitución y la ley, tema que no analizó debidamente el juez de primera instancia, quien asumió que se trataba de un asunto de restricción a la libre competencia que no se logró probar, sin analizar que todas las pruebas relacionadas con este punto lograban demostrar que, al imponer de manera directa o indirecta el uso del relleno fluido en las obras de la Autopista Norte, los funcionarios del IDU obraron con un interés personal, lo cual nada tiene que ver con la afectación o no del mercado.

Indicó, además, que el Acta No. 5 del Comité de Seguimiento Semanal demuestra la cercanía entre los funcionarios del IDU y los proveedores del material (ASOCRETO), ya que aquél (el IDU) aceptaba y daba por ciertos los postulados de estos últimos y no puede manifestar el IDU, por consiguiente, que el interventor y el contratista de la obra fueron quienes de manera voluntaria tomaron la decisión de usar el relleno fluido.

**7.5.-** Código Civil, artículo 1602: las razones del recurso respecto a este punto son las ya señaladas en el numeral 7.2. precedente (violación al debido proceso con la expedición de las resoluciones).

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

El recurso se concedió el 7 de octubre de 2009 y el 18 de febrero de 2010 se corrió traslado para que se sustentara, se admitió el 15 de abril de ese mismo año y se corrió traslado para alegar el 2 de junio de 2010.

**8.1.- La parte actora**, en su escrito de alegatos, reiteró lo manifestado en el recurso de apelación y adicionó a sus argumentos que la interventoría no determinó ni aprobó el uso del relleno fluido, lo cual se encontraba fuera de sus competencias, y que fue IDU quien adoptó tal decisión.

Manifestó que el IDU: “introdujo un cambio fundamental en las especificaciones del material, al reducir su resistencia de 60 Kg/cam2 a 30 kg/cm2, hecho que contribuyó decisivamente en el deterioro prematuro de las losas de la vía, y en el cual tampoco tuvo participación la interventoría”.

Así mismo, dijo que la sentencia recurrida le atribuyó la responsabilidad al interventor por los daños en los carriles 1 y 8, sin tener en cuenta que fue el propio IDU el que liberó de responsabilidad a la interventoría por los daños ocurridos en los referidos carriles, al señalar en la Resolución 6056 de 2005 que *“ningún daño de esto es cobrado mediante esta garantía”*.

Igualmente, hizo referencia a la comunicación IDU-104914 DTL – 6000 dirigida al Presidente de CEMEX SA, fechada el 22 de junio de 2004, donde la Directora General del IDU concluyó lo siguiente:

“Las obras contratas (sic) debían servir a la ciudad durante veinte años, propósito que no pudo cumplirse por haber utilizado en su construcción relleno fluido, como lo corroboran los informes técnicos en poder del IDU material que se utilizó por recomendación expresa de ASOCRETO, entidad que agremia a los productores de concreto entre los que se incluye CEMEX.

“(...)

“Ante la afirmación de que CEMEX sólo está en condiciones de garantizar los productos que suministra siempre que sean correctamente aplicados, vale la pena señalar que el **relleno fluido, suministrado por CEMEX, falló no porque su aplicación fuera inadecuada, sino porque el material no cumplió con las especificaciones pregonadas por ASOCRETO y CEMEX, en especial la relativa a que se trataba de un producto que no se erosionaba en presencia de agua**” (negrillas fuera de texto).

Así mismo, expuso que fue irregular que el IDU celebrara convenios de asesorías con ASOCRETO para el aseguramiento de la calidad de los pavimentos rígidos, mientras, de manera simultánea, adelantaba conversaciones comerciales con esa agremiación para la venta de productos de sus asociados, entre ellos el relleno fluido, lo que demuestra que la conducta de los funcionarios del IDU se alejó de los fines de la contratación y, por consiguiente, se configuran la desviación y el abuso de poder alegados y que el Tribunal no analizó debidamente.

**8.2.- Por su parte, el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-** solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, al considerar que los fundamentos de la demanda y de la apelación carecen de fundamento legal, fáctico y probatorio, para lo cual puntualizó lo siguiente:

**8.2.1.-** En cuanto a la presunta nulidad de la sentencia, por omitir pronunciarse sobre la solicitud de audiencia de alegatos, indicó que ésta no es obligatoria y que su fin es dilucidar puntos de hecho o de derecho, pero lo que evidencia la solicitud planteada por el actor es que éste buscaba reiterar lo manifestado en la demanda y tener la oportunidad de presentar sus alegatos de conclusión, a lo cual se agrega que el numeral 6 del artículo 140 del CPC señala como causal de nulidad la omisión de los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas, o para formular alegatos de conclusión, referido esto a las etapas propias de la ley para cada especie de proceso y no a una eventual audiencia, la cual es discrecional; así mismo, dijo que, en gracia de discusión, la referida nulidad se debía considerar saneada, teniendo en cuenta que se corrió traslado para alegar de conclusión, etapa en la que el demandante tuvo la oportunidad procesal de decir todo lo que tenía favorable a la defensa de sus intereses.

**8.2.2.-** Sobre la presunta violación al debido proceso del actor, originada en la expedición de las resoluciones demandadas con omisión de la cláusula 7 de las condiciones generales del contrato de interventoría, señaló que el IDU actuó durante el proceso de aplicación de la garantía única en amparo de calidad dentro del marco de la legalidad y le permitió al consorcio demandante el ejercicio de su derecho de defensa; además, actuó en cumplimiento de los fines de la contratación estatal y del Estado mismo, sin que la cláusula gozara de carácter obligatorio, sino facultativo, siendo así legal el procedimiento para declarar el siniestro y cobrar la garantía, pues cuenta con fundamento legal y jurisprudencial.

**8.2.3.-** En lo que respecta a la presunta violación del artículo 209 de la Constitución Política por apartarse de los fines de la contratación estatal y sobre la presunta vulneración del artículo 84 del CCA, debido a la falsa motivación, hizo un análisis de lo probado en el plenario y, a manera de resumen, indicó que los argumentos de la parte actora deben ser declarados infundados e imprósperas las pretensiones de la demanda, pues se acreditaron los incumplimientos del consorcio interventor, sin que exista falsa motivación en los actos demandados, toda vez que éstos fueron motivados fáctica, técnica y jurídicamente; igualmente, adujo que *“el consorcio interventor han (sic) negado que haya habido modificaciones al diseño original elaborado por Steer Davies & Gleave, entregado por IDU al contratista para que ejecutara las obras contratadas. Por fortuna los planos, las memorias y las actas de obra, evidencian lo contrario”*.

Señaló que, efectivamente, el relleno fluido fue lo que dio lugar a la ocurrencia de las fallas prematuras en la Autopista Norte, pero ese material no estaba previsto en los diseños originales para el uso que se le dio y agregó que su incorporación al diseño se presentó con el aval del interventor.

**8.2.4.-** En torno a la presunta violación del numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, sobre el principio de economía, dijo que el actor argumentó que la cercanía del IDU con los proveedores del material fue lo que motivó el empleo del relleno fluido en la obra, lo cual resulta insostenible, pues las fracturas de las losas se debieron a la irregular modificación de los diseños por parte del contratista (Conciviles) y del consorcio interventor.

**8.3.- El Ministerio Público** conceptuó que la audiencia para dilucidar puntos de hecho o de derecho no es una etapa propia del proceso ordinario y que es potestativo de la autoridad judicial determinar si se realiza o no; por consiguiente, no se configura con su omisión la causal de nulidad alegada por la parte recurrente.

Respecto a la vulneración al debido proceso con la expedición de las resoluciones objeto de la litis, indicó que la estipulación de la cláusula de garantía es un deber legal para la entidad estatal y, por ende, un requisito de obligatorio cumplimiento para la ejecución del contrato y lo es también el hacerla efectiva por la ocurrencia del riesgo que con ella se ampara; por tanto, las resoluciones demandadas no contrarían la condición especial pactada en el contrato de interventoría, consistente en someter los litigios al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ya que ellas son el resultado del cumplimiento de obligaciones legales impuestas a las entidades estatales.

Frente al cumplimiento de los fines de la contratación estatal, dijo que, pese a que las pruebas demuestran una confluencia de responsabilidad entre los varios actores que intervinieron en la ejecución del contrato de obra, tal confluencia no exonera al consorcio demandante de cumplir sus obligaciones contractuales y en las actas no se observa que éste haya realizado observaciones o manifestaciones de desacuerdo, en especial, sobre las modificaciones al diseño, como tampoco que haya cumplido a cabalidad con sus funciones como interventor, máxime que acepta en la demanda que se estaban realizando cambios sin estudio técnico, encontrándose en el plenario que dicho consorcio autorizó la ejecución de las obras con especificaciones diferentes a las contratadas y sin hacer reparo alguno. Concluyó al respecto que, a su juicio, no se vulneraron los principios de la función pública con la expedición de las resoluciones de las cuales se pretende su nulidad.

Por otro lado, en lo referente a la falsa motivación al expedir las resoluciones demandadas, que alega el actor, el Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado sostuvo que el acervo probatorio denota una participación del consorcio interventor en las decisiones que afectaron el diseño original del proyecto, como consta, por ejemplo, en el acta de seguimiento No. 5 de 2000, donde se encuentra contenida una decisión de fondo frente a la modificación de tal diseño, con lo cual quedan sin sustento los argumentos expuestos por el recurrente sobre aquel tema. Aunado a ello, era el interventor quien debía realizar el ensayo con el propósito de verificar que, efectivamente, el relleno fluido sí requería de una mayor resistencia a la que se había autorizado utilizar, pero la interventoría no cumplió con todas las obligaciones pactadas en el contrato y en el Manual del Interventor; por consiguiente, en su opinión, los actos demandados no se encuentran afectados por falsa motivación.

**II. CONSIDERACIONES**

**1.- La cláusula compromisoria y la competencia de la Sala.**

**1.1.- La cláusula compromisoria.-**

Las cláusulas compromisorias son estipulaciones contractuales que conciertan las partes para resolver, por medio del arbitraje, las diferencias o controversias que surjan del contrato; al respecto, esta Corporación ha señalado:

“Las cláusulas compromisorias son estipulaciones contractuales pactadas entre partes contrayentes (sic), que en ejercicio de las facultades que la Constitución y la ley les confiere (sic), acuerdan sustraer del arbitrio jurisdiccional la resolución de determinadas controversias, cumpliendo los requisitos que la misma les impone”[[1]](#footnote-1).

Frente a la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos estatales, la Ley 80 de 1993 estableció:

"Artículo 70.- DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación”.

Esta norma fue objeto de control constitucional, por medio de sentencia C-1436 del 25 de octubre del 2000, en la que la Corte Constitucional declaró su exequibilidad, así (se transcribe tal como quedó):

“De esta forma, a partir del año 1993, los conflictos surgidos de la actividad contractual del Estado, quedó radicada definitivamente en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa.

“Sin embargo, el propio legislador, en esta misma ley, facultó a las partes, administración y particular, para sustraer del conocimiento de la  jurisdicción contenciosa los conflictos que, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegasen a surgir, al señalar que éstos buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, a través de los mecanismos alternos de solución de conflictos, tales  como el arbitramento, la conciliación, la amigable composición y la transacción (artículo 68). Prohibiendo expresamente a las autoridades, impedir el uso de estos mecanismos, o la inclusión en los contratos estatales de la cláusula compromisoria  o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal (artículo 69).

“Significa lo anterior que el Estado, al igual que los particulares, puede someter las divergencias surgidas con ocasión de un contrato donde es parte, a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia, sin que con ello se considere vulnerado el interés público que los contratos estatales implícitamente ostentan, o se discuta la facultad de la administración para transigir, tal como aconteció hasta no hace pocos años.

“Los límites al pronunciamiento arbitral, en este caso, están determinados entonces, por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales, éste sólo es posible en relación con asuntos de carácter transigible”.

La Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en providencia de unificación de 18 de abril de 2013[[2]](#footnote-2), determinó que en los procesos derivados de contratos estatales en los cuales esté pactada cláusula compromisoria y que se rijan por el Decreto 1818 de 1998[[3]](#footnote-3), es necesario que obre acuerdo expreso y escrito para modificar o dejar sin efectos el pacto arbitral; al respecto, se señaló:

*“Esta tesis, que ahora acoge la Sala, no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, para modificarlo o dejarlo sin efecto, aquéllas deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación del correspondiente pacto arbitral, de tal suerte que, para ello, haya también un acuerdo expreso y escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es de recordar que ‘en derecho las cosas se deshacen como se hacen’”.*

En el presente asunto, en el contrato 146 del 30 de marzo de 2000, suscrito entre el IDU y el Consorcio Integral S.A. – Silva Carreño y Asociados S.A. – Silva Fajardo & Cía. Ltda.[[4]](#footnote-4) se pactó en sus cláusulas 7 de las condiciones generales[[5]](#footnote-5) y 7.2 de las condiciones especiales[[6]](#footnote-6), que toda controversia frente a su incumplimiento se solucionaría “de conformidad con el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)”.

Al contestar la demanda, el IDU no propuso la excepción de falta de jurisdicción o competencia; en consecuencia, resulta necesario recordar que en el ya citado auto del 18 de abril de 2013 se dijo también que:

“De esta manera, la única vía que las partes tienen, por su propia decisión, para modificar o poner fin de manera válida el (sic) pacto arbitral la constituye, necesariamente, la celebración de un nuevo convenio expreso entre ellas, revestido de la misma formalidad –escrito– que las normas vigentes exigen para la celebración del pacto arbitral original”.

Sin embargo, con posterioridad a este auto, se fue precisando su alcance; así por ejemplo, en auto de ponente de la Sección Tercera, Subsección C[[7]](#footnote-7) se indicó:

“La demanda se presentó el 18 de marzo de 2009, fecha para la cual la jurisprudencia consolidada se inclinaba por la posibilidad de la ‘renuncia tácita’ a la cláusula compromisoria. Criterio que solo vino a ser cambiado en decisión de 18 de abril de 2013, para exigir la renuncia expresa mediante escrito.

“Aunque la variación de jurisprudencia por regla general tiene efectos sobre todos los casos a los que se aplica, no se puede desconocer que un nuevo criterio, aplicado a las demandas interpuestas con anterioridad, puede -como sucede en este caso- entrañar una afectación al derecho de acceso a la justicia, al imponer una carga desproporcionada al demandante, luego de muchos años de estar pendiente de una resolución de su controversia[[8]](#footnote-8).

“(...)

“Como al momento de la presentación de la demanda la jurisprudencia del Consejo de Estado aceptaba la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la cláusula compromisoria, se aplicará la misma en este asunto y, por ello, se revocará la decisión de primera instancia”.

La misma, Subsección C, en sentencia del 25 de abril de 2018[[9]](#footnote-9) dijo (se transcribe literal):

“5.19.- *Razones Convencionales. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* La Sala estima central traer a colación, en apoyo de lo expuesto, lo considerado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Narciso Palacios c/ Argentina[[10]](#footnote-10), relativo al rechazo de una demanda contencioso-administrativa donde la razón de la decisión tuvo por fundamento una interpretación jurisprudencial surgida con posterioridad a la fecha de interposición de la demanda.

“5.20.- Expuso la Comisión que el derecho a la tutela judicial efectiva puede *‘traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público (…)’* y constató que el (sic) caso *sub judice* la decisión desfavorable no se debió a omisión o negligencia de la parte sino al cambio jurisprudencial aplicado retroactivamente, por lo que concluyó que Argentina había incumplido la obligación de reconocer y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, garantizados por los artículos 8 y 25 de la CADH.

“(...)

“5.22.- *Criterio del Pleno Contencioso del Consejo de Estado.* Ante la Sala Plena de esta Corporación fue llevado un asunto relativo a la identificación de la acción contenciosa idónea que debía proponerse por el interesado en casos relativos a la liquidación y monto del derecho de cesantías y reconocimiento de sanción moratoria o las reclamaciones de pago de cesantías y sanción moratoria, en razón a la disparidad de criterios jurisprudenciales existentes en las diferentes Secciones de esta Corporación, dado que se habían propuesto, para la misma temática, las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, ejecutiva y de reparación directa.

“5.23.- En el fallo que dirimió la controversia, que data de 27 de marzo de 2007[[11]](#footnote-11), la Sala fijó como criterio jurisprudencial unificado lo siguiente: *(i)* la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la vía procesal conducente para controvertir los actos de reconocimiento de las cesantías definitivas, *(ii)* ese acto de reconocimiento constituye título ejecutivo y, entonces, puede ser reclamado por conducto de la acción ejecutiva, *(iii)* la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es procedente para controvertir el acto de reconocimiento de sanción moratoria, si hay acuerdo sobre su contenido y no se ha realizado el pago la acción idónea es la ejecutiva; *(iv)* si existe discusión sobre los elementos que conforman el título ejecutivo, debe acudirse a la jurisdicción contenciosa para que defina el tema, de lo contrario, la ejecución puede ser adelantada ante la jurisdicción ordinaria.

“5.24.- No obstante, lo relevante de este fallo radica en la inclusión de una cláusula expresa[[12]](#footnote-12) en la parte considerativa donde la Sala realizó una auténtica modulación en el tiempo de los efectos de la nueva posición jurisprudencial unificada en relación con los procesos que se encontraban, para entonces, en trámite ante la justicia, para concluir que los demandantes que hubieren impetrado la acción de reparación directa con anterioridad a la fecha de emisión de ese fallo *‘deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria’*.

“5.25.- Nótese cómo con este pronunciamiento se toma conciencia que los cambios jurisprudenciales introducidos no tienen la entidad suficiente como para hacer desaparecer *ipso iure* los efectos jurídicos de la jurisprudencia superada, pues ante el cambio jurisprudencial drástico acogido (que excluía a la acción de reparación como medio idóneo para obtener el pago de las cesantías o la sanción moratoria y llevaría a dictaminar fallos inhibitorios por indebida escogencia de la acción) la Sala, en salvaguarda de la seguridad jurídica y el acceso a la administración de justicia, garantizó el derecho de quienes, movidos por uno de los criterios jurisprudenciales preexistentes, formularon sus demandas ante la jurisdicción bajo el mecanismo procesal de la acción de reparación directa a fin de evitarles perjuicios en sus derechos.

“(...)

“5.30.- En suma, aun cuando se trata de un fallo dictado por una de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional y, por ende, no constituye criterio unificado del pleno, de su lectura se desprende una clara regla jurisprudencial que refuerza la tesis defendida en esta providencia judicial, esto es, que *dentro del marco de garantías del debido proceso se inscribe* *el respeto al precedente judicial vigente al momento de la interposición de las acciones o recursos judiciales* y, por ende, *sorprender al justiciado con un criterio jurisprudencial posterior imprevisto viola tal garantía*.

“(...)

“8.1.3.- No obstante, en criterio de esta judicatura, el Tribunal debió considerar con rigor que la controversia contractual se introdujo por el Consorcio el 2 de marzo de 2010[[13]](#footnote-13), esto es, en época anterior al pronunciamiento de 18 de abril de 2013 de la Sala Plena de la Sección Tercera que modificó la tesis jurisprudencial sobre la materia; pues a partir de tal averiguación se advierte la inaplicabilidad temporal de ese precedente a la controversia *sub judice*, en razón a que el mismo era inexistente para entonces y no puede ser invocado de manera retroactiva, toda vez que desconocería los fundamentos de derecho –legales y jurisprudenciales– preexistentes con arreglo a los cuales se determinó favorablemente la jurisdicción de lo contencioso administrativo como competente para conocer y tramitar un litigio contractual en el que las partes habían pactado una cláusula compromisoria, aspecto éste definitorio de la garantía constitucional y convencional de acceso a la justicia.

“8.1.4.- En ese sentido, la Sala reitera el criterio fijado en la sentencia de 4 de septiembre de 2017 recaída dentro del exp. 57279 en la que se afirmó, en sujeción a la cláusula de Estado de Derecho y conforme a la garantía de los derechos de igualdad, libertad personal y acceso a la administración de justicia, que los cambios de precedente jurisprudencial tienen, por regla general, efecto prospectivo o a futuro. En consecuencia está proscrito a la Administración o a la autoridad jurisdiccional, aplicar una norma adjetiva o de derecho sustantivo de fuente jurisprudencial inexistente para cuando la controversia jurídica fue introducida.

“(...)

“8.1.5.- En ese orden de ideas, en el *sub judice* se advierte la transición de una regla jurisprudencial relativa a la determinación de la jurisdicción competente para conocer de una controversia contractual en la que las partes pactaron una cláusula compromisoria y una de ellas acudió ante el contencioso administrativo, razón por la cual cobra plena vigencia la *ratio decidendi* de la sentencia de 4 de septiembre de 2017, para señalar que como este litigio se introdujo antes del cambio jurisprudencial anotado el criterio aplicable es aquél anterior, vigente para entonces, que informaba sobre la *derogatoria táctica* de la cláusula compromisoria y, en consecuencia, la determinación de esta Jurisdicción como autoridad judicial habilitada para dirimir la controversia de marras.

“8.1.6.- Así, como en el caso de referencia el Tribunal Administrativo en autos de 3 de mayo y 1° de julio de 2010 admitió la demanda y la reforma a la misma y el Departamento de Antioquia, en la oportunidad pertinente, no excepcionó la falta de jurisdicción por existir una cláusula compromisoria, la Sala considera que, conforme a la regla decantada por la jurisprudencia reiterada de esta Corporación[[14]](#footnote-14), se sigue que esta Jurisdicción es la competente para conocer la controversia o, lo que es lo mismo, se estructuró el fenómeno de la derogatoria tácita de la cláusula trigésima del Contrato No. 2000-CO-21-028 relativa a la jurisdicción arbitral habilitando así el acceso a esta Jurisdicción en debida forma”

En términos similares, en un fallo de tutela la Sección Quinta del Consejo de Estado[[15]](#footnote-15) dijo:

*“... al margen de lo expuesto, las particularidades propias del caso que hoy se somete a consideración del juez de amparo, evidencian que la declaratoria de nulidad del proceso de controversias contractuales, sí desconoce el principio de perpetuatio jurisdictionis, conforme al cual, ‘tanto la jurisdicción como la competencia se determinan de conformidad con la situación de hecho y las normas aplicables al tiempo de la demanda, de forma tal que su alteración resulta improcedente, salvo disposición legal que de manera expresa diga lo contrario’[[16]](#footnote-16).*

“Como se señaló previamente, la demanda de controversias contractuales fue presentada el 16 de septiembre de 2004. Para dicho momento la jurisprudencia contenciosa en relación con la renuncia al pacto arbitral sostenía la tesis según la cual ésta se entendía tácita, cuando a (sic) pesar de haber acordado someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, una de las partes decide instaurar la demanda de controversias contractuales, y la otra no propone la excepción que encuentra apoyo en dicho pacto[[17]](#footnote-17).

“Tanto al momento de proferirse sentencia de primera instancia (26 de marzo de 2010) como en aquél en que fue conocido el proceso por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para resolver la apelación contra dicha sentencia, la postura de esta Corporación sobre el particular se mantuvo pacífica.

“(...)

“Sin embargo, en ese mismo año se profiere el auto de unificación de la Sección Tercera Consejo de Estado en el que se sustentó la declaratoria de nulidad del proceso de controversias contractuales promovido por la ahora tutelante. Evidentemente la tesis fue modificada en el sentido de exigirse a las partes manifestar de forma *‘expresa y solemne’* su voluntad de dejar sin efectos la cláusula compromisoria, con lo que se habilitaría a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver las diferencias suscitadas en el contrato estatal.

“(...)

“Para la Sala, las consideraciones que la Sección Tercera plasmó en el citado proveído, más allá de variar una tesis, en realidad modificaron una regla, que aun cuando fuese de índole jurisprudencial, tenía una fuerza vinculante tal que había creado no solamente en los operadores jurídicos sino en los destinatarios de la ley, la convicción de que al pacto compromisorio se renunciaba tácitamente por la actitud pasiva de la parte demandada respecto de la proposición de la excepción respectiva, situación que determinaba en ésta (sic) jurisdicción la competencia para resolver el asunto.

“(...)

“La variación de dicha regla afectó no solo la comprensión que la comunidad tenía respecto de la renuncia tácita al pacto arbitral sino (sic) consecuencialmente, a los procesos en curso, en los que se declaró, como en el *sub examine*, nulidad por falta de jurisdicción. Claramente se modificó la situación jurídica que la propia jurisdicción contenciosa venía aplicando a casos análogos y quebrantó la confianza y seguridad jurídica que se tenía sobre el particular.

“La garantía que el principio *perpetuatio jurisdictionis* protege en el sub judice recae en el respeto de la certeza que se tenía sobre la jurisdicción a la que correspondía resolver el conflicto derivado del contrato estatal, ante una determinada eventualidad concretada en la renuncia tácita a la cláusula compromisoria, pues ésta se sustentaba en un precedente jurisprudencial imperante al momento de presentación de la demanda.

“Sin (sic) bien es cierto la nueva tesis de la Sección Tercera plantea también una subregla jurídica en materia de jurisdicción, también lo es que ésta no tiene la entidad suficiente para modificar, como lo haría el contenido de una ley, el alcance de lo que constituye *‘jusridicción’*, luego no puede afectar aquello que el referido principio pretende proteger.

“Significa lo anterior, (sic) que el abrupto cambio jurisprudencial, (sic) no debió afectar a aquellas demandas que se interpusieron en ejercicio de la acción de controversias contractuales antes del auto de unificación y en las que no se propuso como excepción la de *‘cláusula compromisoria’*, puesto que estas se incoaron en el momento en que la jurisprudencia aceptaba la referida *renuncia tácita[[18]](#footnote-18)*.

“La declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción constituye una carga que no deben soportar quienes presentaron la demanda con la certeza de que era la contenciosa administrativa la que decidiría su controversia y menos aun, si se tiene en cuenta que, como en el caso de autos, han pasado cerca de diez años entre la presentación de la demanda y la decisión que se enjuicia vía tutela.

“A esta altura de la providencia, conviene resaltar que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en otras oportunidades, a pesar de haber dado un giro contundente en su jurisprudencia que impedía que un determinado asunto se siguiera conociendo bajo su competencia, permitió que las demandas que se incoaron antes de dicho cambio, (sic) se resolvieran de fondo, so pena de lesionar el principio de confianza legítima.

“Tal es el caso del reclamo indemnizatorio que se hacía mediante el ejercicio de la acción de reparación directa por el pago extemporáneo de cesantías, el que siguió conociendose por esa vía procesal en relación con las demandas en curso, a pesar de la nueva postura jurisprudencial que estimaba una indebida escogencia de la acción”.

Así mismo, en protección del derecho al acceso a la administración de justicia, la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó[[19]](#footnote-19)(se transcribe literal):

**“3.2.1 El derecho al acceso a la administración de justicia.**

“La justicia es un valor estructural de todo Estado de derecho y, el acceso a ella, debe ser garantizado de tal forma que sea efectiva formal y materialmente.

“(....)

“De suerte que, de nada serviría que los ciudadanos acudan a los Jueces si estos no les resuelven de fondo, de manera efectiva y superando la formalidad; los asuntos que someten a su consideración pues, se reitera, la función principal de quienes administran justicia es velar por la efectividad de los derechos, obligaciones, garantías y libertades previstos en la Constitución y en la Ley.

“(...)

“De esta manera, no queda duda que cada uno de los habitantes del territorio nacional tiene derecho constitucional fundamental a que el Estado le garantice no sólo el derecho a acceder a la administración de justicia sino a que ésta adopte las decisiones judiciales como resultado de esa labor, de manera pronta y cumplida, es decir, que en ningún caso el proceso judicial sea afectado por dilaciones injustificadas (Arts. 29, 228 y 229 C.P.).

“(...)

“Sobre el particular, resulta obligatoria la referencia al artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable por un Tribunal o Juez imparcial e independiente.

“(...)

“Lo anterior debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, en el sentido de que toda persona tiene derecho a un proceso público, sin dilaciones injustificadas.

“En ese orden, comoquiera en el *sub-lite* que han trascurrido más de 9 años desde que se presentó la demanda, estima la Sala que en cumplimiento a la garantía en comento, resulta viable decidir el asunto”.

Teniendo en cuenta los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales y como quiera que el proceso de la referencia empezó en 2005, esto es, hace 13 años*,* sin desconocer la unificación jurisprudencial del 18 de abril de 2013 -que seguirá aplicándose a casos de mucho menor antigüedad- es necesario estudiar de fondo el asunto, en garantía de la seguridad jurídica, de la confianza legítima[[20]](#footnote-20) y del derecho al acceso a la administración de justicia, máxime que a la fecha de presentación de la demanda y del fallo de primera instancia la jurisprudencia aceptaba la renuncia tácita de la cláusula compromisoria, en el evento en que la parte demandada no interpusiera excepción alguna al respecto, tal como sucedió en el caso de autos.

**1.2.- La competencia.-**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 5 de agosto de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por cuanto las pretensiones fueron estimadas en suma no inferior a $ 205’205.359,oo. Para la época de interposición del recurso de apelación[[21]](#footnote-21), eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera la suma de $190’750.000[[22]](#footnote-22), monto que acá se encuentra 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, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

Sumado a lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. El Instituto de Desarrollo Urbano IDU es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, que ejerce funciones administrativas en cumplimento de los fines estatales y, por consiguiente, sus contratos son estatales.

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

La afirmación anterior tiene fundamento legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que, al definir los contratos estatales, adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato: *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (…)”[[23]](#footnote-23).*

Adicionalmente, el artículo 82[[24]](#footnote-24) del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 vigente para la época de los hechos y de presentación de la demanda, estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

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

De conformidad con el artículo 136 (numeral 10) del Código Contencioso Administrativo, el término para el ejercicio de la acción contractual es de dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento.

En el presente caso, los actos demandados quedaron ejecutoriados el 25 de octubre de 2005 y la demanda se presentó el 17 de noviembre de 2005, por lo que se evidencia que ésta se interpuso dentro del término legal de dos años.

**3.- Análisis del caso.-**

La parte actora presenta recurso de apelación, el cual se dirige a que se revoque la sentencia y se revise en su integridad el fallo de primera instancia, pues considera que no se valoró el material probatorio en debida forma y, en su concepto, toda la prueba recaudada permite llegar a la convicción necesaria para acceder a la totalidad de las pretensiones; además, no se analizaron debidamente los argumentos de la demanda y los alegatos de primera instancia y se presenta una nulidad procesal por la falta de pronunciamiento frente a la solicitud de convocatoria a la audiencia regulada en el artículo 147 del C.C.A.

Así las cosas, se procederá a estudiar los argumentos de inconformidad expuestos por el apelante frente a la sentencia de primera instancia:

**3.1.- Nulidad de la sentencia por omitir el pronunciamiento sobre la audiencia de alegatos solicitada.-**

Considera el actor, que el tribunal a quo desconoció el derecho al debido proceso, al omitir pronunciarse frente a la solicitud de realizar la audiencia de que trata el articulo 147 del C.C.A., con lo cual, en su opinión, se configura la causal de nulidad prevista en el numeral 6 del artículo 140 del C.P.C.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que las nulidades procesales son taxativas, operan siempre y cuando se encuentren debidamente acreditadas y no se presentan por simples omisiones o vicios que no afecten el debido proceso, ni tampoco se pueden aplicar bajo un criterio analógico[[25]](#footnote-25).

En los alegatos de primera instancia, el apoderado de la parte actora solicitó que se fijara fecha para la realización de la audiencia que trata el citado artículo 147, a fin de exponer los argumentos de la demanda y dilucidar los cuestionamientos formulados por el IDU a la conducta de la interventoría; sin embargo, el a quo no se refirió expresamente a dicha solicitud y procedió a dictar sentencia de primera instancia.

Pues bien, el artículo 147 del C.C.A. dispone:

“En todo proceso es **potestativo** del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos conceder audiencias públicas, por petición de alguna de las partes, para dilucidar puntos de hecho o de derecho.

“Las audiencias deberán solicitarse en el término de traslado para alegar de conclusión y efectuarse antes que el proceso entre al Despacho del Ponente para sentencia.

“La audiencia se celebrará con las partes que concurran; cada una de ellas podrá hacer uso de la palabra por una vez durante treinta minutos, pero el Presidente de la Sala o Sección puede, prudentemente, prorrogar este plazo. Las partes que hayan intervenido podrán presentar un resumen escrito de sus alegaciones orales, dentro de los tres (3) días siguientes al de la audiencia.

“En la audiencia se podrá proferir la sentencia, para lo cual se decretará un receso de hasta dos (2) horas. En este caso la sentencia se notificará en estrados, estén o no presentes las partes” (negrilla fuera del texto).

Como se ve, el artículo 147 del C.C.A. consagró la posibilidad de realizar una audiencia, antes de dictar sentencia, para dilucidar puntos de hecho o de derecho, pero su realización no es un imperativo procesal en el proceso ordinario contencioso administrativo; por el contrario, en forma expresa la norma dejó su realización al prudente arbitrio del juez diciendo que “es potestativo del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos conceder audiencias públicas …”, por lo que no se vulnera el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil[[26]](#footnote-26) si ella no se hace, pues, de no hacerse, no se omite obligación alguna de llevar a cabo una etapa necesaria u obligatoria del proceso.

Ahora, si bien es cierto no existió un pronunciamiento frente a la solicitud de realización de la audiencia, ello no genera ninguna irregularidad que afecte el derecho de defensa de alguna de las partes, habida cuenta que ambas tuvieron durante la primera instancia todas las garantías para hacer valer sus derechos, incluida, por supuesto, la posibilidad de alegar en conclusión, como se vio en el numeral 5 del capítulo de antecedentes (pág. 4 de esta sentencia), derecho del cual las dos hicieron uso (ídem), previo decreto y práctica de pruebas.

Dice el recurrente que, por la omisión del a quo, se generó la nulidad de que habla el numeral 6 del artículo 140 del C.P.C, es decir, la que se configura *“Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión”*, lo cual, como acaba de verse, no se presentó en este caso[[27]](#footnote-27).

Así mismo, tanto en la demanda como en los alegatos en primera instacia[[28]](#footnote-28) la parte actora expuso, de manera extensa, todos sus argumentos fácticos y jurídicos y lo que prentendía con la audiencia de que se habla era reiterarlos y controvertir los cuestionamientos de la parte demandada, lo cual ya había realizado, en el momento en que se refirió a las excepciones propuestas por el apoderado del Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-[[29]](#footnote-29).

Conforme a lo indicado, lo que pretendía hacer el recurrente al solicitar la audiencia se hizo durante las diferentes etapas de la primera instacia; así, incluso, de haberse llegado a configurar una causal de nulidad, lo cual, se reitera, no se da en el presente asunto, ella estaría superada, al tenor del numeral 4 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, que indica que la nulidad se estima saneada “Cuando a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa”.

En suma, no se estructura la nulidad alegada.

**3.2.- Violación al debido proceso y al artículo 1602 del Código Civil, con la expedición de las dos resoluciones demandadas.-**

La Sala abordará de manera conjunta estos dos conceptos de vulneración esbozados por el recurrente de manera separada, debido a que sus fundamentos son los mismos, al punto que, al hablar de la violación del artículo 1602 del Código Civil[[30]](#footnote-30), aquél remite a lo expresado frente al debido proceso.

Manifiesta la parte actora que el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- hizo caso omiso a lo consagrado en las cláusulas 7 de las condiciones generales y 7.2 de las condiciones especiales del contrato de interventoría 146 de 2000, conforme a las cuales las controversias debían solucionarse de manera directa y amigable entre las partes o, de no ser posible esto, mediante arbitraje, de conformidad con el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); no obstante y a pesar de que, conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato es vinculante para las partes (ley para contratante y contratista), el IDU no acató lo pactado y, en vez de acudir al arbitraje, unilateralmente declaró el siniestro e hizo efectiva la póliza.

Pues bien, el contrato 146 del 30 de marzo de 2000, suscrito entre el IDU y el Consorcio Integral S.A. – Silva Carreño y Asociados S.A. – Silva Fajardo & Cía. Ltda.[[31]](#footnote-31) estableció en sus cláusulas 7 de las condiciones generales y 7.2 de las condiciones especiales, lo siguiente (se transcribe literal):

“7. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

“7.1 Solución Las Partes harán lo posible por llegar a una solución

amigable amigable de todas las controversias que surjan de

este contrato o de su interpretación.

“7.2 Solución de Toda controveria entre las Partes relativa a

controversidas cuestiones que surjan en virtud de este contrato

que no haya podido solucionarse en forma

amigable dentro de los treinta (30) días s iguientes

a la recepción por una de las Partes de la solicitud

de la otra Parte para encontrar una solución

amigable, podrá ser presentada por cualquiera

de las Partes para su solución conforme a lo

lo dispuesto en las CEC” (las CEC son las

condiciones especiales del contrato).

“7.2. Toda diferencia, controversia o reclamaciónque surja

de este Contrato o en relación con el mismo, o

con su incumplimiento, rescisión o invalidez, deberá

solucionarse mediante arbitraje de conformidad con

el reglamento de arbitraje de la Comisión de las

Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

Internacional (CNUDMI) vigente en ese momento”.

El Tribunal de primera instancia indicó que, si bien las partes estipularon que para resolver las diferencias que se presentaran durante la ejecución del contrato se acudiría a árbitros, la entidad demandada renunció tácitamente a este derecho al hacer uso de las factultades legales establecidas en la Ley 80 de 1993.

Al respecto, es necesario aclarar que las cláusulas que establecieron la convocatoria a un tribunal arbitral no solamente se referían a la ejecución del contrato, sino también a cualquier asunto inherente al mismo, que generara alguna diferencia entre quienes lo celebraron; por lo tanto, en principio podría pensarse que las irregularidades e incumplimientos que se presentaron en el presente asunto y que llevaron a la expedición de los actos acusados debían someterse, en su momento, a decisión arbitral.

Sin embargo, el IDU, mediante Resolución 2000 del 28 de abril de 2005, declaró la ocurrencia del siniestro de calidad del servicio, cubierto por la garantía única de cumplimiento (póliza 0367975-1) expedida por la Compañía Suramérica de Seguros S.A. y vigente hasta el 29 de abril de 2005, con ocasión del contrato de interventoría de obra 146 del 30 de marzo de 2000 e hizo efectiva dicha garantía por un monto igual a $ 205’205.359,oo, lo cual no era una opción de la entidad contratante, sino una obligación legal, que no se restringía ni se eliminaba por convenio entre las partes, ya que las consecuencias que se derivan por la ocurrencia de un siniestro, como se presentó en este asunto, no es una situación de la cual puedan disponer o transigir libremente las partes; al respecto, se ha pronunciado esta sección, así (se transcribe literal):

“(...) 52. De otro lado, si bien en el contrato se había pactado la cláusula compromisoria, esta circunstancia, como lo reconoció la Sala en asunto similar,[[32]](#footnote-32) no era obstáculo para que la entidad contratante ejerciera la facultad legal de declarar la ocurrencia del siniestro para efectos de hacer efectiva la garantía de cumplimiento contenida en la respectiva póliza de seguro …

“(...)

“55. ... la posibilidad de que las partes pacten el sometimiento de sus diferencias al conocimiento de un juez arbitral,(sic) no puede interpretarse como la renuncia de las entidades estatales a sus competencias y facultades legalmente otorgadas”[[33]](#footnote-33).

Si bien es cierto que en el contrato de interventoría 146 de 2000 se estableció que, en caso de controversia, se acudiría al arbitraje, también es cierto que en el estatuto de contratación estatal se incluye, como uno de los deberes de las entidades estatales contratantes, la obligación de adelantar las actuaciones administrativas encaminadas a imponer las sanciones pecuniarias y a lograr la efectividad de las garantías a que hubiere lugar (numeral 2 del artículo 4 de la Ley 80 ce 1993); por lo tanto, es un imperativo legal que, en el evento de un incumplimiento demostrado por parte del contratista y más aún cuando el contrato ya se terminó y liquidó, se acuda a las garantias consituidas y no esperar a que se convoque a un tribunal de arbitramento.

Esta exigencia se da en protección del patrimonio público y en cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en particular de la efectiva prestación de los servicios públicos a través de la realización de obras públicas, y constituye una obligación legal que, por lo mismo que prevista en la ley, prevalece sobre cualquier cláusula convenida en el contrato para acudir a tribunales de arbitramento, lo cual permite concluir que la actuación adelantada por el IDU se ajustó al ordenamiento jurídico.

Además, independientemente de que exista una liquidación de mutuo acuerdo del contrato de interventoría, el interventor continúa con la responsabilidad derivada de acciones u omisiones suyas que se hayan presentado durante la ejecución del mismo y, por ello, el IDU conserva la competencia para hacer efectiva la póliza respectiva, en el evento de evidenciarse un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, incluidas las relativas a la calidad del bien o del servicio prestado.

Por lo tanto, el IDU, no vulneró el debido proceso al no convocar al Tribunal de Arbitramento, pues como se explicó, la entidad contratante tenía la obligación legal de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

**3.3.- Violación del artículo 209 de la Constitución Política por apartarse de los fines de la contratación estatal.-**

EL recurrente pretende demostrar que se vulneraron los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia[[34]](#footnote-34), especialmente los de moralidad, economía, imparcialidad y publicidad, como quiera que fueron el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- y ASOCRETO quienes, en virtud de unos convenios de cooperación que habían suscrito, decidieron utilizar relleno fluido y modificar la resistencia inicial de dicho material de 60Kg/cm2 a 30Kg/cm2.

Conforme a los hechos que originaron el presente proceso, se debe tener en cuenta que el contrato de interventoría inició con anterioridad al contrato de obra IDU-403/2000, suscrito entre el IDU y CONCIVILES SA, cuyo objeto era la rehabilitación de las calzadas centrales de tráfico mixto y adecuación para la operación de transmilenio en la autopista norte, desde Los Héroes hasta la calle 176 en Bogotá; por consiguiente, la interventoría tenía conocimiento anticipado de los diseños realizados por *Steer Davies & Gleave*, según los cuales en la obra se debía utilizar base asfáltica para la renivelación[[35]](#footnote-35).

Al respecto, la Sala pone de presente que en el contrato de interventoría 146 de 2000, además de las obligaciones legales inherentes a su naturaleza, se pactó (se transcribe literal): *“Así mismo el CONSULTOR deberá dar especial cumplimiento al manual de interventoría adoptado por el IDU mediante resolución 965 de 09 de octubre de 1998, modificada por la Resolución 022 del 2000 y las instrucciones impartidas por la Dirección General del IDU en relación con los aspectos ambientales que debe cumplir el CONSULTOR durante la vigencia del presente contrato, contenidas en el memorando DG-0000-0038 de febrero del 2000, en cuanto a sus atribuciones y responsabilidades” (APÉNDICE A -DESCRIPCIÓN DE LOS SERVICIOS).*

Ahora, conforme a los numerales 1.1.3. y 1.1.4. del Manual de Interventoría del IDU[[36]](#footnote-36), el interventor debió revisar la documentación del proyecto de obra y realizar los estudios correspondientes, en especial aquellos relacionados con los materiales a utilizar, para definir unos criterios claros y precisos frente a éstos; además, debió efectuar una visita al terreno donde se llevaría a cabo la obra, específicamente donde se emplearía el relleno fluido, ya que era un material nuevo en este tipo de contratos, tal como lo evidencia el concepto técnico presentado por la Universidad de los Andes[[37]](#footnote-37), que al respecto dice: “Por esta razón, **para el estudio del problema de la Autopista Norte en el que el fenómeno de bombeo está influenciado por el comportamiento de un material nuevo como es el relleno fluido**, es preferible utilizar teorías completas de la hidráulica del bombeo bajo losas de pavimento rígido” (negrilla fuera de texto).

No obstante, dentro los documentos obrantes en el proceso no hay prueba que demuestre que tal labor se cumplió o, al menos, que el interventor se opuso a la utilización del relleno fluido, el cual no se consideró en los diseños como material para renivelación, ya que ésta se realizaría con base asfáltica, según conclusiones y recomendaciones de los diseños, obrante a folio 238 del cuaderno principal.

Respecto a lo anterior, debe recordarse que la interventoría en los contratos estatales comprende todas aquellas actividades que, en representación de la entidad contratante, realiza una persona, natural o jurídica, con el fin de vigilar o inspeccionar, controlar, verificar y colaborar en la ejecución de los contratos o convenios, para lo cual debe prestar asesoría y apoyo tanto a la entidad como al contratista. Se trata de una exigencia establecida en el ordenamiento jurídico[[38]](#footnote-38), que tiene el propósito de asegurar el cumplimiento del objeto de los contratos estatales, en defensa de los fines de la contratación publica, para la satisfacción de los intereses generales y de las necesidades básicas de la colectividad[[39]](#footnote-39).

El interventor debe velar porque se cumplan las especificaciones técnicas del objeto del contrato al que deba hacerse la interventoría, al igual que las actividades o acciones administrativas, legales, financieras y presupuestales a cargo del contratista llamado a cumplir con dicho objeto e, igualmente, debe realizar un acompañamiento directoal contratista para asegurar la adecuada y total ejecución del contrato.

La interventoría tenía el deber, entonces, de verificar de manera permanente las actividades a cargo del contratista, al igual que la correcta utilización de los materiales, para lo cual -como ya se dijo- debió efectuar una visita al terreno donde se llevaría a cabo la obra[[40]](#footnote-40) y, en caso de duda frente a la calidad de aquellos, debió proponer modificaciones al contrato, basado para ello en soportes y en pruebas técnicas; sin embargo, esto fue precisamente lo que no sucedió en este caso o, al menos, no hay prueba de lo contrario en el expediente.

Ahora, las labores de la interventoría comenzaron el 17 de abril de 2000, esto es, con anterioridad al contrato de obra (IDU-403/2000), que comenzó el 22 de junio de ese mismo año, ello con el fin de que el interventor estudiara el proyecto, lo que lleva a concluir necesariamente que, si el Consorcio Integral S.A. - Silva Carreño y Asociados S.A. - Silva Fajardo y Compañía Ltda. hubiera cumplido sus obligaciones relativas al estudio de los diseños, habría determinado técnicamente cuál material era el necesario para el proceso de renivelación, es decir, si el relleno fluido o si la base asfáltica, para lo cual debió proponer los ajustes correspondientes al proyecto, con miras a garantizar la plena estabilidad de la obra; pero, el interventor permitió que se utilizara relleno fluido, sin que existiera claridad entorno a si ese era el material cuya utilización resultaba adecuada para la obra, lo que se evidencia en las actas 04[[41]](#footnote-41) y 05[[42]](#footnote-42) de seguimiento al contrato No. IDU-403/2000.

Así, por ejemplo, en el acta 004 de seguimiento al contrato de obra del 28 de junio de 2000, suscrita por representantes del IDU, de la interventoría (director y residentes) y del contratista de la obra, se indicó (se transcribe literal):

“En cuanto a los rellenos de renivelación con relleno de fluido según recomendación de los ingenieros de Asocreto no deben ser menores a 4 cm.

“El IDU y la interventoría proponen ensayar trabajar con cero cm en el punto mas bajo. La Interventoría informa además que en la reunión realizada el día 27 de junio con Asocreto se hablo de colocar 4 cm pero la razón no fue clara, en cuanto a su justificación.

“El IDU informa que en los otros contratos de Transmilenio se están trabajando del orden de 5 mm. Además en algunos casos se a hecho fresado. Aclara además que la renivelación se debe hacer con relleno de fluido o concreto asfáltico.

“(…)

**“La Interventoría da lectura al resumen de las conclusiones de la reunión técnica realizada en la mañana con asistencia de representantes del IDU, ASOCRETO, el Contratista y la Interventoría en las cuales se consideran cuatro tipos de intervenciones de acuerdo al carril que será intervenido así**:

**“Carril Central existente**

“(…)

“- Se nivelará por medio de fresado las protuberancias **o** **se harán nivelaciones con relleno fluido** hasta un mínimo de 5 mm.

**“Carril de Transmilenio**

“(…)

“- Posterior a la reparación **se hará nivelación con relleno fluido** …

**“Carril Lateral sobre la Berma**

“(…)

“- Se nivelará por medio de fresado en las protuberancias **o se harán nivelaciones con relleno fluido** de un mínimo de 5 mm …

“Ampliaciones de carril transmilenio y berma

“(…)

“- **Se colocará una cuña de contención con relleno fluido con una mayor resistencia (60 kg/cm2)** o se colocara un canal que permita la contención (del lado del vallado existente).

“- **Se nivelará con relleno fluido**.

“(…)

“El IDU plantea que lo que se puede hacer es destapar por detrás del sardinel hasta encontrar la subbase existente y completar hasta la altura del bordillo **con relleno fluido de 30 Kg/cm2**, es decir, un hombro a continuación del bordillo. En zonas de Paraderos no se va a hacer esta cortina porque el problema se minimiza

**“La interventoría aclara que éste tratamiento se debe hacer únicamente en sitios que presenten deterioro o fracturas correspondientes a sectores que han fallado.**

“(...)

“CONCLUSIONES

“1.- El carril de Transmilenio se va construir con el espesor de diseño 21 cm en las placas correspondientes al carril de transmilenio y los dos adyacentes de Trafico Mixto, los carriles aledaños a los carriles laterales se evaluarán posteriormente. **Con su respectiva renivelación en relleno de fluido** dependiendo de los niveles del concreto rígido existente y sobreexcavación de 50 cm de ancho en los sitios de fallo con la cortina de relleno fluido desde la subbase hasta el nivel de la cara inferior del whitetopping” (negrilla fuera de texto).

Posteriormente, en el acta 005 de seguimiento al contrato de obra, firmada por representantes del IDU, de la interventoría (director y residentes) y del contratista de la obra, se dijo (se transcribe literal):

**“La interventoría** comenta que el concepto original de curado de la fisura se hace con Asfalto 85-100 Caliente y en los sitios donde hay que quitar carpeta se utiliza mezcla asfáltica, **informa además que en éste primer tramo todo se reniveló con relleno fluido**, **lo que produce un incremento no cuantificable y solicita al IDU se defina si se sigue haciendo con Asfalto o con Relleno Fluido porque el comportamiento de los dos materiales es distinto, el primero es más elástico y el segundo es mas rígido y lo preocupante es limitar el desplazamiento en las placas.**

“EL IDU afirma que no importa cual de los dos se use siempre y cuando se presente confinamiento, de acuerdo con la teoría de Asocreto, que es acogida por el IDU, pero se debe definir un precio para la limpieza y el tratamiento de las fisuras. Agrega que el hecho de que el IDU haya entregado información publicada por Asocreto y haya convocado a conferencia con ellos quiere decir que el IDU acepta y da como ciertos sus postulados.

**“La Interventoría sugiere hacer un estudio juicioso para sacar un estándar por metro cuadrado de dos situaciones, altamente fisurado y medianamente fisurado y solicita al IDU que por intermedio suyo se tenga un concepto por escrito de Asocreto al respecto, la Interventoría se compromete a redactarlo.**

**“El contratista se compromete a buscar la incidencia y discutirlo con la Interventoría.**

“(...)

“10. PROPOSICIONES Y VARIOS

“- El contratista solicita se aumente la resistencia del relleno de fluido, por cuanto considera que se diseño con resistencias muy bajas y se va reventar muy rápido**. La interventoría solicita ensayos de adherencia** para lo cual sugiere hacer paneles de 1m por 1m con 21 cm de espesor y colocarle relleno de espesor entre 45mm y 5 cm para después de 7 días de fraguado pasarle una carga efectiva y tratar de levantarlo y girarlo, para ver si se fractura, se rompe, se fisura, se queda pegado. **El contratista [se alude al de obra -Conciviles-] se compromete a realizar los ensayos**”(negrilla fuera de texto).

Como se ve, no era claro que el relleno fluido fuera la opción adecuada y, de hecho, la interventoría indicó que se debían hacer unos estudios en relación con las fisuras y consultar al respecto a ASOCRETO, pero ocurre que el concepto de esta asociación no era vinculante, ni exoneraba de responsabilidad al interventor, ni al contratista de la obra, ni al mismo IDU; incluso, quien debía prestar su apoyo técnico era, precisamente y conforme al contrato de interventoría 146 de 2000 y al Manual de Interventoría del IDU, el interventor contratado para tal fin, quien, de conformidad con la naturaleza y la finalidad del contrato de interventoría y con las consideraciones del contrato 146, se supone que tenía todos los conocimientos necesarios para establecer cuáles eran los mejores materiales para la ejecución de la obra.

Además, previo a utilizar relleno fluido para la renivelación, lo mínimo que debía realizar la interventoría era hacer las pruebas correspondientes, para demostrar la calidad y durabilidad del material y no esperar a que el contratista de obra las hiciera sin su participación, pues así se lo imponían sus obligaciones, en particular, las establecidas en numerales 1.1.7[[43]](#footnote-43) y 2.1.7[[44]](#footnote-44) del Manual de Interventoría del IDU, de las cuales se infiere que el interventor debía presentar al IDU, previa reunión con el contratista de obra, las propuestas de modificación al proyecto relacionadas con su diseño, programación u otro factor que lo afectara, dentro de lo cual necesariamente se encontraban los materiales que se requerían para la ejecución de aquélla, esto es, de la obra.

Ahora bien, dentro del expediente se encuentran algunos estudios realizados por universidades reconocidas, en los cuales se concluyó que la utilización del relleno fluido fue la causa principal de las fallas en las obras, debido a que era un material poco resistente para renivelación y menos con la especificación de 30 kg/cm2, frente a lo cual la parte actora manifiesta que dicho material (relleno fluido de 30 kg/cm2) fue impuesto por el IDU, lo que -aun asumiendo que esto último sea cierto-no lo exonera de responsabilidad, ya que -como acaba de verse- el interventor debió hacer recomendaciones concretas y al menos cuestionar la utilización del relleno fluido para renivelación, máxime que no se habían hecho previamente los estudios o ensayos correspondientes.

Precisamente, sobre el comportamiento del relleno fluido, la investigación realizada por la Universidad Nacional de Colombia[[45]](#footnote-45) determinó (se transcribe literal):

“(...) El relleno fluido colocado en la Autopista Norte, con resistencias nominales de 30Kg/cm2 y 60Kg/cm2, es un material susceptible a la erosión. Este material es incapaz de resistir las fuerzas abrasivas que se presentan en la interfase entre la losa de concreto rígido y una base no adherida, como es el caso del relleno fluido.

“(...)

“Tal como lo afirmó el ingeniero Dan Zallínger durante su visita a Colombia, las fallas presentadas en la Autopista Norte son fallas típicas de pérdida de soporte de la losa debido a la degradación de la capa de relleno fluido. Esta degradación del relleno fluido se produce debido a la baja resistencia a la erosión que presenta el relleno fluido. **Se comprobó mediante ensayos de laboratorio que el material no soporta la acción de las fuerzas erosivas, aún en estado seco.**

“La susceptibilidad a la erosión del relleno fluido ante la acción de un flujo de agua fue estudiada por la Universidad de los Andes en el año 2001, ante las primeras apariciones de daños en la Autopista Norte. Durante el presente estudio se comprobó la susceptibilidad del relleno fluido ante este tipo de solicitaciones. Pero, además se pudo establecer que el relleno fluido tampoco resiste la acción abrasiva de una superficie de concreto deslizándose sobre este material, sin la presencia de una lámina de agua en la interfase.

“Se pudo establecer que el relleno fluido presenta una alta porosidad y que gran parte de esa porosidad ha colapsado, lo que indica que el material no tiene un comportamiento estable y que se degrada al ser solicitado por acciones ambientales, por cargas o simplemente durante el proceso de fraguado.

“(...)

“Se confirma que el relleno fluido de 30Kg/cm2 y de 60 kg/cm2 no es un material apto para ser utilizado como base para pavimentos rígidos sometidos a altas cargas de transito” (negrilla fuera de texto).

El interventor se pudo oponer a la utilización de dicho relleno y realizar las salvedades correspondientes, pero, al admitir -no oponiendose- la utilización del relleno fluido de 30Kg/cm2, asumió la responsabilidad correspondiente.

Al respecto, el informe final o concepto técnico de la Universidad Nacional de Colombia[[46]](#footnote-46) concluyó (se transcribe literal):

“7. La concepción del diseño desarrollado por SDG [*Steer Davies & Gleave]* fue totalmente vulnerado al recomendar el relleno fluido en reemplazo de la base asfáltica. Tal vez, este sea el factor más determinante para el comportamiento manifestado por el pavimento de la Autopista Norte.

“(...)

“29. Para la Universidad Nacional de Colombia es importante establecer que la mayor responsabilidad de los daños presentados en la Autopista Norte son directamente imputables a quién autorizó el cambio del material base en concreto asfaltico por el relleno de fluido”.

Así las cosas, no observa la Sala que se haya dado la alegada violación del artículo 209 de la Constitución Política de Colombia y la supuesta actuación alejada de los fines de la contratación estatal por parte del IDU con la expedición de los actos demandados, máxime que no se acreditó actuación irregular alguna de los funcionarios del lDU que llevó a reemplazar para la renivelación la base asfáltica por el relleno fluido y, en cambio, sí está probado que el interventor no cumplió con la totalidad de sus obligaciones,al consentir sin estudios técnicos previos y no objetar o cuestionar, al menos, la utilización del relleno fluido con resistencia de 30Kg/cm2.

Tampoco le asiste razón a la parte demandante al manifestar que el IDU había suscrito convenios de cooperación con ASOCRETO, en virtud de los cuales se tomó la decisión, antes del inicio de la obra, de utilizar el relleno fluido, pues si bien obra en el expediente copia de algunos convenios de cooperación suscritos entre el IDU y ASOCRETO, entre los cuales se encuentran el 017 del 29 de abril de 1999[[47]](#footnote-47) y el 036 del 28 de julio de 2000[[48]](#footnote-48), éstos, por su sola existencia, no permiten concluir que la decisión de utilizar relleno fluido estuviese influenciada por razones o intereses personales de funcionarios del IDU,pues tales convenios se suscribieron respectivamente, para el aseguramiento de la calidad de los pavimentos locales, dentro del programa de recuperación de la malla vial en Bogotá y para la elaboración de los estudios y diseños de andenes en concreto a construir en las localidades de la misma ciudad, bajo el programa de gestión compartida, de modo que no tienen incidencia directa en el contrato de obra IDU-403/2000 ni en el de interventoría 146 de 2000, los cuales se celebraron para la rehabilitación de las calzadas para la operación de transmilenio en la autopista norte.

Además, los otros convenios aportados con la demanda son, uno, del 3 de septiembre de 1998 (en la copia no está legible su número)[[49]](#footnote-49), cuyo objeto era igual al del 017 de 1999, destinado al aseguramiento de la calidad de los pavimentos locales, dentro del programa de recuperación de la malla vial en Bogotá y, otro, el 037 del 19 de julio de 2000[[50]](#footnote-50), a través del cual se buscaba la rehabilitación de la calle 85 entre carreras 11 y 15, dentro del mismo programa que buscaba recuperar la malla vial de Bogotá, nada de lo cual, como se ve, tiene relación con lo que era el objeto de los contratos para la rehabilitación de las calzadas de transmilenio en la autopista norte.

En consecuencia, para la Sala es claro que el IDU expidió los actos demandados haciendo uso para ello de sus facultades legales y contractuales ya mencionadas en esta providencia[[51]](#footnote-51)y con base en el incumplimiento de las obligaciones del inteventor, en particular, la de prestar una eficiente y oportuna asesoría al IDU y al contratista de obra frente a los materiales a utilizar.

Por consiguiente, el cargo que se estudia no está llamado a prosperar.

**3.4. Violación del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y del numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por falsa motivación y desviación de poder.**

La Resolución 2000 del 22 de abril de 2005 hace en su parte considerativa un recuento detallado de los antecedentes del contrato de interventoría y de su ejecución, con miras a demostrar que existió un incumplimiento de las obligaciones del contrato por parte de la interventoría; al respecto, allí se indicó (se transcribe literal):

“3.1.8.- Resulta claro por lo tanto, que todo interventor, debe velar por las actividades de vigilancia y control de las obligaciones del contratista de obra, y el actuar de manera omisiva, no suministrar o exigir el acatamiento de las ordenes e instrucciones pertinentes, no exigir al contratista objeto de su intervención las medidas y actividades que se desprenden de sus obligaciones contractuales, como ocurre en el caso presente, constituyen sin lugar a dudas manifestaciones de mala calidad de sus servicios, y lo hacen incurrir en clara responsabilidad, de cara a los perjuicios sufridos por la Entidad por su falta de actividad ...

“(...)

“3.2.1.4. En la eventualidad que el servicio prestado, presente vicios por acción u omisión del interventor, la Entidad debe hacer efectiva la garantía de calidad del servicio por la ocurrencia del riego (siniestro), y el asegurador tendrá la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales causados a la Entidad asegurada ...”.

Para resolver el recurso de reposición interpuesto contra la citada Resolución 2000 de 2005 por el representante del consorcio interventor y por cada una de las sociedades que lo integran, así como por Suramericana de Seguros S.A, el IDU profirió la Resolución 6056 del 15 de septiembre de 2005, que confirmó la decisión inicial, pues, en opinión de dicha entidad, el incumplimiento del contratista estaba plenamente acreditado en la actuación administrativa llevada a cabo.

Para argumentar la falsa motivación y la desviación de poder, el recurrente reitera lo expuesto en relación con el cargo de violación del artículo 209 de la Constitución Política de Colombia a que ya se refirió la Sala, e insiste en que la utilización del relleno fluido fue decisión del IDU y de ASOCRETO.

La falsa motivación, como causal de nulidad, se presenta cuando los fundamentos fácticos en que se basó la administración para tomar una decisión no existen o, de existir, fueron apreciados de manera equivocada por ésta; al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado (se transcribe literal):

“para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión” [[52]](#footnote-52).

A su vez, la desviación de poder, como causal subjetiva de nulidad de los actos administrativos, se configura cuando la autoridad, en ejercicio de funciones administrativas que le son propias, actúa arbitrariamente en búsqueda de intereses personales o en contra de los intereses públicos y de la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico al atribuir la competencia administrativa para la expedición del acto objeto de control judicial, es decir, se da esta causal cuando la autoridad administrativa hace uso de una función o facultad que le es propia, pero para lograr un propósito distinto al previsto en la norma que la consagra; sobre el particular, el Consejo de Estado ha expresado (se transcribe literal):

*“(…) Se tiene reconocido que la desviación de poder tiene lugar cuando un acto administrativo que fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que le ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto. Esta causal de nulidad se da tanto cuando se persigue un fin espurio, innoble o dañino como cuando se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que en todo caso es distinto del autorizado o señalado por la norma pertinente. Para su valoración es necesario tener en cuenta tanto los fines generales e implícitos en toda actuación administrativa (satisfacción del interés general, búsqueda del bien común, mejoramiento del servicio público, etc.), como el específico para cada tipo de acto administrativo, el cual se haya en la regulación de la atribución o competencia que con él se ejerce. Usualmente la desviación del fin es oculta, por cuanto se queda en la mente de quienes intervinieron en la expedición del acto, y resulta velada por la indicación expresa del fin que jurídicamente corresponde al acto, o por la presunción de éste cuando no se exterioriza, de allí que para establecerla deba auscultarse en las intimidades del acto, lo cual dificulta su verificación, sobre todo cuando la desviación es hacia intereses espurios, innobles, o mezquinos, caso en el cual, solo los autores del acto son los que saben de sus propias intenciones, lo que además de un problema de legalidad, entraña también un problema ético y puede llegar incluso al campo penal o disciplinario”[[53]](#footnote-53).*

Los argumentos de la parte actora frente a estas dos causales de nulidad de los actos administrativos ya fueron desvirtuados por la sala (ver numeral 3.3. de la parte motiva de esta sentencia), destacándose que la interventoría fue pasiva frente a las recomendaciones de ASOCRETO, las cuales fueron acogidas, no solamente por el IDU, sino también por el contratista de la obra y por la misma **interventoría**, tal como se evidencia en las actas 04 y 05 de 2000, en las que, sin reparo alguno, el representante del Consorcio Integral S.A. – Silva Carreño y Asociados S.A. – Silva Fajardo y Cia. Ltda., interventor del contrato de obra, apoyó -en cuanto no se opuso a ello-el uso del relleno fluido para la renivelación, lo cual no estaba establecido inicialmente para el contrato de obra IDU-403/2000, sin que se hubiesen realizado los estudios o análisis correspondientes frente a la estabilidad y durabilidad de dicho elemento, con miras a la ejecución de la obra que se llevaría cabo en la zona norte de Transmilenio, no obstante que era su obligación asesorar a la entidad contratante para la correcta ejecución del contrato de obra, de conformidad con lo convenido en la cláusula 3.1 de las condiciones generales del contrato de interventoría 146 de 2000[[54]](#footnote-54).

Precisamente, la interventoría debió hacer las recomendaciones, tanto al contratista como al contratante, en torno a las mejores acciones que se debían llevar a cabo para la ejecución de la obra, de conformidad con lo previsto en los numerales 1.1.3, 1.1.7, 2.1.3, 2.1.4 y 2.1.7[[55]](#footnote-55) del Manual de Interventoría del IDU, en los cuales se consagra la obligacion del interventor de estudiar toda la documentación del proyecto, con el fin de establecer criterios claros y precisos para la correcta ejecución del contrato de obra, como también presentar las modificaciones que se requieran al proyecto, frente a su diseño, programación u otro factor del mismo, lo que necesariamente tiene que ver con los materiales necesarios y adecuados para la obra.

Por lo tanto, si se tenían que modificar los diseños originales de la obra, quien debía asesorar al respecto a la entidad contratante y al contratista, con todos los soportes técnicos y ensayos correspondientes, era el interventor, ya que se le contrató precisamente como experto en capacidad de acompañar el proceso contractual, para que, entre otras cosas, de presentarse dudas frente a los materiales a utilizar, fuera quien, de manera técnica y profesional, indicara cuáles eran los mejores materiales y diseños para ejecutar la obra; pero, como ya se vio, éste nunca tomó una postura concreta y técnica al respecto, razón por la cual le asiste responsabilidad por las fallas del contrato de obra, pues no ejecutó adecudamente su función de interventor, en la medida en que no realizó las pruebas necesarias al relleno fluido, ni se opuso a su utilización y, por ende, no prestó una eficiente asesoría al IDU.

En consecuencia, no puede afirmar el recurrente -como lo hace en su recurso (fol. 473 del cuaderno principal)- que se realizó un control de calidad selectivo y que; “cumplió con el encargo de estudiar y revisar los Estudios y Diseños entregados por la entidad contratante a fin de determinar si presentaban algún tipo de problema constructivo o de otra índole, como se exigía en el Pedido de Propuestas Estandar(sic), así como con la evaluación de la posibles inconsistencias y cambios que pudieran afectar los presupuestos y/o el cronograma para la ejecución del mismo”[[56]](#footnote-56), ya que, como se indicó no existe prueba en el proceso que demuestre que el interventor hizo las pruebas técnicas al relleno fluido y, por el contrario, se evidencia de su parte una clara omisión, al dejar su realización al contratista.

Por otro lado, mal puede indicar el recurrente que era potestad exclusiva del IDU determinar cuál material se iba a utilizar, por cuanto quien debía asesorar al respecto al IDU era precisamente el interventor, según lo dicho en los numerales 2.1.4 y 2.1.7 del Manual de Interventoría del IDU, que establecen como obligación suya presentar al IDU las modificaciones necesarias al proyecto, cosa que, se insiste, acá no ocurrió.

Por último, tampoco existe prueba en el expediente que demuestre que la utilización del relleno fluido fue una decisión exclusiva del IDU y ASOCRETO y menos aún que ella estuvo motivada por intereses distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico. Lo que hay al respecto son meras afirmaciones de la parte actora, pero carentes de sustento probatorio.

En conclusión, la interventoría del contrato de obra IDU-403/2000 incumplió sus obligaciones legales y contractuales, y ello fue lo que llevó a que el IDU hiciera efectiva la garantía constituida a su favor.

Así las cosas, la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados no ha sido desvirtuada; por consiguiente, la Sala confirmará la sentencia apelada, de conformidad con las razones antes expuestas.

**4.- 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:**

**Primero: Confírmase**  la sentencia apelada del 5 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sub Sección B.

**Segundo:** Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**Aclaración de Voto Aclaración de Voto**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, auto del 14 de septiembre de 2017, radicación 66001-23-33-000-2012-00119-01(58025). [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 17859. [↑](#footnote-ref-2)
3. “*Por medio de la cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. Contrato obrante a folios 18 al 42 cuaderno de anexos de la demanda número 2. [↑](#footnote-ref-4)
5. 7. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

   “7.1 Solución Las Partes harán lo posible por llegar a una solución

   amigable amigable de todas las controversias que surjan de

   este contrato o de su interpretación.

   “7.2 Solución de Toda controveria entre las Partes relativa a

   controversidas cuestiones que surjan en virtud de este contrato

   que no haya podido solucionarse en forma

   amigable dentro de los treinta (30) días siguientes

   a la recepción por una de las Partes de la solicitud

   de la otra Parte para encontrar una solución

   amigable, podrá ser presentada por cualquiera

   de las Partes para su solución conforme a lo

   lo dispuesto en las CEC” (las CEC son las

   condiciones especiales del contrato). [↑](#footnote-ref-5)
6. “7.2. Toda diferencia, controversia o reclamación que surja

   de este Contrato o en relación con el mismo, o

   con su incumplimiento, rescisión o invalidez, deberá

   solucionarse mediante arbitraje de conformidad con

   el reglamento de arbitraje de la Comisión de las

   Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

   Internacional (CNUDMI) vigente en ese momento”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Auto del 14 de septiembre de 2018, radicación 13001-23-31-000-2009-00164-01(53392). [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de abril de 2018, Rad. 58.890. [↑](#footnote-ref-8)
9. Radicación 05001-23-31-000-2010-00463-01 (58890) [↑](#footnote-ref-9)
10. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Narciso Palacios c/ Argentina, informe 105/99, caso 10.194, 29 de septiembre de 1999. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de marzo de 2007, exp. 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ). [↑](#footnote-ref-11)
12. Un acápite titulado “Efectos de la presente sentencia”, sin numeración. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fl 189, c1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en su jurisprudencia constante, aplicó la tesis de la renuncia táctica a la cláusula compromisoria en aquellos casos en los que, pese a que ésta había sido pactada entre las partes de un contrato estatal, una de ellas acudía ante el juez administrativo en ejercicio del medio de control de controversias contractuales y la otra guardaba silencio o en la contestación de demanda no alegaba expresamente la falta de jurisdicción, con lo que se configuraba la renuncia tácita por cuenta de los contratantes. Sobre este particular la Sección Tercera se ha pronunciado, entre otros, en las siguientes providencias: auto de 19 de marzo de 1998, exp. 14097; sentencia de 4 de octubre de 2003, exp. 10883; Sentencia de 26 de febrero e 2004, exp. 25094; sentencia de 16 de marzo de 2005, exp. 27394; Sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 29699; sentencia de 23 de julio de 2010, exp. 18395. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sentencia del 5 de marzo de 2015, radicación 11001-03-15-000-2015-00031-00(AC). [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de julio de 2012 (exp. 23546). [↑](#footnote-ref-16)
17. Al respecto, ver sentencia del 16 de junio de 1997 de la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 10.882), y el auto de la misma Sección de 19 de marzo de 1998, (exp. 14.097) del que se destaca: *“se tiene que la parte actora al instaurar la presente demanda renunció tácitamente a acudir ante un Tribunal de Arbitramento con el fin de dirimir cualquier conflicto que se suscitara en la ejecución del contrato No. 430 de 28 de diciembre de 1994, lo mismo sucedió con la parte demandada ya que en la oportunidad pertinente no propuso la excepción de cláusula compromisoria. Si las partes renunciaron en forma tácita a hacer uso de la cláusula compromisoria, no puede la parte demandada proponerla como incidente de nulidad fuera del término que la ley le otorga para contestar la demanda y proponer las excepciones a que haya lugar”*. [↑](#footnote-ref-17)
18. Llama la atención que la nueva ley de arbitramento, esto es la Ley 1563 de 2012 también acepta la renuncia tácita al pacto compromisorio, tal y como lo acogía la tesis jurisprudencial que se mantuvo hasta el 2013, en relación con la ley anterior. [↑](#footnote-ref-18)
19. Sentencia del 8 de mayo de 2014, radicación 08001233100020120244501 (2725-2012) [↑](#footnote-ref-19)
20. La Corte Constitucional, en sentencia C-136 del 19 de febrero de 2004, manifestó: *“La jurisprudencia de la Corte ha sido además constante en señalar que el principio de la confianza legítima es una proyección de aquel de la buena fe, en la medida en que el administrado, a pesar de encontrarse ante una mera expectativa, confía en que una determinada regulación se mantendrá.*

    *“(...)*

    *“La anterior línea jurisprudencial ha sido mantenida y profundizada por la Corte al estimar que la interpretación judicial debe estar acompañada de una necesaria certidumbre y que el fallador debe abstenerse de operar cambios intempestivos en la interpretación que de las normas jurídicas venía realizando, y por ende, el ciudadano puede invocar a su favor, en estos casos, el respeto por el principio de la confianza legítima”.* [↑](#footnote-ref-20)
21. 26 de agosto de 2009. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ley 954 de 2005. [↑](#footnote-ref-22)
23. Según este artículo, son contratos estatales los celebrados por las entidades enunciadas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

    “Para los solos efectos de esta ley:

    “1o. Se denominan entidades estatales:

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

    “b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (…)”. [↑](#footnote-ref-23)
24. Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

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

    “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

    “Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. [↑](#footnote-ref-24)
25. Al respecto: Consejo de Estado, Sección Tercera, pronunciamiento del 25 de enero de 2007, expediente 73001-23-31-000-2002-02137-01 [↑](#footnote-ref-25)
26. Artículo 6, Código de Procedimiento Civil. “Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, (sic) podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley”. [↑](#footnote-ref-26)
27. Mediante auto del 6 de junio de 2008, se corrió traslado para alegar de conclusión de conformidad con el artículo 210 del C.C.A. [↑](#footnote-ref-27)
28. Memorial del 24 de junio de 2008. [↑](#footnote-ref-28)
29. Memorial del 4 de abril de 2006. [↑](#footnote-ref-29)
30. Artículo 1602, Código Civil. “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. [↑](#footnote-ref-30)
31. Contrato obrante a folios 18 al 42 cuaderno de anexos de la demanda número 2. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de mayo de 2009, expediente 16369. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de octubre de 2011, expediente 25000-23-26-000-1995-0155501 (20070). [↑](#footnote-ref-33)
34. Artículo 209, Constitución Politica de Colombia. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

    Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.  [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 238 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-35)
36. “1.1.3. Revisar y estudiar la documentación del proyecto

    “Es responsabilidad del interventor revisar y estudiar los documentos e información general, suministrados por el coordinador, con el propósito de establecer criterios claros y precisos sobre el proyecto, que le permitan adelantar con efectividad las labores encomendadas.

    “1.1.4. Verificar la información técnica contenida en los documentos.

    “Es deber de la interventoría, revisar los requerimientos técnicos exigidos al consultor en los pliegos de condiciones. Adicionalmente, y dependiendo el tipo de consultoría sobre la cual se ejercerá la Interventoría, es indispensable que ésta última efectúe una visita al terreno donde se ubicará el proyecto a desarrollar, con el fin de identificar requerimientos específicos del mismo”. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 405 pruebas aportadas con la contestación de la demanda. [↑](#footnote-ref-37)
38. Numeral 1 de los artículos 14 y 32 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-38)
39. Tal y como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C – 618 del 8 de agosto de 2012. [↑](#footnote-ref-39)
40. Numerales 2.1.3 y 2.1.4 del Manual de Interventoría del IDU (folios 387 al 440, cuaderno 6), que consagran:

    “2.1.3. Revisar y estudiar la documentación del proyecto

    “Es responsabilidad del interventor revisar y estudiar los documentos e información general, suministrados por el coordinador, con el propósito de establecer criterios claros y precisos sobre el proyecto, que le permitan adelantar con efectividad las labores encomendadas.

    “2.1.4. Verificar la información técnica contenida en los documentos

    “Es indispensable que interventor efectúe una visita al terreno donde se ejecutará el proyecto, para verificar sus condiciones, detectando posibles modificaciones en el contrato de obra”. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folios 645 al 657, cuaderno 2 [↑](#footnote-ref-41)
42. Folios 658 al 665, cuaderno 2 [↑](#footnote-ref-42)
43. 1.1.7. Presentar las modificaciones del proyecto (se transcribe literal) “Si de acuerdo con la reunión entre interventor y contratista, se determina la necesidad de implementar ciertas modificaciones en la programación u otro aspecto del proyecto, el interventor en conjunto con el consultor, deberá elaborar la propuesta que justifique las modificaciones planteadas. Dichio a propuesta deberá presentarse en una reunión en el IDU, en donde participarán Interventor, Consultor, Coordinador del Proyecto y Director de la unidad involucrada.

    “El coordinador del Proyecto será el responsable de preparar la reunión”. [↑](#footnote-ref-43)
44. 2.1.7. Presentar las modificaciones del proyecto (se transcribe literal) “Si conforme a los estudios y diseños y a los acuerdos establecidos en la reunión entre interventor y contratista, se determina la necesidad de implementar ciertas modificaciones en el diseño, programación u otro factor del proyecto, el interventor en conjunto con el consultor, deberá elaborar la propuesta que justifique las modificaciones planteadas. Esta propuesta deberá presentarse en una reunión en el IDU, en donde participarán interventor, contratista, coordinador, director de la unidad involucrada, el Subdirector correspondiente y el Director General o su delegado.

    “Si los cambios no afectan en gran proporción el proyecto, en la reunión además del interventor y contratista, sólo deberá participar el coordinador y el director de la unidad involucrada.

    “El interventor y el coordinador serán los responsables de preparar la reunión”. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folios 253 al 256, cuaderno 6 [↑](#footnote-ref-45)
46. Folios 145 y 148, cuaderno 3 [↑](#footnote-ref-46)
47. Visible a folio 428 a 430 del cuaderno anexos de la demanda, cuyo objeto es el siguiente (se transcribe literal):

    *“PRIMERA – OBJETO: El objeto del presente convenio es aunar esfuerzos técnicos con miras al aseguramiento de la calidad de los pavimentos locales, dentro del programa de Construcción, Recuperación y Conservación de la Malla Vial en el distrito capital de Santa Fe de Bogotá que adelanta el IDU”.*  [↑](#footnote-ref-47)
48. Folios 431 a 434 del cuaderno anexos de la demanda, cuyo objeto es el siguiente (se transcribe literalmente):

    *“CLAUSULA PRIMERA- OBJETO: El presente convenio tiene como objeto la elaboración de los estudios y diseños de pavimentos y/o andenes en concreto a construir en todas las localidades de Santafe de Bogotá ejecutadas por medio el programa de Gestión Compartida”.*  [↑](#footnote-ref-48)
49. Visible a folio 423 a 425 del cuaderno anexos de la demanda [↑](#footnote-ref-49)
50. Visible a folio 435 a 437del cuaderno anexos de la demanda [↑](#footnote-ref-50)
51. Cfr. supra, pág. 20. [↑](#footnote-ref-51)
52. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 23 de junio de 2011, radicación 11001-03-27-000-2006-00032-00 (16090). [↑](#footnote-ref-52)
53. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 7 de junio de 2012, radicación 66001-23-31- 000-1998-00645-01 [↑](#footnote-ref-53)
54. 3.1. Generalidades. (se transcribe literal) “El consultor prestará los Servicios y cumplirá con sus obligaciones con la debida diligencia, eficiencia y economía, de acuerdo con técnicas y prácticas profesionales generalmente aceptadas; asimismo, observará prácticas de administración apropiadas y empleará técnicas modernas adecuadas y métodos eficaces y seguros. En toda cuestión relacionada con este Contrato o con los Servicios, **el Consultor actuará siempre como asesor leal del Contratante** y en todo momento deberá proteger y defender los intereses legítimos del Contratante en los acuerdos a que llegue con un Subconsultor o con terceros”. (negrillas fuera de texto) [↑](#footnote-ref-54)
55. Los numerales 1.1.3, 1.1.7, 2.1.3, 2.1.4, 2.1.7 se trascribieron en los pie de página 16, 23, 20 y 24 de esta providencia, respectivamente. [↑](#footnote-ref-55)
56. Folio 471, cuaderno principal [↑](#footnote-ref-56)