

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO – Principios – Intención de las partes – Buena fe contractual – Código Civil – Clases de interpretación – Buena fe contractual – Regla de la interpretación contextual, extensiva y auténtica – Cláusulas ambiguas – Cláusula oscura en el contrato estatal

Estas posturas interpretativas divergentes sobre la forma de calcular la prima de éxito pactada en el contrato de prestación de servicios 475 de 2002 imponen a la Sala la necesidad de adelantar un ejercicio hermenéutico a la luz de las pautas de interpretación contractual previstas en el Código Civil, aplicables cuando el sentido de una cláusula genera incertidumbre, duda o discrepancia. Tales pautas, aplicables también a los contratos estatales, se encuentran consagradas en los artículos 1618 a 1624 ejusdem, y según la doctrina y la jurisprudencia, comprenden dos principios rectores y seis reglas de interpretación.

Los principios rectores son los siguientes: (i) la búsqueda de la común intención de las partes -*communis intentio* o *voluntas spectanda*- y (ii) la buena fe negocial o contractual. Por su parte, las reglas abarcan: (i) la especificidad o especialidad; (ii) la interpretación efectiva, útil o conservatoria; (iii) la interpretación naturalista o fundada en la naturaleza del contrato, y de la interpretación usual; (iv) la interpretación contextual, extensiva y auténtica; (v) la interpretación incluyente o explicativa; y (vi) la interpretación de cláusulas ambiguas en favor del deudor, y en contra del estipulante.

En relación con el primero de dichos principios, el artículo 1618 del Código Civil dispone que, «conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras». Esta regla ha sido reconocida por esta Sección como la primera y cardinal directriz que debe orientar al juez en su labor interpretativa, pues, cuando de contratos se trata, esta labor no tiene como objeto primario establecer el querer dispositivo e individual de cada uno de los contratantes, sino la intención común de todos ellos, toda vez que el contrato es el resultado de la convergencia de sus designios negociales.

[...] Ahora bien, la buena fe contractual, como segundo principio rector, atraviesa transversalmente el ejercicio interpretativo orientado a desentrañar la recíproca intención de las partes. Este postulado, consagrado de manera general en el artículo 83 de la Constitución Política y desarrollado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, adquiere especial relevancia en el ámbito de la contratación estatal, en la medida en que «obliga a la administración pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos».

A partir de lo expuesto, podría afirmarse que cualquier ejercicio hermenéutico debe iniciarse desentrañando y averiguando la verdadera intención, la voluntad genuina de las partes contratantes, apreciada a la luz del principio de la buena fe contractual, y que solamente cuando dicha indagación no permita esclarecer el sentido de la cláusula controvertida debe acudir a las directrices de interpretación previstas en los artículos 1619 a 1624 del Código Civil, que tienen «un carácter subsidiario, instrumental o de apoyo, en la labor de fijación del contenido contractual».

Con todo, esta secuencia metodológica no puede entenderse de manera rígida. Si bien la búsqueda de la intención común de la voluntad constituye la regla general y el punto de partida del análisis, en determinados eventos una aproximación exclusivamente

subjetiva puede resultar insuficiente para auscultar plenamente el alcance de una estipulación contractual.

REGLAS DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO – Código Civil artículo 1622 – Interpretación de las cláusulas del contrato – Reglas – Interpretación contextual – Interpretación extensiva – Interpretación auténtica

El artículo 1622 del Código Civil contempla una regla de carácter subjetivo que, en estricto sentido, integra tres pautas hermenéuticas diferenciadas: (i) la interpretación contextual, conforme con la cual «las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad»; (ii) la interpretación extensiva, que autoriza acudir a las cláusulas «de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia», cuando ello resulte útil para esclarecer el alcance del negocio controvertido; y (iii) la interpretación auténtica, que permite determinar el sentido de la estipulación «por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte».

[...]

INTERPRETACIÓN CONTEXTUAL – Relación sistemática entre las estipulaciones del contrato

La interpretación contextual supone que el contrato debe leerse como un todo orgánico, de manera que el sentido de cada cláusula no se determine aisladamente, sino a partir de su relación sistemática con las demás estipulaciones y con la finalidad global del negocio jurídico. Bajo esta pauta interpretativa, el significado de una disposición se esclarece a la luz del conjunto del clausulado, evitando fragmentaciones que desarticulen la coherencia interna del acuerdo.

[...]

De ello se desprende que la pauta contextual impone al intérprete integrar cada estipulación dentro del entramado contractual en su conjunto, de modo que su alcance no se determine de manera fragmentada, sino a partir de la coherencia interna del negocio y de su finalidad económica global. Así, como este asunto concierne sobre la cláusula relativa a la bonificación de éxito, su sentido debe definirse atendiendo al diseño contractual integral y a la lógica funcional del encargo profesional asumido.

INTERPERETACIÓN EXTENSIVA – Interpretación de cláusulas de otros contratos – Conducta desplegada en contratos anteriores proyecta efectos interpretativos sobre los contratos posteriores

[...] permite acudir a otros contratos de igual naturaleza que eventualmente hubieran celebrado las mismas partes, con el fin de esclarecer el sentido del negocio jurídico controvertido. Ello obedece a que las relaciones contractuales previas del mismo tipo pueden generar una expectativa razonable acerca de la forma en que las partes estructuran sus obligaciones, en la medida en que la conducta desplegada en contratos anteriores proyecta efectos interpretativos sobre los posteriores.

INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA – Sentido de la cláusula se esclarece a partir de la forma como las partes la han ejecutado – Práctica – Manifestación objetiva y dinámica de la voluntad negocial

[...] la interpretación auténtica parte de la premisa según la cual el sentido de una cláusula puede esclarecerse a partir de la forma como las propias partes contratantes la han ejecutado, en tanto la aplicación práctica del contrato constituye, en principio, una manifestación objetiva y dinámica de la voluntad negocial, salvo que se demuestre que dicha conducta obedeció a un error.

REGLA DE LA ESPECIFICIDAD O ESPECIALIDAD – Código Civil artículo 1619 – Interpretación dentro del ámbito material del negocio jurídico

[...] El artículo 1619 del Código Civil consagra la denominada regla de la especificidad o especialidad, al establecer que «por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre [la] que se ha contratado». Se trata, entonces, de una pauta de carácter objetivo según la cual las estipulaciones contractuales deben interpretarse dentro del ámbito material propio del negocio jurídico celebrado, de modo que expresiones amplias o genéricas no pueden extenderse más allá del objeto efectivamente convenido.

La doctrina ha precisado que esta regla «aboga por circunscribir la interpretación al contenido del negocio jurídico particular, sin que el intérprete, motu proprio, pueda amplificar el alcance de los derechos y de las obligaciones a que él se refiere —que no son de latex—, so capa de la amplitud o generalidad de los términos empujados por los contratantes, pues el tipo contractual, en concreto, por de pronto a manera a ancla o de polo a tierra, debe servir para acotar el alcance de lo acordado, que no puede pretender abarcarlo todo. De lo contrario, podrían quedar borradas las fronteras tipológicas, en grave desmedro de lo realmente querido por los celebrantes, al mismo tiempo que de la esencia contractual e individual propiamente dichas».

En el asunto bajo examen, se constata que los parágrafos que regularon la prima de éxito no constituyen cláusulas de alcance abierto que requieran ser restringidas mediante esta pauta, sino estipulaciones diseñadas a la medida de un contrato de prestación de servicios para la representación judicial en un litigio complejo y determinado [...].

[...] Por tanto, la aplicación de la regla de especialidad conduce a afirmar que el alcance de la bonificación debe ceñirse estrictamente a los eventos expresamente previstos en el contrato, sin extensiones que desborden la materia pactada, pero tampoco con restricciones que desnaturalicen o reduzcan indebidamente lo que los extremos negociales estipularon con precisión.

REGLA DE LA INTERPRETACIÓN EFECTIVA, ÚTIL O CONSERVATORIA – Código Civil artículo 1620 – Interpretación que permita eficacia de la cláusula

El artículo 1620 del Código Civil contempla la regla de la interpretación efectiva, útil o conservatoria, al disponer que «el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno». Esta pauta se funda en el reconocimiento del contrato como fuente normativa obligatoria para

las partes y en la presunción de que estas lo celebran con la finalidad de que sus estipulaciones generen consecuencias jurídicas reales y prácticas. En tal virtud, el intérprete está llamado a privilegiar aquella comprensión que mantenga la eficacia de la cláusula y a descartar interpretaciones que la vacíen de contenido, la tornen inocua o frustren la finalidad económica perseguida por los contratantes.

[...] [L]a interpretación que admite la concurrencia de ambos supuestos y reconoce la equivalencia funcional entre sentencia y conciliación preserva la coherencia interna de la cláusula y mantiene incólume la lógica económica que la informa. En tal virtud, la regla de conservación conduce a preferir el entendimiento que permita a la estipulación desplegar íntegramente los efectos previstos por las partes y no aquella que los restrinja sin respaldo en el texto contractual.

REGLA DE LA INTERPRETACIÓN NATURALISTA O FUNDADA EN LA NATURALEZA DEL CONTRATO, Y DE LA INTERPRETACIÓN USUAL – Código Civil artículo 1621 – Reglas hermenéuticas – Interpretación naturalista – Mejor interpretación que se armonice con la naturaleza del negocio jurídico – Interpretación usual – Tráfico ordinario en contratos – No están expresamente regulados – Presunción de incorporación en el negocio jurídico

El artículo 1621 del Código Civil incorpora dos reglas hermenéuticas distintas: (i) la denominada interpretación naturalista, conforme con la cual «en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato»; y (ii) la interpretación usual, según la cual «las cláusulas de uso común se presumen, aunque no se expresen».

Aunque ambas pautas parten de la idea de que el contrato debe comprenderse en armonía con su contexto objetivo —esto es, con su naturaleza y con las prácticas que le son propias—, cada una responde a supuestos diferentes y, por tanto, exige un examen separado.

La regla naturalista impone preferir, entre varias interpretaciones plausibles, aquella que mejor se armonice con la naturaleza del negocio jurídico celebrado. Así, cuando los términos contractuales admiten más de un entendimiento razonable, debe adoptarse el que resulte más coherente con el tipo contractual y con la función económica que este está llamado a cumplir, en la medida en que la naturaleza del contrato opera como criterio objetivo de orientación para delimitar sus efectos y proyectar sus consecuencias jurídicas, procurando siempre un resultado útil, sistemático y acorde con la finalidad práctica del acuerdo.

[...] La regla de la interpretación usual, por su parte, tiene lugar en los eventos en los cuales la controversia recae sobre aspectos que, siendo propios del tráfico ordinario en contratos de la misma naturaleza, no fueron expresamente regulados por las partes. En tales eventos, las cláusulas de uso común se presumen incorporadas al negocio jurídico y producen los efectos correspondientes. Se trata, en esencia, de un mecanismo de integración contractual que opera frente a vacíos del clausulado, a partir de prácticas reiteradas y generalmente aceptadas en el ámbito del tipo contractual de que se trate.

REGLA DE LA INTERPRETACIÓN INCLUYENTE O EXPLICATIVA – Código Civil artículo 1623 – Caso específico incorporado de manera explicativa – Proyección razonable a eventos análogos

El artículo 1623 del Código Civil consagra la regla de la interpretación incluyente o explicativa, al establecer que «cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda». Esta disposición tiene por objeto impedir que la referencia a un supuesto particular — incluido con finalidad ilustrativa o aclaratoria— sea entendida como una delimitación exhaustiva del alcance de la obligación, cuando del contexto contractual se infiera que la estipulación puede proyectarse razonablemente a otros eventos análogos.

La aplicación de esta pauta presupone, entonces, que el contrato contenga un ejemplo o caso específico incorporado con carácter explicativo y no limitativo. En el asunto bajo examen, no se presenta tal circunstancia, pues la cláusula relativa a la bonificación de éxito no enuncia supuestos a título meramente ilustrativo, sino que define de manera directa y precisa las hipótesis de causación y los porcentajes correspondientes. Los eventos allí previstos no cumplen una función ejemplificativa, sino que constituyen verdaderas condiciones contractuales autónomas.

REGLA DE LA INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS AMBIGUAS EN FAVOR DEL DEUDOR Y EN CONTRA DEL ESTIPULANTE O PREDISPONENTE – Código Civil artículo 1624 – Interpretación residual – Interpretación en favor del deudor

El artículo 1624 del Código Civil prevé una regla hermenéutica de carácter residual, al disponer que «no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor, pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella».

En esta disposición convergen dos criterios enlazados, a saber: (i) el principio favor debitoris, que impone optar por la interpretación menos gravosa para quien resulta obligado cuando persista una ambigüedad insuperable; (ii) la regla contra proferentem, según la cual las estipulaciones ambiguas deben interpretarse en contra de quien las redactó o impuso, siempre que la oscuridad le sea imputable. Sin embargo, el propio tenor normativo evidencia su carácter subsidiario, pues únicamente procede cuando las demás reglas de interpretación no permiten esclarecer el sentido de la cláusula controvertida. Se trata, en consecuencia, de un mecanismo de cierre del sistema hermenéutico.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL – Alcance – Fundamento – Fuerza vinculante del contrato – Código Civil artículo 1602

[...] El incumplimiento contractual constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad derivada del contrato estatal y se configura cuando una de las partes, mediante una conducta jurídicamente imputable, deja de ejecutar total, parcial o defectuosamente las obligaciones asumidas, en contravía de lo pactado.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido pacíficamente que el incumplimiento «tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, el cual asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa con ello un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar. Su fundamento descansa, entonces, en la fuerza vinculante del contrato, como expresión de la autonomía de la voluntad y del principio pacta sunt servanda, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y debe ejecutarse de buena fe.

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO – Incumplimiento – Causación del daño antijurídico – Nexos causales entre conducta incumplida y perjuicio alegado – Clases de incumplimiento – Retardo – Cumplimiento defectuoso – Cumplimiento definitivo

Ahora bien, la configuración de la responsabilidad contractual exige la acreditación concurrente de tres presupuestos, a saber: (i) el incumplimiento de una obligación válida y exigible -sea por cumplimiento defectuoso o tardío o por inejecución definitiva-; (ii) la causación de un daño antijurídico a la parte cumplida; y (iii) la existencia de un nexo causal entre la conducta incumplida y el perjuicio alegado. El retardo se presenta cuando el deudor no satisface la prestación dentro del término en que era exigible; el cumplimiento defectuoso ocurre cuando la ejecución no se ajusta a las condiciones pactadas, legales o derivadas de la buena fe; y el incumplimiento definitivo tiene lugar cuando la omisión es total o cuando, aun siendo posible la ejecución tardía, está ya no resulta idónea para satisfacer el interés del acreedor.

Desde el punto de vista procesal, quien pretende la declaratoria de incumplimiento y la consecuente indemnización debe probar de manera suficiente los hechos constitutivos de la responsabilidad, conforme con el principio de la carga de la prueba -onus probandi-, que impone a las partes demostrar el supuesto fáctico de las normas que invocan. A su vez, el juez debe fundar su decisión en las pruebas regulares y oportunamente allegadas al proceso, de modo que solo cuando se acreditan los elementos señalados procede la condena al cumplimiento o al pago de los perjuicios correspondientes, en los términos solicitados y probados.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

MAGISTRADA PONENTE: ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintiséis (2026)

Radicación: 25000-23-36-000-2015-02376-01 (58542)
Demandante: Felipe De Vivero Arciniegas
Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano
Referencia: Controversias contractuales – CPACA

TEMAS: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – se configura cuando una de las partes incurre en la inejecución total, parcial, tardía o defectuosa de las obligaciones asumidas en un contrato, contrariando el contenido obligacional convenido. Habilita a la parte cumplida para exigir la correspondiente indemnización de los perjuicios causados, siempre que se acrediten los elementos que estructuran la responsabilidad contractual. BONIFICACIÓN DE ÉXITO PACTADA EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES - modalidad de remuneración variable pactada en contratos de prestación de servicios, usualmente como complemento de una suma fija, cuyo pago depende de la obtención de resultados favorables para el contratante. En el ámbito de la representación judicial, suele consistir en un porcentaje calculado sobre el beneficio económico alcanzado. PRUEBA ANTICIPADA – elemento de convicción recaudado antes de la oportunidad procesal ordinaria con finalidad conservatoria. Cuando se practica con citación y comparecencia de la contraparte no requiere ratificación posterior, por entenderse garantizado el principio de contradicción. DECLARACIÓN DE EXREPRESENTANTE LEGAL DE ENTIDAD PÚBLICA – manifestación que, aunque no puede generar efectos de confesión en virtud de la prohibición prevista en el artículo 217 del CPACA, al ser rendida cuando ya no ostenta la calidad de representante legal debe apreciarse como testimonio y valorarse conforme a las reglas de la sana crítica. PRINCIPIOS Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS - conjunto de criterios jurídicos previstos en el Código Civil para determinar el sentido y alcance de las cláusulas contractuales cuando existe duda, ambigüedad o controversia. INTERESES MORATORIOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES - prestación accesorio que surge cuando la entidad pública incurre en mora en el pago de obligaciones contractuales, destinada a compensar el retardo en el cumplimiento. Su cálculo se rige por lo pactado o, en su defecto, por las normas legales que gobiernan el negocio jurídico celebrado.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia del 28 de septiembre de 2016, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La controversia suscitada en el *sub examine* se circunscribe a determinar si el Instituto de Desarrollo Urbano —en lo sucesivo, IDU— incumplió el contrato de prestación de servicios de representación judicial 475 de 2002, celebrado con el abogado Felipe De Vivero Arciniegas, al pagar de manera incompleta la bonificación de éxito pactada, tras la terminación por vía conciliatoria de los procesos judiciales derivados de la ejecución del contrato de obra pública 462 de 1997, suscrito entre dicha entidad e Ingenieros Civiles Asociados S.A. —en adelante, ICA S.A.—.



El demandante afirma que el IDU realizó una interpretación errónea de los párrafos segundo y tercero de la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios de representación judicial, relativos a la forma de liquidar la bonificación de éxito, al reconocer únicamente uno de los dos porcentajes previstos, esto es, el 2% asociado a las sumas obtenidas a su favor en el acuerdo conciliatorio, y no efectuar el pago del 1% correspondiente a la diferencia entre las pretensiones formuladas por ICA S.A. en los distintos procesos y los valores finalmente definidos por la jurisdicción.

En la sentencia de primera instancia el Tribunal concluyó que el IDU no reconoció de manera integral la bonificación de éxito pactada, al considerar que los porcentajes del 1% y del 2% respondían a supuestos autónomos y concurrentes, y que la terminación del litigio mediante conciliación no impedía su causación. En consecuencia, declaró el incumplimiento de la obligación consistente en el pago del 1% sobre la diferencia entre las súplicas formuladas por ICA S.A. y los valores finalmente definidos; tuvo por satisfecho el 2% ya cancelado sobre el valor conciliado, y liquidó judicialmente el contrato, fijando un saldo actualizado a favor del contratista de \$696'603.674.

Ambas partes apelaron la decisión: **(i)** el IDU solicitó su revocatoria, señalando que la interpretación adoptada desbordó el alcance del contrato; en su criterio, si los litigios culminaban por conciliación, la bonificación de éxito debía liquidarse exclusivamente sobre el 2% del valor acordado, porcentaje que fue reconocido y pagado en debida forma; **(ii)** la parte actora pidió su modificación, al estimar que, aunque fue acertada la declaratoria de incumplimiento, el monto reconocido fue inferior al que debía liquidarse, pues el 1% no fue calculado por el *a quo* de manera individual respecto de cada proceso, y el 2%, cuyo pago se tuvo por satisfecho, se determinó sobre una base inferior a la pactada y no incluyó el IVA ni los intereses moratorios pactados.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. El 16 de octubre de 2015¹, el abogado Felipe De Vivero Arciniegas, actuando en nombre propio, presentó demanda en contra del IDU, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, con las **pretensiones** que se transcriben a continuación, incluso con posibles errores:

«PRIMERA. Que se declare que el IDU incumplió el contrato 475 de 2002, al no pagar las comisiones de éxito en la forma que fueron estipuladas en la cláusula cuarta [del contrato 475 de 2002].

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRINCIPAL. Que se liquide el contrato 475 de 2002 en los términos previstos tanto en el acuerdo de voluntades, como en la Ley 80 de 1993.

SEGUNDA. Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare que el IDU tiene la obligación de pagar a favor del suscrito la bonificación de éxito establecida en el párrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato 475 suscrito el 27 de diciembre de 2002 entre el IDU y Felipe De Vivero Arciniegas, consistente

¹ Folios 1 a 37 del cuaderno 1 y CD 1.



en el pago del 1% de la diferencia entre las sumas pretendidas por la firma ICA S.A. y aquellas efectivamente reconocidas en la conciliación que finalizó los procesos objeto de representación judicial.

TERCERA. Que como consecuencia de la anterior pretensión y luego de descontarse el valor recibido como pago parcial, se ordene al IDU pagar a mi favor la suma de \$917'637.060,14 actualizada al mes de agosto de 2015 más IVA o la suma que resulte probada en el proceso.

CUARTA. Que se declare que el IDU tiene la obligación de pagar a favor del suscrito la bonificación de éxito establecida en el parágrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato 475 suscrito el 27 de diciembre de 2002, entre el IDU y Felipe De Vivero Arciniegas, consistente en el pago del 2% de la suma reconocida por la firma ICA S.A., a favor del IDU en la conciliación de los procesos objeto de representación judicial.

QUINTA. Que como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene al IDU pagar como bonificación de éxito a mi favor, la suma de \$496'624.359,40 actualizada al mes de agosto de 2015 más IVA o la suma que resulte probada en el proceso.

SÉXTA. Que las sumas anteriormente mencionadas sean actualizadas a la fecha en que efectivamente se realice el pago.

SÉPTIMA. Que sobre las sumas señaladas en los ordinales tercero y quinto se liquiden intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal liquidados a partir del 21 de noviembre de 2014, de conformidad con la cláusula quinta del Contrato 475 suscrito el 27 de diciembre de 2002 entre el IDU y Felipe De Vivero Arciniegas».

1.2. En síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

1.2.1. El 27 de diciembre de 2002, el IDU y Felipe De Vivero Arciniegas celebraron el contrato de prestación de servicios profesionales 475 de 2002, cuyo objeto consistió en «*prestar asesoría jurídica externa encaminada a representar judicialmente al Instituto en los procesos que se adelantan en el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca con los números de radicado 2002-1985 y 2002-2337, y todos aquellos que inicie la firma ICA S.A. con ocasión del contrato 462 de 1997 [...]*».

En dicho negocio se estableció como remuneración una suma fija de \$464'000.000, pagadera de manera escalonada conforme al avance procesal de cada uno de los asuntos encomendados², además de una bonificación de éxito, consistente en el «*pago del 1% de la diferencia entre la suma pretendida por ICA S.A. y la que finalmente determine el Tribunal; en el caso de obtenerse unas sumas a favor del IDU [...], se causará un pago equivalente al 2% de la suma a la que resulte condenada dicha firma*». Asimismo, se pactó que «*en el evento de lograrse acuerdo conciliatorio en cualquier etapa, solo se pagarán los valores ocasionados hasta ese momento; en todo caso, sobre el valor conciliado se causará la bonificación de éxito antes señalada*».

² La suma fija se pactó de la siguiente manera: un anticipo de \$116'000.000 una vez perfeccionado y legalizado el contrato, y siete pagos sucesivos de \$58'000.000 cada uno, condicionados a hitos procesales específicos, tales como la contestación de las demandas, el decreto de pruebas y la expedición de las sentencias de primera y segunda instancia, con la precisión de que, en caso de acumulación, los pagos se efectuarían según la etapa correspondiente del proceso acumulado.



1.2.2. En atención al objeto contractual, el abogado De Vivero Arciniegas asumió la defensa judicial del IDU en los procesos con los radicados 2002-1985, 2002-2337 y 2003-0655 —acumulados posteriormente—, respondiendo oportunamente a las demandas de ICA S.A., presentando las excepciones de mérito correspondientes y defendiendo los intereses de la entidad; adicionalmente, en uno de los procesos promovió demanda de reconvención, solicitando el reconocimiento de diversas sumas a favor del IDU, derivadas de presuntos incumplimientos contractuales por parte de ICA S.A.

1.2.3. En el marco del contrato, el IDU pagó a favor de Felipe De Vivero, por concepto de honorarios fijos, la suma de \$290'000.000, discriminada así: **(i)** \$116'000.000 como pago inicial al perfeccionamiento y legalización del contrato; **(ii)** \$58'000.000 por la contestación de las demandas; **(iii)** \$58'000.000 con ocasión de la expedición del auto que decretó pruebas en uno de los procesos; y **(iv)** \$58'000.000 por la expedición del auto que decretó pruebas en otro de los procesos.

1.2.4. Las controversias judiciales concluyeron con la firma de un acuerdo conciliatorio, que fue aprobado en su integridad por el Consejo de Estado, en el que se reconocieron saldos a favor de ICA S.A. por la suma de \$7.329'554.117,33 y a favor del IDU por \$14.582'565.813,31. Una vez practicado el cruce de cuentas y la correspondiente actualización, se determinó un saldo final a cargo de ICA S.A. y en favor del IDU por una suma de \$11.846'032.685,62.

1.2.5. Tras el pago del saldo mencionado por parte de ICA S.A., el abogado De Vivero Arciniegas solicitó al IDU el pago de la bonificación de éxito, así: el 2% sobre el monto reconocido a favor del IDU en el acuerdo conciliatorio, y el 1% sobre la diferencia entre las súplicas formuladas por ICA S.A. y la suma finalmente fijadas por la jurisdicción.

1.2.6. En respuesta a dicha solicitud y tras varias comunicaciones cruzadas, el IDU reconoció, por concepto de bonificación de éxito, únicamente el 2% del monto recibido con ocasión del acuerdo conciliatorio, debidamente actualizado, para un total de \$274'827.959, y desestimó el pago del 1% sobre la diferencia entre las pretensiones formuladas por ICA S.A. y la suma finalmente determinada, alegando que este último solo procedía cuando existiera una decisión judicial de fondo que resolviera la controversia y fijara condenas, lo cual no se configuró dado que los procesos culminaron por conciliación y no por sentencia judicial.

1.2.7. El 4 de diciembre de 2014, el abogado De Vivero Arciniegas aceptó la suma ofrecida por el IDU como pago parcial de la bonificación de éxito pactada, pero dejó constancia expresa de su desacuerdo con la liquidación realizada, argumentando que el monto reconocido no correspondía a la totalidad de lo adeudado, razón por la cual manifestó que recibía dicho valor «*sin perjuicio de las acciones legales que se reserva el derecho de ejercer respecto del saldo restante*».

1.3. Como **fundamento jurídico** de sus pretensiones, el demandante sostuvo que, al liquidar la bonificación de éxito, el IDU efectuó una interpretación errónea del parágrafo



segundo de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002, reconociendo únicamente el 2% sobre el valor efectivamente recibido por la entidad como resultado del acuerdo conciliatorio —cuya base de liquidación también estimó incorrecta—, y omitiendo el reconocimiento del 1% correspondiente a la diferencia entre las sumas pretendidas por ICA S.A. en las distintas demandas y las finalmente determinadas por la jurisdicción, bajo la justificación de que este último porcentaje solo procedía en el evento en que los procesos terminaran con fallo judicial y no mediante conciliación, interpretación que, en su criterio, no se ajustó al tenor contractual.

Argumentó que el hecho de que la prima de éxito hubiera sido pactada bajo dos porcentajes distintos no implicaba que estos fueran excluyentes, en tanto cada uno respondía a escenarios claramente diferenciados, susceptibles de concurrir. En particular, indicó que el primer escenario se vinculaba a la labor de defensa encaminada a reducir las pretensiones formuladas por ICA S.A. en contra del IDU, lo que daba lugar al reconocimiento del 1% sobre la diferencia entre lo pretendido en cada demanda y lo finalmente reconocido; mientras que el segundo escenario se relacionaba con la obtención de un resultado económico favorable a la entidad, derivado de la formulación de la demanda de reconvención, que habilitaba el pago del 2% sobre las sumas reconocidas a favor del IDU.

Adicionalmente, sobre este segundo escenario estimó que, si bien el IDU pagó por concepto de bonificación de éxito el 2% sobre la suma efectivamente recibida en virtud del acuerdo conciliatorio —\$11.205'146.035,90—, lo cierto es que ello no se ajustó a lo pactado, en la medida en que la base debía ser la suma total reconocida a favor de la entidad —\$14.582'565.813,31—, con independencia del cruce de cuentas efectuado para extinguir las obligaciones recíprocas, pues ese valor representaba el verdadero reconocimiento económico obtenido por el IDU y, en consecuencia, el parámetro correcto para la liquidación de la bonificación de éxito.

Finalmente, sostuvo que la terminación de los procesos por vía conciliatoria no alteraba la forma de liquidar la bonificación de éxito, dado que en el párrafo tercero de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002 se pactó expresamente que, en dicho evento, esta se causaría «*en todo caso*» conforme con los porcentajes previamente pactados, de manera que la conciliación no suprimía ni modificaba los escenarios previstos en el párrafo segundo, sino que sustituía la sentencia como mecanismo de definición del litigio, razón por la cual, a su juicio, debían reconocerse ambos porcentajes pactados, en atención tanto a la reducción de las pretensiones de ICA S.A. como al ingreso de recursos a favor del IDU, concluyendo así que en el presente asunto «*procede la liquidación de la bonificación de éxito en los términos pactados contractualmente y no en los términos que el IDU la liquidó*».

2. Contestación de la demanda

2.1. El IDU³ se opuso a las pretensiones de la demanda, salvo aquella encaminada a obtener la liquidación del contrato 475 de 2002 en sede judicial. Afirmó que dio estricto

³ Folios 54 a 75 del cuaderno 1.



y cabal cumplimiento a todas las obligaciones derivadas de dicho negocio jurídico, en particular a la relacionada con la forma de pago de la bonificación de éxito, la cual fue reconocida conforme con lo previsto en la cláusula cuarta, la cual, a su juicio, reguló no dos sino tres escenarios distintos, autónomos y excluyentes para su causación, cada uno condicionado a la ocurrencia de supuestos fácticos claramente diferenciados:

(i) El primer escenario, previsto en la primera parte del párrafo segundo de la cláusula cuarta, contempló el pago del 1% de la diferencia entre la suma pretendida por ICA S.A. y la que finalmente determinara el juez competente en los respectivos procesos. Este supuesto, a su juicio, requería necesariamente la existencia de una sentencia que resolviera las pretensiones formuladas por dicha sociedad y permitiera establecer, con base en un pronunciamiento de fondo, la diferencia económica correspondiente.

(ii) El segundo escenario, incluido en la segunda parte del párrafo segundo de la cláusula cuarta, estableció el reconocimiento de una bonificación equivalente al 2% de la suma a la que resultara condenada ICA S.A. a favor del IDU. Este supuesto, en criterio del IDU, exigía igualmente la existencia de una condena judicial impuesta por un juez.

(iii) El tercer escenario, previsto en el párrafo tercero de la cláusula cuarta, reguló el reconocimiento de la bonificación de éxito en caso de terminación de los procesos por vía conciliatoria, disponiendo que solo se pagarían los valores causados hasta ese momento y que, en todo caso, dicha bonificación se causaría sobre el valor conciliado. En este evento era aplicable el porcentaje del 2%, en cuanto el acuerdo conciliatorio generaba un ingreso económico a favor del IDU y el párrafo mencionado remitía expresamente a «*la bonificación de éxito antes señalada*», sin que fuera necesario un pronunciamiento judicial de fondo.

A partir de esa estructura contractual, precisó que en el *sub examine* los procesos judiciales culminaron mediante acuerdo conciliatorio aprobado por la autoridad judicial competente, lo que activó el tercer escenario, previsto en el párrafo tercero de la cláusula cuarta del contrato. En consecuencia, sostuvo que, una vez aprobado dicho acuerdo, ICA S.A. consignó a favor de la entidad la suma conciliada, debidamente actualizada, y que sobre ese valor se liquidó y pagó la bonificación de éxito al abogado De Vivero, en los términos contractualmente previstos, de ahí que, a su juicio, dio pleno cumplimiento a la obligación, quedando a paz y salvo por dicho concepto.

Adicionalmente, señaló que no resultaba jurídicamente admisible asimilar el auto que aprueba un acuerdo conciliatorio entre las partes a una sentencia judicial que dirime de fondo las controversias suscitadas, pues aquella providencia se limita a verificar la legalidad del acuerdo, la protección del interés público y la disponibilidad de los derechos en discusión, sin decidir las pretensiones ni imponer condenas. En ese contexto, anotó que carecía de sustento contractual y jurídico cualquier pretensión orientada a reclamar el pago del 1% sobre diferencias entre pretensiones y valores



conciliados, en la medida en que dicha operación no fue pactada para el escenario de conciliación y supondría un cobro de lo no debido.

En consonancia con lo expuesto, propuso las siguientes excepciones de fondo: **(i)** «interpretación errónea del párrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002»; **(ii)** «eventos en los cuales era viable el reconocimiento de la bonificación de éxito»; **(iii)** «pago total de la obligación»; **(iv)** «terminación del proceso por conciliación entre las partes» y **(v)** «cobro de lo no debido».

3. Alegatos de conclusión en primera instancia

3.1. El IDU⁴ reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y agregó que la controversia se circunscribía a un problema de interpretación contractual, el cual debía abordarse de manera sistemática y conforme a la voluntad expresamente consignada por las partes en el clausulado, en los términos del artículo 1618 del Código Civil, atendiendo los escenarios allí previstos y diferenciados, sin extender sus efectos a supuestos no regulados ni alterar el alcance propio de las estipulaciones pactadas.

3.2. El accionante⁵ insistió en los argumentos de la demanda y añadió que la controversia no radicaba en la forma de terminación de los procesos judiciales — respecto de la cual no existía duda de que se produjo mediante conciliación—, sino en la correcta interpretación de los párrafos segundo y tercero de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002, de la cual se desprendía que los porcentajes pactados por concepto de bonificación de éxito respondían a supuestos fácticos distintos según el rol procesal asumido por el IDU, de modo que procedía el reconocimiento concurrente tanto del 1% como del 2%, interpretación que se ajustaba a la literalidad del contrato y contaba con respaldo probatorio.

3.3. El Ministerio Público guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia

4.1. Mediante sentencia del 28 de septiembre de 2016⁶, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca —con salvamento de voto de uno de sus integrantes⁷— resolvió: **(i)** declarar el incumplimiento del contrato 475 de

⁴ Folios 353 a 355 del cuaderno 1.

⁵ Folios 356 a 382 del cuaderno 1.

⁶ Folios 384 a 400 del cuaderno principal.

⁷ En el salvamento de voto, el magistrado se apartó de la decisión mayoritaria de la Sala al sostener que la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002, relativa a la bonificación de éxito, debía interpretarse en el sentido de que los porcentajes previstos eran excluyentes y no acumulables. Señaló que no era posible acudir a las reglas subjetivas de interpretación contractual, pues ni la propuesta presentada por el abogado, ni el memorando interno que dio origen al contrato, ni su propio texto permitían establecer con claridad la intención común de las partes acerca de si los porcentajes del 1% y del 2% eran concurrentes o excluyentes; además, el testimonio de la exdirectora del IDU no podía suplir el contenido contractual ni constituir confesión válida de la entidad. En consecuencia, consideró necesario aplicar las reglas objetivas de interpretación contractual, las cuales conducían a entender que se trataba de una única bonificación condicionada al resultado final de la gestión.



2002 suscrito entre el IDU y Felipe De Vivero Arciniegas; **(ii)** declarar judicialmente liquidado el contrato, con un saldo a favor del contratista y a cargo del IDU equivalente a \$696'603.674; **(iii)** condenar en costas a la entidad demandada; y **(iv)** negar las demás pretensiones de la demanda.

4.1.1. Como fundamento de sus decisiones, el Tribunal señaló que en el presente asunto era necesario dilucidar, de manera preliminar, *«la voluntad de las partes respecto de los parágrafos primero, segundo y tercero de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002, que generó el conflicto objeto de análisis»*. Con este propósito, acudió a algunas de las reglas de interpretación de los contratos previstas en el Código Civil y, en particular, consideró lo siguiente:

De conformidad con lo previsto en el artículo 1618 del Código Civil, sostuvo que la intención de las partes al pactar la bonificación de éxito en el contrato bajo estudio fue consensuada, clara y expresa, en la medida en que, tanto la propuesta radicada por el abogado Felipe De Vivero Arciniegas como el memorando DG-0000-0240, suscrito por la directora del IDU, evidenciaban que por concepto de bonificación de éxito *«se pagaría el 1% de la diferencia entre la suma pretendida por la firma ICA S.A. y la que finalmente se resolviera [en sede judicial]; y adicionalmente, pues no existe en el texto objeto de estudio palabra de la que se desprenda disyunción alguna, señalaron las partes que en el caso de obtenerse una suma a favor de la entidad demandada, se causaría un pago equivalente al 2% de la suma a la que resultara condenada la sociedad ICA S.A.»*.

Asimismo, indicó que, aun cuando en la definición de la bonificación de éxito fueron planteados dos porcentajes distintos, lo cierto es que estos podían producir efectos de manera concomitante, no solo porque se originaban en supuestos fácticos diferentes, sino porque, de acuerdo con las prescripciones del artículo 1620 del Código Civil, *«debe preferirse el sentido en que dicha cláusula produce algún efecto, a aquel en que no fuese capaz de producir efectos»*.

Finalmente, señaló que, a partir de un ejercicio de interpretación por comparación o por aplicación práctica, en los términos del artículo 1622 del Código Civil, era posible constatar —con fundamento en varios negocios jurídicos celebrados entre las mismas y allegados al plenario— que la estructura de la bonificación de éxito era sustancialmente similar. De ahí que, en el caso concreto, debían reconocerse los dos porcentajes pactados en dicha cláusula, con independencia de que el proceso hubiera culminado en virtud de un acuerdo conciliatorio, circunstancia que también se presentó en otros contratos sin que hubiera sido objeto de controversia.

4.1.2. En atención a la hermenéutica realizada, estimó que debía declararse el incumplimiento contractual del IDU, por cuanto omitió reconocer *«a título de bonificación de éxito al abogado de Vivero Arciniegas, el pago del 1% de la*

Así, al haber culminado los procesos acumulados con acuerdo conciliatorio en el que ICA S.A. se comprometió a pagar una suma a favor del IDU, la bonificación debía liquidarse solo respecto del 2% del valor conciliado, como lo hizo la entidad, por lo cual, a su juicio, debieron negarse las pretensiones y declararse a las partes a paz y salvo. Folios 401 a 406 del cuaderno principal.



diferencia entre la suma pretendida por la firma ICA S.A. y la que finalmente fue reconocida a la entidad por medio de acuerdo conciliatorio». Lo anterior, sin perjuicio del pago efectivamente realizado y correspondiente al 2% del monto conciliado, el cual había ascendido a \$274'827.959.

4.1.3. De conformidad con lo anterior, procedió a liquidar judicialmente el contrato de prestación de servicios 475 de 2002, incluyendo en la liquidación la suma dejada de pagar por el IDU por concepto de prima de éxito, la cual, se reitera, «corresponde al 1% de la diferencia entre la suma pretendida por la firma ICA S.A., esto es, \$78.179'127.165 y la que finalmente determinó el Consejo de Estado [...], esto es, \$11.205'146.035,90, luego entonces, la diferencia entre esos valores corresponden a \$59.644'427.011,77, por lo que el 1% de esta suma es \$596'444.270». En este orden, la liquidación arrojó los siguientes valores:

ITEM	VALORES PAGADOS	VALORES POR PAGAR	VALORES DEL CONTRATO
Valor del contrato (Cláusula Tercera)	\$290'000.000		\$290'000.000
1% (Bonificación por éxito) resultante de la diferencia entre la suma pretendida por la firma ICA S.A y la que finalmente determine el Tribunal		\$596'444.270	\$596'444.270
2% (Bonificación por éxito) de la suma resultante a favor del IDU	\$274'827959		\$274'827959
SALDO POR PAGAR		\$596'444.270	
TOTALES VALOR CONTRATO			\$1.161'272.229

Finalmente, concluyó que de la liquidación judicial del contrato en cuestión se desprendía una obligación a cargo del IDU por concepto del saldo insoluto correspondiente al 1% de la prima de éxito, equivalente a \$596'444.270, monto que, actualizado desde la ejecutoria de la providencia que aprobó el acuerdo conciliatorio —7 de noviembre de 2013— hasta la fecha de la sentencia —28 de septiembre de 2016—, ascendía a \$696'603.674.

5. Recursos de apelación

5.1. Inconformes con la decisión anterior, ambas partes interpusieron recurso de apelación, en los términos que a continuación se resumen:

5.2. El IDU⁸ solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, denegar todas las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que el Tribunal, si bien acudió a algunas reglas de interpretación contractual previstas en el Código Civil, las aplicó de manera equivocada, lo que condujo a una indebida comprensión del alcance de cláusula relativa a la bonificación de éxito.

5.2.1. En relación con la aplicación del artículo 1618 del Código Civil, sostuvo que el *a quo* incurrió en error al concluir que la voluntad de las partes en torno a la bonificación de éxito era clara, expresa e inequívoca. Indicó que, aun cuando el *a quo* consideró

⁸ Folios 412 a 422 del cuaderno principal.



que de la propuesta presentada por el abogado De Vivero y del memorando suscrito por la directora del IDU se desprendía una intención concordante respecto de los dos porcentajes pactados, lo cierto es que en ninguno de dichos documentos se contempló el supuesto que efectivamente se materializó durante la ejecución del contrato, esto es, la terminación de los procesos judiciales por acuerdo conciliatorio.

En ese sentido, afirmó que el análisis efectuado en la sentencia apelada se concentró indebidamente en el párrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato en cuestión, sin examinar el alcance del párrafo tercero, que regulaba expresamente el evento de la conciliación, razón por la cual no podía predicarse la existencia de una voluntad inequívoca frente a un escenario no previsto ni analizado en el fallo.

5.2.2. En cuanto a la aplicación del artículo 1620 del Código Civil, adujo que resultaba desacertado acudir al criterio de preferencia del sentido que produce efectos para justificar el reconocimiento concomitante de ambos porcentajes relativos a la prima de éxito, pues el contrato 475 de 2002 estableció supuestos claramente diferenciados para su causación. Concretamente, reiteró que el 1% se encontraba condicionado a la existencia de una sentencia judicial que resolviera las pretensiones formuladas por ICA S.A. y que permitiera establecer la diferencia entre lo pretendido y lo reconocido; mientras que el 2% exigía igualmente una condena judicial a cargo de dicha sociedad, presupuestos que, en criterio de la entidad demandada, no se configuraron en el caso concreto, habida cuenta de que los procesos terminaron por acuerdo conciliatorio, sin pronunciamiento judicial de fondo.

Asimismo, insistió en que no era jurídicamente viable equiparar la providencia que aprueba un acuerdo conciliatorio con una sentencia que dirime de fondo un litigio, pues la primera se contrae a verificar la legalidad del acuerdo y el respeto de los derechos involucrados, sin decidir las pretensiones formuladas en la demanda ni imponer condenas en los términos propios de una decisión jurisdicción definitiva. En consecuencia, en su criterio, el único supuesto que se concretó fue el previsto en el párrafo tercero de la cláusula cuarta del contrato, relativo a la terminación por conciliación judicial, evento en el cual la prima de éxito debía liquidarse exclusivamente sobre el 2% del valor conciliado y, como dicho porcentaje había sido pagado en su integridad, no se configuró incumplimiento contractual alguno.

5.2.3. Frente a la aplicación del artículo 1622 del Código Civil, refirió que resultaba improcedente el ejercicio de interpretación por comparación o por aplicación práctica efectuado por el Tribunal, en la medida en que los contratos tomados como referente, aunque presentaban alguna similitud con el contrato 475 de 2002, regulaban de manera distinta la bonificación de éxito. En particular, señaló que, mientras en el contrato objeto de controversia se establecieron diversos escenarios de causación con porcentajes diferenciados y sujetos al cumplimiento de condiciones específicas, en el contrato 226 de 2002 se pactó una estructura unificada de la bonificación, aplicable tanto en caso de sentencia como de conciliación, lo que impedía utilizarlo como parámetro interpretativo y tornaba improcedente resolver la controversia con apoyo en la interpretación sistemática por comparación.



5.2.4. A partir de lo expuesto, afirmó que la liquidación judicial efectuada no se ajustó a lo pactado, pues «*el parágrafo tercero de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002 [plasmó] que en el evento de darse conciliación entre las partes la bonificación de éxito se causaría sobre el valor conciliado [...], quedando claro que si las partes trabadas en litigio resuelven su situación jurídica mediante la conciliación, no puede el abogado que defiende los intereses de la entidad entrar a realizar cuentas (sumas y restas) para reclamar reconocimiento frente a los cuales no tiene derecho, dadas las condiciones en que fueron resueltos los procesos judiciales para los que se le contrató*». En ese contexto, reiteró que la entidad quedó a paz y salvo por concepto de la bonificación de éxito, la cual fue reconocida y pagada en su totalidad.

5.3. La **parte actora**⁹ solicitó la modificación de la sentencia de primera instancia. En ese sentido, puso de presente que no tenía reparos frente a los «*fundamentos que se exponen en cuanto al incumplimiento del contrato por parte del IDU al no pagar la bonificación de éxito*», pasando así a precisar que su inconformidad radicaba en cuanto a la forma como fue liquidada dicha bonificación.

5.3.1. Al respecto, indicó que la liquidación del porcentaje del 1% debía efectuarse de manera individual respecto de cada uno de los procesos judiciales promovidos por ICA S.A. —aunque hubieran sido acumulados posteriormente—, tomando como base la diferencia entre las súplicas formuladas por esa sociedad y los valores efectivamente reconocidos en el acuerdo conciliatorio, en los siguientes términos:

(i) En el proceso 2002-1985, las pretensiones ascendían a \$40.015'510.103, mientras que el monto reconocido en la conciliación fue de \$7.329'554.117,33, por lo que la diferencia entre esos valores corresponde a \$32.685'955.985,67, suma que, a su juicio, constituía la base para liquidar el 1% de bonificación de éxito, equivalente a \$326'859.559,86 a julio de 2002. Dicho valor, según lo pactado, debía actualizarse desde enero de 2003 hasta agosto de 2014, arrojando un monto de \$530'948.804,63, más IVA.

(ii) En el proceso 2002-2337, las súplicas formuladas por ICA S.A. ascendían a \$31.100'000.000, sin que se reconociera suma alguna a su favor, de manera que la diferencia coincidía con el valor total pretendido. Sobre dicha base, entonces, debía liquidarse el 1%, equivalente a \$310'000.000 a julio de 2002, monto que, actualizado hasta agosto de 2014, ascendía a \$505'186.606,06, más IVA.

(iii) En el proceso 2002-0655, las pretensiones ascendían a la suma de \$7.063'617.062, sin que se reconociera valor alguno a favor de ICA S.A.; en consecuencia, el 1% debía liquidarse sobre dicha cantidad, lo que arrojaba una suma de \$70'636.170,62, calculada a julio de 2002, la cual, actualizada hasta agosto de 2014 conforme lo pactado contractualmente, equivalía a \$114'740.992,65, más IVA.

A partir de los anteriores cálculos, concluyó que la prima de éxito correspondiente al 1% de la diferencia entre las pretensiones formuladas por ICA S.A. en los procesos

⁹ Folios 423 a 433 del cuaderno principal.



referidos y los valores efectivamente reconocidos en el acuerdo conciliatorio asciende a la suma total de \$1.150'876.423,34, más IVA, cantidad que *«debió ser reconocida en el presente proceso de conformidad con los fundamentos planteados»*.

5.3.2. A su turno, arguyó que el valor reconocido en primera instancia por concepto del 2% pactado resultaba inexacta, porque la base empleada para su liquidación no era la contractualmente correcta.

Explicó que en el acuerdo conciliatorio le fue reconocido al IDU un valor total de \$14.582'565.813,31, a pesar de lo cual el Tribunal había tenido en cuenta solo el monto efectivamente consignado por ICA S.A tras el cruce de cuentas efectuado y que ascendió a \$11.205'146.035,90. En ese sentido, afirmó que *«el valor pagado por ICA S.A. al IDU producto de la conciliación no debió ser la base para liquidar el porcentaje del 2% equivalente a la bonificación de éxito, toda vez que el valor reconocido a favor del IDU en la conciliación [...] fue de \$14.582'565.813,31»*, suma sobre la cual debía calcularse dicho porcentaje, lo que arrojaba un valor de \$291'651.316,27, que actualizado a agosto de 2014 ascendía a \$473'756.734,57, más IVA.

5.3.3. Finalmente, cuestionó que en la sentencia de primera instancia no se hubiera efectuado pronunciamiento alguno respecto de los intereses moratorios solicitados en la demanda, los cuales, en su criterio, deben ser reconocidos, pues la cláusula quinta del contrato 475 de 2002 *«es clara al señalar la obligación que surge para el IDU de liquidar interés moratorios sobre las sumas correspondientes a la liquidación de la bonificación de éxito de las cuales se debe descontar el valor cancelado por el IDU como pago parcial, pero que de la suma a que aquí se fije se debe proceder a actualizarla a la fecha de pago y sobre dicha suma liquidarse los correspondiente intereses moratorios que en la demanda fueron solicitados se liquidaran a partir del 21 de noviembre de 2014 fecha en la cual el IDU realizó el desembolso como pago parcial de la bonificación de éxito»*.

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia

6.1. El IDU¹⁰ reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y sostuvo que el planteamiento de la parte demandante en su alzada se funda en una interpretación fragmentada del contrato, al pretender la liquidación autónoma del 1% de la prima de éxito, pese a que dicho porcentaje no es aplicable para el caso en que la controversia culminaba por conciliación, como aquí sucedió. Señaló que, conforme con el parágrafo tercero de la cláusula cuarta del contrato en cuestión, en ese escenario la bonificación de éxito se causaba únicamente sobre el valor conciliado, lo que habilitaba únicamente el reconocimiento del 2% correspondiente al resultado económico obtenido a favor de la entidad, de manera que, al haberse ya pagado dicho porcentaje, no subsistía obligación adicional a cargo del IDU. Finalmente, indicó que tampoco eran procedentes los intereses moratorios, por cuanto el pago fue oportuno y la indexación no es compatible con su causación.

¹⁰ Folios 457 a 464 del cuaderno principal.



6.2. La parte actora¹¹ también insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación y, en respuesta a lo planteado por el IDU, sostuvo que la interpretación defendida por la entidad desconoce la voluntad inequívocamente consignada en los párrafos segundo y tercero de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002, en los cuales se establecieron dos porcentajes de bonificación de éxito autónomos y concurrentes, aplicables cuando los procesos culminaran tanto por sentencia como por conciliación. Afirmó, además, que el párrafo tercero de la referida cláusula no suprimió ni restringió los escenarios contemplados en el párrafo segundo, sino que aseguró que la terminación anticipada de los litigios mediante conciliación no afectara el reconocimiento integral de la prima pactada, como lo confirmó la prueba documental y testimonial —en especial, la declaración de la entonces directora del IDU—, así como la aplicación práctica del mismo esquema en contratos análogos suscritos entre las partes.

Por último, insistió en que el 1% debía liquidarse respecto de cada proceso, atendiendo a la diferencia entre lo pretendido y lo reconocido, y que el 2% debía calcularse sobre la suma total reconocida a favor del IDU en el acuerdo conciliatorio, sin atender al cruce de cuentas posterior.

6.3. El Ministerio Público¹² rindió concepto desfavorable a los intereses de la parte demandante, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

Expuso que, a partir de una lectura sistemática de la cláusula que reguló la bonificación de éxito en el contrato 475 de 2002, era posible concluir que los porcentajes allí previstos tenían carácter excluyente. En este sentido, indicó, de un lado, que el reconocimiento del 1% únicamente procedía si existía una condena judicial, escenario que no se configuraba cuando el proceso terminaba por la vía de la conciliación; y, por otro lado, expuso que el 2% solo se causaba cuando se obtenía una suma de dinero a favor del IDU como consecuencia de una condena impuesta a ICA S.A. Con base en ello, estimó acreditado que el IDU actuó de acuerdo con lo pactado contractualmente, al «reconocer y pagar el porcentaje correspondiente al 2% sobre el valor conciliado».

7. Impedimentos

7.1. El 18 de julio de 2023¹³, el magistrado Nicolás Yepes Corrales manifestó estar impedido para conocer del presente asunto, conforme lo dispuesto en los artículos 140 y 141.12 del CGP, por cuanto, en su condición de procurador primero delegado ante esta Corporación, rindió concepto en los términos del numeral anterior.

7.2. El 13 de marzo de 2024¹⁴, el magistrado William Barrera Muñoz también manifestó estar impedido para conocer el fondo del presente asunto, con fundamento en lo

¹¹ Folios 465 a 489 del cuaderno principal.

¹² Folios 490 a 520 del cuaderno principal.

¹³ Índice 31, Samai.

¹⁴ Índice 35, Samai.



previsto en los artículos 141.9 del CGP, al considerar que ha coincidido en varias oportunidades con el demandante en escenarios académicos.

7.3. Mediante auto del 23 de septiembre de 2024¹⁵, se declaró fundado el impedimento manifestado por el magistrado Nicolas Yepes Corrales y, en tal virtud, fue separado del conocimiento del presente asunto¹⁶.

7.4. A través de proveído del 3 de febrero de 2026¹⁷, tras la designación de conjueces, se declaró infundado el impedimento formulado por el magistrado William Barrera Muñoz, con lo cual quedó debidamente conformado el *quorum* de la Sala de decisión llamada resolver la controversia.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Subsección seguirá el siguiente orden metodológico: (1) presupuestos procesales; (2) objeto de los recursos y problemas jurídicos a resolver; (3) hechos probados; (4) caso concreto; (5) conclusión; y (6) costas.

1. Presupuestos procesales

1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 104¹⁸ de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde el conocimiento del presente asunto¹⁹, en tanto la controversia sometida a juicio tiene origen en el contrato de prestación de servicios 475 de 2002, celebrado entre el abogado Felipe De Vivero Arciniegas y el IDU, establecimiento público de orden distrital²⁰.

¹⁵ Índice 56, Samai.

¹⁶ Esta determinación la adoptó la Subsección C, en Sala Dual, integrada por el entonces magistrado Jaime Enrique Rodríguez Navas y el magistrado William Barrera Muñoz.

¹⁷ Índice 82, Samai.

¹⁸ CPACA. «Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]».

¹⁹ Al caso *sub examine* resultan aplicables las disposiciones de la Ley 1437 de 2011 —CPACA— y de la Ley 1564 de 2012 —CGP—, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del primero de los estatutos citado.

²⁰ Acuerdo 19 de 1972 expedido por el Concejo Distrital de Bogotá. «Artículo 1º. Créase el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) como establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente».



A su turno, de conformidad con los artículos 150²¹ y 152.5²² del CPACA, al Consejo de Estado le corresponde resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 28 de septiembre de 2016, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en atención a la vocación de doble instancia del proceso, dado que la pretensión de mayor valor formulada en la demanda excede los 500 SMLMV a la fecha de su presentación²³.

1.2. El medio de control procedente es el de controversias contractuales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141²⁴ del CPACA, por cuanto en el presente asunto se debate el incumplimiento del IDU en relación con la correcta liquidación y pago de la bonificación de éxito pactada en el contrato de prestación de servicios 475 de 2002, al haberse desconocido, según alega el demandante, el alcance de las estipulaciones contractuales acordadas por las partes.

1.3. La demanda presentada el 16 de octubre de 2015 fue interpuesta en tiempo, de conformidad con lo previsto en el inciso v) de literal j) del numeral segundo del artículo 164 del CPACA²⁵, tal como pasa a explicarse:

Según lo pactado en la cláusula octava del contrato 475 de 2002, su plazo de ejecución se extendía hasta la finalización de los procesos promovidos por ICA S.A., con ocasión del contrato 462 de 1997²⁶. Dicho término culminó el 7 de noviembre de 2013²⁷, fecha en la cual quedó en firme el auto que aprobó el acuerdo conciliatorio suscrito entre el IDU e ICA S.A. A partir del 8 de noviembre de 2013 comenzó a correr el término para la liquidación del contrato —que, conforme con la cláusula

²¹ CPACA. «Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos [...]».

²² CPACA. «Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]».

²³ En el sub examine, la pretensión mayor fue formulada por la suma de \$917'637'060.14, monto que supera los 500 SMLMV, los cuales, para el año de presentación de la demanda (2015), equivalían a \$322'175.000.

²⁴ CPACA. «Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas [...]». (subrayado añadido).

²⁵ CPACA «Artículo 164. La demanda deberá ser presentada [...] 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad [...] j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o derecho que les sirvan de fundamento [...]. En los siguientes contratos el término de dos (2) años se contará así: v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga [...]».

²⁶ La cláusula octava del contrato 475 de 2002 estableció que «el plazo término del presente contrato es igual al término de duración de todos los procesos que instaure la firma ICA S.A. con ocasión del contrato 462 de 1997 [...]» (folios 1 a 5 del cuaderno 2).

²⁷ Folio 189 del cuaderno 2 y folio 114 del cuaderno 20 (reverso).



decima octava del negocio jurídico y los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, era de cuatro meses para la liquidación de bilateral y dos meses para la unilateral²⁸—, el cual venció el 8 de mayo de 2014 sin que se realizara bajo ninguna de esas modalidades. En consecuencia, los dos años de caducidad del medio de control de controversias contractuales iniciaron el 9 de mayo de 2014 y se extendieron hasta el 9 de mayo de 2016, por lo que la demanda fue presentada oportunamente, incluso sin necesidad de adicionar la suspensión derivada de la solicitud de conciliación extrajudicial²⁹.

1.4. Tanto Felipe De Vivero Arciniegas como el IDU se encuentran legitimados en la causa por activa y pasiva, respectivamente, en la medida en que fueron las partes del contrato 475 de 2002, cuyo incumplimiento se deprecia.

2. Objeto de los recursos y problemas jurídicos a resolver

2.1. De conformidad con los argumentos expuestos en los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, que en conjunto controvierten de manera integral la sentencia de primera instancia —en tanto el IDU pretende su revocatoria al cuestionar la declaratoria de incumplimiento y la parte accionante solicita la revisión completa de la liquidación judicial practicada—, la Sala se encuentra habilitada para examinar sin limitaciones los aspectos sustanciales y económicos de la decisión, en los términos del artículo 328 del Código General del Proceso (CGP)³⁰.

Así las cosas, en el asunto que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, corresponde resolver los siguientes problemas jurídicos:

2.1.1. Determinar si el IDU incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales de representación judicial 475 de 2002 celebrado con Felipe De Vivero Arciniegas, al reconocer y pagar por concepto de bonificación de éxito únicamente uno de los dos porcentajes pactados, bajo el entendimiento de que la terminación de los procesos por vía conciliatoria —y no mediante sentencia— hacía improcedente el reconocimiento concomitante de ambos porcentajes.

2.1.2. En el evento de concluirse la existencia de incumplimiento, definir si resulta procedente modificar la liquidación efectuada por el Tribunal *a quo* respecto de la bonificación de éxito, así como determinar si hay lugar a adicionar el IVA y reconocer los intereses moratorios reclamados.

²⁸ La cláusula décima octava del contrato 475 de 2002 estableció: «*el presente contrato será objeto de liquidación de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. PARÁGRAFO: si el asesor no se presenta para efectos de la liquidación del contrato o las partes no llegan a ningún acuerdo, el IDU procederá a su liquidación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 61 de la citada ley, para lo cual proferirá Resolución motivada susceptible del recurso de reposición*» (Folios 1 a 5 del cuaderno 2).

²⁹ Folios 203 a 205 del cuaderno 2. La solicitud de conciliación extrajudicial se presentó el 29 de abril de 2015 y se declaró fallida el 28 de julio de la misma anualidad.

³⁰ CGP. «Artículo 328. *El Juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. II Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones*».



3. Hechos probados

A continuación, la Sala procederá a exponer los hechos que se encuentran probados y que resultan relevantes para el análisis del presente asunto, a partir de la valoración conjunta de los documentos allegados al expediente por las partes, incluso aquellos que reposan en copia simple, en virtud de lo dispuesto en el artículo 246³¹ del CGP.

Demandas iniciales presentadas por ICA S.A. contra el IDU

3.1. El 24 de septiembre de 2002³², ICA S.A. presentó demanda de controversias contractuales contra el Distrito Capital – Secretaría de Obras Públicas y el IDU, con ocasión de la ejecución y terminación del contrato de obra pública 462 de 1997.

En dicho proceso, que fue tramitado bajo el **radicado 2002-1985**, la sociedad actora pretendió: **(i)** que se declarara la ocurrencia del desequilibrio económico del contrato, el cual no había sido restablecido a su favor; **(ii)** que se declarara que las entidades demandadas debían cancelar los sobrecostos asumidos por ICA S.A., en virtud de ese desequilibrio contractual; **(iii)** que, con fundamento en las anteriores declaraciones, se condenara a las entidades demandadas al pago de *«la suma que resulte probada en el proceso a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato [...] por la totalidad de los perjuicios sufridos y los sobrecostos asumidos por ICA S.A. originados en hechos no imputables al contratista»*; y **(iv)** que se liquidara judicialmente el contrato, con el correspondiente reconocimiento y pago de las sumas adeudadas.

3.2. El 13 de noviembre de 2002³³, ICA S.A. promovió una segunda demanda de controversias contractuales contra el Distrito Capital – Secretaría de Obras Públicas y el IDU, con ocasión de la declaratoria de caducidad del contrato 462 de 1997.

En dicho proceso, que fue tramitado bajo el **radicado 2002-2337**, la parte actora pretendió: **(i)** que se declarara la nulidad de la Resolución 3199 del 23 de mayo de 2002, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato, así como de su confirmatoria, la Resolución 554 del 2 de septiembre de 2002; **(ii)** que, a título de restablecimiento del derecho, se declarara que ICA S.A. no se encontraba obligada a cumplir las resoluciones demandadas y, en consecuencia, a pagar el valor de la cláusula penal que se hizo efectiva, la cual ascendía a \$11.000'000.000; **(iii)** que, en caso de que ICA S.A. hubiese sido compelida a acatar dichos actos administrativos y a pagar la cláusula penal pecuniaria impuesta, se ordenara el reintegro de las sumas correspondientes junto con los intereses moratorios; y **(iv)**

³¹ CGP. «Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...]. Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente».

³² Folios 2 a 149 del cuaderno 5 y folios 2 a 149 del cuaderno 26.

³³ Folios 28 a 108 del cuaderno 2 y folios 2 a 162 del cuaderno 27.



que se condenara a las entidades demandadas a pagar a favor de ICA S.A. *«la indemnización de todos los perjuicios morales y materiales derivados de los actos cuya nulidad se impetra, cuyo monto estimo en la suma de \$20'000.000.000 o el valor que resulte probado en el proceso»*³⁴.

En el acápite correspondiente a la estimación razonada de la cuantía, ICA S.A. indicó que esta ascendía a \$31.000'000.000.

Propuesta de asesoría jurídica, aceptación de la propuesta por parte del IDU y suscripción del contrato de prestación de servicios profesionales 475 de 2002

3.3. El 3 de diciembre de 2002³⁵, Felipe De Vivero Arciniegas presentó *«propuesta de asesoría jurídica encaminada a acompañar tanto al IDU como al Distrito Capital – Secretaría de Obras Públicas en los procesos judiciales que ha iniciado ICA S.A. ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con ocasión del contrato 467 de 1997»*, en la cual se precisó, entre otros aspectos, lo siguiente:

«[...] El alcance de dicha defensa incluye las dos instancias de cada uno de estos procesos, así como la presentación de demandas de reconvención en aquellos casos en que se considere procedente. [...].

Los honorarios totales correspondientes a esta asesoría ascienden a la suma de \$400'000.000 [...].

Teniendo en cuenta que estos procesos podrían ser acumulados en uno solo dada la naturaleza de la controversia y las partes involucradas, en el evento en que eso suceda, las sumas serán pagaderas en la oportunidad procesal correspondiente al proceso acumulado y que fuese mencionada para cada uno de los procesos aludidos.

A título de bonificación de éxito se causará el pago del 1% de la diferencia entre la suma pretendida por la firma ICA S.A. y la que finalmente se resuelva por parte de la jurisdicción. En el evento de obtenerse unas sumas a favor del Distrito/IDU, se causará un pago equivalente al 2% de la suma a la que resulte condenada ICA S.A.

Los valores que se causen con posterioridad al año 2003 deberán ser actualizados conforme al IPC de la fecha de pago.

A todos los valores aquí descritos deberá adicionársele el IVA del cual soy responsable en el régimen común [...].».

3.4. El 23 de diciembre de 2002³⁶, la directora general del IDU aceptó la propuesta presentada por el abogado De Vivero Arciniegas y, consecuentemente, remitió el memorando DG-0000-0240 a la directora técnica legal del Instituto, en el cual solicitó la elaboración de un contrato *intuitu personae*, de conformidad con lo previsto en el literal d) del numeral 1º del artículo 24 de la ley 80 de 1993, para que

³⁴ En la demanda mencionada se presentaron, además, tres grupos de pretensiones subsidiarias.

³⁵ Folios 4 a 7 del cuaderno 3.

³⁶ Folios 1 a 3 del cuaderno 3.



aquel asumiera la representación judicial del IDU en los procesos iniciados por ICA S.A., con ocasión del contrato 462 de 1997. En dicho documento se lee lo siguiente:

«El mencionado profesional ha venido colaborando con el Instituto en los temas relacionados con los negocios jurídicos ejecutados con la firma ICA S.A., en los contratos 102 de 2002, 012 y 473 de 2001 y 226 de 2002. De acuerdo con lo anterior, el doctor de Vivero es la persona más idónea no solo por su amplio curriculum sino también por la asesoría permanente que le ha prestado al Instituto en asuntos relacionados con la firma mencionada.

La asesoría comprendería la defensa judicial de los intereses del Distrito Capital – Secretaría de Obras Públicas y del IDU en todas las acciones judiciales que emprenda la firma ICA S.A., con ocasión del contrato 462 de 1997. El alcance de dicha defensa incluye las dos instancias de cada uno de estos procesos, así como la presentación de demandas de reconvención en aquellos casos en que se considere procedente.

[...] La contraprestación económica del doctor de Vivero sería así:

- *La suma de cien millones de pesos pagaderos una vez se suscriba el respectivo contrato y en forma previa al inicio de labores.*
- *La suma de cincuenta millones de pesos una vez se contesten las demandas de los dos procesos que cursan ante el Tribunal, previa acreditación de tal hecho ante el IDU.*
- *La suma de cincuenta millones de pesos pagaderos una vez se profiera en uno cualquiera de los procesos mencionados, auto en el que se decreten pruebas.*
- *La suma de cincuenta millones de pesos una vez se profiera auto que decrete pruebas en el segundo de los procesos mencionados.*
- *La suma de cincuenta millones de pesos una vez se profiera sentencia de primera instancia en alguno de los procesos mencionados.*
- *La suma de cincuenta millones de pesos una vez se profiera sentencia de primera instancia en el segundo de los procesos mencionados.*
- *La suma de cincuenta millones de pesos una vez se profiera sentencia de segunda instancia en el último de los procesos iniciados por la firma ICA S.A.*

Es pertinente tener en cuenta que estos procesos podrían ser acumulados en uno solo dada la naturaleza de la controversia y las partes involucradas, en el evento en que eso suceda, las sumas serán pagaderas en la oportunidad procesal correspondiente al proceso acumulado y que fuese mencionada para cada uno de los procesos aludidos

A título de bonificación de éxito se causará el pago del 1% de la diferencia entre la suma pretendida por la firma ICA S.A. y la que finalmente se resuelva por parte del Tribunal. En el caso de obtenerse unas sumas a favor del Distrito/IDU, se causará un pago equivalente al 2% de la suma a la que resulte condenada dicha firma.

A los valores aquí descritos deben adicionársele el IVA por ser el doctor de Vivero responsable del régimen común [...].».

3.5. El 27 de diciembre de 2002³⁷, el IDU y Felipe De Vivero Arciniegas celebraron el contrato de prestación de servicios profesionales 475 de 2002, cuyo objeto consistió en *«prestar asesoría jurídica externa encaminada a representar judicialmente al Instituto [...] en los procesos que se adelantan en el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca con los números de radicado 2002-1985 y 2002-2337, y todos aquellos que inicie la firma ICA S.A. con ocasión del*

³⁷ Folios 1 a 5 del cuaderno 2 y folio 12 a 16 del cuaderno 3.



contrato 462 de 1997, de conformidad con la propuesta presentada el 3 de diciembre de 2002 y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato».

En dicho negocio se pactaron, entre otras, las siguientes cláusulas relevantes:

3.5.1. En cuanto a las obligaciones del asesor, la cláusula segunda contempló, entre otras, las siguientes: **(i)** ejecutar de manera idónea el objeto contractual; **(ii)** poner al servicio del IDU todos sus conocimientos, estudios, experiencias y diligencia en el análisis, interpretación y desarrollo de los problemas jurídicos que se suscitaren con ocasión del objeto contractual; **(iii)** atender las consultas formuladas por el IDU en relación con el contrato; **(iv)** preparar y presentar informes trimestrales sobre las actividades desarrolladas; **(v)** defender los intereses del IDU en toda las instancias judiciales y presentar demandas de reconvención cuando resultare viable; y **(vi)** ejercer la representación judicial del IDU en todas las demandas promovidas por ICA S.A. con ocasión del contrato 462 de 1997.

3.5.2. Frente al valor, la cláusula tercera estipuló que *«para efectos legales el valor del presente contrato incluido IVA es la suma de \$464'000.000 [...]».*

3.5.3. En relación con la forma de pago, en la cláusula cuarta se convino lo siguiente:

«El IDU pagará al ASESOR la suma establecida en la cláusula anterior de la siguiente manera: 1) un pago anticipado por la suma de \$116'000.000 una vez se cumplan los requisitos de perfeccionamiento y legalización de presente contrato; 2) la suma de \$58'000.000 contra constancia de contestación de las demandas que cursan por los procesos 2002-1985 y 2002-2337; 3) la suma de \$58'000.000 pagaderos una vez se profiera en uno cualquiera de los procesos mencionados, auto en el que se decreten pruebas; 4) la suma de \$58'000.000 una vez se profiera auto que decreta pruebas en el segundo de los procesos mencionados; 5) la suma de \$58'000.000 una vez se profiera sentencia de primera instancia en alguno de los procesos mencionados; 6) la suma de \$58'000.000 una vez se profiera sentencia de primera instancia en el segundo de los procesos mencionados; 7) la suma de \$58.000.000 una vez se profieran las sentencias de segunda instancia; 8) en el evento que los procesos mencionados se acumulen, las sumas señaladas en los anteriores numerales se pagarán en la oportunidad procesal correspondiente al proceso acumulado.

PARÁGRAFO PRIMERO: *En el evento que se instauren otras demandas relacionadas con la ejecución del contrato 462 de 1997, los honorarios fijos pactados se entienden incorporados a los pagos señalados en la presente cláusula, por lo tanto no habrá lugar a un pago adicional por dicho concepto.*

PARÁGRAFO SEGUNDO: *A título de bonificación de éxito se causará el pago del 1% de la diferencia entre la suma pretendida por la firma ICA S.A. y la que finalmente determine el Tribunal. En el caso de obtenerse unas sumas a favor del IDU y el Distrito Capital – Secretaría de Obra Públicas se causará un pago equivalente al 2% de la suma a la que resulte condenada dicha firma.*

PARÁGRAFO TERCERO: *En el evento de lograrse acuerdo conciliatorio en cualquier etapa, solo se pagarán los valores ocasionados hasta ese momento. En todo caso, sobre el valor conciliado se causará la bonificación de éxito antes señalada.*

PARÁGRAFO CUARTO: *Los valores que se causen con posterioridad al año 2002 se actualizarán conforme al IPC de la fecha de pago [...].».*



3.5.4. Frente a los intereses moratorios, la cláusula quinta estableció: *«teniendo en cuenta el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, cuando el IDU no cancele al asesor las sumas pactadas dentro de los 45 días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la factura debidamente elaborada y radicada en el IDU, reconocerá como intereses de mora la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado con base en el IPC».*

3.5.5. En lo concerniente al plazo, la cláusula octava dispuso que la vigencia del contrato se extendería por el mismo término de duración de todos los procesos judiciales promovidos por ICA S.A. con ocasión del contrato 462 de 1997.

3.5.6. Respecto de la liquidación, la cláusula décima octava estableció que el contrato sería objeto de liquidación en los términos previstos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y, en caso de que el asesor no compareciera para tal efecto o no se lograra acuerdo entre las partes, el IDU quedaría facultado para efectuar la liquidación unilateral conforme al artículo 61 *ibidem*, mediante acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

Ejercicio de la representación judicial a cargo del contratista y formulación de una nueva demanda por parte ICA S.A.

3.6. El 24 de febrero de 2003, el abogado De Vivero Arciniegas, en representación del IDU, contestó la demanda dentro del proceso con **radicado 2002-1985**³⁸, con oposición a las pretensiones atinentes al restablecimiento del equilibrio económico del contrato 462 de 1997 en favor de ICA S.A.

Adicionalmente, presentó **demanda de reconvención**³⁹, con la que, en síntesis, formuló las siguientes súplicas: **(i)** que se declarara que ICA S.A. incurrió en demoras en la ejecución del contrato; **(ii)** que se ordenara a ICA S.A. la devolución de los ajustes pagados, *«por haber operado la condición que le impedía acceder al pago de dichos ajustes»*, en los términos del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993; **(iii)** que se declarara que ICA S.A. incumplió la obligación de mantenimiento rutinario, que daba lugar a la imposición de multas; **(iv)** que se ordenara a ICA S.A. el pago de las multas impuestas por el anterior incumplimiento, desde el 16 de agosto de 2000 hasta el 12 de junio de 2001, fecha de finalización del término de ejecución del contrato; **(v)** que se condenara a ICA S.A. al pago de intereses moratorios sobre la anterior suma; **(vi)** que se declarara *«que como consecuencia del incumplimiento en las especificaciones, diseño y procedimientos por parte del contratista, tal y como lo declaró el Tribunal de arbitramento en laudo de 29 de abril de 2002, el IDU sufrió perjuicios consistentes en la necesidad de intervenir vías cuya duración no cumple los requisitos contractuales con ocasión de la deficiente ejecución por parte del contratista»*; **(vii)** que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordenara que la liquidación de dichos perjuicios se efectuara conforme al procedimiento fijado por el Tribunal de Arbitramento y que el

³⁸ Folios 1 a 236 del cuaderno 22.

³⁹ Folios 1 a 174 del cuaderno 4.



valor resultante fuera debidamente actualizado, con reconocimiento de intereses a una tasa del 12 % anual; **(viii)** que se ordenara la devolución de la suma pagada durante 24 meses por concepto de mantenimiento rutinarios; **(ix)** que se ordenara *«la devolución de los valores resultantes de las correcciones a las actas mensuales de obra informadas por el interventor en el informe final»*, de conformidad con el numeral 8 del artículo 4º de la Ley 80 de 1993; y **(x)** que se efectuara la liquidación judicial del contrato, *«teniendo en cuenta todas las declaraciones anteriores, los actos administrativos mediante los cuales se declaró la caducidad del contrato y se ordenó hacer efectivo el amparo de anticipo»*.

3.7. El 18 de marzo de 2003⁴⁰, ICA S.A. interpuso una tercera demanda de controversias contractuales contra el Distrito Capital – Secretaría de Obras Públicas y el IDU, con ocasión de la decisión de hacer efectiva una garantía contractual. En dicho proceso, tramitado bajo el **radicado 2003-0655**, ICA S.A. pretendió: **(i)** que se declarara la nulidad de las Resoluciones 4790 de 2001 y 10437 de 2002, mediante las cuales se hizo efectiva dicha garantía; **(ii)** que, a título de restablecimiento del derecho, se declarara que ICA S.A. *«no está obligada a cumplir las resoluciones demandadas»*; **(iii)** que, en caso de que *«ICA S.A. hubiere sido forzado a cumplir las resoluciones demandadas y, en consecuencia, a pagar el valor del amparo de anticipo que se hizo efectivo mediante los actos administrativos impugnados, se condene al IDU a reintegrar a la parte actora los dineros transmitidos forzosamente junto con los intereses moratorios»*; y **(iv)** que se condenara al IDU al pago de todos los perjuicios morales y materiales irrogados con los actos administrativos cuya nulidad pretendía. En el acápite de estimación razonada de la cuantía, ICA S.A. indicó que esta ascendía a \$7.063'617.062.

3.8. El 25 de abril de 2003⁴¹, el abogado De Vivero Arciniegas, en representación del IDU, contestó la demanda en el proceso con **radicado 2002-2337**, con oposición a todas las pretensiones formuladas por ICA S.A., dirigidas a obtener la nulidad de la resolución mediante la cual se declaró la caducidad del contrato 462 de 1997.

3.9. El 30 de enero de 2004⁴², el abogado De Vivero Arciniegas, en representación del IDU, contestó a la demanda en el proceso con **radicado 2003-0655**, oponiéndose a las pretensiones formuladas por ICA S.A., encaminadas a obtener la nulidad de la resolución mediante la cual se hizo efectiva una garantía en el contrato 462 de 1997.

Acumulación de procesos y trámite conciliatorio

3.10. El 9 de diciembre de 2004⁴³, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió, a petición de ICA S.A.⁴⁴, acumular al expediente 2002-1985 los procesos con radicado 2002-2337 y 2003-0655.

⁴⁰ Folios 109 a 156 del cuaderno 2 y folios 2 a 96 del cuaderno 21.

⁴¹ Folios 192 a 227 del cuaderno 4 y folios 169 a 204 del cuaderno 27.

⁴² Folios 5 a 40 del cuaderno 7 y folio 1 a 36 del cuaderno 19.

⁴³ Folios 156 a 157 del cuaderno 7.

⁴⁴ Folios 362 a 366 del cuaderno 26.



3.11. El 12 de febrero de 2010⁴⁵, ICA S.A. remitió al IDU una carta en la que expresó su intención de llegar a un acuerdo sobre las controversias planteadas en los litigios originados en la ejecución y terminación del contrato 462 de 1997, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

«[...] mediante este escrito queremos formalizar la intención firme y definitiva de lograr un acuerdo que atienda el interés general, así como los de ambas partes, tanto con respecto a la totalidad de procesos que se encuentran en curso ante la jurisdicción colombiana, así como sobre todos aquellos asuntos que aun estuvieren por resolverse. Para lograr el objetivo descrito, someteremos a su consideración una propuesta que tenga la potencialidad de poner fin a los conflictos y desavenencias entre las partes y a los litigios producto de estos desacuerdos [...].

Para tal efecto, se podrá acudir a dos instituciones jurídicas altamente empleadas en razón de su eficacia y celeridad, como lo son la conciliación judicial y el contrato de transacción, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, vigente aún, que exhorta a las partes de los contratos estatales a valerse de mecanismos ágiles y directos para solucionar las controversias surgidas con ocasión de la actividad contractual. Las figuras jurídicas aquí expuestas pueden constituirse en caminos viables que permitan implementar unas soluciones definitivas, sólidas y justas para las partes.

[...] estimamos conveniente que una vez discutida, ajustada y aceptada por ustedes la propuesta de arreglo que se presentará, sería adecuado solicitar el acompañamiento previo del Ministerio Público, con el objeto de conocer su posición y poder tener en cuenta sus recomendaciones desde el inicio».

3.12. El 15 de febrero de 2010⁴⁶, la directora general del IDU expresó su conformidad frente a la posibilidad de *«buscar mediante las vías de solución alternativa de conflictos cualquier mecanismo que resulte idóneo para poner fin a los litigios que actualmente subsisten entre ICA S.A y el Instituto».*

3.13. El 29 de marzo de 2010⁴⁷, ICA S.A. informó al IDU su disposición de pagar USD1'500.000 *«por el arreglo integral de los procesos en curso, sin que medie responsabilidades aplicables a las partes y sin que se discutan responsabilidades mutuas».*

3.14. El 28 de diciembre de 2011⁴⁸, el Comité Técnico de Conciliación del IDU se reunió para, entre otros aspectos, analizar si era procedente conciliar los aspectos que se discutían en los procesos acumulados. En el acta de la reunión se plasmó:

«[...] 4.6. Presentación de ficha de conciliación No. 306

Nro. de proceso	2002-1985 [acumulado]
Tipo de proceso	contractuales
Despacho actual	Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A

⁴⁵ Folios 39 a 42 del cuaderno 8.

⁴⁶ Folios 51 a 52 del cuaderno 8.

⁴⁷ Folios 53 a 56 del cuaderno 8.

⁴⁸ Folios 27 a 149 del cuaderno 23.



Abogado a cargo	Dr. Felipe de Vivero Arciniegas
-----------------	---------------------------------

HECHOS

1. Problema jurídico

Proceso 2002-1985	<i>¿Es procedente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato 462 de 1997?</i>
Proceso 2002-2337	<i>¿Es procedente la nulidad de la resolución mediante la cual se declaró la caducidad, se ordena hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y se hace efectiva la garantía única de cumplimiento, por haberse declarado después de finalizado el plazo del contrato?</i>
Proceso 2003-0655	<i>¿Está viciada de nulidad la resolución mediante la cual se hizo efectivo el amparo de anticipo, cubierto por la Garantía Única de Cumplimiento?</i>

2. pretensiones de la demanda

Proceso 2002-1985	- Restablecimiento del equilibrio económico del contrato 462 de 1997 [...].
Proceso 2002-2337	- Nulidad de la resolución mediante la cual se declaró la caducidad del contrato 462 de 1997. - Restablecimiento del derecho por los perjuicios derivados de la declaratoria de caducidad.
Proceso 2003-0655	- Nulidad de la resolución mediante la cual se declaró el siniestro cubierto por el amparo de anticipo del contrato 462 de 1997. - Restablecimiento del derecho por los perjuicios derivados de la declaratoria del siniestro.

3. Descripción clara de los perjuicios. Las pretensiones de las demandas de ICA en los procesos acumulados ascienden a la suma de \$65.563'606.179,47 [...].

[...] 4. Relación clara de los hechos

Proceso 2002-1985	<i>En el proceso están demostrados los siguientes hechos: a) La ejecución de obras por parte de ICA, usando un ítem diferente a los contractuales, lo cual se demuestra con el dictamen pericial presentado durante el proceso [...]. Igualmente, se encuentra probado, de acuerdo con lo indicado en los laudos proferidos en los Tribunales de Arbitramento que cursaron entre ICA y el IDU, que el ítem ejecutado se asimila al ítem contractual 'reciclado y carpeta de sello' [...]; b) la ejecución de obras por parte de ICA [...], lo cual se demuestra con las Actas de obra suscritas con el interventor y con el informe final presentado por el perito [...]. El IDU no pagó en su momento la factura presentada por ICA, porque no se adjuntaron los documentos complementarios previstos en el contrato que debían acompañar la factura, y a pesar de ser requeridos, no fueron presentados por el contratista; y c) La ejecución de obras por parte de ICA que no fueron facturadas y cobradas al IDU. Estas obras están probadas en el informe final de interventoría [...].</i>
Proceso 2002-2337	<i>El peritaje rendido en el proceso por el perito Carlos Fernando Luna estableció que ICA había ejecutado el 78.24%, al momento de abandonar las obras.</i>
Proceso 2003-0655	<i>El valor del monto total de anticipo pendiente de amortización durante la ejecución del contrato 462 de 1997, asciende a la suma de \$4.781'474.777,12 a origen de contrato consta en el certificado emitido el 11 de julio de 2001 por la directora técnica financiera de la Secretaría de Obras Públicas.</i>



ANÁLISIS Y CONCEPTO PARA CONCILIAR. [...] En el presente caso, las partes están transando sobre derechos patrimoniales, de manera que es viable conciliar sobre estos.

[...] **RECOMENDACIONES.** Se recomienda realizar la conciliación, en los siguientes términos:

Concepto	Valor
Mejoramiento de bases.	\$3.950'727.595,49
Acta del mes de diciembre de 1999.	\$1.907'429.002,97
Obra ejecutada no facturada.	\$1.467'782.715,79
Obra recibida en febrero de 2000	\$0
TOTAL A RECONOCER A ICA	\$7.329'554.117,33

Concepto	Valor
Devolución de anticipo no amortizado.	\$7.909'563.526,77
Reparación de segmentos pagados como MB y fallados.	\$1.092'497.203,14
Reparación de otras áreas falladas por no ejecución del MR.	\$1.450'736.436,49
Cláusula penal pecuniaria.	\$3.995'512.734,15
Saldos del contrato según interventor.	\$83'227.421,10
Correcciones a los pagos por MB.	\$41'196.615,40
Correcciones a los pagos por ajustes.	\$9'831.876,26
TOTAL A FAVOR DEL IDU	\$14.582'565.813,31

FEIPE DE VIVERO ARCINIEGAS
Abogado del IDU'.

DELIBERACIÓN POR PARTE DEL COMITÉ. De lo expuesto por el apoderado dentro de la ponderación de la situación procesal contenida en la ficha presentada a consideración del comité, los miembros en deliberación, analizaron la propuesta y de común acuerdo proceden a aceptarla en los términos [de la recomendación]. // Así las cosas los miembros del Comité aprueban la formula conciliatoria que se someterá a consideración del Tribunal Administrativo, Sección Tercera, en audiencia de conciliación en la segunda instancia.

DECISIÓN. Por unanimidad los miembros del comité deciden acoger los planteamientos expuestos por el apoderado y deciden que se presente formula de conciliación» (negrilla incluida en el texto original, subrayado añadido).

3.15. El 26 de septiembre de 2012⁴⁹, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca celebró la audiencia de conciliación dentro de los procesos previamente acumulados. En dicha audiencia, el apoderado judicial del IDU —Felipe De Vivero Arciniegas— e ICA S.A. presentaron acuerdo conciliatorio⁵⁰ para su aprobación, en el que consignaron lo siguiente:

«[...] **5. RESUMEN**

Los montos a reconocer al ICA serían:

REF	CONCEPTO	VALOR A JULIO DE 2002
4.1.1.	Pago del valor descontado por concepto de obras ejecutadas y pagadas a través de mejoramiento de bases [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	\$3.950'727.595,49
4.1.2.	Falta de pago del acta del mes de diciembre de 1999 [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	\$1.907'429.002,97

⁴⁹ Folios 26 a 27 del cuaderno 2.

⁵⁰ Folios 6 a 25 del cuaderno 2.



4.1.3.	Pago por obra ejecutada no facturada [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	\$1.467'782.715,79
4.1.4.	Cobro por obra ejecutada y recibida en febrero de 2000 [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	\$0
4.1.5.	Sobrecostos derivados de la reconstrucción de pozos y tuberías [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	\$0
4.1.6.	Intereses de mora sobre las actas de noviembre y diciembre de 1999 y enero de 2000 [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	\$0
4.1.7.	Mora en el pago de ajustes de las actas mensuales de junio de 1998 y junio de 1999 [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	\$0
4.1.8.	Reconocimiento del pago de primas [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	\$0
4.1.9.	Indemnización derivada de lluvias extraordinarias [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	\$0
4.1.10.	Devolución por concepto de pagos del 2 por mil [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	\$0
4.1.11.	Reintegro del IVA por compras de madera y publicidad [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	\$0
4.1.12.	Liquidación del contrato (Ajustes actas de 1998 y 1999) [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	\$0
4.2.4.1.	Liquidación contrato - Correcciones a las actas de obra [súplicas incluida en la demanda de reconvención]	\$3'614.803,08
4.3.	Perjuicios causados por la imposición de caducidad [súplica incluida en el proceso 2002-2337]	\$0
TOTAL A RECONOCER A ICA		\$7.329'554.117,33

Los montos a favor del IDU serían:

REF	CONCEPTO	VALOR A JULIO DE 2002
4.2.1.	Devolución de los ajustes, conforme a la cláusula sexta del contrato [súplicas incluida en la demanda de reconvención]	\$0
4.2.2.	Pagos por multas impuestas por concepto de incumplimiento del mantenimiento rutinario [súplicas incluida en la demanda de reconvención]	\$0
4.2.2.	Pago de perjuicios originados en la mala calidad de los diseños que implicó la contratación de mantenimiento [súplicas incluida en la demanda de reconvención]	\$0
4.2.2.2.	Valor del mantenimiento rutinario [súplicas incluida en la demanda de reconvención]	\$1.450'736.436,49
4.2.3.	Devolución de valores por concepto de mantenimiento rutinario [súplicas incluida en la demanda de reconvención]	\$1.092'497.203,14
4.2.4.	Devolución de dinero por concepto de corrección de actas de obra [súplicas incluida en la demanda de reconvención]	\$0
4.2.4.2.	Devolución de dinero por concepto de corrección de actas de obra. Corrección a los pagos por recuperación [súplicas incluida en la demanda de reconvención]	\$83'227.421,10
4.2.4.3.	Devolución de dinero por concepto de corrección de actas de obra. Corrección a los pagos por ajuste a mantenimiento rutinario [súplicas incluida en la demanda de reconvención]	\$41'196.615,40
4.2.4.4.	Devolución de dinero por concepto de corrección de actas de obra. Correcciones a los pagos por ajustes de precios unitarios [súplicas incluida en la demanda de reconvención]	\$9'831.876,26
4.2.5.	Liquidación del contrato [súplicas incluida en la demanda de reconvención]	\$0
4.2.5.1.	Cláusula penal pecuniaria [súplicas incluida en la demanda de reconvención]	\$3.995'512.734,15



4.2.5.2.	Devolución del anticipo no amortizado [súplicas incluida en la demanda de reconvención]	\$7.909'563.526,77
TOTAL A FAVOR DEL IDU		\$14.582'565.813,31

Compensando los montos a favor del ICA y a favor del IDU descritos, se obtiene un saldo a favor del IDU y a pagar por ICA de \$7.253'011.695.98, que, ajustado a julio de 2011 con los índices de empalme del DANE, arrojan un total a pagar por parte del contratista ICA al IDU de \$11.205'146.035,90.

6. ACUERDOS

[...] ICA y el IDU llegan a los siguientes acuerdos:

6.1. ICA pagará al IDU la suma de \$11.205'146.035,90 [...], debidamente actualizada con el IPC del mes anterior a aquel en que se aprueba la conciliación.

6.2. El pago se realizará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la aprobación de la conciliación por parte del juez competente.

6.3. Una vez realizado el pago se radicarán los memoriales de desistimiento de los siguientes procesos ejecutivos iniciados por el IDU, frente a los cuales ICA solicitará concomitantemente, que no haya condena en costas.

- DEMANDA EJECUTIVA DEL IDU CONTRA ICA Y CHUBB, PARA EL COBRO DE LA RESOLUCIÓN 3199 DE 2002 – CADUCIDAD [...].
- PROCESO EJECUTIVO DEL IDU CONTRA ICA CHUBB, PARA EL COBRO DE LA RESOLUCIÓN 4790 – ANTICIPO [...].

6.4. Con el presente acuerdo se da por liquidado el contrato 462 de 1997.

6.5. El pago de la suma aquí indicada implicará que las partes quedan a paz y salvo por todo concepto.

6.6. Los acuerdos contenidos en este documento tienen los efectos de cosa juzgada, una vez impartida la aprobación correspondiente, por lo tanto, se darán por terminados, en su totalidad, lo siguientes procesos:

- Proceso No: 2002-1985
 - Proceso No: 2002-2337
 - Proceso No: 2003-0655»
- (negrilla y subrayado incluidos en el texto original).

3.16. El 28 de febrero de 2013⁵¹, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aprobó parcialmente el citado acuerdo conciliatorio, en los siguientes términos:

«PRIMERO: APROBAR los siguientes acuerdos conciliatorios logrados por los sujetos procesales, respecto de los cuales se entiende finalizada la controversia, en relación con las pretensiones de la demanda incoada en el proceso acumulado 2002-1985:

- Sobrecostos pozos y tuberías, intereses; pagos actas noviembre de 1999 y enero de 2000; intereses de mora sobre las actas de ajuste de octubre y noviembre de 1999 y enero de 2000; mora en el pago de ajuste mensuales de junio de 1998 y junio de 1999; reconocimiento de pago de primas por concepto de la garantía de devolución de los ajustes de precios; indemnización por la

⁵¹ Folios 1 a 55 del cuaderno 20.



ocurrencia de lluvias extraordinarias; devolución de impuestos del dos por mil; liquidación del contrato – ajustes actas de junio de 1998 y 1999, sin saldo a favor ni en contra de ninguno de los sujetos procesales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: IMPROBAR los demás acuerdos conciliatorios logrados por los sujetos procesales respecto de las pretensiones incoadas en la demanda del proceso acumulado 2002-1985, que asciende a la suma de \$7.329'554.117,33; respecto de los cuales sigue la controversia en el proceso de la referencia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, que se circunscriben a:

- *Pago del valor descontado por concepto de obras ejecutadas y pagadas a través de mejoramiento de bases; falta de pago del acta del mes de diciembre de 1999; pagos por obra ejecutada no facturada; cobro de obra ejecutada y recibida en febrero de 2000; y correcciones acta de obra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO: APROBAR el siguiente acuerdo conciliatorio logrado por los sujetos procesales, respecto del cual se entiende finalizada la controversia, en relación con las pretensiones de la demanda de reconvención incoada en el proceso acumulado 2002-1985:

- *Devolución de los ajustes, conforme a la cláusula sexta del contrato, junto con los intereses moratorios o indexación correspondiente, sin saldo a favor ni en contra de ninguno de los sujetos procesales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

CUARTO: IMPROBAR los demás acuerdos conciliatorios logrados por los sujetos procesales respecto de las pretensiones incoadas en la demandada reconvención del proceso acumulado 2002-1985, que asciende a la suma de \$14.582.565.813,31; respecto de los cuales sigue la controversia en el proceso de la referencia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, que se circunscriben a:

- *Pago de las multas impuestas y en firme, por concepto de incumplimiento del mantenimiento rutinario y pago de los perjuicios originados en la mala calidad de los diseños, que implicó la contratación de mantenimiento de las vías intervenidas por ICA S.A; devolución de los valores pagados por concepto de mantenimiento rutinario; liquidación del contrato – Clausula penal; devolución de dinero por concepto de corrección de actas de obra y devolución de anticipo pendiente de amortización, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

QUINTO: IMPROBAR los acuerdos conciliatorios logrados por los sujetos procesales respecto de las pretensiones incoadas en las demandas de los procesos acumulados 2002-2337 y 2003-0655, respecto de los cuales sigue la controversia en el proceso de la referencia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: *Ejecutoriada la presente providencia, por secretaria de la Sección ingrésese el expediente al despacho, a fin de proveer lo pertinente para su impulso».* (Negrilla incluida en el texto original).

3.17. El 8 de marzo de 2013⁵², tanto ICA S.A. como el IDU interpusieron recurso de apelación contra la decisión adoptada en la providencia anterior, al considerar que el acuerdo conciliatorio presentado era válido y debía ser entendido como un arreglo

⁵² Folios 308 a 315 del cuaderno 20 (ICA S.A) y folios 316 a 326 del cuaderno 20 (IDU).



integral y definitivo de todas las controversias surgidas con ocasión de la ejecución y terminación del contrato 462 de 1997.

3.18. El 24 de octubre de 2013⁵³, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver los recursos de apelación interpuestos contra el auto del 28 de febrero de 2013, decidió aprobar integralmente el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes. Esta decisión quedó ejecutoriada el 7 de noviembre de 2013⁵⁴.

3.19. El 28 de marzo de 2014⁵⁵, el representante legal de ICA S.A. remitió a la Dirección de Tesorería del IDU la copia del comprobante de la transferencia realizada en esa misma fecha por la suma de \$11.846'032.685,62, correspondiente al valor actualizado de la obligación a su cargo, de conformidad con la providencia que aprobó íntegramente el acuerdo conciliatorio.

Solicitud de pago de la bonificación de éxito por parte del contratista y su trámite ante el IDU

3.20. El 1º de abril de 2014⁵⁶, Felipe De Vivero Arciniegas radicó la factura de venta 0628 por concepto de «*honorarios por asesoría jurídica conforme a los parágrafos segundo, tercero y cuarto de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002*», por un valor de \$927'613.718 más IVA, para un total de \$1.076'031.913, según liquidación adjunta⁵⁷, así: **(i)** el 1% sobre la diferencia entre las pretensiones formuladas por ICA S.A. —que a julio de 2002 ascendían a \$42.438'858.086 y, actualizadas a octubre de 2013, equivalían a \$69.131'528.478— y la suma finalmente reconocida por el Tribunal —que fueron \$0—, lo que arrojaba \$691'315.285; y **(ii)** el 2% sobre el monto que ICA S.A. se obligó a pagar al IDU en virtud de la demanda de reconvencción, es decir, \$11.205'146.035,90, equivalentes a \$11.814'921.683 a octubre de 2013, cuyo resultado fue \$236'298.434.

3.21. El 28 de abril de 2014⁵⁸, el subdirector jurídico del IDU respondió la solicitud de pago presentada por Felipe De Vivero Arciniegas, en los siguientes términos:

«[...] En desarrollo de este proceso se ha evidenciado que la liquidación efectuada no corresponde con los parámetros dados en la cláusula tercera del contrato del asunto. Por lo anterior procedo a realizar las siguientes precisiones:

[...] En cuanto a la suma referida por bonificación de éxito, en su porcentaje del 2% sobre la totalidad de la suma conciliada le reitero que se están realizando las gestiones necesarias para solicitar los recursos que permitan dar cumplimiento a este compromiso.

Por su parte, la suma tasada con el porcentaje del 1% sobre la diferencia entre las pretensiones de la demanda y la suma finalmente conciliada con la firma ICA S.A no puede ser aplicada en este caso concreto, ya que los procesos a cargo fueron

⁵³ Folios 157 a 188 del cuaderno 2 y folios 83 a 114 del cuaderno 20.

⁵⁴ Folio 189 del cuaderno 2 y folio 114 del cuaderno 20 (reverso).

⁵⁵ Folios 197 a 198 del cuaderno 2.

⁵⁶ Folio 93 del cuaderno 9.

⁵⁷ Folios 89 a 93 del cuaderno 9.

⁵⁸ Folio 190 del cuaderno 2 y folio 97 del cuaderno 9.



acumulados y su terminación obedeció a un acuerdo conciliatorio y no a una condena como claramente lo establece el contrato de asesoría externa especializada.

Así las cosas, se solicita adecuar su solicitud de pago, según lo expresado anteriormente y en la cuantía establecida».

3.22. El 14 de mayo de 2014⁵⁹, el accionante manifestó su desacuerdo frente a la interpretación realizada por el IDU en el oficio transcrito anteriormente, por los siguientes motivos:

«[...] el contrato 475 de 2002 estableció que la bonificación de éxito en caso de conciliación seguiría las mismas reglas que la bonificación de éxito en caso de terminar los procesos con una sentencia, así: el 1% sobre la diferencia entre lo pretendido por ICA y la suma reconocida a favor de esta; y el 2% sobre las sumas que hayan resultado a favor del IDU.

En este sentido, es equivocado afirmar que la bonificación del 2% no se causa por ausencia de condena, y que por tratarse de una conciliación se causa una bonificación del 1%, pues esta interpretación no surge de la lectura de ninguna de las cláusulas del contrato 475 de 2002.

Lo anterior, pues la redacción del párrafo tercero de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002, prevé que la bonificación en caso de conciliación sigue las mismas reglas de la bonificación en caso de terminar el proceso con una sentencia.

Por la misma razón es improcedente afirmar que como los procesos fueron acumulados no se causa la bonificación del 2%, pues de ninguna manera se condicionó la bonificación a que los procesos siguieran de manera independiente y el contrato 745 de 2002 contemplaba todos los procesos que se iniciaran. De hecho, el proceso 2002-1985 donde se presentó la demanda de reconvención que resultó en el reconocimiento de sumas a favor del IDU y al cual se acumularon los demás procesos, estaba expresamente contemplado en el contrato 475 de 2002.

En conclusión, el hecho de haberse terminado los procesos objeto de representación judicial en virtud del contrato 475 de 2002 suscrito con el IDU, por una conciliación, no implica una diferencia en el cálculo de la bonificación de éxito, pues el mismo contrato señaló que en caso de lograrse un acuerdo conciliatorio, se causaría 'la bonificación de éxito antes señalada', esto es, la prevista en el párrafo segundo de la cláusula cuarta, que contemplaba los dos escenarios; el primero, una bonificación por la menor condena al IDU, respecto de las pretensiones de ICA y el segundo, una bonificación por las sumas obtenidas a favor del IDU.

Quedo a la espera de su respuesta respecto de la posición del IDU en aras de evitar el inicio de una controversia contractual».

3.23. El 26 de mayo de 2014⁶⁰, el subdirector jurídico del IDU realizó las siguientes apreciaciones sobre el pago de la bonificación de éxito requerida:

«En primera instancia se debe tener en cuenta que el párrafo segundo de la cláusula cuarta 'Forma de pago', del contrato 475 de 2002 [...], establece dos bonificaciones de éxito diferentes sujetas a condiciones también diferentes y excluyentes entre sí [...].

⁵⁹ Folios 82 a 85 del cuaderno 9.

⁶⁰ Folios 86 a 87 del cuaderno 9.



Ahora bien [...], se observa que, para el pago de la bonificación de éxito, debe aplicarse el parágrafo tercero de la cláusula cuarta del contrato IDU 475-2002, ya que el proceso objeto del contrato terminó por conciliación.

En la liquidación adjunta a su solicitud de pago de la bonificación de éxito se establecen como valores los siguientes:

Diferencia entre las pretensiones de ICA y la condena al IDU	\$69.131'528.478
Porcentaje comisión	\$1.0%
Valor de la comisión	\$691'315.285

Condena en contra de ICA S.A. a favor del IDU – valor a pagar según conciliación	\$11.814'921.683
Porcentaje comisión	\$2.0%
Valor de la comisión	\$236'298.424

Así las cosas, se verifica que la bonificación de éxito correspondiente al 1% de la diferencia entre la suma pretendida por ICA S.A. y la que finalmente determine el Tribunal, aplica únicamente en caso de que la condena sea a favor de ICA.

Por tanto, se aclara el memorando del 28 de abril de 2014, en el sentido de establecer que la suma que el IDU se encuentra gestionando para pago es la que corresponde al 2% sobre la totalidad de la suma conciliada, como contractualmente se pactó y que según la liquidación anexa a su comunicación corresponde a la suma de \$236'298.434.

En este sentido y teniendo en cuenta el acuerdo sobre la prima de éxito correspondiente al 2% sobre la totalidad de la suma conciliada y con el fin de evitar vulneraciones de derechos tanto de la entidad como del contratada, le solicito comedidamente radicar su cuenta a partir del 25 de junio hasta el 8 de julio de 2014 [...]]».

3.24. El 25 de agosto de 2014⁶¹, el abogado De Vivero Arciniegas radicó una nueva factura de venta, en sustitución de la presentada el 1º de abril de 2014, identificada con el número 0643, por concepto de la bonificación de éxito pactada en el contrato de prestación de servicios 475 de 2002, por un valor bruto de \$1.037'065.858, más IVA, para un total facturado de \$1.202'996.395.

3.25. El 28 de agosto de 2014⁶², el subdirector general del IDU devolvió sin tramitar la factura allegada por el abogado De Vivero Arciniegas, por los siguientes motivos:

«[...] De conformidad con el auto aprobatorio proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de febrero de 2013, el cual fue modificado posteriormente, a través de auto expedido por el Consejo de Estado el 24 de octubre de 2013, ejecutoriado según certificación expedida por la Secretaría de dicho Despacho, el 7 de noviembre de 2013, se encuentra demostrado que el proceso culminó de manera anormal, mediante acuerdo conciliatorio, por lo que atendiendo a la literalidad de la segunda parte del parágrafo segundo en consonancia con lo pactado en el parágrafo tercero, procede el reconocimiento y pago así:

- a) El 2% sobre la suma de \$11.205'146.035,90 [...], debidamente actualizada con el mes anterior a aquel en que se apruebe la conciliación, tal como consta en el folio 9 del auto proferido por el Consejo de Estado, por concepto de condena en favor del IDU.

⁶¹ Folio 59 del cuaderno 9.

⁶² Folio 100 del cuaderno 9.



- b) El pago de los valores ocasionados hasta ese momento tal como consta en las órdenes de pago ya tramitadas ante esta subdirección.

Como consecuencia de lo anterior, es necesario devolver sin tramitar la factura de venta 0643 suscrito por usted, por lo que deberá radicarla oficialmente con la suma debidamente corregida, con el fin de realizar el proceso de pago correspondiente».

3.26. El 16 de septiembre de 2014⁶³, el abogado De Vivero Arciniegas presentó ante el IDU una nueva solicitud de pago por concepto de bonificación de éxito, esta vez por la suma de \$1.624'633.158, explicando que la metodología que debía emplearse para su liquidación era la siguiente:

«[...] 4. CÁLCULO DE LA BONIFICACIÓN DE ÉXITO.

Para calcular la bonificación de éxito, se tiene que:

- 4.1. Si el IDU debía pagar un monto inferior al valor de las pretensiones de ICA, la bonificación sería del 1% sobre la diferencia.

El valor de las pretensiones de ICA ascendió a la suma de \$78.179'127.165. A este valor, se resta el valor reconocido que ascendió a \$7.329'554.177,33, dando como diferencia entre lo pretendido y lo reconocido, la suma de \$70.849'573.947,67. Sobre la diferencia en mención, se calcula el 1% a título de bonificación de éxito, dando como resultado \$708'495.730 del año 2002.

- 4.2. Que, si el IDU obtenía a su favor alguna suma, la bonificación sería del 2%.

Al IDU le fue reconocida la suma de \$14.582'565.813,31. Sobre esta suma se calcula el 2% a título de priman de éxito, dando como resultado \$291'651.316,27 de año 2002.

5. ACTUALIZACIÓN

El párrafo cuarto de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002 estableció: 'los valores que se causen con posterioridad al año 2002 se actualizarán conforme al IPC de la fecha de pago'.

Dando aplicación a lo anterior, al actualizar las sumas antes indicadas desde 2003 hasta 2014, se tiene lo siguiente:

- La suma de \$708'495.730 de 2002, actualizada desde enero de 2003 (IPC=72,23) hasta agosto de 2014 (IPC=117,33), da un total de \$1.150'876.422.
- La suma de \$291'651.316,27 del año 2002, actualizada desde enero de 2003 (IPC=72,23) hasta agosto de 2014 (IPC=117,33), da un total de \$473'756.734.

Sumado lo anterior, se llega a un total de \$1.624'633.158».

3.27. El 14 de octubre de 2014⁶⁴, la Subdirección General jurídica del IDU presentó como respuesta a la solicitud de pago precedente, un informe ejecutivo sobre cómo se debía calcular la prima de éxito contenida en el contrato 495 de 2002:

⁶³ Folios 192 a 196 del cuaderno 2 y folios 103 a 110 del cuaderno 9.

⁶⁴ Folios 2 a 67 del cuaderno 9.



«[...] **4.4. Posición de la Subdirección General Jurídica**

De conformidad con la literalidad del contrato, el reconocimiento y pago de la bonificación de éxito comprendía tres supuestos diferentes y excluyentes, así:

4.4.1. El primer supuesto, en virtud del cual el pago del 1% se efectuaría respecto de la diferencia entre la suma pretendida por la firma demandante y la suma que finalmente determine el tribunal.

De la lectura de esta cláusula se desprende claramente la exigencia de una decisión judicial en primera instancia, caso que no se configura [...].

Al hacer la operación aritmética de manera hipotética, los valores a tener en cuenta serían la cuantía inicial de las pretensiones del actor frente a la suma definida por el Tribunal, que en el presente caso no aplicaría dado que no se emitió un fallo por parte del mismo, sino que se dio una circunstancia especial en virtud de la cual las partes lograron un acuerdo conciliatorio y definieron los valores que fueron posteriormente sometidos a la aprobación de dicha autoridad, en cumplimiento de disposiciones legales. Si bien el acuerdo fue aprobado parcialmente por el Tribunal, fueron las partes las que definieron el contenido del arreglo. Se insiste que el tribunal no fue quien de manera unilateral decidió las pretensiones de la Litis. Fueron las mismas partes quienes en virtud del principio de autonomía de la voluntad, decidieron la forma de terminar el proceso.

Así las cosas, carece de fundamento fáctico y jurídico la reclamación elevada respecto del 1% de la diferencia entre el monto de las pretensiones del actor y la suma determinada por el Tribunal.

4.4.2. El segundo supuesto, en virtud del cual el pago del 2% se haría sobre la suma a la que resulte condenada la parte demandante en el caso de obtenerse una suma a favor del IDU y Distrito Capital – Secretaría de Obras Públicas.

La exigencia para proceder al reconocimiento y pago de este porcentaje es la existencia de una condena a la parte demandante, situación que no aplica en este caso teniendo en cuenta que la autoridad judicial no emitió un fallo en tal sentido, sino que fueron las partes quienes establecieron de mutuo acuerdo la forma en la que resolverían de manera anormal el proceso judicial, esto es, la conciliación propiamente dicha.

4.4.3. El tercer supuesto, caso en el cual se logra el acuerdo conciliatorio en cualquier etapa y sólo se pagarán los valores ocasionados hasta ese momento. En todo caso, sobre el valor conciliado se causará la bonificación de éxito antes señalada.

En este contexto, aplica el pago fijo de los honorarios conforme se pactaron en el contrato de prestación de asesoría externa especializada, causado hasta el momento en que las partes procuraron la conciliación de mutuo acuerdo en el escenario judicial.

La regla que trae el contrato, en este punto, es incluir sobre el valor conciliado la bonificación de éxito en los términos que trae la segunda regla, cuando enuncia que: ‘en todo caso, sobre el valor conciliado se causará la bonificación de éxito antes señalada’.

Así las cosas, se aplica el porcentaje del 2% respecto de la suma de \$11.846'032.685,62, que fue consignada por el demandante en el mes de marzo de 2014. [...] En este estado de cosas, también se precisa que, conforme a la propuesta presentada por el contratista, a la solicitud de la directora general de la época y a lo señalado en el Estatuto Tributario, Art. 429, literal c), se entiende que a la suma



anotada anteriormente deberá adicionársele el valor del IVA por el contratista responsable del Régimen común.

Así las cosas, el valor final que se debe cancelar al Dr. Felipe de Vivero es la suma de \$274'827.959, por lo que esta Subdirección procederá a cancelar el valor correspondiente a tal suma como resultado del acuerdo conciliatorio celebrado por las partes».

3.28. El 7 de noviembre de 2014⁶⁵, con sustento en el informe ejecutivo elaborado y previamente transcrito, el subdirector jurídico del IDU formuló al abogado Felipe De Vivero Arciniegas una oferta de pago por la suma de \$274'827.959, por concepto de bonificación de éxito, bajo el siguiente entendimiento:

«En mi calidad de coordinador del contrato de asesoría externa especializada de la referencia, me dirijo a usted con el fin de realizar el pago de la bonificación de éxito consagrada en el parágrafo segundo de la cláusula cuarta del citado contrato [...].

Dado que los procesos asignados, fueron terminados mediante conciliación, cumpliéndose la condición prevista en el parágrafo tercero de la cláusula cuarta [...], me permito realizar oferta de pago por valor de \$274.827.959, discriminados así:

- Valor prima de éxito: \$236'920.654
- IVA: \$37'907.304
- Total: \$274.827.959

Lo anterior teniendo en cuenta que los procesos objeto del contrato, fueron terminados mediante acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes el 26 de septiembre de 2012 y aprobado mediante auto proferido por el Consejo de Estado el 24 de octubre de 2013, el cual quedó debidamente ejecutoriado el 7 de noviembre del mismo año.

En fecha 29 de marzo de 2014, en virtud al acuerdo conciliatorio antes citado, la firma CV. S.A. transfirió a la cuenta de la Secretaría Distrital de Hacienda, la suma de \$11.205.146.035,90, en calidad de pago.

Por lo anterior y en respuesta a sus solicitudes de pago de la prima de éxito en diferentes cuantías, el IDU envió varias comunicaciones, en las cuales se realizó el ofrecimiento de pagar la prima correspondiente pactada en el contrato [...]. En el evento de no aceptarse la presente oferta de pago, se entenderá que está en mora de recibir conforme lo establecido en el artículo 1658 del Código Civil».

3.29. El 4 de diciembre de 2014⁶⁶, el abogado De Vivero Arciniegas aceptó la suma ofrecida por el IDU como pago parcial de la bonificación de éxito pactada en el contrato de prestación de servicios 475 de 2002 y, en consecuencia, radicó la factura de venta 0644 por \$274'827.959. No obstante, dejó constancia expresa de su desacuerdo con la liquidación efectuada por la entidad, al sostener que el monto reconocido no correspondía a la totalidad de lo adeudado por dicho concepto, razón por la cual manifestó que recibía dicha suma *«sin perjuicio de las acciones legales que se reserva el derecho de ejercer respecto del saldo restante».*

⁶⁵ Folio 199 del cuaderno 2 y folio 136 del cuaderno 9.

⁶⁶ Folios 200 a 202 del cuaderno 2.



3.30. El 5 de diciembre de 2014⁶⁷, el subdirector jurídico del IDU expidió la Resolución 106462 de 2014, mediante la cual reconoció y ordenó el pago a favor del abogado De Vivero Arciniegas de la suma de \$274'827.959, IVA incluido, por concepto de la bonificación de éxito pactada en la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios 475 de 2002. Dicho pago se hizo efectivo el 23 de diciembre de 2014⁶⁸.

Prueba testimonial anticipada

3.31. El 5 de septiembre de 2014⁶⁹, el Juzgado 19 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá celebró audiencia pública con el fin de recibir, como prueba anticipada solicitada por el abogado De Vivero Arciniegas y con comparecencia del IDU, el testimonio de María Isabel Patiño Osorio, quien se desempeñó como directora general de dicha entidad entre el 1º de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2003.

La prueba tuvo por objeto que la mencionada señora depusiera «sobre o en relación con la forma como fue pactada la remuneración del contrato 475 del 2002 celebrado entre el IDU y Felipe de Vivero Arciniegas». Al respecto, en su declaración la testigo manifestó (se transcribe *in extenso* por su pertinencia):

«PREGUNTA LA JUEZ: informe al despacho si usted conoce o conoció al doctor Felipe de Vivero Arciniegas, en caso afirmativo, indique en qué circunstancias y hace cuánto tiempo lo conoce. **CONTESTÓ:** conozco a Felipe de Vivero Arciniegas desde el año 2001 [...] y él fue el apoderado que yo contraté para resolver unas controversias que se dieron entre la empresa ICA y el IDU.

PREGUNTA LA JUEZ: informe al despacho si usted conoció de la existencia del contrato 475 del 27 de diciembre de 2002 que se suscribió entre el IDU y el señor Felipe de Vivero Arciniegas, en caso afirmativo, indique cual era el objeto de dicho contrato. **CONTESTÓ:** sí, yo conocí ese contrato y el objeto del contrato era que Felipe actuara como apoderado del IDU para resolver las controversias, eran varias, teníamos controversias de demandas mutuas entre ICA y el IDU, y se le contrató precisamente para que representara al Instituto en los varios procesos que se adelantaban entre las dos entidades.

PREGUNTA LA JUEZ: informe al despacho si usted conoce o recuerda cómo se pactó la forma de pago en el referido contrato [...]. **CONTESTÓ:** recuerdo que el contrato tenía un valor fijo y una bonificación por éxito [...], bueno había varios procesos, me parece que eran cuatro procesos y lo que nosotros estábamos organizando era que Felipe representara los intereses del IDU en cada uno de esos procesos. Entonces había un valor fijo que se pactaba y se remuneraba con cada etapa procesal [...] y había un valor variable que eran dos porcentajes que eran las comisiones de éxito que se daban en dos valores diferentes: había un 1% que se reconocía en caso de la diferencia entre lo que se pretendiera por parte de ICA y lo que determinara el Tribunal. En esa diferencia entre la pretensiones de ICA y lo que hipotéticamente terminara condenado el IDU había un porcentaje; y había otro porcentaje que era independiente y aparte, porque como había varios procesos en ese momento en curso, había otro porcentaje en el caso de las condenas a favor del IDU [...] que era del 2%. La idea era tratar de organizarnos con esa cantidad de

⁶⁷ Folios 137 a 138 del cuaderno 9.

⁶⁸ Folios 145 del cuaderno 9.

⁶⁹ Folios 113 a 115 del cuaderno 9 y CD denominado «Prueba Anticipada».



procesos que teníamos para que fueran independientes y tuviéramos muy claro que él tenía una gestión por defender a la entidad frente a las demandas de ICA pero tenía que hacer, también, la gestión por asegurarse que los intereses de la entidad se logaran frente al ICA.

PREGUNTA EL SOLICITANTE DE LA PRUEBA ANTICIPADA: [...] indique cómo se calculaba esa bonificación en caso de que hubiese conciliación, teniendo en cuenta el parágrafo segundo y tercero del contrato. **CONTESTÓ:** en ese momento, en la relación que teníamos con ICA que era bastante complicada, entre otras ICA tenía otro contrato sobre la calle 80, este era el contrato de la malla vial, preveíamos que posiblemente pudiese haber un intento de conciliación por parte de ICA, es que eran muchas las demandas que iban y venían de lado y lado. Entonces [...] siempre pensamos que había que identificar e independizar, por la naturaleza de las pretensiones que teníamos, lo que ICA reclamaba del IDU frente a lo que el IDU reclamaba del ICA, porque es que eran, repito, varios contratos. Entonces, lo que pactamos [...] en el parágrafo del acuerdo conciliatorio era que las mismas consecuencias respecto de la bonificación de éxito que hubiesen tenido en caso de que los Tribunales hubiesen proferido sentencia se aplicaban de igual manera en caso de una conciliación, porque de lo contrario la mención que se hace en el parágrafo tercero, era que los valores se pagaran teniendo en cuenta la bonificación de éxito antes señalada, y la bonificación de éxito antes señalada hacía referencia a las demandas contra el IDU y a las demandas que el IDU fuera a presentar. De hecho quiero decirles que la negociación fue bastante fuerte y buscando siempre los intereses de la entidad, porque lo que nosotros queríamos dejar muy claro era si en un momento dado nosotros queremos que usted maneje una bonificación de éxito enrutada a la situación donde el IDU no termine condenado y otro porcentaje en el caso en donde ICA terminara condenada. Y era precisamente porque eran dos cosas completamente diferentes que tenemos dos porcentajes diferentes [...], porque de lo contrario hubiéramos pactado un solo porcentaje. Entonces nosotros dijimos, un porcentaje Felipe va e inclusive fue difícil negociar que un porcentaje era más bajo que el otro porque en la valoración que yo ya tenía de la situación [...] entendía muy bien lo que le estaba pasando al IDU y teníamos como un reconocimiento de manifestarle al apoderado que el porcentaje tenía que ser diferencial y que era menor en un caso precisamente procurando defender y asegurarnos que los intereses de la entidad estuvieran por delante, porque su labor frente a una cosa y otra era diferente, eran condiciones completamente diferentes. Entonces, la interpretación en el caso de conciliación, y por eso queda dentro de la misma cláusula como un parágrafo, era: Felipe si usted [...] hace como si un Tribunal hubiese fallado, los porcentajes son los mismos y se respetan en el acuerdo conciliatorio de la misma manera.

PREGUNTA EL SOLICITANTE DE LA PRUEBA ANTICIPADA: [...] entonces, los dos porcentajes eran compatibles y se debía reconocer tanto el porcentaje en caso en que no se accediera a las pretensiones de ICA y en caso de que hubiera pretensiones al IDU. **CONTESTÓ:** pues sí, obviamente era así [...]. Repito, la naturaleza de las controversias que fueron muy fuertes para el IDU y muy fuertes para la ciudad con ICA, que entre otras después se le declaró la caducidad, suponía una labor para defender los intereses del IDU y eso tenía un porcentaje que era concurrente con otro porcentaje que se debe pagar de manera independiente. Dicho de otra forma, si usted tiene en el proceso una condena por determinado valor en contra del IDU, es decir, las pretensiones de ICA y lo que finalmente se hubiese condenado había un porcentaje de éxito en la medida en que el lograra que la pretensión de ICA se redujera, es decir, la condena contra el IDU fuera menor, ahí había un porcentaje; y por otra parte, porque la naturaleza de las controversias eran diferentes, en los diferentes procesos, que eran varios procesos [...] en caso de que el IDU, como efectivamente ocurrió [...], fuese reconocida su pretensión la labor era de otro porcentaje, es que eso eran argumentos, pruebas, cosas completamente diferentes. [...] ICA es una empresa tremendamente poderosa en México [...] y me parece que francamente el Instituto salió muy bien librado y estos honorarios fueron



pactados de manera muy conservadora [...]. Esa es la interpretación que se le quiso dar cuando se pactaron los honorarios.

PREGUNTA LA REPRESENTANTE DEL IDU: [...] por qué se estableció o por qué se consagró en el contrato una cláusula específica en el evento en que se diera una conciliación. **CONTESTÓ:** porque los párrafos primero y segundo hablan de las instancias donde los jueces se pronuncian y hay una condena o una sentencia judicial. El siguiente párrafo se pensó, porque [...] en el momento en que este contrato se celebró ya había habido varias aproximaciones de ICA para tratar de ver si lográbamos conciliar. Entonces, lo que se pensó es, la conciliación que implica unas sumas que son unas a favor y otras en contra [...] que eso es lo mismo que hubiese pasado con una condena y hablamos de la conciliación porque un proceso se puede terminar porque haya una sentencia o porque las partes concilien, entonces como esa posibilidad procesal existe por eso está ese párrafo para explicar que aun cuando hubiese conciliación [...] se aplicará la bonificación de éxito anteriormente señalada [...], de tal manera que no pasara lo que está pasando ahorita que hubiese la más mínima duda que aunque se hubiese conciliado él no se iba a ver desmejorado porque entonces hubiera habido un estímulo adverso al abogado, que si hubiese entendido o interpretado que él pierde bonificación de éxito por conciliar pues el abogado litigioso hubiese querido no conciliar para proteger su bonificación de éxito y llevar esto a un término de una sentencia que de pronto no le hubiere resultado tan bien al Instituto [...].

PREGUNTA LA REPRESENTANTE DEL IDU: [...] teniendo en cuenta lo que dice el párrafo tercero [...] se reconocerán los porcentajes solo sobre el valor que se concilió. **CONTESTÓ:** Los porcentajes se pagan sobre los valores que se concilien pero no sobre cuáles son los valores que se concilian. Los valores que se concilian son dos: uno a favor de la entidad, que ya tenemos un porcentaje en ese caso, y otro en contra de la entidad, esos dos son los valores conciliados porque la conciliación es la expresión o la forma en que las partes llegan a un acuerdo sobre las acreencias mutuas, entonces, claramente el valor de la bonificación aquí pactada, es decir, la contenida tanto en el párrafo primero como en el párrafo segundo se aplican en el caso de una conciliación como si se hubiese llegado a una sentencia pero como no se llegó a la sentencia ese estímulo, vuelvo y explico, no se vería afectado con la conciliación. Entonces los valores conciliados son dos: lo que el IDU gana cuando ICA reconoce darle un dinero y lo que el IDU digamos tiene que reconocerle al ICA, cada uno tiene su bonificación de éxito independiente coexistiendo de manera concurrente [...].

PREGUNTA LA REPRESENTANTE DEL IDU: [...] para realizar el pago consagrado en el párrafo segundo se requiere fallo judicial. **CONTESTÓ:** no, lo que está diciendo el párrafo segundo es otra cosa, lo que está diciendo el párrafo segundo es: la bonificación de éxito será del 2% de la suma a la que resulte condenada dicha firma, es decir, es la bonificación que corresponda cuando se dé esa circunstancia, pero no quiere decir que solo si se llegase a que un Tribunal condenara o prohiriera sentencia se paga la bonificación, precisamente porque el párrafo tercero para eso se escribió, para explicar y creo que lo voy a volver a repetir con mucho gusto, las bonificación se pactan sobre unos valores que están determinados en el párrafo primero y segundo suponiendo que el proceso termine con una sentencia proferida por un Tribunal, pero para que no hubiera confusión, duda, cuestionamiento, respecto de que pasa si no hay fallo, que es donde creo usted quiere ir, usted quiere que yo le diga que ese 2% solo se pagaría si hubiese una sentencia de un Tribunal y que en cambio si hubiese una conciliación no habría lugar a pagar ese 2%. Entonces, quiero ser súper clara diciéndole, sí hay lugar a pagarlo. Cuando redacté esto, en esta cláusula, nosotros dijimos ¿qué pasa si conciliamos, pierdo mi bonificación de éxito? tiene sentido pactar en un contrato un párrafo para decirle a un abogado, mira vamos a hacer la tarea, vas a trabajar en este proceso pero si se concilia usted pierde sus bonificaciones de éxito. Si uno llega a interpretar que las bonificaciones de éxito solo eran pagables o reconocibles en



caso de sentencia de un Tribunal estuviera generando un contrato bastante extraño, porque estuviera un abogado pactando algo así, como no voy a conciliar porque si concilio pierdo mi bonificación de éxito. La conciliación y el parágrafo tercero se escribieron a conciencia y claridad en que no se pierde la bonificación de éxito por conciliar y se estimula al abogado para que concilie y no vea afectada su remuneración, por efectos de que logra una cosa que creo que es eficiente para la administración pública, que es eficiente para los jueces, que es eficiente para el sistema, que es muy valiosa para el IDU, que era lograr conciliar con ICA de México [...]. La interpretación que el IDU pueda tener distinta a esto no es una interpretación que corresponde a lo que yo interpreté y redacté cuando firme este contrato como directora de la entidad. Es que lo tengo muy claro, no quería de ninguna manera desconocer los intereses del abogado en cuanto a su remuneración porque conciliara, interpretarlo de otra forma es desconocer los derechos del abogado a recibir su remuneración».

3.31.1. La declaración rendida por quien ejerció el cargo de directora general del IDU y suscribió el negocio jurídico objeto de controversia podría sugerir, *prima facie*, la configuración de una confesión, en la medida en que proviene de quien ostentó la representación legal de la entidad al momento de los hechos; no obstante, tal entendimiento no resulta jurídicamente viable, habida cuenta de que el artículo 217 del CPACA establece expresamente que *«no valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas»*.

En consecuencia, aun cuando la declarante hubiese ostentado la calidad de representante legal para la época de celebración del contrato, sus manifestaciones no pueden producir los efectos propios de la confesión judicial, al tratarse de una prohibición legal de carácter absoluto que impide atribuir el carácter de confesión a tales declaraciones, con independencia del momento en que se rindan.

Ahora bien, se constata que, para la fecha en que la señora Patiño Osorio rindió su declaración⁷⁰ ya no se encontraba en ejercicio del cargo, razón por la cual sus manifestaciones deben apreciarse como prueba testimonial anticipada, en los términos del artículo 187 del Código General del Proceso, que dispone que *«quien pretenda aducir en un proceso el testimonio de una persona podrá solicitar que se le reciba declaración anticipada, con o sin citación de la contraparte»*.

Sobre la naturaleza de este medio de prueba, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que *«las pruebas de producción anticipada son aquellas cuya práctica ocurre antes de la oportunidad legal prevista para tal fin en un proceso judicial. Dado su carácter conservatorio, la función principal de la prueba anticipada es procurar que las partes puedan obtener la conservación de elementos probatorios respecto de los cuales, si se espera el momento de su producción legal, se corre el riesgo de que se pierdan por el transcurso del tiempo o por la alteración artificiosa de la situación de hecho o de las cosas»*⁷¹.

⁷⁰ Consejo de Estado, Subsección C, sentencia del 16 de diciembre de 2020, exp. 42717. *«La declaración de parte y el testimonio son especies del género probatorio denominado declaración. Difieren en cuanto a la calidad de la persona que declara. El testimonio proviene de un tercero ajeno a la controversia y la declaración de parte de quienes conforman uno de los extremos de la Litis»*.

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 30789. Criterio reiterado por la Subsección A, sentencia del 21 de junio de 2018, exp. 40353.



Así las cosas, se observa que la declaración objeto de análisis fue recibida bajo la gravedad del juramento y con comparecencia del IDU, de modo que no se advierte vulneración del principio de contradicción ni resulta exigible su ratificación posterior, a la luz de lo dispuesto en los artículos 188⁷² y 222⁷³ del CGP.

Dicho lo anterior, se precisa que, en la audiencia de pruebas⁷⁴, el *a quo* indicó que dicho testimonio solamente sería valorado para acreditar hechos distintos de la interpretación de la cláusula contractual controvertida, por haberse practicado cuando la declarante ya no era funcionaria del IDU; no obstante, en criterio de esta Sala de Subsección, no resulta jurídicamente atendible lo señalado por el Tribunal en aquella oportunidad, dado que, aun cuando la interpretación del contrato constituye una labor que corresponde al juez, ello no impide que el testimonio sea valorado como elemento de juicio, junto con los demás medios de prueba recaudados en el proceso, para reconstruir el contexto negocial, la intención común de las partes y las circunstancias que rodearon la celebración del acuerdo de voluntades, aspectos que constituyen hechos susceptibles de prueba y que pueden ilustrar el proceso hermenéutico, sin sustituir la función jurisdiccional.

En consecuencia, la declaración será apreciada como testimonio, bajo las reglas de la sana crítica y en armonía con los demás elementos de prueba obrantes en el expediente. Precisado este punto, la Sala encuentra que la señora Patiño Osorio expuso de manera coherente, clara y completa la finalidad perseguida con la estipulación de la bonificación de éxito en el contrato de prestación de servicios suscrito con el hoy demandante, indicando que se buscaba incentivar no solo la defensa judicial de la entidad, sino también una gestión activa mediante la formulación de demandas de reconvención, y que desde la etapa precontractual se contemplaba la eventual acumulación de procesos judiciales.

Estas manifestaciones, provenientes de quien tuvo participación y conocimiento directo de los hechos, no presentan contradicciones internas y encuentran respaldo en los documentos de propuesta y aceptación que antecedieron la firma del negocio jurídico; tampoco se advierten elementos objetivos que permitan cuestionar la credibilidad e imparcialidad de la testigo, por razón de un interés directo en el resultado del proceso o de vínculos que comprometan su credibilidad, pues su

⁷² CGP. «Artículo 188. Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo 221. // Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde. // A los testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor».

⁷³ CGP. «Artículo 222. Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite. // Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida».

⁷⁴ Folios 350 del cuaderno 1.



anterior vinculación con la entidad demandada no conduce a inferir, por sí sola, una inclinación en favor del demandante ni desvirtúa la consistencia de su relato.

En tales condiciones, la Sala otorgará valor probatorio a la declaración en calidad de testimonio y la apreciará de manera armónica con las demás pruebas, sin atribuirle valor de confesión, pero reconociéndole aptitud para ilustrar el *iter* negocial y el contexto bajo el cual se produjo el acuerdo de voluntades objeto de la controversia.

4. Caso concreto

La Subsección anticipa que modificará parcialmente la decisión de primera instancia, por cuanto, si bien se estima que la decisión de declarar el incumplimiento del contrato 475 de 2002 por parte del IDU se encuentra ajustada al recaudo probatorio, así como la procedencia de la pretensión de llevar a cabo su liquidación judicial, se advierte que el monto reconocido a favor del contratista por concepto de bonificación de éxito no se acompasa con la correcta interpretación de los parágrafos segundo y tercero de la cláusula cuarta del negocio jurídico en cuestión, en lo concerniente a la metodología empleada y a las bases de su liquidación adoptadas, según pasa a exponerse.

Con el propósito de desarrollar los fundamentos que conducen a las conclusiones anunciadas, la Subsección abordará los siguientes aspectos: **(i)** los criterios jurídicos que orientan la interpretación de la cláusula relativa a la bonificación de éxito pactada en el contrato 475 de 2002 y, particularmente, la forma en que debe liquidarse; **(ii)** la verificación de la existencia de incumplimiento contractual a partir de la conducta desplegada por el IDU frente a su obligación de pagar la bonificación de éxito; y **(iii)** la liquidación judicial definitiva del contrato, con determinación del saldo adeudado, su actualización y los intereses moratorios a que haya lugar.

4.1. Los criterios jurídicos que orientan la interpretación de la cláusula relativa a la bonificación de éxito pactada en el contrato 475 de 2002 y, particularmente, la forma en que debe liquidarse

4.1.1. Sea lo primero recordar que el problema que se somete a consideración de la Sala se circunscribe a determinar la forma como debe liquidarse la bonificación de éxito pactada en el contrato de prestación de servicios profesionales 475 de 2002 en favor del abogado Felipe De Vivero Arciniegas y, a partir de ello, establecer si la suma reconocida y pagada por el IDU, por dicho concepto, fue calculada conforme con la correcta interpretación de los parámetros contractuales o si, por el contrario, el pago efectuado resultó ser incompleto y, por tanto, constitutivo de un incumplimiento susceptible de indemnización.

En ese marco, la parte actora sostiene que la bonificación de éxito debía liquidarse, de un lado, sobre el 1% de la diferencia entre las sumas pretendidas por ICA S.A. en los distintos procesos promovidos contra el IDU con ocasión del contrato 462 de 1997 y los valores finalmente determinados en sede judicial, porcentaje que, según afirma, no fue reconocido por la entidad; y, de otro, sobre el 2% de las sumas a las que resultó



obligada dicha sociedad como consecuencia de la demanda de reconvención incoada por el Instituto, componente que —asevera— fue objeto de pago parcial al haberse tomado como base un cifra inferior a la contractualmente prevista⁷⁵. A su juicio, ambos porcentajes eran autónomos y concurrentes, por lo que debían reconocerse de manera simultánea, incluso cuando, como ocurrió, los procesos hubieran culminado mediante la aprobación de un acuerdo conciliatorio.

En contraposición, la entidad demandada aduce que, dado que los procesos fueron acumulados y finalizaron mediante un acuerdo conciliatorio, la bonificación de éxito únicamente debía calcularse sobre el 2% de la suma que ICA S.A. pagó al IDU como resultado de la conciliación, una vez efectuado el cruce de cuentas allí previsto, en tanto el reconocimiento del 1% sobre la diferencia entre la suma inicialmente pretendida por dicha sociedad y la finalmente determinada solo procedía en el evento de haberse proferido sentencia judicial, situación que no ocurrió⁷⁶.

4.1.2. Estas posturas interpretativas divergentes sobre la forma de calcular la prima de éxito pactada en el contrato de prestación de servicios 475 de 2002 imponen a la Sala la necesidad de adelantar un ejercicio hermenéutico⁷⁷ a la luz de las pautas de interpretación contractual previstas en el Código Civil, aplicables cuando el sentido de una cláusula genera incertidumbre, duda o discrepancia⁷⁸. Tales pautas, aplicables también a los contratos estatales⁷⁹, se encuentran consagradas en los artículos 1618

⁷⁵ Esta posición no solo fue presentada por el demandante en el presente proceso judicial, sino que ha sido expresada por este con anterioridad, al solicitarle al IDU la bonificación de éxito pactada en el contrato bajo análisis, como se puede extraer de los numerales 3.20, 3.22, 3.24, 3.26 y 3.29 de los hechos probados.

⁷⁶ Esta posición no solo fue refrendada por la demandada dentro de las actuaciones judiciales realizadas en el presente proceso judicial, sino que ha sido expresada por este con anterioridad, al responderle las diferentes solicitudes al abogado sobre el pago de la bonificación de éxito pactada en el contrato bajo análisis, como se puede extraer de los numerales 3.21, 3.23, 3.25, 3.27 y 3.28 de los hechos probados.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de mayo de 1972. «*cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torna innocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no puede olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales*».

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1991, exp. 5973. «*El poder de interpretación que tienen las partes de un contrato no se discute, ni en el derecho privado ni en el público. El mismo código civil en sus artículos 1618 y siguientes trae una serie de normas orientadoras a ese respecto. Y es obvio que así sea porque en la ejecución y cumplimiento de los contratos pueden surgir discrepancias o dudas sobre el alcance de ciertas cláusulas o frases que entorpezcan su desarrollo. Discrepancias o dudas que deben ser despejadas en primer término por las mismas partes y que en última instancia será el juez el que las despeje cuando aquéllas no hayan logrado un acuerdo y como consecuencia se haya producido el rompimiento de la relación negocial. Pero ese poder interpretativo que en el derecho privado es equivalente y no coercitivo, como que una de las partes no le podrá imponer a la otra una determinada interpretación, en el derecho público presenta unas características diferentes*». Criterio reiterado en: Sección Tercera, sentencia del 30 de junio de 2011, exp. 38619.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012, exp. 22714; «*[...] las reglas legales de interpretación de los contratos resultan válidamente aplicables en el ámbito de la contratación estatal puesto que [...], los principios orientadores que recoge y consagra el artículo 28 de la Ley 80 para la correcta aplicación de las reglas de hermenéutica en materia*



a 1624 *ejusdem*, y según la doctrina⁸⁰ y la jurisprudencia⁸¹, comprenden dos principios rectores y seis reglas de interpretación⁸².

Los principios rectores son los siguientes: **(i)** la búsqueda de la común intención de las partes —*communis intentio o voluntas spectanda*— y **(ii)** la buena fe negocial o contractual. Por su parte, las reglas abarcan: **(i)** la especificidad o especialidad; **(ii)** la interpretación efectiva, útil o conservatoria; **(iii)** la interpretación naturalista o fundada en la naturaleza del contrato, y de la interpretación usual; **(iv)** la interpretación contextual, extensiva y auténtica; **(v)** la interpretación incluyente o explicativa; y **(vi)** la interpretación de cláusulas ambiguas en favor del deudor, y en contra del estipulante.

En relación con el primero de dichos principios, el artículo 1618 del Código Civil dispone que, «*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*». Esta regla ha sido reconocida por esta Sección⁸³ como la primera y cardinal directriz que debe orientar al juez en su labor interpretativa, pues, cuando de contratos se trata, esta labor no tiene como objeto primario establecer el querer dispositivo e individual de cada uno de los contratantes, sino la intención común de todos ellos, toda vez que el contrato es el resultado de la convergencia de sus designios negociales.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

contractual, cuando de vínculo de naturaleza estatal se trata, en realidad no se ocupan de desarrollar con detalle y de manera específica la forma en la cual han de ser interpretados los aludidos contratos estatales y, por ello mismo, no habría lugar, en los términos del artículo 13 de la citada Ley 80, a excluir por completo la aplicación de las normas legales correspondientes que sobre esas precisas materias contienen los estatutos mercantil y civil sobre la base, que obviamente resultaría equivocada, de considerar el tema en cuestión estaría debida y completamente regulado a través de la norma propia del Estatuto de Contratación Pública (Artículo 28)».

⁸⁰ Jaramillo J., Carlos Ignacio. *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*. Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de junio de 2018, exp. 40353.

⁸² Jaramillo J., Carlos Ignacio. *Op. Cit.*, páginas 84 a 86. El autor refiere que, además de las reglas tradicionales, existen unas reglas modernas que son aplicables en casos específicos. Al punto afirma: «*teniendo en cuenta y en consideración las profundas transformaciones experimentadas en la esfera contractual en el siglo XX y en lo corrido del siglo XXI [...] han surgido diversas fenomenologías que implican puntuales cambios en relación con la concepción y con la dinámica del contrato (visión clásica), v.gr: los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación, y la floración del apellido ‘derecho del consumo’, tan solo para aludir a algunas de ellas, cambios que, en la órbita de su interpretación, igualmente se han hecho evidentes y actuantes, sin que por ello se puedan entender abolidas las reglas convencionales [...]. Lo anterior justifica que, en puridad, con todas las cautelas que ello supone, se pueda aludir a una nueva lectura y, por tanto, aproximación al contrato en la actualidad, y con fundamento en ella a unas nuevas reglas interpretativas de la relación contractual que, en sentido lato, pueden denominarse ‘reglas modernas’ -o contemporáneas- por oposición a las mencionadas ‘reglas tradicionales’ [...]. tales reglas modernas [...] principalmente son las siguientes: contra proferentem y pro consumatore; de la estipulación más beneficiosa; de la preferencia de las estipulaciones concertadas o negociadas sobre las cláusulas predispuestas; de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las condiciones generales de contratación; de la interpretación de las condiciones generales de contratación; de la conexidad contractual; de la interpretación de los contratos atípicos y regla o criterio de la interpretación más razonable*».

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de junio de 2011, exp. 38619; Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de junio de 2011, exp. 18762; Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de diciembre de 2016, exp. 37959; Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de febrero de 2021, exp. 47068.



«[...] la interpretación que se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la 'reciproca intención de las partes' (art. 1618 C.C), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni se supedita, por cuanto, aun siendo 'claro' el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes cristalizada en las cláusulas del contrato»⁸⁴.

Desde esta perspectiva, el ordenamiento jurídico colombiano privilegia un sistema subjetivo de interpretación contractual, orientado a la identificación de la intención común de las partes, por encima de un criterio puramente objetivo centrado en la literalidad de la declaración contractual⁸⁵⁻⁸⁶.

Ahora bien, la buena fe contractual, como segundo principio rector, atraviesa transversalmente el ejercicio interpretativo orientado a desentrañar la recíproca intención de las partes. Este postulado, consagrado de manera general en el artículo 83⁸⁷ de la Constitución Política y desarrollado en los artículos 1603⁸⁸ del Código Civil y 871⁸⁹ del Código de Comercio, adquiere especial relevancia en el ámbito de la contratación estatal, en la medida en que *«obliga a la administración pública y a los*

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de febrero de 2008, exp. 2001,06915-01.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de junio de 2018, exp. 40353. *«La doctrina (local y foránea) y la jurisprudencia nacional reconocen que existe jerarquía entre los criterios de interpretación del contrato y, en esa medida, han señalado que el subjetivo prevalece sobre el objetivo, a partir de la idea de que el principio de la búsqueda de la real voluntad de los contratantes es fundamental dentro de la labor hermenéutica y que los demás principios y reglas son subsidiarios»*. Criterio reiterado en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de febrero de 2021, exp. 47068.

⁸⁶ Jaramillo J., Carlos Ignacio. Op. Cit., página 342. *«En el Derecho colombiano, y en general, en el Derecho continental, se enseña el sistema subjetivo de interpretación contractual, que propende por la solícita búsqueda de la intención de las partes, la que puede ser hallada acudiendo a diversos expedientes e instrumentos, v.gr: a los hechos anteriores, concomitantes y posteriores a la celebración del contrato y hasta donde racionalmente sea posible, toda vez que no puede forzarse dicho objetivo, puesto que terminaría por distorsionarse su laborío, que conoce límites. De allí que, si dicha búsqueda se torna infecunda, como a menudo sucede tratándose de la contratación predispuesta, adhesiva y de consumo, sin sobresaltos debe procurar el hermeneuta la interpretación contractual en consideración al sistema objetivo, acudiendo, en tal virtud, a reglas de estirpe objetiva, como la ya señaladas antes (arts. 1619, 1620, 1621, 1623 y 1624)»*.

⁸⁷ Constitución Política. *«Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas»*.

⁸⁸ CC. *«Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella»*.

⁸⁹ CCO. *«Artículo 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural»*.



particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos»⁹⁰.

A partir de lo expuesto, podría afirmarse que cualquier ejercicio hermenéutico debe iniciarse desentrañando y averiguando la verdadera intención, la voluntad genuina de las partes contratantes, apreciada a la luz del principio de la buena fe contractual, y que solamente cuando dicha indagación no permita esclarecer el sentido de la cláusula controvertida debe acudir a las directrices de interpretación previstas en los artículos 1619 a 1624 del Código Civil, que tienen *«un carácter subsidiario, instrumental o de apoyo, en la labor de fijación del contenido contractual»⁹¹.*

Con todo, esta secuencia metodológica no puede entenderse de manera rígida. Si bien la búsqueda de la intención común de la voluntad constituye la regla general y el punto de partida del análisis, en determinados eventos una aproximación exclusivamente subjetiva puede resultar insuficiente para auscultar plenamente el alcance de una estipulación contractual. Ello obedece a que la voluntad común no es una realidad meramente interna, sino una construcción jurídica que adquiere relevancia en la medida en que se exterioriza de forma objetiva a través de la declaración y de la conducta negocial de las partes⁹². De ahí que, cuando el contexto, el tenor del

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001.

⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 20008, exp 2000-00075-01.

⁹² Betti J. Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Grupo Editorial Olejnik, 2018, páginas 436 a 438 *«De los criterios metodológicos derivan, sobre todo, consideradas como diferentes, las generales orientaciones interpretativas en las que se refleja la finalidad político-legislativa de la interpretación. Tales orientaciones se identifican con las diversas teorías sostenidas en torno a la voluntad y a la declaración en el negocio en orden al tratamiento de los vicios del elemento subjetivo, o sea en relación con el criterio para resolver el conflicto entre la exigencia de imputabilidad al declarante y la exigencia de reconocibilidad por parte de los demás. Así, teoría de la voluntad, de la declaración, de la confianza y de la responsabilidad. Estas teorías pecan, unas más, otras menos, de unilateralidad en la visión del problema, bien que le planteen en términos equivocados, bien que se limiten a considerarlo solo bajo un aspecto singular, o ya que generalicen indebidamente en relación con todos los negocios, criterios, que tienen su sentido y valor solamente en relación con algunas categorías de negocios. Plantean en términos equivocados el problema las dos teorías extremas, que representan soluciones en sentido opuesto: la teoría de la voluntad y la teoría de la declaración —la primera dirigida a dar prevalencia a la voluntad real del declarante tanto en la interpretación como en la calificación sobre la validez del negocio; la segunda, por el contrario, dirigida a dar prevalencia a la declaración abstractamente considerada, tal y como puede ser reconocible por el destinatario o en el ambiente social-. La cuestión de si la voluntad interna (porque esta es la voluntad verdadera) debe prevalecer sobre la declaración, o si la declaración deba prevalecer sobre la voluntad interna, expresa una alternativa inadmisible en el plano jurídico, por lo que es evidente que está mal planteada. Porque la voluntad de las partes no adquiere relevancia jurídica, sino, precisamente, en cuanto sea reconocible bajo la forma de declaración o de comportamiento, por lo que no puede ser colocada en el mismo plano de esta forma, ni asumir un valor por sí misma, en antítesis con aquella. Cuando la Ley (art 1362 C.C. it.) atiende a dar relevancia al intento común de las partes frente al sentido literal de las palabras, entiende por tal la intención común, no la voluntad de cada una de las partes, que permanece inexpressada en la esfera interna de la conciencia, sino el concorde interno que se ha formado entre las partes en cuanto aparece como reconocible en su común o congruente declaración y conducta. Entendiéndose por ello que esta común o congruente declaración o conducta, interpretada por otro no según la muerte y abstracta letra de las palabras, sino según su espíritu, es interpretada en función del recíproco comportamiento de las partes de las que proviene y de la situación de hecho, en la que aparece en concreto encuadrada. Los mismos criterios que explican la construcción de la declaración emitida y comunicada, deben gobernar también la interpretación, ya que por ello mismo no es más que su*



clausulado o la dinámica de ejecución así lo exijan, se imponga un examen integral y sistemático del contrato que articule los planos subjetivo y objetivo de la interpretación.

En ese contexto, la Sala abordará el análisis de la cláusula controvertida —relativa a la bonificación de éxito— a la luz de los principios y reglas de interpretación contractual previamente expuestos, con el fin de precisar su verdadero alcance normativo, su función dentro de la estructura remuneratoria pactada y las consecuencias jurídicas que de ella se derivan para las partes.

4.1.3. Los principios de la búsqueda de la común intención de las partes y la buena fe contractual

Tal como se indicó en el apartado precedente, la búsqueda de la recíproca intención de las partes y la buena fe contractual deben orientar de manera transversal la labor del intérprete, a quien le corresponde la tarea de reconstruir la voluntad que animó a los contratantes al momento de pactar la cláusula que suscita controversia, atendiendo no solo a su tenor literal, sino también a su exteriorización objetiva, leal y coherente, conforme con las exigencias de la buena fe negocial.

Para acometer dicho propósito, se observa que obran al expediente algunos medios de prueba que contribuyen a esclarecer la genuina intención de los extremos negociales, en lo concerniente al pacto de la bonificación de éxito estipulada en el contrato de prestación de servicios de representación judicial 475 de 2002. Entre esos medios de prueba, la Sala destaca los siguientes:

- La propuesta presentada por el abogado De Vivero Arciniegas al IDU⁹³, en la cual: **(i)** se precisó que el objeto de la asesoría comprendería tanto la defensa judicial del Instituto en las controversias derivadas del contrato de obra 462 de 1997 celebrado con ICA S.A., en ambas instancias, como la eventual presentación de demandas de reconvención; **(ii)** se estructuró remuneración bajo dos modalidades concurrentes, una suma fija, pagadera por etapas procesales, y una bonificación de éxito calculada, de un lado, sobre el 1% de la diferencia entre las pretensiones formuladas por ICA S.A. y la condena finalmente impuesta al IDU, y, de otro, sobre el 2% de las sumas a cuyo pago resultara obligada ICA S.A. como consecuencia de las demandas de reconvención; y **(iii)** se previó expresamente la posibilidad de que ocurriera una acumulación de los procesos judiciales originados en dichas controversias.

reconstrucción. Los criterios objetivos de valoración que esclarecen, en relación con el marco de las circunstancias, el significado social de las palabras usadas y del comportamiento observado —así el uso del lenguaje hablado, como los usos del tráfico y las concepciones dominantes en la conciencia social- gobiernan también la interpretación, porque en la normalidad de los casos (según el id quod plerumque accidit) concurren esencialmente a determinar también la concreta situación subjetiva de las partes [...]. Ahora bien, la ley no se separa de aquellos criterios objetivos (art. 1362, C.C. it.) cuando pone junto al sentido literal de las palabras la común intención de las partes, porque también esta común intención va genéticamente reconstruida en su objetiva reconocibilidad y por ello bajo la medida de aquellos criterios [...] (subrayado propio).

⁹³ Hecho probado 3.3.



- El memorando DG-0000-0240 suscrito por la directora general del IDU⁹⁴, mediante el cual se aceptó la propuesta presentada, destacando lo siguiente: **(i)** la idoneidad profesional del abogado para representar los intereses del Instituto, dada su experiencia previa en los litigios suscitados entre el instituto e ICA S.A.; **(ii)** el alcance integral de la representación judicial, que incluía la defensa en las dos instancias y la presentación de demandas de reconvención; **(iii)** la aceptación del esquema de honorarios propuesto, tanto en su componente fijo como en la bonificación de éxito; y **(iv)** la previsibilidad de la acumulación de los procesos, atendiendo a la identidad de partes, objeto y causa.

- El testimonio rendido por María Isabel Patiño Osorio⁹⁵, directora general del IDU para la época de los hechos, quien de manera consistente y detallada explicó lo siguiente: **(i)** el contrato se estructuró para cubrir tanto la defensa frente a las pretensiones de ICA S.A. como la obtención de resultados favorables mediante demandas de reconvención; **(ii)** la bonificación de éxito pactada comprendía dos porcentajes diferenciados —1% y 2%— que se causarían de forma independiente y concurrente, según los resultados obtenidos; **(iii)** la complejidad del litigio hacía previsible la terminación del conflicto mediante conciliación; **(iv)** la anterior circunstancia dio lugar a que se incluyera un párrafo específico destinado a garantizar que, en caso de acuerdo conciliatorio, la bonificación de éxito se causara en los mismos términos que tendrían lugar si el proceso hubiese concluido mediante sentencia judicial; y **(v)** dicha previsión respondía al propósito de evitar incentivos adversos para el apoderado y de promover una solución conciliada eficiente y beneficiosa para la entidad.

La valoración conjunta de los elementos probatorios permite concluir que, desde la etapa de gestación y formación del contrato 475 de 2002, las partes tuvieron claridad sobre el carácter integral de la representación judicial encomendada —que comprendía tanto la defensa como la formulación de demandas de reconvención—, así como sobre la probabilidad de acumulación de los procesos y de su eventual terminación por la vía conciliatoria. En ese marco, previeron expresamente la regulación de los honorarios para tal escenario, con el propósito de incentivar la consecución de un acuerdo, sin afectar la remuneración pactada.

La Sala resalta la especial relevancia que revisten los medios probatorios reseñados al momento de desentrañar la intención convergente de las partes, permitiendo evidenciar las expectativas que asistían a los sujetos negociales desde la fase de gestación del acuerdo de voluntades y el resultado concreto o función práctica y económica procurada por estos con la celebración del negocio jurídico. No en vano de vieja data se ha reconocido que *«[...] los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para*

⁹⁴ Hecho probado 3.4.

⁹⁵ Hecho probado 3.31.



interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato»⁹⁶.

De ello se sigue que el IDU y el contratista convinieron una bonificación de éxito atada a los resultados favorables obtenidos por la entidad, tanto frente a las demandas promovidas por ICA S.A. como respecto de las que el IDU formulara en reconvención, sin que su causación dependiera exclusivamente de la expedición de una sentencia judicial ni se viera alterada por la acumulación de procesos o por su terminación mediante conciliación.

Este entendimiento se armoniza con el tenor literal y sistemático del contrato en cuestión, particularmente con la cláusula cuarta y sus párrafos segundo y tercero, relativos a la forma de pago, cuyo contenido se reproduce nuevamente a continuación con fines de precisión argumentativa:

«CLÁUSULA CUARTA: *El IDU pagará al ASESOR la suma establecida en la cláusula anterior de la siguiente manera: 1) un pago anticipado por la suma de \$116'000.000 una vez se cumplan los requisitos de perfeccionamiento y legalización de presente contrato; 2) la suma de \$58'000.000 contra constancia de contestación de las demandas que cursan por los procesos 2002-1985 y 2002-2337; 3) la suma de \$58'000.000 pagaderos una vez se profiera en uno cualquiera de los procesos mencionados, auto en el que se decreten pruebas; 4) la suma de \$58'000.000 una vez se profiera auto que decrete pruebas en el segundo de los procesos mencionados; 5) la suma de \$58'000.000 una vez se profiera sentencia de primera instancia en alguno de los procesos mencionados; 6) la suma de \$58'000.000 una vez se profiera sentencia de primera instancia en el segundo de los procesos mencionados; 7) la suma de \$58.000.000 una vez se profieran las sentencias de segunda instancia; 8) en el evento que los procesos mencionados se acumulen, las sumas señaladas en los anteriores numerales se pagarán en la oportunidad procesal correspondiente al proceso acumulado.*

[...] PARÁGRAFO SEGUNDO: *A título de bonificación de éxito se causará el pago del 1% de la diferencia entre la suma pretendida por la firma ICA S.A. y la que finalmente determine el Tribunal. En el caso de obtenerse unas sumas a favor del IDU y el Distrito Capital – Secretaría de Obra Públicas se causará un pago equivalente al 2% de la suma a la que resulte condenada dicha firma.*

PARÁGRAFO TERCERO: *En el evento de lograrse acuerdo conciliatorio en cualquier etapa, solo se pagarán los valores ocasionados hasta ese momento. En todo caso, sobre el valor conciliado se causará la bonificación de éxito antes señalada [...].».*

De la interpretación sistemática de la cláusula cuarta se advierte que la bonificación de éxito fue concebida como una remuneración variable vinculada al resultado de los procesos en los cuales el contratista ejerció la representación judicial del IDU, sin que su causación quedara restringida exclusivamente a la expedición de una sentencia. En efecto, en el párrafo segundo se estructuraron dos supuestos diferenciados pero concurrentes de pago, como manifestaciones autónomas del éxito alcanzado en el

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 1989.



litigio, al prever el reconocimiento del 1% sobre la diferencia entre la suma pretendida por ICA S.A. y la que finalmente se determinara —en los procesos en los que la entidad actuaba como demandada—, así como del 2% sobre las sumas que resultaren a favor del IDU —en aquellos en los que actuaba como demandante—.

Por su parte, el párrafo tercero de la cláusula no estableció una base distinta de liquidación de la bonificación de éxito, sino que reguló el evento en que el proceso culminara mediante conciliación, al disponer, de un lado, que *«solo se pagarán los valores ocasionados hasta ese momento»*, lo cual se refiere a los honorarios fijos asociados a los hitos procesales —como efectivamente fue pagado este concepto⁹⁷— y, de otro, que *«sobre el valor conciliado se causará la bonificación de éxito antes señalada»*, expresión que, contrario a lo que discutió el IDU, no sustituye los criterios definidos en el párrafo segundo, sino que remite a ellos, en cuanto dispone que la bonificación que se causa es la antes señalada, esto es, la del 1% y del 2%.

En este contexto, hay que señalar que en este caso el IDU, en estricto sentido, alegó que la bonificación de éxito no se causaba si los procesos terminaban con acuerdo conciliatorio, sin que sus argumentos se centraran en el entendimiento de la expresión *«valor conciliado»* como base para el cálculo de la bonificación de éxito. No obstante, para la Sala de Subsección, tal expresión *«valor conciliado»*, incluida en el párrafo tercero de la cláusula cuarta del contrato, no puede concebirse como una base autónoma y excluyente de cálculo, ni restringirse a las sumas reconocidas a favor del IDU en el acuerdo conciliatorio, sino como el resultado económico definido en dicho acuerdo respecto de cada una de las pretensiones debatidas por las partes en los distintos procesos acumulados. En tal virtud, la conciliación, contrario a lo sostenido por el IDU en el litigio, no altera la estructura de la remuneración variable ni sustituye las reglas de cálculo del 1% y del 2% por una base distinta, sino que constituye simplemente el mecanismo a través del cual se define el resultado del litigio, al cual se aplican los mismos criterios de causación previstos en el párrafo segundo.

Bajo ese entendimiento, la acumulación de los procesos y su finalización mediante un único acuerdo conciliatorio implica que la bonificación de éxito del 1% deba calcularse respecto de la diferencia resultante entre las súplicas formuladas por ICA S.A. en cada una de las demandas promovidas y el resultado económico definido en el acuerdo conciliatorio para cada proceso. Por su parte, el 2% debe calcularse con base en las sumas efectivamente reconocidas a favor del IDU en el acuerdo conciliatorio, como resultado de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención.

⁹⁷ En el numeral 1.2.3. de los antecedentes, correspondiente a los hechos de la demanda, se dejó consignado que la parte actora reconoció haber recibido la suma de \$290'000.000 por concepto de honorarios fijos, correspondientes al anticipo y a los pagos causados por la contestación de las demandas y por la expedición de los autos que decretaron pruebas. Tal manifestación confirma que la remuneración fija no se devengaba en bloque ni sobre el valor total pactado, sino de manera escalonada y condicionada al cumplimiento de hitos procesales específicos, lo que resulta coherente con la previsión contractual según la cual, en caso de conciliación, *«solo se pagarán los valores ocasionados hasta ese momento»*, expresión que necesariamente remite a los pagos ya causados por etapas efectivamente cumplidas y no a la bonificación de éxito.



Así las cosas, la Sala considera que fue el propio texto contractual el que equiparó, para efectos de la causación de la bonificación de éxito, el resultado definido mediante sentencia a aquel alcanzado por vía conciliatoria. En tal virtud, la estipulación debe interpretarse en el sentido de que el derecho a obtener la bonificación de éxito —y la correlativa obligación de pago— surge cuando se obtiene un resultado económico favorable para la entidad en cada uno de los procesos, ya fuere por sentencia proferida por la autoridad judicial competente o mediante acuerdo que pusiera fin a las disputas, en los términos expresamente pactados por las partes.

Esta interpretación resulta coherente con el régimen legal aplicable, en tanto los artículos 65⁹⁸, 66⁹⁹ y 70¹⁰⁰ de la Ley 446 de 1998 —vigentes para la fecha en que se surtieron los procesos judiciales— reconocen expresamente a las entidades públicas la facultad de conciliar controversias de contenido económico, tanto en sede judicial como prejudicial, y le otorgan al acuerdo conciliatorio efectos de cosa juzgada y mérito ejecutivo, equiparándolo, en sus consecuencias sustanciales, a una sentencia. En ese orden, entender que la bonificación de éxito solo se causaba en caso de mediar un fallo judicial y no cuando el conflicto culminaba mediante conciliación, implicaría desincentivar un mecanismo legalmente promovido y funcionalmente equivalente, desconociendo no solo la intención común de las partes, sino también los principios de eficacia, economía y solución directa de controversias que orientan la contratación estatal.

En síntesis, contrario a lo sostenido por el IDU en su recurso de apelación, para la Sala, tanto la conducta precontractual de las partes como la interpretación integral del clausulado, evidencian que la bonificación de éxito fue concebida para operar en dos supuestos susceptibles de concurrir —la disminución de las súplicas formuladas por ICA S.A. en contra del Instituto y la obtención de condenas a favor del IDU—, los cuales, de verificarse simultáneamente, daban lugar al pago total de la remuneración acordada, sin quedar supeditada de manera exclusivamente a la expedición de una sentencia judicial, en tanto las partes convinieron expresamente que la conciliación produciría los mismos efectos de cara a su causación.

Ahora bien, aunque la reconstrucción de la intención común de las partes permite perfilar con suficiente nitidez el alcance de la estipulación debatida, resulta metodológicamente adecuado contrastar esta conclusión con las demás reglas de interpretación contractual previstas en el ordenamiento jurídico. Ello no solo garantiza la coherencia del entendimiento adoptado con la finalidad económica del negocio, su tenor literal y su estructura sistemática, sino que también se impone en el *sub examine* en atención a que en primera instancia el Tribunal acudió a varias de esas pautas

⁹⁸ Ley 446 de 1998. «Artículo 65. Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley».

⁹⁹ Ley 446 de 1998. «Artículo 66. El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo».

¹⁰⁰ Ley 446 de 1998. «Artículo 70. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así: 'Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo'».



hermenéuticas para fundamentar su decisión, algunas de las cuales fueron objeto de cuestionamiento en sede de apelación. De esta manera, el examen integral de tales directrices permite resolver de forma completa las inconformidades planteadas y asegurar una interpretación armónica con los principios que gobiernan la contratación estatal.

4.1.4. La regla de la interpretación contextual, extensiva y auténtica

El artículo 1622 del Código Civil contempla una regla de carácter subjetivo que, en estricto sentido, integra tres pautas hermenéuticas diferenciadas: **(i)** la interpretación contextual, conforme con la cual *«las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad»*; **(ii)** la interpretación extensiva, que autoriza acudir a las cláusulas *«de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia»*, cuando ello resulte útil para esclarecer el alcance del negocio controvertido; y **(iii)** la interpretación auténtica, que permite determinar el sentido de la estipulación *«por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte»*.

Estas pautas, aunque comparten un fundamento común en la reconstrucción del sentido negocial a partir del contexto y la conducta de las partes, operan con presupuestos distintos y deben examinarse separadamente en relación con la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002 y sus parágrafos, en cuanto regulan la bonificación de éxito objeto de controversia, como se pasa a exponer:

4.1.4.1. La interpretación contextual supone que el contrato debe leerse como un todo orgánico, de manera que el sentido de cada cláusula no se determine aisladamente, sino a partir de su relación sistemática con las demás estipulaciones y con la finalidad global del negocio jurídico. Bajo esta pauta interpretativa, el significado de una disposición se esclarece a la luz del conjunto del clausulado, evitando fragmentaciones que desarticulen la coherencia interna del acuerdo.

En esa línea, esta Sección ha precisado que *«este criterio interpretativo pone de presente la correlación que existe entre las partes constitutivas del discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte: correlación y referencia que hacen posible la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos. Constituye un principio evidente de técnica de interpretación textual, que al dirigirse a aclarar el sentido de una declaración de índole jurídica, ordena que el significado de las declaraciones no puede ser segmentado, sino que debe ser atribuido al conjunto de la intención del declarante; es decir, que en presencia de una o varias cláusulas, dentro de un contrato, se debe considerar que hacen parte de un todo, y es por medio de la luz de cuanto emerge del conjunto de la declaración entera, que se determina el sentido jurídico propio del objeto interpretado»*¹⁰¹.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, exp. 16100. Criterio que se encuentra en lineamiento con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de



De ello se desprende que la pauta contextual impone al intérprete integrar cada estipulación dentro del entramado contractual en su conjunto, de modo que su alcance no se determine de manera fragmentada, sino a partir de la coherencia interna del negocio y de su finalidad económica global. Así, como este asunto concierne sobre la cláusula relativa a la bonificación de éxito, su sentido debe definirse atendiendo al diseño contractual integral y a la lógica funcional del encargo profesional asumido.

Bajo ese enfoque, la referida lectura sistemática conduce a integrar los párrafos que regulan la bonificación de éxito con el objeto contractual y las obligaciones asumidas por el contratista en el contrato 475 de 2002. Así, entonces, conforme con su cláusula primera, el objeto consistía en la representación judicial del IDU en los diferentes procesos promovidos por ICA S.A. con ocasión del contrato de obra 462 de 1997¹⁰². A su turno, la cláusula segunda estableció, entre otras obligaciones, no solo la defensa técnica de la entidad en todas las instancias, sino también la formulación de demandas de reconvención cuando ello resultara jurídicamente viable, así como el despliegue de actuaciones estratégicas orientadas a la protección integral de sus intereses¹⁰³.

Este diseño contractual pone de relieve que el contratista asumió prestaciones de naturaleza diversa: **(i)** de un lado, el ejercicio del derecho de contradicción y defensa frente a las pretensiones formuladas contra el IDU; **(ii)** de otro, el ejercicio del derecho de acción mediante la reconvención, encaminado a obtener condenas a favor de la entidad. Si bien ambas actuaciones podían desarrollarse dentro de un mismo proceso por razones de economía procesal, su fundamento y finalidad eran diferenciados, pues la primera se dirigía a desvirtuar o aminorar las pretensiones del demandante, mientras que la segunda implicaba la formulación autónoma de reclamaciones en su contra, configurando una relación procesal recíproca de demandante y demandado.

En ese contexto, resulta coherente que la prima de éxito se hubiese estructurado sobre dos supuestos fácticos distintos —la disminución de las pretensiones formuladas contra el Instituto y la obtención de condenas a su favor—, a cada uno de los cuales se asignaron porcentajes específicos susceptibles de operar de manera concurrente. Así lo corroboró la entonces directora del IDU al señalar que este aspecto fue objeto de particular deliberación durante la negociación contractual, con el propósito de dejar claramente fijado que ambas hipótesis podían generar remuneración simultánea¹⁰⁴.

Casación Civil, sentencia del 15 de marzo de 1965, G.J. T.CXI y CXII, No 2276-2277, incluido también, en la sentencia del 15 de junio de 1972, G.J. CXLII, No. 2352-2357. «El juzgador, al acudir a las reglas hermenéuticas, debe observar, entre otras, aquella que dispone examinar de conjunto las cláusulas, analizando e interpretando unas por otras, de modo que todas ellas guarden armonía entre sí, que se ajusten a la naturaleza y finalidad de la convención y que concurren a satisfacer la común intención de las partes. El contrato es un concierto de voluntades que por lo regular constituye una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciéndole producir a la convención efectos que estas acaso no sospecharon».

¹⁰² Hecho probado 3.5.

¹⁰³ Hecho probado 3.5.1.

¹⁰⁴ Hecho probado 5.4.1.3.



De igual modo, la interpretación contextual permite advertir que la eventual terminación de los litigios mediante conciliación no fue una circunstancia sobreviniente ni ajena al diseño negocial, sino un escenario expresamente contemplado por las partes, pues el clausulado reguló los efectos remuneratorios de dicha hipótesis y la incorporó dentro de la lógica del encargo profesional, cuya finalidad era obtener el mejor resultado económico posible para la entidad. Por ello, no puede entenderse que la causación de la bonificación hubiera quedado limitada al evento en que el litigio fuera decidido mediante sentencia, sino que debe leerse en consonancia con la previsión expresa del acuerdo conciliatorio, al cual el contrato atribuyó efectos equivalentes para efectos del reconocimiento de tal bonificación.

En definitiva, la interpretación contextual confirma que la prima de éxito fue concebida como un componente variable de la remuneración, vinculado al resultado económico favorable obtenido por el IDU, con independencia de que este se alcanzara mediante fallo judicial o a través vez de un acuerdo conciliatorio.

4.1.4.2. La interpretación extensiva, por su parte, permite acudir a otros contratos de igual naturaleza que eventualmente hubieran celebrado las mismas partes, con el fin de esclarecer el sentido del negocio jurídico controvertido. Ello obedece a que las relaciones contractuales previas del mismo tipo pueden generar una expectativa razonable acerca de la forma en que las partes estructuran sus obligaciones, en la medida en que la conducta desplegada en contratos anteriores proyecta efectos interpretativos sobre los posteriores¹⁰⁵.

Al respecto, se observa que al expediente fueron allegados los contratos de prestación de servicios profesionales de representación judicial 102 de 2000¹⁰⁶, 473 de 2001¹⁰⁷, 012 de 2001¹⁰⁸, 476 de 2002¹⁰⁹ y 226 de 2002¹¹⁰, suscritos también entre el IDU y el abogado Felipe De Vivero Arciniegas. No obstante, de su revisión se desprende que, aunque en algunos de ellos se pactó una bonificación de éxito, las obligaciones allí asumidas se limitaban a la defensa judicial del IDU y no comprendían la formulación de demandas de reconvención, circunstancia que impide trasladar automáticamente los criterios remuneratorios de esos negocios al aquí examinado, pues los supuestos fácticos y jurídicos no son equivalentes.

En consecuencia, esta pauta no conduce a una interpretación distinta de la ya alcanzada.

4.1.4.3. Finalmente, la interpretación auténtica parte de la premisa según la cual el sentido de una cláusula puede esclarecerse a partir de la forma como las propias

¹⁰⁵ Monsalve C., Vladimir. *Responsabilidad precontractual*. Grupo editorial Ibáñez, 2010, páginas 236 y 237. «Las relaciones contractuales anteriores del mismo tipo entre las partes de un contrato generan una expectativa de que ellas se obligarán en los mismos términos. Así las cosas, ni el tiempo logra borrar la conducta de los hombres, pues es notable que las actitudes manifiestas en una relación contractual pasada prolongan sus efectos en los contratos venideros».

¹⁰⁶ Folios 170 a 173 del cuaderno 1.

¹⁰⁷ Folios 174 a 177 del cuaderno 1.

¹⁰⁸ Folios 178 a 181 del cuaderno 1.

¹⁰⁹ Folios 182 a 186 del cuaderno 1.

¹¹⁰ Folios 225 a 227 del cuaderno 1.



partes contratantes la han ejecutado, en tanto la aplicación práctica del contrato constituye, en principio, una manifestación objetiva y dinámica de la voluntad negocial, salvo que se demuestre que dicha conducta obedeció a un error.

En la misma línea, la Sección Tercera ha manifestado que *«la ejecución que se ha dado a la cláusula, cuyo sentido hoy se controvierte, es su interpretación viva y animada; es la confesión misma de las partes; y a menos de probar que la ejecución que le han dado es el resultado de un error, es lógico y equitativo que no se les admita modificar su hecho propio»*¹¹¹. Igualmente, sobre este tipo de interpretación, se ha dicho que proviene del comportamiento de las mismas partes contratantes, del cual se deduce su voluntad real y mutuo entendimiento acerca del contenido y del alcance de las estipulaciones consignadas en el negocio jurídico¹¹².

En el *sub judice*, si bien las partes sostienen interpretaciones divergentes acerca de la forma como debe calcularse la bonificación de éxito, la ejecución del contrato demuestra que Felipe De Vivero Arciniegas, en su condición de apoderado del IDU, desempeñó un papel activo y determinante en el trámite conciliatorio adelantado con ICA S.A., acuerdo que no solo evitó que la entidad asumiera el pago de significativas sumas de dinero pretendidas por esa sociedad en los diferentes procesos judiciales, sino que además permitió el reconocimiento de un saldo a su favor, en virtud de las pretensiones formuladas en reconvencción, supuestos ambos expresamente contemplados en la estructura de la bonificación pactada. En efecto, el profesional propuso la fórmula de arreglo ante el comité de conciliación¹¹³, intervino en la audiencia judicial celebrada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹¹⁴ y ejerció los recursos pertinentes hasta lograr la aprobación definitiva del acuerdo¹¹⁵.

Desde esta perspectiva, no cabe duda de que las actuaciones desplegadas se inscriben plenamente dentro del objeto contractual y resultan coherentes con la finalidad económica que justificaba la bonificación de éxito, orientada a retribuir la disminución del pasivo contingente del IDU y la obtención de un beneficio económico a su favor, por lo que no es admisible desconocer su causación bajo el argumento de que el proceso culminó por voluntad de las partes, cuando precisamente la conciliación fue prevista contractualmente como un mecanismo idóneo para alcanzar los resultados que daban lugar a la remuneración variable convenida.

4.1.5. La regla de la especificidad o especialidad

El artículo 1619 del Código Civil consagra la denominada regla de la especificidad o especialidad, al establecer que *«por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre [la] que se ha contratado»*. Se trata, entonces, de

¹¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2012, exp. 22714.

¹¹² Ver, entre otras, sentencia del 24 de abril de 2024, exp. 63438, Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, parafraseando *«Luis Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Editorial Temis S.A. y Editorial Jurídica de Chile. 1992. Vol. VI. De las Obligaciones. Num. 1291»*.

¹¹³ Hecho probado 3.14.

¹¹⁴ Hecho probado 3.15.

¹¹⁵ Hecho probado 3.18.



una pauta de carácter objetivo según la cual las estipulaciones contractuales deben interpretarse dentro del ámbito material propio del negocio jurídico celebrado, de modo que expresiones amplias o genéricas no pueden extenderse más allá del objeto efectivamente convenido.

La doctrina ha precisado que esta regla *«aboga por circunscribir la interpretación al contenido del negocio jurídico particular, sin que el intérprete, motu proprio, pueda amplificar el alcance de los derechos y de las obligaciones a que él se refiere —que no son de latex—, so capa de la amplitud o generalidad de los términos empelados por los contratantes, pues el tipo contractual, en concreto, por de pronto a manera a ancla o de polo a tierra, debe servir para acotar el alcance de lo acordado, que no puede pretender abarcarlo todo. De lo contrario, podrían quedar borradas las fronteras tipológicas, en grave desmedro de lo realmente querido por los celebrantes, al mismo tiempo que de la esencia contractual e individual propiamente dichas»*¹¹⁶.

En el asunto bajo examen, se constata que los párrafos que regularon la prima de éxito no constituyen cláusulas de alcance abierto que requieran ser restringidas mediante esta pauta, sino estipulaciones diseñadas a la medida de un contrato de prestación de servicios para la representación judicial en un litigio complejo y determinado. Allí se definieron de manera expresa los supuestos de causación —disminución de las pretensiones en contra del IDU y obtención de sumas a su favor— y los porcentajes aplicables a cada uno de ellos, en función de resultados económicos concretos.

Por tanto, la aplicación de la regla de especialidad conduce a afirmar que el alcance de la bonificación debe ceñirse estrictamente a los eventos expresamente previstos en el contrato, sin extensiones que desborden la materia pactada, pero tampoco con restricciones que desnaturalicen o reduzcan indebidamente lo que los extremos negociales estipularon con precisión.

4.1.6. La regla de la interpretación efectiva, útil o conservatoria

El artículo 1620 del Código Civil contempla la regla de la interpretación efectiva, útil o conservatoria, al disponer que *«el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno»*. Esta pauta se funda en el reconocimiento del contrato como fuente normativa obligatoria para las partes y en la presunción de que estas lo celebran con la finalidad de que sus estipulaciones generen consecuencias jurídicas reales y prácticas. En tal virtud, el intérprete está llamado a privilegiar aquella comprensión que mantenga la eficacia de la cláusula y a descartar interpretaciones que la vacíen de contenido, la tornen inocua o frustren la finalidad económica perseguida por los contratantes.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que *«cuando el artículo 1620 del CC sienta la regla según la cual debe desecharse la interpretación que lleve a pregonar que la cláusula objeto de hermenéutica es ineficaz, o que no produce*

¹¹⁶ Jaramillo J., Carlos Ignacio. Op. cit., página 346. La regla de especificad o especialidad



efectos, en beneficio de aquella otra que si lo reconoce, no hace otra cosa que reconocer el valor normativo que —lato sensu— tienen los contratos, en el entendido que ellos han sido ajustados de buena fe por las partes, para que rijan su comportamiento negocial, de suerte que los jueces, caprichosa o generalizadamente, no pueden cercenar esos efectos, so capa de interpretación aislada que conducen a predicar la invalidez de la estipulación, laborío que, de suyo, tiene carácter absolutamente restricto»¹¹⁷.

En este asunto, la cláusula relativa a la bonificación de éxito previó de manera expresa dos supuestos fácticos diferenciados para su cálculo, cada uno asociado a un porcentaje específico, lo que demuestra que las partes asignaron relevancia jurídica autónoma tanto a la disminución de las pretensiones formuladas contra el IDU como a la obtención de sumas a su favor mediante la reconvención. Una interpretación que suprima uno de estos eventos o que condicione su operatividad exclusivamente a la expedición de una sentencia judicial —pese a la previsión expresa del acuerdo conciliatorio— desarticularía el esquema remuneratorio diseñado por las partes.

En ese orden, reconocer únicamente el 2% sobre el valor efectivamente recibido por el IDU —como lo sostuvo en reiteradas ocasiones la entidad al responder las solicitudes de pago presentadas por el abogado contratista¹¹⁸— implicaría dejar sin efecto práctico el componente del 1% pactado para remunerar la disminución de las pretensiones formuladas por ICA S.A. Tal entendimiento desconocería la labor de defensa encomendada al apoderado y vaciaría de contenido una de las hipótesis de causación previstas en el contrato, contrariando la regla de conservación.

Por el contrario, la interpretación que admite la concurrencia de ambos supuestos y reconoce la equivalencia funcional entre sentencia y conciliación preserva la coherencia interna de la cláusula y mantiene incólume la lógica económica que la informa. En tal virtud, la regla de conservación conduce a preferir el entendimiento que permita a la estipulación desplegar íntegramente los efectos previstos por las partes y no aquella que los restrinja sin respaldo en el texto contractual.

4.1.7. La regla de la interpretación naturalista o fundada en la naturaleza del contrato, y de la interpretación usual.

El artículo 1621 del Código Civil incorpora dos reglas hermenéuticas distintas: *(i)* la denominada interpretación naturalista, conforme con la cual «*en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato*»; y *(ii)* la interpretación usual, según la cual «*las cláusulas de uso común se presumen, aunque no se expresen*».

Aunque ambas pautas parten de la idea de que el contrato debe comprenderse en armonía con su contexto objetivo —esto es, con su naturaleza y con las prácticas que

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 28 de febrero de 2005 y del 13 de mayo de 2014, exp. 7504 y 5851.

¹¹⁸ Hechos probados 3.21, 3.23, 3.25, 3.27 y 3.28.



le son propias—, cada una responde a supuestos diferentes y, por tanto, exige un examen separado.

4.1.7.1. La regla naturalista impone preferir, entre varias interpretaciones plausibles, aquella que mejor se armonice con la naturaleza del negocio jurídico celebrado. Así, cuando los términos contractuales admiten más de un entendimiento razonable, debe adoptarse el que resulte más coherente con el tipo contractual y con la función económica que este está llamado a cumplir, en la medida en que la naturaleza del contrato opera como criterio objetivo de orientación para delimitar sus efectos y proyectar sus consecuencias jurídicas, procurando siempre un resultado útil, sistemático y acorde con la finalidad práctica del acuerdo¹¹⁹.

En el *sub examine*, se reitera, la controversia versa sobre el alcance de una cláusula inserta en un contrato cuyo objeto consistía en la representación judicial del IDU en procesos derivados del contrato 462 de 1997. Se trata, entonces, de un contrato de prestación de servicios, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹²⁰, celebrado por una entidad estatal para desarrollar actividades relacionadas con su funcionamiento y defensa institucional, modalidad contractual que se justifica en la necesidad de acudir a conocimientos especializados y competencias profesionales externas¹²¹.

La Sección Tercera de esta Corporación ha indicado que, en contratos de representación judicial, pueden concurrir elementos propios de la prestación de servicios, del mandato y del apoderamiento judicial, en la medida en que la gestión encomendada al profesional del derecho comporta deberes específicos de diligencia, lealtad y técnica jurídica, así como reglas particulares en materia de remuneración y revocatoria del poder, sin perjuicio del derecho del apoderado a percibir los honorarios causados por su gestión¹²².

¹¹⁹ Jaramillo J., Carlos Ignacio. Op. cit., página 363. Frente a la regla naturalista expresó: «precisamente en consideración a que si no hay evidencia que las partes acordaron otra cosa, es menester arribar a un resultado hermenéutico de carácter objetivo: el que este más a tono con el tipo y con el contrato que acordaron celebrar, concretamente con su naturaleza, como tal llamada a traducirse en la carta de navegación para de ella derivar las consecuencias pertinentes, siempre en el entendido de que se procurará que el resultado será positivo, y no negativo, frustráneo, o inhibitorio, como quiera que ello no lo quiere el legislador, obviamente procediendo con mesura».

¹²⁰ Ley 80 de 1993. «Artículo 32. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación [...]. // 3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados. // En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable».

¹²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, exp. 14651.

¹²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de octubre de 2013, exp. 32720. «Se tiene presente que en el mandato para representación judicial y en el apoderamiento judicial se predicen unas notas características propias de la gestión de los profesionales del derecho, con unas reglas especiales sobre los deberes en relación con la gestión encomendada y la remuneración cobrada, así como el derecho a la revocatoria del poder instituida por nuestro Código de Procedimiento Civil en favor del poderdante, sin perjuicio de la obligación de pagar los honorarios y gastos causados al apoderado».



No obstante, en el ordenamiento jurídico colombiano no existen tarifas legales imperativas para fijar los honorarios en este tipo de contratos celebrados con entidades estatales, razón por la cual su determinación queda, en principio, librada a la autonomía de la voluntad de las partes, conforme al artículo 40 de la Ley 80 de 1993¹²³. En ese contexto, resulta admisible que la remuneración se estructure mediante una combinación de suma fija y componente variable, este último representado en una bonificación porcentual asociada al beneficio económico obtenido por el mandante como resultado de la gestión profesional. Este esquema responde a la lógica propia de la representación judicial, en la que el abogado asume obligaciones de medio y despliega una actividad técnica orientada a maximizar el resultado favorable para su representado; por tal razón, la prima de éxito opera como un incentivo legítimo vinculado a la consecución de dicho resultado económico, cualquiera sea la vía procesal que lo materialice.

En el *sub examine*, el abogado De Vivero Arciniegas asumió una representación integral del IDU, que comprendía tanto el ejercicio del derecho de contradicción y defensa como el del derecho de acción a través de la formulación de pretensiones por la vía de demanda de reconvención frente a ICA S.A., mientras que la entidad se obligó a pagar una suma fija y, adicionalmente, una bonificación de éxito vinculada a la obtención de resultados económicos favorables para el Instituto. En esa medida, una interpretación que limite la causación de la bonificación exclusivamente al evento de sentencia judicial, o que excluya alguno de los supuestos expresamente previstos, desnaturalizaría el diseño remuneratorio pactado y se apartaría de la lógica funcional y económica que caracteriza este tipo de contratos de representación judicial.

4.1.7.2. La regla de la interpretación usual, por su parte, tiene lugar en los eventos en los cuales la controversia recae sobre aspectos que, siendo propios del tráfico ordinario en contratos de la misma naturaleza, no fueron expresamente regulados por las partes. En tales eventos, las cláusulas de uso común se presumen incorporadas al negocio jurídico y producen los efectos correspondientes¹²⁴. Se trata, en esencia, de un mecanismo de integración contractual que opera frente a vacíos del clausulado, a partir de prácticas reiteradas y generalmente aceptadas en el ámbito del tipo contractual de que se trate.

¹²³ Ley 80 de 1993. «Artículo 40. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. // Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. // En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración [...]».

¹²⁴ Jaramillo J., Carlos Ignacio. Op. cit., página 369. «[...] a los usos contractuales, o como los llama el legislador nacional: cláusulas de uso común, que son objetos de expresa presunción, en procura de entender lo usual, lo que comúnmente hace parte del entramado contractual [...]. La razón de esta regla estriba en que si son cláusulas tan utilizadas en la práctica, si flotan en la atmósfera negocial, no se observa un motivo valedero enderezado a restarles franca aplicación, cuando se estima que las partes, por la acentuada tradición imperante en esta materia, en todo caso las entendían incorporadas [...]».



Sin embargo, en el caso estudiado no se configura tal hipótesis, pues la bonificación de éxito fue expresa y detalladamente estipulada en el contrato 475 de 2002, con definición concreta de sus supuestos de causación y de los porcentajes aplicables, por lo que no existe omisión que deba suplirse mediante la incorporación de usos, razón por la cual esta regla hermenéutica no resulta aplicable en el presente caso.

4.1.8. La regla de la interpretación incluyente o explicativa

El artículo 1623 del Código Civil consagra la regla de la interpretación incluyente o explicativa, al establecer que *«cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda»*. Esta disposición tiene por objeto impedir que la referencia a un supuesto particular — incluido con finalidad ilustrativa o aclaratoria— sea entendida como una delimitación exhaustiva del alcance de la obligación, cuando del contexto contractual se infiera que la estipulación puede proyectarse razonablemente a otros eventos análogos¹²⁵.

La aplicación de esta pauta presupone, entonces, que el contrato contenga un ejemplo o caso específico incorporado con carácter explicativo y no limitativo. En el asunto bajo examen, no se presenta tal circunstancia, pues la cláusula relativa a la bonificación de éxito no enuncia supuestos a título meramente ilustrativo, sino que define de manera directa y precisa las hipótesis de causación y los porcentajes correspondientes. Los eventos allí previstos no cumplen una función ejemplificativa, sino que constituyen verdaderas condiciones contractuales autónomas.

En consecuencia, al no configurarse el presupuesto que habilita la operatividad de esta regla hermenéutica, no resulta procedente su aplicación en el presente caso.

4.1.9. La regla de la interpretación de cláusulas ambiguas en favor del deudor y en contra del estipulante o predisponente

El artículo 1624 del Código Civil prevé una regla hermenéutica de carácter residual, al disponer que *«no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor, pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella»*.

En esta disposición convergen dos criterios enlazados, a saber: *(i)* el principio *favor debitoris*, que impone optar por la interpretación menos gravosa para quien resulta

¹²⁵ Jaramillo J., Carlos Ignacio. Op. cit., página 402. Respecto de la regla de interpretación incluyente o explicativa manifestó: *«la referencia que, in concreto, hagan las partes a un casus, con el confesado propósito de servir de él a modo de estribo o apoyatura, no debe ser interpretado restrictivamente, como si la voluntad de los extremos de la relación jurídica fuera la de excluir otros supuestos, en la inteligencia de que si lo hicieron así, en efecto, no fue para cercenar la posibilidad de ensanchar el crédito y correlativamente el débito a partir de ese concreto supuesto que, se itera, se concibió como mero ejemplo o como un recurso típicamente didáctico —explicativo o gráfico— de las pates»*.



obligado cuando persista una ambigüedad insuperable; *(ii)* la regla *contra proferentem*, según la cual las estipulaciones ambiguas deben interpretarse en contra de quien las redactó o impuso, siempre que la oscuridad le sea imputable. Sin embargo, el propio tenor normativo evidencia su carácter subsidiario, pues únicamente procede cuando las demás reglas de interpretación no permiten esclarecer el sentido de la cláusula controvertida¹²⁶. Se trata, en consecuencia, de un mecanismo de cierre del sistema hermenéutico.

En el asunto bajo examen, no se configura dicho presupuesto, dado que el alcance de la cláusula relativa a la bonificación de éxito pudo determinarse mediante la aplicación sistemática de los principios y de algunas reglas previstas en los artículos 1618 a 1623 del Código Civil. Por ello, no resulta necesario acudir a esta pauta residual.

4.1.10. Conclusión del ejercicio hermenéutico

Como resultado del análisis efectuado a la luz de los principios de la búsqueda de la recíproca intención de las partes y de la buena fe, así como de las pautas de interpretación previstas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil —contextual, efectiva, naturalista, de especialidad y demás pautas examinadas—, la Sala concluye que la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002 y sus párrafos consagraron un esquema remuneratorio dual, compuesto por dos hipótesis autónomas de causación de la bonificación de éxito, susceptibles de operar de manera concomitante y no excluyente.

En efecto, de una parte, el IDU quedó obligado a pagar al demandante el 1% de la diferencia entre el monto de las pretensiones económicas formuladas por ICA S.A. en los procesos radicados 2002-1985, 2002-2337 y 2003-0655 y el valor finalmente determinado por la jurisdicción, porcentaje que retribuye la gestión de defensa encaminada a disminuir o neutralizar las reclamaciones formuladas contra la entidad.

De otra parte, la entidad asumió la obligación de reconocer el 2% de las sumas que ICA S.A. se comprometió a pagar al Instituto como resultado de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención, obligación que quedó reflejada en el acuerdo conciliatorio bajo el rubro «*monto a favor del IDU*», en cuanto expresión del resultado económico obtenido por la entidad mediante el ejercicio del derecho de acción, que se materializó por la vía de la demanda de reconvención.

Asimismo, quedó claramente establecido que la causación de ambos porcentajes no se encontraba supeditada a que los procesos culminaran mediante sentencia judicial, toda vez que el propio contrato previó expresamente la hipótesis de terminación por conciliación y le atribuyó efectos remuneratorios equivalentes. En tal virtud, cualquier interpretación que restrinja la operatividad de uno de los componentes o que altere la base de cálculo definida contractualmente por las partes desconoce no solo el tenor literal del clausulado, sino también su coherencia sistemática y la finalidad económica que orientó el acuerdo de voluntades, además la verdadera intención de las partes.

¹²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 25642.



4.2. La verificación de la existencia de incumplimiento contractual a partir de la conducta desplegada por el IDU frente a su obligación de pagar la bonificación de éxito

Definido el alcance de la bonificación de éxito asumida por el IDU en el contrato 475 de 2002, la Sala establecerá si dicha obligación fue cumplida en los términos del artículo 1626 del Código Civil, conforme con el cual *«el pago es la prestación de lo que se debe»*, y si este se realizó de manera íntegra y oportuna, de acuerdo con los artículos 1627 y 1634 *ejusdem*.

4.2.1. Antes de abordar el examen propuesto, resulta pertinente recordar que el incumplimiento contractual constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad derivada del contrato estatal y se configura cuando una de las partes, mediante una conducta jurídicamente imputable, deja de ejecutar total, parcial o defectuosamente las obligaciones asumidas, en contravía de lo pactado.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido pacíficamente que el incumplimiento *«tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, el cual asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa con ello un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar»*¹²⁷. Su fundamento descansa, entonces, en la fuerza vinculante del contrato, como expresión de la autonomía de la voluntad y del principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y debe ejecutarse de buena fe.

Ahora bien, la configuración de la responsabilidad contractual exige la acreditación concurrente de tres presupuestos, a saber: **(i)** el incumplimiento de una obligación válida y exigible —sea por cumplimiento defectuoso o tardío o por inejecución definitiva—; **(ii)** la causación de un daño antijurídico a la parte cumplida; y **(iii)** la existencia de un nexo causal entre la conducta incumplida y el perjuicio alegado¹²⁸. El retardo se presenta cuando el deudor no satisface la prestación dentro del término en que era exigible; el cumplimiento defectuoso ocurre cuando la ejecución no se ajusta a las condiciones pactadas, legales o derivadas de la buena fe; y el incumplimiento definitivo tiene lugar cuando la omisión es total o cuando, aun siendo posible la ejecución tardía, está ya no resulta idónea para satisfacer el interés del acreedor¹²⁹.

Desde el punto de vista procesal, quien pretende la declaratoria de incumplimiento y la consecuente indemnización debe probar de manera suficiente los hechos constitutivos de la responsabilidad, conforme con el principio de la carga de la prueba —*onus probandi*—, que impone a las partes demostrar el supuesto fáctico de las normas que invocan. A su vez, el juez debe fundar su decisión en las pruebas regular

¹²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 24169.

¹²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 17552.

¹²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de marzo de 2006, exp. 15898.



y oportunamente allegadas al proceso, de modo que solo cuando se acreditan los elementos señalados procede la condena al cumplimiento o al pago de los perjuicios correspondientes, en los términos solicitados y probados.

4.2.2. A partir del marco conceptual expuesto, corresponde examinar si el IDU ejecutó en debida forma la obligación de pagar la bonificación de éxito pactada en la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios 475 de 2002, esto es, si realizó la prestación debida en los términos convenidos y por la totalidad del monto exigible.

De las pruebas obrantes en el expediente se encuentra acreditado, en síntesis, lo siguiente: **(i)** una vez culminado el objeto contractual, el abogado De Vivero Arciniegas radicó factura por valor de \$1.076'031.913, suma que comprendía, de un lado, el 1% de la diferencia entre las pretensiones formuladas por ICA S.A. en los distintos procesos y los valores finalmente determinados en el acuerdo conciliatorio y, de otro, el 2% de la suma reconocida a favor del IDU como resultado de la demanda de reconvención¹³⁰; **(ii)** el IDU manifestó que solo procedía el reconocimiento del 2% de lo efectivamente recibido por la entidad, al estimar que no se configuraban los supuestos para la liquidación del 1%, por cuanto, según su interpretación, este solo se causaba en caso de sentencia judicial¹³¹; **(iii)** el contratista reiteró su solicitud y sostuvo que ambos componentes estaban causados conforme al texto contractual, por lo que insistió en el reconocimiento integral de la bonificación¹³²; **(iv)** la entidad mantuvo su posición, explicando nuevamente las razones por las que consideraba improcedente el pago del 1% y rechazó la liquidación radicada por el apoderado¹³³; **(v)** en desarrollo de esa controversia, el abogado presentó nuevas facturas por valores de \$1.202'996.395¹³⁴ y posteriormente por \$1.624'633.158¹³⁵, en las que mantuvo su postura acerca de la procedencia de los dos porcentajes pactados; **(vi)** el IDU devolvió las facturas, indicando que la entidad solo estaba obligada a pagar el 2% sobre el valor efectivamente recibido luego del cruce de cuentas efectuado en la conciliación¹³⁶; **(vii)** con fundamento en un informe ejecutivo interno¹³⁷, el instituto ofreció finalmente el pago de \$274'827.959, suma que correspondía al 2% calculado sobre el monto neto resultante de la compensación realizada en la conciliación¹³⁸; **(viii)** el contratista aceptó dicho pago, pero dejó expresa constancia de que lo recibía como abono parcial, reservándose el derecho de reclamar judicialmente la diferencia que consideraba adeudada¹³⁹; y **(ix)** el IDU profirió resolución en la que ordenó el pago \$274'827.959, por concepto de prima de éxito en favor del abogado De Vivero Arciniegas¹⁴⁰.

¹³⁰ Hecho probado 3.20.

¹³¹ Hecho probado 3.21.

¹³² Hecho probado 3.22.

¹³³ Hecho probado 3.23.

¹³⁴ Hecho probado 3.24.

¹³⁵ Hecho probado 3.26.

¹³⁶ Hecho probado 3.25.

¹³⁷ Hecho probado 3.27.

¹³⁸ Hecho probado 3.28.

¹³⁹ Hecho probado 3.29.

¹⁴⁰ Hecho probado 3.30.



En atención a lo descrito y a la luz de lo concluido en el análisis hermenéutico de la cláusula contractual, se desprenden dos conclusiones diferenciadas en relación con el cumplimiento de la obligación, las cuales se desarrollan a continuación.

4.2.3. Incumplimiento total respecto del 1%

Con respecto al componente de la bonificación de éxito equivalente al 1% de la diferencia entre las pretensiones formuladas por ICA S.A. en los diferentes procesos promovidos y los valores finalmente reconocidos en sede jurisdiccional, se encuentra acreditado, de manera suficiente, que el IDU no efectuó reconocimiento ni pago alguno en favor del abogado Felipe De Vivero Arciniegas.

Como ha quedado visto, la entidad, en forma categórica y reiterada, se negó a reconocer la procedencia misma de este rubro, pues, como se evidenció en los oficios y comunicaciones cruzadas entre las partes, el IDU sostuvo que dicho componente solo se causaba cuando los procesos culminaban mediante sentencia judicial y no cuando finalizaban por conciliación. Sin embargo, tal postura fue descartada en el acápite **4.1** de este fallo, tras el análisis sistemático de la cláusula cuarta y sus párrafos, en el que se concluyó que el contrato expresamente contempló la hipótesis de terminación por vía conciliatoria y le atribuyó efectos equivalentes a los de una sentencia para efectos de la causación de la bonificación de éxito. Además, se determinó que el cálculo del 1% debía efectuarse individualmente respecto de cada proceso y no de manera global.

Así las cosas, se concluye que el IDU, al abstenerse de reconocer este porcentaje, incurrió en una inejecución total de esta prestación, por lo que, desde la perspectiva de la teoría general de responsabilidad contractual, se configura aquí un supuesto de incumplimiento definitivo respecto de ese componente, pues aquella no fue ejecutada ni aun parcialmente, pese a ser exigible y estar claramente determinada en el contrato.

4.2.4. Incumplimiento parcial respecto del 2%

Distinta es la situación frente al componente de la bonificación de éxito equivalente al 2%, asociado a las sumas reconocidas a favor del IDU como consecuencia de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención, toda vez que, si bien la entidad sí reconoció y efectuó un pago equivalente a \$274'827.959, formalizado mediante la Resolución 106462 de 2014 —circunstancia que descarta la existencia de una inejecución absoluta—, lo cierto es que el problema radica en la base utilizada para liquidar dicho porcentaje.

Al punto, se recuerda, como se explicó en el análisis interpretativo, que el 2% debía calcularse sobre el valor total reconocido a favor de la entidad en el acuerdo conciliatorio, identificado expresamente como «*monto a favor del IDU*», el cual ascendió a \$14.582'565.813,31. Sin embargo, el IDU tomó como base la suma resultante del cruce de cuentas efectuado en la conciliación —\$7.253'011.695,98, que actualizado a julio de 2011 ascendía a \$11.205'146.035,90—, esto es, el valor



neto obtenido luego de compensar las obligaciones recíprocas y no el monto total reconocido en el acuerdo.

Esa metodología alteró sustancialmente el resultado del cálculo, pues redujo la base imponible del porcentaje pactado, generando una liquidación inferior a la debida. Se configura, entonces, un supuesto de cumplimiento defectuoso o parcial, en tanto la obligación fue ejecutada, pero no conforme con las condiciones pactadas ni a la base de cálculo prevista en el contrato.

Desde la óptica de la responsabilidad contractual, esta modalidad también constituye incumplimiento, pues la prestación ejecutada no satisface íntegramente el interés del acreedor ni se ajusta al contenido obligacional asumido.

4.2.5. Conclusiones sobre el incumplimiento contractual advertido

A partir de lo expuesto, forzoso resulta concluir que el IDU incurrió en un doble incumplimiento contractual respecto de su obligación de reconocer y pagar la bonificación de éxito al abogado Felipe De Vivero Arciniegas: **(i)** uno total respecto del 1%, al no reconocer ni pagar suma alguna por este concepto; y **(ii)** otro parcial respecto del 2%, al liquidarlo sobre una base distinta a la pactada.

En criterio de la Sala, la conducta desplegada por la entidad no puede considerarse una mera divergencia interpretativa inocua, sino una ejecución contraria al contenido obligacional determinado mediante el ejercicio hermenéutico desarrollado en esta providencia, ya que se acreditó la existencia de una obligación válida y exigible, su inejecución total o defectuosa y la consecuente afectación patrimonial del contratista, consistente en la no percepción íntegra de la bonificación de éxito.

En consecuencia, se configuran los presupuestos del incumplimiento contractual, lo que habilita a la Sala a corregirlo en sede judicial mediante la liquidación definitiva del contrato, asunto que se aborda en el siguiente acápite.

4.3. La liquidación judicial definitiva del contrato, con determinación del saldo adeudado, su actualización y los intereses moratorios a que haya lugar

En el contrato 475 de 2002 las partes pactaron que, una vez culminado su objeto, el negocio sería liquidado conforme con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993¹⁴¹. No obstante, dicha liquidación no se realizó en sede administrativa, razón por la cual el Tribunal de primera instancia procedió a efectuarla judicialmente¹⁴².

Ahora bien, aun cuando la decisión del *a quo* de liquidar judicialmente el contrato referido no fue cuestionada en cuanto a su procedencia y, por ende, se mantendrá incólume, lo cierto es que ambas partes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia, circunstancia que habilita a esta Sala para revisar integralmente la providencia. En ese contexto, a la Subsección le corresponde examinar el alcance

¹⁴¹ Hecho probado 3.5.6.

¹⁴² Numeral 4.1 y subsiguientes de los antecedentes.



y la cuantificación de la liquidación practicada, en particular la metodología empleada y las bases de cálculo de la bonificación de éxito, aspectos que inciden directamente en la determinación del saldo definitivo del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, se procederá a efectuar una liquidación judicial definitiva que refleje con exactitud el contenido obligacional del negocio jurídico, conforme con la interpretación fijada en los acápites anteriores. Para el efecto, se desarrollarán las siguientes etapas metodológicas:

(i) Se determinarán las bases correctas para liquidar la bonificación de éxito, reiterando que esta comprende dos componentes diferenciados —el 1% asociado a la disminución de las pretensiones formuladas por ICA S.A. y el 2% vinculado a las sumas reconocidas a favor del IDU como consecuencia de la reconvención—, los cuales operan de manera autónoma y concurrente.

(ii) Con fundamento en dichas bases, se establecerán los montos históricos correspondiente a cada componente y se procederá a su actualización hasta diciembre de 2014 —fecha en que se efectuó el pago parcial—.

(iii) Determinado el valor total actualizado a dicha fecha, se fijará el saldo insoluto mediante la deducción del monto efectivamente pagado por la entidad demandada.

(iv) Se actualizará el saldo resultante desde diciembre de 2014 hasta la fecha de la presente providencia, aplicando los índices oficiales certificados por el DANE.

(v) Se examinará la procedencia y cuantificación de los intereses moratorios, en los términos previstos en el contrato y en el régimen legal aplicable,

(vi) Finalmente, se consolidará el cuadro resumen que integre los valores que conforman la liquidación definitiva del contrato de prestación de servicios 475 de 2002.

4.3.1. Liquidación del porcentaje equivalente al 1%

La primera parte del párrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002 establecía que, por concepto de bonificación de éxito, se causaría *«el pago del 1% de la diferencia entre la suma pretendida por ICA S.A. y la que finalmente determine el Tribunal»*. Ahora bien, como las demandas que afrontó el IDU fueron presentadas de manera individual y una vez acumuladas las disputas judiciales estas finalizaron mediante acuerdo conciliatorio, la diferencia referida en dicho texto se deberá calcular con base en el monto de las pretensiones contenidas en cada una de las demandas y aquel que fue efectivamente reconocido en la conciliación, como se procede a realizar:



4.3.1.1. Proceso 2002-1985

ICA S.A. promovió dicho proceso judicial con el propósito de que se restableciera el equilibrio económico del contrato 462 de 1997 y, en consecuencia, se condenara al IDU al pago de las sumas que resultaran probadas durante el trámite procesal¹⁴³; no obstante, al concluir el litigio mediante acuerdo conciliatorio, las partes procedieron a cuantificar de manera expresa y consensuada el valor de tales pretensiones, según consta en el acta de conciliación por ellas suscrita, de modo que el monto que debe servir de base para el cálculo de la bonificación de éxito es el allí fijado¹⁴⁴, en cuanto corresponde a la estimación económica definitiva aceptada para poner fin a la controversia, y que para efectos metodológicos se pasa a transcribir:

«[...] **3. PROPUESTA DE CONCILIACIÓN PRESENTADA POR ICA Y VALORACIÓN DE LA MISMA.**

ICA señala que antes de hacer la presentación de la propuesta de acuerdo, para cada una de sus pretensiones, presentará la valoración de sus pretensiones, basada en la revisión que de ella hiciera el señor perito Jaime Rojas Garzón, revisión esta consistente en que el perito revisa los valores presentados por ICA, sin emitir ningún concepto al respecto; esta presentación con el fin de que se tenga claridad sobre las pretensiones discriminadas y la sumatoria de dicha pretensiones al momento de la presentación de las demandas.

3.1. La siguiente es la verdadera valoración de las pretensiones que presenta ICA, basada en la revisión que de la misma realizó el perito Jaime Rojas Garzón [...]. El perito en su respuesta explica claramente a que se refiere y como calcula las diferentes opciones.

CONCEPTO	VALOR PRESENTADO POR PERITO
Reclamo No. 1. Reintegro de valores descontados por concepto de mejoramiento de bases [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	
Opción 1:	\$5.452'346.904,00
Opción 2:	\$5.552'845.787,00
Opción 3:	\$6.182'359.843,00
Reclamo No. 2. Pago del acta de estimación mensual correspondiente a DIC./99 [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	
Opción 1:	\$2.712'449.501,00
Opción 2:	\$2.393'113.352,00
Opción 3:	\$2.497'722.426,00
Reclamo No. 3. Pagos correspondientes a la obra ejecutada no facturada [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	
Avenida Boyacá	
Opción 1:	\$909'840.890,00
Opción 2:	\$976'920.334,00
Vías intervenidas incluidas en acta de junio de 1999	
Opción 1:	\$2.486'874.666,00
Opción 2:	\$2.761'603.632,00
Otras vías intervenidas	
Opción 1:	\$3.122'474.005,00

¹⁴³ Hecho probado 3.1.

¹⁴⁴ Folios 6 a 25 del cuaderno 2.



Opción 2:	\$3.462'133.331,00
Reclamo No. 4. Obra ejecutada recibida en febrero de 2000 [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	
Opción 1:	\$127'484.336,00
Opción 2:	\$134'199.818,00
Reclamo No. 5. Sobrecostos derivados de la reparación de pozos de inspección, instalación y protección de tuberías [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	
Opción 1:	\$1.004'869.591,00
Opción 2:	\$1.114'178.212,00
Reclamo No. 6. Intereses de mora por pago extemporáneo de las actas de ajuste de estimaciones de octubre y noviembre de 1998 y enero de 2000 [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	
Opción 1:	\$64'023.222,00
Opción 2:	\$42'682.148,00
Reclamo No. 7. Ajustes de las actas mensuales de junio de 1998 y 1999 [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	
Opción 1:	\$426'284.404,00
Opción 2:	\$558'131.037,00
Opción 3:	\$487'428.914,00
Reclamo No. 8. Reintegro de primas pagadas para garantizar la devolución de ajustes de precios [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	
Opción 1:	\$94'410.533,00
Opción 2:	\$83'013.747,00
Opción 3:	\$85'033.398,00
Reclamo No. 9. Indemnización económica derivada de la ocurrencia de lluvias extraordinarias [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	
Opción 1:	\$3.908'046.715,00
Opción 2:	\$3.524'640.189,00
Reclamo No. 10. Devolución de valores pagados por concepto de la contribución del 2% [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	
Opción 1:	\$410'301.917,00
Opción 2:	\$381'785.880,00
Reclamo No. 11. Reintegro de valores pagados por concepto de IVA sobre maderas y servicios de publicidad [súplica incluida en el proceso 2002-1985]	
Valor	\$60'099.991,00
Reclamo de los perjuicios derivados de la declaratoria de la caducidad del contrato [súplica incluida en el proceso 2002-2337]	\$20.000'000.000,00
SUBTOTALES A VALORES DE JULIO DE 2002	
SEGÚN OPCIONES DE MAYOR VALOR	\$42.438'858.086,00
SEGÚN OPCIONES DE MENOR VALOR	\$40.015'510.103,00
SUBTOTALES A VALORES DE JULIO DE 2011	
SEGÚN OPCIONES DE MAYOR VALOR	\$65.563'606.179,47
SEGÚN OPCIONES DE MAYOR VALOR	\$61.819'786.483,12

Como se advierte del cuadro transcrito, en aquel se discriminaron once reclamaciones correspondientes al proceso 2002-1985 y, adicionalmente, una reclamación propia del proceso 2002-2337, concerniente a «los perjuicios derivados de la declaratoria de la caducidad del contrato». Igualmente, se observa que para cada uno de los ítems se plantearon distintas alternativas de liquidación —opciones de menor valor y de mayor valor—, a partir de las cuales se efectuó una sumatoria global que, a julio de 2002, el total era de \$42.438'858.086 bajo las opciones de mayor valor y de \$40.015'510.103 bajo las de menor valor, cifras que incluían la totalidad de los conceptos allí indicados.



Ahora bien, en el recurso de apelación la parte accionante sostuvo —con apoyo en el cálculo efectuado en el marco del acuerdo conciliatorio— que las súplicas económicas de ICA S.A. en el proceso judicial 2002-1985 ascendían a \$40.015'510.103; sin embargo, al adoptar dicha cifra pasó por alto que en esa sumatoria se incluyó el reclamo por los perjuicios derivados de la declaratoria de caducidad, concepto que no corresponde a ese proceso sino al radicado 2002-2337 —cuyo análisis se abordará en el numeral 4.3.1.2. de esta providencia—. En consecuencia, el valor asignado a ese reclamo concreto de los perjuicios derivados de la caducidad —\$20.000'000.000— debe excluirse del inicialmente considerado por la parte actora, lo que arroja como resultado \$20.015'510.103, cifra que refleja con exactitud la cuantía de las pretensiones económicas formuladas exclusivamente en el proceso 2002-1985.

Sobre esa base, se advierte que de las once reclamaciones allí indicadas únicamente tres fueron reconocidas en el acuerdo conciliatorio debidamente aprobado¹⁴⁵, por un total de \$7.325'939.314,25, discriminado así: **(i)** el reintegro de valores descontados por concepto de mejoramiento de bases, por \$3.950'727.595,49; **(ii)** el pago del acta de estimación mensual de diciembre de 1999, por \$1.907'429.002,97; y **(iii)** el pago relacionado con la obra ejecutada no facturada, por \$1.467'782.715,79.

En consecuencia, si las pretensiones económicas ascendían a \$20.015'510.103 y se reconocieron \$7.325'939.314,25, la diferencia entre lo reclamado y lo efectivamente reconocido equivale a \$12.689'570.788,75. En tales condiciones, la bonificación de éxito pactada a favor del abogado Felipe De Vivero Arciniegas por las actuaciones desplegadas en el proceso 2002-1985 corresponde al 1% de dicha diferencia, esto es, \$126'895.707,88, suma a la que debe adicionarse el 16% por concepto de IVA¹⁴⁶, para un total de \$147'199.021,14 a valores de julio de 2002.

Igualmente, de conformidad con lo previsto en el párrafo cuarto de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002 —según el cual «*los valores que se causen con posterioridad al año 2002 se actualizarán conforme al IPC de la fecha de pago*»—, esta suma debe ser indexada desde enero de 2003 hasta diciembre de 2014 —fecha en la cual se efectuó el pago incompleto por parte del IDU¹⁴⁷—, con base en los índices certificados por el DANE —tabla de empalme—, aplicando la siguiente fórmula:

$$VP = (VH \times \text{índice final}) / \text{índice inicial}$$

En donde: **(i)** VP corresponde al valor presente o actualizado; **(ii)** VH al valor histórico —\$147'199.021,14—, **(iii)** el índice inicial al IPC vigente para enero de 2003 —50,42—; y **(iv)** el índice final al IPC correspondiente a diciembre de 2014 —82,47—.

¹⁴⁵ Hecho probado 3.15.

¹⁴⁶ Como se plasmó en la propuesta presentada por el abogado como en el memorando que ordenó realizar el contrato al ser aquel responsable del régimen común (numerales 3.3. y 3.4 de los hechos probados). Este tema, además, no admite controversia por las partes, pues como se observa el IDU reconoció el IVA en la Resolución por medio de la que ordenó el pago de la bonificación de éxito que ahora se discute (hechos probados 3.28 y 3.30).

¹⁴⁷ Hecho probado 3.30.



Al efectuar la operación $—(\$147'199.021,14 \times 82,47) / 50,42—$ se obtiene como resultado la suma de **\$240'767.617,48**, monto que corresponde al valor que debió reconocer y pagar la entidad accionada el abogado Felipe De Vivero Arciniegas por concepto de la bonificación de éxito pactada en relación con la representación judicial ejercida en el proceso 2002-1985.

4.3.1.2. Proceso 2002-2337

En este proceso, ICA S.A. pretendió la nulidad de la resolución mediante la cual el IDU declaró la caducidad del contrato 462 de 1997, así como del acto que la confirmó. A título de restablecimiento del derecho, dicha sociedad solicitó, de un parte, el reintegro de los dineros que hubiere debido pagar con ocasión de la efectividad de la cláusula penal, estimados en \$11.100'000.000; y de otra, la indemnización de los perjuicios derivados de la declaratoria de caducidad, cuantificados en \$20.000'000.000¹⁴⁸.

En consecuencia, la cuantía total de las pretensiones económicas formuladas en dicho proceso ascendía a \$31.100'000.000 para diciembre de 2002 —fecha de presentación de la demanda—; de las cuales, en el acuerdo conciliatorio, no fue reconocida suma alguna por estos conceptos, de modo que la diferencia entre lo pretendido y lo efectivamente reconocido se mantiene incólume en dicha cifra.

Así las cosas, la bonificación de éxito pactada a favor del abogado Felipe De Vivero Arciniegas por las actuaciones desplegadas en el proceso 2002-2337 corresponde al 1% de \$31.100'000.000, esto es, \$311'000.000, suma a la que debe adicionarse el 16% por concepto de IVA, para un total de \$360'760.000 a valores de diciembre de 2002.

Ahora bien, en atención a lo dispuesto en el párrafo cuarto de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002 que prevé la actualización de los valores causados con posterioridad al año 2002 conforme al IPC vigente a la fecha de pago—, la suma histórica de \$360'760.000 debe traerse a valor presente desde enero de 2003 hasta diciembre de 2014 —momento en que el IDU efectuó el pago incompleto—, con fundamento en los índices certificados por el DANE, aplicando la siguiente fórmula:

$$VP = (VH \times \text{índice final}) / \text{índice inicial}$$

En donde: *(i)* VP corresponde al valor presente o actualizado; *(ii)* VH al valor histórico —\$360'760.000 —, *(iii)* el índice inicial al IPC vigente para enero de 2003 —50,42—; y *(iv)* el índice final al IPC correspondiente a diciembre de 2014 —82,47—.

Al efectuar la operación $—(\$360'760.000 \times 82,47) / 50,42—$ se obtiene como resultado la suma de **\$590'080.864,73**, monto que corresponde al valor que debió reconocer y pagar la entidad accionada el abogado Felipe De Vivero Arciniegas por concepto de la bonificación de éxito pactada en relación con la representación judicial ejercida en el proceso 2002-2337.

¹⁴⁸ Hecho probado 3.2.



4.3.1.3. Proceso 2003-0655

ICA S.A. promovió el proceso judicial mencionado con la súplica de que se declarara la nulidad de la resolución que declaró la ocurrencia de un siniestro cubierto por el amparo de anticipo y del acto que lo confirmó. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que el IDU le reintegrara el dinero que hubiere tenido que pagar por la decisión de hacer efectiva dicha garantía, que ascendía a \$7.063'617.062¹⁴⁹.

De lo anterior se desprende que la totalidad de las pretensiones formuladas en este proceso ascendía a \$7.063'617.062 para marzo de 2003 —fecha de presentación de la demanda—; de las cuales, en el acuerdo conciliatorio aprobado, no se reconoció suma alguna por este concepto, razón por la cual la diferencia entre lo reclamado y lo efectivamente reconocido permanece inalterada en ese mismo valor.

En tales condiciones, la bonificación de éxito pactada a favor del abogado Felipe De Vivero Arciniegas por las actuaciones desplegadas en el proceso judicial 2003-0655 corresponde al 1% de \$7.063'617.062, esto es, \$70.636'170,62, suma a la que debe adicionarse el 16% por concepto de IVA, para un total de \$81'937.957,91 a valores de marzo de 2003.

Así las cosas, y en aplicación de lo dispuesto en el párrafo cuarto de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002 —que establece que «*los valores que se causen con posterioridad al año 2002 se actualizarán conforme al IPC de la fecha de pago*»—, la suma correspondiente debe actualizarse desde marzo de 2003 hasta diciembre de 2014, fecha en la cual el IDU efectuó el pago incompleto. Para ello, se emplearán los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, aplicando la siguiente fórmula de indexación:

$$VP = (VH \times \text{índice final}) / \text{índice inicial}$$

En donde: **(i)** VP corresponde al valor presente o actualizado; **(ii)** VH al valor histórico —\$81'937.957,91—, **(iii)** el índice inicial al IPC vigente para marzo de 2003 —51,51—; y **(iv)** el índice final al IPC correspondiente a diciembre de 2014 —82,47—.

Al efectuar la operación —(\$81'937.957,91 × 82,47) / 51,51— se obtiene como resultado la suma de **\$131'186.631,50**, monto que corresponde al valor que debió reconocer y pagar la entidad accionada el abogado de Felipe De Vivero Arciniegas por concepto de la bonificación de éxito pactada en relación con la representación judicial ejercida en el proceso 2003-0655.

4.3.2. Liquidación del porcentaje equivalente al 2%

La segunda parte del párrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002 establecía que, por concepto de bonificación de éxito, se causaría a favor del

¹⁴⁹ Hecho probado 3.7.



abogado De Vivero Arciniegas el 2% de la suma a la que resultara condenada ICA S.A., las cuales, tal como se precisó en párrafos anteriores, tenían su génesis en las pretensiones formuladas por el IDU en la demanda de reconvención¹⁵⁰.

En este sentido, se advierte que, conforme con el acta de conciliación¹⁵¹, ICA S.A. debía reconocer al IDU la suma de \$14.582'565.813,31 a julio de 2002, con independencia del valor neto que finalmente resultara a su cargo luego del cruce de cuentas en el que operó la compensación de obligaciones recíprocas, líquidas y exigibles¹⁵², el cual ascendió a \$7.253'011.695,98. No obstante, fue sobre esta última suma —previamente actualizada— que el IDU liquidó el porcentaje del 2%, proceder que no se ajusta a la base prevista contractualmente.

En tales condiciones, la bonificación de éxito que debió reconocerse al abogado Felipe De Vivero Arciniegas por el ejercicio del derecho de acción a través de la demanda de reconvención corresponde al 2% de la suma de \$14.582'565.813,31, esto es, \$291'651.316,26, valor al que debe adicionarse el 16% por concepto de IVA, para un total de \$338'315.526,86 a precios de julio de 2002.

Igualmente, de conformidad con lo previsto en el párrafo cuarto de la cláusula cuarta del contrato 475 de 2002 —según el cual *«los valores que se causen con posterioridad al año 2002 se actualizarán conforme al IPC de la fecha de pago»*—, esta suma debe ser indexada desde enero de 2003 hasta diciembre de 2014 —fecha en la cual se efectuó el pago incompleto por parte del IDU¹⁵³—, con base en los índices certificados por el DANE —tabla de empalme—, aplicando la siguiente fórmula:

$$VP = (VH \times \text{índice final}) / \text{índice inicial}$$

En donde: *(i)* VP corresponde al valor presente o actualizado; *(ii)* VH al valor histórico —\$338'315.526,86—, *(iii)* el índice inicial al IPC vigente para enero de 2003 —50,42—; y *(iv)* el índice final al IPC correspondiente a diciembre de 2014 —82,47—.

Al efectuar la operación —(\$338'315.526,86 × 82,47) / 50,42— se obtiene como resultado la suma de **\$553'369.327,65**, monto que corresponde al valor que debió reconocer y pagar la entidad accionada el abogado Felipe De Vivero Arciniegas por concepto de la bonificación de éxito pactada en relación con el ejercicio del derecho de acción en la demanda de reconvención incoada en el proceso 2002-1985.

¹⁵⁰ Hecho probado 3.6.

¹⁵¹ Hecho probado 3.15.

¹⁵² CC. «Artículo 1714. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse. || Artículo 1715. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes: || 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad. || 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y || 3.) Que ambas sean actualmente exigibles. [...]».

¹⁵³ Hecho probado 3.30.



4.3.3. Resumen de los montos que el IDU debía cancelar al abogado De Vivero Arciniegas por concepto de bonificación de éxito y su actualización

De conformidad con lo expuesto en los numerales precedentes, los valores que debieron ser reconocidos y cancelados al profesional para la fecha en que el IDU efectuó el pago incompleto —diciembre de 2014— ascienden a: **(i)** \$240'767.617,48, por las actuaciones desplegadas en el proceso 2002-1985; **(ii)** \$590'080.864,73, por las correspondientes al proceso 2002-2337; **(iii)** \$131'186.631,50, por las realizadas en el proceso 2003-0655; y **(iv)** \$553'369.327,65, por el ejercicio del derecho de acción mediante la demanda de reconvención en el proceso 2002-1985.

La suma de tales conceptos equivale a \$1.515'404.441,36. De este total debe descontarse el valor que el IDU efectivamente pagó por concepto de bonificación de éxito, esto es, \$274'827.959¹⁵⁴, lo que arroja un saldo insoluto de \$1.240'576.482,36, monto que, a su vez, deberá ser indexado desde diciembre de 2014 —fecha en que se realizó el pago parcial— hasta la fecha de la presente providencia, con base en los índices certificados por el DANE (tabla de empalme), aplicando la siguiente fórmula de indexación:

$$VP = (VH \times \text{índice final}) / \text{índice inicial}$$

En donde: **(i)** VP corresponde al valor presente o actualizado; **(ii)** VH al valor histórico —\$1.240'576.482,36—, **(iii)** el índice inicial al IPC vigente para diciembre de 2014 —82,47—; y **(iv)** el índice final al IPC correspondiente al mes anterior de la fecha de la presente providencia, esto es, marzo de 2026 —156,94—.

Al efectuar la operación —(\$1.240'576.482,36 × 156,94) / 82,47— se obtiene como resultado la suma de **\$2.360'810,878,39**, monto que corresponde al valor que debe reconocer y pagar la entidad accionada al abogado Felipe De Vivero Arciniegas por concepto de la bonificación de éxito pactada en el contrato de prestación de servicios de representación judicial 475 de 2002.

4.3.4. Los intereses moratorios

En relación con este punto, debe acudir a la cláusula quinta del contrato de prestación de servicios 475 de 2002, en la cual se estableció que: *«teniendo en cuenta el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, cuando el IDU no cancele al asesor las sumas pactadas dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la factura debidamente elaborada y radicada en el IDU, reconocerá como intereses de mora la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado con base en el IPC»*.

Dicha estipulación resulta concordante con lo previsto en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor *«sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado»*. En

¹⁵⁴ *Ibidem*.



este sentido, el artículo 1617 del Código Civil fija el interés legal en el 6% anual, razón por la cual la tasa moratoria aplicable en el presente asunto corresponde al 12% anual.

Ahora bien, en principio, la mora se configuraría una vez vencido el término de 45 días hábiles contados desde la radicación de la factura presentada por el abogado —1° de abril de 2014¹⁵⁵—, pues, conforme con el artículo 1608 del Código Civil¹⁵⁶, el deudor incurre en mora cuando no cumple la obligación dentro del plazo estipulado, por lo que al existir un término contractual expreso para el pago, la exigibilidad de la obligación y, por ende, la mora, se producirían automáticamente al vencimiento de dicho plazo sin necesidad de requerimiento adicional.

No obstante, en el *sub examine* se advierte que, con posterioridad a la radicación de la factura, surgió una controversia objetiva entre las partes contractuales frente a la correcta metodología para liquidar la bonificación de éxito, particularmente en lo concerniente a la base de cálculo y a los valores que debían reconocerse. Esta divergencia interpretativa —que originó el presente proceso— impidió que el monto exacto de la obligación quedara pacíficamente determinado en ese momento, lo que condujo a que la entidad efectuara un reconocimiento y pago en diciembre de 2014 bajo su propia interpretación contractual, la cual fue aceptada por el contratista de manera parcial.

En tales condiciones, aunque la obligación era exigible con anterioridad, el pago parcial realizado en diciembre de 2014 delimitó con precisión la existencia de un saldo insoluto cierto y cuantificado, que, como se dejó plasmado en líneas anteriores, ascendió a \$1.240'576.482,36. Por tanto, los intereses moratorios se liquidarán respecto de dicho saldo a partir de diciembre de 2014 hasta la fecha de expedición de la providencia, aplicando para ello una tasa equivalente al doble del interés legal civil, esto es, el 12 % anual, toda vez que en el contrato no se pactó una tasa de intereses moratorios diferentes.

Entonces¹⁵⁷:

¹⁵⁵ Hecho probado 3.20.

¹⁵⁶ CC. «Artículo 1608. El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora [...]».

¹⁵⁷ Para la liquidación de los intereses moratorios, se adoptó el método desarrollado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 29 de enero de 2004, exp. 10779. Criterio reiterado por esta Subsección en las sentencias del 2 de julio de 2021 y 16 de junio de 2025, exp. 51163 y 55030, respectivamente.



Fecha inicial	Fecha final	Días	Valor insoluto	Variación IPC año anterior	Capital actualizado	Tasa de interés	Intereses
23/12/2014	31/12/2014	8	\$ 1.240'576.482	0,04	\$1.241'072.713	0,27	\$3'350.896
1/01/2015	31/12/2015	360	\$1.241'072.713	3,66	\$1.286'495.974	12,00	\$154'379.517
1/01/2016	31/12/2016	360	\$1.286'495.974	6,77	\$1.373'591.752	12,00	\$164'831.010
1/01/2017	31/12/2017	360	\$1.373'591.752	5,75	\$1.452'573.277	12,00	\$174'308.793
1/01/2018	31/12/2018	360	\$1.452'573.277	4,09	\$1.511'983.524	12,00	\$181'438.023
1/01/2019	31/12/2019	360	\$1.511'983.524	3,18	\$1.560'064.601	12,00	\$187'207.752
1/01/2020	31/12/2020	360	\$1.560'064.601	3,80	\$1.619'347.055	12,00	\$194'321.647
1/01/2021	31/12/2021	360	\$1.619'347.055	1,61	\$1.645'418.543	12,00	\$197'450.225
1/01/2022	31/12/2022	360	\$1.645'418.543	5,62	\$1.737'891.065	12,00	\$208'546.928
1/01/2023	31/12/2023	360	\$1.737'891.065	13,12	\$1.965'902.373	12,00	\$235'908.285
1/01/2024	31/12/2024	360	\$1.965'902.373	9,28	\$2.148'338.113	12,00	\$257'800.574
1/01/2025	31/12/2025	360	\$2.148'338.113	5,20	\$2.260'051.695	12,00	\$271'206.203
1/01/2026	27/04/2026	117	\$2.260'051.695	1,66	\$2.297'568.553	3,90	\$89'605.173
TOTAL INTERESES MORATORIOS							\$2.320'355.026

En consecuencia, el IDU deberá reconocer y pagar al abogado De Vivero Arciniegas la suma **\$2.320'355.026**, por intereses de mora.

4.3.5. Liquidación definitiva del contrato de prestación de servicios 475 de 2002 suscrito entre el IDU y Felipe De Vivero Arciniegas

Finalmente, y de conformidad con todo lo expuesto, la Sala resumirá en el siguiente cuadro las sumas monetarias que se derivaron del contrato de prestación de servicios 475 de 2002, cuáles de ellas fueron efectivamente pagadas y, consecuentemente, cuál es el saldo adeudado.

CONCEPTO	VALORES CAUSADOS	VALORES PAGADOS	SALDO ADEUDADO
Suma fija del contrato más IVA	\$290'000.000 ¹⁵⁸	\$290'000.000 ¹⁵⁹	\$0
Bonificación de éxito total (diciembre 2014)	\$1.515'404.441,36	\$274'827.959	\$1.240'576.482,36
Indexación de la parte de la bonificación insoluta	\$1.120'234.396,03 ¹⁶⁰	\$0	\$1.120'234.396,03
Intereses de mora	\$2.320'355.026	\$0	\$2.320'355.026
TOTAL	\$5.245'993.863,39	\$564'827.959	\$4.681'165.904,39

En definitiva, tal como quedo plasmado en el cuadro precedente contentivo de la liquidación definitiva del contrato, el IDU debe reconocer y pagar al abogado Felipe De Vivero Arciniegas la suma de **\$4.681'165.904,39**.

¹⁵⁸ Aunque la remuneración fija ascendía a \$464'000.000, solo se causaron \$290'000.000, dado que los pagos restantes estaban condicionados a hitos procesales que no llegaron a configurarse, en atención a la acumulación de los procesos y a su terminación por conciliación.

¹⁵⁹ No existe controversia entre las partes en relación con el pago de la suma de \$290'000.000 por concepto de honorarios fijos, pues el propio demandante reconoció expresamente dicho pago en el escrito de la demanda (numeral 1.2.3. de los antecedentes).

¹⁶⁰ La suma de \$1.120'234.396,03 corresponde a la indexación del capital insoluto de la bonificación de éxito y se obtiene como la diferencia entre su valor actualizado (\$2.360'810.878,39) y el capital histórico adeudado (\$1.240'576.482,36).



5. Conclusión

Luego de adelantar el correspondiente juicio hermenéutico, la Sala concluyó que la bonificación de éxito debe reconocerse de conformidad con los dos componentes expresamente consagrados en el parágrafo segundo de la cláusula cuarta, aplicables —incluso— cuando los procesos culminaran mediante conciliación, según lo dispone el parágrafo tercero. En consecuencia: **(i)** era procedente el pago del 1% de la diferencia entre las pretensiones económicas formuladas por ICA S.A. y los valores finalmente reconocidos en sede jurisdiccional, cálculo que debía efectuarse de manera individual respecto de cada uno de los procesos promovidos por dicha sociedad y no sobre una sumatoria global; e **(ii)** igualmente, era exigible el 2% de las sumas reconocidas a favor del IDU como consecuencia de la demanda de reconvención, porcentaje que debía liquidarse sobre el monto total reconocido en el acuerdo conciliatorio y no sobre la cifra resultante del cruce de cuentas efectuado al momento del pago.

En ese orden de ideas, se modificará la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, particularmente en lo que se refiere a la liquidación judicial del contrato, determinando correctamente el saldo adeudado por concepto del 1%, fijando la base adecuada del 2%, y reconociendo la actualización e intereses moratorios a que hay lugar, en los términos pactados y conforme con el régimen legal aplicable.

6. Costas

6.1. El artículo 361 del CGP dispone que *«las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho»*. A su turno, los artículos 365 (numerales 1 y 8)¹⁶¹ y 366¹⁶² *ejusdem* —aplicables a los procesos contenciosos administrativos por remisión del artículo 188 del CPACA¹⁶³— establecen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, siempre que en el expediente se acredite su causación; y,

¹⁶¹ CPG. «Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: [...] 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación [...]. // 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación [...]».

¹⁶² CGP. «Artículo 366. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. [...] 6. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda excederse el máximo de dichas tarifas».

¹⁶³ CPACA «Artículo 188. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CPC».



en tal evento, su liquidación se realizará, de manera concentrada, por la Secretaría del Tribunal *a quo*, correspondiéndole a este juzgador únicamente la fijación de las agencias en derecho de segunda instancia, conforme con las tarifas fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

6.2. En este contexto, este juzgador impondrá condena en costas al IDU, en su condición de parte vencida en el proceso, habida cuenta de que su contraparte intervino activamente en el trámite de la segunda instancia mediante la presentación de recurso de apelación y alegatos de conclusión. Para tal efecto, corresponderá al Tribunal de origen efectuar la liquidación y tasación de las costas, debiendo considerar que, en esta instancia, se reconocen agencias en derecho equivalentes al 0,5% del valor de las pretensiones acogidas, de conformidad con las tarifas fijadas en el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura¹⁶⁴.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 28 de septiembre de 2016, la cual quedará de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR que el Instituto de Desarrollo Urbano incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales 475 de 2002, suscrito con el abogado Felipe De Vivero Arciniegas, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: LIQUIDAR judicialmente el contrato de prestación de servicios de representación judicial 475 de 2002, suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano y el abogado Felipe De Vivero Arciniegas, con un saldo a favor de este último equivalente a cuatro mil seiscientos ochenta y un millones ciento sesenta y cinco mil novecientos cuatro pesos con treinta y nueve centavos (**\$4.681'165.904,39**).

TERCERO: CONDENAR al Instituto de Desarrollo Urbano a pagar a Felipe De Vivero Arciniegas la suma de cuatro mil seiscientos ochenta y un millones ciento sesenta y cinco mil novecientos cuatro pesos con treinta y nueve centavos (**\$4.681'165.904,39**), por concepto del saldo insoluto a su favor, resultante de la liquidación judicial efectuada en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al Instituto de Desarrollo Urbano, en su calidad de parte demandada, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el *a quo*, teniendo en cuenta que, en esta ocasión, se fijan agencias en derecho equivalentes al 0,5% del valor de las pretensiones reconocidas de la demanda.

¹⁶⁴ Acuerdo 1887 de 2003. El artículo 6 numeral 3.1.3 establece que, para los medios de control promovidos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la tarifa en segunda instancia será «*hasta del (5) por ciento del valor de las pretensiones reconocidas o negadas*».



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02376-01 (58542)
Demandante: Felipe De Vivero Arciniegas.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Magistrado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Magistrada

CT2