



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

Compartido por:



Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00595-02 (47756)
Demandante: CICON S.A.
Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU)
Referencia: Acción de controversias contractuales.

Temas: 1. Requisitos que debe reunir un acto administrativo. 1.1. Acto administrativo de negación del restablecimiento del equilibrio económico del contrato. 2. Ineficacia de pleno derecho. 3. Alcance de la liquidación judicial del contrato estatal

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, el 9 de mayo de 2013, que negó las súplicas de la demanda y liquidó el contrato de obra BM-153 de 2005 (en adelante, "Contrato BM-153 de 2005"), con un saldo de a favor del IDU.

I. SINTESIS DEL CASO

El 29 de diciembre de 2005, el Instituto de Desarrollo Urbano ("IDU") y Cicon S.A. suscribieron un contrato para la construcción y rehabilitación de rutas de Transmilenio, y vías de acceso, en la localidad de Ciudad Bolívar. Las obras comenzaron siete meses después de la suscripción del contrato, porque se encontraron deficiencias en los diseños entregados. Durante la ejecución del contrato, el IDU y Cicon S.A. firmaron tres prórrogas por un total de siete meses y quince días más, se acordó una suspensión de cuarenta días, y fueron suprimidas algunas metas físicas y adicionadas algunas obras que no estaban contempladas inicialmente. El acta de terminación fue suscrita el 15 de enero de 2008, habiendo presentado la contratista solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato el 7 de diciembre de 2007, a la que el IDU dio respuesta negativa. Cicon S.A. pretende que se declare el incumplimiento del contrato, así como la existencia de un desequilibrio económico, y que se condene al IDU al pago de los daños irrogados, además de la liquidación judicial del contrato.

II. ANTECEDENTES

2.1. El 21 de noviembre de 2008, **Cicon S.A.** presentó demanda en ejercicio de la **acción contractual** en contra del **Instituto de Desarrollo Urbano ("IDU")**¹, que fue corregida y adicionada por la accionante², para formular finalmente las siguientes pretensiones: (i) que se declare que el IDU incumplió el Contrato BM-153 de 2005; (ii) que se declare que en la ejecución del Contrato BM-153 de 2005 se presentó un desequilibrio económico en detrimento de Cicon S.A., que no ha sido restablecido por el IDU; (iii) que se declare que, por concepto del restablecimiento del equilibrio económico del Contrato BM-153 de 2005, "el IDU le adeuda a Cicon S.A., las sumas

¹ F. 7-54, C. 5

² F. 63-18, C. 5



detalladas en el estudio adjunto como soporte de valoración económica del desequilibrio"; (iv) que se condene al IDU al pago de indemnización integral por los perjuicios ocasionados con el desequilibrio económico del Contrato BM-153 de 2005; (v) que se liquide el Contrato BM-153 de 2005; y (vi) que se paguen intereses moratorios³.

2.1.1. Como **fundamento fáctico** de sus pretensiones, la demandante expuso el relato que la Sala resume en los siguientes términos:

2.1.1.1. En el 2003, el IDU suscribió los contratos de consultoría IDU-293 e IDU-297, con el Consorcio Civiltec-La Vialidad-IGL y con el Consorcio IDS, respectivamente, con el propósito de realizar los estudios y diseños de unas obras que serían ejecutadas de Bogotá D.C.

2.1.1.2. Como resultado de la adjudicación de la licitación IDU-LP-BMU-DTMV-061-2005, Cicon S.A. y el IDU suscribieron el 29 de diciembre de 2005 el Contrato BM-153 de 2005, cuyo objeto era *"la construcción y rehabilitación de rutas alimentadoras del sistema Transmilenio Zona 5, grupo 1 y construcción de acceso a barrios y pavimentos locales – programa de mejoramiento integral de barrios en la localidad de Ciudad Bolívar, en Bogotá D.C. con financiación del Banco Mundial"*⁴.

2.1.1.3. El precio inicial del contrato se estimó por la suma de \$5.329.836.741,04, el cual fue incrementado en \$634.136.995, mediante la suscripción del Adicional 2 del 21 de junio de 2007⁵; y, luego, en \$345.373.776 por mayores cantidades de obra, a través del acta núm. 36 del 21 de diciembre de 2007 suscrita por las partes y la interventoría⁶.

2.1.1.4. En el Contrato BM-153 de 2005 se pactó un plazo inicial de 9 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, que tuvo lugar el 21 de julio de 2006⁷, el cual fue prorrogado en tres ocasiones durante el año 2007: (i) por 3 meses, con el Adicional 1 del 21 de marzo⁸; (ii) por 2 meses, mediante el Adicional 2 del 21 de junio⁹; y (iii) por 2 meses y 15 días calendario, a través del Adicional 3 del 31 de octubre¹⁰. Aparte, el Contrato BM-153 de 2005 fue suspendido por 40 días calendario, mediante el acta núm. 29 de 21 de septiembre de 2007¹¹.

³ "1. Que se declare el incumplimiento del IDU en la ejecución del Contrato BM-153 de 2005. || 2. Que se declare que en la ejecución del Contrato BM-153 de 2005, se presentó un desequilibrio económico en contra de CICON S.A. || 3. Que se declare que el desequilibrio económico sufrido por CICON S.A. en la ejecución del Contrato BM-153 de 2005, no ha sido cubierto ni solucionado por el IDU. || 4. Que se declare que en virtud del desequilibrio económico del Contrato BM-153 de 2005, el IDU le adeuda a CICON S.A., las sumas detalladas en el estudio adjunto como soporte de valoración económica del desequilibrio. || 5. Que se condene al IDU a reconocimiento y pago a CICON S.A. de la indemnización integral por los mayores costos, los daños y perjuicios ocasionados con fundamento en el desequilibrio económico surgido en la ejecución del contrato No. BM-153 de 2005. || 6. Que se liquide judicialmente el Contrato BM-153 de 2005. || 7. Que, sobre las sumas a que tenga derecho CICON S.A. se liquiden intereses moratorios, siguiendo para ello los métodos, sistemas y tasas que resulten judicialmente aplicables. || 8. Que en todas las sumas a que tenga derecho CICON S.A., se liquiden los intereses que se causen a partir de la ejecutoria del fallo que ponga fin a este proceso, tal como lo prescribe el artículo 177 del C.C.A. y lo ha ordenado la Corte Constitucional en la sentencia C-188/99".

⁴ Hecho que fue acreditado con copia auténtica del documento (f. 119, C. 5).

⁵ Hecho que fue acreditado con copia auténtica del documento (f. 182-183, C. 5).

⁶ Hecho que fue acreditado con copia auténtica del documento (f. 89-91, C. 17).

⁷ Hecho que fue acreditado con copia auténtica del documento (f. 165, C. 5).

⁸ Hecho que fue acreditado con copia auténtica del documento (f. 181, C. 5).

⁹ Hecho que fue acreditado con copia auténtica del documento (f. 182-183, C. 5).

¹⁰ Hecho que fue acreditado con copia auténtica del documento (f. 184-186, C. 5).

¹¹ Hecho que fue acreditado con copia auténtica del documento (f. 170-171, C. 5).



2.1.1.5. En el Contrato BM-153 de 2005 se pactó que el IDU le entregaría a Cicon S.A. los diseños y estudios de las obras, que fueron realizados en el marco del ya citado contrato de consultoría

2.1.1.6. Antes de la suscripción del acta de inicio y durante la ejecución del Contrato BM-153 de 2005, acaecieron las siguientes circunstancias imprevistas, ajenas a la contratista y, en ocasiones, imputables al IDU, que afectaron los tiempos de la obra y generaron sobrecostos:

(i) el IDU le entregó tardíamente a Cicon S.A. unos diseños y estudios con deficiencias, algunos de los cuales esta última tuvo que reelaborar o complementar;

(ii) el acta de inicio fue firmada 7 meses después de la suscripción del Contrato BM-153 de 2005, pese a que lo "lógico y razonable" era que esta hubiera sido firmada de forma concomitante a la suscripción del contrato, con la entrega de los planos y diseños;

(iii) durante la ejecución del Contrato BM-153 de 2005, la permanencia de la contratista en obra se prolongó, porque: la interventoría no dio instrucciones oportunas sobre el tratamiento de las redes de telecomunicaciones y energía; tuvieron que construirse cámaras de aguas lluvias además de renovarse las redes de acueducto y alcantarillado; fue hallada una red matriz del acueducto de 42 pulgadas, que requirió la adopción de protocolos de cuidado; la EAAB no dio instrucciones oportunas sobre sus requerimientos; las actividades de empalme con un proyecto a cargo de otro contratista se retrasaron; se presentaron interferencias con las actividades de industrias aledañas a las obras (Marco Polo, PAVCO y Minipack); el plan de manejo de tráfico fue objeto de numerosas modificaciones; y la temporada invernal de 2007 tuvo una extraordinaria intensidad y duración;

(iv) la indefinición de la estructura de los pavimentos tuvo una incidencia especial en la ejecución de las obras, ya que sin tener claridad sobre su diseño no podían ser intervenidas las vías;

(v) las anteriores circunstancias, sumadas a los sobrecostos generados por obras imprevistas, implicaron la exclusión de metas físicas del Contrato BM-153 de 2005;

(vi) el componente global de manejo de tráfico, señalización y desvíos debió incrementarse en función del tiempo de ejecución del Contrato BM-153 de 2005, sin que ello hubiera sido reconocido por el IDU;

(vii) únicamente fue ejecutado el 47% de las obras de un corredor vial, por lo que tan sólo fue facturada una suma equivalente del componente global ambiental y de gestión social;

(viii) fue impuesta una restricción a la circulación de vehículos de carga de más de 5 toneladas en Bogotá, entre las 6:30 y las 10:00 am;

(ix) se presentó una variación imprevista y desmedida de los precios del asfalto;



(x) las canteras aledañas a los proyectos no cumplían con las especificaciones técnicas requeridas, por lo que Cicon S.A. tuvo que acudir a canteras ubicadas fuera de la ciudad; y

(xi) pese a que se proyectó la ejecución de la obra en 2006, la mayor parte fue ejecutada en 2007, sin que los precios fueran reajustados.

2.1.1.7. El 7 de diciembre de 2007, la ahora demandante solicitó al IDU el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato BM-153 de 2005¹². El 5 de marzo de 2008, el IDU dio respuesta negativa a la petición que había elevado la contratista¹³. A pesar de ello, el 23 de junio de 2008, la contratista presentó solicitud de reconsideración a la aquí demandada¹⁴, la cual fue inane, pues el IDU ratificó su decisión.

2.1.1.8. El Contrato BM-153 de 2005 terminó definitivamente el 15 de mayo de 2008, al vencerse el periodo de responsabilidad por defectos, y no fue liquidado.

2.2. La demanda —presentada el 21 de noviembre de 2008¹⁵— fue objeto de corrección y adición¹⁶, siendo ambas **admitidas** por medio de autos del 18 de diciembre de 2008¹⁷, y del 3 de junio de 2009¹⁸, respectivamente; decisiones estas que fueron notificadas a la demandada¹⁹.

2.3. El IDU presentó **escritos de contestación**²⁰, en los que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, planteando las excepciones de mérito que denominó: (i) *de apego legal del IDU a los términos del contrato*; ii) *de inexistencia de desequilibrio económico que afecta los intereses del contratista*; y (iii) *de cobro de lo no debido*.

2.4. El *a quo* **abrió el proceso a pruebas** por auto de 19 de agosto de 2009²¹, el cual fue recurrido en reposición y en subsidio en apelación por la demandante, y apelado por la demandada. El Tribunal confirmó su decisión y concedió el recurso de apelación en efecto devolutivo²². El Consejo de Estado, al desatar la impugnación²³, revocó el numeral 2 de la parte resolutive del auto recurrido, y en su lugar ordenó el decreto de las pruebas testimoniales solicitadas por la demandada que habían sido rechazadas por el *a quo*. La anterior providencia fue acatada por el Tribunal mediante proveído de 10 de agosto de 2011²⁴.

2.5. Culminada la etapa probatoria, el *a quo* corrió traslado para alegatos de conclusión en proveído de 30 de enero de 2013²⁵. Dentro del término para **alegar de conclusión** en primera instancia, intervinieron ambas partes²⁶.

¹² Hecho que fue acreditado con copia simple del documento (f. 327-437, C. 2).

¹³ Hecho que fue acreditado con copia simple del documento (f. 438-520, C. 2).

¹⁴ Hecho que fue acreditado con copia simple del documento (f. 521-625, C. 2).

¹⁵ F. 7-54, C. 5.

¹⁶ F. f. 63-118, C. 5.

¹⁷ F. 57-59, C. 5.

¹⁸ F. 265-267, C. 5.

¹⁹ F. 268, C. 5.

²⁰ F. 194-221 y 268-270, C.5.

²¹ F. 276-277, C. 5.

²² F. 295-296, C. 5.

²³ F. 218-222, C. 13.

²⁴ F. 117, C.4.

²⁵ F. 247, C. 4.

²⁶ F. 248-309, C. 4.



2.6. El 9 de mayo de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó **sentencia de primera instancia**²⁷, en la que negó las pretensiones, no dio trámite a la objeción por error grave del dictamen propuesta por el IDU; y declaró liquidado el contrato, con un saldo de \$206.869.611 a favor del IDU²⁸. Como fundamento de su decisión, el Tribunal consideró que:

2.6.1. Conforme a lo convenido, el pago de las obras adicionales y de mayores cantidades de obra fue reconocido con la suscripción de los convenios modificatorios en los que aquellas se pactaron o cuando estas fueron ordenadas por la entidad contratante. Aparte, se acordó una etapa de *preconstrucción*, con un plazo de 8 días, con el objeto de que el contratista revisara y evaluara los estudios y diseños del IDU, y entregara un informe de ello, para que, a partir de su análisis, garantizara el cumplimiento de las especificaciones. Y, en todo caso, no se estipuló una fecha para la entrega de los diseños.

2.6.2. La primera prórroga fue suscrita sin observaciones de la contratista, por lo que se entiende que no generaría costos a la entidad. En la segunda prórroga fue, además, incrementado el precio del Contrato BM-153 de 2005, entendiéndose que con ello se restableció el equilibrio económico. Luego, con la modificación del contrato fueron suprimidas algunas metas físicas, lo que benefició al contratista, porque, en todo caso, no fue modificado el precio del contrato, suscrito bajo la modalidad de precios unitarios. Adicionalmente, en el acta de suspensión se acordó que la contratista renunciaba a cualquier reclamación judicial por los mayores costos generados; y en la última prórroga también se pactó que este acto no generaría costos al IDU.

2.6.3. En este orden de ideas, el Tribunal concluyó que no se produjo un desequilibrio económico del Contrato BM-153 de 2005 que debiera ser restablecido, porque se adoptaron las medidas pertinentes para suprimir los efectos económicos negativos de las modificaciones del contrato, sin que existiera un vicio en el consentimiento. Aparte, no fue suscrito un convenio modificatorio para la ejecución de obras adicionales, ni se acreditaron los alegados sobrecostos en pavimentos, base, subbase granular y transporte, ya que el dictamen no se basó en documentos que soporten lo afirmado, ni este se especificaron las facturas de proveedores que tuvo en cuenta.

2.6.4. Finalmente, el *a quo* tomó en consideración que en el acta de terminación consta que se corregiría el precio en un 3% por obras faltantes, sin que se hubiera acreditado que en el periodo siguiente, para la corrección de defectos, estas hubieran sido ejecutadas. Así, al no haber cumplido el actor, no puede exigir el incumplimiento del IDU. El Contrato BM-153 de

²⁷ F. 311-340, C. 1.

²⁸ **PRIMERO: No dar trámite a la objeción por error grave presentada por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU contra el dictamen pericial, rendido por el auxiliar de la justicia Héctor Villamil Salazar, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. || SEGUNDO: No dar trámite a la objeción por error grave presentada por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU contra el dictamen pericial, rendido por el auxiliar de la justicia Alonso Duque González, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. || TERCERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. || CUARTO: Declarar judicialmente liquidado el contrato de obra No. BM – 153 de 2005 suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU (Contratante) y CICON S.A. (Contratista), con un saldo a favor de la entidad contratante equivalente a doscientos seis millones ochocientos sesenta y nueve mil seiscientos once pesos n/cte (\$206.869.611), que deberá ser pagado por el contratista, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. || QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. || SEXTO: Por secretaria de la Sección, devuélvase al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU el título de depósito judicial, visible en copia a folio 226 del Segundo Cuaderno Principal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”.**



2005, en consecuencia, fue liquidado con un remanente de \$178.919.212 a favor del IDU, correspondientes al 3% del precio del contrato.

2.7. El 31 de mayo de 2013, la parte demandante interpuso, oportunamente, **recurso de apelación** contra la anterior decisión²⁹, con el objeto de que fuera revocada, accediendo a sus pretensiones. Como fundamento de su inconformidad, Cicon S.A. adujo, en resumen, que:

2.7.1. Cicon S.A. requirió la entrega de diseños en diversas oportunidades, teniendo el personal y los equipos necesarios para el inicio del contrato, que permaneció en *stand by* durante 7 meses, lo que le ocasionó perjuicios por \$663.284.538, de acuerdo con el peritaje financiero practicado, sin que pueda inferirse una renuncia a esa reclamación.

2.7.2. El Tribunal omitió pronunciarse sobre la "*ineficacia de pleno derecho*" del pacto de exclusión de responsabilidad por los sobrecostos ocasionados con las prórrogas, por violar el artículo 24.5 literales c) y d) de la Ley 80 de 1993, además de contravenir la buena fe contractual y la confianza legítima; ineficacia que no requiere declaración judicial, conforme al artículo 897 del Código de Comercio ("CCo"). Además, la contratista se opuso expresamente a tal exclusión de responsabilidad, en comunicaciones del 23 de marzo y 9 de mayo de 2007. En consecuencia, deben reconocerse los sobrecostos por mayor permanencia que, de acuerdo con el dictamen financiero, ascienden a \$3.604'162.500, y se reflejan en la contabilidad de la sociedad demandante.

2.7.3. No cabe afirmar que se presentara un incumplimiento de la demandante, porque en el acta núm. 47, suscrita el 18 de mayo por Cicon S.A. y la interventoría³⁰, la totalidad de las obras fue recibida a satisfacción. Aparte, el acta núm. 40, mencionada por el *a quo*, no se refirió a un incumplimiento, sino a la corrección de defectos. De acuerdo con lo consignado en aquella acta, no hay lugar al reconocimiento de un saldo a favor del IDU, sino de un saldo de \$194.678.745 a favor de Cicon S.A., correspondiente a las retenciones equivalentes al 5% de cada acta de pago de obra.

2.7.4. La supresión de metas físicas respondió a una disminución del presupuesto, por lo que tal supresión le es imputable al IDU y, en consecuencia, no puede atribuírsele al contratista.

2.7.5. Los sobrecostos por el componente global de manejo de tráfico, señalización y desvíos, así como el de gestión social y ambiental, que fueron reconocidos en el Adicional 2, no son proporcionales a la duración del Contrato BM-153 de 2005, porque posteriormente se acordaron prórrogas adicionales, en las que dichos componentes no fueron cubiertos, según el dictamen practicado.

2.7.6. Los sobrecostos por incremento de precios de pavimentos, base, subbase granular y transportes sí fueron acreditados con el dictamen, ya que: (i) el perito se refirió a la lista de precios del asfalto de Ecopetrol, mostrando una variación anormal, extraordinaria e imprevista, con respecto a los precios de 2005, con base en los cuales había sido estructurado el contrato, como lo reconoció el IDU en oficio del 5 de julio de 2006; y (ii) el perito no estaba

²⁹ F. 341-377, C. 1.

³⁰ Documento que obra a folios 189-193, c. 1.



obligado a adjuntar el informe de Construdata, del que tomó los precios de los materiales, porque los artículos 237.6 y 241 del CPC no lo exigen y su exigencia pondría en duda la buena fe del perito, quien es un auxiliar de la justicia.

2.8. El 13 de junio de 2013, el Tribunal concedió el recurso de apelación³¹, y el 24 de julio de 2013, el recurso fue admitido y se ordenó el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, y al Ministerio Público, para que emitiera concepto³².

2.8.1. El **Ministerio Público** interpuso recurso de reposición³³ contra el auto admisorio, argumentando que el Tribunal no citó a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, antes de conceder del recurso de apelación contra la sentencia de 9 de mayo de 2013, que tuvo carácter condenatorio. El 23 de octubre de 2013, fue desatado el recurso de reposición con revocación del proveído de 24 de julio del mismo año, la inadmisión del recurso, y la devolución del expediente al Tribunal para que se surtiera la audiencia de conciliación³⁴.

2.8.2. Corregido este defecto, y **concedida** la apelación en efecto suspensivo por el *a quo*³⁵, esta Corporación la **admitió**³⁶, y corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera concepto³⁷. Las partes presentaron sus escritos de **alegatos**³⁸ y el Ministerio Público presentó intervención judicial a través de **concepto**³⁹.

2.9. El magistrado **Nicolás Yepes Corrales** manifestó estar incurso en la causal de **impedimento** establecida en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil ("CPC"), pues intervino en el proceso como agente del Ministerio Público. El impedimento fue declarado infundado, a través de auto del 22 de agosto de 2022⁴⁰.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS Y RÉGIMEN DEL CONTRATO:

3.1. Con la demanda presentada en este proceso, Cicon S.A. buscó la declaración del incumplimiento del Contrato 170 de 2005 por el IDU, y de su desequilibrio económico, con las condenas y la liquidación contractual consecuenciales⁴¹. Como se mencionó en tal escrito introductorio, durante la ejecución del contrato, la demandante puso en conocimiento del IDU circunstancias imprevistas que afectaron los tiempos de ejecución de las obras e incrementaron sus costos, a la que Administración dio respuesta negativa⁴².

³¹ Auto del 13 de junio de 2013, folios 404-405, c. principal.

³² F. 408, C. 1.

³³ F. 409-419, C. 1.

³⁴ F. 413-415, C. 1.

³⁵ El 22 de enero de 2014 el Tribunal de Cundinamarca realizó la audiencia de conciliación que señala el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, y ante la inexistencia de fórmula de arreglo, concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo. (f. 422-423, C. 1).

³⁶ F. 462, C. 1.

³⁷ F. 490, C. 1.

³⁸ F. 491-538, C. 1.

³⁹ F. 541-575, C. 1.

⁴⁰ SAMAI, índice 60.

⁴¹ Aptado. 2.1.

⁴² Aptado. 2.1.1.7.



3.2. En un asunto semejante⁴³, en el que intervinieron las mismas partes del *sub lite*, esta Subsección profirió fallo desestimatorio, al considerar que la respuesta a la solicitud de restablecimiento del equilibrio contractual configuraba un acto administrativo en firme y amparado por la presunción de legalidad, que no había sido impugnado judicialmente por la demandante, como le correspondía. En línea con este precedente, se pronunció la Sala en sentencias del 20 de abril y del 21 de noviembre de 2022 (exps. 49233 y 51741). En consideración a ello y conforme al artículo 170 del CCA, procederá la Sala a responder, en **primer** lugar, el siguiente **problema jurídico**:

¿Es procedente el reconocimiento judicial del incumplimiento y desequilibrio económico, que había sido denegado por el contratante durante la ejecución del Contrato BM-153 de 2005, pese a que la contratista no atacó la legalidad de la decisión denegatoria y de su confirmación en la demanda de controversias contractuales?

Si la respuesta a la anterior pregunta fuere afirmativa, la Sala procederá al análisis de los cargos sintetizados en los apartados 2.7.1, 2.7.3, 2.7.4 y 2.7.5 de esta providencia. Si, por el contrario, tal respuesta fuere negativa, su estudio sería improcedente, porque la sociedad accionante demandante habría integrado erróneamente la proposición jurídica procesal, lo que impide que se constituya una relación jurídica procesal válida⁴⁴.

3.2. El **segundo cargo** de la apelación, a su vez de lugar al siguiente **problema jurídico**:

¿Las cláusulas de exclusión de responsabilidad pactadas en los convenios modificatorios al Contrato BM-153 de 2005 son ineficaces de pleno derecho, según el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, porque el contratista se opuso expresamente a ellos, y son contrarios a la buena fe contractual y a la confianza legítima?

⁴³ “2. De la lectura de la demanda, como de la apelación se encuentra que la demandante centra el debate en las siguientes cuestiones: (1) no estaba de acuerdo en la atribución que hizo el a quo al contratista en la demora en la suscripción del acta de inicio, cuando en realidad se debió a la falta de entrega de los estudios a tiempo oportunamente, lo que generó graves consecuencias para la sociedad demandante; (2) la entidad pública demandada entregó diseños incompletos, por lo que la sociedad demandante se vio en la obligación de realizar obras no estipuladas en el contrato, así como se entregaron diseños con falencias que generó gastos en la demandante no previstos; (...) 6.1. Descendiendo en concreto, el contratista quien funge como parte actora en el proceso, presentó **reclamación No. 114199 del 7 de diciembre de 2007** al contratante – Instituto de Desarrollo Urbano – IDU [fls. 314 a 425, anexo 26], en la que pidió el reconocimiento y el pago a título de restablecimiento de la ecuación económica del contrato, toda vez que se presentaron sobrecostos en que los que debió incurrir con ocasión a la presencia de imprevistos ajenos a CICON S.A. e imputables al IDU, a terceros o a externalidades; en relación con varios contratos celebrados entre el demandante y la demandada, entre los cuales se encuentra el contrato 148 de 2005, **en consecuencia la administración respondió de fondo en acto administrativo del 5 de marzo de 2008** [fls. 426 a 508, anexo 26], sobre los puntos esgrimidos en la reclamación por desequilibrio económico, en la cual resolvió desestimar la pretensión solicitada ya que consideró no se configuró un desequilibrio económico, en diferentes contratos entre ellos el 148 de 2005, el cual nos ocupa en el *sub lite*. (...) 6.2. Ante la desestimación de lo pretendido, el contratista presentó posteriormente **escrito de fecha del 23 de junio de 2008** [fls. 509 a 611, anexo 26], con el fin de instar la reconsideración de la administración sobre la respuesta dada por el Instituto de Desarrollo Urbano, en oficio con radicado IDU – 114199 del 5 de marzo de 2008. 6.3. Posteriormente, la administración por medio de la Dirección Técnica de Malla Vial resolvió el recurso de reposición presentado por el contratista, así pues se da respuesta a la revisión presentada por el petionario, mediante **escrito del 27 de enero de 2009 – IDU - 005819** [fls. 462 a 479, 29 anexo], en cuya respuesta se no se accede al reconocimiento de un desequilibrio contractual, sobre los supuestos esbozados por CICON S.A. sobre el contrato 148 de 2005”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 26 de noviembre de 2015, radicación número: 25000-23-26-000-2008-00596-01(52968).

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 24 de abril de 2017, exp. 41880.



3.3. Finalmente, el **tercer cargo** de la alzada⁴⁵ da lugar al siguiente **problema jurídico**:

¿De acuerdo con lo consignado en las actas núm. 40 y 47, la actual demandante cumplió el Contrato BM-153 de 2005 y debe reconocerse en su liquidación un saldo de \$194.678.745 a su favor?

3.4. Estos problemas jurídicos deberán ser analizados bajo el régimen sustantivo del contrato, el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), en tanto el IDU es un establecimiento público⁴⁶, al que le son aplicables las disposiciones contenidas en dicho estatuto⁴⁷.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Esta Sala es **competente** para conocer de este recurso, pues la sentencia recurrida se produjo en proceso con vocación de segunda instancia en atención a su cuantía determinada en función del valor de la mayor de las pretensiones, la que supera la exigida por el artículo 132 del CCA⁴⁸ como factor para la determinación de la competencia.

5.2. Presentada, como fue la demanda, el veintiuno (21) de noviembre de dos mil ocho (2008)⁴⁹, Cicon S.A. **incoó oportunamente la acción**, dentro del término bial que establecía el numeral 10 del artículo 136 del CCA⁵⁰, que se computa desde el día siguiente a aquel en que venció el plazo para que efectuara la liquidación unilateral del contrato, habiéndose cumplido tal termino el quince (15) de noviembre de dos mil diez (2010), como se expone a continuación.

En el Contrato BM-153 de 2005, el IDU y Cicon S.A. no convinieron un plazo para realizar la liquidación del negocio jurídico. Ante el silencio de los extremos negociales, se aplica el artículo 60 de la Ley 80 de 1993⁵¹, en su versión

⁴⁵ Aptado. 2.7.6.

⁴⁶ Conforme al Acuerdo Distrital 19 de 1972 del Concejo de Bogotá, el IDU es un "establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente".

⁴⁷ LEY 80 DE 1993. "Artículo 2o. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: // 1o. Se denominan entidades estatales: // a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles". (Se subraya).

⁴⁸ En la demanda se definió como cuantía la suma de siete mil ochocientos cuarenta y siete millones doscientos ochenta y tres mil novecientos cuarenta y siete pesos (\$7.847'283.947), monto que supera la cuantía requerida por el artículo 132 del CCA de 500 SMLMV al momento de la presentación de la demanda, para que un proceso adelantado en acción de controversias contractuales fuera considerado como de doble instancia ante esta Corporación.

⁴⁹ F. 7-54, C. 5.

⁵⁰ "Artículo 136. Caducidad de las acciones. El nuevo texto es el siguiente: || 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. [...] En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: || d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, **el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar, [...]**" (negrilla añadida).

⁵¹ "Artículo 60. De su ocurrencia y contenido. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4)



primigenia⁵², el cual preveía que en tal evento, las partes debían liquidar el contrato dentro de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato.

La finalización del Contrato BM-153 de 2005 se produjo el quince (15) de mayo de dos mil ocho (2008), porque:

5.2.1. El plazo contractual inicial de nueve (9) meses contado a partir de la suscripción del acta de inicio, que tuvo lugar el veintiuno (21) de julio de dos mil seis (2006)⁵³, fue objeto de prórroga de tres (3) meses, mediante el Adicional 1, suscrito el 21 de marzo de 2007⁵⁴ y de dos (2) meses, a través del Adicional 2, suscrito el 21 de junio del mismo mes⁵⁵.

5.2.2. Sumado a las prórrogas precedentes, el contrato fue objeto de suspensión por cuarenta (40) días calendario, mediante el acta núm. 29 del 21 de septiembre de 2007⁵⁶, y reinició el treinta y uno (31) de octubre del mismo año, a través del acta núm. 30 de la misma fecha⁵⁷.

5.2.3. El 31 de octubre de 2007, el IDU y Cicon S.A. acordaron efectuar una prórroga de dos (2) meses y quince (15) días calendario, por medio del Adicional 3⁵⁸, la cual venció el quince (15) de enero de dos mil ocho (2008), según consta en el acta núm. 40 de terminación del contrato de obra, suscrita esa misma fecha⁵⁹. Sin embargo, en la citada acta se consignó expresamente que “[...] se dio inicio al plazo de 4 meses estipulados contractualmente para la etapa de corrección de defectos correspondientes a las obras faltantes o por corregir cuyo valor se estima en cerca del 3% del valor total del contrato” (subrayado por fuera del texto original).

Al confrontar la anterior constancia del acta núm. 40 con las condiciones del contrato de obra BM-153 de 2005⁶⁰, se observa que como *fecha efectiva de terminación del contrato*⁶¹ se previó lo siguiente:

“Es la fecha en que efectivamente se termina el contrato, una vez recibidas de forma definitiva las Obras de Mantenimiento Preventivo por parte de la Interventoría y expedido el Certificado de Corrección de defectos (o con las salvedades del caso) ejecutadas por el Contratista, lo que permite la liquidación final del contrato” (subrayado añadido).

5.2.4. En consonancia con la anterior definición, en la cláusula 57.1 del literal E. Final del Contrato BM-153 de 2005 se pactó:

“57.1 Terminadas las obras se inicia el periodo de responsabilidad por defectos. Vencido el periodo de responsabilidad por defectos, el Contratista

meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga”.

⁵² Para la época en que se realizó la licitación pública IDU-LP-BMU-DTMV-061-2005 y fue suscrito el Contrato BM-153 de 2005, no se había expedido la Ley 1150 del 16 de enero de 2007, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

⁵³ F. 165, C. 5.

⁵⁴ F. 181, C. 5.

⁵⁵ F. 182-183, C. 5.

⁵⁶ F. 170-171, C. 5.

⁵⁷ F. 168-169, C. 5.

⁵⁸ F. 184-186, C. 5.

⁵⁹ F. 176-177, C. 5.

⁶⁰ F. 119-145, C. 5.

⁶¹ Epígrafe 1.1, denominado “definiciones”, ubicado en el literal A, sobre “disposiciones generales”, de la sección 3 de las condiciones del contrato.



deberá proporcionar al Interventor una liquidación detallada en la que consten todos los montos que considere que se le adeudan en virtud del Contrato. El interventor deberá certificar la terminación efectiva de las obras y adicionalmente, todo pago final que se adeude al Contratista dentro de los 56 días recibida la liquidación del contrato si ésta fuera correcta y estuviera completa. Si no fuera así, el Interventor deberá hacer una lista de correcciones o adiciones que fueran necesarias. Si después de haberse vuelto a presentar la Liquidación Final aún no fuera satisfactoria, el Interventor determinará el monto que debe pagarse al Contratista y comunicará al Contratante, quien emitirá el certificado de pago

[35.1] El Periodo de Responsabilidad por Defectos es de CUATRO (4) MESES contados a partir de la Fecha de Terminación de las Obras, según se establece en las subcláusulas 55.1 de las Condiciones del Contrato y [55.1] de los Datos del Contrato [...] (énfasis por fuera del texto original).

5.2.5. Así, bajo una interpretación sistemática e integral del negocio jurídico, cotejado con el contenido del acta núm. 40, la fecha efectiva de terminación del contrato fue el quince (15) de mayo de dos mil ocho 2008. En consecuencia, desde ese día empezó a correr el plazo de cuatro meses, previsto en la versión inicial del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, hasta el día quince (15) de septiembre del dos mil ocho (2008), para que las partes, de común acuerdo, liquidaran el contrato, situación que no acaeció.

Por lo tanto, el quince (15) de septiembre de dos mil ocho (2008) el conteo del término de dos (2) meses, establecido en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, para que el IDU realizara la liquidación unilateral del contrato, mediante acto administrativo motivado, lo que tampoco sucedió. Por lo tanto, desde el quince (15) de noviembre de dos mil ocho (2008), se empezaba contar el término de dos (2) años para que la contratista ejerciera de manera oportuna su derecho de acción, como ocurrió el *sub lite*, pues Cicon S.A. presentó la demanda ante la Jurisdicción el veintiuno (21) de noviembre de dos mil ocho (2008)⁶², antes que operara la caducidad de la acción.

5.3. Los extremos procesales están **legitimados en la causa** por activa y por pasiva al haber suscrito el negocio jurídico que suscita la controversia⁶³.

CONSIDERACIONES SOBRE EL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

5.4. En línea con la Sección Primera⁶⁴, la Sala⁶⁵ ha considerado que, con independencia de la forma o denominación que adopte, el acto administrativo es la expresión unilateral de voluntad de la administración, en sentido funcional, que produce efectos jurídicos, en aplicación de la Ley. A diferencia de las decisiones unilaterales que se producen en ejercicio de la autonomía negocial en el derecho privado, con los actos administrativos contractuales se surte una expresión del Derecho⁶⁶ —que define el órgano competente, los presupuestos de hecho y el

⁶² F. 7-54, C. 5.

⁶³ F. 119-161, c. 5.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, sentencias del 2 de junio de 2011, rad. núm. 66001-23-31-000-2005-00519-01; del 31 de marzo de 2005, rad. núm. 11001-0324-000-1999-02477-01; y del 26 de agosto de 2004, rad. núm. 2000.0057-01

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 6 de julio de 2020, exp. 49166; y del 28 de febrero de 2020, exp. 46852, entre otras.

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-037 de 2000. Reiterada en: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de abril de 2020, exp. 42827.



procedimiento— con el subsiguiente poder de vincular, con carácter ejecutorio y ejecutivo, a una persona diferente a su autor.

En razón a lo anterior, se presume la validez del acto administrativo, y quien pretenda su expulsión del ordenamiento y la reparación del daño por él causado, protestando su ilegalidad, debe previamente abatir la presunción de legalidad que lo cobija⁶⁷, indicando la norma cuya vulneración alega, así como el concepto de la violación, con razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes⁶⁸⁻⁶⁹. Con fundamento en esos cargos, es definido el problema jurídico, el ámbito de decisión del juzgador y el ámbito de la defensa del demandado; defensa que no puede ser honrada, si no es formulada la pretensión de nulidad, a través de la acción adecuada, expresando con precisión las disposiciones violadas y el concepto de la violación⁷⁰. La anulación de actos administrativos que no han sido demandados implicaría, consecuentemente, la violación del debido proceso de la demandada.

5.4.1. Pues bien, como lo ha precisado la jurisprudencia administrativa⁷¹, con el principio de equilibrio económico o de preservación de la ecuación financiera del contrato *“se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a su terminación cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato”*⁷². Este principio obedece así al interés público, pues la Administración y su actividad —que se busca garantizar— están al servicio de los intereses generales, de acuerdo con los artículos 2 y 209 de la Constitución⁷³. De esta forma, al atender al interés público y buscar la continua prestación del servicio, el principio de equilibrio económico es una clara manifestación de la función administrativa.

5.4.2. De tiempo atrás, la Sección Tercera⁷⁴ ha explicado que el principio de equilibrio financiero ha estado presente de forma constante en el ordenamiento patrio. En un principio, el artículo 11 de la Ley 4 de 1964, preveía el pacto imperativo de revisiones periódicas en contratos de obra pública, así como de los estudios y

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, auto del 11 de mayo de 2020, exp. 58562; y sentencia del 29 de abril de 2020, exp. 46172.

⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-197 de 1999.

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, sentencia del 15 de diciembre de 2016, rad. núm. 2013-00374-00; Sección Tercera, Subsección C, auto del 16 de mayo de 2019, exp. 59678; Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de abril de 2020, exp. 42827.

⁷⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 1º de marzo de 2006, exp. 15471; Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de abril de 2020, exp. 42827.

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de julio de 2013, exp. 21642.

⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 20615.

⁷³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. “Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. || Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. [...] Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 1986, rad. núm. CE-SEC-EXP1986-09-04-N1677.



diseños de tales obras⁷⁵. Luego, el Decreto 150 de 1976⁷⁶, así como en el Decreto de 222 de 1983⁷⁷ abrogaron la obligación de pactar tal revisión, estableciendo la facultad de pactar las revisiones periódicas que, en todo caso, siguió considerándose un elemento de la naturaleza de los contratos de obra pública⁷⁸. El actual Estatuto General de Contratación de la Administración pública, a su vez, estableció que, con el propósito de garantizar los fines de la contratación, los contratistas tienen el derecho recibir el valor intrínseco de la remuneración pactada y solicitar, en consecuencia, el restablecimiento de la ecuación económica del contrato en situaciones imputables, o no, a los contratistas⁷⁹.

La ley estableció así, en razón al interés común, un derecho de los contratistas del Estado al restablecimiento del equilibrio contractual, junto con las circunstancias en las que este es procedente. De esta forma, la decisión sobre el reconocimiento o negación de solicitar el restablecimiento de la ecuación económica del contrato es una expresión del Derecho.

5.4.3. Adicionalmente, la Ley 80 de 1993 sometió las actuaciones contractuales a los procedimientos generales de las actuaciones administrativas, limitando el recurso administrativo únicamente a la reposición⁸⁰; y determinó la competencia de

⁷⁵ LEY 4 DE 1964. "Artículo 2º. Los contratos serán de tres clases, a saber: || a) Para construcción, mejoras, adiciones o conservación, por un precio alzado o a precios unitarios; || b) Para los mismos fines, mediante el sistema de administración delegada; || c) Para la ejecución de estudios, planos, proyectos, localización de obras, dirección técnica o ejercicio de la interventoría, mediante un honorario fijo o vinculado al costo del estudio o de la obra respectiva. [...] Artículo 11: En los contratos a que se refiere el literal a) del artículo 2º, se pactarán revisiones periódicas del precio alzado o de los precios unitarios, en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos. [...]".

⁷⁶ "Artículo 74. En los contratos celebrados a precio alzado o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos. || Donde ello fuere posible, los ajustes se efectuarán mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato. || En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática. || Los reajustes se consignarán en actas que suscribirán las partes".

⁷⁷ "Artículo 86. En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos. || Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma que lo determine el reglamento. || En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática. || Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquél en que se pague la obra ejecutada, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato".

⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 1986, rad. núm. CE-SEC3-EXP1986-09-04-N1677.

⁷⁹ LEY 80 DE 1993. "Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas: || 1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. || En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato".

⁸⁰ LEY 80 DE 1993. "Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. || Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo. [...]".



las entidades y de los funcionarios de estas, para su reconocimiento, como parte de las actuaciones inherentes a la actividad contractual⁸¹⁻⁸²

5.5. Ahora bien, de acuerdo con las pruebas recaudadas en el proceso, la Sala observa que durante el desarrollo del Contrato BM-153 de 2005⁸³ suscrito entre Cicon S.A. y el IDU, éste último se pronunció sobre los cuestionamientos y observaciones planteados por la contratista.

5.5.1. Dentro de tales pronunciamientos, observa la Sala que, el 7 de diciembre de 2007, la demandante solicitó al IDU el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato BM-153 de 2005, por:

(i) la entrega incompleta, tardía y con falencias de los diseños de la obra, lo que implicó un atraso de 7 meses en la suscripción del acta de inicio y retrasos posteriores, pese a que el personal, los recursos y equipos necesarios para su ejecución estaban disponibles, debiendo además asumir Cicon S.A. la reelaboración de algunos diseños;

(ii) el impago del componente global de tráfico, señalización y desvíos en función del plazo total de ejecución del Contrato BM-153 de 2005 con las prórrogas pactadas;

(iii) el impago de la totalidad del componente ambiental y de gestión social, porque la falta de diseños conllevó la ejecución de un 47% del corredor vial de la calle 170, y este componente debió incrementarse en proporción al tiempo de ejecución total;

(iv) la mayor permanencia en obra de la contratista, ocasionada por circunstancias que ocurrieron durante la ejecución del Contrato BM-153 de 2005, como lo son: las demoras que se presentaron en la aprobación de la estructura

⁸¹ LEY 80 DE 1993. "Artículo 11. De la competencia para dirigir licitaciones o concursos y para celebrar contratos estatales. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2o.: || 1o. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso. || 2o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República. || 3o. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva: || a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil. || b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades. || c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles. || Artículo 12. De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. [...] Artículo 25. Del Principio de Economía. En virtud de este principio: [...] 10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento".

⁸² DECRETO 679 DE 1994. "Artículo 14. De la delegación de la facultad de celebrar contratos. En virtud de lo previsto en el artículo 25, numeral 10, de la Ley 80 de 1993, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán delegar en los funcionarios que desempeñen cargos en los niveles directivo, ejecutivo o equivalentes, la adjudicación, celebración, liquidación, terminación, modificación, adición y prórroga de contratos y los demás actos inherentes a la actividad contractual en las cuantías que señalen las juntas o consejos directivos de las entidades. Cuando se trate de entidades que no tengan dichos órganos directivos, la delegación podrá realizarse respecto de contratos cuya cuantía corresponda a cualquiera de los siguientes montos: [...]"

⁸³ Copia auténtica del documento a f. 119, C. 5.



de los pavimentos, así como en el tratamiento de redes de telecomunicaciones y energía, en el empalme con una obra a cargo de otro contratista y en la definición de obras adicionales; el rediseño del alcantarillado, con la ejecución consecuente de otras obras adicionales; la construcción de cámaras de aguas pluviales que no habían sido previstas inicialmente; la interferencia de las obras con redes de acueducto y alcantarillado, y la ejecución su renovación parcial; las repetidas modificaciones del plan de manejo de tráfico; la anormal prolongación e intensidad del periodo de lluvias en 2007; además de interferencias con industrias aledañas a las obras;

(v) sobrecostos ocasionados por la implementación de una restricción a la movilidad de vehículos de carga con capacidad superior a las 5 toneladas entre las 6:30 y las 10:00 am, que produjo una disminución de la jornada laboral;

(vi) el incremento imprevisto y anormal en el precio del asfalto;

(vii) la ausencia de canteras cercanas de materiales para la base y la subbase granular; y

(viii) porque el contrato se ejecutó en 2007, pese a que la oferta había sido estructurada con base en los precios de 2005⁸⁴.

5.5.2. Mediante oficio IDU-114199 DTM-400 del 5 de marzo de 2008⁸⁵, el IDU, entre otros aspectos, resolvió desestimar la existencia de un desequilibrio económico en el Contrato BM-153 de 2005, y no reconocer las sumas solicitadas por Cicon S.A. Como fundamento de lo anterior, el IDU consideró en resumen que:

(i) la ejecución del Contrato BM-153 de 2005 comenzó con la suscripción del acta de inicio, que se produjo cuando los diseños estaban completos, y el contratista contaba con la información suficiente para ello, pese a que no había sido aprobada aún la estructura del pavimento;

(ii) el precio del contrato permaneció incólume, ya que la sustracción de algunos ítems se compensó con la adición de otros, en cuanto la renovación de redes de acueducto, alcantarillado, energía y telecomunicaciones trajo consigo dos prórrogas por un lapso total de 5 meses, y la adición de \$634.136.995, manteniéndose con ello la ecuación económica del contrato, ante la exclusión de 22 de los 42 segmentos de la obra;

(iii) los sobrecostos derivados de las prórrogas del Contrato BM-153 de 2005 y la afectación de sus metas físicas ya habían sido reconocidos por el IDU;

(iv) la interventoría verificó que los retrasos en la ejecución del contrato respondían, *en gran parte*, a la demora en la consecución de mano de obra, insumos, equipos y personal por parte de Cicon S.A., pese a lo cual el IDU otorgó a la contratista una prórroga de 2 meses y 15 días, para evitar un perjuicio a la comunidad beneficiaria, con la condición de que esta última asumiera los costos de la interventoría;

(v) la interventoría concluyó que la estructura del pavimento propuesta por Cicon S.A. fue definida dos meses después del inicio de la ejecución del Contrato BM-153 de 2005, pero un mes después del inicio del periodo de ejecución de las

⁸⁴ F. 327-437, aptados. 3.1-3.17, C. 2.

⁸⁵ F. 438-520, c. 2.



obras, sin que ello impidiera el avance de las obras, ya que, durante dicho periodo, el contratista venía avanzando en los trabajos de excavación;

(vi) el retraso por el lapso de ejecución ocasionado con el empalme con otra obra a cargo de otro contratista y las modificaciones en los diseños por interferencias con industrias aledañas quedaron comprendidos en la Adición 2, con la compensación a que había lugar;

(vii) el sector de las obras del Contrato BM-153 de 2005 no fue afectado por la temporada de lluvias de 2007, porque en los informes mensuales de interventoría se constató que, en tal sector, el tiempo seco fue del 92%;

(viii) los efectos de la restricción a la movilidad para vehículos de carga con capacidad superior al 5 toneladas, aprobada antes del inicio de las obras, podían haberse evitado con la implementación de las acciones contempladas en el programa de autorregulación a cargo de las empresas de transporte;

(ix) esta última medida fue dictada por una autoridad diferente al IDU, por lo que no se configuraba un hecho del príncipe;

(x) en todo caso, se constató que los vehículos de carga fueron empleados en varias obras, en jornadas nocturnas, y en días no hábiles, siendo incluso excesiva su utilización;

(xi) si bien subió el precio del cemento, no ocurrió lo mismo con el del concreto, que era el contemplado en el análisis de precios unitarios;

(xii) desde 1998 se tenía conocimiento de que los subsidios al ACPM serían suprimidos gradualmente;

(xiii) se presentó un incremento impredecible de los precios del asfalto, pero en el Contrato BM-153 de 2005 se pactó que estos y los demás precios no serían reajustados;

(xiv) la verificación de la calidad y disponibilidad de los materiales, dentro de los que se encontraban los de la base y subbase granular, así como la obtención de permisos ambientales estaban a cargo de Cicon S.A., de acuerdo con los términos del Contrato BM-153 de 2005;

(xv) el contratista se limitó a enunciar el valor económico de su reclamación, *"pero no allegó soportes técnicos, ni metodología, ni memoria de cálculo que permitieran a la entidad establecer la veracidad de la cuantificación"*; y que

(xvi), en definitiva, no se configuraron hechos irresistibles e imprevisibles, como los que dan lugar a la teoría de la imprevisión, tomando en consideración la experiencia del contratista y que la disminución de metas físicas fue compensada con la adición de obras.

5.5.3. Con escrito radicado el 23 de junio de 2008⁸⁶, Cicon S.A. solicitó la *reconsideración* de lo resuelto en el anterior oficio, con el reconocimiento de lo pedido. Como sustento de lo anterior, Cicon S.A. insistió en lo aducido en la primera solicitud y agregó que:

⁸⁶ Folios 521 a 625, c. 2.



- (i) al haberse emitido la primera decisión sin el concepto de la dirección legal del IDU, como lo preceptuaba el artículo 17 de la resolución núm. 13 de 2005, se había violado el procedimiento interno;
- (ii) las actividades de las obras no podían ser ejecutadas simultáneamente, como lo manifestó la interventoría, porque ello impediría el acceso de materiales y el tránsito peatonal;
- (iii) la indefinición de ciertas actividades impidió la ejecución de la obra en la secuencia lógica que esta requiere;
- (iv) la exclusión de metas físicas del Contrato BM-153 de 2005 no respondió a un incumplimiento de Cicon S.A;
- (v) el personal a cargo de la gestión ambiental se mantuvo durante toda la ejecución del contrato, siendo este un componente cuyo precio que no debía depender del avance de las obras, sino de la duración del contrato;
- (vi) la suscripción de las prórrogas y adiciones al Contrato BM-153 de 2005 no fueron el resultado de un incumplimiento suyo, sino de la supresión de actividades previstas, de la adición de obras imprevistas, y de las fuertes lluvias que excedieron el promedio de precipitaciones de la zona, siendo este así un hecho imprevisible;
- (vii) la renovación de redes de servicios públicos superó entre un 300% y un 500% las obras correspondientes a los ítems que sobre ello habían sido previstos inicialmente, lo que trastornó sobre manera la ejecución del Contrato BM-153 de 2005 y requirió recursos para investigación, diseño, suministro e instalación; y que
- (viii) los costos del transporte de materiales fueron calculados cuando no existía la restricción a la movilidad, la cual fue introducida con el Decreto 2181 de 2006.

Por último, Cicon S.A. solicitó que, como pruebas, fueran tenidos en cuenta algunos documentos, consistentes en comunicaciones remitidas durante la ejecución del Contrato BM-153 de 2005 y los actos con los que este fue modificado, además de un informe contable.

5.5.4. Posteriormente, el IDU resolvió el recurso de *reconsideración* presentado por la contratista, mediante oficio IDU-005819-STCC6500, confirmando lo resuelto en el oficio IDU-114199 DTM-4000 del 5 de marzo de 2008, según lo afirmado por el IDU en el escrito de contestación de la demanda⁸⁷ y en los alegatos de conclusión que presentó ante el Tribunal de primera instancia⁸⁸; aseveración que no fue objeto

⁸⁷ "De las pruebas que obran en el expediente, se observa lo siguiente: [...] 10. El IDU, mediante escrito de calenda 7 de diciembre de 2008 [sic], a través de apoderado, CICON S.A, presentó reclamación, en relación con el restablecimiento del equilibrio económico de (6) contratos adjudicados, entre ellos el N° 153 de 2005, sin especificar cuáles eran los hechos-imputables al contratante y cuáles a los terceros y en qué medida ellos habían retrasado el cronograma de las obras a ejecutar. [...] 11. El IDU, mediante comunicación N° IDU-114199-DTM-4000, profendo por la Dirección Técnica de Malla Vial, de fecha 5 de marzo de 2008, dirigido al apoderado del contratista aduciendo razones de hecho y de derecho dio contestación negativa al supuesto desequilibrio económico que alegaba el contratista. Las respuestas ofrecidas al contratista, fueron ratificadas por parte de la Dirección Técnica de Contratos y Convenios, mediante el Oficio N° IDU-005819-STCC-6500, dirigido al apoderado del contratista" (énfasis fuera del texto original). (f. 214-215, C. 5).

⁸⁸ F. 250, C. 4.



de reparo alguno por la contratista en el traslado de las excepciones de fondo y en el recurso de apelación.

5.6. Pues bien, mediante el oficio IDU-114199 DTM-400 del 5 de marzo de 2008⁸⁹, el IDU, invocando competencias legales, a través de su Dirección Técnica de Malla Vial, dio respuesta a la reclamación de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato BM-153 de 2005, a la que Cicon S.A., como contratista, tenía el derecho legal. Con base en consideraciones fácticas de carácter técnico, a los supuestos de restablecimiento económico del contrato definidos en la Ley 80 de 1993 y a las estipulaciones del contrato, el IDU decidió unilateralmente que el restablecimiento solicitado no era procedente, porque no se habían incumplimientos contractuales de su parte, ni circunstancias que había determinado el legislador y, particularmente, que no era procedente la aplicación del hecho del príncipe, no se habían presentado hechos imprevisibles e irresistibles que afectaran el equilibrio ni, tampoco, se había probado el detrimento económico del contratista. Este oficio se basó así en motivos previamente definidos en la ley y el negocio jurídico en cuestión.

Con base en lo anterior, el IDU expidió una decisión unilateral con efectos jurídicos, en cuanto definió unas circunstancias jurídicas particulares y concretas, consistentes en la negación del derecho del contratista a que se restableciera el equilibrio del Contrato BM-153 de 2005 del que era parte. En ello, la sociedad ahora demandante, al recurrirlo⁹⁰, percibió el oficio IDU-114199 DTM-400 del 5 de marzo de 2008 como un acto administrativo.

La decisión adoptada por medio del oficio IDU-114199 DTM-400 del 5 de marzo de 2008 y confirmada con el oficio IDU-005819-STCC6500⁹¹ constituye, en consecuencia, un acto administrativo⁹², por ser una (i) declaración unilateral, (ii) expedida en ejercicio de la función administrativa, (iii) con fundamento en motivos definidos en la ley, (iv) que produjo efectos jurídicos por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate.

5.7. No pasa por alto la Sala, por demás, que si el IDU —contrario a lo que afirmó⁹³ sin oposición de la contraparte— no hubiera dado respuesta al recurso administrativo de *reconsideración* interpuesto por Cicon S.A., para desbloquear esa situación de indefinición, y/o para facilitar el control a esa respuesta inferida, el derecho administrativo apeló a la ficción, para concebir un tipo de acto administrativo producto, no de la voluntad expresa de la administración, sino de su voluntad presunta o ficta, en principio y siempre de manera general, negativa, en su signo. De esta manera, presentada una petición a la administración, el paso de un tiempo predeterminado en la ley, sin que esta emitiera o profiera respuesta, permitía al peticionario, que así lo tuviere a bien, proceder en procura de los controles jurisdiccionales sobre ese acto ficto negativo⁹⁴, recabar una respuesta, o esperar indefinidamente hasta que esta se diera de manera expresa. Este es el sentido que el artículo 40 del CCA daba al instituto, tanto como el que recibió en el artículo 84 del CPACA.

⁸⁹ Aptado. 5.5.2.

⁹⁰ Aptado. 5.5.3.

⁹¹ Aptado. 5.5.4.

⁹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de julio de 2020, radicación número: 25000-23-36-000-2012-00194-01(49166); Sección Primera, sentencias del 2 de junio de 2011, exp. 66001-23-31-000-2005-00519-01; del 31 de marzo de 2005, Exp. 11001-0324-000-1999-02477-01.

⁹³ Aptado. 5.5.4.

⁹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1 de junio de 2020, exp.47101.



5.8. Así las cosas —conforme a la jurisprudencia de la Corporación⁹⁵— Cicon S.A. debió impugnar la legalidad del acto administrativo adoptado oficio IDU-114199 DTM-400 del 5 de marzo de 2008 y el oficio IDU-005819-STCC6500 (o el acto ficto que se habría configurado con el silencio del IDU), para lo cual estaba vigente aún la acción pertinente; y, como así no lo hizo, no es viable reclamar el desequilibrio económico y el incumplimiento del Contrato BM-153 de 2005, con base en los mismos hechos⁹⁶, en sede judicial, en razón a la presunción de legalidad y a la fuerza ejecutoria del citado pronunciamiento del IDU, cuya legalidad, si bien fue impugnada en la vía gubernativa, no lo fue en la judicial por parte de Cicon S.A.

5.9. La Sala considera que lo anterior no da pie a que se emita un fallo inhibitorio, sino a la desestimación de las pretensiones⁹⁷. Así lo consideró esta Subsección, en sentencia del 26 de noviembre de 2015⁹⁸, con la cual, además de resolver una controversia entre las mismas partes del presente caso, analizar una problemática similar y revisar el contenido de los mismos actos administrativos que se han estudiado de manera precedente, se fundamentó en las consideraciones expuestas en la sentencia del 12 de agosto de 2014⁹⁹. Veamos:

“6.6. Con otras palabras, si la sociedad actora presentó una petición o reclamación para el reconocimiento del desequilibrio económico o financiero de la ecuación del contrato y esta fue negada por la entidad pública demandada mediante acto administrativo que se encuentra en firme y lo ampara la presunción de legalidad, decisión ésta con la cual se ha mostrado de acuerdo la sociedad demandante y contratista, pues no la cuestionó judicialmente, no puede ahora pretender que por vía de la acción contractual le sea reconocido algo que ya le fue negado a través de un acto administrativo que existe, se presumen legal y está produciendo a plenitud sus efectos¹⁰⁰.

6.7. En síntesis, si lo que la sociedad actora pretendía era que se declarara el desequilibrio económico o financiero de la ecuación del contrato, debió impugnar la legalidad del acto por el cual la entidad pública demandada le negó esa petición o reclamación, y como así no lo hizo no puede venir ahora a hacerla, pues lo impide la existencia y la presunción de legalidad del acto administrativo que negó ese pedimento¹⁰¹.

6.8. Ahora, aunque en el presente asunto lo pertinente era impugnar la legalidad del acto administrativo por el cual la entidad pública demandada negó la petición o reclamación de desequilibrio económico o financiero de la ecuación del contrato, no se puede afirmar que se imponga un fallo inhibitorio pues lo procedente en tal evento es decidir de fondo negando pretensiones, habida cuenta de que existe un acto administrativo que ya denegó la petición elevada en ese sentido por la

⁹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencias 12 de agosto de 2014, radicación número: 25000-23-26-000-2000-00631-02(28237) y de 26 de noviembre de 2015, radicación número: 25000-23-26-000-2008-00596-01(52968).

⁹⁶ Aptado. 2.1.1.6.

⁹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencias 12 de agosto de 2014, radicación número: 25000-23-26-000-2000-00631-02(28237) y de 26 de noviembre de 2015, radicación número: 25000-23-26-000-2008-00596-01(52968).

⁹⁸ 25000-23-26-000-2008-00596-01(52968).

⁹⁹ Rad. núm. 25000-23-26-000-2000-00631-02(28237).

«¹⁰⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237».

«¹⁰¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237».



demandante, que está produciendo todos sus efectos, que se presume legal y que está incuestionado¹⁰²⁻¹⁰³. (Énfasis fuera del texto original).

5.10. Así las cosas, la Sala concluye que, salvo en lo concerniente a la liquidación judicial del Contrato BM-153 de 2004 que se abordará posteriormente, los otros reparos formulados por la contratista contra la sentencia de primera instancia no son procedentes por las consideraciones expuestas.

CONSIDERACIONES SOBRE EL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

5.11. En el segundo cargo de la apelación, la sociedad demandante cuestiona¹⁰⁴ la omisión del *a quo* en pronunciarse sobre la *ineficacia de pleno derecho* de la renuncia del contratista a reclamar algunos sobrecostos que se habrían presentado.

5.11.1. La jurisprudencia administrativa ha precisado que la *ineficacia en sentido amplio* comprende todas las vicisitudes por las que un negocio jurídico no genera efectos plenos, como lo son la inexistencia, la ineficacia de pleno derecho, la nulidad, la anulabilidad y la inoponibilidad¹⁰⁵. Cuestión diferente es la *ineficacia de pleno derecho* o *ineficacia en sentido estricto*, que se produce en unos eventos expresamente definidos en la ley¹⁰⁶, los cuales suponen una violación mayúscula del ordenamiento jurídico¹⁰⁷, como lo son los eventos definidos en el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993. En tales casos, a diferencia de aquellos que dan lugar a la nulidad, a la anulabilidad o a la inoponibilidad del contrato, con el acuerdo de voluntades en cuestión no se produce efecto jurídico alguno.

La jurisprudencia administrativa ha identificado unos efectos concretos de la ineficacia de pleno derecho, que la diferencia de la nulidad, a saber: (i) que la ineficacia de pleno derecho no requiere declaración judicial, surtiéndose una depuración jurídica oficiosa, mediante la inaplicación de lo estipulado por el juez del contrato en el caso concreto¹⁰⁸; (ii) que, cuando una prestación derivada de una estipulación ineficaz de pleno derecho haya sido ejecutada, tal prestación deberá ser reintegrada¹⁰⁹, sin consideración al beneficio que haya ocasionado al contratante; y (iii) que la ineficacia de pleno derecho no se sana con el paso del tiempo¹¹⁰, ni

¹⁰² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237.

¹⁰³ CONSEJO DE ESTADO, Subsección C, Sentencia de 26 de noviembre de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00596-01 (52968).

¹⁰⁴ Aptado. 2.7.2.

¹⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, exp. 15052; Subsección A, sentencia de 21 de junio de 2018, exp. 40533.

¹⁰⁶ «Igualmente, se ha precisado por esta Sala que la existencia de la ineficacia de pleno derecho no resulta privativa de la regulación inmersa en el Código de Comercio, debido a que otros catálogos legales, como el Código Civil u otras normas jurídicas, en similar sentido, han establecido la misma consecuencia a determinado acto, aun cuando pueda hallarse expresado en términos distintos tales como "no produce efectos" o "se tendrá por no escrita". [...] En adición, existen normas en la Ley 80 de 1993 que de forma específica contemplan este instituto jurídico. Tal es el caso del inciso final del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 en el que expresamente se denominan "ineficaces de pleno derecho" las estipulaciones de los contratos estatales que contravengan las exigencias que se consagran en este numeral, relativas a las reglas que deben acatarse para la elaboración de los pliegos de condiciones». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, exp. 24845; reiterada en la sentencia del 12 de diciembre de 2019, exp. 60558.

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de

¹⁰⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 26 de abril de 2006, exp. 16041; Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 27453; Subsección C, sentencia de 18 de mayo de 2017, exp. 35199; Subsección A, sentencia del 21 de junio de 2018, exp. 40353

¹⁰⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 26369.

¹¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 19 de julio de 2017, exp. 59067.



por ratificación expresa de las partes¹¹¹, como ocurre con los contratos suscritos sin el cumplimiento de la formalidad sustancial exigida¹¹²⁻¹¹³.

5.11.2. Pues bien, de acuerdo con el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993¹¹⁴ —referido por la parte apelante en sustento del cargo bajo examen— son ineficaces de pleno derecho las estipulaciones contractuales con las que se introduzca la renuncia a reclamaciones por: (i) la omisión de unos requisitos objetivos para participar en el proceso de selección; (ii) la ausencia de unas reglas objetivas, justas, claras y completas, para la confección de la oferta, la escogencia del contratista y la declaración de desierta de la licitación; (iii) las exigencias de imposible cumplimiento y exenciones de responsabilidad derivadas de los datos, informes y documentos suministrados por el ente contratante; (iv) la inclusión de reglas que induzcan a error a proponentes y contratistas en la formulación de su oferta; y (v) la indefinición del plazo para la liquidación del contrato, de acuerdo con su objeto, naturaleza y cuantía.

En el pliego de condiciones, la Administración fija unas reglas de obligatorio cumplimiento para esta, así como para los proponentes y para el contratista, las cuales gobiernan la fase precontractual y la de ejecución del negocio jurídico, al cual se integra el pliego, con la suscripción del contrato adjudicado¹¹⁵. En virtud del principio de transparencia, tales reglas deben ser claras, expresas y objetivas, tanto en sus especificaciones técnicas como jurídicas, de la misma forma en que deben serlo los documentos y los datos técnicos y jurídicos que el ente contratante haya suministrado en el proceso de selección, para la preparación de las ofertas por los proponentes¹¹⁶.

Cuando dichas reglas, documentos y datos no sean claros, precios y objetivos, dando paso a la subjetividad de la Administración en la adjudicación del contrato, los preceptos del pliego de condiciones serán ineficaces de pleno derecho, de la misma forma en que lo serán los pactos de exclusión de responsabilidad impuestos por la Administración en el contrato, para librarse de la responsabilidad que le

¹¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de abril de 2015, exp. 52556.

¹¹² CÓDIGO DE COMERCIO. "Artículo 898. La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa. || Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales".

¹¹³ No pasa por alto la Sala que, la Sección Tercera, en sentencia del 11 de diciembre de 2002 (exp. 23270), consideró que los derechos que hayan sido adquiridos por una de las partes con ocasión de un acuerdo ineficaz de pleno derecho subsisten pese a su ineficacia, y que la acción para repetir la prestación cumplida en razón a un acuerdo ineficaz de pleno derecho caduca, de acuerdo con las normas contencioso-administrativas, que fijan un término indisponible de orden público para el ejercicio del derecho de acción. Pero, con ello, el acuerdo ineficaz no genera efectos, ya que estos se desprenden de las normas sobre la prescripción adquisitiva, que operan con independencia del convenio y su ineficacia, o de la desidia de la parte que no acude oportunamente a la jurisdicción.

¹¹⁴ LEY 80 DE 1993. "Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio: [...] 5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia: || a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección. || b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. || c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato. || d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren. || e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad. || f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía. || Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados".

¹¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2000, exp. 10399; sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18059;

¹¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 17783



corresponde en virtud de la carga de claridad que le asiste en la confección del pliego y del clausulado del contrato al que el particular se adhiere¹¹⁷.

5.12.1. Precisados así los supuestos constitutivos y los efectos de la ineficacia de pleno derecho, resulta claro que, si bien es cierto que el supuesto de ineficacia prescrito en el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993 puede ser controlado oficiosamente por el juzgador, la ineficacia no se genera por la oposición que a su estipulación haya manifestado el contratista, como lo aduce el apelante en sustento del recurso.

De cualquier forma, el escrito CICON-BM-034-07 del 9 de mayo de 2007¹¹⁸ —que la apelante citó para justificar su reparo sobre la omisión de un pronunciamiento sobre la ineficacia de pleno derecho de los textos incorporados en los documentos que modificaron el Contrato BM-153 de 2005— no fue decretado como prueba por el *a quo*, de conformidad con el artículo 209¹¹⁹ del CCA y los artículos 174¹²⁰ y 402¹²¹ del CPC, estos últimos aplicables en el proceso contencioso administrativo en virtud de la remisión expresa del artículo 168¹²² del CCA; y los lineamientos que ha trazado esta Sección en su jurisprudencia al respecto¹²³, muy a pesar de que en la sentencia apelada el Tribunal lo incluyó como prueba que obra en el proceso.

¹¹⁷ "Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes. || En cuanto a su confección material la administración corre con la carga de la claridad en las especificaciones y condiciones que plasma en dicho reglamento, de manera especial cuando adopta el esquema de establecer unas condiciones básicas y dar de otro lado a los oferentes un margen de discrecionalidad o libertad de iniciativa, permitiéndoles colaborar en la determinación de otras especificaciones relativas al objeto de la prestación requerida, especificaciones de forma, modo, precio, plazo, etc. además de la posibilidad de formular ofertas alternativas o variaciones de oferta. No es otro el sentido de las pautas legales que consignaba el art. 30 ordinal 1º del decreto ley 222 de 1983 y hoy el art. 24 ord. 5º de la ley 80 de 1993". CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2000, exp. 10399.

¹¹⁸ F. 348-349, C. 5.

¹¹⁹ "Artículo 209. Vencido el término de fijación en lista, se abrirá el proceso a pruebas si la controversia o litigio no es de puro derecho, siempre que las partes las soliciten o que el Ponente considere necesario decretarlas de oficio. Para practicarlas se fijará un término prudencial que no excederá de treinta (30) días, pero que puede ser hasta de sesenta (60) días para las que deban recibirse fuera del lugar de la sede. Estos términos se contarán desde la ejecutoria del auto que las señale".

¹²⁰ "Artículo 174. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso".

¹²¹ "Artículo 402. Cumplida la audiencia de que trata el artículo 101, el juez a petición de parte o de oficio decretará las pruebas que considere necesarias. || En el auto que decreta pruebas, el juez señalará el término de cuarenta días para que se practiquen y las fechas de las audiencias y diligencias necesarias".

¹²² "Artículo 168. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración".

¹²³ "A propósito del tema aludido, la Sala considera propicia la oportunidad para recordar que el decreto de una prueba constituye requisito *sine qua non*, esto es esencial, para que la correspondiente prueba pueda allegarse o entenderse incorporada de manera regular al expediente, puesto que esa admisión, por parte del juez competente, conlleva una información fundamental a los demás sujetos del proceso acerca de cuáles serán, entonces, las pruebas que podrán ser consideradas o valoradas, con arreglo a las normas vigentes, para la adopción de la decisión respectiva. || Así pues, la falta de decreto en relación con elementos que de otra manera podrían llegar a constituir pruebas, permitirá inferir válidamente a los demás sujetos procesales, incluida la contraparte, que los mismos no serán considerados dentro del debate, razón suficiente para agregar que esos sujetos no podrían ser sorprendidos posteriormente, sin desconocerles su derecho al debido proceso y en especial los derechos fundamentales de defensa y contradicción, con la apreciación que en calidad de pruebas realizare el juez respecto de elementos que aportados al proceso no hubieren sido formalmente decretados como tales. || En el iter de la producción o el recaudo de la pruebas es posible distinguir entre la solicitud, el decreto y la práctica. || Así pues, la solicitud no pasa de ser la aspiración válida y legítima que el interesado presenta o eleva, dentro de la oportunidad y con los requisitos establecidos para el efecto en cada caso por la ley, para que el juez competente acepte, admita o decrete la prueba objeto de aquella; por demás está señalar que la sola solicitud no resulta suficiente para tener como prueba susceptible de valoración, el elemento al que la misma se refiere, a tal punto que después de efectuar las valoraciones correspondientes, si el juez encuentra que la respectiva petición, por ejemplo, no reúne los requisitos correspondientes o se formula por fuera de oportunidad o tiene por objeto la práctica de pruebas inconducentes, impertinentes, prohibidas o imposibles,



5.12.2. De igual forma, no es procedente la invocación de una violación a la buena fe contractual ni de la confianza legítima como fundamento de la ineficacia de pleno derecho, ya que estos supuestos no fueron así previstos expresamente en el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, ni en otra norma.

5.13. Además, la Sala reitera que los pactos de exclusión o limitación de responsabilidad no violan, por sí mismos, el ordenamiento jurídico, ya que, como lo ha considerado:

«[...] el pacto de exclusión o limitación de responsabilidad es admitido en el derecho colombiano¹²⁴, de acuerdo con el artículo 1604 del CC. En esta norma y en el artículo 1731 del CC¹²⁵ se prevé un régimen de responsabilidad contractual de culpa graduada —no exento de críticas— que, no obstante, puede ser modificado en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Este es, pues, un régimen supletorio, en el que el deudor se libera de responsabilidad demostrando su diligencia (o ausencia de culpa), el caso fortuito o la fuerza mayor.

No obstante, al tratarse de derechos económicos del contratista que, como tales, son transigibles¹²⁶, tal régimen de imputación de responsabilidad contractual puede ser modificado por acuerdo mutuo, en cuanto no suponga una condonación del dolo futuro¹²⁷, ni contravenga el derecho público¹²⁸, las

perfectamente podría resolverla desestimándola o denegándola. || El decreto de la prueba, requerido en todos los casos, incluidos aquellos eventos en que se proceda con pruebas de oficio, resulta indispensable tanto para que los elementos respectivos puedan considerarse regularmente incorporados al expediente, como para garantizar el derecho fundamental de contradicción; el mismo encuentra fundamento legal expreso, entre otros, en los artículos 209 del C.C.A., 174 y 402 del C. de P. C., y consiste en la orden o la aceptación que el juez competente emite para que determinados elementos puedan ser considerados y valorados como pruebas dentro del proceso, sin que su sola existencia determine, en modo alguno, el sentido en que será apreciada determinada prueba o la valoración que de ella habrá de realizarse al momento de proferir la decisión a que haya lugar. || El decreto de una prueba no requiere de una formulación sacramental específica; lo que verdaderamente importa es que el juez competente manifieste, de manera clara y para conocimiento de todos los sujetos que concurren al proceso, aunque a través de cualquier clase de expresiones literarias o gramaticales que sean debidamente notificadas a las partes, que **acepta, decreta, incorpora, admite, etc., como prueba o como parte del expediente**, aquellos elementos que puedan servir de prueba y que, por tanto, se dan a conocer a las partes o se les informa acerca de su futura práctica para que puedan intervenir en su recaudo y, en todo caso, para que puedan ejercer su derecho fundamental de contradicción» (subrayado fuera del texto original). CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. 14850.

«¹²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de diciembre de 2005, exp. núm. 14174, FJ 3».

«¹²⁵ Artículo 1604. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. || El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. || La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. || Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes. [...] Artículo 1731. Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. || Sin embargo, si el deudor está en mora, y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito, que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo, en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa, y los perjuicios de la mora».

«¹²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de diciembre de 2016, exp. 32109».

«¹²⁷ CÓDIGO CIVIL. «Artículo 1522. El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale».

«¹²⁸ CÓDIGO CIVIL. «Artículo 1519. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto».



buenas costumbres o el orden público¹²⁹, o suponga una obligación sujeta a una condición meramente potestativa¹³⁰, entre otras. De esta forma, puede regularse, como parte de una relación intersubjetiva, los presupuestos de imputación de responsabilidad por incumplimiento del contrato, por caso fortuito o por fuerza mayor. De la misma forma, pueden modificarse en el Derecho colombiano el alcance de los perjuicios indemnizables, esto es, de los efectos del incumplimiento que quien incumple estaría obligado indemnizar¹³¹⁻¹³².

De igual manera, tratándose de una renuncia a los derechos económicos del contratista, que es un colaborador de la Administración, la interpretación de las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad debe ceñirse a los condicionamientos de la renuncia¹³³. En cualquier caso, en esta labor hermenéutica no puede perderse de vista que “la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según lo preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por lo tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que realmente hayan querido los contratantes; cuáles fueron realmente los objetivos y finalidades que estos se propusieron al ajustar la convención”¹³⁴,¹³⁵.

5.13.1. De acuerdo con la jurisprudencia referida en precedencia y a lo considerado previamente en esta providencia, los pactos de exclusión o limitación de responsabilidad con los que el contratista dispone de sus derechos económicos son pues eficaces —en sentido amplio— en cuanto no violen el derecho público de la Nación, de acuerdo con el cual es ineficaz de pleno derecho la condonación de la carga de la Administración de definir con claridad, desde el pliego de condiciones, las condiciones y reglas jurídicas y técnicas del proceso de contratación, para la confección de la oferta.

5.13.2. Ahora bien, con el Adicional 1 fue prorrogado en tres (3) meses el plazo de ejecución del Contrato BM-153 de 2005, por solicitud expresa del IDU, de la interventoría y del contratista mismo, porque fue necesaria la inspección de redes de alcantarillado con cámaras de televisión, para verificar la viabilidad técnica de los pavimentos, así como la necesidad de renovar tales redes, las cuales estaban a

«¹²⁹ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1518. [...] Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”».

«¹³⁰ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1535. Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga. || Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá”».

«¹³¹ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1616. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. || La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. || Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”».

«¹³² No se asimila, en todo caso, el incumplimiento con la responsabilidad que de aquel se deriva ni el alcance de los perjuicios indemnizables, de la misma forma en que el daño y la imputación no se asimilan a la responsabilidad, de la que son presupuestos independientes».

«¹³³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de diciembre de 2016, exp. 32109».

«¹³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de julio de 1983, Gaceta Judicial, Tomo CLXXII núm. 2411, pp. 112-129».

¹³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 4 de agosto de 2021, exp. 45004.



cargo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ("EAAB")¹³⁶. En esta ocasión, se estipuló que "[l]a presente prórroga no genera costos adicionales al IDU".

Luego, en el acta núm. 29 del 21 de septiembre de 2007¹³⁷, se acordó una suspensión del Contrato BM-153 de 2005, por solicitud expresa del contratista, con el objeto de estudiar "[...] la decisión que más conveniente [fuera] para el logro de los fines estatales, en donde la comunidad sufra el menor impacto posible y se puedan evitar mayores costos para la entidad". En este convenio, el contratista "[...] renunció] expresamente a reclamar judicial o extrajudicialmente por cualquier concepto, entre otros y sin que se limite a éstos: mayores costos generados por: lucro cesante y/o daño emergente; desequilibrio económico por interrupción de secuencia constructiva; desequilibrio económico por 'stand by' de equipos y maquinaria; desequilibrio económico por disponibilidad de personal, equipos y maquinaria; desequilibrio económico por mayor cantidad de desplazamientos y/o transporte de maquinaria; equipos o personal y desequilibrio económico por mayor permanencia y disposición de la infraestructura propia de la empresa, toda vez que el Contratista es enteramente libre para disponer de los recursos asignados al Contrato".

Finalmente, con el Adicional 3 del 31 de octubre de 2007¹³⁸, el plazo contractual fue prorrogado en dos (2) meses y quince (15) días, con el propósito primordial de no dejar inconclusas las obras, con los sobrecostos que ello supone. En este acuerdo se estipuló que "[l]a presente prórroga no generará ningún costo para el IDU por ningún concepto, tales como pero sin limitarse a ellos, mayor permanencia en obra, stand by o ineficiencia de equipos, reajuste o revisión de precios".

5.13.3. Pues bien, de acuerdo con lo manifestado expresamente por el IDU y por Cicon, la suscripción de las referidas prórrogas y la suspensión del Contrato BM-153 de 2005 no fueron ocasionadas por la vaguedad ni por la falta de claridad de las especificaciones técnicas y jurídicas de los pliegos de condiciones, lo que haría consecuentemente ineficaces de pleno derecho los pactos de limitación de responsabilidad, en los términos del artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993. Las situaciones que dieron lugar a la suscripción de los referidos convenios modificatorios se muestran como hechos sobrevinientes que surgieron en redes cuya operación, mantenimiento y modificación le corresponde a EAAB¹³⁹, que no confeccionó el pliego de condiciones, así como a la necesidad de reducir los impactos de los trabajos sobre la comunidad y de concluir las obras en su totalidad; circunstancias estas que no pueden atribuirse, por sí mismas, a la falta de claridad del pliego de condiciones.

5.13.4. La Sala recuerda, por demás, que, de cualquier forma, al no haber sido demandado el acto administrativo adoptado con el oficio IDU-114199 DTM-400 del 5 de marzo de 2008 y el oficio IDU-005819-STCC6500 (o el acto ficto que se habría configurado con el silencio del IDU), la reclamación del desequilibrio económico y el

¹³⁶ F. 181, C. 5.

¹³⁷ F. 170-171, C. 5.

¹³⁸ F. 184-186, C. 5.

¹³⁹ LEY 142 DE 1994. "Artículo 28: Todas las empresas tienen el derecho a construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos, para lo cual cumplirán con los mismos requisitos, y ejercerán las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de la prestación de los mismos servicios, y las particulares previstas en esta Ley. || Las empresas tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, cuyos costos serán a cargo de ellas. [...]".



incumplimiento del Contrato BM-153 de 2005 es inviable, como se determinó al dar respuesta al primer problema jurídico.

CONSIDERACIONES SOBRE EL TERCER PROBLEMA JURÍDICO

5.14. A continuación, procede la Sala a analizar si, como lo adujo el recurrente, no cabía la declaración de un incumplimiento del Contrato BM-153 de 2005 por parte de Cicon S.A., ni el consecuente reconocimiento de sumas a favor del IDU, en la liquidación del referido negocio jurídico.

5.14.1. Pues bien, en el acta núm. 40 de terminación del Contrato BM-153 de 2005, suscrita el 15 de enero de 2008 por las partes y la interventoría, estas hicieron constar:

"[...] que el contratista cumplió con el objeto contratado en el plazo establecido y se dio inicio al plazo de 4 meses estipulados contractualmente para la etapa de corrección de defectos correspondientes a las obras faltantes o por corregir cuyo valor se estima en cerca del 3% del valor total del contrato" y se hizo la observación de que "[!]a terminación de los trabajos no releva al contratista de sus responsabilidades y obligaciones a que hace referencia el contrato y a las establecidas en las normas legales vigentes"¹⁴⁰.

El acta anterior da cuenta del nivel de ejecución del Contrato BM-153 de 2005 por Cicon S.A., al momento de iniciar el periodo cuatrimestral de *responsabilidad por defectos*, toda vez que dentro del plenario no existe prueba alguna que indique, de manera clara y precisa, el grado de cumplimiento por la sociedad contratista de las obras faltantes o por corregir para ese momento, como serían las actas de comité de seguimiento que suscribieron las partes durante el *periodo de responsabilidad por defectos*, entre otros soportes. Adicionalmente, en el acta núm. 40 se aclaró que la responsabilidad del contratista frente a sus obligaciones y los deberes legales no se extinguían por la terminación de los trabajos.

5.14.2. Por otra parte, al revisar los documentos allegados al proceso, esta Subsección encuentra que, luego del 15 de mayo de 2008 —fecha en que se cumplió el término de 4 meses del *periodo de responsabilidad por defectos* y, por ende, del plazo contractual total— el IDU realizó sendos requerimientos a Cicon S.A., concernientes al incumplimiento de sus obligaciones contractuales que debieron ejecutarse de manera previa al vencimiento del plazo convencional, a través de las siguientes comunicaciones:

5.14.2.1. Oficio IDU-151130 STPL-4300 del 3 de octubre de 2008¹⁴¹, a través del cual el IDU le informó a Cicon S.A. que había ordenado declarar el siniestro de incumplimiento de obligaciones del contratista y afectar la garantía única en su amparo de cumplimiento por \$787.228.573, pues, entre otras razones, habían transcurrido 139 días desde el 15 de mayo de 2008, fecha última de corrección de defectos establecida, y la contratista no había ejecutado las correcciones de defectos, ni subsanado los pendientes indicados por la interventoría, ni había entregado los productos y documentos para la liquidación del contrato, además de haber desconocido el cronograma que propuso para culminar las actividades pendientes para liquidar el contrato, entre otros incumplimientos.

¹⁴⁰ F. 176-177, C. 5.

¹⁴¹ F. 256-263, C. 5.



5.14.2.2. Oficio IDU-006289 STPL-4300 del 29 de enero de 2009¹⁴², por medio del cual el IDU le comunicó a Cicon S.A. que continuaría el procedimiento de imposición de multa, con fundamento en el informe de interventoría núm. 006189 del 26 de enero de 2009, que se basó en la visita de verificación adelantada el 23 de enero de 2009.

5.14.2.3. Oficio IDU-013857 STPL-4300 del 23 de febrero de 2009¹⁴³, en el que el IDU le solicitó a Cicon S.A. la actualización de la vigencia de la garantía única de cumplimiento núm. 3424000004601, debido a que “[a]unque la interventoría expidió el Certificado de Corrección de Defectos mediante oficio OB-01-818-713-08 radicado IDU 167206 DEL 07/11/08, del cual anexamos fotocopia, a la fecha no se ha producido el recibo a satisfacción de las obras por parte de la interventoría ni de las Empresas de Servicios Públicos, lo cual impide la liquidación del contrato BM-153 de 2005” (subrayado fuera del texto original).

5.14.2.4. Oficio IDU-21334 STPL-4300 del 20 de marzo de 2009¹⁴⁴, a través del cual el IDU requirió a Cicon S.A. el envío de los productos finales y aprobaciones de los siguientes documentos, a efectos de llevar “a buen término la liquidación del contrato”:

1. Aprobación de los planos record en aplicativo SCAD_GIS y copia física de los mismos.
2. Aprobación del Inventario de la Malla Vial.
3. Cartilla de Mandamiento.
4. Informe Base para Cierre Ambiental.
5. Informe Base para Cierre Social.
6. Acta de Cruce de cuentas con la EAAB.
7. Acta de Cruce de cuentas con la ETB ESP.
8. Acta de Cruce de cuentas con CODENSA S.A. ESP.
9. Paz y Salvo por parte de Gas Natural S.A. ESP.
10. Recibo por parte de la Secretaría Distrital de Movilidad.
11. Paz y Salvo por parte de EPM ESP.
12. Paz y Salvo por parte de TELECOM ESP”.

5.14.5. A partir de las anteriores pruebas documentales, se infiere que Cicon S.A. no cumplió sus obligaciones contractuales de corregir los defectos de las obras, subsanar los pendientes que le había señalado la interventoría, entregar los productos y documentos para la liquidación del contrato dentro del plazo pactado; situación que le fue comunicada por el IDU en varias ocasiones a la mencionada sociedad contratista, entre octubre de 2008 y marzo de 2009, y que incluso dio lugar a trámites administrativos dirigidos a que se declarara ocurrido el siniestro de incumplimiento y que, en consecuencia, se hiciera efectivo el amparo de cumplimiento, así como a la imposición de la multa pactada.

Las anteriores conclusiones no fueron desvirtuadas en el proceso, pues, en el acervo probatorio no obra prueba alguna del cumplimiento total de las obligaciones a cargo de Cicon S.A. concernientes a la corrección de los defectos de las obras, la culminación de las obras faltantes, ni el recibo a satisfacción de las obras por parte de la interventoría y de las empresas de servicios públicos. Por lo tanto, la apelante

¹⁴² F. 24, C. 17.

¹⁴³ F. 15-16, C. 17.

¹⁴⁴ F. 14, C. 17.



no cumplió a cabalidad con la carga probatoria que le exige el artículo 1757 del CC, norma aplicable a los contratos estatales por la remisión que hacen los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 177 del CPC.

5.15. Ahora, en cuanto al nivel de incumplimiento de la contratista, al revisar el memorando STPL-4300-48351 de 11 de noviembre de 2008 remitido por la Dirección Técnica de Malla Vial del IDU a la Dirección Técnica Legal de la misma entidad¹⁴⁵, se observa que este documento contiene información posterior a la suscripción del acta núm. 40 de terminación del contrato de obra de 15 de enero de 2008 y que, con fundamento en el *certificado de corrección de defectos* emitido por la interventoría, se estableció que el precio de los defectos no corregidos equivalía a la suma \$79.802.023 y el precio de la obra no completada correspondía a \$53.970.381, para un total de \$133.772.405. Además, en el anexo del citado memorando se mencionó que el monto de los defectos no corregidos se descontaría de los pagos pendientes a Cicon S.A., y que la suma por concepto de la obra no completada no sería reconocida y pagada Cicon S.A. El contenido del referido memorando no fue reargüido por la sociedad actora en el traslado de las excepciones de fondo ni en el recurso de apelación.

Lo anterior no es refutado con el acta núm. 47 de 16 de abril de 2009 de liquidación del Contrato BM-153 de 2005¹⁴⁶⁻¹⁴⁷ —esgrimida por la recurrente— toda vez que este documento no fue suscrito por el IDU, la contratista, ni la interventoría, por lo que no tiene efectos vinculantes para las partes, ni demuestra el estado de las obras y su recibo a plena satisfacción por la interventoría. A lo sumo, dicho documento se podría considerar como un *proyecto de acta* que la interventoría remitió al IDU, como lo mencionó el Ministerio Público en su concepto¹⁴⁸. De igual modo, se observa que no existe prueba alguna en el plenario que indique la existencia de la intención común de aceptar el contenido del aludido proyecto de acta.

5.16. En todo caso, esta Colegiatura observa que en el proceso no se demostró que el IDU hubiese pagado el precio total del Contrato BM-153 de 2005 a Cicon S.A., sin el descuento de \$79.802.023 por concepto de los defectos no corregidos; ni se probó que el monto de \$53.970.381 por concepto de la obra no completada hubiese sido reconocido y pagado a la citada contratista por el IDU. Por el contrario, existen pruebas que indican que la entidad no pagaría los anteriores ítems¹⁴⁹. Ante la falta de prueba de su pago por el IDU, no cabe ordenar a Cicon S.A. la devolución de los anteriores rubros, como le correspondería de acuerdo con la liquidación efectuada en primera instancia.

5.17. Además, no puede pasarse por alto que en el proceso no existió controversia entre las partes sobre reclamos de pagos pendientes por concepto de precio o sobre devoluciones de sumas de dinero porque se hubieran pagado obras que no se ejecutaron a cabalidad; es decir, que Cicon S.A. en el *petitum* de la demanda no exigió expresamente el pago de algún saldo pendiente por concepto de precio por las actividades contratadas que hubiera ejecutado, y el IDU no reclamó, en la

¹⁴⁵ F. 32-42, C.17.

¹⁴⁶ F. 189-193, C. 5.

¹⁴⁷ La Sala aclara que aunque la apelante señala en su recurso que el Acta N. 47 se suscribió el 18 de mayo de 2009 por la contratista y la interventoría, al revisar el aludido documento evidenció que tiene como fecha el 16 de abril de 2009.

¹⁴⁸ "Al respecto debe señalar el Ministerio Público que el acta 47 [...] -en la que se fundamenta la apelante para controvertir la decisión del Tribunal respecto a su incumplimiento-, primero, es de 16 de abril de 2009 y no fue suscrita por las partes, se trató de un *proyecto de acta de liquidación que la interventoría remitió al IDU*" (f. 573-574, C. 1).

¹⁴⁹ Aptado. 5.12.



respectiva oportunidad procesal, la devolución de alguna suma de dinero que fue cancelada a su contratista.

5.18. Por otra parte, no se acreditó el estado de los trámites administrativos que el IDU había iniciado contra Cicon S.A. por incumplimiento del contrato de obra, a efectos de imponerle el pago de una multa, indemnización o la cancelación de otras obligaciones, no obstante que en algunas pruebas documentales¹⁵⁰ se mencionó su existencia. Por lo tanto, como no se tiene prueba de los resultados de los aludidos trámites y que éstos se encausaron conforme al debido proceso, tales aspectos no serán tenidos en cuenta a efectos de la liquidación judicial del contrato.

5.19. Por último, adujo la apelante que se encontraba pendiente la devolución de la retención en garantía, equivalente a \$194'678.745, que corresponde al 5% de cada acta de pago de la obra, debiendo incluirse esta cifra en la liquidación.

5.19.1. Pues bien, con respecto a las retenciones en garantía practicadas por el IDU y su monto conforme al Contrato BM-153 de 2005¹⁵¹ fueron allegadas las copias impresas, que arrojó el software contable SIIGO, utilizado para llevar la contabilidad de Cicon S.A., relacionados con el aludido contrato, correspondientes a los años 2006, 2007 y del periodo comprendido entre el 1 de enero al 30 de septiembre de 2008¹⁵². En estos documentos aparece registrada la posible existencia de unas retenciones, en la cuenta 1380950000-4003.

Tal información, sin embargo, no es suficiente para demostrar su existencia y cuantía, toda vez que la parte interesada no aportó los soportes de tales registros, como las actas de recibo parcial suscritas por las partes y la interventoría durante el *iter* contractual¹⁵³, las facturas de venta u otra prueba idónea que indicara la práctica real y efectiva de tal retención y su valor exacto. No existe así certidumbre sobre las cifras allí plasmadas comoquiera que, valorado el acervo probatorio en su conjunto, no se encuentra medio alguno que corrobore las citadas retenciones y su monto, a efectos de incluirlos en la liquidación judicial del negocio jurídico.

5.19.2. En consecuencia, la Sala concluye que la aseveración de la apelante en el recurso inordinada a que el IDU le hizo una retención en garantía equivalente a la suma de \$194.678.745 no fue probada en este proceso. Por lo tanto, no se incluirá dicho rubro en la liquidación judicial del Contrato BM-153 de 2005 con el fin de ordenar su devolución a Cicon S.A.

5.20. Así las cosas, esta Subsección concluye que la liquidación judicial del contrato de obra realizada por el Tribunal debe ser modificada, pues, además de partir de un

¹⁵⁰ A título enunciativo, la Sala encontró que en el Oficio IDU-006289 STPL-4300 de 29 de enero de 2009, el IDU le informó a la contratista que consideraba procedente continuar con el procedimiento de multa solicitada por la Interventoría. (f. 24, C. 17)

¹⁵¹ "[48.1] La retención en garantía que se aplica es del CINCO POR CIENTO (5%). || Esta retención se utiliza para garantizar el estricto cumplimiento del contrato, la cual será devuelta al contratista, de acuerdo con lo señalado en las Cláusulas 42.4 y 48.2, siempre y cuando no exista reclamo alguno pendiente contra el, o el Contratante no lo hubiere aplicado antes para el pago de las multas o indemnizaciones impuestas por él o a la cancelación de otras obligaciones a cargo del contratista. Por tratarse de una garantía adicional y no de un pago diferido, la devolución de la garantía que conforma a su vez un fondo de reserva, se hará por su valor neto, sin que sean aplicables reajustes, ni pago de intereses. || [48.2] Se entregará el monto retenido de la siguiente manera: EL CINCO POR CIENTO (5%) retenido en la ejecución, una vez se efectúe la liquidación del contrato". (Énfasis por fuera del texto original).

¹⁵² F. 947-1142, C. 3.

¹⁵³ En el proceso se allegó copia auténtica de acta parcial de obra de 1 de marzo de 2007 suscrita por CICON S.A. pero sin firma de la interventoría (f. 1477-1503, C. 11).



precio total equívoco del Contrato BM-153 de 2005 ¹⁵⁴, consideró que el precio de las obras faltantes o por corregir era del 3% del precio total del contrato, mencionado en el acta núm. 40 de terminación del contrato de obra de 15 de enero de 2008 suscrita por las partes y la interventoría, siendo así reconocida dicha suma como perjuicios a favor del IDU, por el incumplimiento contractual en que incurrió Cicon S.A., lo cual no es acertado.

Por consiguiente, en la liquidación judicial del Contrato BM-153 de 2005 se tendrá en cuenta que fue acreditado: (i) que Cicon S.A. no ejecutó la totalidad de las obras objeto del Contrato BM-153 de 2005, en particular, los correctivos y demás gestiones que se debían adelantar en el *periodo de responsabilidad por defectos*; (ii) que el pago del precio, según el pliego, era bajo la modalidad de precios unitarios y se realizaba "*mediante pagos mensuales de obra ejecutada a satisfacción del IDU, previa valoración, por parte de la Interventoría*", por ende, el ente contratante no podía realizar pagos por actividades pendientes o sin ejecutar; y que (iii) no se demostró a plenitud tanto la existencia de retenciones en garantía equivalentes a la suma de \$194.678.745, que hubieran sido practicadas por el IDU en cada acta de pago de obra, ni que el IDU hubiese pagado el precio total del Contrato BM-153 de 2005 a Cicon S.A.

En consecuencia, el Contrato BM-153 de 2005 será liquidado en ceros (\$0).

VI. COSTAS

No hay condena en costas, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a su imposición, cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente ¹⁵⁵⁻¹⁵⁶ y, como en este caso no se vislumbra que se hubiese actuado de esa manera, no se hará condena alguna en ese sentido.

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

FALLA

MODIFICAR la sentencia proferida el 9 de mayo de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, en este proceso, y en su lugar:

PRIMERO: DECLARAR JUDICIALMENTE LIQUIDADO, en ceros (\$0), el contrato de obra IDU-BM-153 de 29 de diciembre de 2005, suscrito por el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y Cicon S.A., conforme a las consideraciones expuestas en este proveído.

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

TERCERO: RECONOCER personería a la abogada Beatriz Amanda Del Socorro Rodríguez Arévalo, identificada con la cédula de ciudadanía núm. 41.797.795 de

¹⁵⁴ El Tribunal afirmó en la liquidación judicial que el precio total del contrato era de de \$5.963.973.736,04, sin tener en cuenta que el IDU había reconocido a favor de CICON S.A. el valor adicional de \$345.373.776 por concepto de mayores cantidades de obra, según CDP 8220, que consta en el acta núm. 36 de mayores de cantidades de obra de 21 de diciembre de 2007 (f. 89-91, C. 17), suscrita por la contratista, el IDU y la interventoría. Por consiguiente, el valor definitivo del contrato era de \$6.309.347.512,04.

¹⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 1999, exp. 10775.

¹⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-043 de 2004.



Bogotá y portadora de la tarjeta profesional núm. 66.504, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los fines a los que alude el poder a ella conferido, para que actúe como apoderada judicial del demandado Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), conforme al memorial visible a folio 616 del cuaderno principal.

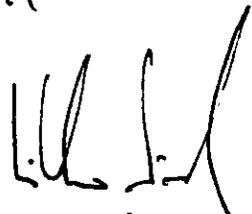
CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: En firme esta providencia, **enviar** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase


NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente
Aclaración de voto


JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado


GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Salvo voto

CI

