

CONTRATOS ESTATALES – INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – MULTAS – Incumplimiento por parte del contratista – Multas pactadas en el negocio jurídico – Cumplimiento de obligaciones contractuales – CCA artículo 64 – Imposición unilateral – Potestades contractuales – Dirección y control – Ley 80 de 1993

Bajo el actual ordenamiento, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 faculta a las entidades estatales para fijar mediante acto administrativo, contra su contratista incumplido, multas que hayan sido pactadas en el negocio jurídico con el objeto de conminarlo a cumplir con sus obligaciones. Dicha norma no estaba vigente cuando se celebró el negocio materia de controversia (31 de diciembre de 1999) ni cuando el IDU impuso la multa debatida en el sub judice (año 2001); sin embargo, para esa época la jurisprudencia reconocía la competencia de las entidades estatales para imponer unilateralmente las multas que estipularan en sus contratos regidos por la Ley 80 de 1993.

Así, aunque la línea que inicialmente trazó la jurisprudencia tras la promulgación de la Ley 80 de 1993, fue considerar que ésta no preveía expresamente la multa como prerrogativa exorbitante, de suerte que su efectividad sólo podría procurarse por la vía judicial, lo cierto es que en posteriores oportunidades el mismo Consejo de Estado modificó su postura, al considerar que la imposición unilateral de multas pactadas en contratos regidos por la Ley 80 de 1993 debía entenderse como una facultad válida de la Administración, materializada en acto administrativo y surgida no sólo por el pacto en las cláusulas del contrato sino por los poderes de dirección y control que la misma Ley 80 les confirió a las entidades públicas, de cara a los fines de la contratación estatal plasmados en ese ordenamiento, y como un desarrollo de las funciones que en tal virtud se le asignaron en el artículo 4 ibidem.

Ello, de la mano con el atributo de ejecutividad de los actos administrativos, reconocido por ese entonces en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, norma que, para la jurisprudencia, le permitía a la autoridad pública contratante no sólo limitarse a declarar el incumplimiento, sino hacer efectiva la multa que el mismo acarreaba.

CONTRATOS ESTATALES – CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – LEY 80 DE 1993 ARTÍCULO 18 – Declaratoria de caducidad por parte de la entidad pública – Herramienta de uso excepcional – Prevalencia del interés público social – Caducidad – Declaratoria antes de la terminación del contrato

De conformidad con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la finalidad de la caducidad contractual es facilitar a la Administración la adopción de medidas para conjurar el riesgo de paralización del contrato, cuando el mismo sobrevenga por el incumplimiento de las obligaciones del contratista, que afecte de manera grave y directa, precisamente, “la ejecución” del objeto pactado. Dado tal supuesto de procedencia de esa prerrogativa extraordinaria, es palmario que su ejercicio únicamente puede operar dentro del plazo de ejecución del contrato, y no por fuera de éste, pues en tal caso ya no se dan los elementos fácticos que la ley contempla como requisitos y objeto de la caducidad.

Como lo establece el inciso segundo de la misma norma, cuando ante la afectación grave de la ejecución del contrato y el riesgo de su paralización, la entidad se abstiene de

declarar la caducidad, le asiste el deber de adoptar medidas de intervención "que garanticen la ejecución del objeto contratado", lo que implica el deber de gestionar la continuidad del servicio que se había contratado, justamente para evitar que cese antes del término previsto para ello, cuestión que a su vez excluye, por falta de competencia, la posibilidad de que pueda declararse la caducidad cuando haya expirado el tiempo convenido para el desarrollo de las obligaciones asumidas por el contratista.

En ello se insiste porque, al examinarse con detenimiento las finalidades expresamente establecidas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, sólo puede establecerse que, al encaminarse la caducidad del contrato, entre otras cosas, a darlo por terminado de manera anticipada y evitar la paralización del servicio objeto del mismo, tal potestad debe ejercerse antes del vencimiento del plazo de ejecución del negocio jurídico. En ese sentido, es la propia Ley 80 de 1993 la que, en su artículo 18, contiene elementos que delimitan la competencia pro tempore de la entidad estatal, para hacer recaer sobre el contrato la medida excepcional anulada en el sub judice por el sentenciador de primer grado.

Cabe anotar, además, que en la sentencia C-949 de 2001 la Corte Constitucional, al declarar exequible el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, reiteró que la declaratoria de caducidad era una "herramienta de uso excepcional cuya finalidad es evitar la paralización o afectación grave del servicio con prevalencia del interés público social", lo cual pone aún más en relieve que esa prerrogativa sólo podía operar en las excepcionales circunstancias fijadas en la misma norma, vale decir, durante el término de ejecución del contrato, para evitar su interrupción.



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

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., cuatro (4) de abril de dos mil veinticinco (2025)

Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00426-01 (58434) ACUMULADO

Demandante: UNIÓN TEMPORAL OBRAS VIALES Y OTRA

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: CONTRATO NO CUMPLIDO – Excepción que impide el reconocimiento de perjuicios por inobservancias de la contraparte / ANTICIPO – Naturaleza – amortización – reintegro / GIRO DEL ANTICIPO – Ejecución del contrato no estaba condicionada a esa operación / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Los elementos de su ruptura son distintos al incumplimiento del negocio jurídico / LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO / No procede de oficio.

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos, separadamente, por ambos extremos de la litis, contra la sentencia dictada el 23 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección C de Descongestión, y en la cual se resolvieron los procesos acumulados 2003-02138 y 2004-00426, con las siguientes determinaciones:

PRIMERO: DECLARAR de oficio la caducidad de la acción dentro del expediente 2004-4246, para la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A., respecto de las Resoluciones N° 280 del 09 de marzo de 2001, mediante la cual se impone una multa [a] la contratista, y de su confirmatoria N° 2363 de 25 de septiembre de 2001 (...).

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa propuesta por el IDU (...).

TERCERO: DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos [proferidos por el IDU] (...): Resolución N° 280 del 09 de marzo de 2001; Resolución N° 2363 de 25 de septiembre de 2001; Resolución N° 1308 del 16 de mayo de 2001; Resolución N° 815 del 8 de marzo de 2002; Resolución N° 12433 del 19 de diciembre de 2002 y Resolución N° 6230 del 11 de agosto de 2003.

CUARTO: [DECLÁRASE] que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU no podrá cobrar a la UNIÓN TEMPORAL OBRAS VIALES (...) el monto de la multa impuesta mediante Resolución N° 280 del 09 de marzo de 2001 y su confirmatoria N° 2363 de 25 de septiembre de 2001 (...), y en caso de haberse



hecho a la fecha de ejecutoria de esta providencia, deberá reintegrar su valor, debidamente actualizado, según la fórmula que para el efecto emplea esta jurisdicción.

QUINTO: DECLARAR que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU no podrá hacer efectiva la garantía única número G U01 0 1078198 de fecha 31 de diciembre de 199 (sic) (...) a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A. (...), en razón de la nulidad de las Resoluciones N° 1308 del 16 de mayo de 2001 y su confirmatoria parcialmente N° 815 del 8 de marzo de 2002, y en caso de haberse hecho a la fecha de ejecutoria de esta providencia, deberá reintegrar su valor, debidamente actualizado, según la fórmula que para el efecto emplea esta jurisdicción.

SEXTO: ORDENAR CANCELAR el reporte de la sanción impuesta mediante Resoluciones N° 1308 del 16 de mayo de 2001 y (...) N° 815 del 8 de marzo de 2002, en el Certificado de Inscripción, Clasificación y Calificación en la Cámara de Comercio, de los señores RÓMULO TOBO USCÁTEGUI; AURELIO GUTIÉRREZ CASTILLO; y la sociedad SODEIC LTDA.

SÉPTIMO: CONDENAR al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU a pagar a la UNIÓN TEMPORAL OBRAS VIALES (...), por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, la suma de MIL NOVECIENTOS VEINTICUATRO MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL CUATROCIENTOS PESOS M/CTE (...).

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda (...).

I. SÍNTESIS DEL CASO

La unión temporal Obras Viales demandó la nulidad de los actos administrativos en los que el IDU -entidad contratante- le impuso una multa por el incumplimiento, declaró la caducidad del contrato IDU-UEL-7-8-805-899 de 1999 y liquidó unilateralmente dicho negocio jurídico. De igual manera, alegó en juicio el incumplimiento contractual de la Administración, la ruptura del equilibrio económico del contrato y la subsiguiente indemnización de perjuicios.

Declarada la nulidad de todos los actos enjuiciados por falta de competencia y por liquidarse el contrato con base en dos decisiones infractoras del ordenamiento, en la sentencia de primer grado se dispuso no liquidar judicialmente el contrato, por lo cual, en la presente instancia, se debate la legalidad misma de los actos acusados, la procedencia de ese balance económico en sede judicial y si hay lugar a que se reconozcan o no a favor de la demandante quince (15) conceptos económicos que, en pretensión separada, pidió incluir en dicha liquidación, por la suma total de \$865'140.522.15.



II. ANTECEDENTES

1. LAS DEMANDAS Y SU TRÁMITE PREVIO A LA ACUMULACIÓN

1.1. Proceso N° 2003-02138¹

1.1.1. La demanda

El 6 de octubre de 2003, la unión temporal Obras Viales² interpuso demanda de controversias contractuales contra el IDU a efectos de que se declarara la nulidad de los siguientes actos administrativos (expedidos por la entidad demandada en el marco del contrato de obra IDU-UEL 7-8-805-99 del 31 de diciembre de 1999).

- a) Resoluciones 280 del 9 de marzo de 2001 y 2363 del 25 de noviembre del mismo año, en las cuales el IDU impuso una multa a la unión temporal Obras Viales (en adelante, Obras Viales o “la UT”) por la suma de \$87’074.140, y confirmó dicha decisión.
- b) Resoluciones 1308 del 16 de mayo de 2001 y 815 del 8 de marzo de 2002, por las cuales el IDU dispuso y confirmó las declaratorias de incumplimiento y de caducidad del contrato IDU-UEL 7-8-805-99, así como la ocurrencia de varios siniestros cubiertos por la garantía respectiva, la que, además, ordenó hacer efectiva bajo distintos conceptos.
- c) Resoluciones 12433 del 19 de diciembre de 2002 y 6230 del 11 de agosto de 2003, por las cuales el IDU liquidó el contrato en forma unilateral y confirmó tal decisión.

En subsidio de la pretensión primera, en la que se incorporaron todas las solicitudes hasta aquí indicadas, deprecó la nulidad de la Licitación Pública IDU-LP-UEL-081-1999, el pliego de condiciones y demás instrumentos de ese proceso de selección, así como del contrato mismo, celebrado con la unión temporal.

Como segundo punto del *petitum*, solicitó que “se ordene al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU liquidar el contrato número IDU-UEL-7-8-805-99”, teniendo en cuenta “el estado financiero” y los valores indicados por la propia demandante, que fueron los siguientes (transcripción literal):

¹ Radicación N° 250002326000200302138.

² Integrada por la empresa Sodeic Ltda. y los señores Rómulo Tobo Uscátegui y Aurelio Gutiérrez Castillo.



Tabla 1

Valor consignado por concepto de anticipo	\$607.493.974,00
Valor neto pagado por el acta N° 6 de estudios y diseños	\$18.335.206,00
Valor neto pagado por el acta N° 9 de estudios y diseños	\$26.888.593,00
Valor neto pagado por el acta N° 10 de recibo parcial de obra N° 1	\$29.137.320,00
Valor neto pagado por el acta N° 11 de Reajustes 1R	\$4.573.088,00
Valor de los estudios y diseños y obra ejecutada, recibida por el IDU	\$302.668.076,00
Valor neto del anticipo que se reintegró	\$287.504.758,00
Valor de las quince (15) reclamaciones	\$713.401.842,33
Saldo a favor del contratista a mayo 14/01	\$617.146.495,33
Saldo a favor del contratista actualizado a junio /03	\$865.140.522,15

En la pretensión tercera se aludió al incumplimiento contractual del IDU y se hicieron solicitudes de condena, en los siguientes términos:

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones demandadas y el incumplimiento del contrato IDU-UEL-7-8-805-99 de diciembre 31 de 1999, se declare responsable y se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU a pagar a mis representados los daños, perjuicios materiales que le fueron causados, a título de daño emergente y lucro cesante y de los perjuicios morales causados a mis representados, los cuales se tasan y discriminan en las sumas de dinero siguientes, las que fueron actualizadas monetariamente a junio de 2003:

1.- La suma de \$8.077'272.784.86 (...) en razón de los perjuicios materiales causados por la inhabilidad para contratar durante cinco años, según lo establecido por la Ley 80 de 1993, por concepto de la Administración, Imprevistos y Utilidad, costos indirectos y honorarios dejados de percibir durante este período.

2.- La suma de \$62'139.678.94 (...) en razón de los perjuicios morales causados por la inhabilidad para contratar (...).

3.- La suma de \$865'140.522.15 (...) en razón de saldo a favor del contratista que queda por concepto de la liquidación del contrato, teniendo en cuenta las quince reclamaciones formuladas.

Las demás pretensiones de la demanda se encaminaron, en esencia, a los siguientes objetivos:

- El reconocimiento de que, por cuenta del incumplimiento contractual del IDU, la contratista no pudo ejecutar la totalidad de los ítems pactados.
- La supresión de los registros de multa, caducidad e inhabilidad, del Registro Único de Proponentes de cada miembro de la unión temporal contratista.
- La actualización de los valores que integran la condena y la fijación de intereses moratorios sobre ellos.



Como hechos fundantes de tales pretensiones, la unión temporal relató, en síntesis, lo siguiente:

El 31 de diciembre de 1999, el IDU y la UT Obras Viales celebraron, previa licitación pública, el contrato IDU-UEL-7-8-805-99, con el objeto de adelantar los estudios, diseños y construcción de varias vías en las localidades de Bosa y Kennedy, en la ciudad de Bogotá, todo ello por el valor de \$2.024'979.912 y por un plazo de ejecución de 10 meses, luego de los cuales se contaría con 2 meses más para realizar la respectiva liquidación.

El contrato debía ceñirse al Decreto Distrital 176 de 1998 y sus modificatorios posteriores, normativa que, entre otras cosas, obligaba a cada entidad distrital a contar con las respectivas licencias, permisos y presupuestos, previo a la ejecución de cualquier proyecto. Asimismo, debía cumplir con lo establecido en materia de planeación, en los decretos distritales 449 y 739 de 1999, entre otros. Sin embargo, el IDU dio apertura a la licitación y celebró el contrato desatendiendo dichas normas, al no delimitar clara ni oportunamente las vías objeto del contrato, y al cambiar sobre la marcha las reglas de juego relativas a la entrega del anticipo, afectando de esa manera la forma de pago de la totalidad del negocio jurídico.

Así, el IDU incluyó en el contrato IDU-UEL-7-8-805-99 el estudio, diseño y construcción de vías en barrios ilegales, e impartió respecto de éstos los avales técnicos y jurídicos a sabiendas de las irregularidades existentes y de las prohibiciones normativas que al respecto operaban en la época del contrato.

La entidad remitió tardíamente la ficha técnica del proyecto al DAMA³, ocasionando que la licitación pública se abriera sin contar con el visto bueno de esa entidad, y que la ejecución del contrato, en lugar de iniciar en enero de 2000, lo hiciera en mayo de ese año, pues sólo en febrero de 2000, el IDU envió al DAMA la aludida ficha técnica, de suerte que este organismo únicamente pudo impartir directrices para el cumplimiento del Manual de Manejo de Proyectos de Mínimas Implicaciones Ambientales —aplicable a la obra materia de contratación— mediante Resolución 684 del 12 de abril de 2000.

Tal incumplimiento del IDU derivó en el desequilibrio contractual, pues por haber iniciado la ejecución del contrato en mayo de 2000 y no antes, debió prolongarse

³ Departamento Administrativo del Medio Ambiente, entidad hoy convertida en Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá.



hasta los primeros meses de 2001, generando pasivos y varias contingencias presupuestales en el pago de la última cuenta de estudios y diseños, así como las cuentas de obra de diciembre de 2000 y enero, febrero y marzo de 2001.

Adicionalmente, aunque la Resolución 684 de 2000, expedida por el DAMA, cobijó de manera exclusiva las vías inicialmente contratadas por el IDU, esta entidad incluyó en la obra otros tramos ajenos al negocio jurídico y al pliego de condiciones, en el momento de especificar -por solicitud del interventor- la nomenclatura de las calles comprometidas en el proyecto, en la localidad de Bosa. Ello implicó que la contratista debiera realizar el estudio, diseño y construcción de elementos no cobijados con disponibilidad ni reserva presupuestal.

Por otro lado, en la cláusula sexta del contrato se modificó indebidamente la forma de pago fijada en el pliego de condiciones para los estudios y diseños, pues inicialmente la Administración previó un *“pago anticipado del cincuenta por ciento”* del valor de los estudios y diseños, mientras que en el acuerdo de voluntades se fijó como porcentaje del anticipo el 30% del *“valor del contrato”*. En esa medida, la contratista, según la demanda, *“no pudo disponer de manera anticipada del (...) 50% del valor de los estudios y diseños”*, pese a que así estaba dispuesto en el pliego de condiciones.

El 4 de septiembre de 2000, cuando habían transcurrido cuatro meses desde el inicio del contrato, el IDU consignó tardíamente el anticipo, infringiendo el artículo 19 del Decreto 2150 de 1995, pese a que la contratista había cumplido los requisitos respectivos desde enero de 2000. Tal demora obedeció a que la entidad contratante condicionó la entrega del anticipo a que se cumplieran exigencias no establecidas en la ley ni en el contrato.

El IDU también incurrió en incumplimientos por inducir la variación de los estudios y diseños, no entregar correcta ni oportunamente los planos, redes y certificaciones de servicios públicos -instrumentos que estaban a su cargo-, aceptar la ejecución de obras no previstas sin pactar sus precios (la contratista no aceptó las sumas propuestas y fijadas por el IDU), modificar el diseño de vías a punto de concluir, suspender en dos ocasiones los giros de la cuenta de anticipo y no pagar la totalidad de las cuentas de estudios, diseños y obra.

De igual manera, el IDU negó injustificadamente las siguientes solicitudes de la contratista, presentadas en múltiples ocasiones con amplios fundamentos: i)



suspensión de la ejecución del contrato, ii) prórroga del negocio jurídico, y iii) uso de mecanismos de solución directa de controversias.

La entidad debió dar respuesta oportuna a las peticiones que durante 2000 y 2001 presentó la unión temporal para el restablecimiento del equilibrio contractual - alterado especialmente por las desmesuradas alzas en los insumos de construcción con asfalto y al inicio tardío de la ejecución por culpa del IDU-, y no esperar a pronunciarse 14 meses después del vencimiento del plazo del contrato, pues sólo el 7 de mayo de 2002 reconoció el desequilibrio, únicamente por la variación del precio de los asfaltos.

El IDU expidió las Resoluciones 280 del 9 de marzo de 2001 y 2363 del 25 de noviembre del mismo año, imponiendo y confirmando una multa a la unión temporal, bajo inexactitudes e inconsistencias que no consultaron la realidad del contrato, pues adujo un atraso que nunca existió en el programa general de la obra, ya que si bien la Administración aseveró que los estudios y diseños debían entregarse en menos de 10 meses, los plazos previstos en las cláusulas no señalaban tal limitante, y en todo caso, los estudios y diseños fueron presentados oportunamente, antes de finalizar el término del negocio jurídico, y pese a las inobservancias en que incurrió el IDU. En punto de ello, cuestionó que la Resolución de cierre, es decir, la N° 2363 del 25 de noviembre de 2001, se hubiera proferido por fuera del término contractual, lo que implicaba, en su criterio, falta de competencia del IDU para ese efecto.

Posteriormente, la contratante emitió las Resoluciones 1308 del 16 de mayo de 2001 y 815 del 8 de marzo de 2002, en las que declaró y confirmó la caducidad del contrato, violando el debido proceso en la actuación que precedió a tales actos, desconociendo sus propias omisiones y faltando a la verdad en cuanto al abandono de las obras que le endilgó a la contratista -y que nunca tuvo lugar-, así como a los demás incumplimientos que sin fundamento le imputó. La entidad, además, obró sin competencia, dado que ejerció la potestad exorbitante de la caducidad cuando había expirado el término legal para hacerlo, esto es, por fuera de la vigencia del contrato.

Mediante las Resoluciones 12433 del 19 de diciembre de 2002 y 6230 del 11 de agosto de 2003, el IDU realizó y confirmó la liquidación unilateral del contrato, señalando -sin ser cierto- que el valor que se podía ejecutar era de \$1.230'111.937. No obstante, del valor inicial del contrato, es decir, \$2.024'979.912, sólo podía ejecutarse la suma de \$566'448.957,80, equivalente al 27.97% del total, debido a



que los ítems no cubiertos por ese monto carecían de la debida reserva presupuestal, o correspondían a vías no aptas para pavimentar, según las certificaciones existentes.

De otra parte, según el acto de liquidación unilateral, el valor ejecutado ascendió a \$302'668.076, pero el IDU adoptó esa conclusión sin tener en cuenta que quedaron sin resolver 15 reclamaciones⁴ que, según la demanda, se relacionaron con los siguientes temas (fl. 94, c-5):

[E]studios y diseños ejecutados y no recibidos por el IDU, estudios y diseños que ya se encontraban ejecutados en anteriores contratos del IDU, obra ejecutada y no recibida por el IDU, reajustes de la obra ejecutada y no recibida por el IDU, diferencia entre los precios unitarios de la obra no prevista reconocidos por el IDU y los solicitados por el contratista, reajustes al valor del anticipo equivalente al treinta por ciento (30%) de la obra no prevista recibida por el IDU, reajustes al valor del anticipo equivalente al treinta por ciento (30%) de las actas de recibo parcial de obra, restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, mayor valor de la utilidad dejada de percibir sobre el valor de la totalidad de la obra que no se pudo ejecutar, mayor valor pagado por la legalización del contrato, mayor valor a deducir por el impuesto de emergencia económica sobre el saldo del anticipo a reintegrar [y] saldos en proveedores por anticipos pagados con cargo a la cuenta conjunta de anticipo.

De acuerdo con las actas de obra, las actas de estudios y diseño, las actas de reajustes y obra no prevista, el valor de los ítems ejecutados del contrato y recibidos por el IDU sí ascendió a \$302'668.076, pero el valor de las reclamaciones de la unión temporal era de \$713'401.842,33.

Si bien ambas partes tenían por cierto que lo recibido por el IDU alcanzó un valor de \$302'668.076, para la contratista debían reconocerse, adicionalmente, los diseños, estudios y obra que se ejecutaron pero no se pagaron -por considerar la entidad que la unión temporal había incumplido, y que ello acarreaba las sanciones de multa y caducidad-, así como otros conceptos contenidos en varias reclamaciones hechas en el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 12433 del 19 de diciembre de 2002.

Los actos administrativos expedidos por el IDU, especialmente el de declaratoria de caducidad del contrato, ocasionaron perjuicios económicos a los miembros de la

⁴ En algunos hechos de la demanda, la parte actora refirió 15 reclamaciones, y en otros, 16. Pudo obedecer a que, si bien fueron 16 las reclamaciones hechas -como se verá en el análisis de los hechos probados-, una de ellas no aludía al reconocimiento de sumas de dinero, sino que se encaminaba a que el IDU tomara equipos e instrumentos comprados por el contratista con cargo a la cuenta del anticipo.



unión temporal contratista, siendo de particular magnitud los que derivaron de la inhabilidad para celebrar contratos con el Estado durante cinco años.

-. Como cargos de nulidad contra cada uno de los actos demandados, la actora adujo la falsa motivación y la violación del debido proceso, además de insistir en que, si bien las resoluciones expedidas por el IDU se fundaron en el supuesto incumplimiento contractual de la unión temporal, lo cierto fue que las obligaciones pactadas fueron desatendidas únicamente por la entidad contratante.

Frente al acto de declaratoria de caducidad, resaltó, además, que el IDU había obrado sin competencia, por ejercer esa facultad excepcional por fuera del plazo del contrato, lo que también ocurrió con la expedición de la Resolución N° 2363, referente a la multa, al dictarse sólo el 25 de noviembre de 2001.

En particular, frente al acto de liquidación unilateral del contrato -contenido en la Resolución N° 12433 de 2002 y su confirmatoria N° 6230 de 2003- reprochó que se hubieran desestimado las 15 reclamaciones formuladas por la contratista, igualmente sobre la base de su supuesto incumplimiento, pese a que fue el IDU quien desatendió lo estipulado en el negocio jurídico y el pliego de condiciones.

1.1.2. Trámite inicial

-. El 3 de diciembre de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda interpuesta por los miembros de la unión temporal y decretó la suspensión provisional de las Resoluciones 1308 de 2001 y 815 de 2002, en las que el IDU declaró la caducidad del contrato (fls. 281-288, c.5). Esta última decisión fue confirmada por el Consejo de Estado en auto del 23 de junio de 2005 (fls. 402-408, c.5).

-. En la misma providencia del 3 de diciembre de 2003, el Tribunal vinculó de oficio, como litisconsorte necesario, a la compañía aseguradora Confianza S.A., que coadyuvó la demanda primigenia en escrito del 27 de noviembre de 2007 (fls. 447-490, c.5).

-. El Instituto de Desarrollo Urbano contestó la demanda proponiendo las excepciones que denominó “*inexistencia de vicios que invaliden la provisión (sic) de legalidad de los actos administrativos acusados (...)*” y “*pleito pendiente*”⁵.

⁵ Respecto del proceso N° 2004-426, que para el momento de esa contestación ya se encontraba en curso, y que fue posteriormente acumulado a esta misma causa.



Sostuvo que todos los actos enjuiciados se ajustaban a derecho y se fundamentaron en múltiples incumplimientos de la contratista, quien generó un retraso aproximado del 41% de la obra al dejar transcurrir más de seis meses del plazo total de ejecución -que era de diez- sin entregar los estudios y diseños objeto del contrato. A la par con ello, relató las restantes inobservancias en que, según su dicho, incurrió la unión temporal, y que afectaron gravemente el cabal desarrollo del contrato.

- El 20 de febrero de 2008 fueron decretadas las pruebas del proceso (fls. 675-676, c.3).
- El 12 de abril de 2012, se dispuso acumular el proceso N° 2004-00426, el cual fue suspendido hasta que el N° 2003-02138 alcanzara la misma fase, esto es, la de alegatos de conclusión (fls. 3-6 c.1).
- El 24 de marzo de 2015 se corrió el traslado para alegar de conclusión, y para la rendición del concepto del Ministerio Público (fls. 135, c.34).
- El Procurador Primero Judicial II Administrativo, en concepto de fecha 30 de junio de 2015, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, por considerar que los actos acusados se ajustaban a derecho (fls. 203-222, c.34).
- La unión temporal Obras Viales refirió el contenido de varias pruebas obrantes en la causa y manifestó que estaban demostrados los hechos y cargos señalados en la demanda. Por su parte, el IDU se ratificó en lo señalado al contestar la demanda (fls. 136-189, c.34).

1.2. Proceso N° 2004-00426⁶

1.2.1. Demanda

- El 11 de febrero de 2004, la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. (en lo sucesivo, Confianza S.A.) instauró la acción de controversias contractuales contra el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), para que se acogieran en sentencia de mérito las pretensiones de nulidad de las mismas resoluciones demandadas por la unión temporal Obras Viales.

⁶ Radicación N° 250002326000200400426.



Pretendió igualmente que, como consecuencia de ello, se declarara que la aseguradora Confianza S.A. no estaba obligada a cumplir con lo dispuesto en los actos censurados, por lo que no procedía la efectividad de la garantía que afianzó el contrato IDU-UEL 7-8-805-99.

A título de pretensiones subsidiarias, solicitó que se declarara: **i)** el incumplimiento contractual del IDU, **ii)** que por tal conducta de la entidad, la UT Obras Viales no pudo ejecutar la totalidad de los ítems pactados; **iii)** *“que el IDU no procedió a restablecer el equilibrio económico del contrato No. IDU-UEL 7-8-805-99, estando obligado a hacerlo”*; **iv)** que la unión temporal debía ser indemnizada debido al incumplimiento de la Administración y a la ruptura de la ecuación financiera contractual; **v)** la consiguiente procedencia de la excepción de *contrato no cumplido*, a favor de la unión temporal; **vi)** la compensación de cualquier obligación recíproca entre las partes, surgida del contrato y bajo los requisitos de esa modalidad extintiva de las obligaciones; **vii)** que el valor de la indemnización a cargo de Confianza S.A. no podía exceder la suma asegurada ni el de los perjuicios sufridos por el IDU, como tampoco ningún rubro por concepto de lucro cesante.

Por último, e igualmente como pretensión subsidiaria, pidió que se condenara al IDU a la restitución de los dineros que Confianza S.A. hubiera pagado o llegara a pagar en virtud de lo dispuesto en las resoluciones enjuiciadas.

-. En la fundamentación fáctica de la demanda, Confianza S.A. refirió, en síntesis, la celebración del contrato de obra IDU-UEL 7-8-805-99 del 31 de diciembre de 1999, por el valor de \$2.024'974.912 y un período de ejecución de 10 meses, contados a partir de la fecha del acta de iniciación o de la orden que para el efecto impartiera el Director Técnico de Malla Vial. Según la aseguradora, dado que el acta de iniciación fue suscrita el 15 de mayo de 2000, el término de ejecución estaba llamado a expirar el *“14 de marzo de 2001”*, plazo que en ningún momento fue modificado ni extendido por las partes.

Por lo demás, relató el desarrollo de la relación contractual entre el IDU y la unión temporal, reprobando supuestas irregularidades en lo concerniente al anticipo, la eliminación del programa de construcción en tres vías objeto del contrato, errores en la nomenclatura de algunos tramos para intervenir, dilaciones para entregar los avales técnicos de los proyectos, no satisfacción de los requisitos de dichos avales, inclusión en el contrato de algunos ítems que no habían sido materia de la respectiva licitación y solicitud de obras de infraestructura en barrios no legalizados,



así como el incumplimiento de requisitos en materias de redes y de programación presupuestal, en varios puntos objeto de las obras. Señaló, igualmente, demoras en el pago de cuentas por recibo parcial de obra y en la adopción de medidas para restablecer el equilibrio económico del contrato.

Reseñó el contenido de los actos demandados y recalcó que los incumplimientos atribuidos por el IDU a la contratista aludían a los estudios y diseños que ésta debía entregar en el marco de sus compromisos contractuales, mientras que las sanciones pecuniarias se calcularon, no obstante, sobre el valor total del contrato, que también incluía actividades de construcción. En punto de ello, reprochó las decisiones del IDU, en particular, la imposición de multas y la posterior declaratoria de caducidad del negocio jurídico.

Como cargos de nulidad, expuso la falta de competencia del IDU para expedir los actos enjuiciados, la violación de normas de la Ley 80 de 1993 y del Código de Comercio, la falsa motivación de las resoluciones demandadas y la infracción de los artículos 25 (numerales 6 y 13) y 41 de la Ley 80 de 1993, por adelantarse la contratación de las obras sin contar con la debida disponibilidad presupuestal.

1.2.2. Trámite de primera instancia

- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección A admitió la demanda el 22 de abril de 2004 (fl. 52, c.1).

- El IDU aceptó como cierto el hecho relativo al plazo de ejecución del contrato, precisando que, de los diez meses pactados para ese efecto, cuatro correspondían a la fase de estudios y diseños, mientras que los seis restantes a la etapa de construcción.

Afirmó que la entrega del anticipo no contemplaba porcentajes específicos, aunque sí montos máximos, en tanto que el alegado retraso en su desembolso era un asunto que no le constaba a la entidad.

Recalcó que si bien el incumplimiento imputado a la unión temporal tuvo que ver con los estudios y diseños, la multa debía tasarse sobre la base del valor total del contrato, ya que éste era uno sólo por más que incluyera, adicionalmente, una etapa de construcción.



Propuso la excepción que denominó *“oportunidad, legalidad y validez de la potestad de imposición de multas por parte del IDU”*, argumentando que las cláusulas del contrato en que se pactó la posibilidad de que la entidad impusiera esa sanción pecuniaria, mediante acto administrativo, eran suficientes para establecer su competencia en ese punto, vale decir, que el pacto de las partes en cuanto a la multa unilateral al contratista habilitaba de manera suficiente a la Administración.

Formuló, además, como restantes excepciones de mérito, las siguientes: *“legalidad plena de las Resoluciones 1308 del 16 de mayo de 2001 y 815 del 8 de marzo de 2002”*, *“indebido agotamiento de la vía gubernativa”* e *“inexistencia de modificación unilateral del contrato IDU-UEL-7-8-805 de 1999”*.

-. En auto del 4 de noviembre de 2004 fueron decretadas las pruebas del proceso, mientras que el 15 de febrero de 2007 se ordenó correr el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para la rendición de su concepto (fl. 211, c.1).

-. En dicha etapa procesal, la aseguradora demandante reiteró lo planteado en el libelo y reseñó el contenido de algunas pruebas practicadas en la causa, a efectos de recalcar que las mismas demostraban los hechos relatados por la actora.

-. El IDU, por su parte, defendió la legalidad de los actos acusados alegando que no existían elementos que desvirtuaran la presunción de que los mismos se ceñían al ordenamiento jurídico. Adicionalmente, refirió los informes de interventoría y otras probanzas que evidenciaban, en su criterio, los incumplimientos de la unión temporal, al tiempo que refutó los hechos de la demanda y los cargos de nulidad formulados en ella.

2. La sentencia impugnada

El 23 de julio de 2015, la Sección Tercera - Subsección C de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca avocó el conocimiento del asunto y profirió fallo de fondo, en los términos anteriormente señalados.

Al examinar la oportunidad de las demandas interpuestas, determinó que se había configurado la caducidad respecto de la pretensión formulada por Confianza S.A. para la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 280 y 2363 de 2001 -relativas a la multa impuesta por el IDU a su contratista-, por cuanto la decisión de cierre había



quedado ejecutoriada el 8 de octubre de 2001, merced a la notificación personal realizada en esa fecha a la aseguradora, no obstante lo cual, ésta sólo interpuso la demanda el 11 de febrero de 2004, cuando ya había expirado el plazo legal para hacerlo. Frente a las demás pretensiones de Confianza S.A. y la demanda de la unión temporal, el *a quo* tuvo por establecido que fueron llevadas en tiempo a instancia judicial.

Al abordar el fondo del asunto, comenzó por señalar que las excepciones 1, 2, 3, 4 y 6 formuladas por el IDU -entre éstas, la de *“oportunidad, legalidad y validez de la potestad de imposición de multas por parte del IDU”*- no serían tenidas por tales, ya que no referían hechos nuevos que enervaran las pretensiones de la parte actora, sino que eran argumentos orientados simplemente a negar el derecho alegado en cada una de las demandas.

En relación con las indicadas Resoluciones 280 y 2363 de 2001, el Tribunal determinó que, siguiendo lo establecido en la Ley 80 de 1993, única normativa imperante en ese momento, la entidad carecía de competencia para imponer en forma directa la sanción económica, **ya que, si bien las partes podían legítimamente pactar las multas en el contrato respectivo, su efectividad o cobro sólo eran procedentes por vía judicial.**

Dijo:

[La Ley 80 de 1993] no sólo derogó el Decreto 222 de 1983 (...), sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión (...). Como se observa, [ni en el artículo 14] ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80 se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222 incluyó así mismo la de estas dos figuras (...)

En cuanto a la declaratoria de caducidad del contrato materia de juicio, consideró que la presunción de su legalidad se había desvirtuado igualmente por falta de competencia del IDU, esta vez en el ámbito temporal, por cuanto, a la luz de la jurisprudencia y de las normas aplicables, la entidad sólo estaba habilitada para declarar la caducidad del negocio jurídico mientras estuviera vigente, pero no después de haber finalizado el término de ejecución de las obras pactadas, como aconteció en el caso analizado. En punto de ello, precisó que el tiempo destinado a la ejecución expiraba el 15 de marzo de 2001, razón por la cual, al haberse declarado la caducidad del contrato el 16 de mayo siguiente, la decisión era nula.



Con base en los anteriores razonamientos, estableció que también se oponían a la ley las resoluciones en que se dispuso y confirmó la liquidación unilateral del contrato, por haberse cimentado sobre la multa previamente impuesta por el IDU y las declaratorias de incumplimiento y caducidad del acuerdo de voluntades, decisiones que serían expulsadas del ordenamiento mediante declaratoria de nulidad.

Con todo, resolvió abstenerse de liquidar judicialmente el contrato, fundándose en los siguientes argumentos:

[E]sta Subsección encuentra inconveniente liquidar el contrato No. IDU-UCL-7-8-805-99 (...), teniendo en cuenta que la pretensión elevada por [la unión temporal] no insta a que el mismo sea liquidado en sede judicial, por el contrario, su petición va encaminada a que se ordene al IDU liquidar el contrato (...), lo que le impide a esta Sala entrar a liquidarlo de oficio (...).

[T]ampoco es procedente ordenar al IDU realizar la liquidación del contrato nuevamente, pues independientemente del decaimiento (sic) de los actos administrativos mediante el cual (sic) se decretó la caducidad del contrato y mediante el cual se liquidó el contrato, el límite temporal con el que cuenta la administración para esta clase de actuaciones ya se encuentra fenecido, es decir, la administración ya perdió competencia para lo de su cargo, y ni siquiera por decisión judicial puede ordenarse revivir términos y mucho menos investirlo de competencia temporal, pues lo correcto era que la actora hubiera pedido en su demanda que como consecuencia de la nulidad de los actos aquí demandados se procediera a su liquidación en sede judicial.

Respecto del resarcimiento de los perjuicios, el *a quo* señaló que estaba demostrado el lucro cesante solicitado por la parte actora - contratista, derivado de la inhabilidad en que se hizo incurrir a los integrantes de la unión temporal Obras Viales por la declaratoria de caducidad del contrato, de suerte que, vistas las pruebas documentales, especialmente el acuerdo de voluntades y los precios y porcentajes de utilidad que en él se pactaron, procedía reconocer la suma de \$1.924'708.405, como valor del "lucro cesante". Por último, denegó el reconocimiento de los perjuicios morales solicitados, por no encontrarlos probados en el juicio, y se abstuvo de analizar los restantes temas debatidos en la causa.

3. Los recursos de apelación

3.1.- La unión temporal Obras Viales interpuso recurso de apelación contra el anterior fallo, haciendo recaer su inconformidad sobre el numeral octavo del acápite resolutivo, cuya modificación solicitó para que, en lugar de disponer la denegación parcial de las pretensiones de la demanda, se procediera a la liquidación del contrato, "tal como expresamente se solicitó en la pretensión segunda", transcrita en el recurso, incluyendo la solicitud de reconocimiento de \$865'140.522.15,



correspondientes al supuesto “saldo a favor” que debió arrojar la liquidación del contrato, y que cubrían las quince (15) reclamaciones económicas que, en su criterio, debían estudiarse y acogerse en el juicio.

Así, cuestionó que el litigio se resolviera dejando sin liquidación el negocio en controversia, más cuando la Ley 80 de 1993 establecía como obligatorio tal balance de cuentas, el que, además, era necesario para restablecer el derecho conculcado con la expedición de las resoluciones declaradas nulas por el *a quo*.

Afirmó que si bien la providencia apelada señalaba la falta de competencia actual del IDU para liquidar el contrato, en realidad la habilitación de la entidad surgiría en virtud del mandato judicial expreso, y que aun desechándose esa posibilidad, en todo caso, el juez de la causa estaría en el deber de efectuar tal liquidación, so pena de vulnerar los derechos patrimoniales de la contratista afectada con la nulidad de los actos enjuiciados.

3.2.- El IDU apeló igualmente la sentencia de primer grado y expresó como punto central de reparo el no haber analizado el Tribunal los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, ni considerar que la conducta desplegada por la unión temporal fue la que contribuyó eficazmente a la expedición de las resoluciones acusadas. Así, recalcó que las sanciones impuestas a la contratista surgieron por su propio incumplimiento, por lo que no podía reputarse falso ni ilegal lo decidido por la Administración. Agregó:

Los actos administrativos sancionatorios declarados nulos por el fallador de instancia se encuentran debidamente motivados, respetaron todos los elementos de audiencia y defensa previstos en el ordenamiento y se proferieron con apego y cumplimiento de las normas vigentes. En efecto, dichos actos administrativos, a los cuales pretende endilgárseles visos de ilegalidad, son proferidos en desarrollo de los principios rectores de la contratación pública, las leyes que los desarrollan y los mandatos constitucionales, otorgándole al contratista la posibilidad de ejercer su defensa como efectivamente se puede constatar.

Seguidamente, reiteró que la unión temporal Obras Viales fue la parte que desatendió las obligaciones pactadas en el contrato, especialmente por retrasar la entrega de los diseños y el avance mismo de la obra, por lo que el fallador de primera instancia debió examinar las pruebas que demostraban tales inobservancias, sin omitir su valoración.



4. Trámite en segunda instancia

4.1. Los recursos de apelación fueron concedidos en audiencia de fecha 28 de octubre de 2016⁷ y admitidos por esta Corporación el 29 de octubre del mismo año (fl.317 c. ppal).

4.2. En proveído del 16 de marzo de 2017, se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 319).

4.3 La parte actora se ratificó en los planteamientos y cargos de la demanda y solicitó que el fallo apelado fuera confirmado, salvo en lo relativo a la denegación de las pretensiones relacionadas con la liquidación del contrato materia de juicio, punto respecto del cual pidió nuevamente que se revisara, para proceder a liquidar judicialmente el indicado negocio.

4.4. El IDU, a su turno, reprodujo algunos apartes jurisprudenciales relacionados con el término legal para el ejercicio de las potestades excepcionales, al tiempo que señaló que la “*multa*” impuesta a la contratista se dispuso durante la vigencia del negocio jurídico y no por fuera de ella, de suerte que era palmaria la competencia de la entidad para el “*ejercicio de la potestad sancionatoria*”.

Refirió, asimismo, otros extractos jurisprudenciales en los que resaltó el alegado criterio de que, en la etapa de liquidación del contrato, no podía estar ausente la potestad de autotutela de la administración para declarar incumplimientos e imponer sanciones al contratista.

Con base en tales basamentos de la jurisprudencia, solicitó que fuera revocado el fallo de primera instancia.

4.5. El Ministerio Público guardó silencio.

⁷ En la que, además, se declaró fallida la conciliación judicial prevista en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010.



II.- CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

1.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer de este proceso en segunda instancia, en los términos del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998 –en vigor para la fecha de interposición de la demanda-. En efecto, en esta oportunidad se somete a consideración de la Sala la nulidad de las resoluciones de imposición de multas, declaratoria de caducidad y liquidación del contrato IDU-UEL 7-8-805-99 de 1999, en el que fungió como contratante el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-, cuya naturaleza es la de un establecimiento público del orden distrital, creado mediante el Acuerdo N° 19 del 6 de octubre de 1972, todo lo cual hace palmaria la naturaleza pública de la entidad demandada y habilita, por consiguiente, a esta jurisdicción para resolver el presente asunto.

En cuanto a la vocación del proceso para ser tramitado en segunda instancia, en el *sub judice* se cumplen los presupuestos de ley puesto que, aun la menor de las pretensiones económicas formuladas en los dos procesos acumulados supera los 500 S.M.L.M.V.⁸, establecidos en el artículo 132, numeral 5, del C.C.A., vigente en la fecha en que fue incoado este proceso. En efecto, la pretensión más baja fue la estimada por los integrantes de la unión temporal, quienes solicitaron la suma de \$865'140.522,15 como saldo actualizado de la liquidación del contrato⁹.

1.2. Oportunidad para demandar

De conformidad con el artículo 136, numeral 10, literal d), del C.C.A., en las acciones relativas a contratos que requieran liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la entidad estatal contratante, el término de caducidad de dos años establecido en esa norma comienza a correr desde la ejecutoria del acto que apruebe la liquidación unilateral.

⁸ Es decir, \$166'000.000 para 2003 y \$179'000.000 para 2004. En efecto, el salario mínimo legal mensual que rigió en 2003 -año en que se interpuso la primera demanda acumulada- era de \$332.000 (Decreto 3232 de 2002), mientras que en 2004, tal concepto fue fijado en \$358.000 (Decreto 3770 de 2003).

⁹ La cuantía total de la demanda N° 2003-02138 fue fijada en \$9.004'552.985,95 (fl. 275, c.5).



En el presente caso, el contrato de obra IDU-UEL 7-8-805-99, sobre el cual recae la controversia, fue liquidado mediante la Resoluciones 12433 del 19 de diciembre de 2002 y 6230 del 11 de agosto de 2003, ésta última notificada mediante edicto desfijado el 9 de septiembre de 2003 (fl. 143, c. 30), de suerte que el término de caducidad comenzaba a correr el 10 de septiembre del mismo año y estaba llamado a culminar el 10 de septiembre de 2005.

No está de más destacar que tanto las resoluciones de multa como las de caducidad del contrato, demandadas en el sub lite, estaban directamente relacionadas con la liquidación misma del negocio jurídico, lo cual hace aún más palmaria la procedencia de contabilizar el plazo de caducidad con base en las reglas especiales antes anotadas.

Dado que la demanda N° 2003-02138 (interpuesta por la unión temporal hoy apelante) fue presentada el 6 de octubre de 2003, se advierte que respecto de ella no operó el fenómeno de la caducidad.

Respecto de la demanda radicada con el N° 2004-00426, incoada por Confianza S.A., debe darse aplicación a la regla fijada en el artículo 136, numeral 10, literal d), del C.C.A., pues el supuesto de contabilización específica de caducidad que allí se señala es el que se cumple en el sub lite, esto es, que se trate de un contrato que requiera liquidación y ésta se haya efectuado unilateralmente por la entidad. Así, el término respectivo vencía, como se anotó, el 10 de septiembre de 2005, y la demanda de la aseguradora Confianza S.A. fue interpuesta el 11 de febrero de 2004, es decir, sin sobrepasar el plazo legal, razón por la cual se revocará el ordinal primero del fallo apelado, dado que el presupuesto procesal de presentación oportuna de la demanda fue cumplido por la indicada compañía garante.

2. Caso concreto

2.1. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos por las partes en sus recursos de apelación, le corresponde a la Sala establecer: **i)** si se desvirtúa lo resuelto en la sentencia de primer grado, en cuanto a la nulidad de las resoluciones en las que el IDU impuso una multa a su contratista y declaró la caducidad del contrato. En ese sentido, deberá establecerse: a) si la entidad era o no competente para adoptar las indicadas decisiones -cuestión que el *a quo* resolvió de manera negativa-, y b) si al



ser afirmativo lo anterior, los incumplimientos que la entidad estatal alega en la apelación justificaban la expedición de las resoluciones mencionadas; **ii)** si se desvirtúa lo resuelto en el fallo apelado, frente a la declaratoria de nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato, emitido por el IDU; **iii)** si hay lugar a liquidar judicialmente el contrato estatal debatido, y **iv)** si se debe acceder a las 15 reclamaciones económicas formuladas por la demandante ante el IDU, y en este juicio.

2.2. Hechos Probados

Los medios de prueba que obran en el proceso fueron aportados en legal forma por ambas partes y acreditan los hechos relevantes que se señalarán en esta sentencia. Se mencionan a continuación los de carácter más general, con el propósito de dar contexto al análisis que efectuará la Sala respecto de los puntos específicos debatidos por los apelantes, así como de las reclamaciones invocadas en el recurso interpuesto por la actora, frente a todo lo cual se referirán eventos más puntuales demostrados en esta causa.

a) La licitación y el contrato

-. En octubre de 1999, el IDU abrió la licitación pública IDU-LP-UEL-081-1999, con el objeto de contratar el estudio, diseño y construcción de 40 vías de la localidad de Bosa y 6 vías de la localidad de Kennedy, cuya nomenclatura y medida enlistó en el pliego de condiciones bajo la advertencia de que se podrían excluir de tal relación algunas vías mencionadas, e incluir otras, *“conservando las metas físicas objeto del presente pliego”* (fls. 1001-1002, c.7).

De acuerdo con los datos de la lista presentada por el IDU, la longitud total de las vías objeto de contratación sería de 3.134 metros, mientras que el ancho total diseñado y construido debía ser de 282,8 metros.

-. La entidad señaló como presupuesto oficial estimado, la suma de \$1.676'900.000 para la localidad de Bosa, y \$348'079.912 para la localidad de Kennedy. De acuerdo con la minuta del contrato, anexa al pliego de condiciones, el valor del contrato se establecería con la modalidad de precio global fijo para los estudios y diseños, y la de precios unitarios para el componente de construcción (fl.105, c.9).



- En el numeral 1.16 del pliego de condiciones se advirtió que los estudios y diseños a cargo del contratista se adelantarían de acuerdo a los requerimientos del IDU, e incluirían las siguientes diez áreas técnicas:

- *Estudios de tránsito, capacidad y niveles de servicio.*
- *Estudios y diseños geométricos.*
- *Estudios y diseños de espacio público.*
- *Estudios y diseños del drenaje y subdrenaje.*
- *Estudios y diseños de las redes de servicios públicos.*
- *Estudios y diseños geotécnicos viales y de pavimento*
- *Estudios y diseños geotécnicos para fundaciones de puentes y otras estructuras.*
- *Estudios y diseños estructurales de puentes, estructuras de drenaje, contención, pasos peatonales y demás obras complementarias.*
- *Estudios y diseños de dispositivos de control, señalización y seguridad de tráfico e iluminación.*
- *Especificaciones técnicas de las obras, análisis de precios unitarios (si fuere necesario), presupuesto y otra información técnica que se requiere para el inicio de la construcción.*

El pliego describió ampliamente el alcance completo de los estudios y diseños en cada una de las indicadas áreas técnicas, señalando las responsabilidades específicas del contratista, que comprendían, v.gr., en los estudios de tránsito, determinación de la demanda e identificación de las condiciones operacionales de flujo vehicular, con miras a formular alternativas de solución a problemas de tráfico y transporte, para todo lo cual sería de su cargo *“efectuar la recopilación y análisis de toda la información que represente o sea de alguna utilidad para el proyecto, contenida en estudios preliminares, bien sea del IDU o cualquiera otra entidad de carácter pública o privada (sic)”* (fl. 1049, c.7).

Asimismo, para los estudios y diseños geométricos, el contratista debería *“realizar las consultas necesarias ante el Departamento Administrativo de Planeación Distrital (D.A.P.D.) para informarse de la ubicación del corredor destinado para la construcción de los proyectos y sus características de ancho, sección transversal, usos del suelo, etc.”* (fl. 1050), lo cual implicaba la carga de establecer la tipología definida por ese organismo, para cada una de las vías.

Sobre estas obligaciones del contratista, indicó también el documento regulatorio (fl. 1050):

Deberá recopilar y analizar la información existente, incluyendo proyectos viales o trazados preliminares o urbanísticos en la zona de influencia de las obras objeto de estudio, igualmente deberá consultar con las empresas de servicios públicos sobre los planes de éstas en materia de construcciones de redes, consultará con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá sobre las



redes de alcantarillado (...), lo mismo que sobre las redes de acueducto y estructuras para el cruce de canales (...).

Toda la información suministrada deberá ser verificada y analizada por parte del consultor. (Énfasis fuera de texto).

De otro lado, pero igualmente para cada área técnica, el contratista debía presentar un informe que incluyera *“la metodología seguida para la ejecución de los estudios y diseños efectuados, la memoria de las alternativas planteadas y cálculos efectuados, indicando los parámetros utilizados, el análisis de los resultados obtenidos, las conclusiones y todo aspecto relevante que sea justificativo del contenido de los planos de construcción”* (fl. 1048, c.7). Asimismo, debía suministrar un archivo magnético de los planos y mapas, con información de campo sobre la geometría de las vías y sus zonas, sistema de drenaje existente, secciones transversales, perfiles longitudinales *“y toda la demás información recolectada que sea de utilidad para cumplir con el propósito anotado”*.

-. Como resultado de toda la fase de estudios y diseños, el contratista debía presentar las cantidades de obra, el presupuesto y las *“Especificaciones Particulares para cada uno de los tramos evaluados”*. En línea con tales previsiones, le correspondería consultar con las entidades competentes los documentos que permitieran el desarrollo del objeto contractual, así como asumir íntegramente los costos de la etapa de estudios y diseños.

Sobre la fase de construcción, advirtió la entidad (fl. 1009, c. 7):

Una vez realizado el diseño de las vías a construir, y previa aprobación por parte de la Interventoría y del IDU, el Contratista iniciará la ejecución de las obras objeto del contrato (...).

El desarrollo de la obra deberá cumplir con las especificaciones técnicas y económicas que se presenten en los Estudios y Diseños, y que sean aprobadas por la Interventoría (...).

Asimismo, de conformidad con el numeral 1.17, las obras debían ser ejecutadas siguiendo el orden de prelación indicado por el IDU, sin perjuicio de adelantar las respectivas labores en ambos frentes de trabajo (localidades de Bosa y Kennedy) de manera simultánea.

-. El mismo numeral 1.17 del instrumento licitatorio reguló lo concerniente al manejo de recursos, advirtiendo que en aquellos casos en que se emitiera certificado de disponibilidad presupuestal para un ítem u obra específica, sólo podría emplearse



para ese efecto, sin que con tal instrumento pudiera ampararse en ningún caso obras distintas, aunque las mismas pertenecieran a la misma localidad.

-. De conformidad con el numeral 3.2.13 del documento precontractual, el proponente seleccionado estaría en la obligación de presentar, al suscribir el contrato, la metodología de los estudios y diseños, especialmente en cuanto al levantamiento topográfico, el estudio de suelos y evaluación de pavimentos, el estudio de tránsito, el diseño estructural, las cantidades de obra y las especificaciones. Asimismo, debería entregar el enfoque y metodología de la construcción.

Seguidamente, se advirtió que la oferta debía incluir, para cada ítem de pago, el análisis de precios unitarios, el cual se obtendría con la información de los costos básicos de la región, en equipos, materiales y mano de obra, entre otros conceptos, *“teniendo en cuenta además los factores de producción y las condiciones de la región como el régimen de lluvias, acceso a los sitios de trabajo, sistema de explotación y producción de los agregados pétreos y todos aquellos factores que puedan incidir en los precios unitarios de los diferentes ítems”* (fl. 31, c.9).

La contratación, según el numeral 3.2.14.2, preveía el reajuste de los precios unitarios para la fase de construcción. Al respecto, se indicó que los mismos debían cubrir materiales, mano de obra en jornadas diurna y nocturna y días feriados, prestaciones sociales, herramientas, maquinaria y demás gastos inherentes al contrato, incluyendo los elementos del AIU.

Por otro lado, la entidad advirtió que el contrato de obra estaría sujeto al pago de la contribución especial prevista en la Ley 104 de 1993 y a distintas categorías de impuestos.

-. En lo relativo a la forma de pago, el pliego de condiciones indicó en el numeral 5.5 que, para la fase de estudios y diseños, se efectuaría un *“pago anticipado”* equivalente al 50% del valor propuesto para ese componente del contrato, una vez cumplidos los requisitos de su perfeccionamiento y legalización, mientras que el restante 50% del mismo valor de los estudios y diseños se pagaría cuando fueran recibidos a satisfacción por parte de la interventoría y el IDU.

Por su parte, la fase de construcción se cubriría con un giro inicial del anticipo por el 30% *“del valor estimado de construcción”*, mientras que el siguiente 60% se



pagaría “mediante presentación de actas mensuales por obra ejecutada, formuladas por el contratista de acuerdo con las cantidades (...) aceptadas por la interventoría”, y a satisfacción del IDU. Finalmente, el 10% restante se pagaría al recibirse y firmarse a satisfacción las actas de terminación “y liquidación” (fl. 51, c.9).

Se señaló en el numeral 5.6 del pliego de condiciones que no se supeditaría al giro del anticipo el inicio de las obras ni el cumplimiento de ninguna obligación contractual, dada la capacidad económica que previamente habría acreditado el contratista (fl. 51, c.9).

-. De otro lado, en el numeral 5.2 se precisó que en cada acta mensual de obra se descontaría, del valor neto allí reconocido, el porcentaje correspondiente al anticipo, y que la suma obtenida sería ajustada de acuerdo con la siguiente fórmula (fl. 52 c. 9):

$$P_1 = P_0 \times I/I_0$$

Donde,

P_1 = Valor ajustado del acta de obra.

P_0 = Valor básico del acta, calculado según las cantidades de obra ejecutada, a los precios unitarios consignados en la “Lista de Cantidades de Obra, Precios Unitarios y Valor Total”.

I = Valor del índice del Grupo de Obras 2, proyectado por el IDU para el mes de ejecución de las obras.

I_0 = Valor del mismo índice, correspondiente al mes de cierre de la licitación.

-. El pliego de condiciones previó múltiples aspectos para las fases de estudios, diseño y construcción. Para ésta última, estableció la posibilidad de pactar ítems adicionales en caso de que la interventoría estableciera su necesidad (numeral 6.3), evento en el cual el contratista estaría obligado a ejecutarlos, previo pacto de nuevos precios, “en los términos de la Ley 80 de 1993” (fl. 85, c.9).

A ese respecto, se precisó que los precios que se pactaran serían los acordados entre el contratista y la interventoría, teniendo en cuenta los valores vigentes en el mercado en la fecha del estudio económico respectivo, “sin variar los porcentajes AIU de la propuesta”. Correría a cargo del contratista la presentación del Análisis de Precios Unitarios, respecto de la cual la interventoría podría solicitar su modificación o aclaración.



- En el numeral 6.15 del instrumento de selección, se estableció (fl. 86 c.9):

En el evento de presentarse circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, el contratista deberá dar aviso de tal hecho al IDU y al Interventor, adjuntando las pruebas que tipifiquen el hecho como tal, para que el IDU considere la posibilidad de exonerarlo. Las causas que lo motivaron y la diligencia con que el contratista actuó ante ellos deberán haberse hecho constar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que cesen dichas causas, en actas suscritas por el interventor y el contratista, las cuales requerirán la aprobación del IDU (...). Todas las obras adicionales originadas por caso fortuito o fuerza mayor deberán ser consignadas en acta. El contratista deberá asumir los sobrecostos resultantes, tales como los correspondientes a lucro cesante y pérdida de materiales, equipos y otros elementos de su propiedad. En el evento en que el IDU concluya que el caso no fue fortuito o de fuerza mayor, correrán además por cuenta del contratista, todas las reparaciones, reconstrucciones e indemnizaciones a que haya lugar.

- El 31 de diciembre de 1999, el IDU y la unión temporal Obras Viales celebraron el contrato IDU-UEL.7-8-805-99 (fls. 255-261, c.9), para adelantar el estudio, diseño y construcción de las vías relacionadas en el numeral 1.1 del pliego de condiciones referido, en las localidades de Bosa y Kennedy. Se reiteró en el párrafo segundo de la cláusula primera, que el IDU podría excluir de ese numeral una o más de las vías contratadas, o bien, incluir otras en la misma localidad, “*conservando las metas físicas*” del pliego de condiciones.

Por lo demás, el contratista debía cumplir el objeto contractual siguiendo lo señalado en la licitación pública.

- De conformidad con la misma cláusula primera, los estudios y diseños se contrataron bajo la modalidad de precio global fijo, mientras que la construcción se ejecutaría bajo precios unitarios.

- La cláusula tercera estableció las obligaciones de la unión temporal frente a los estudios y diseños. Así, entre otras cosas, le correspondía a la contratista: i) ejecutar los diseños geométricos, estudio de suelos, estudio de tránsito, evaluación de redes y evaluación de pavimento; ii) como resultado de tales estudios y diseños, debía “*presentar las cantidades de obra, presupuesto de obra y especificaciones particulares para cada uno de los tramos evaluados*”; iii) hacer las correcciones indicadas por la interventoría y atender sus observaciones, “*hasta obtener la aprobación final de los diseños*”, para lo cual tendría un plazo de cinco días calendario a partir de cada corrección solicitada; iv) presentar informes quincenales ante la interventoría, así como un informe final, sobre el avance de los estudios y diseños.



- Se previó en la cláusula cuarta que, en relación con la obra, el contratista tendría la obligación de ejecutarla a los precios unitarios cotizados en la propuesta, y hacerse cargo de la adquisición (que comprendía la eventual importación), transporte, montaje, utilización, reparación, conservación y mantenimiento de todas las máquinas, equipos y demás elementos necesarios para la realización de sus labores. Asimismo, debía proceder a la reparación de las vías de acceso a las zonas intervenidas y tramitar ante las empresas de servicios públicos domiciliarios la constancia de recibo a satisfacción de las respectivas redes.

- De acuerdo con la cláusula novena contractual, el plazo de ejecución de todo el objeto pactado sería de 10 meses contados a partir de la fecha del acta de inicio o de la orden que en tal sentido impartiera la Dirección Técnica de Malla Vial del IDU (fl. 255, c.9). Con todo, la vigencia total del negocio jurídico abarcaría dos meses adicionales, según lo dispuesto en el párrafo de la misma cláusula.

No se incluyeron en el contrato estipulaciones atinentes a su prórroga ni a su suspensión.

- El valor total del contrato fue establecido en la cláusula quinta, por la suma de \$2.024'979.912, de los cuales, \$136'511.577 corresponderían a los estudios y diseños -incluido el IVA- y \$1.888'468.335, a las obras de construcción (fl. 0257, c.9). Sin perjuicio de ello, se recalcó que el valor final de la obra construida sería el que resultara de multiplicar las cantidades efectivamente ejecutadas, por los precios unitarios señalados en la oferta para la fase de construcción.

En cuanto a la forma de pago, se dispuso en la cláusula sexta:

*El IDU pagará al CONTRATISTA el valor pactado en la cláusula anterior, de la siguiente manera: 1) un anticipo equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del contrato una vez se hayan cumplido los requisitos legales para iniciar su ejecución. 2) Un sesenta por ciento (60%) del valor del contrato mediante la presentación de **diez (10) actas mensuales por obra ejecutada**, según el plazo de ejecución del contrato, **las cuales serán formuladas por el CONTRATISTA de acuerdo con la cantidad de obra aceptada por la interventoría** y a satisfacción del IDU. 3) El diez por ciento (10%) restante, previo recibo a satisfacción y suscripción de las actas de terminación y liquidación del contrato. PARÁGRAFO PRIMERO: Al valor del acta mensual de obra se le descontará el valor correspondiente al anticipo, y al valor así obtenido, se le efectuará el ajuste respectivo en lo que se refiere a construcción, conforme lo señalado en el numeral 5.8 del pliego de condiciones. (Destaca la Sala).*

Las partes advirtieron, además, en el párrafo segundo *ibídem*, lo relativo a la cuenta bancaria especial destinada al anticipo, y a su manejo conjunto entre la



contratista y la firma interventora, llevando ambos sujetos un registro de la cuenta, que demostrara inequívocamente el saldo y las bases que lo conformaran. Se añadió que los dineros del anticipo sólo podrían utilizarse siguiendo el *programa de inversiones*, ajustado y debidamente aprobado por la interventoría, la que además debía aprobar o improbar las cuentas de inversión y de relación de gastos. Cualquier diferencia entre el saldo bancario consignado en el extracto y el registro de gastos o el programa de inversiones, ameritaría el cobro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, incluido en las garantías del contrato (fl. 257, c.9).

- En la cláusula séptima se subrayó que los impuestos y retenciones surgidos del contrato correrían enteramente por cuenta de la contratista, para lo cual el IDU haría las retenciones del caso, de acuerdo con la Ley.

- La cláusula décima tercera estableció la facultad para el IDU de imponer multas a la contratista, en caso de incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, por el equivalente al uno por mil diario del valor del contrato, sin exceder el 30% de ese total (fl. 260, c.9). A su vez, la cláusula décima quinta estableció la pena pecuniaria del 30% del valor del contrato, cuando la interventoría presentara informe de incumplimiento del contratista.

- A su vez, la cláusula décima sexta previó la declaratoria de caducidad del contrato, y la décima séptima, el ejercicio de las facultades de terminación, modificación e interpretación unilaterales.

En cuanto a la liquidación, se señaló en la cláusula décima novena que se llevaría a cabo siguiendo lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 (fl. 260, c.9).

- Por último, en la cláusula vigésima primera las partes estipularon lo relativo a la solución de controversias, en el sentido de que, frente a cualquier diferencia o discrepancia surgida por la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato, se acudiría a los mecanismos de solución directa, previstos en el Capítulo VIII de la Ley 80 de 1993.

- De acuerdo con lo consignado en el informe final de interventoría, suscrito en marzo de 2001, pese a que el contrato se celebró para 46 vías en las localidades de Bosa y Kennedy, sólo resultó viable la ejecución de algunas de ellas.



Indicó la firma interventora (fl. 4023, c.4):

El objeto del contrato en la parte de construcción, al igual que el de los estudios y diseños, era de 40 vías en la localidad de Bosa y 6 en la localidad de Kennedy. Una vez aprobadas por la EAAB las vías que podían pavimentarse, tramitadas las autocertificaciones y elaborados los presupuestos correspondientes a cada una de las vías, se definieron las vías que podían pavimentarse. Como resultado de este estudio, se obtuvo que solamente 20 vías cumplían con el presupuesto y la viabilidad técnica; 4 vías tenían presupuesto parcial y eran viables técnicamente, y 21 vías no se podían intervenir por no cumplir con una o dos de las condiciones.

Como se indicó en la resolución de declaratoria de caducidad, (que la Sala referirá más adelante), el valor de las obras posibles de ejecutar era de \$1.116'711.770.

- Las partes suscribieron múltiples actas de avance, seguimiento y de recibo de obra, éstas últimas con inclusión de los reajustes al valor de los ítems ejecutados y recibidos en cada período (cuaderno 4). Se destaca en primer lugar la de inicio de la fase de estudios y diseños, suscrita el 15 de mayo de 2000, y que constituyó el punto de partida de la ejecución de todo el contrato; en dicha acta de inicio se advirtió que el término para la entrega total del primer componente (estudios y diseños) sería de cuatro meses, que expirarían el 14 de septiembre de 2000. En actas de seguimiento 8 y 9, suscritas respectivamente el 12 y el 18 de julio de 2000, se acordó **no realizar los estudios y diseños de las vías 2, 39, 40 y 17**, por haberse evidenciado que ya contaban con esa consultoría, en el marco de contratos anteriores.

-. Desde el informe periódico de la interventoría correspondiente a junio de 2000, se evidenciaron incumplimientos de la contratista por falta de contratación de personal y atrasos en la entrega de los Programas Generales de Diseño, Obra y de Inversiones, así como en la entrega de los estudios y diseños y de los informes periódicos que al respecto debía presentar la unión temporal (fls. 3885-3901, c.13). En las Actas de Seguimiento 8 y 9, se le advirtió a la contratista que estaba registrando demoras considerables en varias áreas técnicas y subcomponentes de los estudios y diseños, tales como la topografía, ensayos de laboratorio, análisis de cimentaciones, cálculo de cantidades de obra, análisis de pavimentos y estudios de tráfico y capacidad vial (fl. 0694 y 0700, c.4). Ya en el informe final de interventoría, elaborado en marzo de 2001, se detallaron las fallas del contratista al entregar los distintos elementos de los estudios y diseños, en varios casos después de la fecha de terminación del contrato.



Precisó la firma interventora que, a fin de facilitar la entrega de los estudios y diseños y propiciar el inicio oportuno de los trabajos de construcción, se distribuyeron las vías contratadas en cinco grupos, atendiendo a la cercanía entre ellas, las prioridades de la alcaldía y la aprobación técnica por parte de la EAAB.

Tras reiterar la interventoría lo relatado en las actas e informes anteriores, señaló que, en reunión de descargos celebrada el 9 de agosto de 2000, se convino ampliar en un mes la fase de los estudios y diseños¹⁰, que por consiguiente debía culminar el 14 de octubre de ese año, sin perjuicio de que se entregaran antes, el 23 de agosto de 2000, los estudios y diseños del Grupo N° 1 y se iniciaran trabajos de pavimentación el 15 de septiembre.

Agregó (fl. 4026, c.13):

Los compromisos no se cumplieron, y los estudios y diseños continuaron su atraso. Pero dada la necesidad de iniciar los trabajos de obra, y teniendo en cuenta el estado de los estudios y diseños de los grupos 1 y 2, la interventoría, con la aprobación del IDU, los aceptan (sic), con el conocimiento y el compromiso de que al diseño geométrico se le harían los ajustes que fueran necesarios (...). A pesar de la posición positiva de la interventoría y del IDU, de colaborar con el contratista para que pudiera cumplir con el contrato, no hubo la reciprocidad que se esperaba, pues los estudios y diseños nunca llegaron a terminarse y completarse, como lo exigían los pliegos de la licitación.

Seguidamente, describió de manera general las falencias y aciertos de los estudios entregados, en los frentes de topografía, tránsito y capacidad vial, suelos y pavimentos, estudio del diseño geométrico, demarcación y señalización, espacio público, y redes y servicios públicos.

De acuerdo con los cuadros anexos al informe final (fls. 4099-4107, c.13), las fallas principales fueron las siguientes:

- ESTUDIOS TOPOGRÁFICOS: No se entregaron planos digitalizados en medio magnético; no se entregó la materialización y la referenciación en campo de los proyectos definitivos, para casi la totalidad de las vías. Faltó recopilación de información a cargo de la contratista ante el Departamento

¹⁰ Si bien no reposa en el plenario el “acta de descargos” del 9 de agosto de 2000, referida por el IDU, se tiene que el 25 de septiembre de ese año, la actora le entregó a la entidad, y a la firma interventora, la Reprogramación General de Estudios, Diseños y Construcción, en la cual se comprometió a culminar la fase consultora de estudios y diseños, el 15 de octubre de 2000 (fls 2588-2590, c.11). Adicionalmente, el acta de inicio de la etapa de construcción se suscribió, en efecto, el 15 de octubre de 2000, precisándose esa fecha, en los datos generales del contrato, como el punto de inicio de la etapa constructiva, definido previamente (fl. 517, c.4).



de Planeación Distrital (DAPD), acerca de la tipología de una de las vías (N° 35).

- ESTUDIOS DE TRÁNSITO: Entrega tardía.
- DISEÑOS GEOMÉTRICOS: Falta de claridad en los límites, en cinco vías (5, 8, 9 y 31 de Bosa, y N° 2 de Kennedy); diseño no válido por tramo equivocado, en vía 36; diseño errado en tipología de vía N° 35 por falta de consulta ante el DAPD; diseño de sólo media calzada en vía N° 38; sin arreglar secciones transversales en vías 1 y 4 de Kennedy; errores en una parte de la vía N° 6 de Kennedy, por falta de recomendaciones del consultor respecto de la necesidad de adquirir predio; otros errores en vías 10, 11, 21, 33, 36 y 37.
- DISEÑO DE SEÑALIZACIÓN: Quedó pendiente de corrección casi la totalidad de las vías, excepto las 16 y 32, y las números 1 a 4 de Kennedy.
- DISEÑO DE ESPACIO PÚBLICO: Se hizo anotación en casi la totalidad de las vías, de no haberse entregado diseño alguno, y en los casos en que sí hubo entrega, quedaron pendientes algunas correcciones. Sólo los estudios y diseños de la vía N° 40 quedaron sin comentarios de fallas.
- DISEÑO DE REDES DE ALCANTARILLADO DE AGUAS LLUVIAS: Fallas de diversa índole en vías 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 15, 16, 18, 20, 21, 29, 33, 34, 38, y N° 2 de Kennedy.
- DISEÑO DE REDES DE ENERGÍA, GAS Y TELÉFONO: Planos sin firmas, entrega de copias sin originales. Con todo, se precisó que las empresas prestadoras informaron que no se requerirían trabajos en esos servicios.
- CANTIDADES DE OBRA, PRESUPUESTO Y ESPECIFICACIONES: Aunque no se hicieron comentarios en vías individuales, se hizo el siguiente comentario general: *“Faltaron informes de topografía, diseño geométrico, señalización y demarcación, de espacio público y completar redes de alcantarillado. Especificaciones faltaron de espacio público y demarcación y señalización”* (fl. 4107, c.13).
- ESTUDIOS DE SUELO Y PAVIMENTOS: Sin comentarios de la interventora.

b) La resolución de multa

El 9 de marzo de 2001, el IDU dictó la Resolución N° 280, por la cual impuso a la contratista una multa de \$87'074.140, como sanción por haber incumplido con *“los estudios y diseños encargados a la firma Sodeic Ltda.”* (fls. 44-51, c. 30).



La Administración subrayó que, para el 15 de noviembre de 2000 -fecha en que la firma interventora presentó un informe de incumplimiento al IDU-, el contrato presentaba un atraso considerable, entre otras razones, por: i) no avanzarse en el Programa General de Diseño y Obra -que en un 41% estaba sin cubrir-; ii) falta de coordinación en el componente de estudios y diseños; iii) falta de experiencia de la firma diseñadora Sodeic Ltda., especialmente en la consecución de la información con las empresas de servicios públicos, los trabajos de campo de la topografía y los criterios para el diseño vial y de espacio público; y iv) las falencias en el aprovisionamiento de espacios para oficina y para la instalación de personal de la firma diseñadora, lo que paralizó diversas labores a su cargo.

Sostuvo la entidad que, en reunión efectuada el 11 de diciembre de 2000 -el marco procedimiento para la aplicación de multas-, la unión temporal manifestó que los problemas presentados con el contrato obedecieron a los cambios en la forma de pago del anticipo, pues se estipularon bases distintas a las previstas en el pliego de condiciones, frente a lo cual el IDU manifestó, en la misma reunión, que en todo caso la contratista aceptó los cambios mencionados, al suscribir el negocio jurídico.

Agregó que si bien la contratista también adujo tardanzas en la entrega del anticipo, la entidad manifestó que las demoras obedecieron a errores en el diligenciamiento de las actas por parte de la unión temporal.

Transcribió un concepto emitido por la Dirección Técnica de Malla Vial el 15 de enero de 2001, que incluyó lo siguiente (fl. 47, c. 30):

[E]l Contratista se encontraba a un (1) mes de terminar la etapa de Estudios y Diseños, y de acuerdo con el atraso presentado se decidió otorgarle un mes adicional al Diseñador para la entrega de los Estudios y Diseños de todas las vías, es decir, el 15 de octubre de 2000; sin modificar la fecha de terminación del contrato. Fecha que no se cumplió debido a que el contratista sólo entregó los grupos Nos. 1 y 2 de los cinco (5) paquetes de vías que conforman el contrato.

Sólo hasta el 27 de noviembre de 2000 se recibieron la (sic) totalidad de los grupos para revisión por parte de la Interventoría. Sin embargo (...), la Interventoría informó al Contratista que dentro de los paquetes entregados hacían falta grupos de estudios y diseños, así mismo solicitaba hacer llegar a la Interventoría nuevamente los estudios que se encontraban en correcciones (...).

El concepto de la Dirección Técnica de Malla Vial, acotado por el IDU, señaló que la indicada demora en la entrega de los estudios y diseños derivó en el atraso del programa de obra, a tal punto que, a dos meses de finalizar el plazo contractual,



sólo se habían ejecutado 7 vías, de todas las proyectadas, requiriéndose una prórroga de tres meses con el subsiguiente incremento del valor en \$43'108.100.

Concluyó el IDU que los descargos rendidos por la contratista no desvirtuaron su incumplimiento, y que, con base en el instrumento de la Dirección Técnica mencionada, evidenciaba que los días de atraso en la entrega de los estudios y diseños transcurrieron entre el 15 de octubre y el 26 de noviembre de 2000, es decir, 43 días calendario, por lo que el valor total de la multa pactada en el contrato ascendía a \$87'074.140.

- La compañía de seguros Confianza S.A. interpuso recurso de reposición contra el acto impositivo de la multa y argumentó, en primer término, que el plazo pactado en el contrato era de 10 meses, sin haberse establecido ninguna limitación ni distinción entre el tiempo destinado a los estudios y diseños y el empleado en la realización de la obra, de suerte que el contrato no podía reputarse incumplido, ya que la contratista entregó los estudios y diseños en noviembre de 2000, cuando sólo se habían cumplido 6 meses de plazo, y no los 10 establecidos en las cláusulas.

Por lo demás, expuso inconformidades relacionadas con las reglas del seguro, al aducir que el ente afianzado -IDU- no había evitado la propagación del siniestro, no demostró la cuantía del mismo y no dió aviso oportuno de su ocurrencia a la aseguradora.

- El IDU confirmó la imposición de la multa en Resolución N° 2363 del 25 de septiembre de 2001, señalando que si bien el negocio jurídico estableció un término de ejecución de 10 meses, era igualmente cierto que la contratista debía ceñirse a las fases propias de un contrato de construcción de vías, como lo eran la determinación de los parámetros de la obra, la realización del diseño respectivo y su realización en campo, lo cual ameritaba la elaboración de un programa de obra que garantizara la organización y el control del contrato, y que por tanto debía ser también cumplido por la unión temporal, lo que no ocurrió. Igualmente, la entidad desestimó los restantes argumentos de la recurrente Confianza S.A. (fls. 80-90, c.30).

c) La declaratoria de caducidad del contrato.

- Mediante Resolución 1308 del 16 de mayo de 2001 -antes de confirmar la imposición de la multa-, el IDU declaró el incumplimiento del contrato y la caducidad



administrativa del mismo, ordenó su liquidación, declaró ocurrido el siniestro de buen manejo y correcta administración del anticipo por \$209'682.149, ordenó descontar esa suma del acta de liquidación respectiva sin perjuicio de ejecutar la garantía correspondiente y dispuso hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por un monto de \$276'002.026 (fls. 57-58, c. 30).

Asimismo, adoptó las siguientes decisiones (fl. 56, c.30):

ARTÍCULO QUINTO: Declarar que de la suma total del contrato que se puede ejecutar, es decir, MIL DOSCIENTOS TREINTA MILLONES CIENTO ONCE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$1.230'111.937) M/CTE, el contratista dejó de ejecutar la suma de NOVECIENTOS VEINTE MILLONES SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (920'006.755) M/CTE (...), suma que deberá ser pagado (sic) con cargo a la garantía única (...) o descontada del acta de liquidación respectiva.

PARÁGRAFO: Teniendo en cuenta que [la suma] total dejada de ejecutar sólo puede ser cubierta hasta el monto del amparo, es decir, la suma de SEISCIENTOS SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$607'493.973), la suma restante será demandada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (...).

ARTÍCULO SÉPTIMO: Ordenar demandar¹¹ ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la suma de TRESCIENTOS DOCE MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$312'512.782) M/CTE, suma que resulta de descontar del total de la suma dejada de ejecutar por el contratista (\$920'006.755) (...) la suma asegurada mediante el amparo de cumplimiento (\$607'493.973).

La entidad determinó que los incumplimientos de la contratista se evidenciaron con los informes de interventoría, que revelaron un atraso del 41% en el Programa General de Obra para el mes de noviembre de 2000, por causas tales como la falta de experiencia de la firma diseñadora Sodeic Ltda. (miembro de la unión temporal), la paralización de trabajos de estudio y diseño por carencia de recursos de la contratista y falencias en la coordinación de la fase de estudios y diseños, del lado de la unión temporal.

Señaló que los productos de estudios y diseños nunca fueron entregados oportunamente, y que en las entregas parciales, los productos de la contratista debieron ser devueltos por la interventoría para su corrección, sin retroalimentación de la unión temporal ni de su firma integrante Sodeic Ltda., encargada de la primera fase.

¹¹ En este proceso no se tuvo noticia, en primera ni en segunda instancia, de que el IDU hubiera promovido la demanda ordenada en el artículo séptimo del acto administrativo reseñado.



En respaldo de ello, transcribió apartes de una comunicación remitida por la interventora el 21 de febrero de 2001, y en la cual, según el IDU, se indicó (fl. 310, c.9):

A finales del mes de diciembre de 2000 y comienzos de enero de 2001, esta Interventoría solicitó las últimas correcciones a la mayor parte de los estudios y diseños, y ante el incumplimiento de la Contratista, la Interventoría le envió una comunicación solicitándole que entregara los estudios y diseños el 5 de febrero, contestando que no podía cumplir con esa fecha; se le citó nuevamente para el 7 de febrero, pero igualmente se excusó diciendo que por cambio de oficinas no podía hacer entrega de los diseños; se le citó por última vez para el 12 de febrero, y respondió que por dificultades económicas no podía entregar ese día, pero que en el transcurso de la (...) semana estaría entregando los diseños faltantes.

En cuanto a la etapa de construcción, y de conformidad con el mismo informe, su inicio sólo tuvo lugar el 17 de octubre de 2001, un mes después de la fecha prevista en el Programa General de Obra, atraso que había obedecido esencialmente a la falta de entrega oportuna de los estudios y diseños del Grupo 1 de las vías contratadas, lo que llevó en su momento a la interventora a aceptar la topografía y el diseño geométrico existentes en ese momento, con el compromiso de que los ajustes respectivos se hicieran mientras la obra estuviera en marcha.

Agregó (fl. 312, c.9):

*Esta aceptación se dio en la Reunión de Seguimiento N° 19 del 6 de octubre de 2000, con el fin de no demorar más la iniciación del contrato (...).
La orden de iniciación de la construcción se da para la vía N° 17, puesto que esta contaba ya con los estudios y diseños aprobados bajo otro contrato del IDU (...).*

Frente al estado financiero del contrato, el IDU precisó que, del valor total pactado, sólo podía ejecutarse la suma de \$1.230'111.937, de los cuales, \$113'400.167 correspondían a los estudios y diseños, y \$1.116'711.770, a la obra. Prosiguió indicando que, a su vez, del valor total ejecutable, sólo se dio uso efectivo a la suma de \$310'105.182 (\$91'145.384 por los estudios y diseños y \$218'959.798 por la construcción), quedando claro, además, que de la suma entregada por concepto de anticipo, restaba por amortizar el equivalente a \$209'682.149,10.

La entidad señaló en forma detallada otros varios incumplimientos que la Sala ampliará más adelante, en lo pertinente.

- La contratista interpuso recurso de reposición contra el acto que declaró la caducidad del contrato, refutando lo relativo al cálculo del anticipo pendiente por



amortizar, la procedencia del amparo referente a ese anticipo, el debido proceso para imponer la sanción de caducidad, la alegada falta de competencia del IDU para ese mismo efecto, incumplimientos del IDU y en general, los mismos cargos formulados en la demanda *sub judice*. Por su parte, la compañía aseguradora garante del contrato también impugnó la decisión de la entidad estatal hoy demandada.

-. Mediante Resolución N° 815 del 8 de marzo de 2002, el IDU confirmó la declaratoria de caducidad del contrato.

d) La liquidación unilateral del contrato y las reclamaciones de la contratista

-. El 19 de diciembre de 2002, el IDU liquidó unilateralmente el contrato mediante Resolución 12433, refiriendo en la parte motiva sólo lo concerniente a la celebración del contrato, **los otros actos administrativos dictados en el marco del mismo** y el trámite fallido de la liquidación bilateral (fls. 151-158, c. 30). Respecto de esto último, adujo que el 16 de octubre de 2002 la contratista manifestó su total inconformidad con el proyecto de balance entregado por la Administración, solicitando el reconocimiento e inclusión de “16 pretensiones económicas” y reiterando su desacuerdo, tanto con la multa que le fue impuesta como con la declaratoria de caducidad del contrato.

Frente al acto de imposición de multa, el IDU reiteró que esa sanción se había tasado en la suma de \$87'074.140, y que su aplicación contra la unión temporal obedeció a los incumplimientos en los que ésta había incurrido durante la fase correspondiente a los estudios y diseños del proyecto contratado. Asimismo, recalcó que el acto administrativo había sido confirmado en sede de reposición, mediante Resolución 2363 del 25 de septiembre de 2001.

Con respecto a la declaratoria de caducidad, tras reseñar el contenido del acto administrativo inicial y de cierre, señaló que, una vez en firme esa decisión, la Dirección Técnica de Malla Vial inició las actuaciones tendientes a efectuar la liquidación del contrato por mutuo acuerdo, sin éxito.

Al adentrarse en el balance del negocio jurídico, la entidad enlistó en el acápite resolutivo las reservas presupuestales que lo ampararon (entre el 30 de diciembre de 1999 y el 5 de marzo de 2002), las actas suscritas por las partes -incluyendo 5



actas de reajuste de obra- y las actas de pagos, con la indicación de sus respectivos valores, así:

Tabla 2:

ACTAS DE PAGOS				
ACTA	CONCEPTO	VALOR	ANTICIPO	NETO FACTURADO
N°			Amortizado	Acta
6	Pago parcial de estudios y diseños	\$27.502.807	\$9.167.601	\$18.335.206
9	Pago parcial de estudios y diseños	\$40.332.894	\$13.444.301	\$26.888.593
10	Recibo parcial de obra N°1	\$41.624.743	\$12.487.423	\$29.137.320
11	Reajuste 1R	\$4.573.088	\$0	\$4.573.088
Total, valor cancelado al contratista		\$114.033.532	\$35.099.325	\$78.934.207
15	Recibo parcial de obra N° 2	\$9.410.718	\$2.823.215	\$6.587.503
16	Reajustes 2R	\$11.535	\$0	\$11.535
19	Recibo parcial de obra N° 3	\$28.492.517	\$8.547.755	\$19.944.762
20	Reajustes 3R	\$2.180.323	\$0	\$2.180.323
24	Recibo parcial de obra N° 4	\$48.597.607	\$14.579.282	\$34.018.325
25	Reajustes 4R	\$5.135.510	\$0	\$5.135.510
26	Recibo parcial de obra N° 5	\$9.608.463	\$2.882.539	\$6.725.924
27	Reajustes 5R	\$1.087.142	\$0	\$1.087.142
	PU no previstos (informe final de interventoría)	\$59.191.954	\$16.272.242	\$42.919.712
	Saldo Estudios y Diseños (Informe final de interventoría)	\$24.918.775	\$7.475.632	\$47.443.143
Total, valores ejecutados que se compensan en la presente liquidación		\$188.634.544	\$52.580.665	\$136.053.379
TOTALES		\$302.668.076	\$87.679.990	\$214.988.086

Precisó que, al valor entregado a título de anticipo, se le debían restar todas las sumas amortizadas, tanto en las cuentas pagadas previamente a la unión temporal como en las que se compensaban en la liquidación, conforme al indicado recuadro de “actas de pagos”. A su vez -prosiguió-, al valor obtenido se le debía restar el



monto del anticipo aún depositado en la cuenta destinada al mismo, dinero que sería reintegrado al IDU a título de “*anticipo no amortizado*”.

Agregó:

Dicho anticipo no amortizado debe compensarse con los valores netos de las cuentas cuyos valores (sic) se compensan en el presente acto y sus reajustes, así como con aquellos correspondientes a los valores pendientes de pago por concepto de estudios y diseños y de precios unitarios no previstos, de conformidad con la evaluación efectuada por la interventoría en su informe final. El resultado que arrojan las anteriores operaciones corresponde al anticipo que, no habiendo sido amortizado en obra, no fue susceptible de compensación en la presente acta de liquidación mediante cruce de cuentas, y por el que deben iniciarse las acciones tendientes a su cobro, de conformidad con lo ordenado en la Resolución 1308 del 16 de mayo de 2001, mediante la cual se (...) declaró la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo (...) del anticipo (...), haciéndose efectivo dicho amparo por valor de \$209'682.149.

Hecha la indicada operación, se estableció como valor no amortizado ni compensado del anticipo la suma de \$96'255.347. Seguidamente, y por último, el IDU estableció el siguiente balance del contrato:

Tabla 3:

BALANCE FINANCIERO DEL CONTRATO			
Concepto	Valor contrato	Valor ejecución	Valor pagado
Valor inicial del contrato	\$ 2.024.979.912		
Adiciones	\$ 0	\$ 0	\$ 0
Reajustes		\$ 17.938.746	\$ 4.573.088
Reconocimientos (si los hay)	\$ 0	\$ 0	\$ 0
Valor de los estudios y diseños	\$ 0	\$ 92.754.476	\$ 67.835.701
Valor de la obra	\$ 0	\$ 191.974.854	\$ 41.624.743
Valor no ejecutado a favor del IDU	\$ 1.722.311.836		
Valor pendiente de pago al contratista (compensadas)	\$ 0		\$ 188.634.544
Valor total contrato	\$ 302.668.076	\$ 302.668.076	\$ 302.668.076



Tabla 4:

SALDOS A FAVOR DEL IDU	
Valor a favor del IDU por concepto del anticipo no amortizado en obra ni compensado en la presente liquidación	\$ 96.255.347
Valor a favor del IDU por concepto de multa	\$ 87.074.140
valor que deberá pagarse al IDU por incumplimiento del contrato, de conformidad con el artículo quinto de la Resolución 1308 del 16 de mayo de 2001	\$ 920.006.755
TOTAL	\$ 1.103.336.242

-. La unión temporal Obras Viales interpuso recurso de reposición contra el acto liquidatorio mencionado y cuestionó, entre otras cosas, que no se incluyera en las *“actas de pagos”*, valores causados por el *“no recibo de estudios y diseños, de obra ejecutada y no [recibida] por el IDU, y por los graves incumplimientos de este instituto”*.

Señaló que dichas materias estaban contenidas en 16 reclamaciones formuladas en el mismo recurso, aunque, en su criterio, debieron en todo caso incluirse en la resolución impugnada, al ameritar pronunciamiento expreso por tratarse de cuestiones *“ampliamente conocidas por el IDU”*.

Las denominadas *reclamaciones* consistieron, en términos generales, en lo siguiente:

1) Reconocimiento y pago de la suma de \$27'949.060,37 *“por concepto de los estudios y diseños ejecutados y no recibidos por el IDU y por [la] mayor área diseñada respecto de la contratada”*.

2) La suma de \$23'111.410, por concepto de los estudios y diseños que ya estaban ejecutados en anteriores contratos del IDU, pertenecientes a varias vías de Bosa y Kennedy, cuyas tipologías, según la contratista, cambiaron cuando ya se estaban construyendo.

3) Un monto de \$16'755.974, correspondiente a obras ejecutadas y no recibidas por el IDU, por disponer indebidamente su rechazo.



- 4) El valor de \$2.708.345, correspondiente al 100% de los reajustes de la obra ejecutada y no recibida por el IDU.
- 5) El pago de \$19'177.086 como la diferencia entre los precios unitarios de la obra no prevista reconocidos por el IDU, y los solicitados por la unión temporal.
- 6) El pago de \$3'099.680, como reajuste de la diferencia entre los precios unitarios reconocidos por el IDU respecto de las obras no previstas, y los solicitados por la contratista.
- 7) La suma de \$2'630.156, como reajuste del anticipo equivalente al 30% de la obra no prevista reconocida por el IDU.
- 8) El reconocimiento del monto que corresponda, por concepto del reajuste al anticipo causado sobre *“las actas 10, 15, 19, 24 y 26 de recibo parcial Nos. 1, 2, 3, 4, 5, respectivamente, suscritas y tramitadas por el IDU”* (fl. 456, c.9).
- 9) El pago de \$45'692.390 a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, para todas las actividades de obra ejecutadas con componente de concreto en cemento portland, debido al alza en el precio de los insumos, que no fue cubierta con otros reajustes del contrato.
- 10) La suma de \$302'139.852, por concepto del mayor valor de la administración de la obra durante el tiempo de ejecución del contrato.
- 11) El monto de \$201'426.568, como utilidad dejada de percibir sobre el valor de la totalidad de la obra no ejecutada (...) por los incumplimientos del IDU.
- 12) El pago de \$21'227.138 *“por concepto de mayor valor pagado por la legalización del contrato, incluyendo pólizas de seguro, garantía única de cumplimiento, impuesto de timbre y publicación en el diario oficial, debido a la reducción de su valor y a la obra que no se pudo ejecutar por los incumplimientos del IDU”* (fl. 461, c.9).
- 13) Una suma de \$469'156.143, como *“mayor valor deducido por el impuesto de guerra o contribución especial, debido a que la totalidad del anticipo no fue girado para la ejecución de la obra, ya que la parte restante se reintegrará al IDU”* (fl. 462, c.9).



14) La cuantía de \$865.110 como *“mayor valor a deducir por el impuesto de emergencia económica sobre el saldo del anticipo que se reintegra al IDU”* (fl. 462, c.9).

15) La inclusión en el balance final, de \$27'218.474, por concepto de *“saldos en proveedores”*.

16) *“Que se reciba en la liquidación el equipo y material comprado con recursos de la cuenta corriente conjunta de anticipo del contrato, que se encuentra en bodega”*, por la suma de \$14'050.031.

-. El IDU resolvió el indicado recurso mediante Resolución N° 6230 del 11 de agosto de 2003, desestimando cada uno de los argumentos de la contratista, especialmente las reclamaciones antes mencionadas, bajo conclusiones que se detallarán en el estudio y solución de la controversia (fls. 163-188, c.30).

2.3. Análisis de la Sala

Como quedó señalado, el Tribunal de primera instancia declaró la nulidad de los actos administrativos expedidos por el IDU para imponer multa a su contratista (Resoluciones 280 y 2363 de 2001), declarar la caducidad del contrato (Resoluciones 1308 de 2001 y 815 de 2002) y liquidarlo unilateralmente (Resoluciones 12433 de 2002 y 6230 de 2003), considerando opuestas a derecho las dos primeras decisiones por falta de competencia, y la última, por haberse expedido con fundamento en las anteriores.

El IDU, en su apelación, insiste en que los actos enjuiciados se ajustaron a derecho, de suerte que no debió declararse su nulidad, en particular, por no haber reparado el juez de la causa en el incumplimiento contractual de la unión temporal demandante.

2.3.1. De la nulidad de los actos en que la Administración impuso multa a su contratista y declaró la caducidad del contrato

-. Respecto de la falta de competencia del IDU para imponer multa mediante las Resoluciones 280 del 9 de marzo de 2001 y 2363 del 25 de noviembre del mismo año, se tiene que la entidad, al proponer en su momento la excepción de



“oportunidad, legalidad y validez de la potestad de imposición de multas por parte del IDU”, recalcó que la finalidad de la cláusula contractual en que se pactó esa medida pecuniaria fue garantizar la procedencia de una sanción para el contratista, en caso de que incurriera en incumplimiento, y que esa misma previsión de las partes traía aparejada para la entidad una facultad que entrañaba el ejercicio de función administrativa, bajo los principios de eficacia y celeridad. Asimismo, adujo que la Administración había procedido con la imposición de multa dentro del término contractual.

Para la Sala, no le asistió razón al Tribunal de primera instancia al sostener que, pese a estar habilitadas las partes para estipular en el contrato la aplicación de multas por incumplimiento del colaborador de la Administración, no era procedente hacerlas efectivas en forma unilateral, por no existir norma legal expresa que así lo permitiera.

Ciertamente, conforme al principio de legalidad, que emerge entre otras normas con el artículo 121 de la Constitución Política, *“ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*.

Bajo el actual ordenamiento, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 faculta a las entidades estatales para fijar mediante acto administrativo, contra su contratista incumplido, multas que hayan sido pactadas en el negocio jurídico con el objeto de conminarlo a cumplir con sus obligaciones. Dicha norma no estaba vigente cuando se celebró el negocio materia de controversia (31 de diciembre de 1999) ni cuando el IDU impuso la multa debatida en el *sub judice* (año 2001); sin embargo, para esa época la jurisprudencia reconocía la competencia de las entidades estatales para imponer unilateralmente las multas que estipularan en sus contratos regidos por la Ley 80 de 1993.

Así, aunque la línea que inicialmente trazó la jurisprudencia tras la promulgación de la Ley 80 de 1993, fue considerar que ésta no preveía expresamente la multa como prerrogativa exorbitante, de suerte que su efectividad sólo podría procurarse por la vía judicial¹², lo cierto es que en posteriores oportunidades el mismo Consejo de

¹² Dijo la Corporación: “[L]a Sala llama la atención en que la Ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria, como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente. Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo, las sanciones



Estado modificó su postura, al considerar que la imposición unilateral de multas pactadas en contratos regidos por la Ley 80 de 1993 debía entenderse como una facultad válida de la Administración, materializada en acto administrativo y surgida no sólo por el pacto en las cláusulas del contrato sino por los poderes de dirección y control que la misma Ley 80 les confirió a las entidades públicas, de cara a los fines de la contratación estatal plasmados en ese ordenamiento, y como un desarrollo de las funciones que en tal virtud se le asignaron en el artículo 4 *ibidem*. Ello, de la mano con el atributo de ejecutividad de los actos administrativos, reconocido por ese entonces en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, norma que, para la jurisprudencia, le permitía a la autoridad pública contratante no sólo limitarse a declarar el incumplimiento, sino hacer efectiva la multa que el mismo acarreaba, según lo establecido en la cláusula respectiva.

Señaló la jurisprudencia¹³:

*Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, el punto a considerar es si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo. **Para la Sala, la administración sí tiene competencia para imponer por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.** En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 'en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales' (...).*

Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan 'los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados', bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista (...).

*Es cierto que la reiterada posición de la Sala es la de que los poderes exorbitantes, hoy excepcionales, otorgan a la entidad una competencia también excepcional, que debe ser ejercida dentro de la vigencia del contrato para brindarle seguridad jurídica a la relación contractual, al punto que estarán viciados de nulidad los actos en los que se ejercitan tales poderes cuando se expiden por fuera del plazo del contrato, que es a la vez el término de vigencia de la competencia de la entidad pública para ejercer directamente sus poderes, puesto que una vez vencidos, ya será al juez del contrato al que le corresponda calificar los incumplimientos. Este principio ha sido recogido en muchos de sus fallos (...). **Las razones que justificaban la limitación en el ejercicio de las***

de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el Decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 20 de febrero de 1997, exp. N° 12.669).

¹³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 1998, exp. N° 13.988. C.P. Ricardo Hoyos Duque.



potestades de la entidad contratante siguen teniendo vigencia bajo el nuevo régimen de contratación administrativa (Ley 80 de 1993).

En este orden de ideas, cualquiera hubiera sido la fecha de terminación del plazo del contrato, sea la fecha de vencimiento que aduce la demandada en los actos acusados o la del contratista de resultar fundados sus motivos de justificación, el contrato estaba vencido para el 17 de abril de 1995 cuando se expidió la resolución que impuso la multa, facultad de la que pudo haber hecho uso la entidad pública demandada con fundamento en sus potestades sancionatorias hasta antes de vencerse el término de duración del contrato establecido en la cláusula séptima, que era de un mes posterior al vencimiento del plazo que tenía el contratista para la entrega de las obras, lapso dentro del cual debió haber evaluado los incumplimientos que se presentaron en el contrato para conminar al contratista a cumplir, a través de la causal de multas estipulada en el literal b de la cláusula décimo séptima del contrato (destaca la Sala).

Bajo ese mismo entendimiento, de que la competencia para imponer las multas provenía de la ley, además de las cláusulas, se contenía en un acto administrativo y ponía de manifiesto el ejercicio de una potestad pública, reiteró la Corporación más adelante¹⁴:

*Frente a la imposición de multas en el contrato estatal, como quiera que la ley 80 de 1993 no las incluyó dentro de las cláusulas excepcionales al derecho común, la Sala definió que 'la administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos' (auto de 4 de junio de 1998, expediente No. 13.988). Lo cual significa que **la administración puede en uso de sus poderes y prerrogativas públicas, sancionar directamente al contratista con la imposición de multas y cuando así actúa, su decisión adquiere las connotaciones propias del acto administrativo (...).***

Frente a las multas estipuladas en el contrato estatal si nada se dice sobre la forma o el procedimiento que debe seguirse para imponerlas o aplicarlas, la entidad pública contratante tiene la prerrogativa para decidir autónomamente si se configura o no el incumplimiento; o como lo expresó el recurrente 'las entidades estatales conservan el privilegio de hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria cuando se las hubiere convenido y tiene el Estado contratante en este caso la potestad de determinar cuándo acontece el fenómeno del incumplimiento y la prerrogativa de adoptar, en consecuencia y a su favor las sanciones pecuniarias que se hubieren convenido' (...).

Dicho en otras palabras, con la inclusión de las multas en el contrato estatal la entidad pública queda facultada para imponerlas autónomamente y en forma unilateral, caso en el cual los actos que expida para hacerlas efectivas son verdaderos actos administrativos, producidos en uso de las potestades públicas otorgadas por la ley, pero nada obsta a que por acuerdo interpartes se convenga un procedimiento para ello y en la medida en que se desplace la verificación de las circunstancias de incumplimiento al juez, que puede ser el transitoriamente investido de jurisdicción por las partes (los árbitros), se exceptiona la potestad legal de que la administración actúe unilateral y directamente (autotutela declarativa) (énfasis fuera de texto).

¹⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Auto del 20 de junio de 2002, exp. N° 11001-03-26-000-2000-00004-01 (19.488). C.P. Ricardo Hoyos Duque.



Tales eran las premisas que, durante un tiempo, y particularmente en las fechas de celebración del contrato y expedición del acto acusado en el *sub judice*, llevaron a la Corporación a considerar que las multas pactadas en los contratos estatales, como imponibles unilateralmente por la entidad pública contratante, resultaban procedentes por atender al principio de autonomía de la voluntad, que debía ser garantizado sin dejar de lado que, simultáneamente, la unilateralidad de tales sanciones pecuniarias provenía del poder de autotutela de la Administración pública¹⁵.

Cabe anotar que, si bien la indicada postura fue revisada y modificada nuevamente por el Consejo de Estado en sentencia del 20 de octubre de 2005¹⁶ -en la cual se indicó que la Administración carecía de competencia para imponer unilateralmente las multas pactadas en sus contratos, por no obrar habilitación legal en tal sentido, no siendo suficiente la cláusula respectiva-, lo cierto es que, en criterio de esta Sala, los cambios de precedente jurisprudencial deben operar preferentemente hacia el futuro, so pena de poner en injustificado y grave riesgo los derechos de quienes expidieron o ejecutaron actos con contenido jurídico, fundados en lo que en su momento constituía el criterio jurisdiccional de los altos tribunales, máxime teniendo en cuenta el atributo de presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos, independientemente de la postura jurisprudencial operante en el momento en que se expiden¹⁷.

A la luz de todo lo anterior, es palmario que en el presente caso, y para la época de los hechos materia de controversia -año 2001-, le asistía al IDU la competencia para imponer la multa pactada en contrato IDU-UEL-7-8-805-899 de 1999.

¹⁵ En ese sentido, en sentencia dictada el 11 de diciembre de 2002, la Corporación precisó: “*En efecto: cuando es la administración el beneficiario del contrato de seguro, está normado, que como aquélla está privilegiada de la decisión previa - es decir que no tiene que acudir ante la rama judicial para que declare la existencia de la obligación del asegurador-, puede mediante acto administrativo, artículo 68 numerales 4 y 5 del C. C. A., reconocer la existencia del siniestro y requerir al asegurador a cumplir la obligación indemnizatoria. Esa decisión queda dotada como todo acto administrativo de las cualidades presuntas, de legalidad, en cuanto al derecho, y de veracidad, en cuanto a los hechos.*” (Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2002, proceso ejecutivo N° 25000-23-26-000-1999-02326-01/22511- C.P. María Elena Giraldo Gómez).

¹⁶ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Expediente N° 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579). C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁷ En sentencia del 5 de marzo de 2021, la Subsección destacó que “*el principio de seguridad jurídica tiene un mayor peso específico que la facultad que tienen los jueces de rectificar su jurisprudencia*”, y que en relación con ello, la presunción de legalidad del acto administrativo “*es una manifestación del principio de conservación del derecho que busca garantizar la estabilidad de las relaciones jurídicas creadas a su amparo*” (expediente N°25000232600020010006601/39.249. C.P. José Roberto Sáchica Méndez).



Ahora bien, dicho esto, se aprecia además que no fueron desvirtuadas en el proceso las motivaciones esbozadas por el IDU para imponer la mencionada sanción pecuniaria, pues la actora no demostró haber cumplido con las obligaciones que la Administración echó de menos al establecer la procedencia de la multa.

En efecto, las inobservancias reprochadas por el IDU consistieron en la no entrega a satisfacción de los estudios y diseños que hacían parte del objeto contractual, pues para el 15 de noviembre de 2000 no se había completado el Programa General de Diseño y Obra, mientras que sí se registraron contingencias con ese componente del contrato, que luego repercutieron en el avance de la obra misma.

No obra en el proceso prueba alguna de que el Programa General de Diseño y Obra se hubiera cumplido de manera adecuada ni oportuna, como tampoco se aportó elemento alguno de convicción que desvirtuara el concepto de la Dirección Técnica de Malla Vial del 15 de enero de 2001, según el cual, para el 15 de octubre de 2000, cuando se cumplía la ampliación del plazo que previamente se le había otorgado a la contratista, sólo se habían entregado los estudios y diseños para dos de los cinco grupos de vías cobijadas por el contrato, además de lo cual, cuando se completó la entrega de la totalidad de ese componente, varios estudios y diseños fueron materia de observaciones, recomendaciones y solicitudes de mejora que no fueron atendidas por la unión temporal.

Detalles de los incumplimientos en que incurrió la contratista frente a sus obligaciones relacionadas con los estudios y diseños, serán examinados por la Sala al analizar la reclamación económica N° 1, de la parte actora, como se precisará más adelante.

En esa medida, deberá revocarse el numeral tercero del fallo apelado, en cuanto declaró la nulidad de las Resoluciones 280 y 2363 de 2001, por lo cual debe mantenerse incólume la multa allí impuesta y confirmada, por la suma de \$87'074.140.

- . No obstante, en lo que atañe a la declaratoria de caducidad del contrato, dispuesta por el IDU en las Resoluciones 1308 del 16 de mayo de 2001 y 815 del 8 de marzo de 2002, encuentra la Sala que sí le asistió razón al Tribunal de primera instancia al señalar que la entidad obró sin competencia temporal, pues ejerció esa potestad excepcional cuando ya había expirado el término de ejecución del contrato.



De conformidad con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la finalidad de la caducidad contractual es facilitar a la Administración la adopción de medidas para conjurar el riesgo de paralización del contrato, cuando el mismo sobrevenga por el incumplimiento de las obligaciones del contratista, que afecte de manera grave y directa, precisamente, *“la ejecución”* del objeto pactado¹⁸. Dado tal supuesto de procedencia de esa prerrogativa extraordinaria, es palmario que su ejercicio únicamente puede operar dentro del plazo de ejecución del contrato, y no por fuera de éste, pues en tal caso ya no se dan los elementos fácticos que la ley contempla como requisitos y objeto de la caducidad.

Como lo establece el inciso segundo de la misma norma, cuando ante la afectación grave de la ejecución del contrato y el riesgo de su paralización, la entidad se abstiene de declarar la caducidad, le asiste el deber de adoptar medidas de intervención *“que garanticen la ejecución del objeto contratado”*, lo que implica el deber de gestionar la continuidad del servicio que se había contratado, justamente para evitar que cese antes del término previsto para ello, cuestión que a su vez excluye, por falta de competencia, la posibilidad de que pueda declararse la caducidad cuando haya expirado el tiempo convenido para el desarrollo de las obligaciones asumidas por el contratista.

En ello se insiste porque, al examinarse con detenimiento las finalidades expresamente establecidas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, sólo puede establecerse que, al encaminarse la caducidad del contrato, entre otras cosas, a darlo por terminado de manera anticipada y evitar la paralización del servicio objeto del mismo, tal potestad debe ejercerse antes del vencimiento del plazo de ejecución del negocio jurídico. En ese sentido, es la propia Ley 80 de 1993 la que, en su artículo 18, contiene elementos que delimitan la competencia *pro tempore* de la entidad estatal, para hacer recaer sobre el contrato la medida excepcional anulada en el *sub judice* por el sentenciador de primer grado.

¹⁸ Establece la norma: *“La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.



Cabe anotar, además, que en la sentencia C-949 de 2001 la Corte Constitucional, al declarar exequible el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, reiteró que la declaratoria de caducidad era una *“herramienta de uso excepcional cuya finalidad es evitar la paralización o afectación grave del servicio con prevalencia del interés público social”*, lo cual pone aún más en relieve que esa prerrogativa sólo podía operar en las excepcionales circunstancias fijadas en la misma norma, vale decir, durante el término de ejecución del contrato, para evitar su interrupción¹⁹.

Así las cosas, es claro que el IDU obró sin competencia al declarar la caducidad del contrato, dado lo cual deberá confirmarse, en este punto, la sentencia apelada.

-. Dicho lo anterior, se tiene que no hay lugar a revisar, en sede de la apelación del IDU, la conducta contractual que específicamente le fue imputada a la unión temporal Obras Viales en el acto de declaratoria de caducidad, pues careciendo la entidad de competencia para ejercer esa potestad excepcional, los eventuales incumplimientos de su contratista -distintos a los que ameritaron la multa- no revivían la facultad legal que en el presente juicio se echó de menos, siendo ello suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad de la resolución misma de caducidad, expedida por el ente demandado.

Cosa distinta es que, revisados los argumentos de apelación de la unión temporal, se encuentre que en contra de ésta pueda operar la excepción de *contrato no cumplido*, dadas sus propias inobservancias frente a las obligaciones que en virtud del contrato había asumido a favor del IDU. Sin embargo, la Sala advierte que esa eventualidad no tornaría legal el acto administrativo de caducidad, dictado sin competencia por la Administración, en el presente caso.

2.3.2. La nulidad del acto de liquidación unilateral

Como quedó señalado en la reseña de los hechos probados, la Resolución N° 12433 del 19 de diciembre de 2002, junto con el acto que la confirmó (Resolución 6230 del 11 de agosto de 2003) se fundamentaron, en lo relativo a los saldos a favor del IDU, en los actos de multa y caducidad del contrato, anteriormente analizados.

¹⁹ Al respecto, consultar la sentencia dictada por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A, el 11 de septiembre de 2020. Exp. N° 250002326000200901062 01 (44804).



Al exponer las consideraciones pertinentes en el acto de liquidación, el IDU refirió lo acontecido con las mencionadas sanciones, y en el balance final **incluyó en el saldo a su favor el valor de \$87'074.140 “por concepto de multa”** y la suma de \$920'006.755, a cargo del contratista *“por incumplimiento del contrato, de conformidad con el artículo quinto de la Resolución 1308 del 16 de mayo de 2001”*.

Asimismo, determinó que el anticipo no amortizado equivalía a \$96'255.347, monto que si bien fue menor al establecido en la declaratoria de caducidad (en la que se advirtió que faltaba por amortizar la suma de \$209'682.149,10), correspondió a un concepto previamente examinado en las Resoluciones 1308 de 2001 y 815 de 2002.

-. Dado que la liquidación unilateral del contrato efectuada por el IDU se cimentó sobre las Resoluciones 1308 del 16 de mayo de 2001 y 815 del 8 de marzo de 2002, cuya presunción de legalidad se desvirtuó en sede de juicio, debe confirmarse la declaratoria de nulidad que, respecto de ese balance, efectuó el *a quo* en la sentencia impugnada.

Sin perjuicio de ello, debe advertir la Sala que en el ordenamiento jurídico aplicable al contrato permanece incólume lo dispuesto en las Resoluciones 280 del 09 de marzo de 2001 y 2363 del 25 de septiembre del mismo año, en las cuales el IDU impuso a su contratista la multa anteriormente analizada, lo cual indica que los demandantes, en tanto miembros de la unión temporal destinataria de la sanción, adeudan a la entidad demandada la suma de \$87'074.140, como anteriormente se precisó.

2.3.3. La liquidación judicial del contrato y las pretensiones económicas de la demandante

En el presente asunto también se abordará y resolverá de fondo el numeral 3 de la pretensión tercera de la demanda, relativo al pago de \$865'140.522,15, suma que, según la apelante, debía corresponderle a la contratista como *“saldo a favor”* en la liquidación del contrato. Con todo, no se efectuará la liquidación judicial que la actora solicitó en el recurso, como tampoco se impondrá orden alguna al IDU, en tal sentido.

En principio, le asistió razón al *a quo* en cuanto señaló que el IDU ya no tenía competencia alguna para liquidar el contrato, dado que hizo uso de esa prerrogativa en una única oportunidad, al dictar las Resoluciones 12433 del 19 de diciembre de



2002 y 6230 del 11 de agosto de 2003, acusadas en el *sub lite*. Así, una vez ejercida la facultad en dicha ocasión, quedó de esa manera clausurada, más cuando se demandó en el presente juicio lo resuelto por la entidad en el acto liquidatorio hoy examinado.

Ciertamente, el artículo 87 del CCA habilita a quien está legitimado para instaurar demanda de controversias contractuales para solicitar que “*se hagan otras declaraciones y condenas*”, previsión que si bien puede constituir una disposición “*en blanco*” para formular diversas pretensiones relacionadas con el contrato estatal materia de juicio, no puede ser empleada para sobrepasar los límites que la ley misma establezca para el ejercicio de funciones, facultades y prerrogativas del Estado, o de los derechos de los administrados. Por ello, esa indicada habilitación legal no implica que al juez le esté permitido asignar o revivir competencias que la entidad pública ya no tiene, bien porque no se las ha atribuido el legislador, o porque, habiéndolas ejercido en el marco de la ley, no puede volver sobre ellas. Por ello, no existiendo ya competencia del IDU para liquidar nuevamente el contrato, no había lugar a ordenarle a la entidad que efectuara ese balance por segunda vez.

La solución que al respecto establece el mismo C.C.A. está en el artículo 170, conforme al cual, al declararse en sentencia judicial la nulidad de un acto administrativo, y “*para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas*”.

Ahora bien, la unión temporal Obras Viales, pese a haber demandado la nulidad del acto de liquidación, no solicitó que fuera el juez quien directamente realizara el balance del contrato, prefiriendo encauzar sus pretensiones a que fuera el IDU el conminado a liquidar, en la forma solicitada por la actora. En el recurso de apelación defendió ese punto, denegado por el *a quo*, aunque también pidió que, de no encontrarse procedente ordenar al ente demandado efectuar la liquidación, ésta fuera llevada a cabo en sentencia de segunda instancia. Dicha solicitud, en lo que atañe concretamente al balance del contrato, constituye una variación extemporánea del *petitum*, razón por la cual la Sala no procederá a liquidar el contrato, por no haberse planteado esa petición en las pretensiones materia de juicio, ni haberse agotado respecto de ella todo el juicio correspondiente en la primera instancia.



Con todo, frente a la declarada nulidad del acto de liquidación, es viable revisar la solicitud económica que la demandante sí planteó expresamente desde el escrito inaugural del proceso, y que no fue resuelta en concreto por el juez de primer grado, al no encontrar procedente la impartición de órdenes al IDU: reitera la Sala que se trata del reconocimiento y pago de \$865'522.140,15, como *saldo a favor* de la contratista. Así, es verdad que la parte actora desacertó al solicitar en la demanda que se ordenara al demandado liquidar el contrato; pero aun por encima de tal falencia técnica, no es posible desconocer que el abordaje íntegro de la pretensión lleva a concluir, sin duda alguna, que en ella se le solicitó al juez establecer unos valores indemnizatorios, para luego imponérselos al IDU. En otras palabras: aunque la apelante pidió equivocadamente que fuera la Administración la exhortada a liquidar el contrato, en ese marco solicitó al juez declarar que en el balance debían incluirse unos valores y conceptos determinados como indemnización de los perjuicios materiales causados por los presuntos incumplimientos del IDU, lo que es indicativo de que, en todo caso, el órgano judicial mantuvo la competencia para establecer la procedencia o no de tales reconocimientos.

Así entonces, siendo evidente que la demanda, a pesar del equívoco señalado, se encaminó a que en sede jurisdiccional se determinara la procedencia de los montos referidos en las pretensiones segunda y tercera -numeral 3- del libelo, tal será el estudio que se haga en esta instancia, por cuanto fue omitido por el juez de primer grado, al estimar suficiente el cargo de falta de competencia para anular todos los actos enjuiciados -incluyendo el de liquidación unilateral-, y al concluir que no era procedente impartir al IDU la orden de liquidación solicitada por el demandante.

Ahora, toda vez que el saldo de \$865'522.140,15, solicitado por la actora surge de las denominadas "*reclamaciones*" que efectuó ante la entidad estatal contratante, estas se examinarán y resolverán, como sigue.

a) Reclamación 1²⁰

Alusiva al reconocimiento y pago de la suma de \$27'949.060,37 "*por concepto de los estudios y diseños ejecutados y no recibidos por el IDU y por [la] mayor área diseñada respecto de la contratada*".

²⁰ Abordada y resuelta por la entidad junto con la reclamación N° 2, en una misma respuesta, al confirmar la liquidación unilateral del contrato.



En el recurso de reposición contra el acto de liquidación unilateral, la hoy demandante refirió que el valor de los estudios y diseños previsto en el contrato fue de \$136'511.577, aunque el IDU sólo recibió tales ítems en el equivalente a "\$92'754.476", quedando sin reconocer, entre otros conceptos, la suma de \$20'645.691, correspondiente a los "estudios y diseños ejecutados y no recibidos por el IDU".

Sobre ese ítem, adujo que si bien la firma interventora (Ponce de León y Asociados S.A.) devolvió en varias oportunidades los estudios entregados, con observaciones injustificadas, tales componentes del contrato se entregaron atendiendo a lo exigido, pese a lo cual el IDU se negó a pagarlos.

Por otro lado, manifestó haber estudiado y diseñado un área mayor a la contratada ya que, según lo consignado por la interventora en oficio GT-IG-123-0101-08-01 del 9 de mayo de 2001, la topografía realizada en campo evidenció que la medida de las vías diseñadas fue de 25.593,80 m², lo que superó en 5.411,75 m² lo establecido en el contrato, obedeciendo tal diferencia al hallazgo de una mayor longitud de las vías diseñadas.

De esta manera, reiteró que el valor de la reclamación número 1 era de \$27'949.060,37, de los cuales, \$20'645.691 correspondieron a los estudios y diseños ejecutados y no recibidos por el IDU, y \$7'303.369,37, a la mayor área diseñada.

-. En la Resolución N° 6230 del 11 de agosto de 2003, el IDU señaló que era la interventoría el estamento encargado de remitir a la Administración los estudios y diseños aprobados, correspondiéndole a la contratante hacer únicamente el pago de esos ítems provistos de aprobación. Recalcó, en punto de ello, que sólo el informe final de la interventora era el instrumento idóneo para valorar lo ejecutado por la contratista, tanto en obra como en estudios y diseños.

Añadió (fl. 175, c.30):

Se considera entonces que los estudios y diseños no fueron ejecutados y aprobados en su totalidad, por lo que el valor reconocido y pagado por dicho concepto no podía corresponder al valor global fijo, sino proporcional a la labor efectivamente desarrollada (...); si el contratista no cumplió con la ejecución de los diseños susceptibles de ser elaborados, mal puede solicitar el pago de aquellos cuya ejecución no se requirió y que por ende no fueron elaborados.



En la demanda, la unión temporal reiteró lo expuesto en el recurso interpuesto contra el acto de liquidación del contrato, y respecto de la mayor área diseñada, agregó que los pliegos de condiciones establecieron una longitud total de 3.891,60 metros, un ancho promedio de diseño de 6.15 metros y un “*área a diseñar según contrato*” de 24.295,10 metros cuadrados, mientras que el “*área de vías diseñadas*” por la unión temporal fue de 25.593,80 metros cuadrados, sobrepasando con ello las medidas contratadas, en un 5.35% (fls. 152-153, c.5).

Frente a la RECLAMACIÓN 1, la Sala establece:

- De conformidad con la cláusula sexta del contrato, para el pago del contrato se reconocería primeramente un anticipo del 30% del valor total cuando se cumplieran los requisitos para iniciar la ejecución, y posteriormente, el 60% de dicho precio contractual se reconocería con abonos, previa presentación de 10 actas mensuales por obra ejecutada, aprobada por la interventora y recibida a satisfacción por el IDU. A la par con ello, es pertinente anotar que el numeral 5.6 del pliego de condiciones previó que, ni el inicio de las obras ni el cumplimiento de obligación alguna fijada en el contrato, estarían condicionados al giro del anticipo.

Acerca de los estudios y diseños recibidos por el IDU, pero no pagados, la actora debate no sólo el monto que, a su juicio, se le adeuda por tales productos, sino también, en trasfondo de ello, la no aprobación de esas entregas por parte de la entidad y de la interventoría, pues sustenta su reclamación en el hecho de que las devoluciones de esos estudios y diseños se hicieron bajo objeciones injustificadas, sirviendo éstas de base al IDU para negar los pagos echados de menos por la contratista.

En esa medida, le correspondía a la actora especificar los productos entregados y devueltos para su corrección, demostrar la enmienda de los mismos y probar que el IDU los hubiera recibido sin efectuar el respectivo pago; de igual manera, debía demostrar los errores y equívocos en que incurrió la interventora al formular observaciones y cuestionamientos a esos componentes del contrato.

Sin embargo, la unión temporal no precisó ninguno de esos aspectos en la apelación, en la demanda ni en los recursos administrativos interpuestos contra los actos acusados. Sólo reiteró en esas actuaciones que cumplió oportunamente y a cabalidad con todos los estudios y diseños objeto del contrato, y que si bien en “*muchos casos*” le fue devuelto material “*con observaciones injustificadas por parte*



de la interventoría”, las mismas fueron atendidas sin obtener la contratista la retribución correspondiente.

En la demanda, la actora refirió este puntual asunto únicamente en los hechos 22.1.2 y 24.6.6, en los siguientes términos (fls. 127 y 152, c.5):

La correspondencia enviada por la firma Sodeic Ltda. (...) muestra que todos los estudios y diseños fueron entregados a la Interventoría. Ocurrió en muchos casos que estos fueron devueltos con observaciones injustificadas por parte de la Interventoría, las cuales tuvo que atender el contratista en numerosas ocasiones. Prueba del hecho que todos los estudios y diseños fueron entregados desde antes del vencimiento del plazo de ejecución del contrato (marzo 14 de 2001) lo constituye lo señalado por el IDU en la resolución 280 (...) de 2001 (...), en cuanto dice: ‘Sólo hasta el 27 de noviembre de 2000 se recibieron la (sic) totalidad de los grupos para revisión por parte de la Interventoría’ (...).

Los estudios y diseños fueron entregados a la Interventoría, tal como se señaló en reiteradas comunicaciones enviadas a dicha firma, Ponce de León y Asociados S.A., estos (sic) eran devueltos en muchos casos con observaciones injustificadas, pero finalmente fueron entregados atendiendo a lo solicitado y a pesar de ello el IDU se negó a reconocerlos y pagarlos.

Pese a insistir en ello, no señaló cuáles fueron los estudios y diseños no cubiertos por el pago efectivamente realizado por el IDU, ni indicó las pruebas que acreditaban su oportuna presentación, junto con los errores técnicos de la interventoría al objetar el trabajo de la contratista.

Ante tal silencio de la parte interesada, no le es dable al juez sondear en todo el material probatorio las observaciones de la interventoría -no determinadas por la actora-, ni mucho menos establecer por su cuenta cuáles de ellas estaban o no justificadas, como tampoco indagar el origen y posible causación o procedencia de las cifras solicitadas en la reclamación, pues no se señalaron ni precisaron esos aspectos con la claridad exigida en las normas procesales, por lo que mal puede acogerse en el *sub judice* esta primera solicitud económica de la unión temporal, no habiéndose indicado ni demostrado el derecho al reconocimiento de las sumas pretendidas.

Agréguese a lo anterior que, lo que sí se aprecia en el proceso, es el contenido de los informes de interventoría -especialmente el que correspondió al mes de junio de 2000 y el informe final-, en los cuales se pusieron de presente los incumplimientos de la contratista en la fase de estudios y diseños, al no entregarlos correctamente ni en forma íntegra, en los plazos establecidos en el contrato o en las actas, ni a la terminación del contrato. La actora no desvirtuó las inobservancias anotadas por la interventoría en los documentos que hoy reposan en el proceso,



especialmente el informe final elaborado en marzo de 2001, medios que evidenciaron omisiones de la contratista en algunas de las entregas -especialmente en el área de diseño de espacio público- y fallas en los frentes de diseños geométricos, diseño de señalización, diseño de redes de alcantarillado de aguas lluvias, cantidades de obra, presupuesto y especificaciones; por lo cual, al no demostrar la contratista el cabal cumplimiento de sus propias obligaciones, mal puede aducir el no pago de lo que, según su versión, fue entregado correcta y oportunamente al IDU, sin haber demostrado tal observancia.

A lo largo de la demanda -en los hechos ajenos a los de las reclamaciones que en esta instancia resuelve la Sala-, la actora señaló que la no ejecución total del objeto pactado obedeció al incumplimiento del IDU. Sin embargo, ninguna de las falencias atribuidas a la entidad -relacionadas con los certificados de disponibilidad presupuestal para cada frente de trabajo, las diligencias ante el DAMA, la definición y clarificación temprana de las vías contratadas, la modificación de la forma de pago del contrato, las inconsistencias en la solicitud de algunos diseños y los pagos del anticipo- guardó conexión directa con las fallas que la interventoría estableció como imputables a la contratista, en particular porque, si bien en algunos casos la conducta de la Administración contribuyó a retrasos en la entrega de estudios y diseños, al ser éstos recibidos con posterioridad al 14 de octubre de 2000, en todo caso presentaron las falencias informadas por la interventoría, las cuales, para la fecha de terminación del contrato (31 de marzo de 2001), no habían sido corregidas por la unión temporal.

Es de anotar, en este punto, que además de los informes de la interventoría, se allegaron al proceso las actas de seguimiento del contrato, instrumentos éstos que revelan, por ejemplo, que para el 6 de diciembre de 2000, la contratista no había entregado copia de los estudios y diseños de la obra, pese a que se habían puesto en marcha algunas de las obras contratadas, dada la premura del servicio; circunstancia que persistió en los días siguientes, tal como se adujo en el acta de seguimiento del 13 de diciembre del mismo año, en la cual se resaltó, además, que la unión temporal continuaba incumpliendo con la entrega de las correcciones hechas a los informes ya entregados (fls. 0762-0766, c.4).

-. Respecto de la solicitud de pago de \$7'303.369,37 como valor de la "*mayor área diseñada*", tampoco se aprecia que las cantidades referidas por la actora, ni su valor, se hubieran demostrado en esta causa, pues si bien se aduce que la interventoría reconoció expresamente que el área de las vías diseñadas superó "*lo*



establecido en el contrato”, no existe coincidencia entre lo expresado por la firma interventora y lo señalado en las actas respectivas del contrato, así como en el informe final de supervisión.

En efecto, para respaldar este segundo componente de la *“reclamación N° 1”*, la demandante acudió al oficio GT-IG123-0101-08-01-0700 del 9 de mayo 2001, instrumento que reposa en el plenario y en el cual la interventoría reportó el valor de los estudios y diseños efectivamente presentados por la contratista, expresando (fls. 2516-2518, c.11):

Se tuvo en cuenta el valor equivalente de las vías a las cuales no se les deberían hacer los estudios y diseños; tampoco la parte de los estudios y diseños que el contratista no presentó, y las deficiencias encontradas en los estudios y diseños presentados (falta de informes, falta de aprobación de los diseños ante el DAPD, deficiencias en el diseño de algunas vías, etc.).

- Valor estudios y diseños según Contrato	-----	\$136'511.577,00
- Valor estudios y diseños no realizados	-----	\$23'111.410,00
- Valor estudios y diseños ejecutables	-----	\$113'400.167,00
- Valor calculado de los estudios y diseños presentados:		\$91'145.384,21

Vale la pena aclarar que, de acuerdo a la topografía realizada en campo, el área resultante de las vías que se diseñaron es de 25.593,80 m2, área mayor en 5.411,75 m2 a la establecida en el contrato, de las vías que se podían ejecutar. Este mayor valor se estableció teniendo en cuenta que se encontró una mayor longitud y un mayor ancho promedio, de las vías diseñadas. (Destaca la Sala).

Al respecto, se precisa en primer lugar que si bien la interventora expuso que el área de las vías diseñadas era mayor *“a la establecida en el contrato”*, es igualmente cierto que en ese mismo acápite de su informe estimó el valor de los estudios y diseños efectivamente entregados o presentados por la unión temporal, sin excluir del cálculo los diseños del área que excediera las medidas supuestamente fijadas en el contrato, sino otros ítems, tales como los estudios y diseños de las vías no ejecutables y aquellos que la contratista simplemente omitió entregar.

Valga agregar a lo anterior que, según lo consignado en el pliego de condiciones, la longitud total inicial de las vías objeto de contratación era de 3.134 metros, mientras que el ancho total fue de 282,8 metros, sin haberse establecido en ese ni en ningún instrumento del contrato, el área total contratada, ni el área específica que luego fue estimada como *“no ejecutable”* por distintas causas.



El informe final de interventoría, entregado en marzo de 2001, dejó en claro que si bien se licitó el estudio, diseño y construcción de 40 vías en la localidad de Bosa y de 6 en la localidad de Kennedy, la EAAB sólo aprobó la pavimentación de 20 vías, dejando otras 4 con aprobación parcial. Con todo, no se aprecia en el proceso el área exacta de las vías excluidas, ni es posible contrastar la misma con la medida de las vías correcta y efectivamente diseñadas por la contratista, hoy demandante.

Ahora, tampoco obra en el caudal probatorio basamento alguno que justifique el hecho de que la demandante hubiera procedido a efectuar el estudio y diseño de las vías en proporciones mayores a las establecidas en el contrato y su pliego de condiciones, sabiendo de antemano las medidas de longitud y de ancho, fijadas desde un comienzo por el IDU.

En todo caso, lo que evidencian los informes entregados por la firma interventora es que la unión temporal no cumplió con la totalidad de los estudios y diseños establecidos en el pliego de condiciones y en el contrato, por lo que no es posible concluir que haya ejecutado, en esa consultoría, una medida mayor a la pactada en el negocio jurídico.

Dadas las anteriores circunstancias, no existe mérito para reconocer la suma solicitada por la actora, por concepto de la *“mayor área diseñada”*.

b) Reclamación N° 2

Se refiere a la suma de \$23'111.410, por concepto de los estudios y diseños de las vías 2, 17, 39 y 40 de la localidad de Bosa y de la vía N° 5 de la localidad de Kennedy, habiéndose negado el pago de las primeras por contar con estudios hechos en anteriores contratos del IDU, y de la última, por haberse modificado su tipología (de vía V-9 a V-4), según la demandante, cuando ya estaba culminando la consultoría. A este respecto, la actora señaló que no había lugar a descuento alguno de los valores de esos estudios y diseños, puesto que su realización se había pactado a precio global fijo en el contrato hoy en juicio, y las obras, en todo caso, se adelantaron sobre todas las vías en él especificadas.

El IDU dio respuesta a esa reclamación en el mismo acápite en que se pronunció sobre la número 1, en la Resolución N° 6230 del 11 de agosto de 2003; es decir, subrayó que sólo era procedente pagar los estudios y diseños expresamente aprobados por la interventoría, y que el único elemento idóneo para evaluar el grado



de cumplimiento del contratista eran los informes rendidos por ella, de suerte que al no haberse entregado la totalidad de ese componente, no podía exigir la unión temporal el pago de toda la suma pactada como precio global fijo (fl. 175, c.30).

En la demanda, la unión temporal reprochó nuevamente que el IDU hubiera denegado el pago de las vías 2, 17, 39 y 40 (Bosa), solo por evidenciar que ya contaban con diseño previo, y que tampoco hubiera tenido en cuenta el diseño de la vía N° 5, de la localidad de Kennedy, por haber modificado su tipología el entonces Departamento Administrativo de Planeación Distrital (DAPD).

Concluyó ese punto, exponiendo:

[L]as cuatro vías que ya tenían diseño en otro contrato del IDU y la vía a la cual se le suspendió el diseño cuando éste se estaba concluyendo, representan un costo de \$23'111.410, que de ninguna manera se le pueden descontar al contratista por cuanto el contrato para estudios y diseños se realizó a precio global fijo y el contratista diseñó mayor área de la contratada.

Sobre la RECLAMACIÓN 2, considera la Sala:

Examinado el plenario en lo relativo a los diseños que el IDU no tuvo en cuenta para su pago, por contar las vías con estudios y diseños previos hechos en otros contratos, se advierte que si bien se trató de una inobservancia de la Administración frente a sus propias obligaciones con el contratista y frente al deber de planeación, no se dan los elementos para indemnizar a la hoy demandante por esa circunstancia.

Como se ha venido anotando, en el pliego de condiciones correspondiente al contrato IDU-UEL 7-8-805-99 de 1999 se dispuso que el componente de los estudios y diseños se remuneraría bajo la modalidad de precio global, la cual entraña, en efecto, el pago de una única suma fija que comprende todos los costos directos e indirectos, inherentes al trabajo o servicio contratado, por lo que los riesgos surgidos por la magnitud del objeto o el tiempo empleado para ejecutarlo van comprendidos en ese precio global, sin perjuicio, claro está, de los reconocimientos a que haya lugar por el eventual desequilibrio económico del contrato.

De acuerdo con la jurisprudencia, el precio global fijo implica que el trabajo del contratista se remunera con una única suma, con la que se ha estimado *ex ante* el valor total del objeto pactado y es vinculante para ambos partícipes del negocio



jurídico, por lo cual no le es dable a la Administración pagar el contrato firmado a precio global, bajo porcentajes o abonos proporcionales a las prestaciones que paulatinamente se vayan cumpliendo, y menos por unidades o “grupos de productos” que vaya entregando el contratista, para al final disponer el pago de sumas menores a las pactadas²¹; entre otras cosas porque, si con el precio global fijo, dicho contratista asume los riesgos de mayores cantidades o tiempos, la Administración asume por su parte los riesgos de menores cantidades o menor tiempo.

Sin embargo, la modalidad de precio global acentúa de manera especial la obligación a cargo del contratista, de ejecución total del objeto, pues sólo de esa manera surge para el Estado contratante la obligación del pago íntegro de la suma fija convenida.

Ello también ha sido recalcado por esta Corporación, en los siguientes términos²²:

En estos contratos [los de precio global fijo] el contratista asume el deber de terminar la obra en las condiciones inicialmente pactadas (...). [L]a obra es vista como un todo (como algo indivisible) que debe ser culminada con los recursos que al efecto se estimaron desde el inicio. En consecuencia, al contratista le corresponde precaver que el valor del contrato debe incluir un margen de solvencia que le permita asumir los costos directos e indirectos del proyecto, lo que no excluye la posibilidad de que surja la responsabilidad contractual por incumplimiento o el desequilibrio económico del contrato.

En esa medida, el precio global sólo puede tenerse por vinculante y fijo, para cuando se cumple la totalidad de lo pactado.

En el presente asunto, y en lo que cabe atribuir al IDU, se tiene que la entidad pactó con la unión temporal la realización de los estudios y diseños de 46 vías del Distrito Capital a precio global fijo, pese a lo cual, después de haberse suscrito el acta de inicio de dicha fase (el 15 de mayo de 2000 -recalcando las partes que la fecha límite para culminar la entrega y aprobación sería el 14 de septiembre de ese año²³), fue la propia Administración quien evidenció que 4 vías ya contaban con ese trabajo, por lo que solicitó a la hoy demandante abstenerse de realizar los estudios

²¹ Ver, al respecto: Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A. Sentencias del 1 de octubre de 2014 -exp. N° 25000-23-26-000-2002-00186-01(27382). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera- y el 8 de junio de 2022 -exp. N° 250002336000201500519 01 (56.399). C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez-.

²² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C. Sentencia del 22 de noviembre de 2021, exp. N° 25000-23-36-000-2012-00724-01(52430). C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

²³ Folios 513 y s.s. c.4



y diseños de esos segmentos de futura obra: ello aconteció al suscribirse el acta de seguimiento N° 8 del 12 de julio de 2000, en la cual, una funcionaria de la Dirección de Malla Vial del IDU informó que, al recopilar documentación sobre las vías objeto del contrato, estableció que cuatro de ellas, pertenecientes a la localidad de Bosa, ya tenían estudios aprobados, a saber: las vías 2, 39, 40 y 17, ésta última con faltantes en un solo tramo, razón por la cual los firmantes del acta de seguimiento decidieron “no realizar estudios y diseños en las vías 2, 39 y 40”, y adelantarlos en la vía 17, únicamente en el segmento de la Calle 8 entre Carreras 23 y 23 A (fls. 0696-0697, c.4). Dicha acta fue suscrita por el ingeniero Rómulo Tobo Uscátegui, en calidad de representante legal de la contratista, además de figurar la firma de otros integrantes de esa unión temporal, pero no fue firmada por el representante legal del IDU ni por ningún funcionario que hiciera sus veces.

Posteriormente, en acta de seguimiento del 18 de julio de 2000, se reiteró que las vías 2, 17, 39 y 40 ya contaban con estudios y diseños, por lo que se dispuso, nuevamente con la firma del representante legal de la contratista, pero sin la del representante IDU, “no realizar estudios y diseños en las vías 2, 17, 39 y 40” (fl. 0701, c.4).

Así, pese a lo evidenciado por el IDU sobre los estudios ya existentes, no se celebró ninguna modificación al contrato, en la que se dispusiera la eliminación de las vías mencionadas y el subsiguiente cambio en la remuneración del primer componente del negocio jurídico.

No obstante lo anterior, en lo que le correspondía a la contratista en la fase de estudios y diseños, sólo suministró algunos de los informes que hacían parte de ese componente, pero no la totalidad de sus elementos, por lo cual no le es dable reclamar el precio global ni el alcance patrimonial “pleno” que tiene esa tipología de remuneración. Esa misma razón conduce a que el perjuicio que pudiera derivar del incumplimiento del IDU sólo podría haberse configurado si la contratista hubiera satisfecho íntegramente sus compromisos contractuales -dada no sólo la connotación sinalagmática del contrato sino justamente la modalidad del precio que se pactó-, y no siendo ello así, no puede exigir pago alguno que sobrepase lo realmente ejecutado.



Lo propio debe concluirse respecto de la vía N° 5 de la localidad de Kennedy, acerca de la cual, la interventoría informó, en oficio del 7 de noviembre de 2000, dirigido al IDU (fl. 2503, c.11):

Hechas las diligencias en el DAPD por parte del diseñador, el plano anexo muestra que la vía N° 5 de Kennedy (...) corresponde [a] una tipología V-4, equivalente a un ancho de 25 metros. Según el decreto 323 de mayo 29 de 1992 (...) las vías de tipología V-4 son vías locales suburbanas. Dado lo anterior, les solicitamos nos informen si esta vía debe diseñarse y pavimentarse, para proceder con las instrucciones pertinentes al diseñador (...).

No se tiene noticia de que el IDU hubiera dado respuesta a esa solicitud, mientras que sí obra copia del oficio de fecha 9 de mayo de 2001, en el cual la interventoría rindió informe sobre el valor de los estudios y diseños efectivamente ejecutados, y anotó que al no aclarar la contratante la situación descrita, quedó suspendido el diseño de la vía N° 5 de Kennedy mientras se obtenía respuesta (fl. 2517, c.11).

Con todo, la suspensión de ese diseño en desarrollo del contrato (por evidenciarse que la tipología de la vía N° 5 de Kennedy, definida por el DAPD, no correspondía a las categorías de vías contratadas por el IDU), aun erigiéndose en un hecho ajeno a la contratista, no puede significar la indemnización de perjuicios a favor de la unión temporal, ya que ésta incumplió con múltiples elementos restantes de estudios y diseños, por lo que mal puede exigir retribución por el precio global fijo pactado para ese componente del contrato.

c) Reclamaciones 3 y 4²⁴

3) La reclamación número 3 de la demandante aludió al pago de \$16'755.974, correspondiente a obras ejecutadas y no recibidas por el IDU. Según la unión temporal, si bien se suscribieron actas de obra en los meses de febrero y marzo de 2001, varios ítems relacionados en ellas como ejecutados fueron rechazados por la interventoría por considerar que no se habían concluido, sin ser ello cierto.

4) En la reclamación número 4 se indica la suma de \$2.708'345, correspondiente al 100% de los reajustes de la obra ejecutada y no recibida por el IDU.

-. El IDU dio una única respuesta a las reclamaciones 3 y 4, señalando en primer término que, durante la relación contractual, fue reconocida y pagada la totalidad de la obra que ejecutó la contratista y que la entidad recibió a satisfacción, de

²⁴ Resueltas por el IDU en un mismo acápite.



conformidad con lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato y el numeral 5.5 del pliego de condiciones.

Subrayó que la modalidad de pago convenida para la etapa de construcción era la de precios unitarios, lo cual implicaba que sólo podían reconocerse las cantidades ejecutadas de cada ítem, cuestión ésta que era verificable únicamente con los informes de aprobación emitidos por la interventoría. De igual manera, recalcó que no era posible reclamar, en un contrato a precios unitarios, pagos totales por actividades inconclusas, deficientes o con especificaciones distintas a las trazadas previamente, y que en el caso concreto, se evidenció que casi todos los trabajos desarrollados en las vías 23, 24 y 28 del proyecto, quedaron sin terminar, como lo señaló el interventor en su informe final.

En la demanda, y reiterando lo expuesto en sede administrativa, la unión temporal reprochó que el IDU y la interventoría del contrato hubieran rechazado las siguientes obras, cabalmente ejecutadas, según la actora:

Tabla 5:

<u>ACTA DE FEBRERO DE 2001</u>				
ÍTEM	CONCEPTO	CANTIDAD ADUCIDA POR LA UT COMO EJECUTADA	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
2.3	Excavación manual entre 0 y 2 mt - redes (vía 28)	5,54 m3	\$17.350,00	\$96.119,00
2 PNP	Construcción de sumidero de entrada lateral tipo SI-100 EAAB	4 unid.	\$744.291,00	\$2.977.164,00
7 PNP	Construcción de tapas para cajas de aguas negras, en vías 24, 23 y 30.	39 unid.	\$24.586,00	\$958.854,00
12 PNP	Nivelación de cajas de medidores de acueducto, en vías 24, 23, 36, 19 y 30.	67 unid.	\$7.786,00	\$521.662,00
13 PNP	Nivelación caja de inspección de aguas negras, en vías 24, 23, 36 y 30.	88 hiladas.	\$15.259,00	\$1.342.792,00
14 PNP	Demolición de caja de inspección de aguas negras, en vías 36 y 30.	60 hil.	\$4.228,00	\$253.680,00



20 PNP	Sumidero lateral de 1,50 x 0,50 mts en vías 36, 19, y 30.	4 unid.	\$830.216,00	\$3.320.864,00
TOTAL NO RECONOCIDO EN ACTA DE FEB. 2001				\$9.471.135,00

Tabla 6:

ACTA DE MARZO DE 2001				
ÍTEM	CONCEPTO	CANTIDAD ADUCIDA POR LA UT COMO EJECUTADA	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
2.1	Excavación mecánica entre 0 y 2 mts., en vía 35.	112,20 m3	\$9.780,00	\$1.097.316,00
3.1	Suministro, extendido y compactación sub-base granular tipo 13A - IDU, en vía 24.	50,67 m3	\$23.220,00	\$1.176.557,00
4.2	Construcción pozo de alcantarillado tipo A, en vía 24.	1 unid.	\$400.150,00	\$400.150,00
11.3	Demolición de placa de concreto en vía 22.	1,17 m3	\$13.100,00	\$15.237,00
5.5	Construcción de nueva placa de concreto en vía 22	1,17 m3	\$236.710,00	\$276.951,00
2 PNP	Construcción de sumidero de entrada lateral tipo SL 100, en vía 34.	2 unid.	\$744.291,00	\$1.488.582,00
9 PNP	Juntas de dilatación en llenante asfáltico, en vía 17.	91,04 MI	\$4.421,00	\$402.488,00
13 PNP	Nivelación de caja de inspección de aguas negras, en vía 34.	4 hil.	\$15.259,00	\$61.036,00
15 PNP	Suministro y colocación de geotextil tipo T 2400 o similar, en vía 24.	245 m2	\$4.614,00	\$1.130.430,00
11.5	<i>"Factor de afectación del 20% por volumen perdido en la colocación de la piedra rajón en el material blando, establecido en los diseños aprobados".</i>	39,22 m3	\$31.510,00	\$1.235.822,00
TOTAL NO RECONOCIDO EN ACTA DE MARZO DE 2001				\$7.284.569,00
TOTAL, OBRAS EJECUTADAS Y NO PAGADAS: \$16.755.704				



La actora refirió igualmente las discrepancias comunicadas entre la interventora, la contratista y el IDU, respecto de la ejecución completa de las obras mencionadas, y señaló que las pruebas de su debida culminación eran los registros fotográficos, los oficios en los que la interventoría reconoció las labores realizadas en algunos ítems, constancias de ejecución y otros documentos.

Acerca de los reajustes solicitados en la reclamación N° 4, refirió que los mismos se calculaban sin deducción del anticipo, toda vez que, entre la presentación de la oferta y el inicio de la fase contractual de construcción transcurrieron 11 meses, interregno cuya prolongación sin inicio de obra fue culpa del IDU, y en cuyo curso se registró un alza considerable en los insumos de construcción.

-. Frente a las RECLAMACIONES 3 y 4, se pronuncia la Sala, como sigue:

Sea lo primero señalar que, de conformidad con la cláusula cuarta, numeral 1, del contrato IDU-UEL-7-8-805-99, la contratista estaba en la obligación de *“llevar a cabo todos los proyectos, instalaciones y obras materia [del negocio jurídico] al precio unitario cotizado en su propuesta (...) y rehacer a sus expensas cualquier obra que resulte mal ejecutada o que no cumpla con las especificaciones a juicio del interventor”*.

Lo segundo que se advierte en este punto es que en el proceso no reposa el informe de la contratista, relativo a las especificaciones técnicas de la obra, con el señalamiento de cada uno de sus ítems y las cantidades para ejecutar en cada vía. Tal instrumento, como se evidenció con anterioridad, debía ser elaborado por la unión temporal como resultado de los estudios y diseños previamente adelantados, pero no obra en el expediente. Lo propio acontece con el análisis de precios unitarios no previstos, que si bien figura de manera general como anexo del informe final de la interventoría, no fue acompañado con la especificación ni cantidades de los ítems de obra no prevista que, según la demanda y lo señalado por el IDU en la Resolución N° 6230 de 2003 (fl. 500, c.9), se convino ejecutar en cada frente objeto del contrato²⁵.

²⁵ Como se subrayará más adelante, no obra en el proceso acta, acuerdo ni instrumento alguno suscrito por las partes, en las que aparezcan los ítems no previstos que las partes, según el IDU, convinieron ejecutar. Sin embargo, las actas parciales de obra incluyeron el recibo por parte de la entidad, de dichos ítems no previstos, cuyo valor se tasó en cada acta, según se advierte en el juicio, únicamente con base en las cifras propuestas por la interventoría, a falta de arreglo con la contratista.



Por ello, al no figurar en el expediente ninguno de los indicados documentos con la descripción de obra contratada y de obra no prevista (para cada vía o grupo de vías), no se cuenta con el parámetro principal de las actividades que la interventoría calificó como inconclusas en las actas de recibo parcial suscritas en febrero y marzo de 2001, por lo que no puede determinarse, con las demás pruebas, si la contratista ejecutó completamente las labores desestimadas por la firma interventora. En todo caso, tampoco se demuestran con las demás pruebas los errores o equívocos que la actora le atribuye a la interventoría en el rechazo de las obras que se reputaron *inconclusas*, durante la supervisión respectiva.

- Así, v.gr., respecto del ítem 2.3. (*Excavación manual entre 0 y 2 mts. - redes*), en el acta N° 24 del contrato²⁶ se señaló que su valor unitario era de \$17.350, y que las unidades totales definidas fueron 6.114,65 m³, recibándose en esa oportunidad -28 de febrero de 2001- la ejecución parcial de 83.90 m³ (fl. 0597, c.4).

Aparece como documento anexo a dicha acta, el resumen de la “*preacta*” de recibo parcial N° 4, en la que se relacionaron todos los ítems recibidos el mismo 28 de febrero de 2001, precisando las vías en que se desarrollaron (17, 19, 22, 23, 24, 28, 30 y 36). El ítem 2.3 sólo se ejecutó en las vías 17 y 30 (fl. 0600, c.4).

A su turno, el acta N° 26 del contrato, correspondiente al recibo parcial de obra N° 5, firmada el 15 de marzo de 2001, registró como recibida la ejecución del ítem 2.3 en 6 m³ (fl. 0608, c.4), señalándose en la preacta respectiva que la totalidad de esas unidades se ejecutó únicamente en la vía 34 (fl. 611 ib).

En oficio del 26 de marzo de 2001, la interventora manifestó haber revisado los soportes de las mencionadas actas y que no certificaría, entre otras obras, la del ítem 2.3, por apreciarse inconclusa “*en las vías Nos. 28 y 34*” (fl. 2212, c.11).

El 27 de abril de 2001, la contratista solicitó que fueran recibidas y pagadas las obras calificadas como inconclusas, y relacionó las cantidades ejecutadas en cada período (febrero y marzo de 2001), indicando, respecto del ítem 2.3, haber ejecutado 5.54 m³ en la vía 28 (fl. 1900, c.8), sin referir ningún número de unidades cumplidas en la vía 34 (fl.1903 c.8).

²⁶ Correspondiente al recibo parcial de obra N° 4 y suscrita el 28 de febrero de 2001.



No obra evidencia escrita de la ejecución alegada por la unión temporal, pero aún si se contara con tal probanza, no está acreditado que los 5.54 m³ que adujo como trabajados en la vía 28, correspondieran cabalmente a la medida señalada en las especificaciones técnicas que la propia contratista debió definir para ese segmento específico de la obra. Con respecto a la no ejecución del ítem 2.3 en la vía 34, es claro que la relación de obras entregada por la propia contratista no revela la realización de excavaciones manuales en el tramo mencionado.

- En torno al ítem 2.1 (*Excavación mecánica entre 0 y 2 mts*), se tiene que no figura como ejecutado en acta alguna del contrato, pese a que la actora manifiesta haber adelantado esa actividad en la vía N° 35, excavando 112.20 m³ -sin que se tenga noticia, se reitera, de cuál era el total de unidades establecidas para dicha vía- .

El cuestionamiento de la interventora fue expresado en oficio del 17 de mayo de 2001, en los siguientes términos (fl. 2227, c.11):

*Con respecto a las obras que según el contratista no han sido incluidas en ninguna de las actas de obra, hacemos las siguientes aclaraciones (...).
Excavación mecánica entre 0 y 2 mts: obra que ejecutó el contratista sin autorización de la Interventoría, por cuanto no se habían realizado actas de vecindad.*

Este reparo de la interventora no fue desvirtuado por la unión temporal con prueba alguna, y por el contrario, manifestó en la demanda que la realidad de lo acontecido con ese ítem fue que “*se aprobaron los estudios y diseños para una tipología de vía que finalmente no correspondía, según planeación*”, cuestión ésta que, de acuerdo con el pliego de condiciones, debía ser verificada por la contratista, ante el DAPD, precisamente durante la fase de estudios y diseños.

- En torno al ítem 3.1 (*Suministro, extendido y compactación sub-base granular tipo 13A - IDU*), el 17 de mayo de 2001 la interventora cuestionó que, en la vía 24, se ejecutara sin compactación ni “*cereo*”, labores que eran importantes para la estabilidad de la obra, razón por la cual, al no garantizar su conservación en las condiciones técnicas requeridas, debía calificarse como inconclusa (fl. 2227, c.11).

Aunque la unión temporal aportó al proceso copia de un registro fotográfico en el que informa que la primera imagen que allí se aprecia corresponde a la vía 24 después de culminar el ítem 3.1 (fl. 2850, c.12), ello no es indicativo de yerro alguno de la interventoría, pues no demuestra la realización de las labores específicas



echadas de menos en la comunicación del 17 de mayo de 2001, ni que éstas no fueran indispensables para garantizar la estabilidad de la obra.

-. El ítem 4.2 (*Construcción pozo de alcantarillado tipo A*) no fue demostrado, porque si bien la actora manifestó haber ejecutado la cantidad de 1,00 en la vía 24, sólo aportó como prueba un registro fotográfico (y las comunicaciones en las que insistió haber cumplido con esa actividad) que no permite establecer que esa obra hubiera quedado completamente terminada, por lo que no se desvirtuó la calificación dada por la interventoría, sobre la no conclusión adecuada de ese trabajo.

-. Acerca de los ítems 11.3 y 5.5 (*Demolición de placa de concreto y Construcción de placa de concreto*, respectivamente), la actora sostuvo en la demanda que, el 22 de diciembre de 2000, el concreto despachado para la construcción inicial no alcanzó a cubrir, en la vía N° 22, el volumen total para lograr la separación entre juntas de diseño, razón por la cual la interventoría ordenó su demolición al día siguiente, cuando ello no era necesario (fl. 163, c.5). Igualmente manifestó haber ejecutado la construcción de la placa en 1.17 m³, sobre la indicada vía N° 22.

En torno a ese componente de la obra, la interventora cuestionó (fl.2226, c.11):

Como consta en el Libro de Obra, el contratista fundió en horas de la noche, y sin autorización de la interventoría, la placa de concreto para la calzada, dejando la última sección con una longitud de 2,20 m sin cumplir con la relación de esbeltez establecida, por lo que la Interventoría ordenó su demolición. Al respecto, no encontramos ningún sustento técnico cuando afirma que esta demolición no era necesaria, máxime cuando en el Estudio de Suelos y Diseño de Pavimentos, elaborado por la Unión Temporal Obras Viales, se establece: 'Las juntas de construcción imprevistas no se deben considerar como de contracción y se deben evitar, retirando el concreto si es del caso, cuando queden a menos de 3 m de la última junta transversal de contracción realizada'.

No obra en el proceso una prueba técnica que desvirtúe las conclusiones de la firma interventora, por lo que no es posible refutar que los ítems mencionados hayan quedado inconclusos, como aquella lo señaló en las comunicaciones del 26 de marzo y el 17 de mayo de 2001.

-. Lo propio acontece respecto de los restantes ítems objeto de las reclamaciones 3 y 4, pues las conclusiones de la interventoría debieron contrastarse con medios de convicción de carácter técnico, o bien, con las especificaciones trazadas durante el desarrollo del contrato, como resultado de los estudios y diseños y al fijarse el análisis de precios unitarios de obras no previstas, según el caso. No obrando



ninguno de tales elementos de convicción, no resultan avantes en este juicio las aludidas reclamaciones 3 y 4, reiteradas en la alzada.

Cabe recalcar que si bien se practicaron en el juicio dos dictámenes periciales, ninguno de ellos hace referencia a las conclusiones específicas que la interventoría esbozó para tener por inconclusas las obras mencionadas, menos para desvirtuarlas bajo necesarias consideraciones técnicas.

En la experticia rendida por el perito Edgar Alfonso Parrado Granados sólo se reiteraron y actualizaron los valores solicitados por la demandante en las reclamaciones 3 y 4, y se señaló que la unión temporal Vergel Castellanos y Asociados, contratista del IDU con posterioridad al negocio *sub judice*, no ejecutó las obras que el IDU le rechazó a la unión temporal Obras Viales, lo cual indicaba que tales actividades, pese a haberse calificado como inconclusas, fueron tan definitivas que no fue necesario que el nuevo contratista las volviera a realizar (fls. 126-127, c.22). Esta conclusión se aprecia insuficiente para establecer que la unión temporal hoy demandante cumplió de manera íntegra con los ítems descalificados por la interventoría y el IDU, pues si bien obra el contrato IDU-UEL-7-681-00-2000, celebrado entre la entidad demandada y la mencionada agrupación Vergel Castellanos y Asociados, así como la licitación respectiva y otros instrumentos de ese negocio jurídico (fls. 4223-4404, c. 9), lo cierto es que las vías objeto de estudio, diseño y construcción correspondientes a ese acuerdo de voluntades no coinciden con las del contrato objeto del presente proceso, pese a ubicarse en la localidad de Bosa²⁷, y en todo caso, la no inclusión en ese nuevo contrato, de los ítems que le fueron rechazados a la hoy demandante, no es prueba directa de ningún yerro atribuible a la interventora ni al IDU, como tampoco conduce necesariamente a que las obras ejecutadas por Obras Viales fueron culminadas en forma idónea.

Por tanto, no hay lugar a conceder las sumas solicitadas por la demandante por concepto de las obras ejecutadas no recibidas por el IDU, ni los valores tasados como reajuste de aquellas.

Cabe anotar, respecto de esto último, que en cada una de las actas de recibo de obra que reposan en el expediente se reconocieron los respectivos reajustes al valor de la obra recibida (c.4); por lo cual, más allá del alegado incremento en el precio de los insumos, la reclamación de reajustes adicionales a los reconocidos

²⁷ Cfr. folio 4223 del c. 19 con fl. 1001 del c.7.



en el acta debe aparejarse con la prueba de que los primeros fueron insuficientes para mantener el equilibrio financiero del contrato. En todo caso, no es posible reconocer reajustes a la obra no recibida por el IDU, por no haberse desvirtuado ninguna de las objeciones que sobre tales trabajos formuló la interventora y acogió la entidad hoy demandada.

d) Reclamaciones 5 y 6

En la reclamación N° 5, la actora afirmó que se le adeudaban \$19'177.086, como la diferencia entre los precios unitarios de obras no previstas, reconocidos por el IDU, y los propuestos por la unión temporal. Según el recurso de reposición contra el acto liquidatorio, entre las partes no hubo acuerdo sobre tales conceptos, pese a las múltiples reuniones adelantadas con ese propósito.

Por su parte, en la reclamación N° 6 se aludió al pago de \$3'099.680, como reajuste de la diferencia entre los precios unitarios reconocidos por el IDU respecto de las obras no previstas, y los solicitados por la contratista.

En este punto, el IDU reconoció que no se logró arreglo sobre el valor de las obras no previstas, y que la propia interventoría dio cuenta de las discrepancias en el informe final (marzo de 2001), del cual resaltó, en particular, el hecho de que dicha interventora hubiera elaborado un "*acta unilateral*" de precios unitarios no previstos. Con todo, señaló que ese desacuerdo no podía ser resuelto acogiendo sin más los argumentos de la contratista, pues estaba solicitando el pago de valores no ajustados a las circunstancias reales de ejecución ni a los referentes del mercado.

En la demanda, la parte actora enunció las comunicaciones en las cuales la unión temporal manifestó su desacuerdo con los precios propuestos por la interventoría, y presentó un cuadro con las diferencias entre los "*precios del IDU*" y los "*precios de la contratista*".

- En torno a las RECLAMACIONES 5 y 6, la Sala considera:

Aunque la unión temporal relacionó un total de 23 ítems no previstos, en cuyos precios unitarios hubo discrepancias con el IDU, y adujo que las cuantías finalmente definidas por la entidad y la interventora no se ajustaban a las referencias del mercado de la construcción, lo cierto es que no demostró su aserto.



En dictamen pericial rendido en el proceso (fls. 131-133, c.22), el profesional Edgar Alfonso Parrado Granados manifestó haber consultado la lista de precios publicada en marzo de 2001 por Construdata, “una prestigiosa revista que publica constantemente los precios de construcción”, y señaló que los datos encontrados en dicha fuente permitían establecer los precios de dos (2) ítems, a saber: i) capa de mejoramiento (Relleno Seleccionado) Tipo Sección 13 IDU, y ii) Sardinel 15 x 20 en concreto.

Tanto en la demanda como en el dictamen pericial, se señalaron las siguientes diferencias de precios, en los ítems mencionados por el perito:

- CAPA DE MEJORAMIENTO:
Precio unitario de la contratista: \$48.260
Precio unitario del IDU: \$40.277

- SARDINEL 15 x 20 EN CONCRETO:
Precio unitario de la contratista: \$18.763
Precio unitario del IDU: \$11.966.

El perito señaló que los “precios de Construdata” fueron de \$43.552,35 para la capa de mejoramiento, y de \$26.477,55 para el sardinel, razón por la cual los precios más “justos” eran los propuestos por la unión temporal contratista, por ser, en criterio del profesional, los más cercanos a los valores de mercado entregados por Construdata.

No obstante lo anterior, la Sala evidencia que el anexo del dictamen, consistente en la copia de un extracto de la revista especializada aludida por el perito (fls. 203-206, c.22), no señala análisis de precios que directamente aludan a los ítems antes mencionados, sino que revelan los valores estimados para distintos insumos, equipos, gastos de construcción, mano de obra y un grupo actividades del sector, que no es posible relacionar con los precios finalmente plasmados en el instrumento pericial, en el que tampoco se explica en forma alguna la metodología seguida para obtener los precios sugeridos en el dictamen, con fundamento en la revista de Construdata.



Aunado a ello, el perito expuso en la experticia (fl. 132, c.22):

Sólo se encontraron precios para estos dos ítems, puesto que para los demás ítems relacionados (...), son demasiado especializados y hay que advertir que Construdata es una revista de carácter general en construcción.

Por lo demás, el perito reiteró que la diferencia entre los precios unitarios no previstos propuestos por la contratista y los definidos por el IDU, para la totalidad de los ítems debatidos, era de \$19'177.086, según se evidenciaba en las comunicaciones intercambiadas entre las partes durante la ejecución del contrato. Es decir, fijó en su experticia los mismos planteamientos de la demandante, sin sustentarlos con elementos técnicos sino sólo con la correspondencia traída al plenario como prueba documental.

En esa medida, no obrando en el proceso basamento alguno que de manera idónea permita establecer que los precios sugeridos por la unión temporal fueron los que debieron reconocerse por la Administración, no es posible acoger de manera favorable las reclamaciones 5 y 6, reiteradas por la actora en su apelación.

Cabe anotar, además, que en el proceso se echa de menos el acta, acuerdo, instrumento o modificación del contrato en que figure consignada la relación de ítems no previstos establecidos por las partes para el desarrollo del proyecto objeto del negocio jurídico, y que en parte fueron relacionados y pagados en las actas de entrega parcial de obra (cuaderno 4), lo cual impide aún más establecer la procedencia de los reconocimientos que en estos puntos solicita la demandante.

e) Reclamaciones 7 y 8

En ellas, respondidas en un mismo acápite por el IDU, la contratista solicitó lo siguiente:

7) La cuantía de \$2'630.156 como reajuste del anticipo, equivalente al 30% de la obra no prevista reconocida por el IDU.

8) El reconocimiento de *“la suma que corresponde”* por concepto del reajuste al anticipo causado sobre *“las actas 10, 15, 19, 24 y 26 de recibo parcial Nos. 1, 2, 3, 4, 5, respectivamente, suscritas y tramitadas por el IDU”* (fl. 456, c.9).



Para desestimar dichas peticiones en el acto que confirmó la liquidación unilateral, la entidad contratante expresó:

En relación con tales solicitudes, se considera que la fórmula establecida para efectuar los ajustes [fue prevista en] el pliego de condiciones, en el cual se dispuso claramente que al valor de las actas mensuales de obra ejecutadas se le descontaría el porcentaje correspondiente al anticipo, para luego ajustar el valor obtenido con la fórmula ($P1 = Po \times I/Io$).

La fórmula de ajuste fue establecida precisamente como medida para evitar que los precios pactados perdieran actualidad con el paso del tiempo, por lo que el lapso comprendido entre la presentación de la oferta y la ejecución de la obra tiene como contrapeso el mecanismo de ajuste, el cual excluye el porcentaje correspondiente al anticipo, en el entendido que con dicho dinero el contratista tiene la posibilidad de asegurar el precio de los insumos al menos hasta por un monto equivalente al anticipo.

De todas formas, no se encuentra demostrado un aumento inusitado y general de los insumos de construcción que pudiera dar lugar a la modificación de la fórmula de ajuste pactada en el contrato, sin que el simple transcurso del tiempo entre la época de presentación de la oferta y la ejecución de las obras sea suficiente para su revisión por lo cual deben desestimarse las peticiones del contratista.

En la demanda (y reiterando argumentos del mismo recurso administrativo de reposición), la unión temporal recalcó que los reajustes a los anticipos indicados en las reclamaciones 7 y 8 debían reconocerse en un 100%, sin deducciones, dado que la demora en el inicio de ejecución del contrato fue culpa del IDU, y durante el interregno transcurrido entre la presentación de la oferta y el comienzo de los trabajos se registraron alzas considerables en los precios de los insumos.

A juicio de la actora, se debía tener en cuenta, además, que el anticipo sólo fue pagado el 4 de septiembre de 2000, es decir, 11 meses después “de la licitación”, por lo cual, el poder adquisitivo de la suma entregada se vio mermado debido al mencionado incremento de precios de insumos.

En desarrollo de la reclamación N° 8, afirmó que debían reconocerse las siguientes sumas: i) \$1'696.625 como reajuste del anticipo registrado en el acta N° 10 de recibo parcial N° 1; ii) \$268.213 para reajustar el anticipo causado según el acta N° 15 de recibo parcial N° 2; iii) \$934.424, para reajustar el anticipo correspondiente al acta N° 19 de recibo parcial N° 3; iv) \$2'200.933 como reajuste del anticipo registrado en el acta N° 24 de recibo parcial N° 4; y v) \$465.918, cubriendo el mismo concepto frente al acta N° 26 de recibo parcial N° 5.



La Sala resolverá las RECLAMACIONES 7 y 8, en los siguientes términos:

Dos previsiones vinculantes para las partes en el *sub judice* resultan medulares en lo concerniente a los solicitados reajustes de anticipo: la primera está contenida en el numeral 5.6 del pliego de condiciones, que advirtió que *“la iniciación de las obras o el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales **no están supeditadas en ningún caso al giro del anticipo por parte del IDU**”* (destaca la Sala); y la segunda previsión fue precisamente la del reajuste periódico por acta de obra, que se estableció en el numeral 5.8 del mismo instrumento precontractual (fl. 52 c.9) y luego se corroboró en el párrafo primero de la cláusula sexta contractual, indicándose que, al valor de cada acta se le descontaría el monto del anticipo, y a la suma obtenida se le efectuaría tal reajuste *“en lo que se refiere a construcción”* (fl. 257, c.9).

En ese sentido, siendo responsabilidad de la contratista comenzar las obras por su cuenta, es decir, sin que ello dependiera del anticipo, mal puede solicitar reajustes del mismo por el hecho de haberse girado en septiembre del año 2000, cuando el contrato fue suscrito el 31 de diciembre de 1999; y en todo caso, lo que era materia de recálculo, según lo pactado -previa advertencia expresa en el pliego de condiciones-, era el valor neto reconocido en cada acta de recibo parcial, precisamente después de efectuarse la amortización del anticipo, no sujeto éste a ajuste alguno.

Ahora, la demandante aduce que fue el incumplimiento del IDU lo que ocasionó el comienzo tardío de las obras, y hace derivar de ello perjuicios patrimoniales específicamente por el alza en los precios de los insumos durante el lapso anterior a la etapa constructiva; pero aun demostrándose que las obras sólo pudieron empezar en noviembre de 2000 y no antes, por causa imputable a la Administración, los reajustes previstos para conjurar tales eventualidades no se aplicaban al anticipo -como ya se anotó-, y de cualquier manera, para indemnizar el perjuicio ocasionado por esos hechos se debía acreditar no sólo la responsabilidad exclusiva del IDU en tal postergación del período de las obras, sino también que los reajustes periódicos efectivamente reconocidos no cubrieron adecuadamente el incremento de los precios de la construcción durante 2000 y 2001, en detrimento de la contratista.



En todo caso, no son procedentes los reconocimientos de reajuste de anticipo, referidos en las reclamaciones 7 y 8, por no ajustarse a lo establecido frente a esas materias, en el contrato y en el pliego de condiciones.

f) Reclamación N° 9

El objeto de esta solicitud fue el pago de \$45'692.390 a título de *“restablecimiento del equilibrio económico del contrato”*, para todas las actividades de obra ejecutadas con componente de concreto en cemento Portland. En el recurso interpuesto contra el acto administrativo de liquidación, la unión temporal manifestó que tal desequilibrio tuvo lugar debido al alza en el precio de los insumos, que no fue cubierta con los reajustes pactados en el contrato.

Frente a ello, en la Resolución N° 6230 del 11 de agosto de 2003, el IDU respondió, en síntesis, lo siguiente:

- . No era del todo preciso afirmar que la Administración había reconocido la ocurrencia de desequilibrio en el memorando DTL-6000- 204 del 23 de abril de 2002, pues lo que allí se indicó era que no se había presentado tal alteración de la ecuación contractual, en los *“ítems o actividades correspondientes a concretos”*.

- . Si bien, en el memorando aludido, se aclaró que los precios de los asfaltos sí fueron extraordinarios e imprevistos, lo cierto fue que tal incremento anormal no tuvo incidencia en la ejecución del contrato, pues incluso en la fecha de vencimiento del plazo y con posterioridad a la declaratoria de caducidad, no se había ejecutado *“obra o cantidad de obra alguna que se enmarcara dentro de los ítems o actividades correspondientes a asfaltos, luego no había lugar (...) a efectuar restablecimiento alguno por tal concepto”*.

- . Que, no obstante haberse incrementado el precio de los concretos un 24.63% entre la fecha de presentación de la oferta y la ejecución de las obras, era igualmente cierto que la fórmula de reajuste prevista en el contrato corrigió *“el valor contractual con un incremento del 10%, observándose además que el aumento verificado no excedía las previsiones que debió efectuar el entonces oferente, dado que en el período comprendido entre 1995 y 1999, la variación anual de precios fue de similar magnitud a la ocurrida durante la ejecución del contrato”*.



- En la demanda, la actora señaló que desde el 12 de octubre de 2000 solicitó al IDU el restablecimiento del equilibrio contractual o, en defecto de ello, la terminación del contrato por mutuo acuerdo, teniendo en cuenta que las causas de ruptura de dicha ecuación se centraron en incumplimientos de la propia Administración y en hechos no imputables a la contratista, todo lo cual redundó en el atraso de las obras, con perjuicio para la unión temporal.

Manifestó que sólo en memorando del 23 de abril de 2002, el IDU aceptó de manera tardía la existencia del desequilibrio, y únicamente en cuanto a las obras con asfalto, cuando ha debido pronunciarse durante el desarrollo del contrato y no 14 meses después del vencimiento de su plazo. En punto de ello, adujo que el desequilibrio surgió de manera preponderante por las alzas desmesuradas en los precios de los insumos y por la demora del IDU en dar la orden de inicio de los trabajos.

Afirmó que el atraso para iniciar el contrato, y especialmente la fase de construcción, ocurrió por las siguientes contingencias:

- La oferta fue presentada el 29 de octubre de 1999, el contrato se adjudicó el 10 de diciembre del mismo año y su celebración tuvo lugar el 31 de diciembre siguiente.
- La unión temporal legalizó el contrato el 12 de enero de 2000, con la radicación de los documentos respectivos ante el IDU.
- Sólo el 23 de febrero de 2000, la entidad contratante radicó en el DAMA las fichas técnicas de las localidades de Bosa y Kennedy, correspondientes al contrato IDU-UEL-7-8-805-99. El DAMA, por su parte, expidió la Resolución N° 0684 del 12 de abril de 2000, avalando las obras desde el punto de vista ambiental y exigiendo que en su desarrollo se aplicara el Manual de Manejo para Proyectos de Mínimas Implicaciones Ambientales.
- El acta de inicio de los estudios y diseños se firmó el 15 de mayo de 2001.
- El anticipo sólo fue consignado el 4 de septiembre de 2000, *“después de casi cuatro meses de iniciado el contrato, por causas imputables al IDU”*.



- La primera acta de inicio de la etapa de construcción se suscribió el 17 de noviembre de 2000.

Consideró la demandante que el IDU debió contar con la resolución del DAMA, respecto de las fichas técnicas del contrato, desde la fecha de apertura de la licitación, y que, de haber procedido la entidad oportunamente, el contrato habría iniciado en enero de 2000, cumpliéndose toda la ejecución de las obras dentro de ese mismo año, sin los contratiempos que surgieron en 2001 con los certificados de disponibilidad presupuestal, que atrasaron también los pagos del contrato.

Manifestó que las alzas en los precios de los insumos, registradas entre la fecha de apertura de la licitación y el mes de finalización del contrato (marzo de 2001), no fueron cubiertas con los reajustes establecidos en el contrato, por cuanto éstos se realizaron con los Índices de Ajustes en Construcción de Carreteras, expedidos por el Invías, tomando como base el Grupo de Obras 2, que “*nada tenía que ver con los concretos*” (fl. 177, c.5).

Con el propósito de especificar las obras en las que, según su versión, ocurrió la ruptura de la ecuación contractual, adujo (ib):

El cuadro que se presenta a continuación muestra el desequilibrio de la ecuación económica del contrato para las actividades de obra ejecutadas con componente de concreto en cemento Portland. Para el caso más crítico se muestra un desequilibrio del 64,89% para la placa de pavimento en concreto MR, igual a 43 kg/M2; esto en razón a que los ajustes sobre el cien por cien (100%) del grupo 2 del boletín 71 del Invías (...) representan un 16.16%, mientras el valor actualizado de esta actividad de obra representa un incremento en un precio del 81.5%

A continuación, plasmó la siguiente tabla:

Tabla 7:

ÍTEM	Descripción	Un.	V. unitario según propuesta a Oct-26-1999	V. actualiz. Mar-01	Variac. %	Ajustes sobre 100% Grupo 2 Boletín 71 de marzo 13-01 (%)	Desequilibrio %	Cantidad ejecut. a marzo 01	Valor restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica
4,00	REDES DE ACUEDUCTO Y/O ALCANTARILLADO								



4,10	Sum/coloc. Tubería concreto simple D=12	ml	\$44.080	\$69.779	58,30	16,16	42,14	59,00	\$1.095.964,65
4,6	Sum/coloc. Concreto simple base atraque / recubr. Tuberías f'c=2000 psi	m3	\$223.240	\$380.266	70,34	16,16	54,18	22,70	\$2.745.574,44
5,00	PAVIMENTACIÓN								
5,1	Placa pavimento concreto MR= 43 Kg/cm2	m3	\$236.710	\$428.559	81,05	16,16	64,89	219,40	\$33.699.108,80
6,00	ANDENES Y SARDINELES								
6,1	Sardinel 15x45 en concreto f'c=3000 psi	ml	\$21.830	\$34.557	58,30	16,16	42,14	34,00	\$312.775,25
6,2	Andén e=10 cms F'c = 210 Kg/cm2	m2	\$24.640	\$41.879	69,96	16,16	53,8	591,30	\$7.838.968,17
9,00	ESTRUCTURAS EN CONCRETO								
9,1	Concreto para muros y misceláneas, fc=210 Kg/cm2	m3	\$236.390,	\$406.669	72,03	16,16	55,87	0,00	\$0,00
TOTAL, RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA									\$45.692.390,59

En el dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Edgar Alfonso Parrado Granados, se cuestionó que el IDU calculara los reajustes a los precios unitarios con base en los Índices de Ajuste en Construcción de Carreteras - Grupo de Obras 2, expedido periódicamente por el Invías. Al respecto, el perito subrayó que el indicado grupo no guardaba ninguna relación con actividades con concretos (fl. 146, c.22). Por lo demás, señaló que los precios que debieron aplicarse fueron los publicados por Premezclados S.A. (algunos de ellos, obrantes en el proceso), reprodujo lo expuesto por la parte actora en su demanda y actualizó la suma allí solicitada (\$45'692.390,59), estableciendo un valor final de \$127'419.299,81.

-. Obran en el proceso unas listas de precios expedidas por Cementos Premezclados S.A., para las siguientes categorías de materiales: Concretos tradicionales (grava 25mm y recargos por m3 de 19 mm y 12,5 mm), concretos especiales (con distintos rangos según su permeabilidad), concretos de alta resistencia inicial - ARI, pavimento rígido, morteros (estructural, grout y "pega y



pañete”) y relleno fluido. Las vigencias de estos precios, aportadas al proceso, datan de abril y noviembre de 1999, septiembre de 2000 y enero y junio de 2001. No se allegaron precios del mes de marzo de 2001.

- De igual manera figuran en el plenario los boletines expedidos por el Invías con los Índices (mensuales) de Ajuste en Construcción de Carreteras (IACC), registrados entre junio y diciembre de 1999, y los años 2000 y 2001, para nueve Grupos de Obras de construcción (fls. 2744, c.10). De acuerdo con tales instrumentos, el Grupo 2²⁸ correspondió a actividades de “sub-bases y bases”, que comprendieron: sub-base y base granulares; mejoramiento de afirmado existente; excavaciones para reparación del pavimento existente; conformación y compactación de bermas; bases estabilizadas con aditivos y perfilado de pavimentos.

Atendiendo a lo consignado en dichos boletines se tiene que, para el Grupo 2 de la clasificación del Invías, el IAAC del mes de enero de 2000 fue 388,2, mientras que el mismo indicador, para diciembre de ese año, fue de 423,1, evidenciándose así un incremento del 8,99% durante el año 2000.

Por lo demás, en cuanto a los índices Invías para el Grupo 2 de Actividades de Construcción de Carreteras, en los meses registrados en sus listas de precios por Cementos Premezclados S.A., se tiene lo siguiente:

IAAC en junio de 1999: ----- 345,2

IAAC en noviembre de 1999: ----- 385,3

Variación entre junio y noviembre de 1999: ----- 11.61%.

IAAC en septiembre de 2000: ----- 422.9

Variación entre noviembre de 1999 y sept. de 2000: ---- 9.75%

IAAC en enero de 2001: ----- 438.0

Variación entre sept de 2000 y enero de 2001: ----- 3.5%

Variación entre noviembre de 1999 y enero de 2001: ---- 13.67%

- En punto de la RECLAMACIÓN N° 9, se considera:

La parte demandante cimenta su solicitud económica, simultáneamente sobre dos bases, a saber: el incumplimiento contractual del IDU y el desequilibrio económico

²⁸ Establecido por el IDU como el índice empleado en la fórmula de reajuste del contrato.



del contrato; fenómenos éstos que son, sin embargo, disímiles, razón por la cual el perjuicio que alega la actora debe tener un estudio, presupuestos, elementos y consecuencias distintas, en uno y otro evento.

Así, como lo ha dicho la Sala en otras oportunidades²⁹, dado que el incumplimiento de uno de los contratantes entraña, ciertamente, la afectación de la parte cumplida, puede pensarse que el incumplimiento contractual de la Administración da lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato, máxime cuando el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993 señala el incumplimiento como una de las causas de tal ruptura. Sin embargo, el incumplimiento contractual debe manejarse con mayor propiedad bajo la óptica de la responsabilidad contractual, por cuanto se trata de dos “...instituciones distintas en su configuración y en sus efectos”³⁰, puesto que la responsabilidad contractual se origina en el daño antijurídico que es ocasionado por la parte incumplida del contrato, lo que hace surgir a su cargo el deber de indemnizar en forma plena los perjuicios ocasionados, es decir, que para el afectado surge el derecho a obtener una indemnización integral, lo que no sucede en todos los eventos de rompimiento del equilibrio económico del contrato³¹, en los cuales, no cualquier desventaja patrimonial puede dar lugar a su configuración ni reconocimiento.

-. Examinada la reclamación desde el punto de vista del desequilibrio financiero del contrato, se recalca en primer lugar que, al presentar su oferta, la unión temporal Obras Viales aceptó las reglas fijadas en el pliego de condiciones, en cuyo numeral 5.8 se precisó que el parámetro empleado en los reajustes de precios unitarios sería el Índice de Ajustes a la Construcción, establecido periódicamente por el Invías para el “grupo de obras 2”; cuestión que no fue refutada por la hoy demandante, quien la asumió no sólo con la oferta sino también con la celebración misma del contrato. En esa medida, la aplicación de ese índice por parte del IDU no constituyó una circunstancia sobreviniente, presentada con posterioridad a la celebración del acuerdo de voluntades, imprevista ni imprevisible para las partes.

²⁹ Sentencia del 31 de enero de 2019, exp. N° 25000-23-26-000-2003-00650-01(37910).

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, expediente 28.616, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

³¹ Sobre las diferencias entre el incumplimiento del contrato y el rompimiento del equilibrio económico del contrato, se pueden consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 29214, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 27 de enero de 2016, expediente 38449, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y sentencia del 13 de abril de 2016, expediente 46297, entre otras.



Si bien los boletines del Invías que fueron aportados al proceso con la publicación de los mencionados índices señalan que el aludido grupo 2 corresponde a las sub-bases y bases, comprendiendo “*afirmados, sub-base granular, base granular, mejoramiento de afirmado existente, excavaciones para reparación del pavimento existente (...)*” y otras actividades distintas a las reclamadas por la unión temporal, no es menos cierto que fue ese el indicador fijado desde un comienzo para todos los reajustes del contrato, por lo que no es admisible su cuestionamiento técnico, en sede de juicio. En todo caso, la demandante tampoco probó, en los términos del artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993, que hubieran fracasado los supuestos e hipótesis empleados para la aplicación de la fórmula de reajuste de los precios unitarios, al punto de generar una alteración del equilibrio por no compensar el aumento de los costos directos y causar una situación de pérdida global.

En segundo lugar, no se evidencia que el IDU hubiera “*aceptado la existencia del desequilibrio*”, como lo adujo la demandante al referir en su libelo el memorando de fecha 23 de abril de 2002, pues lo expresado por la entidad en dicho documento - emitido por la Dirección Técnica Legal- fue que, si bien era palmario el incremento de los precios del concreto y el asfalto, por encima de los aumentos reconocidos en el contrato y sus actas, era igualmente cierto que el registro de alzas en el mercado no configuraba *per se* la ruptura del equilibrio financiero contractual.

Dijo la entidad (fls. 2421 y ss. c11):

[E]l informe presentado por la Dirección Técnica de Malla Vial, que a su vez se fundamenta en aquel presentado por el Interventor, expresa que los precios del concreto y el asfalto se incrementaron en un promedio de 24.63% y 27.17% respectivamente (...), mientras que el reajuste a aplicar implicaría un incremento del precio de apenas un 10.20%, por lo que en principio se habrían presentado aumentos desmesurados en el precio de los insumos referidos.

En forma paralela al análisis anterior, la DTMV analizó el presunto desequilibrio en los insumos mencionados (...) a partir de la diferencia entre el valor reajustado de los precios contractuales y el precio de los insumos en el mercado para la época de realización del análisis, previa disminución de este último valor del 16%, porcentaje que habría asumido como riesgo el contratista al presentar su oferta, (en tanto el precio de estos insumos incluido en la propuesta era inferior en una (sic) 16% al precio del mercado para dicha época), arrojando el valor del presunto desequilibrio, proyectado frente a la hipotética ejecución de las cantidades de obra previstas.

No obstante lo anterior, se precisa que el solo aumento de los precios por encima del factor de ajuste pactado no configura por sí mismo un desequilibrio financiero, puesto que dicho aumento debería resultar extraordinario; es decir, que fuera razonablemente imprevisible al momento de presentación de la oferta, aspecto que queda descartado en relación con los concretos, cuyo aumento porcentual habría sido inferior durante la ejecución del contrato, frente al



incremento histórico mostrado por dicho material con anterioridad a la celebración del contrato.

A continuación subrayó que, en esa medida, *“únicamente se presentaría un desequilibrio frente a los asfaltos”*. Sin embargo, leída esa expresión en contexto con el restante contenido del memorando, se aprecia que sólo se esbozó de manera hipotética, ya que seguidamente la Dirección Técnica Legal del IDU reiteró que no hubo tal desequilibrio en la realidad del contrato, por faltar el elemento de la imprevisibilidad y por tratarse de la mera variación de precios, frente a las específicas cantidades realmente ejecutadas por la contratista.

Por consiguiente, no existen elementos para deducir del aludido memorando un pronunciamiento expreso del IDU, favorable al reconocimiento del desequilibrio contractual alegado por la unión temporal.

En tercer lugar, aunque la parte actora aportó al proceso unas listas de precios de insumos, expedidas por la sociedad Cementos Premezclados S.A. en diferentes períodos entre 1999 y 2001, lo cierto es que dicho material probatorio no es suficiente para establecer que los incrementos de esos valores fueran anormales, ni que sobrepasaran los límites previstos o los razonablemente previsibles para las partes en el momento de contratar.

Ello, por las siguientes razones:

i) Debían demostrarse las cifras que efectivamente pagó la unión temporal para adquirir los insumos que aduce en la reclamación, pero no se aportaron a este proceso las facturas ni los comprobantes respectivos, de suerte que, al desconocerse cuál fue el gasto real en que incurrió la contratista por concepto de los insumos, mal puede concluirse la ruptura del equilibrio contractual, como tampoco es posible hacer estimación alguna del perjuicio alegado.

ii) No obra la explicación técnica o científica, ni otro elemento idóneo para establecer la relación entre los precios unitarios de *“marzo de 2001”*, tasados por la actora para los ítems señalados en la tabla 7, y los insumos referenciados por Cementos Premezclados S.A., pues en las listas hechas por esa firma aparecen distintas categorías de cada insumo, y en el proceso no se identificó, para cada caso, cuál fue específicamente la tipología empleada en las obras objeto de la reclamación N° 9. Se agrega a ello que los precios unitarios del contrato debían incluir, además de los insumos, la mano de obra y otros gastos de la actividad,



cuyos costos específicos no aparecen en la causa, lo que impide aún más medir el mayor valor en cada ítem y su incidencia en el equilibrio del contrato.

iii) No se acreditaron los precios registrados en marzo de 2001, período de actualización de valores, solicitado por la demandante.

iv) No es posible establecer con certeza si los precios de los insumos referidos por Concretos Premezclados S.A. podían cubrirse o no con los reajustes del contrato, por no poderse comparar unos elementos con otros, en el período solicitado por la actora (marzo de 2001) ni en determinados lapsos del contrato. Así, aunque la demandante señaló que el IAAC empleado en los reajustes (Grupo 2 -Invías) no cubrió las alzas desmedidas de los precios de los insumos, no aportó los registros de uno y otro ítem (IAAC vs. precios) en períodos coincidentes, sino distintos, lo cual imposibilita su comparación.

Si bien no se cuenta con elementos para relacionar tales listas de materiales con la de “precios unitarios actualizados” que alegó la actora, a modo de ilustración se presenta el siguiente recuadro con la evolución y el promedio de precios de cuatro de los insumos referidos por Concretos Premezclados S.A.:

Tabla 8:

PROMEDIO DE PRECIOS UNITARIOS DE INSUMOS (Concretos Premezclados S.A.)								
Material cotizado	Abril de 1999	Junio de 1999	Octubre de 1999	Nov. de 1999	Sept. de 2000	Nov. de 2000	Enero de 2001	Marzo de 2001
Concreto tradicional de 210 kgf/cm ² psi 3000, grava 25 mm	\$169.000	--	--	\$191.000	\$208.100	--	\$220.600	--
Concreto tradicional 140 kgf/cm ² psi 2000, grava 25 mm	\$154.400	--	--	\$174.500	\$190.000	--	\$201.500	--
Pavimento rígido MR 43 kgf/cm ²	\$188.400	--	--	\$215.200	\$240.500	--	\$254.900	--
Concreto ARI de 210 kgf/cm ² psi 3000, grava 25 mm, “36 horas”	\$236.700	--	--	\$267.500	\$299.000	--	\$316.900	--



PROMEDIOS:	\$187.125		\$212.050	\$234.400		\$248.475	
------------	-----------	--	-----------	-----------	--	-----------	--

En cuanto a las fluctuaciones del IAAC – Grupo 2, se imposibilita su comparación con las cifras de la tabla anterior (8), por cuanto hubo periodos en los que sólo se demostró una de las variables comparables:

Tabla 9:

FUENTE PARA REAJUSTES /PERÍODOS REGISTRADOS	Abril de 1999	Junio de 1999	Octubre de 1999	Nov. de 1999	Sept. de 2000	Nov. de 2000	Enero de 2001	Marzo de 2001
IAAC INVÍAS	--	345,2	384,2	385,3	422,9	418,0	438,0	445,2
PROMEDIO PU INSUMOS	\$187.125	--	--	\$212.050	\$234.400	--	\$248.475	--

v) No se evidencia que las alzas reportadas en el precio de los materiales durante los distintos períodos referenciados hubieran alcanzado o rebasado márgenes previsibles para el demandante.

En efecto, se resumen los incrementos en los períodos relevantes para el análisis, en el siguiente recuadro:

Tabla 10:

PORCENTAJES DE INCREMENTO DE PRECIOS UNITARIOS DE INSUMOS (Concretos Premezclados S.A.)			
Material cotizado /Períodos para ponderar	Abril a noviembre de 1999	Noviembre de 1999 a septiembre de 2000	Noviembre de 1999 a enero de 2001
Concreto tradicional de 210 kgf/cm2 psi 3000, grava 25 mm	13,01%	8,95%	16,00%
Concreto tradicional 140 kgf/cm2 psi 2000, grava 25 mm	13,01%	8,88%	15,40%
Pavimento rígido MR 43 kgf/cm2	14,20%	11,70%	18,00%
Concreto ARI de 210 kgf/cm2 psi 3000, grava 25 mm, "36 horas"	13,01%	11,70%	18,40%

La actora no demostró los precios vigentes en octubre de 1999, mes que propone como punto de partida para señalar que el aumento de precios registrado desde



ese momento y hasta la finalización del contrato, afectó el equilibrio económico. Sin embargo, celebró el negocio jurídico el 31 de diciembre de 1999, conociendo que entre abril y noviembre de ese año (lo que representa un lapso total de siete meses), los precios de los insumos tuvieron alzas que oscilaron entre el 13,01% y el 14,20%. De esa manera, la demandante asumió el riesgo de la fluctuación de los valores en ese rango de porcentajes, por lo que no se aprecia que las variaciones presentadas en el período noviembre 1999 – enero 2001, que equivale a 14 meses, y que alcanzaron entre el 16% y el 18,4%, hubieran superado el margen previsible bajo el lapso de 7 meses antes señalado.

En otras palabras, si bien los precios referidos por Cementos Premezclados S.A. registraron incrementos entre 1999 y 2001, tales variaciones no rebasaron los límites del riesgo que en ese punto asumió la unión temporal al celebrar el contrato, pues habiéndose demostrado los porcentajes de aumento presentados durante los siete meses anteriores al contrato, no se probó que las alzas reportadas con posterioridad a la firma del acuerdo de voluntades, y en el doble de tiempo (14 meses), hubieran también doblado, y menos superado en mayor magnitud, los porcentajes iniciales. En esa medida, no es posible establecer que la ecuación financiera del contrato se hubiera alterado por razón de haber iniciado las obras en noviembre de 2000, y no antes, mientras se incrementaban los precios de los insumos requeridos para las actividades con concretos.

Por último, reitera la Sala que, en punto del desequilibrio financiero que alega la demandante (y como lo señaló el IDU en la respuesta brindada a la unión temporal contratista), el aumento de los precios de los materiales en los reportes de los referentes del mercado no tiene por sí solo la virtualidad de alterar la ecuación económica del contrato, pues debe acreditarse, además, el carácter anormal o extraordinario de tal incremento, así como la concurrencia de los restantes elementos configurativos de la teoría de la imprevisión, lo que no aconteció en el *sub judice*, como ya se anotó.

-. En cuanto al alegado incumplimiento de la entidad contratante en el caso *sub judice*, no existe certeza de la inobservancia específica que alega la demandante, de cara a la reclamación que en este acápite se analiza. Así, la unión temporal aduce que el IDU, debiendo contar desde antes de la licitación con el visto bueno del DAMA para las obras materia del contrato, sólo inició las gestiones pertinentes el 23 de febrero de 2000, cuando el negocio ya se había celebrado, todo lo cual derivó en que el trámite respectivo tomara un tiempo que, a juicio de la actora, debía



destinarse a la ejecución del objeto y no a la espera de la respuesta del DAMA. Agrega que, por esa circunstancia, el acta de inicio del contrato no pudo firmarse antes del 15 de mayo de 2000, lo que a su vez ocasionó que la etapa constructiva comenzara en noviembre de 2000, y no en una fecha anterior que permitiera culminar todas las obras dentro de esa misma anualidad.

Frente a la obligación exigible al IDU se tiene que, no estando previsto en el pliego de condiciones ni el contrato, que la obtención de las aprobaciones del DAMA corriera a cargo de la contratista, debía entenderse que ese trámite sí estaba en cabeza de la Administración; y ciertamente, se evidencia que la entrega de las fichas técnicas al órgano ambiental se realizó con posterioridad a la celebración del contrato materia de controversia, todo lo cual permitiría concluir que hubo un trámite necesario para el inicio de las obras, bajo responsabilidad del IDU, y que esa entidad le dió inicio después de haberse suscrito el negocio jurídico, y no antes. Así, al respecto, se probó que mediante oficio STPL-4300-498 del 23 de febrero de 2000, el IDU entregó al DAMA las fichas técnicas de las localidades de Bosa y Kennedy, *“correspondientes al contrato de la referencia”* (fl. 2537, c.11), y que en Resolución N° 0684 del 12 de abril 2000, el DAMA señaló que calificaba como *“técnicamente viable desde el punto de vista ambiental, aprobar el manual de manejo para proyectos de mínimas implicaciones ambientales, para el proyecto mencionado”* (fls. 1048-1052, c.)

No obstante, aunque lo anterior puede ser indicativo de que la circunstancia descrita pudo conllevar a que se postergara por varios meses (es decir, de enero a mayo de 2000) el inicio del contrato, lo cierto es que tampoco se advierte la existencia de norma alguna que impusiera tramitar la aprobación del DAMA antes de la licitación y no después de suscribirse el contrato de obra respectivo, pues no aparece establecido en la Ley 99 de 1993, en el Acuerdo Distrital 9 de 1990 -en el que fue creado el DAMA y se le asignaron funciones- ni en el Decreto 673 de 1995 -por el cual se le asignaron también funciones a ese organismo y se fijó su reestructuración-.

A ello se suma que, aun debiendo esperarse razonablemente que las obras del contrato iniciaran en mayo de 2000, por haberse firmado tal acuerdo de voluntades en diciembre de 1999 y corresponder la primera etapa a las actividades de estudios y diseños, no es menos cierto que, al suscribirse el acta de inicio el 15 de mayo de ese año, se determinó que las obras debían comenzar en septiembre siguiente, lo que no aconteció debido a la ocurrencia de hechos imputables a la unión temporal,



como anteriormente quedó señalado. De esa manera, aún estableciéndose una conducta contractual irregular por parte del IDU, todo lo acontecido evidenciaría un incumplimiento recíproco que, en esa medida, también impide hacer reconocimientos para la contratista.

A la par con ello se advierte que, además de no probarse en este punto el incumplimiento que la actora le atribuyó al IDU, se tiene que, en todo caso, tampoco habría lugar al reconocimiento de los perjuicios, por no obrar en el proceso, tal como antes se advirtió, facturas ni documentos comprobantes del precio que real y materialmente pagó la contratista en la adquisición de los insumos necesarios para las comentadas actividades de asfalto.

Por consiguiente, resulta claro que en el *sub examine* no se dan los elementos para el reconocimiento de perjuicios por el supuesto incumplimiento que alega la demandante.

g) Reclamaciones 10 y 11

10) La suma de \$302'139.852, por concepto del mayor valor de la administración de la obra durante el tiempo de ejecución del contrato. Según la contratista, ese componente de administración *“se proyectó y ejecutó como si evidentemente la totalidad del contrato se hubiese ejecutado, pero ello no fue así por la obra que no se pudo ejecutar (...). En conclusión, el contratista dispuso de la misma administración como si hubiera ejecutado el cien por cien (sic) (100%) de la obra, pero (...) la ejecución (...) llegó a la suma de \$209'913.599”* (fl. 460 c.9).

11) El monto de \$201'426.568, como utilidad dejada de percibir sobre el valor de toda la obra no ejecutada debido a los incumplimientos del IDU.

Como respuesta a las reclamaciones 10 y 11, el ente demandado señaló:

-. Que la sola disminución del valor ejecutado no generaba para la contratista el derecho al pago de lo no facturado, o de una proporción de ello.

-. Que para la procedencia de tal reconocimiento era indispensable que la no ejecución de las obras surgiera por hechos totalmente ajenos al reclamante, lo que no aconteció en el caso concreto, debido a que: i) “[por] *circunstancias ajenas al contratista, éste no pudo intervenir parte de las vías, hecho que a su vez le impedía*



ejecutar el valor total presupuestado, a pesar de lo cual debió ejecutar obra por \$1.230'111.937"; ii) el contratista sólo construyó una porción mínima de la obra susceptible de ser ejecutada, dando lugar con ello a la declaratoria de caducidad del contrato.

-. No era posible reconocer los costos indirectos de la obra cuya inejecución le fue imputable a la contratista. Si ésta hubiera construido las vías susceptibles de intervención, habría facturado los costos directos e indirectos de las mismas, que son los que ahora reclama.

Agregó:

"No obstante lo anterior, si se considera que de los \$1.230'111.937 que debían invertirse en el cumplimiento del objeto del contrato se ejecutaron apenas \$302'6683076 por causas imputables al contratista, se observa que la disminución inicial del valor susceptible de ejecución no pudo causar una alteración de la ecuación financiera del contrato".

En la demanda, la parte actora reiteró el argumento del recurso de reposición y precisó que el costo de administración incluido en la propuesta era de \$339'924.300,30, mientras que el mayor valor solicitado por ese rubro era de \$302'139.852,48, el cual se obtenía al *"deducirle al costo total de la administración, el valor de la administración sobre la obra ejecutada, recibida por el IDU"* (fl. 178, c.5).

-. Se resuelven las RECLAMACIONES 10 y 11, bajo las siguientes consideraciones:

La Sala comienza por subrayar que la demandante no aportó al proceso la prueba de los gastos en que incurrió durante la ejecución del contrato, pues se echan de menos los soportes de pago de la nómina, equipos, elementos de oficina y demás rubros administrativos afectos al cumplimiento del objeto pactado en el negocio jurídico.

Siendo ello suficiente para negar, en específico, la reclamación N° 10, no está de más anotar que, en todo caso, la unión temporal no demostró que hubiera cumplido íntegramente las obligaciones que había asumido, y que podían cumplirse pese a las contingencias presentadas en el contrato; como tampoco probó que la no ejecución de las obras calificadas como viables hubiera obedecido a incumplimientos del IDU.



Es verdad que, en desarrollo del contrato, se estableció que, de las 46 vías contratadas, sólo algunas resultaron posibles de ejecutar. Como quedó indicado al reseñarse el informe de interventoría, ello obedeció a que, una vez la EAAB impartió aprobación a las vías que podían pavimentarse, se determinó que esa actividad sólo podía desarrollarse totalmente en algunas de ellas, y parcialmente en otras, de ahí que debiera prescindirse de las respectivas obras. Sin embargo, se determinó que el valor de las obras de posible desarrollo fue de \$1.116'711.770, de los cuales la unión temporal únicamente ejecutó \$218'959.798 (fl. 59, c.30).

En el informe final del contrato, la interventoría destacó (fl. 4031, c.4):

Sólo hasta el 17 de octubre de 2000, el contratista inició los trabajos de construcción con la vía 22 (...), con el replanteo de la topografía, y el 1 de noviembre inició los trabajos de excavación. De las 46 vías contempladas en el contrato, 20 podían ejecutarse completamente, 4 parcialmente y 20 no cumplían los dos o ningún requisito de presupuesto y viabilidad técnica.

En desarrollo del contrato 805/99, el contratista ejecutó obra en nueve (9) vías pertenecientes a la localidad de Bosa (...).

De las nueve (9) vías intervenidas, todas en la Localidad de Bosa, solamente las vías 17 y 22 quedaron terminadas a nivel de placa de concreto y andenes. En la vía N° 22 quedó faltando la demarcación del pavimento y en la vía N° 17 la señalización vertical y demarcación.

La vía N° 34 quedó a nivel de placa de concreto, faltando andenes y tapas de los pozos y sumideros.

Las vías 19, 30 y 36 quedaron a nivel de sub-base y las vías Nos. 23, 24 y 28, a nivel de material de mejoramiento. En los dos últimos días se estaba colocando geotextil y subbase.

La vía N° 35 quedó excavada la caja (sic) estructural, la cual fue suspendida (...). (Resaltado fuera de texto).

Por tanto, es claro que si bien durante el desarrollo del contrato, y por causas concernientes a su planeación, fue necesario suprimir las obras de varias vías pactadas, lo cierto es que, por una parte, la unión temporal contratista no ejecutó la totalidad de las obras que sí resultaban viables, sin demostrar, además, que tal circunstancia hubiera tenido como causa alguna inobservancia del IDU; y por otro lado -reitera la Sala-, no acreditó la cuantía de los gastos de administración que cubrió para cumplir con las obras que sí resultaban viables.

Esa misma circunstancia, relativa a la no ejecución por parte de la contratista, de la totalidad de las obras que finalmente se estimaron posibles de adelantar, impide hacer reconocimientos por concepto de “*utilidad dejada de percibir*”, que la actora hizo derivar de la supresión de varios frentes pactados en el contrato, pues dicha utilidad sólo procedía bajo el cumplimiento total de las obligaciones asumidas por la hoy demandante, lo que no se demostró.



h) Reclamaciones 12 y 13

En ellas la actora solicitó la devolución proporcional de las sumas que pagó por concepto de cargas tributarias del contrato (legalización, impuesto de timbre, publicación, contribución “*de guerra*”) y de las garantías del mismo.

Así, la reclamación N° 12 se refiere al pago de \$21'227.138 *“por concepto de mayor valor pagado por la legalización del contrato, incluyendo pólizas de seguro, garantía única de cumplimiento, impuesto de timbre y publicación en el diario oficial, debido a la reducción de su valor y a la obra que no se pudo ejecutar por los incumplimientos del IDU”* (fl. 461, c.9). La actora adujo que ese *“mayor valor”* de la legalización se obtenía al multiplicar el monto del contrato ejecutado y recibido por el IDU (\$302'668.075), por el total de los costos de legalización (\$24'957.460), y dividir el resultado entre el precio total del contrato (\$2.024'979.902).

A su turno, la reclamación N° 13 se refiere a la suma de \$13'834.484, como *“mayor valor deducido por el impuesto de guerra o contribución especial, debido a que la totalidad del anticipo no fue girado para la ejecución de la obra, ya que la parte restante se reintegrará al IDU”* (fl. 462, c.9). Señaló que el tributo aplicado al anticipo consignado fue de \$28'327.025, equivalente al 5% del total de ese rubro, es decir, \$566'540.501; pero debido a la reducción del valor del contrato derivada de la no ejecución de obras -por culpa del IDU-, debía reintegrarse a la contratista la proporción del tributo que le fue aplicado, y que según su aserto, correspondió a \$13'834.484.

-. Frente a estas solicitudes, el IDU señaló que los impuestos y contribuciones señalados por la contratista se causaron por el hecho de haberse celebrado el contrato, acto que se constituía precisamente como el hecho generador de tales gravámenes, por lo que no era acertado señalar que un menor valor en la obra daba lugar al reintegro de sumas pagadas por concepto de tributos. Agregó que tampoco podían hacerse reconocimientos por los gastos de constitución de garantía del contrato, ya que se trataba de expensas propias de legalización del negocio jurídico y conformaban la estructura de costos que se preveían en el momento de presentarse la oferta. Para la entidad, fue el incumplimiento de la unión temporal la causa generadora del detrimento argumentado.

La actora reiteró en la demanda lo aducido en las reclamaciones mencionadas.



Sobre las indicadas RECLAMACIONES 12 y 13, la Sala señalará lo siguiente:

Como quedó demostrado con anterioridad, el valor total del contrato fue inicialmente pactado en \$2.024'979.912, suma que debía cubrir los estudios, diseño y construcción de 46 vías del Distrito Capital. De tales vías, 20 debieron suprimirse de manera total y 4 de manera parcial, por cuanto la Administración encontró que no cumplían íntegramente con la viabilidad técnica y el presupuesto requeridos para el proyecto. Tal supresión de los indicados segmentos de trabajo -no acordada por las partes pero sí advertida por la interventoría y el IDU- derivó en que el valor del negocio jurídico *ejecutable* se redujera a \$1.230'111.937, de los cuales, \$113'400.167 correspondían a los estudios y diseños, y \$1.116'711.770, a la fase constructiva.

Esta circunstancia tuvo como causa el hecho de que la EAAB hubiera desaprobado la pavimentación de las vías suprimidas, sólo después de que el IDU gestionara la autocertificación requerida para adelantar el contrato. Con ello quedó en evidencia que, al iniciarse la licitación y celebrarse el negocio jurídico, la entidad contratante no tenía claridad sobre la viabilidad técnica de todas y cada una de las vías objeto del acuerdo de voluntades que luego suscribió con la unión temporal, y que apenas después de la firma del acuerdo de voluntades, y sobre la marcha del mismo, se determinó de manera definitiva cuáles eran las vías posibles de construcción.

De esta manera, siendo esa disminución del valor del contrato un evento imputable al IDU y a su inobservancia al principio de planeación (el pliego de condiciones previó la posibilidad de eliminar algunas vías, pero ello estaba condicionado a que se conservaran las metas físicas del proyecto), puede estimarse razonable, en principio, que todo perjuicio ocasionado a la contratista por tal irregularidad debe ser reparado, incluyendo lo que pagó por concepto de tributos y demás cargas legales del contrato, en proporción al valor que luego debió disminuirse por culpa del IDU.

Sin embargo, a pesar de esa circunstancia, y de que la disminución de los frentes para ejecutar no fue pactada por las partes en un otrosí ni un instrumento modificadorio, la contratista, al persistir en la ejecución, aceptó ese cambio en el contrato, pese a que el porcentaje de disminución (superior al 20% del valor inicial), así la entidad lo hubiera fijado unilateralmente a través de un acto administrativo, le habría permitido a la unión temporal renunciar a la continuación de la ejecución (art. 16, Ley 80/93).



El hecho de que el contratista hubiera persistido en la ejecución del contrato a pesar de las nuevas condiciones, lo obligaba a cumplir con la parte que sí se determinó ejecutar, en la forma y tiempo debidos.

Por lo anterior, dado que la unión temporal incumplió, por su parte, con actividades que corrían a su cargo y que eran posibles de adelantar o ejecutar aun al margen de los equívocos del IDU, surge con ello un punto de quiebre que impide imputar a la entidad la “*pérdida*” de lo excesivamente pagado por la unión temporal por esos conceptos y cargas antes señalados; pues habiéndose demostrado que, de \$1.116’711.770 de obra factible, la actora sólo ejecutó \$218’959.798, tal panorama, sumado al incumplimiento de la unión temporal con los estudios y diseños, impide que se le puedan reconocer a la hoy demandante los mayores valores pagados por impuestos y legalización del contrato, como perjuicio derivado de la disminución del objeto contractual, derecho este que perdió por su propio desacato a los compromisos que había asumido al celebrar el negocio jurídico, y que, se reitera, continuaban siendo exigibles incluso tras la eliminación de las vías antes mencionadas.

En las conclusiones y recomendaciones del informe final la interventoría recalcó que, “*antes de sacar una licitación de esta naturaleza, el IDU debería verificar la viabilidad técnica y presupuestal de las vías objeto del contrato*”, ya que en el negocio jurídico materia de juicio, “*esa falta de verificación trajo muchos inconvenientes*” y malestar en el contratista de obra por no poder ejecutar el presupuesto. Sin embargo, también subrayó que, por el lado de la unión temporal, tanto la firma encargada de los diseños como la constructora, mostraron desde el inicio una actitud reticente para ejecutar el contrato, no sólo por negarse reiteradamente a solucionar las dificultades que surgieron y rechazar en forma íntegra todas las alternativas propuestas, sino también por no aceptar ninguna modificación a los precios unitarios, dejar de asistir a las citaciones hechas por la Dirección Técnica Legal y disminuir considerablemente sus actividades en los últimos 15 días del mes de marzo de 2001, además de no proponerse “*terminar las 9 vías que había iniciado*” (fl. 4072, c.3).

Sabido es que, de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil, “*en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*”. Por ello, aún después de determinarse que sólo una parte



de las vías contratadas era de posible ejecución, la actora debió proceder en consecuencia, pero al haber limitado las actividades a una mínima cantidad, incurrió en un incumplimiento que ahora impide reconocer los conceptos de estas reclamaciones objeto de análisis.

i) Reclamación 14

Con ella se pretendió el pago de \$865.110 como “*mayor valor a deducir por el impuesto de emergencia económica sobre el saldo del anticipo que se reintegra al IDU*” (fl. 462, c.9). En este punto, la unión temporal manifestó que ese saldo equivalía a \$288'369.868, de acuerdo con la resolución de liquidación unilateral, y que, en razón a la obligación de reintegro de esa suma al IDU, la contratista no tenía por qué pagar el impuesto de emergencia económica que le fue descontado en el momento de la consignación.

Al resolver ese planteamiento del recurso interpuesto contra el acto de liquidación, el IDU expuso:

[L]a razón por la cual deberá efectuarse el reintegro del saldo del anticipo (...) estriba en que dicha suma dejó de ser invertida en obra por el contratista, hecho que en su momento dio lugar a la declaratoria de caducidad del contrato (...). [S]i la conducta contractual de la unión temporal se hubiese ajustado a sus obligaciones (...), los dineros entregados a título de anticipo habrían sido invertidos en obra y su valor debería haberse amortizado en las diferentes cuentas, situación que no se presentó por la desavenencia del contratista a lo pactado en el acuerdo de voluntades, por lo que no puede ahora pretender que el IDU asuma los costos que derivan de su incumplimiento.

En la demanda, la actora señaló que el descuento por el impuesto de emergencia económica sólo resultaba válido si el total del anticipo se hubiera destinado a la ejecución de la obra, pero no fue ello así, ya que hubo obra que no pudo ejecutarse a causa del incumplimiento de la propia entidad contratante, por lo que mal podía asumir la unión temporal el valor de dicho impuesto. En punto de ello reiteró que, de conformidad con la Resolución N° 12433 del 19 de diciembre de 2002, el saldo existente en la cuenta bancaria del anticipo era de \$288'369.868, y reprochó que se pretendiera descontar de ese monto la suma de \$865.110 por concepto del impuesto del 3 x 1.000 por emergencia económica, no siendo obligación de la contratista “pagar” tal tributo, cuando el saldo del anticipo será reintegrado al IDU por culpa de la propia entidad, al incurrir en incumplimientos que impidieron la ejecución total de las obras y, por consiguiente, la destinación íntegra del anticipo para ese objetivo.



Agregó:

Sería válido computar dicho descuento si el giro se hubiese hecho para la ejecución del contrato pero ello no fue así, esta reclamación también es generada por la reducción al valor del contrato por parte del IDU y por los numerosos incumplimientos de ese instituto.

- Frente a la RECLAMACIÓN N° 14, la Sala considera:

No prospera la solicitud de la demandante, por cuanto recae sobre un tributo cuyo pago no se le impuso a la contratista, sino que lo asumió la propia entidad, al ordenar el reintegro del saldo del anticipo, existente en la cuenta bancaria, y que no hizo parte de los valores cobrados a la unión temporal por concepto de amortizaciones pendientes.

En la Resolución N° 12433 de 2002, el IDU refirió, en efecto, que el saldo mencionado -se reitera, existente en el banco- era de \$288'369.868, el cual debía ser reintegrado a la Tesorería Distrital, previo descuento de \$865.100 por concepto del impuesto de 3 x 1000. Es decir, el descuento se hizo con cargo a unas sumas que nunca salieron del patrimonio del IDU, por cuanto se trató de un anticipo no ejecutado, amortizado ni amortizable, que por ello debía regresar a las cuentas de la Tesorería Distrital, sin haber incrementado ni disminuido el patrimonio de la contratista. En suma, el descuento efectuado para cubrir el impuesto del 3 x 1000 recayó en un dinero que nunca dejó de pertenecer a la entidad estatal, porque además, no estaba comprendido en la contabilización hecha por el IDU, del anticipo pendiente de amortización.

Es claro, de esta manera, que el indicado tributo no le fue cobrado a la unión temporal, a quien sólo se le ordenó compensar el *anticipo no amortizado*, equivalente a \$96'255.347, monto que a su vez cubrió varios conceptos, ninguno de ellos correspondiente al denominado impuesto por emergencia económica.

Tales conceptos cobrados al contratista en el saldo del anticipo no amortizado, fueron únicamente los siguientes (fls. 149-151, c.30): i) cuentas pendientes de las actas 15, 19, 24 y 26; ii) saldo por "*ajustes de las Actas de Reajustes Nos. 16, 20, 25 y 27*"; iii) Valor neto de los estudios y diseños recibidos y aprobados por la interventoría, y, iv) Valor neto por concepto de APU de ítems no previstos. Y la suma resultante -\$96'255.347- no fue incluida en el saldo registrado en el banco, por lo cual -reitera la Sala- no se aprecia que el descuento hubiera recaído sobre la



remuneración de la unión temporal o sobre las compensaciones que se le aplicaron en el cálculo de la amortización pendiente.

Por tanto, mal puede reclamar la hoy demandante el pago de \$865.100 como descuento por concepto del tributo denominado 3 x 1000, cuando dicha carga no afectó su propia remuneración ni su patrimonio, sino el del IDU. Por lo demás, ha quedado evidenciado que la no ejecución de las obras del contrato IDU-UEL-7-8-805-99 tuvo como una de sus causas el incumplimiento de la propia contratista, tanto en la fase de estudios y diseños como en la etapa constructiva, de suerte que tampoco le es imputable al IDU la circunstancia de no haberse podido invertir la totalidad del anticipo en las obras que se pactaron en dicho acuerdo de voluntades, y menos derivarse de ello indemnización alguna por concepto del impuesto del 3 x 1000.

j) Reclamación 15

Como última solicitud dineraria, elevada en sede administrativa y luego reiterada en la demanda, la contratista pidió al IDU que incluyera en la liquidación del contrato el monto de \$27'218.474, por concepto de "saldos en proveedores", por haber realizado la unión temporal varias compras de materiales con cargo a la cuenta corriente conjunta del anticipo, de suerte que, en criterio de la impugnante, los mencionados saldos debían ser reintegrados al IDU directamente por los proveedores.

Como respuesta, el IDU sostuvo que la única forma válida de amortización del anticipo era la que operaba mediante descuentos en las órdenes de pago, una vez suscritas las correspondientes actas de recibo, pues sólo en éstas figuraban las cantidades ejecutadas en cada ítem contractual, que al multiplicarse por sus respectivos precios unitarios arrojaban el valor de la construcción adelantada en el período pagado; valor que, a su vez, al ir disminuyendo en la misma proporción del anticipo previamente entregado, iba amortizándolo.

Añadió la entidad:

De manera que la amortización del anticipo no es otra cosa que un mecanismo de compensación regulado en el contrato, para efectuar un cruce de cuentas entre los dineros de la administración que aquel recibe para invertir en la ejecución de la obra, y las sumas que se causan a favor del contratista y a cargo de la administración por el valor de la construcción y recibo de la respectiva obra (...). [E]l anticipo no amortizado debe ser recuperado por la entidad estatal, bien



sea (...) reintegrado directamente por el contratista o en su defecto por su garante.

En la demanda, la unión temporal insistió en que las compras de materiales que llevó a cabo se cargaron a la cuenta del anticipo, no pudiendo disponer la contratista de tales insumos sino para la ejecución de la obra, de tal manera que, al haberse cumplido el plazo contractual y dejado de ejecutar una parte de lo pactado, *“los saldos existentes en proveedores son de propiedad del IDU”*, de suerte que debían ser reintegrados directamente a esa entidad. Agregó que la razón por la que aún existían tales *“saldos en proveedores”* era el incumplimiento contractual del IDU, cuya conducta impidió ejecutar la totalidad del proyecto contratado.

- Respecto de la RECLAMACIÓN N° 15, establece la Sala lo siguiente:

La demandante señala expresamente que los saldos certificados por los proveedores son en dinero y no en materiales, y que tales saldos deben ser reintegrados al IDU por corresponder al anticipo que, habiendo sido girado por la entidad a la cuenta bancaria respectiva, fue utilizado por la contratista para la adquisición de los elementos de construcción. Bajo esa línea, señala que las indicadas sumas deben ser reintegradas por los mismos proveedores, a la entidad hoy demandada.

En forma preliminar se precisa que, con la lectura de esta reclamación, no se aprecia que la solicitud de la actora deba o pueda entenderse como encaminada a que se incluya a título de *“anticipo amortizado”* la suma aducida como saldo *“en proveedores”*. En todo caso, aún considerando que ese es el propósito perseguido por la unión temporal, no resultaría procedente acceder a ello, por cuanto la amortización del anticipo opera cuando el mismo se ejecuta en la realización de la obra, lo que evidentemente no ocurrió con los saldos registrados por los proveedores de insumos que refirió la hoy demandante.

Ahora bien, siguiendo lo manifestado en forma explícita por la actora, se evidencia que su reclamación alude a unos valores que, en sus propias palabras, deben ser reintegrados al IDU, lo que se opone a que tales montos se incorporen en la suma total que a título de *“saldos a favor de la contratista”*, se pidió en el numeral 3 de la pretensión tercera de la demanda. Se trata además de unos saldos que, proviniendo de la cuenta conjunta del anticipo, pueden reintegrarse al IDU sin haber afectado el patrimonio de la contratista, por lo que mal puede ésta aducir esas sumas como parte de la indemnización que, en su criterio, se le debió reconocer en el juicio.



Finalmente, dado que se trata de sumas que se encuentran en poder de las proveedoras de los materiales, que no hicieron parte en el presente proceso, no es posible impartir orden alguna para que tales empresas reintegren dichos remanentes a la Administración.

Por todo lo anterior, no prospera la reclamación N° 15, formulada por la actora.

En virtud de lo hasta aquí señalado, es claro que se debe denegar la totalidad de las reclamaciones económicas examinadas en la presente instancia, por las razones que en cada una de ellas esbozó la Sala.

3. Conclusiones

De conformidad con las consideraciones antes esbozadas, se debe establecer que en el presente caso no fue desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos en los que se le impuso a la unión temporal contratista una multa por incumplimiento, aunque por otro lado, permanecerá incólume la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en los que se declaró la caducidad del contrato materia de controversia y se dispuso su liquidación unilateral. Ahora bien, sin perjuicio de ello, no hay lugar a liquidar judicialmente el contrato, por no haberse formulado pretensión en tal sentido, en sede del presente juicio. Por lo demás, no se demostraron los supuestos para acceder a ninguna de las quince (15) reclamaciones económicas que integraron la pretensión tercera, numeral 3, de la demanda, y cuyo estudio fue solicitado en el recurso interpuesto por la parte actora.

En ese sentido, la sentencia apelada deberá modificarse, incluyendo la actualización de la condena impuesta en ella, y que no fue objeto de apelación, bajo lo consignado en el acápite siguiente.

4. Actualización de la condena impuesta en primera instancia

En el numeral séptimo de la sentencia impugnada, el Tribunal de primera instancia condenó al IDU a pagar a la unión temporal la suma de \$1.924'708.400, a título de lucro cesante derivado de la inhabilidad en que se hizo incurrir a los integrantes del conglomerado, con ocasión de la declaratoria de caducidad del contrato IDU-UEL-7-805-99, materia de controversia.



Dado que dicha condena no fue objetada en sede de apelación, se procederá a actualizar su valor desde la fecha del fallo impugnado (23 de julio de 2015) a la fecha de esta sentencia, de acuerdo con el IPC reportado por el DANE, como sigue:

$$VP = Vh \cdot \frac{\text{Índice final}^{32}}{\text{Índice inicial}}$$
$$VP = \$1.924'708.400 \cdot \frac{147,90}{85,37}$$
$$VP = \underline{\underline{\$3.334.477.830}}$$

5. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –aplicable en el *sub lite*-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena en costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección C de Descongestión el 23 de julio de 2015; providencia que quedará así:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, propuesta por el IDU.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos proferidos por el Instituto de Desarrollo Urbano: Resolución N° 1308 del 16 de

³² Índice final: IPC registrado y vigente en la fecha de la presente sentencia. Índice inicial: IPC vigente el 23 de julio de 2015, según el reporte del DANE.



mayo de 2001; Resolución N° 815 del 8 de marzo de 2002; Resolución N° 12433 del 19 de diciembre de 2002 y Resolución N° 6230 del 11 de agosto de 2003.

TERCERO: DECLARAR que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU no podrá hacer efectiva la garantía única número G U01 0 1078198 de fecha 31 de diciembre de 1999 y a su certificado modificatorio 155751 del 4 de julio de 2000, a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A., en razón de la nulidad de las Resoluciones N° 1308 del 16 de mayo de 2001 y su confirmatoria parcialmente N° 815 del 8 de marzo de 2002, y en caso de haberse hecho a la fecha de ejecutoria de esta providencia, deberá reintegrar su valor, debidamente actualizado, según la fórmula que para el efecto emplea esta jurisdicción.

CUARTO: ORDENAR CANCELAR el reporte de la sanción impuesta mediante Resoluciones N° 1308 del 16 de mayo de 2001 y 815 del 8 de marzo de 2002, en el Certificado de Inscripción, Clasificación y Calificación en la Cámara de Comercio, de los señores RÓMULO TOBO USCÁTEGUI; AURELIO GUTIÉRREZ CASTILLO; y la sociedad SODEIC LTDA.

QUINTO: CONDENAR al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU a pagar a la UNIÓN TEMPORAL OBRAS VIALES, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, la suma de TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$3.334.477.830).

SEXTO: NEGAR la pretensión formulada por los integrantes de la unión temporal Obras Viales, relativa a la nulidad de las Resoluciones 280 del 09 de marzo de 2001 y 2363 de 25 de septiembre de 2001, por las cuales el Instituto de Desarrollo Urbano impuso una multa a dicha agrupación. Ello por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: Sin condena en costas.



NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma 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 <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Salvamento de voto

VF