

CONTRATO DE INTERVENTORÍA – Partes del contrato – Pago del precio – Formas de pago

Para la Sala no cabe duda de que las cláusulas novena y décima tercera del contrato de interventoría, antes de su modificación, previeron sin ambigüedad o vaguedad, como regla del pago, que este sería proporcional al avance de las obras objeto de la supervisión, con el propósito de garantizar la permanencia del interventor, en concordancia con lo dispuesto en el pliego de condiciones. Con la prórroga 1 al contrato PDA-C-162-2011 se reiteró la regla anterior y, a la par, en el párrafo cuarto de la cláusula décima tercera se adicionó una subregla de carácter exceptivo, cuya lectura arroja que, cuando el contrato de obra respectivo no llegara al 100% de ejecución por razones no imputables al interventor, se le pagaría el “saldo pendiente” de acuerdo con su oferta económica y el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) la aprobación por el supervisor del informe final de ejecución de las obras, que debía incluir la justificación de los recursos empleados por la interventoría y ii) el proyecto de acta de liquidación de los contratos objeto del seguimiento técnico. Como se observa, el pago se sujetó al avance efectivo de los negocios supervisados, además de lo cual se introdujo una eventualidad consistente en que, si una vez finalizados aquellos no llegaban a un 100% de ejecución por causas no imputables al interventor, a este último se le reconocería, además, el monto restante de su oferta económica, sobre la base de que no fue quien ocasionó la falta de avance pleno de los acuerdos del seguimiento técnico. Entonces, la subregla exceptiva, al aludir al reconocimiento del “saldo pendiente de acuerdo con su oferta económica”, hizo referencia a la suma faltante diferente de la regla inicial. Frente a ese aspecto la Sala resalta que, si los sujetos negociales hubieran querido mantener como única regla el pago sujeto al porcentaje de ejecución de los contratos del seguimiento técnico, como lo sostuvo el a quo, no habrían añadido el párrafo cuarto de la cláusula décima tercera, que estableció un criterio diferenciado y separable del resto de mandatos sobre la obligación de pago. Por ello, de la lectura literal de las cláusulas del contrato referidas al pago, es claro que se añadió una subregla respecto de esa obligación. Así, para la aplicación de una u otra pauta se debía verificar, en últimas, si el interventor ocasionó o no con su actuar una ejecución menor al 100% de los contratos supervisados, ya que en el primer escenario opera el pago solo de lo debidamente ejecutado, al paso que en el segundo de ellos procedía el pago de la totalidad del precio estimado.

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Ley aplicable - Ley 142 de 1994 - Ley 80 de 1993

Si bien se estableció en el pliego de condiciones y en el contrato de interventoría PDA-C-162-2011 que la normativa que regía el negocio jurídico era la contenida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP- y sus reformas, al contrato le aplicaba la Ley 142 de 1994 y el derecho privado, en virtud de lo previsto en el artículo 31 de esa primera norma, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, así como en el artículo 32, según los cuales los negocios celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, como EPC, están sometidos por esas fuentes y no por la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones. Empero, al quedar los contratos suscritos por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios sometidos al derecho privado, salvo lo regulado en la Ley 142 de 1994, la autonomía de la voluntad permite la inclusión de cláusulas, términos o figuras de las que se ocupa el EGCAP, sin que ello implique modificar el régimen jurídico que les corresponde y, por tanto, sin que por esa vía se otorguen prerrogativas de poder público de las que se carecen bajo el régimen común, lo que exige que tales incorporaciones se hagan de manera expresa y específica, pues esa posibilidad está restringida a aquellos elementos de libre disposición y no a todo el régimen que rige los acuerdos de voluntades del Estado. En ese sentido, pese a que CLH convino con EPC que al contrato de interventoría le aplicaría el EGCAP, ello se hizo de manera genérica, sin que se hubiera precisado que alguna de las figuras previstas por el legislador en ese estatuto se acogería en la interventoría, por lo que, dado que no es posible que los sujetos negociales varíen el régimen jurídico del contrato en forma general, sino solo frente a aquellos aspectos de libre disposición, la normativa aplicable en el sub examine es la contenida en la Ley 142 de 1994 y el derecho privado. A partir de lo anterior, aunque la parte demandante invocó

en su segundo cargo un desequilibrio económico del contrato, previsto en la Ley 80 de 1993, este no resulta aplicable al sub lite, porque esa figura no fue contemplada en la Ley 142 de 1994 ni en el derecho privado, de manera que, eventualmente, de cumplirse los supuestos para el análisis de fondo, correspondería revisar lo ventilado por CLH a partir de la teoría de la imprevisión establecida en el artículo 868 del Código de Comercio, que exige la demostración de una mayor onerosidad originada en circunstancias extraordinarias e imprevistas que alteren o agraven una prestación de “futuro cumplimiento”.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Contrato de interventoría – Cumplimiento parcial

Precisado el panorama en torno a la aplicación de la cláusula de pago y en orden a establecer si le asiste razón a CLH al atribuir a la demandada el incumplimiento parcial de esa obligación, corresponde verificar si los contratos supervisados se ejecutaron en un 100% o en un porcentaje menor y, de acreditarse el segundo de esos eventos: i) si tal circunstancia se produjo por razones ajenas al interventor y ii) si previamente el supervisor aprobó tanto el informe final de ejecución de las obras, con la justificación de los recursos empleados por la interventoría, como el proyecto de acta de liquidación de los contratos del seguimiento técnico. Respecto del porcentaje de ejecución de los contratos de obra, el acta de liquidación bilateral referenciada anteriormente estipuló que el interventor cumplió sus obligaciones y que la ejecución de los negocios supervisados fue del 95,67/100%, circunstancia que refleja una realización parcial de los objetos negociales de los acuerdos de la supervisión. Por ello, se pasa a revisar los demás requisitos del párrafo cuarto de la cláusula décima tercera del contrato de interventoría para el pago del 100% del precio estimado. (...)En otras palabras, el material probatorio obrante en el proceso no da cuenta de si el cumplimiento parcial de los contratos de obra fue ajeno al interventor, pues se desconoce si hubo un responsable por tales circunstancias o si se trató de una situación extraña a las partes. Lo propio sucede con las exigencias de la aprobación por el supervisor del informe final de ejecución de las obras y sus actas de liquidación, porque no se aportaron esos documentos en su totalidad, frente a lo que se destaca que su ausencia no daba lugar a encontrar configurado el incumplimiento, sino a la improcedencia del pago del 100% del precio. En virtud del artículo 1626 del Código Civil, solo corresponde pagar lo que se debe, de ahí que CLH debía acreditar el cumplimiento de los supuestos del párrafo cuarto de la cláusula décima tercera del contrato de interventoría para que se constituyera en mora a EPC por el 100% del monto estimado como pago, lo que no sucedió. Como consecuencia, no se demostró que EPC hubiera incurrido en un incumplimiento parcial de la obligación de pago, pues solo se acreditó que estaba obligada a pagar lo debidamente ejecutado y no la totalidad de la propuesta económica. En suma, de la revisión de las pruebas aportadas para la Sala no hay duda de que, aunque el párrafo cuarto de la cláusula décima tercera del contrato de interventoría dispuso que podría reconocerse el 100% del precio estimado en ese acuerdo, si la eventual falta de ejecución total de los contratos supervisados era ajena a las partes y si se allegaban el informe final de ejecución de las obras y las actas de liquidación de esos actos jurídicos, CLH no demostró el cumplimiento de tales exigencias, por lo cual no es posible acceder al primer cargo.



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

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., nueve (9) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 25000-23-36-000-2017-01979-02
No. Interno: 69340
Actor: CONSORCIO LOGÍSTICA HIDRÁULICA
Demandado: EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. ESP
Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - CPACA

Temas: CONTRATOS SUSCRITOS POR EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – su régimen es el contenido en la Ley 142 de 1994 y en lo no regulado el derecho privado. / OBLIGACIÓN DE PAGO - según el artículo 1626 del Código Civil, es la prestación de lo que se debe. / DESEQUILIBRIO ECONÓMICO - fue previsto en la Ley 80 de 1993 y no es aplicable a los contratos sometidos a derecho privado. / IMPREVISIÓN - requiere que la circunstancia sobreviniente que ocasiona una mayor onerosidad sea ajena a las partes y procede frente a prestaciones futuras.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 29 de julio de 2022, por medio de la cual la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. suscribió el contrato de interventoría PDA-C-162-2011 con el consorcio Logística Hidráulica, cuyo objeto consistió en realizar el seguimiento técnico y financiero de varios negocios suscritos por aquella, con un plazo inicial de 13 meses, que fue modificado en distintas ocasiones. La demandante considera que se incumplió la obligación de pago, pues debió reconocérsele el 100% de lo pactado y no solo el porcentaje de lo debidamente ejecutado en los contratos de obra intervenidos, así como también se configuró un desequilibrio económico por una extensión del plazo contractual, por cuenta de las adiciones y prórrogas de que este fue objeto, lo que le generó costos adicionales que no se le reconocieron.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 19 de octubre de 2017¹, el consorcio Logística Hidráulica *-en adelante CLH-* presentó demanda de controversias contractuales contra la sociedad Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. ESP *-en adelante EPC-*, con el fin de que se declarara que: **i)** se incumplió parcialmente la obligación de pago prevista en el párrafo 4 de la cláusula décima tercera del contrato de interventoría PDA-C-162-2011, modificada por el documento de prórroga 1, y **ii)** se produjo una prolongación del contrato no imputable al interventor, por la alteración de sus condiciones económicas iniciales, por lo que la contratante debe asumir los costos adicionales de personal, administración y otros, así como los intereses respecto de las sumas dejadas de percibir.

En virtud de lo anterior, se pidió el pago de: **i)** \$93'175.763,76, a título de saldo pendiente por la primera pretensión; **ii)** \$443'086.883, por concepto de mayores costos de personal, y \$32'553.820 por mayores gastos generales de administración, personal técnico no facturable y otros; **iii)** \$420'572.273 por concepto de intereses comerciales; y **iv)** la actualización y el reconocimiento de intereses frente a todos esos emolumentos y lo demás que se logre probar en el proceso².

Como hechos narrados, se destaca que, el 27 de septiembre de 2011, EPC y CLH suscribieron el contrato PDA-C-162-2011, que tuvo por objeto la interventoría de múltiples contratos de obra celebrados por la contratante, con un plazo inicial de 13 meses, por la suma de \$1.657'156.744. Su ejecución inició el 14 de octubre de 2011 y fue adicionado y prorrogado en distintas oportunidades. Tras las modificaciones, el valor final del contrato fue de \$2.243'546.272 y el plazo se extendió 14 meses y 29 días más de lo inicialmente pactado.

El 17 de septiembre de 2015 las partes suscribieron el acta de liquidación bilateral del contrato de interventoría, respecto de la cual CLH dejó salvedades, así: **i)** consideró que existe un saldo total pendiente en su favor de \$93'175.763,76, por concepto del pago del valor del contrato; y **ii)** estimó que hubo un desequilibrio

¹ Archivos 4 y 5 del índice 2 de SAMAI en segunda instancia. Mediante escrito posterior, obrante en el archivo 9 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia, el demandante reformó la demanda, pero no añadió ningún argumento adicional, sino que se circunscribió a modificar el acápite de solicitudes probatorias.

² La cuantía se estimó en la sumatoria de la pretensión mayor, para un total de \$475'640.703.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

económico imputable a la modificación del negocio jurídico, debido a la asunción de sobrecostos por una extensión contractual no imputable al interventor.

CLH consideró, de un lado, que EPC debió reconocerle el pago del 100% de lo convenido en virtud del parágrafo 4 de la cláusula décima tercera del contrato, adicionado por la prórroga 1, en el que se pactó que, si los contratos objeto de supervisión no llegaban a un 100% de ejecución por razones no imputables al interventor, se le pagaría el saldo pendiente de acuerdo con su oferta económica, previa aprobación del supervisor y demostrados los recursos empleados por la interventoría durante el plazo del contrato, pues cumplió esos requisitos.

En ese orden de ideas, CLH estimó que la entidad demandada erró al interpretar las referidas cláusulas, en el sentido de que la contraprestación pactada en el contrato de interventoría sería proporcional a la ejecución de los contratos de obra vigilados, en desconocimiento de los artículos 1602 del Código Civil, 27 de la Ley 57 de 1997 y 5 de la Ley 80 de 1993.

Por otra parte, la demandante arguyó que las prórrogas y adiciones de los contratos produjeron modificaciones a la interventoría y, además, ocasionaron su desequilibrio económico por una afectación a las condiciones técnicas, financieras y jurídicas del acuerdo de voluntades, en concordancia con el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, ya que, si bien consintió la suscripción de tales ajustes, *“ello no quiere decir que con estas se hayan atajado las alteraciones a las condiciones iniciales con las que suscribió el contrato”*.

En ese punto, resaltó que los contratos de obra objeto de la supervisión adolecieron de múltiples inconvenientes ajenos a su actuar que ocasionaron una ampliación en el tiempo de la interventoría que le generó mayores costos de personal, equipos de topografía, desplazamiento, vehículos, administración de los recursos, personal técnico, costos financieros, impuestos, costos de oficinas y campamentos, depreciación de equipos, pólizas y similares, *“sin recibir contraprestación a cambio”*.

2. Contestación de la demanda

EPC contestó la demanda³ y se opuso a sus pretensiones, por considerar que no incurrió en un incumplimiento de la obligación de pago, ni generó el alegado

³ Archivo 8 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia. La demandada también contestó la reforma de la demanda, como obra en el archivo 13 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia; empero, no añadió ningún argumento adicional, sino que se restringió a aportar varias pruebas.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

desequilibrio económico. Como consecuencia, formuló las excepciones de caducidad, indebida integración de la parte pasiva, cumplimiento del contrato, cobro de lo no debido, ausencia de responsabilidad, inexistencia del desequilibrio del contrato y la genérica.

Frente al cargo de incumplimiento del pago, adujo que no tiene cabida el argumento según el cual se le debía pagar a CLH el 100% del valor del contrato, pues el clausulado negocial estipuló que esa obligación estaba sujeta al porcentaje de avance en los negocios objeto de la interventoría, así como a la justificación de lo ejecutado, por lo que lo exigido por el demandante implica que *“pretende el cobro de interventoría que no realizó”*.

Respecto del cargo de desequilibrio económico manifestó que, pese a que el contrato de interventoría se modificó, frente a cada ajuste se le reconoció a CLH lo que requirió y, al momento de suscribir las adiciones o prórrogas declaró que aquellas no generaban ajustes de precios, desequilibrio económico, ni costos adicionales a cargo de EPC, por lo que renunció expresamente a cualquier reclamación derivada de tales circunstancias. También precisó que, en todo caso, no se ocasionó la mencionada situación, ni se alegó durante la etapa de ejecución, como lo exigían los principios de lealtad y buena fe.

3. Sentencia de primera instancia

El 29 de julio de 2022⁴, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda, por considerar que no se configuró un incumplimiento de la obligación de pago por EPC, ni un desequilibrio económico que la demandada debiera asumir.

En relación con el cargo de incumplimiento de la obligación de pago por EPC, el *a quo* manifestó, a partir de la interpretación del clausulado del contrato de interventoría y sus modificaciones, que: **i)** ese negocio estaba sujeto al avance de los contratos de obra objeto del seguimiento técnico, por lo que, dado que aquellos no se ejecutaron en un 100%, el pago no podía ser por la totalidad de lo convenido y **ii)** se pactó que el reconocimiento del *“saldo pendiente”* estaba sujeto a que se demostrara la justificación de los recursos empleados por la interventoría en el plazo pactado, lo que no sucedió, y que en todo caso ese mandato se debía entender supeditado al pago por el porcentaje de avance de los contratos supervisados.

⁴ Archivo 24 del índice 57 de SAMAI de primera instancia.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

Respecto del cargo de desequilibrio económico, consideró que no se demostró y, en particular, se acreditó que por las modificaciones al contrato de interventoría PDA-C-162-2011 se adicionó el monto de remuneración *-exactamente en un 45% respecto de lo inicialmente pactado-*, sin que el contratista hubiera dejado salvedades para advertir aquello en que fundó su demanda, lo que evidencia que no existió una alteración injustificada del álea negocial.

4. Recurso de apelación

La demandante presentó recurso de apelación⁵, en el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda, por estimar que, contrario a lo resuelto por el *a quo*, EPC incumplió la obligación de pago del contrato de interventoría PDA-C-162-2011 y propició una alteración en sus condiciones por una prolongación temporal.

Respecto del cargo de incumplimiento en la obligación de pago, manifestó que, distinto a lo advertido por el *a quo*, de la lectura de la cláusula décima tercera del contrato de interventoría PDA-C-162-2011, tras su modificación, se vislumbra con claridad que el querer de los sujetos negociales fue el reconocimiento del pago del 100% del monto acordado y no solo del porcentaje debidamente ejecutado, por lo que, dado que se pagó solo el monto proporcional a la ejecución de los contratos de obra objeto de vigilancia, debía ordenarse la cancelación del saldo restante.

En cuanto al desequilibrio económico, adujo que el *a quo* erró al desestimarlos por no haberse acreditado, pues, por el contrario, se demostró la ocurrencia de una variación injustificada a las condiciones iniciales del contrato de interventoría PDA-C-162-2011, no imputable al contratista, toda vez que se presentó una ampliación en el tiempo de la vigilancia de los contratos de obra *-dadas sus modificaciones-*, lo que le ocasionó costos imprevistos que, a diferencia de lo concluido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se advirtieron como salvedades en el acta de liquidación y cuya retribución no le fue reconocida con las adiciones del precio en el negocio de interventoría, por lo que debía concederse judicialmente.

III. CONSIDERACIONES

Como no se advierte la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado y, en tanto se evidencia el cumplimiento de los presupuestos procesales

⁵ Archivos 26 y 27 del índice 60 de SAMAI de primera instancia. Los cargos del recurso serán ampliados al momento de ser analizados en el caso concreto.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

de competencia, procedencia y oportunidad de la demanda⁶, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia⁷.

1. Objeto del recurso de apelación

En el caso concreto corresponde establecer: **i)** si EPC incumplió parcialmente la obligación de pago contenida en la cláusula décima tercera del contrato de interventoría PDA-C-162-2011, modificada posteriormente, debido a que, según la interpretación de la parte demandante, debía reconocerle el 100% de lo pactado y no solo el porcentaje debidamente ejecutado y **ii)** si una extensión temporal de la interventoría por razones no imputables al contratista habría alterado el negocio jurídico en sus condiciones técnicas, económicas y financieras, generando un desequilibrio económico. Si alguno de los cargos descritos prospera, se debe verificar si es procedente el reconocimiento de los emolumentos pedidos por CLH.

1.1. Precisión preliminar: el régimen jurídico del contrato de interventoría PDA-C-162-2011

Si bien se estableció en el pliego de condiciones y en el contrato de interventoría PDA-C-162-2011 que la normativa que regía el negocio jurídico era la contenida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP- y sus reformas, al contrato le aplicaba la Ley 142 de 1994 y el derecho privado, en virtud de lo previsto en el artículo 31 de esa primera norma, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, así como en el artículo 32⁸, según los cuales los

⁶ Al *sub judice* le resultan aplicables las disposiciones procesales vigentes para la fecha de la presentación de la demanda -19 de octubre de 2017-, las cuales corresponden a las contenidas en el CPACA, así como a las disposiciones del CGP, en virtud de la integración normativa prevista en el artículo 306 del primer estatuto mencionado. El *sub lite* también se rige por la Ley 2080 de 2021, pues el recurso de apelación se presentó el 6 de septiembre de 2022, cuando tal norma ya se encontraba en vigor; sin embargo, las normas que modificaron el régimen de competencias no son aplicables, debido a que entraron a regir un año después de la publicación de ese estatuto, pero solo para las demandas que se radiquen a partir de esa fecha y no para los procesos en curso.

⁷ La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del asunto, con fundamento en el numeral 3 del artículo 104 del CPACA, pues el contrato de interventoría PDA-C-162-2011 fue suscrito con una empresa de servicios públicos domiciliarios y en su cláusula vigésima se pactaron las cláusulas exorbitantes de terminación, modificación e interpretación unilateral. Se precisa que, ni en la demanda, ni en el recurso de apelación, se formuló ningún cargo contra tales facultades, por lo que no se estudiará en este asunto si procedía pactarlas o no, lo que excedería el *petitum*. A su vez, el Consejo de Estado es competente para conocer de la apelación, por tratarse de un proceso de doble instancia y debido a que la cuantía superó 500 SMLMV.

⁸ "Artículo 31. [Modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001]. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa [...]. // "Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

negocios celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, como EPC, están sometidos por esas fuentes y no por la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones.

Empero, al quedar los contratos suscritos por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios sometidos al derecho privado, salvo lo regulado en la Ley 142 de 1994, la autonomía de la voluntad permite la inclusión de cláusulas, términos o figuras de las que se ocupa el EGCAP, sin que ello implique modificar el régimen jurídico que les corresponde y, por tanto, sin que por esa vía se otorguen prerrogativas de poder público de las que se carecen bajo el régimen común, lo que exige que tales incorporaciones se hagan de manera expresa y específica, pues esa posibilidad está restringida a aquellos elementos de libre disposición y no a todo el régimen que rige los acuerdos de voluntades del Estado.

En ese sentido, pese a que CLH convino con EPC que al contrato de interventoría le aplicaría el EGCAP, ello se hizo de manera genérica, sin que se hubiera precisado que alguna de las figuras previstas por el legislador en ese estatuto se acogería en la interventoría, por lo que, dado que no es posible que los sujetos negociales varíen el régimen jurídico del contrato en forma general, sino solo frente a aquellos aspectos de libre disposición, la normativa aplicable en el *sub examine* es la contenida en la Ley 142 de 1994 y el derecho privado.

A partir de lo anterior, aunque la parte demandante invocó en su segundo cargo un desequilibrio económico del contrato, previsto en la Ley 80 de 1993, este no resulta aplicable al *sub lite*⁹, porque esa figura no fue contemplada en la Ley 142 de 1994 ni en el derecho privado, de manera que, eventualmente, de cumplirse los supuestos para el análisis de fondo, correspondería revisar lo ventilado por CLH a partir de la teoría de la imprevisión establecida en el artículo 868¹⁰ del Código de

derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado [...].

⁹ En otros asuntos en que se alegó el desequilibrio económico del contrato frente a negocios regidos por el derecho privado, esta Corporación descartó la posibilidad de hacer extensible esa figura a los actos jurídicos no sometidos al EGCAP. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencias: **i)** del 19 de marzo de 2020. Radicado 05001-23-33-000-2013-00781-02 (63572) y **ii)** del 8 de mayo de 2020. Radicado 05001-23-31-000-2000-03790-01 (39386). C.P. María Adriana Marín. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencias: **i)** del 28 de abril de 2021. Radicado 05001-23-31-000-2002-02078-01 (48962). C.P. Ramiro Pazos y **ii)** del 8 de septiembre de 2021. Radicado 15001-23-31-000-2011-00003-01 (58235). C.P. Alberto Montaña Plata. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 21 de septiembre de 2020. Radicado 05001-23-31-000-2001-00684-01 (47106). C.P. Jaime Enrique Rodríguez.

¹⁰ "Artículo 868. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevisibles o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. // El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

Comercio, que exige la demostración de una mayor onerosidad originada en circunstancias extraordinarias e imprevistas que alteren o agraven una prestación de “*futuro cumplimiento*”.

1.2. Primer cargo de la apelación: no se acreditó el incumplimiento de EPC de la obligación de pago de la cláusula décima tercera del contrato

El *a quo* desestimó el cargo de incumplimiento de la obligación de pago a partir de una interpretación de la cláusula décima tercera del contrato PDA-C-162-2011, en consonancia con las demás disposiciones convenidas por las partes, en virtud de lo cual evidenció que, pese a la modificación de la obligación de pago, el querer de los sujetos negociales fue que este estuviera supeditado al porcentaje de avance de los contratos de obra objeto del seguimiento técnico.

Resaltó que, si bien se adicionó un eventual reconocimiento del “*saldo pendiente*” en caso de que los contratos supervisados no llegaran a su ejecución total por causas no imputables al interventor, ello se condicionó a que se demostrara la justificación de los recursos empleados por la interventoría, lo que no sucedió, y no daba lugar a entender que se debía reconocer el 100% del saldo pactado como remuneración.

La apelante detalló que las partes modificaron la cláusula que contenía la obligación de pago para pactar el reconocimiento del 100% de la oferta económica, sin que ello dependiera del porcentaje de ejecución de los contratos de obra objeto de interventoría, bajo la comprensión de que había ocurrido una alteración del álea negocial. Como no se le reconoció lo descrito, hizo la salvedad sobre ese punto al momento de la liquidación y resaltó que no cabe interpretar la mencionada disposición contractual en el sentido de que el pago dependía del porcentaje de ejecución de los negocios vigilados, toda vez que, de atenderse a ese planteamiento, se habría tornado inocua su modificación.

También advirtió que EPC incurrió en una contradicción, en razón a que al finalizarse la ejecución contractual indicó que no procedía el pago de la totalidad de lo convenido, porque para ello se requería la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito, pero en la liquidación manifestó que en realidad nunca se pactó el pago del 100% del valor del negocio jurídico de interventoría. En ese punto, insistió en que satisfizo todas las obligaciones a su cargo.

reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. // Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

Seguidamente, adujo que, aunque el parágrafo segundo de la cláusula décima tercera del contrato de interventoría sujetó el pago al porcentaje de avance de las obras, el parágrafo cuarto de esa disposición, luego de su modificación, prescribió la obligación de pago del 100% cuando, pese a que existieran retrasos en los contratos objeto de la interventoría, estos no fueran imputables al interventor, lo que evidencia que el querer de los sujetos negociales consistió en convenir el pago total de la oferta económica y no de forma proporcional a la ejecución de las obras, en consideración a que la interventoría es un acuerdo principal y no accesorio de otros actos jurídicos.

Para decidir este cargo de la apelación, corresponde analizar el clausulado del contrato de interventoría PDA-C-162-2011 y sus modificaciones en cuanto a la obligación de pago, así como los antecedentes de su conformación, para establecer si se acordó el reconocimiento del 100% del precio estimado, o si lo que se pactó fue el pago proporcional a la ejecución de los contratos objeto de seguimiento técnico.

EPC adelantó el concurso de méritos **CM-PDA-045-2011** con el fin de adjudicar la interventoría de los contratos derivados de convenios interadministrativos o de procesos de selección que se adelanten por esa entidad *“en su condición de gestor del plan departamental de aguas”*. El presupuesto oficial se fijó de manera estimativa y se indicó que el valor final sería ajustado *“aplicando el valor del porcentaje de interventoría al valor de adjudicación de cada contrato de obra”*¹¹.

El 13 de septiembre de 2011¹² EPC adjudicó el procedimiento de selección a CLH y, el 27 de septiembre de 2011, ambos suscribieron el **contrato de interventoría PDA-C-162-2011** con un plazo inicial de 13 meses, con el objeto de realizar *“la interventoría integral a los contratos derivados de convenios interadministrativos o de procesos de selección que adelante empresas públicas de Cundinamarca S.A. ESP en su condición de gestor del plan departamental de aguas”*¹³.

En lo que concierne al pago, la cláusula novena se prescribió que, dentro de las obligaciones de EPC se encontraba el pago *“en la forma estipulada”* en ese negocio. La cláusula décima primera estableció que su valor *“estimado”* sería de

¹¹ Como obra en el pliego de condiciones de páginas 3 a 106 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

¹² Como obra en la Resolución 329 de 2011 de páginas 107 a 112 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

¹³ Como obra en la copia del contrato de páginas 121 a 135 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

\$1.657'156.744 y su párrafo segundo precisó que el valor del contrato sería ajustado *“aplicando el porcentaje de interventoría definido, al valor de adjudicación de cada contrato de obra”*.

La cláusula décima tercera del contrato indicó (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

*“CLÁUSULA DECIMA TERCERA – FORMA DE PAGO: la Tesorería de EPC S.A. E.S.P. pagará al INTERVENTOR el valor del presente contrato, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por el consorcio FIA, de la siguiente forma: el noventa por ciento (90%) mediante actas parciales de acuerdo con el porcentaje de avance de cada contrato de obra, previa amortización del anticipo y aprobación por parte de la interventoría y el diez por ciento (10%) restante una vez suscrita el acta de liquidación respectiva. [...]. PARÁGRAFO SEGUNDO. El pago de interventoría será proporcional al avance de obra, de tal forma que se garantice la permanencia en obra del INTERVENTOR durante la ejecución y recibo de la obra [...]*¹⁴”.

El contrato de interventoría PDA-C-162-2011 fue modificado mediante la **prórroga No. 1 del 14 de noviembre de 2012**¹⁵, en el sentido de ampliar el plazo por un mes y de adicionar un párrafo respecto de la forma de pago (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

“CLÁUSULA SEGUNDA. MODIFICACIÓN. Modificar la cláusula decima tercera del Contrato de Interventoría NO PDA-C-162-2011, la cual para todos los efectos legales y presupuestales quedará así: “CLÁUSULA DECIMA TERCERA. FORMA DE PAGO. La tesorería de EPC SA ESP pagará al interventor el valor del presente contrato, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por el Consorcio FIA de la siguiente forma: el noventa por ciento (90%) mediante actas parciales de acuerdo con el porcentaje de avance de cada contrato de obra, previa amortización del anticipo y aprobación por parte de la interventoría y el diez por ciento (10%) restante previa suscripción del acta de liquidación bilateral a los contratos de obra objeto de vigilancia y control y/o a la firmeza de la liquidación unilateral de los mismos y finalmente con la suscripción del acta de liquidación bilateral del contrato de interventoría. En todo caso, este plazo no podrá ser superior al establecido legalmente para la liquidación bilateral. No obstante lo anterior, el CONSORCIO LOGÍSTICA HIDRÁULICA, en su condición de Interventora, mantendrá frente a la EMPRESA su responsabilidad contractual por el cumplimiento del objeto del contrato de interventoría y de las obligaciones contractuales derivadas, en cumplimiento de lo señalado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y Decretos reglamentarios) y por la Ley 1474 de 2011. [...]. PARÁGRAFO SEGUNDO. El pago de interventoría será proporcional al avance de obra, de tal forma que se garantice la permanencia en obra del INTERVENTOR durante la ejecución y recibo de la obra. [...] PARÁGRAFO CUARTO. Para los casos en que el contrato de obra, por razones no imputables al INTERVENTOR, no llegase a una ejecución del 100%, la entidad pagará al INTERVENTOR

¹⁴ Página 131 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

¹⁵ Como obra en la copia de la prórroga No. 1 de páginas 139 a 141 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

el saldo pendiente de acuerdo con su oferta económica, previa aprobación por parte del SUPERVISOR del informe final de ejecución de las obras, que deberá incluir la justificación de los recursos empleados por la interventoría durante el plazo del contrato y el proyecto de acta de liquidación del respectivo contrato de obra¹⁶. (Se subraya).

El contrato de interventoría PDA-C-162-2011 finalizó el 13 de febrero de 2014, tras otras modificaciones de que fue objeto, y el 17 de septiembre de 2015¹⁷ se liquidó bilateralmente. En el mencionado balance se indicó que CLH cumplió sus obligaciones a satisfacción respecto del porcentaje ejecutado y se calculó el pago con base en el porcentaje ejecutado en los contratos de obra e interventoría, lo que arrojó una realización del 95,67% del objeto y un valor de \$2.243'546.272¹⁸.

Para la Sala no cabe duda de que las cláusulas novena y décima tercera del contrato de interventoría, antes de su modificación, previeron sin ambigüedad o vaguedad, como **regla** del pago, que este sería proporcional al avance de las obras objeto de la supervisión, con el propósito de garantizar la permanencia del interventor, en concordancia con lo dispuesto en el pliego de condiciones.

Con la prórroga 1 al contrato PDA-C-162-2011 se reiteró la **regla** anterior y, a la par, en el párrafo cuarto de la cláusula décima tercera se adicionó una **subregla de carácter exceptivo**, cuya lectura arroja que, cuando el contrato de obra respectivo no llegara al 100% de ejecución por razones no imputables al interventor, se le pagaría el “saldo pendiente” de acuerdo con su oferta económica y el cumplimiento de los siguientes requisitos: **i)** la aprobación por el supervisor del informe final de ejecución de las obras, que debía incluir la justificación de los recursos empleados por la interventoría y **ii)** el proyecto de acta de liquidación de los contratos objeto del seguimiento técnico.

Como se observa, el pago se sujetó al avance efectivo de los negocios supervisados, además de lo cual se introdujo una eventualidad consistente en que, si una vez finalizados aquellos no llegaban a un 100% de ejecución por causas no imputables al interventor, a este último se le reconocería, además, el monto restante de su oferta económica, sobre la base de que no fue quien ocasionó la falta de avance pleno de los acuerdos del seguimiento técnico. Entonces, la subregla exceptiva, al aludir al reconocimiento del “saldo pendiente

¹⁶ Páginas 141 a 142 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

¹⁷ Como obra en la copia del acta de liquidación de páginas 171 a 189 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

¹⁸ El interventor formuló una salvedad, referida a reclamar judicial o extrajudicialmente el saldo correspondiente a la cláusula décima tercera del contrato, modificada por la prórroga 1, por considerar que procedía el pago del 100% de lo acordado y no del monto en proporción de lo ejecutado, para lo cual exigió el pago de \$93'175.763,76.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

de acuerdo con su oferta económica”, hizo referencia a la suma faltante diferente de la regla inicial.

Frente a ese aspecto la Sala resalta que, si los sujetos negociales hubieran querido mantener como única regla el pago sujeto al porcentaje de ejecución de los contratos del seguimiento técnico, como lo sostuvo el *a quo*, no habrían añadido el párrafo cuarto de la cláusula décima tercera, que estableció un criterio diferenciado y separable del resto de mandatos sobre la obligación de pago. Por ello, de la lectura literal de las cláusulas del contrato referidas al pago, es claro que se añadió una subregla respecto de esa obligación.

Así, para la aplicación de una u otra pauta se debía verificar, en últimas, si el interventor ocasionó o no con su actuar una ejecución menor al 100% de los contratos supervisados, ya que en el primer escenario opera el pago solo de lo debidamente ejecutado, al paso que en el segundo de ellos procedía el pago de la totalidad del precio estimado.

Una interpretación como la efectuada por la parte demandada y el *a quo*, encaminada a afirmar que, pese a las modificaciones del contrato se mantuvo como único criterio de pago su subordinación al avance de obra, desconoce el alcance literal del párrafo cuarto de la cláusula décima tercera del contrato PDA-C-162-2011, en el que se convino que, de cumplirse el supuesto allí establecido, se pagaría el monto restante de la oferta económica.

Se debe añadir, como ya se indicó, que, si el querer de las partes hubiera sido mantener únicamente el criterio de pago inicial, no se habría adicionado esa disposición, en tanto no habría sido necesario ajustar ninguna cláusula sobre el particular, sino que hubiera bastado mantener lo estipulado inicialmente.

A partir de lo expuesto, la Sala difiere de lo concluido por el *a quo* para negar el cargo de incumplimiento parcial del pago, con sustento en que nunca se modificó que este dependería del avance de obra, pues de la lectura del contrato de interventoría se observa que, además de esa regla, también se adicionó que se reconocería el monto restante de la oferta económica si los contratos del seguimiento técnico no se ejecutaban en un 100%, pero por causas no imputables al interventor, además de otros requisitos allí previstos.

Precisado el panorama en torno a la aplicación de la cláusula de pago y en orden a establecer si le asiste razón a CLH al atribuir a la demandada el incumplimiento



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

parcial de esa obligación, corresponde verificar si los contratos supervisados se ejecutaron en un 100% o en un porcentaje menor y, de acreditarse el segundo de esos eventos: **i)** si tal circunstancia se produjo por razones ajenas al interventor y **ii)** si previamente el supervisor aprobó tanto el informe final de ejecución de las obras, con la justificación de los recursos empleados por la interventoría, como el proyecto de acta de liquidación de los contratos del seguimiento técnico.

Respecto del porcentaje de ejecución de los contratos de obra, el acta de liquidación bilateral referenciada anteriormente estipuló que el interventor cumplió sus obligaciones y que la ejecución de los negocios supervisados fue del 95,67/100%, circunstancia que refleja una realización parcial de los objetos negociales de los acuerdos de la supervisión. Por ello, se pasa a revisar los demás requisitos del párrafo cuarto de la cláusula décima tercera del contrato de interventoría para el pago del 100% del precio estimado.

Aunque se allegaron los antecedentes y documentos contractuales del negocio jurídico de interventoría¹⁹, en esos anexos no existen pruebas dirigidas a demostrar que la falta de ejecución del 100% de los contratos era o no imputable al interventor, ni se aportaron todos los informes finales de ejecución de las obras y los proyectos de actas de liquidación de aquellas.

En particular, los anexos mencionados contienen el pliego de condiciones, el contrato, así como algunos informes iniciales y datos sobre la ejecución y modificación de varios de los negocios de obra y la interventoría, que dan cuenta de que los contratos vigilados tuvieron problemas como inconsistencias en los diseños y estudios, falta de permisos, demoras en trámites administrativos, retrasos y dificultades con los predios, pero allí no se evidencia si tales circunstancias se asignaron a alguna de las partes en el procedimiento de selección, o si su concreción tuvo por causa el actuar de alguna de ellas o eventualidades ajenas a ambas.

Encuentra la Sala que tampoco se aportaron los documentos finales exigidos por el párrafo cuarto de la cláusula décima tercera del contrato de interventoría, necesarios para que se concediera un pago del 100%, sin que los anexos existentes sean suficientes para tal efecto, pues precisamente aluden a la ejecución de los contratos de obra, pero no a su balance final.

¹⁹ Obrantes en la carpeta “CD memorial” – “04 Memoriales” del OneDrive aportado por el *a quo*.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

Por otro lado, en la liquidación del contrato de interventoría se afirmó que los contratos de obra fueron modificados en diferentes ocasiones y que se liquidaron, para lo cual se enlistaron las actas correspondientes²⁰; empero, estas últimas no se aportaron, ni tampoco los informes finales de ejecución de las obras exigidos por el parágrafo cuarto de la cláusula décima tercera para el pago del 100% del precio y, al igual que sucede con los antecedentes administrativos, de ese balance de activos y pasivos no se evidencian los responsables de las causas de los cumplimientos parciales contractuales.

Pese a que en la liquidación se afirmó en forma genérica que CLH cumplió el contrato a su cargo respecto de lo debidamente ejecutado, lo que no puede entenderse extensivo al porcentaje no cumplido, ello no da cuenta de si con su actuar pudo ocasionar la falta de cumplimiento total de los actos de voluntades vigilados o su extensión en el tiempo, aspecto frente al cual el parágrafo cuarto de la cláusula décima tercera del contrato de interventoría exigía acreditar que la falta de ejecución del 100% de los negocios supervisados era ajena a la gestión del interventor y otros documentos que, como ya se dijo, no obran en el expediente.

Asimismo, si bien los testimonios recaudados²¹ en el proceso hicieron alusión a que la modificación del contrato PDA-C-162-2011 obedeció a la necesidad de que se reconociera un pago del 100% del precio estimado, allí no se hizo referencia al cumplimiento de la totalidad de los requisitos previstos en el parágrafo cuarto de la cláusula décima tercera del negocio de interventoría para que se pagara ese monto, ni con las declaraciones se aportó prueba para acreditar tal circunstancia, lo que pone en evidencia la insuficiencia probatoria del demandante.

En otras palabras, el material probatorio obrante en el proceso no da cuenta de si el cumplimiento parcial de los contratos de obra fue ajeno al interventor, pues se desconoce si hubo un responsable por tales circunstancias o si se trató de una situación extraña a las partes. Lo propio sucede con las exigencias de la aprobación por el supervisor del informe final de ejecución de las obras y sus actas de liquidación, porque no se aportaron esos documentos en su totalidad, frente a lo que se destaca que su ausencia no daba lugar a encontrar configurado el incumplimiento, sino a la improcedencia del pago del 100% del precio.

²⁰ Se mencionaron las actas de liquidación de los contratos de obra No. 001-2011, 029-2011, 086-2011, 032-2011, 052-2011, 002-2012, 003-2011, 024-2011, 041-2011, 123-2011, 029-2011, 004-2011, 042-2011, 019-2011, 035-2011, 097-2011, PDA-O-170, 007-2011 y acta parcial No. 2 y designación de interventoría a la Dirección de Interventoría de EPC del contrato 021-2011.

²¹ Obrantes en la audiencia de pruebas que se encuentra cargada en el OneDrive que conforma el expediente digital de primera instancia.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

En virtud del artículo 1626²² del Código Civil, solo corresponde pagar lo que se debe, de ahí que CLH debía acreditar el cumplimiento de los supuestos del párrafo cuarto de la cláusula décima tercera del contrato de interventoría para que se constituyera en mora a EPC por el 100% del monto estimado como pago, lo que no sucedió. Como consecuencia, no se demostró que EPC hubiera incurrido en un incumplimiento parcial de la obligación de pago, pues solo se acreditó que estaba obligada a pagar lo debidamente ejecutado y no la totalidad de la propuesta económica.

En suma, de la revisión de las pruebas aportadas para la Sala no hay duda de que, aunque el párrafo cuarto de la cláusula décima tercera del contrato de interventoría dispuso que podría reconocerse el 100% del precio estimado en ese acuerdo, si la eventual falta de ejecución total de los contratos supervisados era ajena a las partes y si se allegaban el informe final de ejecución de las obras y las actas de liquidación de esos actos jurídicos, CLH no demostró el cumplimiento de tales exigencias, por lo cual no es posible acceder al primer cargo.

1.3. Segundo cargo de la apelación: no se acreditaron sobrecostos no cubiertos por la extensión de la interventoría

El *a quo* denegó el cargo de desequilibrio económico del contrato, por considerar que CLH no acreditó una circunstancia ajena a las partes que hubiera ocasionado sobrecostos por las prórrogas de que fue objeto la interventoría y que, en todo caso, si bien los contratos de obra objeto de seguimiento técnico fueron modificados y adicionados, aquella también fue ajustada para incrementar el pago respectivo en un 45% por la extensión del objeto negocial, con lo que se evidenció que el contratante satisfizo cualquier costo adicional en que CLH hubiera incurrido.

Según la apelación, la pretensión debe despacharse favorablemente, en tanto el *a quo* erró al desestimar el pago solicitado por los sobrecostos producto de un desequilibrio económico porque: **i)** se presentó una extensión temporal del negocio jurídico ajena al contratista; **ii)** tal circunstancia generó mayores costos de permanencia, personal y administración y, si bien se adicionó el precio convenido, ello no cubrió todos los gastos en que se incurrió por esa situación y **iii)** se efectuaron las salvedades por tal situación en el acta de liquidación.

El reproche en estudio es diferenciable del primer cargo de la apelación, pues en este caso se está cuestionando que no se hubiera adicionado el precio más allá

²² "Artículo 1626. El pago efectivo es la prestación de lo que se debe".



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

de los ajustes convenidos para reconocer los supuestos sobrecostos en que incurrió el contratista por la ampliación del plazo negocial y, de otro lado, en el argumento analizado en el acápite anterior se alegó que se debía pagar el 100% del precio pactado, por lo que, mientras que ese aspecto hacía alusión al incumplimiento de una obligación, en este caso se alega que se presentó una mayor onerosidad por cuenta de la ampliación del período de ejecución.

Para resolver este cargo se examinará si se reúnen los supuestos fácticos en que el demandante estructura su reclamación, asociada a los sobrecostos en que incurrió por cuenta de la prolongación del término de la interventoría. En ese orden, la Sala parte por indicar que:

a) En el expediente se encuentra acreditado que existió una extensión temporal de la interventoría, desencadenada por el acuerdo logrado por las partes en ese sentido en punto al aumento del período contractual. En efecto, se demostró que el contrato PDA-C-162-2011 fue objeto de las siguientes modificaciones y prórrogas que lo extendieron en el tiempo 14 meses y 29 días adicionales:

Modificación	Fecha	Valor/plazo	Motivo
Adición No. 1 ²³	28-11-2011	\$58'567.040	Las obras del contrato 007-2011 se incluyeron en la interventoría.
Prórroga No. 1 ²⁴	14-11-2012	1 mes	Mayor plazo para la terminación y liquidación de los contratos de obra.
Prórroga No. 2 ²⁵	14-12-2012	1 mes	Mayor plazo para la terminación y liquidación de los contratos de obra.
Suspensión No.1 ²⁶	2-1-2013	15 días	Revisión, evaluación y ajuste de los cronogramas de los contratos objeto de la interventoría.
Adición 2 ²⁷	28-1-2013	\$179'600.000	Adición de los contratos de obra 001-2011, 086-2011, 032-2011, 003-2011, 024-2011, 035-2011 y 007-2011.
Prórroga 3 ²⁸	28-1-2013	3 meses	El mismo de la adición anterior.
Adición No. 3 ²⁹	8-2-2013	\$29'094.832	Las obras adicionales del contrato 041-2011 se incluyeron en la interventoría.
Adición No. 4 ³⁰	12-2-2013	\$15'402.882.	Las obras adicionales del contrato 123-2011 se incluyeron en la interventoría.
Adición No. 5 ³¹	11-4-2013	\$173'630.714	Las obras adicionales del contrato 004-

²³ Como obra en la copia de la página 175 de la liquidación del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

²⁴ Como obra en la copia de la prórroga de páginas 139 a 141 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

²⁵ Como obra en la copia de la prórroga 2 de páginas 143 a 144 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

²⁶ Como obra en la copia de la página 175 de la liquidación del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

²⁷ Como obra en la copia de la prórroga 3 y adición 2 de páginas 145 a 146 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Como Obra en la copia de la adición 3 de páginas 147 a 149 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

³⁰ Como obra en la copia de la adición 4 de páginas 151 a 153 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

			2011 se incluyeron en la interventoría.
Prórroga No. 4 ³²	11-4-2013	2.5 meses	El mismo de la adición anterior.
Adición No. 6 ³³	27-5-2013	\$25'521.312	Las obras adicionales del contrato 032-2011 se incluyeron en la interventoría.
Adición No. 7 ³⁴	2-7-2013	\$35'840.554	Las obras adicionales del contrato 086-2011 se incluyeron en la interventoría.
Adición No. 8 ³⁵	12-7-2013	\$68'732.194	Las obras adicionales del contrato 052-2011 se incluyeron en la interventoría.
Prórroga No.5 ³⁶	12-7-2013	5 meses	El mismo de la adición anterior.
Prórroga No. 6 ³⁷	13-12-13	2 meses	Mayor plazo para terminación y liquidación de los contratos de obra.
Fecha de terminación del contrato	13 de febrero de 2014		

b) Se demostró que, de manera paralela a la suscripción de las distintas prórrogas, las partes convinieron incrementar el precio del contrato en los documentos de adición, con la finalidad de cubrir los costos adicionales que habrían de generarse a CLH por tal situación, al punto de que el precio pactado pasó de \$1.657'156.744 a \$2.243'546.272³⁸.

Frente a este aspecto cabe precisar que no se evidencia que CLH hubiera formulado reparos al momento de suscribir cada una de las modificaciones al contrato de interventoría, dirigidos a advertir los supuestos sobrecostos no cubiertos con las adiciones presupuestales que se efectuaron.

Empero, en el acta de liquidación del contrato se dejaron reparos frente a los mayores gastos de personal, equipos de topografía, desplazamiento, vehículos, administración, personal, financieros, tributos, oficinas y campamentos, depreciación, mayor valor de las pólizas, daño emergente, acompañamiento de reformulaciones de proyectos, mayor alcance y alteración del flujo de caja³⁹, sin indicar cuantitativamente el alcance de los supuestos sobrecostos.

c) Sin perjuicio de lo expuesto, CLH no acreditó la existencia de sobrecostos no cubiertos con las adiciones al precio que se efectuaron con las modificaciones al contrato PDA-C-162-2011; por el contrario, solamente se evidencian mayores gastos que fueron satisfechos en su totalidad con las adiciones al precio de que

³¹ Como obra en la copia de la adición 5 y prórroga 4 de páginas 155 a 157 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

³² *Ibid.*

³³ Como obra en la adición 6 de páginas 159 a 160 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

³⁴ Como obra en la adición 7 de páginas 161 a 162 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

³⁵ Como obra en la adición 8 y prórroga 5 de páginas 163 a 165 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Como obra en la prórroga 6 de páginas 167 a 168 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

³⁸ Como obra en el acta de liquidación de páginas 171 a 191 del archivo 18 del índice 2 de SAMAI de segunda instancia.

³⁹ *Ibid.*



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

fue objeto el contrato de interventoría tras sus modificaciones, circunstancia que permite concluir que la demandante no especificó costos desatendidos por fuera de esos emolumentos que pudieran revisarse por la Sala.

d) Además de que no hay prueba de una mayor onerosidad insatisfecha, tampoco se demostraron las causas *-ajenas o relacionadas con el actuar de las partes-* que ocasionaron las modificaciones a la interventoría, pues, pese a que se indicó que la prolongación de los contratos supervisados *-que propició la ampliación del plazo de la interventoría-* se debió a aspectos como inconsistencias en los diseños y estudios, falta de permisos, demoras en trámites administrativos, retrasos y dificultades con los predios, no se aportaron pruebas, como los antecedentes de esos acuerdos de voluntades, para determinar si esas circunstancias se asignaron a alguna de las partes en el procedimiento de selección, o si su concreción tuvo por causa el actuar de alguna de ellas o eventualidades ajenas a ambas⁴⁰.

Así, ante la ausencia de la demostración de los supuestos fácticos referidos en precedencia no es posible pasar a analizar el fundamento teórico de la imprevisión que habría de servir de base jurídica a la reclamación elevada por la parte demandante, asociada a la mayor onerosidad.

En ese orden, la Sala concluye que el segundo cargo de la apelación no tiene la vocación de prosperar, pues CLH omitió detallar cuáles fueron en específico los mayores costos no satisfechos que se le ocasionaron y si las causas que los habrían generado eran ajenas a los sujetos negociales, sin lo cual no se encuentran supuestos fácticos para ser analizados a partir de la imprevisión.

2. Conclusión

CLH solicitó que se declarara que: **i)** EPC le debe \$93'175.763,76 por un incumplimiento parcial de la cláusula décima tercera del contrato de interventoría PDA-C-162-2011, concerniente a la obligación de pago, debido a que no se reconoció el 100% de los emolumentos pactados; y **ii)** hubo una alteración a las condiciones de ese negocio jurídico debido a un desequilibrio económico del contrato que le generó mayores costos que no fueron asumidos por la contratante.

Frente al primer cargo no se demostró un incumplimiento de la obligación de pago, porque, aunque en el parágrafo 4 de la cláusula décima tercera del contrato se

⁴⁰ Según consta en los documentos de la ejecución del contrato de interventoría y en los testimonios recaudados, obrantes en el archivo 18 del índice 2 de SAMAI y la carpeta "CD memorial" – "04 Memoriales" del OneDrive aportado por el *a quo*.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

pactó, como subregla supletiva al pago proporcional al avance de las obras, el reconocimiento del saldo restante del precio si los contratos vigilados no se ejecutaban en un 100% por causas ajenas al interventor, CLH no demostró el cumplimiento de los requisitos de ese mandato, porque no probó que la falta de ejecución total de los negocios supervisados fue ajena a su actuar, ni presentó el informe de ejecución de las obras con la justificación de los recursos empleados por la interventoría y las liquidaciones de los acuerdos del seguimiento técnico.

Respecto del segundo cargo se indicó que CLH no especificó los mayores gastos que supuestamente no se le reconocieron, ni que su causa hubiera sido ajena a las partes, lo que evidenció que, en la práctica, no había una mayor onerosidad que verificar y, por ende, el cargo no tiene la vocación de ser concedido.

En la medida en que los cargos de apelación no prosperaron, no es posible analizar las pretensiones del reconocimiento de emolumentos.

En suma, al haberse encontrado que, como lo concluyó la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aunque por argumentos distintos respecto de ambos cargos, no le asiste razón a CLH en las declaraciones que perseguía, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones del libelo introductorio.

3. Costas

El artículo 365 del CGP⁴¹ dispuso en el numeral 1 que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso *“o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”*. Atendiendo a lo ordenado en la citada norma, se condenará en costas en segunda instancia a la parte apelante, a quien se le resuelve de manera desfavorable el recurso de apelación.

Las agencias en derecho se fijarán con observancia de las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, en virtud del numeral 4 del artículo 366 del CGP⁴². Para esos efectos deberá atenderse la naturaleza, calidad y duración de la

⁴¹ Aplicable en virtud de lo previsto en el artículo 188 del CPACA, a cuyo tenor se expone: “[...] la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]”.

⁴² “Artículo 366. Liquidación [...]. 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales.

En el *sub lite*, EPC adelantó gestiones de manera activa, pues acudió en las distintas etapas del proceso y, en la segunda instancia, actuó con apoderado y recorrió el traslado del recurso de apelación, motivo por el cual la Sala fijará las agencias en derecho con base en lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016⁴³, según el cual, en los procesos declarativos en general, cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, las agencias en derecho en segunda instancia se establecerán entre 1 y 6 SMLMV⁴⁴.

En virtud de lo anterior, la Sala fijará las agencias en derecho en segunda instancia en la suma equivalente a 1 SMLMV a la fecha de ejecutoria de esta providencia, en favor de EPC.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de julio de 2022, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se denegaron las pretensiones de la demanda, según lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS en segunda instancia al consorcio Logística Hidráulica. Para el efecto, se fijan las agencias en derecho en 1 SMLMV a la fecha de ejecutora de esta providencia, en favor de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. ESP. Las costas se liquidarán de manera concentrada por el Tribunal *a quo*.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

⁴³ Aplicable al caso concreto, considerando que la demanda se presentó el 19 de octubre de 2017, cuando ya se encontraba vigente tal normativa. “Artículo 2. Criterios. Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites”.

⁴⁴ “Artículo 5. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. Procesos declarativos en general. [...]. En primera instancia. A. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: [...] (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido. [...]. En segunda instancia. Entre 1 y 6 SMMLV”.



Radicado: 25000-23-36-000-2017-01979-02 (69340)
Actor: Consorcio Logística Hidráulica
Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.
Referencia: Controversias contractuales - CPACA

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Con aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF