

**SALVEDADES - Unificación de jurisprudencia - liquidación del contrato –
Procedencia – Modificaciones contractuales – Ausencia de salvedades –
Criterios de análisis judicial – Reclamaciones contractuales**

[...] la ausencia de salvedades cuando se pactan suspensiones o modificaciones del contrato no impide el análisis de los reclamos económicos de las partes, por estimar la Sala Plena que no existe fundamento legal que imponga tal actuación de las partes como presupuesto para reclamar, que las salvedades solo está reguladas y son legalmente exigidas respecto de la liquidación bilateral del contrato, la cual sí implica un acuerdo de voluntades respecto de los derechos y obligaciones derivados de la relación negocial, de modo que el silencio de las partes cuando pactan modificaciones contractuales no puede ser interpretado como una renuncia tácita de su derecho a reclamar. En ese contexto, el silencio del contratista cuando pactó las suspensiones de contrato no puede interpretarse como renuncia de su derecho a reclamar ni tampoco era presupuesto manifestar o consignar objeciones o salvedades en dicho escrito ni al momento de la entrega de las obras.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, veintiocho (28) de abril de dos mil veinticinco (2025)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Actores: LUIS ORLANDO PULIDO GARCÍA Y SOCIEDAD VIALES Y OBRAS PÚBLICAS COLOMBIA SA (INTEGRANTES DEL CONSORCIO PROVIALES)
Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU)
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Síntesis del caso: entre las partes se suscribió un contrato estatal cuyo objeto fue la construcción de los paraderos y señalización del Sistema Integrado de Transporte Público SITP en el Distrito Capital de Bogotá; el contratista demanda la declaración de incumplimiento del IDU porque no realizó el último pago del precio pactado equivalente al 5% del total ejecutado, asimismo, dio lugar a una mayor permanencia en obra por el hecho de suspender en varias oportunidades la ejecución del contrato, realizó retenciones en la fuente en exceso y no recibió oportunamente la señalización retirada de las vías públicas por el contratista ni pagó el valor del bodegaje que por ese hecho se causó; también pretende la liquidación judicial del contrato. Por otra parte, el IDU llamó en garantía a Transmilenio SA con el fin de que reintegre el valor de la condena obligación que deriva del convenio suscrito entre ellos para la gestión y financiación de las obras del SITP en el Distrito Capital. Se deciden los recursos de apelación interpuestos por todas las partes en contra de la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y, en forma total, a las del llamamiento en garantía.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes y por el llamado en garantía en contra de la sentencia de 31 de enero de 2024, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar la configuración de desequilibrio económico del contrato con ocasión a las suspensiones 1 y 2 del contrato 019 de 2012 suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y el Consorcio Proviales, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Liquidar judicialmente el contrato de obra 19 de 2012 suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y el Consorcio

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

Proviales, estableciendo que el IDU debe pagar al CONSORCIO PROVIALES, la suma de quinientos ochenta y tres millones cincuenta y tres mil setecientos sesenta y dos pesos con noventa y nueve centavos (\$583.053.762,99), por las razones aquí expuestas.

TERCERO: *La Empresa de Transporte para el Tercer Milenio – Transmilenio S.A., en su calidad de llamado en garantía, deberá reembolsar la suma anterior al Instituto de Desarrollo Urbano, en virtud del contrato 020 de 2001.*

CUARTO: NEGAR *las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*

QUINTO: *Sin condena en costas, conforme decantó en el anterior considerando.*

SEXTO: *Ejecutoriada **liquídense** por Secretaría los gastos de proceso, y **devuélvase** los remanentes al interesado. Pasados dos (2) años sin que hubieren sido reclamados dichos remanentes, la Secretaría declarará la prescripción a favor de la Rama Judicial.*

SEPTIMO: *Cumplido lo anterior, por Secretaría de esta Subsección **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias del caso. (fls. 28 y 29 sentencia de primera instancia índice 114 SAMAI tribunal – mayúsculas fijas y negrillas del original).*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 26 de agosto de 2016 (fl. 20 demanda, índice 2 SAMAI), el señor Luis Orlando Pulido García y la sociedad Viales y Obras Públicas Colombia SA, integrantes del Consorcio Proviales, a través de apoderado judicial constituido por cada uno de sus representantes legales, promovieron demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, con el fin de obtener las siguientes súplicas:

“2. PRETENSIONES

2.1 DECLARATIVAS

Que se declare que el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), en razón a sus actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones, y en calidad de contratante, incumplió el contrato de obra No. 19 de 2012, cuyo objeto era: realizar, a precios unitarios, las obras requeridas para la

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

construcción de paraderos, señales y obras civiles para la implementación del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP en Bogotá DC, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, en especial lo dispuesto en el anexo técnico (capítulo 4°) la propuesta presentada por el contratista el 19 de julio de 2012 y los apéndices del pliego de condiciones, los cuales hacen parte del contrato.

2.2. CONSECUENCIALES

PRIMERO: Que se ordene a pagar a favor del demandante y en contra de la entidad demandada, la suma de trescientos diecinueve millones ciento setenta y dos mil doscientos tres pesos (\$319.172.203), por concepto de pago final de conformidad al contrato de obra No. 19 de 2012.

SEGUNDO: Que se ordene a pagar a favor del demandante y en contra de la entidad demandada, la suma de trescientos sesenta y seis millones trescientos ochenta y seis mil ochocientos quince pesos (\$366.386.815), por concepto de mayor permanencia en obra, derivado por la extensión del plazo del contrato.

TERCERO: Que se ordene a pagar a favor del demandante y en contra de la entidad demandada, la suma de veinticuatro millones quinientos cuarenta y cuatro mil trescientos cuarenta y dos pesos (\$24.544.342), por concepto de devolución de retenciones mal aplicadas por el contratante.

CUARTO: Que se ordene a pagar a favor del demandante y en contra de la entidad demandada, la suma de doscientos ochenta millones setecientos siete mil veinte pesos (\$280.707.020), por concepto de reembolso de gastos de bodegaje originado por causas imputables al contratante.

QUINTO: Que se ordene a pagar a favor del demandante y en contra de la entidad demandada, por concepto de daños y perjuicios, los intereses moratorios a la tasa que se contemple como máxima que para tales efectos certifique la entidad competente, desde la fecha efectiva de la causación de hechos que soportan las pretensiones contenidas en los numerales primero al cuarto del libelo demandatorio.

SEXTO: Que se ordene a pagar a favor del demandante y en contra de la entidad demandada, las sumas de dinero que se ocasionen por el presente proceso tales como agencias en derecho, costas y costos que se prueben.

SÉPTIMO: Declarado el incumplimiento por parte del contratante y el pago efectivo de las pretensiones expuestas, ordenar la liquidación del contrato, expedición de certificaciones y actualización en las bases de datos correspondiente que permita acreditar la experiencia en el presente contrato” (fl. 7 demanda, índice 2 SAMAI expediente digital - mayúsculas sostenidas originales).

2. Hechos

El sustento fáctico de las referidas pretensiones es, en síntesis, el siguiente:

1) Previa escogencia del contratista a través de licitación pública, entre las partes se suscribió un contrato cuyo objeto fue la construcción de los paraderos y señalización del Sistema Integrado de Transporte Público SITP en el Distrito Capital de Bogotá, financiado con recursos de Transmilenio SA, con un plazo de ejecución de siete (7) meses a partir del 14 de noviembre de 2012, por un valor total de \$7.277.681.777 y AUI del 27,5437%, de los cuales el 5% correspondía a la utilidad.

2) El contrato fue suspendido por treinta (30) días por el hecho de que Transmilenio SA no había definido las artes gráficas de la señalización (pendiente el 89% de estas), la cual fue ampliada luego por veinte (20) días más por ausencia de recursos económicos para adicionar el contrato de interventoría; en ambas oportunidades el contratista dejó a salvo la posibilidad de reclamar los mayores costos generados por estas suspensiones.

3) El 1 de agosto de 2013, las partes acordaron prorrogar el contrato por un término de tres (3) meses y 15 (quince) días; el 18 de noviembre de 2013 se pactó una nueva prórroga por 15 (quince) días adicionales, sin renuncia del contratista a reclamar; posteriormente reclamó el reconocimiento de los mayores costos generados por la extensión del plazo, peticiones que fueron negadas por el IDU, por lo cual se pretende en la demanda el reconocimiento de los costos generados por la mayor permanencia en obra.

4) El 10 de octubre de 2014, la entidad contratante recibió a satisfacción las obras y el contratista dejó constancia de que las señales de tránsito retiradas durante los trabajos quedaron almacenadas en una bodega las cuales fueron recibidas por el IDU el 10 de marzo de 2015; sin embargo, la entidad no realizó el último pago del contrato, no pagó el bodegaje de las mencionadas señales y realizó en forma indebida retenciones a cada pago durante la ejecución cuyos valores pretende la parte contratista que le sean reconocidos.

3. Contestación de la demanda

En la oportunidad procesal concedida para el efecto, el Instituto de Desarrollo Urbano (contestación IDU.pdf, índice 2 SAMAI) se opuso parcialmente a las súplicas de la demanda con los argumentos que a continuación se resumen:

- 1) El contratista aceptó las particularidades de la contratación contenidas en el pliego de condiciones y en el contrato, entre ellas la cláusula de precio en la cual se estipuló que el valor pactado incluía todos los costos directos e indirectos de las obras, incluidos los imprevistos.
- 2) El consorcio no realizó observaciones al momento de la suscripción de las suspensiones y prórrogas contractuales; por el contrario, en estas últimas se hizo constar que *“no generan costos adicionales al IDU”*, lo cual constituye renuncia expresa a cualquier reclamación derivada de estas; por su parte, no hubo observación ni salvedad del contratista en el acta de terminación del contrato y de recibo final de obra.
- 3) Los componentes de gestión ambiental, social, planes de manejo de tráfico y señalización se pactaron a precio global y la finalidad de las prórrogas fue permitir el cumplimiento de las actividades pendientes por lo cual no generan derecho a un restablecimiento económico en favor del contratista.
- 4) El valor reclamado como último pago se le adeuda al contratista y corresponde a la forma de pago acordada según el memorando STEST 20173460193993 suscrito por la dirección técnica de construcción del IDU.
- 5) El pagador de todas las obligaciones dinerarias derivadas del contrato es Transmilenio SA, por lo cual es el responsable por los descuentos realizados; la actuación del IDU consistía en tramitar ante aquella entidad las cuentas de cobro del contratista.

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

6) La pretensión de gastos de bodegaje es procedente y se le adeudan al contratista \$124.785.857 por tal concepto.

7) No hay lugar al reconocimiento de intereses de mora porque los pagos debían realizarse dentro de los 45 días siguientes a la radicación de las órdenes de pago con los anexos correspondientes, lo cual no ocurrió.

8) El contratista ha sido renuente a suscribir el acta de liquidación del contrato la cual corresponde adoptar con saldo en favor de este por la suma de \$455.793.494.

4. Llamamiento en garantía

El IDU llamó en garantía a la Empresa de Transporte para el Tercer Milenio - Transmilenio SA (llamamiento en garantía.pdf índice 2 SAMAI) con el fin de que *“se declare responsable y condene (...) por el pago de la indemnización del posible perjuicio si llegare a demostrarse, o el reembolso total o parcial del pago que tuviera que hacer el IDU, en el evento de existir sentencia condenatoria en contra de la entidad”* (fl. 2 llamamiento índice 2 SAMAI), toda vez que, en virtud del convenio interadministrativo número 20 de 2001 suscrito entre estas la entidad llamada es la encargada de realizar los pagos derivados del contrato y es la dueña de la obra. El llamamiento fue admitido y se dispuso la vinculación de Transmilenio SA, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y del llamamiento (contestaciones/contestacionstrasmileno.pdf índice 2 SAMAI) con apoyo en las razones que a continuación se sintetizan:

1) Transmilenio SA solo tenía la condición de pagador de las obligaciones derivadas del contrato, sin facultades de dirección de la actividad contractual, de modo que, solo es responsable por el manejo presupuestal y del cumplimiento de las órdenes de pago expedidas por el IDU, quien debía autorizar cualquier pago al contratista, lo cual hizo.

2) La construcción, mantenimiento y mejora de la infraestructura del sistema Transmilenio le corresponde al IDU quien suscribe en forma directa los contratos

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

tendientes a cumplir con dicha competencia, por ende, la llamada no hace parte del contrato de obra ni es la llamada a responder por su cumplimiento ni es garante de los daños causados por la inadecuada ejecución de las obligaciones contractuales.

3) En virtud del convenio número 20 de 2012 suscrito con el IDU, Transmilenio SA no participa en la ejecución de los contratos ni es responsable de esta y solo tiene a su cargo el “*manejo presupuestal y (...) los pagos a los contratistas*” (fl. 188 contestaciones/contestacióntransmilenio.pdf índice 2 SAMAI), sin ser responsable o garante de los daños causados por la conducta contractual del IDU.

5. La sentencia de primera instancia

El 31 de enero de 2024, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C dictó sentencia en la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, con sustento en lo siguiente:

1) La demanda fue oportunamente presentada toda vez que el término debía contabilizarse desde el vencimiento del término para liquidar el contrato, lo cual ocurrió el 3 de junio de 2015 (el plazo contractual expiró el 3 de diciembre de 2014), mientras que la demanda se presentó el 26 de agosto de 2016, esto es, dentro de los dos (2) años siguientes.

2) El equilibrio contractual se rompió con ocasión de las suspensiones 1 y 2 del contrato porque generaron una mayor permanencia en obra por parte del contratista que no fue reconocida y la ausencia de salvedades en el momento en que estas fueron acordadas no le impide al contratista reclamar sus efectos económicos según la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado (sentencia de 27 de julio de 2023, exp. 39.121 MP Guillermo Sánchez Luque).

3) Las suspensiones del contrato tuvieron como causa hechos atribuibles a la contratante porque no definió las artes gráficas de la señalización que debía

instalar el contratista y, luego, no adicionó oportunamente el contrato de interventoría por ausencia de recursos económicos.

4) El contratista aportó una certificación de un auditor externo en la cual relacionó el valor de los mayores costos en los cuales incurrió con ocasión de las suspensiones del contrato las cuales demuestran las sumas erogadas que ascienden a \$87.461.672,91, pues, dichas documentales no fueron tachadas ni controvertidas en el curso del proceso por lo cual está incólume la presunción de veracidad que las reviste.

5) No hay lugar a reconocer suma alguna por mayor permanencia en obra derivada de las prórrogas contractuales porque al momento de suscribirlas se acordó que no generarían sobrecostos para el IDU.

6) Transmilenio SA reconoció en una mesa de trabajo adelantada el 14 de julio de 2016 que los pagos al contratista no debieron ser objeto de deducciones, sin embargo, *“si bien se advierte un error en deducción realizada por TRANSMILENIO no es menos cierto que para devolución de deducciones, el contratista tiene una carga ante el órgano de control fiscal (impuestos) que debe ejercer en pro de la efectiva devolución de dichas deducciones, situación que no encuentra acreditada como agotada por el contratista. En esta secuencia la pretensión elevada será denegada.”* (fl. 25 sentencia de primera instancia índice 114 SAMAI tribunal).

7) El pago por concepto de bodegaje hacía parte del objeto contractual y le correspondía asumirlo al contratista, además, el valor del arrendamiento de una casa bodega entre junio y julio de 2013 por la suma de \$3.800.000 fue incluido en los sobrecostos reconocidos por la mayor permanencia durante las suspensiones del contrato; *“quiere significarse que, la Sala no niega el reconocimiento del reembolso de bodegaje reclamado por el accionante, sino el monto independiente que por tal concepto la activa pretende le sea reembolsado, así mismo, no como un asunto externo o adicional al contrato, sino como una suma integral al mismo, debidamente establecida por auditor externo y*

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
 Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
 (integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

reconocido en acápite de sobrecostos por mayor permanencia en obra” (fl. 25 sentencia de primera instancia índice 114 SAMAI tribunal).

8) Las partes no discuten que el contratista no ha recibido el valor final del acta final del contrato correspondiente al 5% del valor total del contrato por lo cual hay lugar a reconocerlo en cuantía equivalente a \$319.172.203.

9) No hay lugar a reconocer intereses de mora sobre las sumas reconocidas porque no hay prueba de que el contratista radicó las correspondientes facturas; además, el pago final del contrato quedó sujeto a la suscripción del acta de liquidación del contrato por lo cual no hay mora de pagarlo porque el contrato no ha sido liquidado.

10) De conformidad con lo expuesto, la liquidación judicial del contrato incluyó lo siguiente:

Valor inicial del contrato:	\$7.277.681.777
Valor pagado al contratista:	\$6.957.920.169
Pendiente por pagar:	\$319.172.203
Desequilibrio por suspensiones del contrato:	\$87.461.672
Descuento por imprevistos:	\$49.157.899 ¹
Saldo en favor del contratista:	\$357.475.976

11) La referida suma fue actualizada con el IPC desde junio de 2015 (cuando debió liquidarse el contrato) hasta la fecha del fallo de primera instancia, para un total en favor del contratista de \$583.053.762.

12) Transmilenio SA está obligado a reembolsarle al IDU la totalidad de las sumas que pague por concepto de la liquidación del contrato en virtud de las obligaciones derivadas del convenio interadministrativo número 020 de 2001 suscrito entre estas en el cual se acordó un esquema de cooperación en el cual los pagos los realizaría la sociedad anónima y las suspensiones del contrato le son imputables a esta debido a que son *“imputables a TRANSMILENIO, a saber, a) TRANSMILENIO S.A aún no había definido la totalidad las artes gráficas de*

¹ Esta deducción se aplicó porque ese fue el valor previsto en el contrato para imprevistos y sin otra motivación.

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

las señales a instalar en el quinto y sexto mes y b) TRANSMILENIO S.A., no contaba con recursos para adicionar el contrato de interventoría correspondiente a solicitud de prórroga por 3.5 meses.” (fl. 29 sentencia de primera instancia índice 114 SAMAI).

13) No hay lugar a imponer condena en costas de la instancia porque la demanda no carece de fundamento legal en los términos del artículo 188 del CPACA según fue reformado por la Ley 2080 de 2021.

6. Los recursos de apelación

En la oportunidad legal, las partes y el llamado en garantía apelaron y sustentaron sus precisas inconformidades con la sentencia en la forma que se resume a continuación:

6.1 Parte demandante

La apelación del consorcio demandante (índice 121 SAMAI tribunal es parcial y se contrae a los siguientes aspectos:

1) Debe reconocerse el valor de la mayor permanencia en obra derivada de las prórrogas 1 y 2 del contrato; la expresión contenida en estas según la cual estas *“no generan costos adicionales al IDU”* no constituye renuncia del derecho a reclamar toda vez que su alcance era únicamente dejar constancia de que el acto no implicaba ordenación del gasto por parte de la contratante; así lo manifestó el contratista expresamente en la comunicación de 15 de agosto de 2013 en la cual dejó a salvo la posibilidad de reclamar en los siguientes términos:

“Cualquier comentario o inquietud adicional que surja con respecto a la suscripción de la presente prórroga. Hemos entregado a la Entidad el Otrosí No. 1 por medio del cual se prorroga el término de ejecución del contrato 019 entre el IDU y el Consorcio Proviales, en el cual se incluye el Parágrafo de la Cláusula No. 1 en el cual se incluye el siguiente texto: ‘La presente prórroga no genera costos adicionales al IDU’.

No obstante haberlo firmado, nos permitimos hacer la salvedad de que se ha procedido de dicha forma en atención a la explicación dada

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

por esa Entidad, que ha indicado que debido a que al momento de la firma del mencionado documento no se han allegado a la Entidad la justificación de los costos por la mayor permanencia en obra no es procedente estimar el valor adicional del contrato y que estos serán reconocidos una vez se produzcan y se constaten.

Lo anterior no puede desconocer entonces las afirmaciones reiteradas que se incluyeron en las actas de suspensión, documentos que hacen parte de la actuación y ejecución contractual y la ponen en contexto, en las cuales hemos expuesto que (i) las causas del retraso en la ejecución del contrato han sido ajenas al Consorcio y (ii) por lo tanto se generan costos de mayor permanencia en obra, que deberán ser reconocidos por la Entidad, a más tardar, al momento de la liquidación del contrato con base en los documentos de soporte que se alleguen.”

2) El interventor del contrato reconoció que el reconocimiento por mayor permanencia estaba sujeto a aquello que se lograra acreditar efectivamente, según lo señaló en la comunicación número 083-279-2013; estos sobrecostos quedaron efectivamente demostrados en el proceso con las certificaciones del auditor externo del Consorcio Proviales.

3) El tribunal erró al apreciar el material probatorio del proceso en relación con los gastos de bodegaje reclamados; en la demanda se reclamó el valor del bodegaje causado durante todo el tiempo en el cual el contratista asumió el depósito de la señalización retirada durante la ejecución del contrato y no solo durante los meses de junio y julio de 2013 cuando operaron las suspensiones del contrato; los costos asumidos por este concepto quedaron debidamente acreditados en el proceso con la cuenta de cobro por dichos conceptos y el comprobante de egreso correspondiente.

4) Las retenciones realizadas a los pagos parciales recibidos por el contratista no eran procedentes ya que no fueron acordadas, el IDU retuvo el 10% de cada pago, para garantizar, supuestamente, el pago del 5% del valor del contrato que se realizaría en el momento del recibo final de las obras y el 5% adicional que quedaría como saldo a pagar con la liquidación del contrato; sin embargo, al momento de exigir el pago del 5% del valor del contrato la entidad contratante practicó nuevamente retenciones por este concepto.

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

5) No era procedente la deducción por *imprevistos* por la suma de \$49.157.899; el tribunal no justificó debidamente dicha deducción; el AUI constituye un costo indirecto y variable que forma parte del precio del contrato, esto es, corresponde a la remuneración libremente acordada por las partes y está dirigida a cubrir el alea normal de este, por ende, no existía sustento legal ni contractual para deducir la mencionada suma.

6) Las sumas reconocidas en favor del contratista deben indexarse desde el momento en que venció el plazo para liquidar el contrato (julio de 2014); lo contrario implicaría que la entidad se beneficie de su propia culpa por el hecho de no liquidar oportunamente el negocio.

6.2 Instituto de Desarrollo Urbano

El IDU apeló (índice 119 SAMAI) por las razones que seguidamente se exponen:

1) El contratista estaba obligado a dejar expresa salvedad al momento de suscribir las suspensiones y prórrogas del contrato, así como también en las actas de terminación y de recibo final del contrato y no lo hizo, como sustento de lo cual citó dos sentencias del Consejo de Estado proferidas en 2011 y 2022, respectivamente; el IDU fue diligente y adoptó las suspensiones y prórrogas contractuales tendientes a permitir la ejecución del objeto contractual.

2) El precio de la gestión ambiental, planes de manejo de tráfico y señalización se pactó a precio global y el contratista se obligó a responder por los sobrecostos generados por las prórrogas o suspensiones que le resulten imputables, por lo cual debía asumir todos los costos inherentes a estas actividades a cambio de la remuneración acordada.

3) No hay fundamento válido para reconocer el 5% del saldo del contrato porque se pactó que se debía entregar contra el acta de liquidación del contrato, la entidad realizó todas las gestiones necesarias para liquidarlo y fue el contratista quien se abstuvo de firmar el proyecto de liquidación; si no estaba de acuerdo con este debió suscribirlo con salvedades, pero no lo hizo.

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

4) *“Por último, y aunado a lo anteriormente expuesto ruego a la honorable jurisdicción tener en cuenta todos los argumentos de defensa esbozados por la Entidad en la contestación de la demanda, alegatos de conclusión y cada una de las etapas procesales respectivas en cuanto favorezcan al IDU y como consecuencia revocar parcialmente los numerales 1 y segundo del fallo calendado del treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024) proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar denegar la totalidad de pretensiones incoadas en la demanda o en su defecto ajustar la liquidación judicial dejando de reconocer valores dinerarios a favor del contratista conforme las razones expuestas.”* (fl. 7 recurso de apelación IDU índice 119 SAMAI).

6.3 Transmilenio SA

Por su parte, la referida sociedad llamada en garantía controvertió únicamente el ordinal tercero de la decisión apelada, esto es, la referente a las pretensiones del llamamiento (índice 117 SAMAI), con sustento en lo siguiente:

1) En la decisión de primera instancia se desconoció que Transmilenio SA tenía, única y exclusivamente, la condición de pagador de las sumas derivadas del contrato de obra, pero no era parte de este ni tampoco responsable de las obligaciones derivadas del contrato; tampoco participó en la negociación y suscripción de los documentos contractuales ni el IDU dio orden de pago de sumas relacionadas con lo reclamado en el proceso.

2) Transmilenio SA pagó la totalidad de las facturas expedidas por el contratista y autorizadas por el IDU y no tuvo injerencia en la aprobación de las suspensiones y prórrogas del contrato, decisiones que fueron exclusivas de la parte contratante a quien le correspondía realizar los estudios previos y obtener la información técnica necesaria e insumos para la ejecución del contrato de obra; de igual manera, agregó lo siguiente:

“Por consiguiente, es claro que TRANSMILENIO NO TIENE, COMO MAL LO ENTIENDE EL DESPACHO, LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE RESPONDER POR LOS SOBRECOSTOS POR MAYOR PERMANENCIA DE OBRA ALEGADOS POR EL

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
 Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
 (integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

DEMANDANTE, PUES MI REPRESENTADA NO ES PARTE DEL CONTRATO QUE DIO ORIGEN A DICHO RECONOCIMIENTO, pues la única obligación a la que se encontraba sujeto TRANSMILENIO S.A. cumplir es el pago de conformidad con las autorizaciones u órdenes de pago expedidas por el IDU, y por lo tanto, cualquier otra clase de incumplimiento no puede ser imputable a mi representada, ya que en ningún momento el convenio No. 20 de 2001, establece la condición de garante de TRANSMILENIO S.A. en los contratos que celebre y ejecute el IDU, ni le hace responsable de los perjuicios causados por el incumplimiento o cualquier acción u omisión de dicha entidad distrital.

Es así como, TRANSMILENIO no detenta la condición de garante ni asegurador de las obligaciones contractuales del IDU, y el convenio 020 de 2001 atribuye la responsabilidad exclusiva de la ejecución contractual al IDU, y nunca dispone que TRANSMILENIO DEBA RESPONDER DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE NINGUNA ACCIÓN U OMISIÓN DEL IDU EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS QUE CELEBRE CON TERCEROS EN VIRTUD DEL CONVENIO 020, PUES BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA PUEDE CONSIDERARSE QUE MI REPRESENTADA ES GARANTE DE LOS EVENTUALES DAÑOS ANTIJURÍDICOS CAUSADOS POR LA INADECUADA EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DEL IDU, O DE LOS INTERVENTORES CONTRATADOS POR EL IDU, PUES DICHA SITUACIÓN NO ESTÁ PREVISTA CONTRACTUALMENTE.” (fls. 6 – 7 recurso de apelación Transmilenio SA índice 117 SAMAI - mayúsculas fijas del original).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide, corresponde resolver de fondo la controversia², para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) reclamación por mayor permanencia en obra derivada de las suspensiones contractuales, (iii) renuncia del contratista a la mayor permanencia en obra derivada de las prórrogas de plazo contractual, (iv) pago del saldo final del precio en favor del contratista, (v) retenciones en la fuente practicadas a los pagos

² Previo a ello se verifica que no operó la caducidad del medio de control, toda vez que, el plazo contractual expiró el 2 de diciembre de 2013 (fl. 124 prueba cuaderno 2.pdf índice 2 SAMAI), a partir del día siguiente se contabilizaron los cuatro (4) meses para liquidar el contrato bilateralmente hasta el 3 de abril de 2014 y, desde el día 4 siguiente hasta el 4 de junio de 2014 corrió el término para liquidarlo unilateralmente por parte del IDU; por ende, el término para accionar corrió desde el 5 de junio de 2014 hasta el 5 de junio de 2016; de otro lado, la solicitud de conciliación prejudicial se promovió el 25 de mayo de 2016 (cuando faltaban 10 días para el vencimiento del término de caducidad), la constancia de imposibilidad de acuerdo fue expedida el 23 de agosto del mismo año (fl. 13 anexosdemanda4.pdf índice 2 SAMAI) y la demanda fue presentada tres (3) días después, el 26 de agosto de 2016 (fl. 20 demanda, índice 2 SAMAI).

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

recibidos por el contratista, (vi) costos de bodegaje, (vii) improcedencia del descuento del porcentaje del precio destinado a *imprevistos*, (viii) indexación, (ix) liquidación judicial del contrato, (x) responsabilidad del llamado en garantía, (xi) cesión de derechos litigiosos y transacción entre los integrantes del consorcio y sus efectos y, (xii) costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

1) El contratista de obra para la construcción de los paraderos y señalización del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá DC – SITP pretende que se declare el incumplimiento contractual del IDU y se le condene al pago de sumas de dinero por los siguientes conceptos, y que se liquide judicialmente el contrato con inclusión de estos: (i) costos derivados de la mayor permanencia en obra generada por suspensiones y prórrogas del contrato que ampliaron el plazo inicialmente previsto, (ii) pago del bodegaje de las señales retiradas por el contratista hasta el recibo de estas por parte del IDU, (iii) pago del saldo final del contrato equivalente al 5% del total ejecutado, (iv) devolución de las sumas retenidas en exceso de lo pactado, (v) intereses moratorios sobre las sumas debidas y, (vi) su correspondiente indexación.

2) El Instituto de Desarrollo Urbano se opuso a las pretensiones, reconoció deber el saldo final del contrato y llamó en garantía a Transmilenio SA con el fin de que se declare la responsabilidad contractual de este último y se le obligue a indemnizarle aquello que pague, deber que considera tiene sustento en el convenio número 20 de 2012 suscrito con este en virtud del cual se obligó a financiar el valor de lo contratado.

3) El tribunal de primera instancia accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y condenó al IDU a pagar al contratista los gastos de mayor permanencia derivada de dos (2) suspensiones del contrato por causas imputables a aquel, al propio tiempo, negó los reconocimientos económicos derivados de los dos (2) prórrogas del contrato por estimar que al pactarlas las partes renunciaron a reclamaciones por ese concepto, reconoció el valor del pago final del contrato pendiente de pago en favor del contratista; por otra parte,

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

denegó los costos de bodegaje de las señales retiradas, el reintegro de los descuentos realizados por el IDU, el reconocimiento de intereses de mora, liquidó el contrato con inclusión de las sumas reconocidas a las cuales dispuso deducir el valor de los imprevistos y se abstuvo de condenar en costas porque la demanda no carecía de fundamento legal; finalmente, condenó a Transmilenio SA, en calidad de llamado en garantía, a restituir al IDU la totalidad del valor de la condena por estimar que era el llamado a realizar los pagos del contrato y que su conducta determinó las suspensiones de obra.

4) Las partes apelaron la sentencia de primera instancia en los siguientes términos: *(i)* El IDU insiste en que el contratista debió dejar salvedades al momento de pactar las suspensiones, al terminar la ejecución y entregar las obras, en ausencia de lo cual no puede reconocérsele ninguna suma de dinero, los componentes pactados a precio global incluían la totalidad de los costos a cargo del contratista, el saldo final del contrato correspondiente al 5% del valor total pactado no podía ser reconocido porque quedó condicionado a la liquidación del contrato la cual no ha ocurrido por causa imputable al contratista, y solicita revocar la sentencia en todo aquello que le resulte desfavorable; *(ii)* Transmilenio SA controvierte su declaración de responsabilidad contractual como llamado en garantía sobre la base de que no fue parte del contrato de obra, solo era el pagador de las obligaciones contractuales y el IDU no emitió orden de pagar lo reclamado en el presente proceso; finalmente, *(iii)* los demandantes cuestionan que no renunciaron a reclamar las consecuencias económicas de las prórrogas del contrato y consideran que lo allí manifestado solo tenía efectos presupuestales para la firma de los correspondientes modificatorios, al tiempo que cuestionan la decisiones de denegar el pago del bodegaje el cual se prolongó más allá del supuesto período reconocido, piden devolver las sumas indebidamente retenidas por contrariar la cláusula de precio y reclaman que no se descuenta de la liquidación el valor de los imprevistos por hacer parte del precio del contrato.

5) La Sala, en estricta sujeción a lo planteado en los recursos de apelación, los cuales delimitan su competencia debido a que ninguna de las partes apeló toda la sentencia, *(i)* revocará la decisión de condenar al IDU a reconocer la mayor

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

permanencia en obra derivada de las suspensiones del contrato porque, aunque en aplicación del criterio unificado de la Sección Tercera del Consejo de Estado para reclamarlas no era presupuesto plasmar salvedades al momento de pactarlas, no se acreditó cuál era el específico alcance de las obligaciones del contratista, esto es, no se presentaron bases probatorias que permitan establecer en forma inequívoca el alcance de las obligaciones de las partes, particularmente, las relacionadas con el componente de señalización pactado a precio global, toda vez que no se aportó el pliego de condiciones del contrato ni la matriz de riesgos y/o el acta de asignación de estos por lo cual no es posible verificar la forma en que los extremos de la relación negocial distribuyeron entre ellas las obligaciones contractuales y las consecuencias derivadas de las distintas circunstancias acontecidas durante la ejecución; (ii) confirmará la decisión de negar los reconocimientos económicos por mayor permanencia en obra derivados de las prórrogas del contrato, porque, pese a lo planteado durante las tratativas tendientes a suscribirlas, el contratista renunció a reclamar en el momento de pactarlas; (iii) ratificará la necesaria inclusión del pago final del contrato que el IDU reconoció deber, sin que la ausencia de anuencia del contratista al proyecto de liquidación bilateral presentado por la contratante impida su reconocimiento, (iv) modificará la liquidación del contrato en el sentido de no descontar el valor de los imprevistos por carecer de sustento legal y contractual; (v) no reconocerá el valor del bodegaje de elementos retirados con ocasión de la ejecución del contrato debido a que no se aportaron los pliegos de condiciones que permitan establecer en forma inequívoca el alcance de las obligaciones a este respecto que fueron pactadas a precio global; (vi) ordenará devolver al contratista el valor de los descuentos efectuados en cuantía superior a la pactada en el contrato; (vii) dispondrá que la indexación de las sumas debidas tenga como extremo inicial el momento a partir del cual venció el plazo para liquidar el contrato y/o desde que debieron pagarse; (viii) conservará la negativa de reconocimiento de intereses moratorios y de condena en costas de primera instancia porque no fueron cuestionadas por la parte demandante a quien le fueron desfavorables; (ix) modificará la liquidación judicial del contrato de conformidad con los nuevos valores reconocidos y, (x) confirmará la condena impuesta en contra del llamado en garantía Transmilenio SA porque, en virtud de las obligaciones contraídas en

el convenio número 020 de 2001, le asiste obligación contractual de reintegrar al IDU los valores que pague al contratista.

2. Reclamación por mayor permanencia en obra derivada de las suspensiones contractuales

1) El recurso de apelación del IDU en relación con este específico aspecto de la controversia se sustenta en la supuesta necesidad de incluir salvedades cuando se pactan suspensiones al contrato, se terminan los trabajos o se entregan las obras, argumento que no tiene vocación de prosperar porque, tal como lo sostuvo expresamente el tribunal de primera instancia, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado -en sentencia de 27 de julio de 2023, exp. 39.121 MP Guillermo Sánchez Luque- unificó la jurisprudencia sobre este específico tópico en el sentido de establecer que la ausencia de salvedades cuando se pactan suspensiones o modificaciones del contrato no impide el análisis de los reclamos económicos de las partes, por estimar la Sala Plena que no existe fundamento legal que imponga tal actuación de las partes como presupuesto para reclamar, que las salvedades solo están reguladas y son legalmente exigidas respecto de la liquidación bilateral del contrato, la cual sí implica un acuerdo de voluntades respecto de los derechos y obligaciones derivados de la relación comercial, de modo que el silencio de las partes cuando pactan modificaciones contractuales no puede ser interpretado como una renuncia tácita de su derecho a reclamar; la regla de unificación se adoptó en los siguientes términos:

“44. Cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución de un contrato, el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosés o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos. El deber del juez será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, las normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato. Conforme a dichas reglas, establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado.”.

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

2) En ese contexto, el silencio del contratista cuando pactó las suspensiones del contrato no puede interpretarse como renuncia de su derecho a reclamar ni tampoco era presupuesto manifestar o consignar objeciones o salvedades en dicho escrito ni al momento de la entrega de las obras, por lo cual, el referido argumento de apelación del IDU, -sustentado en decisiones proferidas con antelación a la sentencia de unificación y a la sentencia apelada- no prospera. Por el contrario, analizado el *iter* contractual y las comunicaciones surtidas entre las partes, logra inferirse en forma inequívoca que el silencio del contratista cuando pactaron las suspensiones del contrato no constituyó renuncia a cobrar el valor de la mayor permanencia, según quedó explícito en las comunicaciones cruzadas entre las partes con ocasión de los hechos que las originaron.

3) Está probado, tal como lo adujo el IDU, que en el contrato número 19 de 2012 objeto de la litis se pactaron a precios unitarios los trabajos de construcción y, a precio global fijo las actividades de gestión ambiental, manejo de tráfico y señalización (fl. 22 pruebas cuaderno no 2 índice 2 SAMAI).

4) La ejecución del contrato de obra inició el 14 de noviembre de 2012, según acta suscrita por las partes (fl. 42 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI), por lo cual, los siete (7) meses inicialmente pactados culminaban el 13 de junio de 2013, no obstante, cuando restaba un (1) día para la expiración del plazo, el contrato fue suspendido por treinta (30) días, tal como consta en el acta número 9 (fl. 47 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI), por ausencia de definición de las artes gráficas de las señales a instalar por parte de Transmilenio SA lo cual impidió la ejecución oportuna de los trabajos y por la ausencia de recursos para adicionar el contrato de interventoría por parte de la referida sociedad, de lo cual se dejó constancia con la siguiente redacción:

"D. CAUSAS

1. A LA FECHA NO SE HAN DEFINIDO EN SU TOTALIDAD POR PARTE DE TRANSMILENIO SA LAS ARTES GRÁFICAS DE LAS SEÑALES A INSTALAR DE LOS MESES CINCO Y SEIS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SITP, DE LAS CUALES HACEN FALTA POR DEFINIR 1433 ARTES GRÁFICAS QUE CORRESPONDEN AL 89% DEL TOTAL DE ESTOS DOS MESES.

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

2. PARA LA CULMINACIÓN DE LAS METAS FÍSICAS DEL CONTRATO IDU 019 DE 2012, LA INTERVENTORÍA SOLICITÓ AL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDUA UNA PRÓRROGA A LOS CONTRATOS DE OBRA Y DE INTERVENTORÍA (...) RAZÓN POR LA CUAL EL IDU LLEVÓ A CABO EL COMITÉ IDU – TRANSMILENIO S.A. #245 DEL 29 DE MAYO DE 2013 (...).

EN COMITÉ DE OBRA #39 CELEBRADO EL 31 DE MAYO DE 2013, CONJUNTAMENTE ENTRE CONTRATISTA, INTERVENTORÍA E IDU **SE DEFINIÓ SOLICITAR UNA PRÓRROGA DE 3.5 MESES (105) DÍAS PARA LA CULMINACIÓN DE LAS METAS FÍSICAS SIEMPRE Y CUANDO SE CUENTE CON LA TOTALIDAD DE LA INFORMACIÓN QUE SE ENCUENTRA PENDIENTE DE ENTREGAR POR PARTE DE TRANSMILENIO SA PARA EL 12 DE JUNIO DE 2013.**

ADICIONALMENTE SE REQUIERE LA APROBACIÓN POR PARTE DEL IDU DE LOS APU AVALADOS POR LA INTERVENTORÍA A LA FECHA, ESTA SOLICITUD DE PRÓRROGA FUE NUEVAMENTE PUESTA A CONSIDERACIÓN EN COMITÉ IDU – TRANSMILENIO #246 DEL 5 DE JUNIO DE 2013, EN DONDE TRANSMILENIO SA MANIFESTÓ NO CONTAR CON LOS RECURSOS NECESARIOS PARA ADICIONAR EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA 018 DE 2012 Y ASÍ CONTINUAR CON LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO DE OBRA 019 DE 2012 EN EL TIEMPO SOLICITADO DE PRÓRROGA. CON BASE EN LO ANTERIOR INTERVENTORÍA (...) RECOMIENDA LA SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA Y DE INTERVENTORÍA.

3. TENIENDO EN CUENTA QUE TRANSMILENIO SA NO CUENTA CON LOS RECURSOS PARA ADICIONAR EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA, ES NECESARIO SUSPENDER LOS CONTRATOS DE OBRA Y DE INTERVENTORÍA HASTA TANTO TRANSMILENIO REALICE LA GESTIÓN DE CONSECUCCIÓN DE LOS RECURSOS NECESARIOS. PARA LO ANTERIOR SE ESTIMA UN TIEMPO DE 30 DÍAS.” (FLS. 48-49 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI – mayúsculas sostenidas originales – negrillas adicionales).

5) Adicionalmente, se dejó la siguiente observación por parte del contratista:

“F. OBSERVACIONES

1. SE SOLICITA QUE A PARTIR DEL 13 DE JUNIO DE 2013 SE CANCELEN LOS COSTOS EN QUE INCURRA POR MAYOR PERMANENCIA EN OBRA, YA QUE A LA FECHA HA CUMPLIDO CON TODOS LOS REQUERIMIENTOS DE PERSONAL, EQUIPO, OFICINA, BODEGAS QUE SE REQUERÍA PARA EL DESARROLLO DEL CONTRATO, SEGÚN COMUNICACIÓN CPV-203-2013.

2. EL CONTRATISTA MANIFIESTA QUE EL PLAZO DE 105 DÍAS PARA LA PRÓRROGA CONVENIDA EL 31 DE MAYO DE 2013 APLICA SIEMPRE Y CUANDO LA INFORMACIÓN REQUERIDA PARA CONTINUAR EL CONTATO ESTÉ TOTALMENTE ENTREGADA POR PARTE DE TRANSMILENIO AL CONTRATISTA A TRAVÉS DEL IDU

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

Y DE LA INTERVENTORÍA CON UNA ANTELACIÓN NO MENOR A 15 DÍAS CALENDARIO AL REINICIO DEL CONTRATO, CON EL FIN DE PLANIFICAR SU EJECUCIÓN.

POR PARTE DEL IDU

CON RESPECTO A LA OBSERVACIÓN NO. 1 DEL CONTRATISTA, EL IDU MANIFIESTA QUE EL CONTRATISTA DEBERÁ SOPORTAR Y PROBAR LOS PRESUNTOS COSTOS A LOS QUE SE REFIERE.

POR PARTE DE LA INTERVENTORÍA.

1. UNA VEZ SUBSANADAS LAS CAUSALES DE LA SUSPENSIÓN, SE DARÁ REINICIO AL CONTRATO DE OBRA IDU 019 DE 2012, PREVIA LA LEGALIZACIÓN DE LA PRÓRROGA AL CONTRATO DE OBRA Y DE INTERVENTORÍA, Y LA ADICIÓN DE LA INTERVENTORÍA DE ACUERDO AL NUMERAL 2 DE LAS CAUSALES MENCIONADAS DEL LITERAL (D) DE LA PRESENTE ACTA DE SUSPENSIÓN.

2. CON RESPECTO A LA NOTA 1 DEL CONTRATISTA LA INTERVENTORÍA SOLICITA SEGUIR ESTRICTAMENTE EL PROCEDIMIENTO CONSAGRADO CONTRACTUALMENTE CON EL FIN DE DETERMINAR SI PROCEDE O NO.” (fl. 49 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI – mayúsculas fijas del original, negrillas de la Sala).

6) En ese contexto, está probado que a un (1) día de la finalización del plazo de ejecución, los trabajos no lograron terminarse y las partes acordaron suspender la ejecución y el contratista exteriorizó la reclamación del pago de mayor permanencia.

7) El 9 de mayo de 2013, el contratista de obra informó a la interventoría los costos que generó su mayor permanencia en obra desde el 14 de junio de ese año (suspensión 1), los cuales dijo haber estimado con los mismos valores con los cuales determinó su propuesta inicial, con la siguiente anotación:

“A la fecha de hoy ha transcurrido un 85% del plazo aproximadamente, sin que se haya podido avanzar más en el proceso de fabricación e instalación de las obras objeto del contrato de la referencia, por causas no imputables al Consorcio Proviales incurriendo en todos los costos de personal que ha requerido el desarrollo del contrato.

A la espera de su revisión y/o observaciones con el fin de poder tramitar la solicitud de prórroga No. 1 a la mayor brevedad posible.” (fl. 56 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI).

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
 Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
 (integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

8) De otra parte, mediante el acta número 10, las partes ampliaron de común acuerdo la suspensión del contrato de obra por treinta (30) días adicionales, hasta el 13 de agosto de 2013, con las siguientes observaciones:

“NOTAS DEL CONTRATISTA

1. UNA VEZ SUBSANADAS LAS CAUSALES DE LA SUSPENSIÓN, SE DARÁ REINICIO AL CONTRATO DE OBRA Y DE INTERVENTORÍA, PREVIA LA LEGALIZACIÓN DE LA PRÓRROGA AL CONTRATO DE OBRA Y DE INTERVENTORÍA Y LA ADICIÓN DE LA INTERVENTORÍA DE ACUERDO AL NUMERAL 2 DE LAS CAUSALES MENCIONADAS DEL LITERAL (D) DEL ACTA NO. 9 DE SUSPENSIÓN.

2. SE REQUIERE LA APROBACIÓN ANTES DE LA REACTIVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍA Y CONTRATISATA, DE LOS APUS NO PREVISTOS RADICADOS POR LA INTERVENTORÍA EL DÍA 06 DE JUNIO DE 2013 (...) DE LOS CUALES A LA FECHA NO SE HA OBTENIDO RESPUESTA.

3. EL CONTRATISTA DEJA CONSTANCIA , DE QUE EL HECHO DE QUE INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU Y/O TRANSMILENIO SA A LA FECHA NO HAYA LOGRADO CONSEGUIR LOS RECURSOS PARA LA MAYOR PERMANENCIA EN OBRA DE LA INTERVENTORÍA, SE SIGUEN GENERANDO SOBRECOSTOS AL CONSORCIO PROVIALES, LOS CUALES DEBERÁN SER RECONOCIDOS POR LA ENTIDAD CONTRATANTE, POR STAND BY DE EQUIPO, PERSONAL E INSTALACIONES CON QUE EL CONSORCIO CUENTA PARA EL DESARROLLO DEL CONTRATO, TAL COMO LO PUDO EVIDENCIAR EL PERSONAL DEL IDU EN RECORRIDO DE FECHA 10/07/2013 A LAS INSTALACIONES DEL CONTRATISTA.

(...).

DE ACUERDO A LA OBSERVACIÓN 3 DEL CONTRATISTA, EL IDU MANIFIESTA QUE EL CONTRATISTA DEBERÁ SOPROTAR Y PROBAR LOS PRESUNTOS COSTOS A LOS QUE SE REFIERE Y SE ACLARA QUE LA VISTIA REALIZADA EL 10 DE JUNIO DE 2013 A LOS TALLERES EN DONDE EL CONTRATISTA FABRICA LAS BANDERAS DEL SITP, FUE ÚNICAMENTE CON EL FIN DE VERIFICAR EL INVENTARIO DE SEÑALES TERMINADAS LISTAS PARA INSTALACIÓN, POR TANTO DICHA VISITA NO GENERA NINGÚN TIPO DE VALIDACIÓN POR PARTE DEL IDU A LOS SOBRECOSTOS QUE EL CONTRATISTA SOLICITA POR STAND BY DE EQUIPO, PERONAL E INSTALACIONES.” (fls. 62 – 63 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI – mayúsculas fijas originales, negrillas de la Sala).

9) En ese contexto, para la segunda suspensión, se mantenía la postura inequívoca del contratista en relación con su reclamo económico por mayor permanencia, derivada de las causas antes referidas; de igual manera, el IDU

también mantuvo su disposición de pagar sobre la base de la prueba de los sobrecostos.

10) El contrato reinició el 1 de agosto de 2013 (fl. 63 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI) con la siguiente nota explícita en el respectivo documento contractual:

“El CONTRATISTA se compromete a terminar el objeto contratado en el plazo faltante, y la solicitud de prórroga de 105 días aprobada por el IDU y la interventoría, de conformidad con la presente acta de reiniciación.” (fl. 64 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI – mayúsculas fijas del original).

11) De conformidad con lo expuesto se demostró que las suspensiones del contrato fueron acordadas sin renuncia a reclamar por parte del contratista cuya conducta fue inequívoca en reclamar la mayor permanencia en obra y el IDU no se negó a reconocerla, por el contrario, dejó abierta tal posibilidad sobre la base de la prueba de los sobrecostos. También quedó establecido que la ampliación del plazo contractual fue necesaria por la ausencia de definición de los diseños de la señalización y carencia de recursos económicos para sufragar la interventoría del contrato.

12) Sin embargo, no se aportó en su integridad el pliego de condiciones con sus anexos técnicos ni la matriz de riesgos del contrato o el acta de distribución de estos, de modo que pueda determinarse a ciencia cierta cuáles eran las específicas obligaciones que el contratista asumió, máxime cuando el ítem de señalización se acordó a precio global. El análisis de las reclamaciones económicas de la parte demandante implica conocer, en forma detallada y específica, el alcance de las obligaciones asumidas por el contratista en materia de señalización y, puntualmente, si el riesgo derivado de la conducta de terceros (Transmilenio) debía ser absorbido o solventado por alguno de los extremos de la relación comercial; asimismo, los específicos componentes que incluían el precio global pactado respecto del componente de señalización de tránsito, los cuales se desconocen.

13) Aunque las comunicaciones cruzadas entre las partes en relación con los aspectos que dieron lugar a la ampliación del plazo del contrato incluyen afirmaciones relacionadas con la imputación de las conductas que lo generaron, para la Sala no es posible obtener certeza acerca de este punto en ausencia completa de la regulación del contrato, que incluye no solo lo expresado en el texto del contrato sino, especialmente, el contenido del pliego de condiciones, el cual hizo parte integral del negocio y contiene el alcance de este desde el punto de vista técnico y económico.

14) Ahora bien, respecto del trámite probatorio surtido en el proceso se destaca que la parte actora no pidió en forma puntual la aportación del pliego de condiciones de la contratación ni la matriz de riesgos o el acta de asignación de estos, sino que, se limitó a aportar algunas prueba documentales que fueron oportunamente decretadas, pero que no incluían la mencionada información; además, solicitó oficiar al IDU para que aportara *“los documentos que conforman el expediente contractual del contrato de obra No. 019 de 2012 suscrito entre el demandante y el demandado, desde el inicio de la etapa contractual”* (fl. 16 demanda – se destaca), petición que fue negada en auto de pruebas que se profirió en el curso de la audiencia inicial (fl. 12 acta audiencia), por haber sido allegada dicha información con la demanda; frente a esa determinación el demandante interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación, como sustento del cual insistió en la necesidad de incorporar como prueba *“las respuestas de la interventoría respecto de las reclamaciones del contratista”*, el tribunal de primera instancia repuso el auto de pruebas y ordenó al IDU aportar *“todas las comunicaciones, conceptos e informes rendidos por la interventoría del Contrato de Obra 019 de 2012, en relación con las reclamaciones elevadas por el contratista CONSORCIO PROVIALES, por mayores costos derivados de su mayor permanencia en obra, bodegaje, manejo de tránsito, y aplicación indebida de descuentos”* (fl. 13 acta audiencia de pruebas).

En esas condiciones, está claro que la prueba no fue oportunamente pedida porque las solicitudes probatorias del demandante se centraron en documentos correspondientes a la fase contractual del negocio y, finalmente, solo insistió en la aportación de las comunicaciones relacionadas con los reconocimientos

económicos discutidos, mas no en la totalidad del expediente administrativo del contrato y, sobre todo, no fue aportado ni pedido el pliego de condiciones, base para la adjudicación y celebración del contrato, documento en el que, por su naturaleza y finalidad, contiene las condiciones, detalles específicos, derechos y deberes de las partes.

15) Por su parte, el IDU tampoco aportó los mencionados documentos y, si bien dijo aportar un disco compacto, este no fue anexado, de lo cual dejó constancia el tribunal al momento de proferir el auto de pruebas, decisión que no fue protestada.

16) En ese contexto, más allá del texto del contrato, no se ordenó la incorporación probatoria de los documentos contractuales necesarios para establecer el alcance específico de las obligaciones contractuales de las partes, esto es, no fueron oportunamente pedidos ni decretadas y, tampoco se insistió en la necesidad de su aportación durante las subsiguientes fases del proceso.

17) En ausencia de la referida información, no es posible determinar que una de las partes, en este caso la contratante, debía asumir los costos de la mayor permanencia en obra derivada de la falta de suministro de los diseños o de la falta de recursos para contratar la interventoría; por el contrario, en el escenario probatorio del expediente antes descrito no es posible establecer, de modo cierto y concreto si el contratista tenía o no obligaciones relacionadas con el diseño de la señalización o si el riesgo económico y/o financiero relacionado con este tópico o con la obtención de los recursos dispuestos a través de otro negocio jurídico con Transmilenio SA debía ser soportada por alguna de las parte del contrato y en qué medida; tampoco puede determinarse de modo idóneo y fehaciente qué incluía y qué no la remuneración a precio global pactada para el componente de señalización.

18) Por las razones expuestas, la ausencia del pliego de condiciones del contrato, de sus anexos técnicos, de la matriz de riesgos y de la asignación de estos impiden determinar si la mayor permanencia en obra derivada de las suspensiones del contrato derivó del incumplimiento atribuible al IDU o si, por el

contrario, era una carga del contratista en razón de los específicos derechos y obligaciones surgidos por virtud del contrato, por ende, ha de revocarse el reconocimiento realizado en la sentencia de primera instancia sobre ese específico tópico.

3. Renuncia del contratista a la mayor permanencia en obra derivada de las prórrogas de plazo contractual

1) En el recurso de apelación formulado por los demandantes se insiste en el pretendido reconocimiento de mayor permanencia en obra durante el tiempo de las prórrogas 1 y 2 del plazo contractual, sobre la base de considerar el contratista que no renunció a reclamar y que la manifestación contenida en dichos documentos solo tenía fines presupuestales para la entidad mas no implicaba la decisión del contratista de abstenerse de plantear pretensiones económicas; la Sala confirmará este aspecto de la sentencia de primera instancia porque, además de lo ya expuesto en relación con la ausencia de prueba de las particularidades del negocio, el contratista renunció, en forma expresa, a reclamar por concepto de las prórrogas cuando consintió en que estas no generarían ningún costo al IDU.

2) Aunque durante la discusión de las prórrogas el consorcio demandante insistió en que estas generarían sobrecostos derivados de la mayor permanencia de personal e instalaciones necesarias para la ejecución contractual, la manifestación de voluntad al momento de suscribirlas fue inequívoca en relación con la ausencia de costo de estas a cargo del IDU, aspecto que el contratista suscribió sin observaciones.

3) La Sala no pasa por alto que durante la negociación de las prórrogas contractuales el contratista manifestó su intención de reclamar el pago, tal como se pasa a analizar:

a) En el oficio de 9 de mayo de 2013 antes citado (CPV-203-2013), el consorcio le informó a la interventoría que tramitaría la solicitud de prórroga contractual y advirtió que esta generaba costos

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

“Asunto: presentación de costos para solicitud de prórroga

(...).

De acuerdo a la reunión sostenida el día de ayer en las oficinas del Grupo Metro Colombia adjunto a la presente encontrará el cuadro resumen de los costos en que incurre el consorcio que represento por mayor permanencia en obra por mes, a partir del día 14 de junio del año en curso con el fin de cumplir las metas físicas objeto del contrato de la referencia.

Ahora bien, los costos descritos en el “anexo permanencia en obra mensual” son los costos en que incurre el consorcio siempre y cuando TMSA entregue las artes debidamente aprobadas para el mes 5 y mes 6, las cuales fueron informadas al consorcio el día 8 de mayo para el mes 6 y el día 30 de abril para el mes 5. La base con la cual se estimaron los costos son los mismos con los que se realizó el proceso licitatorio, incluyendo los estudios previos y los requerimientos del IDU, la interventoría y el desarrollo del mismo contrato.” (fl. 56 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI).

b) La referida comunicación se acompañó del anexo en el cual el contratista discriminó los costos que dijo le generaría la mayor permanencia, por la suma de \$86.377.046,51 mensuales; seguidamente, cuando se pactaron las suspensiones del contrato, el contratista insistió en los costos generados por la mayor permanencia en obra por concepto de personal, equipos e instalaciones.

c) Ahora bien, mediante oficio GMC-083-244-2013 de 26 de julio de 2013, la interventoría le respondió al contratista una petición tendiente al reconocimiento de los mayores costos durante los 105 días de la primera prórroga; este oficio su entregado por el IDU antes de la firma del documento modificatorio, en la cual dejó abierta la posibilidad de reconocimiento previa acreditación de los costos y el procedimiento contractual correspondiente para determina su procedencia; el documento está redactado en los siguientes términos:

“Dando respuesta a su oficio del asunto, con el cual solicita el reconocimiento de los costos generados por la mayor permanencia en obra, a raíz de la prórroga del contrato obra por 105 días, nos permitimos precisar lo siguiente:

Revisados minuciosamente los documentos correspondientes al pliego de condiciones, Capítulo I CONDICIONES GENERALES, 1.1 PLAZO DEL CONTRATO y la cláusula 9 PLAZO del contrato de obra No. 19 de 2012, efectivamente, el CONSORCIO PROVIALES debe cumplir con rigor el término estipulado para efectuar el contrato en referencia, presentando escrito contentivo de la misma.

Enfatizamos en que el contratista deberá soportar y probar los presuntos costos a los que se refiere y se solicita seguir estrictamente el procedimiento consagrado contractualmente, con el fin de determinar si procede o no el reconocimiento solicitado por ustedes.” (radicado 20135260857452.tif, índice 2 SAMAI).

d) El 30 de julio de 2013 (fl. 68 prueba cuaderno no 2 índice 2 SAMAI), el director de gestión contractual del IDU emitió un memorando dirigido al subdirector de infraestructura de la misma entidad en la cual se informó sobre la necesaria adición del contrato de interventoría durante 3.5 meses por *mayor permanencia* debido que se prolongaría la ejecución de la obra.

4) Sin embargo, el 2 de agosto siguiente se firmó la prórroga contractual número uno (1) por tres (3) meses y quince (15) días, justificada en la necesidad de culminar las metas físicas del contrato que no fueron posibles por la ausencia de diseños de la señalización que debía instalar el contratista, en la cual se plasmó **“PARÁGRAFO. La presente prórroga no genera costos adicionales al IDU”** (fl. 67 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI – se destaca). Dicha manifestación constituye una renuncia expresa a la posibilidad de reclamar reconocimientos económicos por parte del contratista y es inequívoca por cuanto no admite duda en cuanto a la ausencia de costos para el IDU que el contratista consintió.

5) El 18 de noviembre de 2013 se suscribió la prórroga número 2 del contrato por quince (15) días adicionales por solicitud conjunta de la interventoría y del contratista *“a causa de que el ente gestor TRANSMILENIO S.A.) a través de su comunicación del día 10 de octubre de 2013 (...) relacionan unas señales nuevas (54) a realizar y unas actuaciones de señales ya instaladas por el consorcio Proviales de los meses 3, 5 y 6 de la implementación del SITP, las cuales no se alcanzan a culminar”* (fl. 97 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI)³. Se consignó idéntica constancia en relación con que esta prórroga no generaría costos.

6) Así las cosas, aunque el 19 de noviembre de 2013, el contratista relacionó los sobrecostos de la prórroga del contrato y los informó al IDU (fl. 101 prueba

³ La solicitud de prórroga

cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI), ello no desdice del previo acuerdo en relación con la ausencia de costos por la prórroga contractual, esto es, no tiene la potencialidad de dejar sin efecto la manifestación de voluntad respecto del compromiso de variar el tiempo de ejecución sin costos para su contraparte; el contratista afirma que dichas manifestaciones solo tuvieron implicaciones presupuestales para efectos de la firma del documento, afirmación que carece de sustento demostrativo y que riñe con la literalidad del documento, en el cual solo se indicó el hecho de que el IDU no debería pagar ninguna suma de dinero por concepto de la prórroga porque no le generaría costos, aspecto que no fue objeto de observaciones ni salvedades de las partes firmantes.

7) En ese escenario probatorio es claro que, a pesar de su conducta previa y posterior a la suscripción de las prórrogas, al momento de pactarlas, esto es, cuando correspondió adoptar las decisiones puntuales sobre la prórroga contractual y sus consecuencias, el contratista renunció a cobrar y, con esa convicción ambos suscribieron las prórrogas, actos propios que no puede ser desconocidos por sus signatarios sin que hayan sido anulados por la jurisdicción, aspecto que no fue material del presente proceso; en consecuencia, se mantiene la decisión de primera instancia en tanto denegó lo pretendido por tal concepto.

4. Pago del saldo final del precio en favor del contratista

1) Desde otro punto de vista, el IDU apeló la decisión de reconocer al contratista el 5% del precio cuyo pago quedó diferido para el momento de la liquidación del contrato⁴, por estimar que el contratista fue omisivo por el hecho de no suscribir el acta de liquidación bilateral que le fue remitida por la entidad; contrario a ese entendimiento, la Sala encuentra que la ausencia de acuerdo sobre la forma de liquidar el contrato no puede tener como consecuencia la pérdida de unos saldos en favor del contratista que el IDU reconoce deber, por cuanto la ley no impone la liquidación bilateral del contrato como un deber legal de las partes sino como una prerrogativa para que en forma directa logren el cruce de cuentas definitivo

⁴ La cláusula de precio se pactó así: c) el cinco por ciento (5%) restante del valor de las obras, previa suscripción del acta de liquidación del contrato de obra" (fl. 22 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI).

del contrato; por lo tanto, el hecho de no lograr acuerdo no implica la pérdida de la remuneración del contratista, consecuencia esta pretendida por el IDU que carece de sustento legal y contractual; en tal virtud, el argumento de apelación sobre este punto no prospera, pues, está probado que el IDU recibió los trabajos a satisfacción según consta en el acta de recibo final (fl. 122 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI) y reconoció en el curso del proceso que no ha pagado dicho valor al contratista quien, a su vez, negó haber recibido el pago.

2) Las partes no discuten el monto de este saldo equivalente al 5% del valor total de lo efectivamente ejecutado (\$6.383.444.058)⁵, esto es, \$319.172.203, suma que se incluirá en la liquidación judicial del contrato en favor del contratista, toda vez que el único reparo de apelación sobre este punto no prospera.

5. Retenciones en la fuente practicadas a los pagos recibidos por el contratista

1) El contratista reclama que le fueron practicadas retenciones en contravía de lo contractualmente estipulado, por lo siguiente:

“Si bien en la cláusula tercera (3) del contrato de obra No. 019 de 2012, se pactó como forma de pago, en el acápite No. 1 denominado construcción (obras civiles), en el literal b: un cinco (5%) del valor de las obras, previa suscripción del acta de recibo final de obra a satisfacción por parte de la interventoría, y en el literal c: un cinco por ciento (5%) del valor de las obras, previa suscripción del acta de liquidación del contrato. El IDU de forma unilateral realizaba en cada corte de obra una apropiación del diez por ciento (10%) del valor total del contrato, desconociendo lo pactado en la citada cláusula.

En cada una de las actas parciales de obra, el IDU realizaba las respectivas retenciones de ley sobre el valor total del acta, sin importar la apropiación del diez (10%) que realizaba por concepto de los literales b y c del numeral 1 de la cláusula tercera del contrato. Pese a lo anterior al momento de exigir el pago respecto del literal b, del numeral uno (1) de la cláusula tercera del contrato (un cinco por ciento 5%) del valor de las obras, previa suscripción del acta de recibo final de obra a satisfacción por parte de la interventoría el IDU realizó nuevamente las retenciones de ley, cuando estas ya las había practicado en cada acta parcial de obra. La retención indebida es por la suma de veinticuatro millones, quinientos cuarenta y cuatro mil trescientos cuarenta y dos pesos (\$24.544.342).” (fls. 11 – 12 demanda.pdf índice 2 SAMAI).

⁵ Según consta en el acta de recibo final de obra (fl. 137 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI).

2) Sobre este punto, tal como lo determinó el tribunal de primera instancia, si la entidad contratante actuó como agente retenedor con ocasión del contrato y el contratista considera que le fueron retenidas sumas adicionales a las que correspondía, debió acudir al procedimiento previsto en el Decreto 1189 de 1988 (compilado en el decreto único reglamentario 1625 de 2016) y a los mecanismos tributarios allí previstos para la devolución de las retenciones realizadas en exceso y no reclamar su devolución por la vía del incumplimiento contractual, pues, las partes reconocen que dichos dineros fueron erogados por la contratante y entregados a la administración tributaria; en ese contexto, correspondía al contratista tramitar la devolución correspondiente ante el agente retenedor y, en caso de no obtenerla, controvertir la legalidad de las correspondientes decisiones, por lo cual no puede ordenarse en el presente proceso la devolución de lo retenido, orden que implicaría un juicio de legalidad en relación con la correcta realización de estas que escapa al alcance de la litis y, en todo caso, no hay evidencia del tratamiento dado a estas retenciones o de la forma en que estas fueron imputadas o no a los tributos a cargo de la demandante o de si fue solicitada o no su devolución a la DIAN, para efecto de determinar que, efectivamente, sufrió un daño patrimonial que deba ser resarcido.

6. Costos de bodegaje

1) De otra parte, por este concepto, el contratista insiste en la reclamación del valor del bodegaje de las señales físicas que retiró durante la ejecución del contrato, las cuales no fueron oportunamente recibidas por el IDU; en la sentencia de primera instancia fue denegado este concreto reclamo porque se estimó que el valor del bodegaje estaba incluido en el objeto contractual y en lo reconocido por mayor permanencia en obra durante las suspensiones contractuales; para la Sala, en línea con lo sostenido *infra* no es posible establecer el alcance de la obligación de bodegaje a cargo del contratista y si el precio global de la señalización incluía el depósito de estos elementos y hasta qué momento.

2) En el acta de recibo final de obra el contratista consignó la siguiente observación: *“El Consorcio Proviales precisa que a la fecha de firma de la*

presente acta no se ha indicado el procedimiento para la entrega de las señales retiradas durante la ejecución del contrato y que actualmente siguen almacenadas en bodega del consorcio Proviales.” (fl. 138 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI), lo cual da cuenta de que el contratista sí mantuvo en su poder dichos elementos; sin embargo, con el material probatorio aportado no es posible determinar si tal circunstancia hacía parte de lo remunerado a través del precio global que se acordó.

3) Según lo pactado en el contrato, el contratista debía asumir la vigilancia hasta la entrega final de la obra:

“El CONTRATISTA asumirá las obligaciones y gastos que se generen por concepto de vigilancia, hasta la entrega final de las obras, construcción, dotación, mantenimiento y desmonte de campamentos y otras instalaciones provisionales que fueren necesarias para el manejo del tráfico y administrar la obra, hasta la entrega final de la misma.” (fl. 31 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI).

4) Sin embargo, tal obligación no es específica en relación con el depósito de los elementos de señalización de tránsito retirados.

5) En ese contexto, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto negó el reconocimiento del valor del bodegaje.

7. Improcedencia del descuento del porcentaje del precio destinado a imprevistos

En la sentencia de primera instancia se indicó que procedía descontar de los valores en favor del contratista la suma de \$49.157.899 pactada como imprevistos; este aspecto de la sentencia será revocado para no incluir dicho descuento, porque carece de respaldo legal y/o contractual; en la cláusula de precio del contrato se estipuló que el que fue acordado por las partes *“incluye el AIU, imprevistos y todos los costos directos e indirectos que se ocasionen por la celebración y ejecución del contrato”* (fl. 20 prueba cuaderno no 2.pdf índice 2 SAMAI), por lo cual, ejecutadas las prestaciones el contratista obtuvo el derecho a percibir lo acordado sin que exista sustento válido para descontar el porcentaje

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

que se estimó en la oferta para cubrir los imprevistos, el cual, se insiste, hace parte integral del precio convenido.

8. Indexación

Sobre este específico tópico le asiste razón al contratista apelante porque las sumas reconocidas en su favor deben ser traídas a valor presente para compensar la pérdida de su poder adquisitivo; como el contratista tenía derecho a percibir las cuando se liquidara el contrato, se accede a lo pretendido por la apelante en el sentido de indexarlas a partir del mes siguiente al vencimiento del plazo para liquidar el contrato (julio de 2014) y hasta la época de esta sentencia.

9. Liquidación judicial del contrato

En los términos antes indicados, se modifica la liquidación judicial del contrato la cual queda de la siguiente manera, incluida la indexación:

Concepto	VH	índice final	índice inicial	VA
Saldo en favor del contratista 5% del total ejecutado	\$319.172.203	148,68	81,73	\$580.625.512
TOTAL A PAGAR				\$580.625.512

10. Responsabilidad del llamado en garantía

1) En la sentencia de primera instancia se condenó a Transmilenio SA a reintegrar al IDU las sumas que pague con ocasión de la condena impuesta en su contra, con sustento en lo pactado entre ellas en el convenio interadministrativo número 020 de 2021 en virtud del cual la llamada en garantía tenía a su cargo realizar los pagos derivados del contrato de obra objeto de la presente controversia y, además, porque las suspensiones del contrato le fueron imputables; Transmilenio SA apeló esa decisión porque no fue parte del contrato de obra ni participó en las modificaciones de este, su labor era fungir como pagador y en tal condición erogó todas las sumas que el IDU ordenó.

2) La Sala confirmará la condena en contra del llamado en garantía Transmilenio SA porque efectivamente tenía a su cargo las erogaciones económicas derivadas de la ejecución del contrato de obra en virtud del convenio suscrito con el IDU.

3) En relación con este punto, debe precisarse que entre llamante y llamado en garantía se suscribió el convenio número 020 de 2001 (fl. 25 y ss llamamiento/archivo 005llamamientoengarantias.pdf índice 2 SAMAI), sobre la consideración de que los aportes económicos del Distrito Capital y de la Nación para el funcionamiento y operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo serían canalizados a través de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio SA, por lo cual se hizo necesario estructurar un esquema de cooperación y gestión institucional para la contratación y pago de las obras correspondientes a las troncales del SITM *“según el cual será TRANSMILENIO quien pagará directamente a los contratistas el valor de las obras”* (fl. 2 contrato 020 índice 2 SAMAI).

4) El referido negocio se estructuró de forma tal que correspondía al IDU adelantar los procedimientos de contratación necesarios para las obras físicas del sistema Transmilenio y las interventorías requeridas, realizar los estudios, expedir los pliegos de condiciones, ejercer la vigilancia y control de la ejecución y definir las eventuales modificaciones contractuales con la precisión de que *“TRANSMILENIO no participará, ni será responsable, de estas labores, salvo por la obligación de manejo presupuestal y de realizar los pagos a los contratistas que se refieren los numerales siguientes”* (fl. 32 llamamiento.pdf índice 2 SAMAI).

5) En esa dirección, las partes pactaron que Transmilenio SA realizaría todos los pagos a los contratistas con cargo a su presupuesto previa solicitud del IDU; aunque el convenio no previó cuál de las partes asumiría el pago de las condenas judiciales impuestas por virtud de los contratos, la citada sociedad anónima administra los recursos destinados a las obras y, por su parte, el IDU funge como gestor, de modo que aquella debe soportar el pago de las condena que se impone en el presente caso, pues, esta impone remunerar los servicios prestados por el contratista en procura de la ejecución de los trabajos, particularmente el pago del 5% del saldo del contrato, suma que en todo caso estaba a cargo de Transmilenio

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

SA y el valor del servicio de bodegaje de los elementos retirados en virtud del contrato y que no fueron oportunamente recibidos.

6) Adicionalmente, en este caso no hay duda de que la mencionada sociedad está obligada a asumir el valor de la condena, toda vez que se ordenan remunerar servicios prestados por el contratista en virtud del contrato de obra los cuales estaban a su cargo.

7) Por lo expuesto, el recurso de apelación promovido por Transmilenio SA no prospera y se mantiene la condena en su contra.

11. Cesión de derechos litigiosos y transacción entre los integrantes del consorcio y sus efectos

En la audiencia inicial se aceptó la cesión de derechos litigiosos de la sociedad Viales y Obras Públicas Colombia SA en favor del señor Luis Orlando Pulido García (fl. 58 audienciainicial.pdf índice 2 SAMAI), suscrita como materialización del acuerdo de transacción suscrito entre los integrantes del consorcio en virtud del cual dirimieron sus diferencias surgidas en el contexto del acuerdo consorcial, por lo cual se precisará en la parte resolutive que las condenas se profieren en favor del cesionario debidamente reconocido.

12. Costas

El tribunal de primera instancia se abstuvo de imponer condena en costas a las partes y tal determinación no fue impugnada por lo cual se confirma; por su parte, en los términos del artículo 188 del CPACA y 365 del CGP no se impone condena en costas ya que los recursos de las partes prosperaron parcialmente.

Por su parte, se condenará en costas del llamamiento en garantía a Transmilenio SA, cuyo recurso no prosperó, en favor del IDU; no se impondrán costas a cargo de Transmilenio SA y en favor de la parte actora porque dicha sociedad solo apeló la sentencia de primera instancia en relación con el llamamiento en garantía.

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

Al respecto, se precisa que a juicio de esta Sala, contrario a lo que estimó el tribunal, la reforma introducida por la Ley 2080 de 2021 al artículo 188 del CPACA no impone un análisis subjetivo de la conducta de las partes para efectos de disponer sobre costas; por el contrario, la mencionada norma ordena disponer sobre costas en todos los casos, *salvo aquellos en los que se ventile un interés público*, según las reglas del procedimiento civil y el artículo 365 del CGP dispone que estas las asume la parte vencida; así las cosas, el entendimiento de la Sala en relación con esta norma es que el inciso segundo del artículo 188 solo aplica para los casos no cobijados por la regla general, esto es, se debe condenar en costas siempre a la parte vencida y, aunque se ventile un interés público en el proceso, se condenará en costas cuando la demanda carezca en forma manifiesta de fundamento legal, lo cual no implica que en los demás casos deba realizarse una valoración subjetiva de la actuación de los interesados.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1°) Modifícase la sentencia de 31 de enero de 2024 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C, la cual queda así:

PRIMERO. Niéganse las pretensiones económicas de la demanda relacionadas con la mayor permanencia en obra del contratista y el valor del bodegaje de las señales retiradas durante la ejecución.

SEGUNDO. Líquidase judicialmente el contrato de obra 19 de 2012 suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y el Consorcio Proviales, con saldo en favor del contratista por la suma de **QUINIENTOS OCHENTA MILLONES SEISCIENTOS VEINTICINCO MIL QUINIENTOS DOCE PESOS (\$580.625.512)**, valor que incluye la actualización.

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

TERCERO. Condénase al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU a pagar en favor del señor Luis Orlando Pulido García la suma establecida en el ordinal anterior como saldo final del contrato, esto es, QUINIENTOS OCHENTA MILLONES SEISCIENTOS VEINTICINCO MIL QUINIENTOS DOCE PESOS (\$580.625.512).

CUARTO. Cúmplase la presente sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y **caúsense** intereses moratorios en la forma indicada en dicha norma.

QUINTO. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. Condénase a la llamada en garantía Empresa de Transporte para el Tercer Milenio - Transmilenio SA a restituir al Instituto de Desarrollo Urbano IDU el 100% de las sumas que pague efectivamente al señor Luis Orlando Pulido García en cumplimiento de la presente sentencia hasta el valor de, QUINIENTOS OCHENTA MILLONES SEISCIENTOS VEINTICINCO MIL QUINIENTOS DOCE PESOS (\$580.625.512), sin incluir los intereses que se generen por la mora en el pago efectivo de la sentencia, los cuales asumirá el IDU.

SÉPTIMO. Abstiénese de imponer condena en costas de primera instancia.

OCTAVO. Liquídense los gastos del proceso y **devuélvase** el remanente al interesado sin perjuicio de la prescripción de las sumas no reclamadas.

2°) Abstiénese de imponer condena en costas en segunda instancia a las partes cuyos recursos prosperaron parcialmente.

3°) Condénase en costas de segunda instancia a Transmilenio SA en favor del Instituto de Desarrollo Urbano IDU por las costas del llamamiento en segunda instancia; **tásense** en forma concentrada en el tribunal de primera instancia, incluidas las agencias en derecho.

Expediente: 25000-23-36-000-2016-01737-03 (71.426)
Demandantes: Luis Orlando Pulido García y sociedad Viales y Obras Públicas SA
(integrantes del Consorcio Proviales)
Controversias contractuales

4°) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente

Aclara el voto
(firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Presidente de Subsección

La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.