



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

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., veinte (20) de abril de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 25000-23-26-000-2008-00601-01 acumulado con
11001-33-31-031-2009-00191-00 (49233)
Actor: CICON S.A.
Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano – IDU
Referencia: Acción contractual (apelación sentencia)

Temas: 1. Requisitos que debe reunir un acto administrativo. 2. Alcance del acto administrativo de delegación en materia contractual. 3. Actos administrativos contractuales. 3.1. Acto administrativo de negación del restablecimiento del equilibrio económico del contrato. 4. Competencia temporal de las entidades estatales para declarar el incumplimiento e imponer multas al contratista según la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. 5. Alcance de la liquidación judicial del contrato estatal.

SENTENCIA - SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 2 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, con la que resolvió denegar las súplicas de la demanda y declarar judicialmente liquidado el contrato IDU-BM-170-2005.

I. SINTESIS DEL CASO

Cicon S.A. demandó, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, al Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), por el incumplimiento y desequilibrio que, dice, sobrevino en el contrato de obra IDU-BM – 170 de 2005, cuyo objeto fue la construcción y rehabilitación de unas rutas alimentadoras del sistema Transmilenio, y la construcción de acceso a algunos barrios y pavimentos locales. En demanda aparte, que posteriormente dio lugar a acumulación de procesos, la sociedad contratista adujo la ilegalidad de la Resolución 1146 del 18 de abril de 2008 y de su confirmatoria, la Resolución 2726 de 1 de agosto de 2008, a través de las cuales el IDU le impuso multa; y pretende su nulidad, con el consecuente el restablecimiento de sus derechos, así como la liquidación judicial del contrato en mención, entre otras pretensiones.

II. ANTECEDENTES

2.1. Las demandas



2.1.1. Del proceso con radicado: 25000232600020080060101

El 21 de noviembre de 2008, la sociedad CICON S.A. presentó demanda en ejercicio de la acción **contractual** en contra del IDU (f. 8-54, C. 8), la que hubo de ser corregida por la demandante (f. 268-269, C. 8) para formular, finalmente, las siguientes pretensiones:

- “1. Que se declare el incumplimiento del IDU en la ejecución del Contrato IDU-BM-170-2005.
2. Que se declare que en la ejecución del Contrato No. IDU-BM-170-2005, 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 No. IDU-BM-170-2005, no ha sido cubierto ni solucionado por el IDU.
4. Que se declare que en virtud del desequilibrio económico del Contrato No. IDU-BM-170-2005, 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 liquide judicialmente el Contrato No. IDU-BM-170-2005.
6. Que se condene al IDU al reconocimiento y pago a CICON S.A. de todos los mayores costos y perjuicios sufridos por éste, en razón del desequilibrio económico surgido en la ejecución del contrato No. BM-170-2005.
7. Que, sobre las sumas a que tenga derecho CICON S.A. se liquiden los intereses moratorios que a la misma correspondan, 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”.

2.1.2. Del proceso con radicado: 11001333103120090019100

El 12 de febrero de 2009, la sociedad CICÓN S.A. radicó demanda en ejercicio de la acción **contractual** en contra del IDU (f. 8-39, C. 3), la que hubo de ser corregida por la demandante (f. 116-117, C. 3) para enunciar las siguientes pretensiones:

- “**PRIMERA.** Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1146 del 18 de abril de 2008 expedida por el Director Técnico de Malla Vial del IDU, Doctor Hernando Monroy Benitez, por medio de la cual se declara que la sociedad CICON S.A. en desarrollo de la ejecución del contrato No. IDU-BM-170 de 2005, ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, relacionadas con el cronograma acordado para el periodo de la segunda prórroga del contrato, se le impone una multa por la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000,00) por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación incumplida, es decir, a partir del 2 de enero de 2008, hasta que se satisfaga la obligación de terminar las actividades pendientes de ejecutar, teniendo como límite el monto máximo establecido en la cláusula 49.1 del contrato, valor que



será descontado de las pagos que se adeuden al contratista y se ordena la publicación del acto una vez ejecutoriado en un medio de comunicación de amplia circulación, en el Diario Oficial y su comunicación a la Procuraduría General y a la Cámara de Comercio donde se encuentra inscrita la sociedad.

SEGUNDA. *Que se declare la nulidad de la Resolución No. 2726 del 1º de Agosto de 2008 expedida por el Director Técnico de Malla Vial (E) del IDU, Doctor Luis Eduardo Acosta Medina, por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos y se confirma en todas sus partes la Resolución No. 1146 de 2008.*

TERCERA. *Que se ordene el restablecimiento del derecho a favor de CICON S.A. como consecuencia de las declaraciones de nulidad de las resoluciones impugnadas, y se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU al pago de la totalidad de los perjuicios ocasionados y que resulten probados en el proceso por medio de las diferentes pruebas solicitadas, dentro de los cuales se encuentran entre otros los siguientes:*

3.1 La suma de la multa impuesta por valor de \$20.000.000.00 por día calendario de retardo que sea fijada por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU en caso de que tenga que ser pagada o su valor sea descontado de las actas de pago o facturas, o de la liquidación del contrato.

3.2 La pérdida financiera por no recibir los pagos de las actas o facturas presentadas y no canceladas o las que se les aplicó o descontó el valor de la multa impuesta.

3.3 La afectación de la empresa en los procesos de selección de contratistas de las entidades públicas.

3.4 La afectación al buen nombre de la empresa por la inscripción de la multa ante la Procuraduría General de la Nación y el registro de la Cámara de Comercio.

3.5 A toda otra suma que resulte probada dentro del proceso.

CUARTA. *Que se condene a la Entidad Demandada a reconocer sobre todas las sumas que resulten probadas los intereses moratorios comerciales correspondientes y subsidiariamente los intereses civiles más la corrección monetaria.*

QUINTA. *Que se condene en costas al demandado.*

SEXTA. *Que se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, ordenando la actualización de las sumas al momento del pago, de conformidad con lo establecido en el Artículo 178 del mismo estatuto”.*

2.1.3. Fundamentos de hecho

Como asidero fáctico de sus pretensiones en los procesos acumulados, la demandante expuso el relato que la Sala resume en los siguientes términos:

2.1.3.1. El 28 de diciembre de el 2005, el IDU, en condición de contratante, y CICON S.A., como contratista, suscribieron el contrato de obra IDU-BM – 170 de 2005 (en adelante, “Contrato 170 de 2005”), en el marco de la licitación pública IDU-LP-BMU-DTMV-071-2005, cuyo objeto era “la construcción y rehabilitación de rutas



alimentadoras del sistema Transmilenio Zona 2, grupo 1, en Bogotá D.C. con financiación del Banco Mundial” (f. 270-316-145, C. 8).

2.1.3.2. El precio del contrato se estimó en \$5.088'508.564 y se pactó el pago de un anticipo, equivalente al 30% del monto total de las obras a precios unitarios, pagadero dentro de los 45 días hábiles siguientes a la fecha de radicación y aprobación del acta y la factura de pago, entre otros documentos.

2.1.3.3. En cuanto a su vigencia, se pactó un plazo de 9 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, que se emitió el 10 de agosto de 2006 (f. 323-325, C. 8). El plazo fue suspendido a través del acta 3 del 1 de noviembre de 2006 por 30 días calendario (f. 320-322, C. 8). La suspensión fue ampliada por 30 días calendario, por medio del acta 4 del 2 de diciembre del mismo año (f. 317-319, C. 8); y el término reinició el 2 de enero de 2007, con la suscripción del acta 5 de la misma fecha (f. 342-343, C. 8).

Posteriormente, el contrato fue otra vez suspendido por 18 días calendario, mediante el acta 21 del 28 de septiembre de 2007 (f. 332-333, C. 8); y luego fue objeto de prórroga en dos oportunidades, por medio de los Adicionales 1 del 8 de junio, por 2 meses y 20 días (f. 334-336, C. 8) y 2 del 17 de octubre, por 3 meses y medio (f. 326-329, C. 8).

2.1.3.4. En el contrato se pactó que el IDU le entregaba a la demandante los diseños y estudios de las obras, como resultado de los contratos de consultoría IDU 294 de 2003 y 415 de 2002.

2.1.3.5. Antes de la suscripción del acta de inicio y durante la ejecución del contrato de obra, la contratista puso varias veces en conocimiento del IDU el acaecimiento de circunstancias imprevistas, ajenas a la contratista y, en ocasiones, imputables al IDU o a terceros, que afectaron los tiempos de la obra y los costos de las actividades contratadas, entre otros aspectos. Como ejemplo de tales hechos sobrevinientes, la demandante aseveró que (i) el IDU le entregó tardíamente unos diseños y estudios con deficiencias; y que (ii) el IDU no pagó las obras adicionales, que no fueron contempladas en el objeto contractual, ni los componentes globales de los costos de manejo del tráfico, señalización y desvíos, ni costos ambientales y de gestión social

2.1.3.6. Con fundamento en lo precedente, el 7 de diciembre de 2007, la demandante solicitó al IDU el restablecimiento del equilibrio económico del contrato (f. 313-423, C. 2). El 5 de marzo de 2008, el IDU dio respuesta negativa a la petición que hizo la contratista (f. 424-505, C. 2). A pesar de ello, el 23 de junio de 2008 la contratista presentó solicitud de reconsideración a la aquí demandada (f. 506-610, C. 2), la cual ratificó su decisión (f. 122-181, C. 8).

2.1.3.7. Entre tanto, en enero de 2008, el IDU inició procedimiento sancionatorio contra la contratista por el incumplimiento de sus obligaciones, por solicitud de la



interventoría (f. 2206-2170 y 2209-2210, C. 4). Previa audiencia de descargos, el trámite sancionatorio culminó con la Resolución 1146 del 18 de abril de 2008 (f. 2-13, C. 1), emitida por el IDU, que impuso multa a la contratista por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de obra. Dicho acto administrativo fue objeto de recurso de reposición, interpuesto por Cicon S.A (f. 14-45, C. 1) y por la aseguradora (f. 2802-2805, C. 5), el cual fue desatado por el IDU, mediante Resolución 2726 del 1 de agosto de 2008 (f. 46-74, C. 1), que confirmó el acto administrativo recurrido.

2.1.3.8. El contrato terminó de manera definitiva el 2 de junio de 2008, al vencerse el periodo de responsabilidad por defectos, y no fue objeto de liquidación.

2.2. Trámite procesal relevante

2.2.1. Del proceso con radicado: 25000232600020080060101

2.2.1.1. La demanda fue presentada el 21 de noviembre de 2008 (f. 8-54, C. 8), la cual fue objeto de corrección por la contratista (f. 268-269, C. 8). Tanto la demanda como su corrección fueron **admitidas** por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante autos del 19 de marzo (f. 57, C. 8) y del 30 de julio de 2009 (f. 307, C. 8), respectivamente.

2.2.1.2 Surtida la notificación de los autos admisorios de la demanda y de su corrección, el IDU presentó **escrito de contestación** (f. 85-101, C. 8), con el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, planteando las excepciones de mérito que denominó como: i) *cobro de lo no debido por aplicación del principio de la buena fe*; ii) *excepción de contrato no cumplido*; y iii) *excepciones oficiosas*.

2.2.1.3. El *a quo* abrió el proceso a **pruebas** por auto del 22 de julio de 2010 (f. 311-312, C. 8).

2.2.1.4. El 8 de agosto de 2012, el Tribunal profirió auto por medio de la cual resolvió, entre otros aspectos, avocar conocimiento del proceso, en virtud de los Acuerdos PSAA-12-9461 y PSAA12-9524 del Consejo Superior de la Judicatura; y del acta 13 del 3 de julio expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, los cuales ordenaron reasignar los asuntos que se tramitaban bajo el régimen del Decreto 01 de 1984 en la Subsección A de la Subsección B (f. 472-473, C. 8).

2.2.2. Del proceso con radicado 11001333103120090019100

2.2.2.1. La demanda fue instaurada el 12 de febrero de 2009 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 8-38, C. 3), el cual declaró su falta de competencia y envió el asunto a reparto al circuito judicial administrativo de Bogotá, a través de auto del 23 de abril de 2009 (f. 41-42, C. 3). La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal por medio de providencia del 28 de mayo de 2009 (f. 47-



48, C. 3), al desatar el recurso de reposición que presentó la contratista (f. 43-45, C. 3). Finalmente, la demanda fue asignada al Juzgado 31 Administrativo de Bogotá, Sección Tercera (f. 51, C. 3).

2.2.2.2. Mediante auto del 14 de julio de 2009, el citado Despacho rechazó la demanda con fundamento en que no se cumplió con el requisito de procedibilidad de la conciliación, prescrito en la Ley 1285 de 2009 (f. 53, C. 3). En razón a ello, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación (f. 128-129, C. 3), el cual fue resuelto por el Juzgado, a través de auto del 25 de agosto de 2009 (f. 132-133, C. 3) confirmando su decisión y concediendo la impugnación. Antes de remitirse el expediente al superior, la contratista pasó escrito al Juzgado, aduciendo que se había cumplido con el trámite de la conciliación como requisito de procedibilidad. Al revisar el expediente y encontrar que se había aportado el acta respectiva, el Despacho decidió revocar la última providencia y **admitir la demanda**, por medio de auto del 15 de septiembre de 2009 (f. 137, C. 3).

2.2.2.3. Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda, el IDU presentó **escrito de contestación** (f. 1-10, C.6) oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, planteando las siguientes excepciones de mérito que denominó como: i) *cobro de lo no debido por aplicación del principio de la buena fe*; ii) *excepción de contrato no cumplido*; y iii) *excepciones oficiosas*.

2.2.2.4. El *a quo* abrió el proceso a **pruebas** por *auto del 2 de febrero de 2009* [sic] (f. 142-143, C. 3). Luego, el asunto fue avocado por el Juzgado 21 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Tercera, el cual corrió traslado para alegatos de conclusión, mediante proveído del 4 de septiembre de 2012 (f. 36, C. 2). Dentro del término para ello intervinieron ambas partes (f. 38-39 y 40-64, C. 2) y el Ministerio Público emitió concepto.

2.2.2.5. A través de auto del 12 de marzo de 2013, el Juzgado 21 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Tercera, ordenó la remisión del proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, con el propósito que se estudiara la solicitud de acumulación de aquel con el proceso identificado con el radicado 25000232600020080060100, en razón a que existía identidad de partes, hechos y pretensiones (f. 66, C. 1).

2.2.3. A partir de la acumulación de procesos

2.2.3.1. El 24 de abril de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B profirió auto resolviendo **decretar de oficio la acumulación** del proceso identificado con el radicado 11001333103120090019100 al proceso bajo la radicación 25000232600020080060100 que cursaba en la citada Corporación (f. 92-93, C. 9).



2.2.3.2. Culminada la etapa probatoria, el Tribunal corrió traslado para **alegatos** de conclusión y dentro del término para ello intervinieron ambas partes (f. 1-5 (sic) y 125-149, C. 9).

2.3. La sentencia apelada.

El 2 de septiembre de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B dictó **sentencia de primera instancia** en la que resolvió (f. 152-177, C. 10):

“PRIMERO: Negar las pretensiones del proceso 250002326000 2008 00601, mediante el cual se pretendió la declaratoria de incumplimiento del IDU en la ejecución del contrato IDU-BM-170-2005, y la indemnización derivada del presunto desequilibrio económico sufrido por la contratista.

SEGUNDO: Negar las pretensiones del proceso 110013331031 2009 00191, mediante el cual se pretendió la nulidad de la Resolución No. 1146 de 18 de abril de 2008 “Por la cual se impone una multa”, y su confirmatoria la Resolución No. 2726 de 1 de agosto de 2008 “Por la cual se resuelve un recurso de reposición”, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

TERCERO: Declarar judicialmente liquidado el contrato IDU-BM-170-2005, sin obligaciones a cargo de las partes, salvo las contenidas en los actos administrativos proferidos con ocasión del incumplimiento del contratista, conforme lo indicado en la parte considerativa de la presente providencia.

CUARTO: Ejecutoriado el presente fallo, por secretaria, liquídense los gastos ordinarios del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 y 9 del Acuerdo No. 2552 de 2004, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. (...).”

La problemática planteada en el proceso bajo la radicación 25000232600020080060101 consistió —a juicio del Tribunal— en determinar si había lugar a declarar el incumplimiento del contrato IDU-BM-170 de 2005 por parte del IDU, además del reconocimiento del desequilibrio económico que afectó a CICON S.A.; y para el proceso con el radicado 11001333103120090019100, la cuestión se centró en establecer si había lugar a declarar la nulidad de la Resolución 1146 de 18 de abril de 2008 “por la cual se impone una multa”, y su confirmatoria, la Resolución 2726 de 1 de agosto de 2008, “por la cual se resuelve un recurso de reposición”.

2.4. El recurso de apelación

El 3 de octubre de 2013, la parte demandante interpuso **recursos de apelación** contra la anterior decisión (f. 179-187 y 188-238, C. 10). Solicitó que la sentencia fuera revocada; y que, en su lugar, se accediera a sus pretensiones formuladas en las demandas.

2.4.1. Los motivos de inconformidad que plantearon los abogados de la sociedad demandante **frente al proceso bajo la radicación 25000232600020080060101** se pueden organizar bajo el siguiente esquema:



2.4.1.1. El Tribunal no realizó correctamente la valoración de las pruebas allegadas al proceso sobre:

- a. La configuración del desequilibrio económico del contrato por causas imputables al IDU.
- b. La causa de las prórrogas y modificaciones al contrato era atribuible al IDU, a la comunidad y a la Secretaría Distrital de Planeación, según el dictamen pericial.
- c. La exclusión de la meta física del contrato imputable al IDU, que afectó su economía, de acuerdo con el dictamen pericial.
- d. El incumplimiento del IDU a su obligación de suscribir el acta de inicio de manera oportuna, que impidió el uso adecuado del anticipo; y la entrega de estudios y diseños claros, completos y dentro del término, por falta de planeación; y, en consecuencia, la existencia de sobrecostos y perjuicios que le ocasionaron a la demandante por la citada conducta antijurídica de la demandada.
- e. Los sobrecostos por mayor permanencia de obra derivados del cambio de estructuras e inconvenientes del pavimento, diseños de alcantarillado, renovación de redes, intervenciones no previstas en redes de acueducto, entre otros, de acuerdo con el dictamen pericial allegado al caso *sub lite*.
- f. La inexistencia de renuncia por parte de la contratista frente a los sobrecostos por la demora de suscripción del acta de inicio, según consta en el *acta de terminación núm. 27 del 2 de febrero de 2008*.
- g. El monto de los sobrecostos derivados del componente global de manejo de tráfico, señalización y desvíos y de gestión social y ambiental, conforme al dictamen pericial rendido dentro del proceso y las actas núm. 24, 25, 26 y 32 de recibo parcial de obra suscritas por la contratista y la interventoría.
- h. La variación anormal, extraordinaria e imprevista del precio del asfalto entre julio de 2004 y junio de 2006, y el monto de los sobrecostos por tal concepto, que tal circunstancia sobreviniente le ocasionó a la contratista.
- i. El valor de los sobrecostos por la consecución de la base y subbase granular.
- j. La existencia de la mayor permanencia en la obra con ocasión a la temporada invernal que fue anormal y extraordinaria, según el dictamen pericial.
- k. Las restricciones de movilidad de vehículos pesados impuestos por el Distrito Capital 5 meses después de suscribirse el contrato de obra, y el valor de los sobrecostos por concepto de transporte que la citada circunstancia sobreviniente le ocasionó a la contratista, según el dictamen pericial aportado en el caso *sub lite*.



- I. La ausencia de aprobaciones o permisos de las autoridades ambientales y de la Secretaría de Movilidad del Distrito Capital, a cargo del IDU, para poder intervenir en algunos sectores de la obra.

2.4.1.2. El Tribunal analizó de forma indebida el contenido de los documentos de prórrogas y modificaciones suscritos por las partes, toda vez que ellos no tuvieron el propósito de compensar los sobrecostos causados por la no suscripción oportuna del acta de inicio.

2.4.1.3. El *a quo* omitió pronunciarse sobre la *ineficacia de pleno derecho* de los textos que se consignaron en los documentos contractuales, que hacían referencia a renunciaciones por la contratista a realizar reclamos por los perjuicios que se le pudieran ocasionar por la mayor permanencia en obra, *stand by*, reajustes, revisión de precios o que las “*las prórrogas no generarían ningún costo para el IDU*”, de conformidad con el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Por lo tanto, tales cláusulas no podían tener como efecto la renuncia a los sobrecostos por mayor permanencia en obra, derivados del cambio de estructuras e inconvenientes de pavimento, diseños de alcantarillado, renovación de redes, intervenciones no previstas en redes de acueducto, alcantarillado, energía y teléfonos, oposición de la comunidad, problemas de vertimientos y temporada invernal, falta de definición de las redes de la Empresa de Teléfonos de Bogotá (ETB), dificultades en los trámites de planes de manejo de tráfico, entre otros, equivalentes a \$2.356'581.747,43 actualizados a octubre de 2011, según lo probó el dictamen financiero.

2.4.1.4. El Tribunal omitió pronunciarse sobre las pruebas que demostraban la inexistencia en el mercado de los ítems de base granular, subbase granular y sardinell prefabricado, enunciados en la lista de cantidades del pliego de condiciones con las calidades allí señaladas; y con respecto a la negativa del IDU de incluir nuevos ítems, “*razón por la cual eran de imposible cumplimiento*”.

2.4.1.5. El Tribunal no se pronunció sobre el *acta 33 de pago balance final de contrato de obra*, suscrita el 17 de abril de 2009 por la interventoría y la contratista, que demuestra que el IDU recibió a satisfacción las obras ejecutadas. Por lo tanto, el *a quo* incurrió en error, al considerar que la contratista incumplió con sus labores de corrección de defectos a partir del contenido del acta 27 de 2 de febrero de 2008, sin tener en cuenta el acta 33 que fue posterior. Agregó que, en la citada acta 33 se hizo constar que el IDU le adeudaba a CICON S.A. \$259'337.768, por concepto de cantidades ejecutadas durante la obra, que fueron corregidas después de la fecha de terminación del contrato de obra, y que esa suma fue cancelada por el IDU.

2.4.1.6. El Tribunal interpretó de forma errada las pretensiones de la demanda, pues estas no se enfocaron en el periodo de corrección de defectos. Por lo tanto, el incumplimiento que se le atribuyó a la contratista en tal etapa del contrato no se relaciona con los sobrecostos objeto de reclamación.



2.4.1.7. El *a quo* concluyó, de manera equívoca, que se configuró la *excepción de contrato no cumplido*, cuando no se demostró el incumplimiento de la obligaciones Cicon S.A., “*al momento de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a los sobrecostos que aquí se demandan*”.

2.4.2. Reparos a la sentencia en lo atinente al proceso con el radicado 11001333103120090019100

A juicio del recurrente, el *a quo* no tomó en consideración que los actos estaban afectados por los siguientes vicios:

2.4.2.1. Incompetencia del funcionario que dictó las resoluciones sancionatorias, por la *inaplicabilidad* de la Resolución 1705 de 2006, mediante la cual el Director del IDU delegó al Director Técnico de Malla Vial la imposición de multas y sanciones a los contratistas, en razón de su “*clara y demostrada ilegalidad*”, pues, “*para el año 2006 el Director del IDU no tenía facultad para imponer unilateralmente multas ni declarar incumplimientos y mucho menos cobrar la cláusula penal, y por consiguiente no tenía facultades para delegar una competencia que no tenía en sus subalternos*”, en razón a que tal competencia surgió a partir de la Ley 1150 de 2007.

2.4.2.2. Falta de competencia temporal del IDU para imponer la multa fundada en: (i) el desconocimiento de las multas en la Ley 1150 de 2007; (ii) la indebida interpretación, por el Tribunal, del plazo de ejecución del contrato, al considerar que el mismo se extendía luego de vencido el término de ejecución de las obras, es decir, que cobijaba el término para la corrección de defectos, desconociendo “*la voluntad de los contratantes*”; (iii) el desconocimiento del acta de terminación, que fue anterior a la expedición y notificación de la Resolución 1146 del 18 de abril de 2008; y que (iv) “*en las Resoluciones demandadas el IDU afirma y confiesa que el plazo de ejecución del contrato venció el 2 de febrero de 2008*”.

2.4.2.3. Violación al debido proceso, al negar la práctica de pruebas dentro del recurso de reposición que este último presentó contra la Resolución 1146 del 18 de abril de 2008, con fundamento en que el “*artículo 56 del C.C.A. determina que el recurso de reposición se debe decidir de plano*”, y que “*el IDU ni siquiera valoró lo pertinente y conducencia o no de la prueba*”.

2.4.2.4. Ausencia de presupuestos fácticos para imponer la multa por: (i) desconocimiento de que, para la fecha de finalización del plazo del contrato, el contratista había culminado las obras y las vías se encontraban abiertas al público; (ii) las actividades incumplidas no correspondían a corrección los defectos y mantenimiento; (iii) las empresas prestadoras de servicios públicos intervenían en la ejecución de actividades inconclusas relacionadas con la parte de andenes y redes; y (iv) el IDU “*faltó a su deber de colaboración con CICON S.A.*”, ante las dificultades que se presentaron durante la ejecución de las obras, no obstante que fue su causante.



2.5. Trámite en segunda instancia

2.5.1. El 9 de octubre de 2013, el Tribunal concedió el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 2 de septiembre de 2013.

2.5.2. El 4 de diciembre de 2013, el recurso fue **admitido** (f. 244, C. 10) y el 4 de febrero de 2014 se ordenó el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, y al Ministerio Público, para que emitiera concepto (f. 246, C. 10).

2.5.3. Las partes presentaron sus escritos de alegatos dentro del término. (f. 247-315, C. 10).

III. SOBRE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

3.1.1. Esta Sala es **competente** para conocer de la apelación interpuesta por la actora, pues la sentencia impugnada fue proferida en un proceso con vocación de segunda instancia, en atención a su cuantía, que supera la exigida por el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo (CCA)¹, como factor para la determinación de la competencia.

3.1.2. Presentada, como fue la demanda con radicación núm. 25000232600020080060101, el veintiuno (21) de noviembre de dos mil ocho (2008) (f. 7-54, C. 8), se puede advertir que Cicon S.A. **incoó oportunamente la acción**, dentro del término que establecía para tal fin el artículo 136.10 del CCA.², de dos (2) años contados desde el día siguiente a aquel en que venció el término para que efectuara la liquidación unilateral del contrato, y que se extendía hasta el dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010).

En efecto, al revisar el contenido del Contrato 170 de 2005, suscrito entre el IDU y Cicon S.A., se aprecia que las partes no convinieron un plazo para realizar la liquidación del negocio jurídico por acuerdo. Ante tal silencio de los extremos negociales, se aplica la versión original del artículo 60³ de la Ley 80 de 1993⁴ que

¹ La mayor pretensión al momento de la presentación de las demandas ascendía a \$5'717.313.178 (f. 53, C. 8), suma superior a los 500 SMMLV exigidos por el artículo 132.5 del CCA para que este proceso tuviera vocación de segunda instancia.

² "Artículo 136. 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;** [...]"

³ "Artículo 60. 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) 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".

⁴ Para la época en que se realizó la licitación Pública N. IDU-LP-BMU-DTMV-071-2005 y se suscribió el Contrato 170 de 2005, no se había expedido la Ley 1150 de 2007 que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.



establecía que, en tal evento, las partes debían liquidar el contrato dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su finalización, la cual se produjo el **2 de junio de 2008**, porque:

El plazo contractual inicial de **9 meses** contado a partir de la suscripción del acta de inicio, que se produjo el 10 de agosto de 2006 (f. 323-325, C. 8), fue objeto de suspensión por **30 días calendario** a través del acta 3 de 1 de noviembre de 2006 (f. 320-322, C. 8); siendo el plazo ampliado nuevamente por **igual término**, por medio del acta 4 de 2 de diciembre del mismo año (f. 317-319, C. 8), y el plazo reinició el 2 de enero de 2007, a través del acta 5 de la misma fecha (f. 342-343, C. 8). Posteriormente, el plazo fue otra vez suspendido por **18 días calendario**, a través del acta 21 de 28 de septiembre de 2007 (f. 332-333, C. 8); y luego el término fue objeto de prórroga en dos oportunidades durante el año 2007, por medio de los **Adicionales 1** de 8 de junio por **2 meses y 20 días** (f. 334-336, C. 8) y 2 de 17 de octubre por **3 meses y medio** (f. 326-329, C. 8).

El plazo **contractual venció el 2 de febrero de 2008**, según el epígrafe 1.1 del literal A de la Sección 3 de las condiciones del contrato de obra BM – 170 de 2005 (f. 271-297, C. 8), en las que se definió como “*fecha efectiva de terminación del contrato*” la 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”. (Énfasis por fuera del texto original).

En consonancia con la anterior definición, en la cláusula 57 del literal E Final del Contrato y en la cláusula 35.1 se pactó lo siguiente:

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

En ese orden de ideas, la Sala considera, bajo una interpretación integral del negocio jurídico, que la fecha efectiva de terminación del contrato fue el **dos (2) de junio de dos mil ocho (2008)**. Por lo tanto, 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 **dos (2) de octubre del mismo año**, para que las partes, de común acuerdo, liquidaran el contrato, situación que no acaeció.

Ante ello, a partir del dos (2) de octubre de dos mil ocho (2008) inició el conteo del término de dos (2) meses, previstos en el artículo 136.10.d del CCA, para que el IDU realizara la liquidación unilateral del contrato, mediante acto administrativo motivado, lo cual tampoco sucedió. Por lo tanto, desde **el dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008)**, fecha límite en que se debió realizar la liquidación unilateral, empezaba contar el término de dos años para que la contratista ejerciera de manera oportuna su derecho de acción, como pasó en el caso *sub lite*, pues Cicon S.A. presentó la demanda el **veintiuno (21) de noviembre de dos mil ocho (2008)** (f. 7-54, C. 8), antes que operara la caducidad.

3.1.3. Por otra parte, en el proceso con radicación número 11001333103120090019100, la Sala observa que el *petitum* de la demanda se centró en la nulidad de la Resolución 1146 de 18 de abril de 2008, emitida por el Director Técnico de Malla Vial del IDU (f. 2-13, C. 1), la cual impuso una multa a Cicon S.A. por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de obra; y de la Resolución 2726 de 1 de agosto de 2008 proferida por el citado funcionario (f. 46-74, C. 1) que confirmó la anterior decisión.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 136.10 del CCA, esta demanda fue presentada también oportunamente, toda vez que la fecha efectiva de terminación del contrato fue el **2 de junio de 2008**, y desde ese día se iniciaba el cómputo de seis meses para lograr la liquidación bilateral o unilateral, según fuera el caso, término que culminaba el **2 de diciembre de 2008** y **la demanda se presentó el 12 de febrero de 2009** (f. 8-38, C. 3) y, por lo demás, tampoco habían transcurrido dos años desde la ejecutoria de la **Resolución 1146 de 18 de abril de 2008**, que según constancia de ejecutoria emitida por la Subdirectora Técnica de Contratos y Convenios del IDU (f. 3244, C. 21) ello acaeció el **17 de octubre de 2008**.

3.1.4. Los extremos procesales están **legitimados en la causa** por **activa** y por **pasiva** al haber suscrito el negocio jurídico que suscita la controversia (f. 270-316-145, C. 8).

VI. PROBLEMAS JURÍDICOS:

4.1. Con la primera 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 consecuenciales. 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.



Al respecto, la Sala observa que: **(i)** el IDU, a través del **Oficio** IDU-114199 DTM-4000 del 5 de marzo de 2008 (f. 218-302, C. 6), emitió respuesta negativa a la reclamación del 7 de diciembre de 2007 que hizo la contratista, solicitando el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de obra IDU-BM-170 de 2005, ocasionado por circunstancias ajenas a las partes y por hechos imputables al IDU, entre otros aspectos (f. 313-423, C. 2); y **(ii)** el aludido pronunciamiento fue objeto de reposición interpuesta por Cicon S.A., por medio de escrito del 23 de junio de 2008 (f. 506-610, C. 2), resuelta desfavorablemente por el IDU, a través del oficio IDU-005819-STCC6500 del 27 de enero de 2009 (f. 122-181, C. 8).

En un asunto semejante⁵, 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 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, pese a que la contratista no atacó la legalidad de la decisión denegatoria y de su confirmación en la demanda de controversias contractuales?

4.2. Por otra parte, la sociedad apelante cuestiona —en esta instancia— la omisión del *a quo* en pronunciarse sobre la *ineficacia de pleno derecho* de la renuncia a reclamar por parte del contratista, por algunos sobrecostos que se habrían presentado. Sin embargo, en el *petitum*, la ahora recurrente no invocó causal de

⁵ “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 peticionario, 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).



nulidad alguna para atacar las mencionadas cláusulas de renuncia, ni pretendió su anulación. Por ende, conforme al artículo 305 del CPC, no es procedente el estudio de la invalidez o anulabilidad de tales estipulaciones.

4.3. Además, el apelante rebatió la omisión de reconocimientos en la liquidación, independientes a un eventual desequilibrio económico del contrato, que dan lugar al **segundo problema jurídico**, cuyo estudio es independiente al sentido de la respuesta al primero, que ya fue planteado:

¿Se presentó un incumplimiento de las obligaciones del IDU por el impago de los costos adicionales del componente global de los costos de manejo de tráfico, señalización y desvíos a favor de la contratista?

4.4. En adición a ello, los cargos concernientes a la nulidad de los actos de imposición de multas contractuales —atacados en el proceso con el radicado 11001333103120090019100— mueven a la Sala dar respuesta a los **siguientes problemas jurídicos**:

4.4.1. ¿El funcionario que impuso la multa no era competente para ello, porque con la Resolución 1705 de 2006, el Director del IDU le delegó una función que no tenía, ya que la competencia para la imposición de multas surgió con la Ley 1150 de 2007, que no estaba en vigor cuando aquella resolución fue expedida?

4.4.2. ¿El IDU no tenía la competencia temporal para imponer la multa contractual, por su carácter apremiante, que la hace procedente únicamente cuando el contrato, y particularmente las obligaciones incumplidas, están siendo ejecutadas?

4.4.3. ¿En la imposición de la multa contractual, el IDU violó el debido proceso, por no haber decretado pruebas, al considerar que el recurso debía ser resuelto de plano?

4.4.4. ¿Al imponer multa contractual, el IDU desconoció que el incumplimiento se debía a hechos de terceros y omisiones de la contratante?

Los anteriores problemas jurídicos irán siendo evacuados por la Sala, en la medida en que resulte necesario, por haberse impuesto una respuesta negativa a los problemas precedentes.

V. CONSIDERACIONES SOBRE EL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO⁶:

⁶ Aptado. 4.1.



5.1. En línea con la Sección Primera⁷, la Sala⁸ 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 Derecho⁹ —que define el órgano competente, los presupuestos de hecho y el 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 cubre¹⁰, indicando la norma cuya vulneración alega, así como el concepto de la violación, con razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes¹¹⁻¹². 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 violación¹³. La anulación de actos administrativos que no han sido demandados implicaría, consecuentemente, la violación del debido proceso de la demandada.

5.1.1. Pues bien, como lo ha precisado la jurisprudencia administrativa¹⁴, 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”*¹⁵. 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 Constitución¹⁶. De esta forma, al atender al interés público y buscar la continua

⁷ 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

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-197 de 1999.

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de julio de 2013, exp. 21642.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 20615.

¹⁶ 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



prestación del servicio, el principio de equilibrio económico es una clara manifestación de la función administrativa.

5.1.2. De tiempo atrás, la Sección Tercera¹⁷ 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 diseños de tales obras¹⁸. Luego, el Decreto 150 de 1976¹⁹, así como en el Decreto de 222 de 1983²⁰ 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 pública²¹. 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 contratistas²².

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

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”.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 1986, rad. núm. CE–SEC3–EXP1986–09–04–N1677.

¹⁸ 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. [...]”.

¹⁹ “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”.

²⁰ “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”.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 1986, rad. núm. CE–SEC3–EXP1986–09–04–N1677.

²² 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”.



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.

5.1.3. 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 reposición²³; y determinó la competencia de las entidades y de los funcionarios de estas, para su reconocimiento, como parte de las actuaciones inherentes a la actividad contractual²⁴⁻²⁵.

5.2. Ahora bien, de acuerdo con las pruebas recaudadas en el proceso, la Sala observa que durante el desarrollo del Contrato 170 de 28 de diciembre de 2005 (f. 63, C. 8) suscrito entre Cicon S.A. y el IDU, éste último en varias ocasiones se pronunció sobre los cuestionamientos y observaciones planteados por la contratista.

5.2.1. Dentro de tales pronunciamientos, mediante el oficio IDU-114199 DTM-4000 del 5 de marzo de 2008²⁶ (f. 218-302, C. 6), el IDU dio respuesta a la reclamación

²³ 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. [...]”.

²⁴ 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 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”.

²⁵ 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: [...]”

²⁶ El encabezado del Oficio IDU-114199 DTM-4000 del 5 de marzo de 2008 emitido por el IDU dando respuesta a la reclamación No. 114199 de 7 de diciembre de 2007 de CICON S.A. es el siguiente: “Dando respuesta al oficio de la referencia y dando cumplimiento con los términos establecidos en el numeral 16 del Art. 25 de la Ley 80 de 1993, esta Dirección Técnica de Malla Vial procederá a dar respuesta de fondo sobre los puntos esgrimidos en la reclamación por desequilibrio económico presentada por CICON S.A. en los contratos Nos. 238 de 2004, 148, 150, 153, 164, 165 y 170 de 2005”.



114199 del 7 de diciembre de 2007²⁷ (f. 313-423, C. 2). En sus consideraciones, el IDU se fundó en las tipologías de hechos alegados por la contratista como causantes del desequilibrio económico del contrato objeto de la *litis*, que fueron: (i) la no iniciación oportuna de la obra, (ii) el impago del componente global ambiental y de gestión social, (iii) los sobrecostos por mayor permanencia en la obra, (iv) los sobrecostos por transporte, (v) los sobrecostos derivados del incremento del precio del concreto²⁸, (vi) hechos relacionados con los materiales de relleno, y (vii) hechos relacionados con los ajustes de precios.

5.2.1.1. Sobre los anteriores hechos, el IDU se pronunció con fundamento en consideraciones técnicas y, a la luz del ordenamiento vigente, manifestó²⁹:

«HECHOS RELACIONADOS CON LA NO INICIACIÓN DE LA OBRA

[...] si bien es cierto no fueron entregados en forma completa los estudios y diseños para el contrato No. 170, esta situación fue prevista por la entidad contratante y conocida por el contratista al momento de hacer la propuesta, así mismo que la dilación injustificada por parte del contratista en la elaboración, modificación o ajustes de los diseños no apropiados llevó inevitablemente a que el Acta de iniciación de la obra se suscribiera en el mes de agosto del 2006.

[...] HECHOS RELACIONADOS CON EL NO PAGO DEL COMPONENTE GLOBAL AMBIENTAL Y DE GESTIÓN SOCIAL

[...] las prórrogas de los contratos no afectaron la forma de pago de los costos socio ambientales, los cuales como establece claramente el pliego de condiciones eran cancelados conforme se ejecutaban las obras programadas.

[...] En el caso del contrato 170 en el que se excluyó de las metas físicas el tramo 6 y media calzada del tramo 7, es de tenerse en cuenta que tal situación antes que generar un mayor costo al contratista le redujo los mismos, pues en el evento que hubiese intervenido los tramos citados, habría incurrido en costos por labores de gestión social y ambiental necesarias en la ejecución de éstos. Es de tenerse en cuenta que en el valor global propuesto por el contratista se encontraba incluidas las labores de gestión social y ambiental para estos tramos que finalmente no se ejecutaron.

[...] HECHOS RELACIONADOS CON LOS SOBRECOSTOS POR MAYOR PERMANENCIA DE LA OBRA

[...] Con respecto a la red de agua potable del corredor vial 211 ubicada al costado izquierdo de la vía [...] los planos iniciales de este tramo, muestran la tubería existente esta en asbesto cemento, razón por la cual esta actividad se debió prever desde un comienzo.

²⁷ En la reclamación N. 114199 del 7 de diciembre de 2007 (f. 313-423, C. 2), CICON S.A., a través de apoderado, solicitó al IDU el reconocimiento y el pago, a título de restablecimiento de la ecuación económica de varios contratos, dentro de los cuales estaba el contrato N. IDU-BM-170 de 2005, de "todos y cada uno de los sobrecostos en que éste incurrió", ocasionados por imprevistos ajenos a la contratista e imputables al IDU, a terceros o a externalidades.

²⁸ La Sala encuentra que dentro del epígrafe de "Hechos relacionados con los sobrecostos derivados del incremento del precio del concreto" del Oficio IDU-114199 DTM-4000 de 5 de marzo de 2008, el IDU también se pronunció de manera negativa frente a la reclamación que hizo la contratista frente al pago de los sobrecostos emanados del aumento del precio del asfalto, con base en el concepto de la interventoría EUROESTUDIOS COLOMBIA S.A.

²⁹ La Sala hace la aclaración que se hace la transcripción de algunas partes del contenido del Oficio IDU-114199 DTM-4000 de 5 de marzo de 2008, incluso con errores de ortografía y redacción.



Sobre los posibles sobrecostos por la ejecución de obras adicionales de redes de acueductos y alcantarillado, las cuales a juicio del contratista no estaban previstas en el contrato, esta Dirección se permite aclarar que tanto para los trabajos de inspección de redes, construcción de redes, reubicación de algunas redes y construcción de cárcamos se tuvieron APU'S nuevos convenidos con el contratista, respecto de los cuales el IDU procedió a efectuar los pagos correspondientes. Así mismo, es pertinente aclarar que no existió un sobrecosto por una mayor cantidad de redes, ya que tal como se puede verificar en la lista de cantidades originales, el contratista realizó algunas actividades nuevas, pero igualmente no ejecutó actividades previstas contractualmente, por lo tanto consideramos que el contrato no se modificó aumentando la meta física, sino que se modificó esta, manteniendo el precio pactado.

[...] Respecto al bajo rendimiento que se presentó en la obra por la necesidad de proteger los taludes mediante entibado, nos permitimos reiterar que fue objeto de compensación al momento de conceder la prórroga No. 1.

(...) Es de tener en cuenta que en el Apéndice C del Pliego de Condiciones se previó todas las acciones que debía emprender el contratista relacionadas con las redes de las ESPs y que la ejecución de tales redes estaba sujeta a las normas vigentes y a las exigencias de las respectivas empresas, luego, de ello se deriva que en la medida en que el contratista interviniera los tramos podían las ESPs ver el estado real de las redes y determinar algunas necesidades, en consecuencia, la iniciación tardía de algunos frentes de obra respecto de la programación, fue la absoluta responsabilidad del contratista, generó que a última hora las ESPs. solicitaran actividades de redes.

[...] Con respecto a los supuestos atrasos por la no implementación del plan de manejo de tráfico nos remitimos a lo establecido en la sección 5 de las especificaciones técnicas en donde expresamente señala que las modificaciones a los planes de manejo de tráfico realizadas por el Contratista corren por cuenta del mismo, por lo tanto este tiempo perdido no puede ser trasladado a la entidad contratante.

[...] Frente a la no expedición de la resolución ambiental, es pertinente aclarar que si bien hubo una tardanza en la obtención de este acto administrativo, ello obedeció principalmente por la demora de CICON S.A. para entregar el inventario forestal y demás información indispensable para enviar al DAMA y obtener esta resolución. Así mismo es pertinente indicar que la no obtención de este acto administrativo en tiempo no fue motivo de desplazamiento del plazo del contrato para la realización de las obras de espacio público, sino la falta de rendimiento de obra por parte del contratista al no disponer del personal, insumos y equipos necesarios para acometer las obras.

[...] HECHOS RELACIONADOS CON LOS SOBRECOSTOS POR TRANSPORTE

[...] existen mecanismos para evitar el Pico y Placa Ambiental como haber tomado acciones como el mantenimiento preventivo y correctivo, revisión técnica con análisis de gases, control de emisiones y conversión de combustibles limpios, los cuales hacen parte de las responsabilidades de las empresas de transporte que participan en el Programa de Autorregulación de la SDMA. Los vehículos de estas compañías llevarán un holograma o distintivo del Programa y no serán objeto de Pico y Placa ambiental. Así mismo pudo haber tomado otra serie de alternativas y planes de contingencia para mitigar la incidencia de estas medidas en el desarrollo del cronograma de obra.



[...] *el contratista debió establecer una programación de las actividades, de manera que contara con el material necesario con suficiente anticipación a la ejecución de las mismas, más aún si dicho decreto fue implementado antes del inicio de las obras en julio de 2006, esto es dos meses antes, durante los cuales tuvo el tiempo suficiente para reprogramar sus actividades de acuerdo con el cronograma de las obras.*

[...] **HECHOS RELACIONADOS CON LOS SOBRECOSTOS DERIVADOS DEL INCREMENTO DEL PRECIO DEL CONCRETO**

Por su parte Euroestudios Colombia analiza los argumentos presentados por CICON S.A. y concluye:

“la interventoría manifiesta no estar de acuerdo con la metodología planteada del calculo e incidencia del incremento del asfalto en el contrato IDU-BM-170-2005 teniendo en cuenta que en todos sus tramos y frentes de trabajo se colocó concreto hidráulico y no asfalto, con excepción del asfalto MDC-1 Normalizado que se utilizó de soporte de loza en concreto, con un espesor de 7 centímetros”.

Al margen de lo planteado por cada una de las interventorías lo cual es de recibo por el área técnica, esta Dirección considera que la alza en los precios del concreto no es un hecho imprevisible, y en esa medida se adoptaron en cada uno de los contratos las medidas tendientes a mantener el equilibrio económico del contrato aprobando entre otros precios establecidos dentro del mercado nacional, sin perjuicio del contratista. Por tal razón no procede reconocimiento alguno por este concepto.

[...] **HECHOS RELACIONADOS CON LOS MATERIALES DE RELLENO**

[...] *independiente de donde se extraiga los materiales de relleno estos deben cumplir con las especificaciones técnicas del contrato, las cuales son las utilizadas en el INVIAS, y que no se puede evidenciar durante la ejecución contractual que el IDU haya obligado en algún momento al contratista a extraer el material de canteras aledañas al proyecto, por el contrario CICON S.A. se obligó al momento de suscribir el contrato a construir las obras a entera satisfacción del IDU con el cumplimiento de todas las especificaciones técnicas, las cuales la entidad en ningún momento modificó.*

[...] **HECHOS RELACIONADOS CON LOS AJUSTES DE PRECIOS**

De acuerdo con la cláusula 47 de las condiciones del contrato consignadas en los pliegos de condiciones del Banco Mundial:

“El contrato no está sujeto a ajustes. De acuerdo con lo expresado en esta cláusula, el proponente debe considerar en los precios de su propuesta que la ejecución de las obras se llevará a cabo principalmente en el año 2006 y eventualmente en el año 2007”.

Esta condición fue igualmente incluida en las instrucciones para los licitantes y dentro de los procesos licitatorios que dieron origen a los contratos antes relacionados, estableciendo una limitación contractual sobre la no existencia de ajustes, condición contractual que fue conocida previamente y con suficiente antelación por el contratista, y que fue finalmente aceptada y rubricada por las partes contratantes.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que durante el desarrollo del contrato se presentaron precios unitarios para los ítems no previstos elaborados por el



contratista y aprobados por el IDU, que fueron presentados en el año 2007 utilizando tarifas y valores actualizados para los equipos, mano de obra en insumos dentro del cálculo del costo directo

Además vale recalcar que la mayoría de precios no previstos presentados al IDU por la Interventoría se deben considerar como precios provisionales, ya que el Contratista se negó a hacer las correcciones ordenadas por la Interventoría o por el IDU».

5.2.1.2. Por otra parte, dentro de los fundamentos de derecho que expuso el IDU en el aludido escrito se aprecian los siguientes:

«Tal como se ha establecido en innumerables ocasiones por parte de la jurisprudencia contencioso administrativa, el contrato estatal tiene como objetivo que el Estado cumpla con los fines esenciales consagrados en la Constitución y la ley, y ante la imposibilidad de asumir por sí solo la ejecución de las tareas necesarias para lograr el cometido de sus fines debe acudir a la figura de la contratación, en donde el particular se encuentra motivado por el provecho económico que derive de la actividad, máxime si se tiene en cuenta que se trata de contratos sinalagmáticos en donde cada una de las partes se obliga con la otra a una contraprestación, configurándose lo que se denominado por la jurisprudencia y la doctrina la ecuación financiera del contrato.

Ha sido una constante en el régimen jurídico colombiano reconocer el derecho del contratista a mantener el equilibrio económico del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respecto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado.

[...] La Ley 80 de 1993 estableció en su artículo 27 una protección legal de la ecuación contractual de la siguiente forma: “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según sea el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”. De esta manera no sólo se está resguardando el equilibrio financiero contractual, sino también, la obligación de restablecimiento al cocontratante perjudicado, que constituye justamente, la consecuencia jurídica derivada de la ocurrencia de aquel.

[...] En este sentido tanto la jurisprudencia como la doctrina han sido claras en delimitar las causales generadoras de la ruptura del equilibrio financiero, reconociendo las siguientes situaciones:

- a) Por actos o hechos del contrato en cumplimiento de sus facultades excepcionales **e incumplimiento del contrato por parte del Estado,***
- b) Por actos de la administración como Estado o lo que se ha denominado **hecho del príncipe,** y,*
- c) Por factores exógenos a las partes del negocio, enmarcados dentro de la **teoría de la imprevisión y en menor medida, dentro de las sujeciones materiales imprevistas.***

[...] Como se puede apreciar del texto anteriormente citado, sólo puede predicarse el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, cuando se configuren los elementos necesarios para predicar la actividad de la administración en alguna de las causales anteriormente enunciadas.



Por lo tanto **no podrá aplicarse la teoría del hecho del príncipe**, ya que las normas como el pico y placa ambiental y aquellas relacionadas con las especificaciones técnicas son dispuestas por organismos estatales diferentes al IDU, o en el caso de la teoría de la imprevisión, **las circunstancias que aducen CICON S.A. en su reclamación no son hechos imprevisibles e irresistibles ya que muchas de las obras ejecutadas se contemplaban en los pliegos de condiciones y sus apéndices, los cuales hacen parte integral de los contratos.**

Así mismo dentro de la selección objetiva del contratista, se contempló y se calificó el factor de experiencia del mismo en obras similares dentro del casco urbano, lo cual conlleva a deducir necesariamente que el contratista debía conocer previamente a la suscripción de estos contratos la normatividad vigente para la construcción de vías, y todas las obras complementarias exigidas por las empresas de servicios públicos.

Finalmente esta dirección técnica debe señalar que **en ningún momento los contratos objeto de la reclamación fueron ampliados en su alcance contractual, como lo afirma el contratista, por el contrario siempre se tomaron las decisiones más convenientes con el fin de mantener la ecuación financiera del contrato**, disminuyendo las metas físicas y sustituyendo obras inicialmente previstas por aquellas requeridas para que los proyectos cumplieran con las condiciones establecidas en los respectivos pliegos de condiciones y en los contratos suscritos, manteniendo siempre incólume el presupuesto contemplado tanto en la oferta como en el contrato.

VALORACION ECONOMICA DEL DESEQUILIBRIO

Esta Dirección Técnica observa que **el contratista solo se limitó a enunciar el valor económico de su reclamación para cada uno de los contratos, pero no allegó soportes técnicos, no [sic] metodología, ni memoria de cálculo que permitieran a la entidad establecer la veracidad de la cuantificación**». (Énfasis fuera del texto original).

5.2.2. La decisión contenida en el citado oficio IDU-114199 DTM-4000 del 5 de marzo de 2008 (f. 218-302, C. 6), fue recurrida en reposición por CICON S.A., a través de escrito del 23 de junio de 2008 (f. 506-610, C. 2), de conformidad con lo preceptuado en el inciso 2 del artículo 77³⁰ de la Ley 80 de 1993, con el propósito de que el IDU reconsiderara su respuesta. En el recurso, CICON S.A. formuló reparos al pronunciamiento del IDU, con respecto a los hechos objeto de reclamación del contrato IDU-BM-170 de 2005, y adujo una violación del procedimiento interno por parte del IDU en los siguientes términos:

«[...] La respuesta a la reclamación formulada por CICON S.A. violó el procedimiento interno establecido mediante la Resolución No. 13 de 2005, modificada por la Resolución No. 08 de 2006, en las cuales se contiene la estructura organizacional del IDU y las funciones de cada una de sus dependencias.

1.1. En efecto, en el artículo 17 de la Resolución No. 13 de 2005, modificada por la No. 08 de 2006, se establece que la Dirección Técnica Legal tiene dentro de sus funciones la de "Efectuar el acompañamiento jurídico a los diferentes contratos, además de emitir conceptos jurídicos en aquellas decisiones que tengan incidencia en la ejecución del contrato".

³⁰ "Artículo 77. [...] 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".



1.2. En el caso que nos ocupa, es claro que tal disposición se desatendió, toda vez que la respuesta a la reclamación fue suscrita por el Director de Malla Vial, sin que la Dirección Técnica Legal hubiera emitido su correspondiente concepto.

2. Es importante señalar, que este pronunciamiento de la Dirección Técnica Legal, se requería como soporte de la decisión adoptada por el Director Técnico de Malla Vial, teniendo en cuenta que dicha decisión claramente tiene una incidencia notable en la ejecución de los contratos objeto de reclamación [...]».

5.2.3. El IDU resolvió el recurso de reposición presentado por la contratista, mediante oficio IDU-005819-STCC6500 del 27 de enero de 2009 (f. 122-181, C. 8), confirmando lo decidido en el oficio IDU-114199 DTM-4000 del 5 de marzo de 2008 (f. 218-302, C. 6).

5.3. Pues bien, en los oficios IDU-005819-STCC6500 del 27 de enero de 2009 e IDU-114199 DTM-4000 del 5 de marzo de 2008 (aptados. 5.2.1 a 5.2.3), 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 170 de 2005, a la que Cicon S.A., como contratista tenía el derecho legal. Con base en consideraciones fácticas de carácter técnico, a los fines de la contratación estatal, 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 producido las circunstancias que, para ello, 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. Estos oficios se basaron así en motivos previamente definidos en la ley.

Con base en lo anterior, el IDU expidió una decisión unilateral con efectos jurídicos, en cuanto definió unas circunstancias jurídicas particulares y concretas³¹, consistentes en la negación del derecho del contratista a que se restableciera el equilibrio del contrato del que era parte. En ello, tanto el IDU como la sociedad ahora demandante —la cual percibió el IDU-005819-STCC6500 del 27 de enero de 2009 como un acto administrativo³²— siguieron el procedimiento definido por el legislador (aptados. 5.2.2 y 5.2.3).

La decisión adoptada por medio de los oficios IDU-114199 DTM-4000 del 5 de marzo de 2008 (f. 218-302, C. 6) IDU-005819-STCC6500 del 27 de enero de 2009 (f. 122-181, C. 8) constituye, en consecuencia, un acto administrativo³³, por ser una (i) declaración unilateral, (ii) expedida en ejercicio de la función administrativa, (iii)

³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección

³² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de junio de 2021, exp. 51734.

³³ 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.



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.

Así las cosas —conforme a la jurisprudencia de la Corporación³⁴— CICON S.A. debió impugnar la legalidad del acto administrativo adoptado mediante los oficios IDU-114199 DTM-4000 del 5 de marzo de 2008 (f. 218-302, C. 6) IDU-005819-STCC6500 del 27 de enero de 2009 (f. 122-181, C. 8), para lo cual estaba vigente aún la acción pertinente; y como así no lo hizo, no es viable hacer tal reclamación sobre el contrato 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.

5.4. A pesar de lo anterior, la Sala considera que ello no da pie a que se emita un fallo inhibitorio, sino a la desestimación de las pretensiones³⁵. Así lo consideró esta Subsección, en sentencia del 26 de noviembre de 2015³⁶, 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 2014³⁷. 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 efectos³⁸.”

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 pedimento³⁹.”

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,

³⁴ 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).

³⁵ 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).

³⁶ 25000-23-26-000-2008-00596-01(52968).

³⁷ Rad. núm. 25000-23-26-000-2000-00631-02(28237).

«³⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237».

«³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237».



habida cuenta de que existe un acto administrativo que ya denegó la petición elevada en ese sentido por la demandante, que está produciendo todos sus efectos, que se presume legal y que está incuestionado⁴⁰⁴¹. (Énfasis por fuera del texto original).

5.5. Así las cosas, la Sala concluye que, salvo lo concerniente a la liquidación judicial del Contrato que se abordará a continuación, los otros reparos formulados por la contratista contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso identificado con el radicado 25000232600020080060101 no son procedentes por las consideraciones expuestas.

VI. CONSIDERACIONES SOBRE EL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO⁴²:

6.1. La Sala encuentra que el cargo de la alzada relativo al impago de los sobrecostos del componente global de los costos de manejo de tráfico, señalización y desvíos (f. 31, C. 10), se debe abordar por la jurisdicción, toda vez que fue planteada expresamente por Cicon S.A. en la *causa petendi* de la demanda (f. 20-21, C. 8) y porque esta, a pesar de que la contratista la contempló en el escrito de reclamación No. 114199 del 7 de diciembre de 2007 (f. 313-423, C. 2), no fue objeto de pronunciamiento por el IDU en sus oficios IDU-114199 DTM-4000 del 5 de marzo de 2008 (f. 218-302, C. 6) e IDU-005819-STCC6500 del 27 de enero de 2009 (f. 122-181, C. 8), referidos anteriormente.

6.2. Realizada la anterior aclaración, se observa que la apelante alega que, de acuerdo con la cláusula 42.4 del pliego de condiciones generales de la licitación pública IDU-LP-BMU-DTMV-071-2005 (f. 11-242, C. 2), el precio pactado por concepto del componente de tráfico, señalización y desvíos estaba previsto para el plazo inicialmente acordado, por lo que, al presentarse prórrogas del contrato, debía ser incrementado. Sin embargo, el IDU no hizo ningún reconocimiento al respecto, y no usó los dineros del Fondo de Compensaciones, contemplado en la cláusula 47.1 del citado pliego. Además, la recurrente afirma que la interventoría había aceptado el aludido pago, de conformidad con las Actas 24, 25, 26 y 32 de recibo parcial de obra⁴³; y que el perito técnico lo confirmó en el dictamen pericial al responder la pregunta 7 (f. 51, C. 24), aclarada y complementada en la respuesta 2.4 (f. 1192, C. 25).

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237.

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, Subsección C, Sentencia de 26 de noviembre de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00596-01(52968).

⁴² Aptado. 4.3.

⁴³ La Sala hace la aclaración que la apelante en reparo concerniente a los sobrecostos derivados del **componente global de manejo de tráfico, señalización y desvíos** señaló que la interventoría había considerado que se le debía reconocer a CICON S.A. “*los sobrecostos en que incurrió para cumplir con las exigencias ambientales durante los meses que se prorrogó el contrato. Así consta en las Actas 24, 25, 26 y 32 de recibo parcial de obra (...)*”. (Negrilla por fuera del texto original). Ante la descrita inconsistencia y en procura de salvaguardar la tutela judicial efectiva de la recurrente, se estudiará de fondo el asunto desde la perspectiva del **manejo de tráfico, señalización y desvíos**, mas no por la gestión ambiental.



6.3. Al respecto, se observa que en el pliego de condiciones, y particularmente en lo referente al pago del componente global de los costos de manejo de tráfico, señalización y desvíos, se previó lo siguiente:

“SECCIÓN 4 Datos del Contrato

Cláusulas de Referencia de las Condiciones del Contrato

[...]

[42.4] El Contratante pagará al contratista el valor contratado de la siguiente manera:

[...] El Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos, se pagará a precio global fijo sin ajustes. Este valor será dividido en el número de meses de la etapa de construcción y se pagará una parte igual en cada acta mensual de pago de obra ejecutada, previa valoración, por parte de la Interventoría, del cumplimiento de las Secciones ejecutadas por el Contratista, conforme con lo indicado en el Apéndice respectivo descrito en la Sección 9 (Especificaciones para el Plan General de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos).

[...] [47.1] Para efectos legales el valor del presente contrato es la suma de: (...) y **5). La suma DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$296´150.058) M/CTE., por concepto del valor del Fondo de Compensaciones, que se utilizará en caso de ser necesario para cubrir el costo de los imprevistos y mayores cantidades de obra.**

APÉNDICE F

ESPECIFICACIONES PARA EL PLAN GENERAL DEL MANEJO DE TRÁFICO, SEÑALIZACIÓN Y DESVÍOS

[...]

1. ALCANCE

[...] El documento a elaborar, corresponde al **Plan General de Manejo de Tráfico Señalización y Desvíos**. Al momento de iniciar cada una de las etapas de intervención el **contratista** debe presentar el PMT ajustado a las condiciones prevalecientes del momento, entendiendo que los ajustes que se realicen no se considerarán como costos adicionales y por tal razón no se causarán reclamaciones, por lo que el IDU no reconocerá ningún valor por estos ajustes.

[...] 11. ESTIMATIVO DE COSTOS

[...] El Contratista deberá entregar a la Interventoría y al IDU en forma desglosada las actividades y costos del PMT de acuerdo con el valor de la Remuneración por Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos y la programación mensual de estas labores las cuales deberán concordar con el Cronograma de Obra, que servirán de parámetro para la evaluación del cumplimiento y pago por concepto del PMT.

Los ajustes al PMT que surjan durante el desarrollo de los trabajos se consideran asumidos por el Contratista del valor global pactado para el PMT”. (Subrayado añadido).



6.3. Según el contenido de los pliegos, esta Subsección concluye que la interpretación que plantea la apelante, de acuerdo con la cual el precio del contrato por concepto del componente de manejo de tráfico, señalización y desvíos, debería ser incrementado con ocasión de las prórrogas del contrato, no resulta admisible, toda vez que a Cicon S.A. se le advirtió de manera previa a la suscripción del Contrato 170 de 2005, que: (i) por concepto de manejo de tráfico, señalización y desvíos se pagaría un precio global fijo sin ajustes, de *“una parte igual en cada acta mensual de pago de obra ejecutada”*, previa valoración de la interventoría sobre el cumplimiento de sus obligaciones; (ii) que los ajustes que se realizaran al Plan de Manejo de Tráfico Señalización y Desvíos (“PMT”) en cada etapa de intervención y según las condiciones prevalecientes para el momento, eran asumidos por la contratista del valor global pactado para el PMT, por ende, no se considerarían como costos adicionales que debiera sufragar el IDU; y (iii) que el fondo de compensaciones se emplearía para cubrir el costo de los imprevistos y mayores cantidades de obra, en caso de ser necesario, y no para sufragar ajustes al precio del componente de tráfico, señalización y desvíos por prórroga del contrato de obra.

Adicionalmente, desde los pliegos se determinó que la elaboración, implementación y seguimiento del PMT, por parte de la contratista, era una gestión dinámica que podía sufrir cambios según la etapa de intervención y las condiciones prevalecientes del momento, por ejemplo, podían tener modificaciones por las observaciones que realizara la Secretaría de Tránsito y Transporte, y, en razón a ello, se dejó claro que el valor de tales ajustes no implicarían reconocimientos adicionales al contratista o incremento alguno en el precio global por manejo de tráfico, señalización y desvíos, pues, se había adoptado el sistema de **precio global sin ajustes**.

6.4. Con base en las anteriores consideraciones, que constituían el fundamento jurídico de lo aducido en el escrito de Cicon S.A. del 26 de diciembre de 2007 (f. 882-883, C. 3) y las actas 24 del 19 de noviembre, y 25 del 19 de diciembre de 2007 de recibo parcial de obra 13 y 14 del contrato de 170 de 2005, suscritas por la contratista y el interventor (f. 810-824 y 825-834, C. 3), la decisión adoptada por el IDU, a través del primer escrito, de no dar trámite a las órdenes de pago equivalentes a la suma de \$62'857.144, correspondientes a las descritas actas por el concepto de manejo de tráfico, señalización y desvíos, para que sean descontadas del fondo de compensaciones, fue acorde a lo estipulado en los pliegos, pues el citado valor había sido plasmado en dichas actas, aumentando el precio global pactado en el contrato por tal concepto, equivalente a la suma de \$110'000.000, para pasar al monto de \$172'857.144.

6.5. En todo caso, aunque el interventor hubiese firmado las aludidas actas, esto no comprometía u obligaba al IDU a pagar a la contratista la suma consignada en ellas por concepto de manejo de tráfico, señalización y desvíos. Esto es así, ya que para el contratante era inoponible su contenido⁴⁴, pues el interventor no podía ostentar

⁴⁴ “Es **inoponible** a determinada persona un contrato, cuando el instrumento en que consta o la prueba con que judicialmente se establece no produce efecto legal alguno contra aquella. Este concepto no acusa relación con la existencia o inexistencia real del contrato, ni con su validez o nulidad. Simplemente, deslinda su campo de



la calidad de representante del IDU, en razón a la naturaleza de su gestión, que se limitaba a la labor de intermediación entre la entidad contratante y Cicon S.A., a efectos de desempeñar el control y vigilancia de la correcta ejecución de las actividades contratadas. Es por ello que en el aludido escrito IDU-131392 STPL-4300 del 26 de diciembre de 2007 (f. 882-883, C. 3), el IDU le aclaró a la contratista que el pago de los valores consignados en las actas 24 y 25 por el citado concepto, debían estar soportados en un otrosí o convenio similar, suscrito por el ordenador del gasto, pues el valor consignado en aquellas implicaba una modificación a los precios pactados por las partes y, particularmente, del componente global de manejo de tráfico, señalización y desvíos.

Finalmente, invocó la apelante como fundamento de la reclamación del pago del referido componente, las actas 26 del 28 de enero, y 32 del 18 de julio de 2008 de recibo parcial de obra 15 y 16 del contrato 170 de 2005, respectivamente, firmadas por Cicon S.A. y el interventor (f. 847-862 y 863-881, C. 3). Sin embargo, en estas no se estipuló un aumento del precio global pactado en el contrato, de \$110'0000.000, por concepto de manejo de tráfico, señalización y desvíos. Por ende, las citadas actas no demuestran que, como lo adujo la recurrente, el interventor hubiere aprobado el reconocimiento de sobrecostos por el aludido concepto a favor de la contratista durante los meses que se prorrogó el contrato.

6.6. Al margen de lo anterior, se observa que, de acuerdo con lo declarado por el testigo Carlos Alfonso Avendaño Cruz⁴⁵, quien fungía como gerente administrativo y financiero de la contratista para la época de los hechos (f. 350-351, C. 2), para CICON S.A., eran previsibles las consecuencias económicas que surgieron de la suspensión del contrato de obra, la cual no era ajena a la propia dinámica del componente de tráfico, señalización y desvíos, toda vez que —aseveró— por más que la obra fuera suspendida, se debía incurrir en gastos para mantener el recurso humano de carácter administrativo, técnico y social, hasta la culminación del contrato, ante la necesidad de cumplir con las obligaciones contractuales, como aquellas derivadas del plan del manejo de tráfico, siendo ello propio del manejo de cualquier proyecto.

En ese sentido, los costos adicionales que surgieron para el referido componente, en virtud de la suspensión del contrato de obra, debieron ser previstos por la contratista en su propuesta o al suscribir las suspensiones (f. 122-131, C. 10). Por lo tanto, la entonces contratista no podía posteriormente reclamar tales sobrecostos,

aplicación". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de agosto de 1971; "Inoponible es el negocio que no puede producir efectos respecto de alguien o, dicho de otra manera, que no es eficaz en su contra, por el motivo que sea". HINESTROSA, F., "Eficacia e Ineficacia del Contrato", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX*, Valparaíso, Chile, 1999, pp.143-161, y 157.

⁴⁵ "PREGUNTADO: quiere usted decir que la empresa debió continuar con los pagos de personal y de equipos aun cuando no estaba ejecutando la obra, explíqueme al despacho como se dio esta situación. CONTESTO: por manejo de cualquier proyecto las personas no pueden estar siendo desvinculadas ante una suspensión que se determine en la ejecución del contrato, el personal vinculado a la obra tanto de carácter administrativo, técnico y social era necesario tenerlo para atender las obligaciones contractuales que nos exigía el IDU, un ejemplo de esto es el plan de manejo de tráfico, que por mas (sic) que la obra fuera suspendida o no ejecutada en cierto momento era necesario mantener dichos colaboradores hasta la finalización del contrato y por tanto incurrir en los gastos, [...]".



máxime cuando en los pliegos se había establecido que su valor se pagaría a precio global fijo sin ajustes.

6.7. Ahora, con respecto el dictamen pericial técnico —y su aclaración— rendido por el ingeniero en transportes y vías, Diego Alfonso Ángel Muñoz, (C. 24, 25, 26, 27, 28 y 29), que la apelante cita en su recurso para soportar sus reparos, se observa que el perito, al responder el cuestionario realizado por la demandante, concluyó que la ejecución de los planes de manejo de tránsito, señalización y desvíos durante el periodo de prórroga del plazo del contrato configuraban hechos imprevistos; y que, como impacto de aquella circunstancia, se habían generado costos adicionales (f. 51, C. 24 y f. 1192, C. 25).

Sin embargo, el perito no dictaminó de forma concreta y con la suficiente rigurosidad, definiendo las actividades precisas que ejecutó realmente la contratista, relacionadas con la elaboración, implementación y seguimiento del PMT, para el periodo de las prórrogas y suspensiones del contrato de obra. Y, ante todo, el perito no hizo un estudio pormenorizado de las actas de pago de balance final, de las actas de los comités de diseño y construcción, ni de la bitácora de obra, entre otros documentos que el perito enunció como fuentes del dictamen⁴⁶, a efectos de precisar la incidencia de su contenido en los resultados del trabajo pericial, para establecer si la contratista ejecutó realmente, durante las prórrogas y suspensiones del contrato de obra, las actividades que conformaban el componente global del manejo de tráfico, señalización y desvíos, para definir así si, en consecuencia, surgieron los sobrecostos reclamados en el *petitum*.

En atención a lo expuesto en precedencia, la Sala concluye que el dictamen no da claridad, precisión, firmeza y detalle que se requiere para su convencimiento, como lo preceptúan los artículos 237 y 241 del CPC.

6.8. Por último, se observa que en el documento técnico de soporte de mayores costos del contrato IDU 170-2005-CICON S.A. —realizado por el ingeniero civil Salomón Niño Ortiz— que fue aportado por la contratista en la demanda (f. 1133-1152, C. 3), fue calculado el sobrecosto del componente global de manejo de tráfico, señalización y desvío por el período de las prórrogas. Sin embargo, esta es una prueba que no genera convencimiento y seguridad, pues, al ser confeccionada por la demandante, a través de uno de los miembros del equipo de trabajo que participó en el desarrollo del contrato objeto de la *litis*, desconoce el principio conforme al cual *a nadie le es lícito crearse su propia prueba*⁴⁷.

⁴⁶ En el dictamen pericial el experto enunció las fuentes de su trabajo, sin explicar como su contenido tuvo incidencia en los resultados de su trabajo. Tales fuentes fueron enunciadas así (se transcribe incluso con errores de ortografía): “**FUENTES:** - D. ANEXO No 4, Contrato IDU No BM 170 del 28 de Diciembre del 2.005. || - E. ANEXO No 5 – Acta de Pago Balance Final Contrato de Obra. || - F. ANEXO No 6 - Acta Comités Diseño y Construcción. || - G. ANEXO No 7 – Bitácora ó Libro de Obra. || - H. ANEXO No 8 – Comunicaciones IDU – Euroestudios – CICON S.A. || - Respuesta 17, folio 89”.

⁴⁷ “(...) a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte, pues ello sería tanto como admitir que el demandado, ‘mutatis mutandis’, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencias de casación de 4 de abril de 2001, Exp.



6.9. En consecuencia, los anteriores cargos de la alzada no están llamados a prosperar, por lo que procederá la Sala a analizar, a continuación, los motivos de inconformidad formulados con ocasión de la segunda demanda presentada en este proceso acumulado.

VII. CONSIDERACIONES SOBRE EL TERCER PROBLEMA JURÍDICO⁴⁸:

7.1. La apelante formuló un reparo relacionado con la *falta de competencia del funcionario que dictó los actos administrativos objeto de control*, y que, a pesar de ello, el Tribunal no *inaplicó* la Resolución 1705 de 19 de abril de 2006, mediante la cual el Director del IDU delegó al Director Técnico de Malla Vial la imposición de multas y sanciones a los contratistas que incumplan las obligaciones de los contratos suscritos con la descrita entidad, ante su “*clara y demostrada ilegalidad*”, pues “*para el año 2006 el Director del IDU no tenía facultad para imponer unilateralmente multas ni declarar incumplimientos y mucho menos cobrar la cláusula penal*”; inconformidad que se debe abordar en primer lugar, pues, de encontrarle mérito, no resultaría necesaria la revisión de los demás cargos de la apelación.

7.2. La delegación es reconocida en los artículos 209 y 211 de la Constitución Política, como una figura mediante la cual una autoridad, a través de un acto administrativo, transfiere el ejercicio de determinadas funciones o actuaciones específicas a sus colaboradores o a otras autoridades que tengan funciones afines o complementarias, siempre que esté legalmente facultada para ello, en procura del mejor cumplimiento de las funciones administrativas y el logro de los fines del Estado. De esta forma, como presupuesto lógico y necesario de la delegación de funciones —que en materia contractual fue regulada en la Ley 80 de 1993⁴⁹, el Decreto 2150 de 1995⁵⁰ y la Ley 489 de 1998⁵¹⁻⁵²— el funcionario delegante debe tener la competencia que delega.

No. 5502; 22 de abril de 2002, Exp. No. 7082; 29 de agosto de 2002, Exp. No. 6932; 31 de octubre de 2002, Exp. No. 6459; 28 de marzo de 2003, Exp. No. 6709; 23 de marzo de 2004, Exp. No. 7533; 25 de abril de 2006, Exp. No. 1037-01; 27 de junio de 2007, Exp. No. 73319-3103-002-2001-00152-01.

⁴⁸ Aptado. 4.4.1

⁴⁹ “Artículo 12. 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. || En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. || Parágrafo. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso”.

⁵⁰ “Artículo 37. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”.

⁵¹ “Artículo 12. [...] Parágrafo. En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal”.

⁵² “[...] la ley 80 tan sólo previó dos fenómenos: i) la delegación o transferencia total o parcial de la competencia para celebrar contratos la cual implica que la titularidad de la función no se pierde por parte del delegante y tampoco se rompe su responsabilidad, y ii) la “desconcentración” de la realización de licitaciones (...) en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes;



7.3. En el caso *sub lite*, el contrato IDU-BM-170 de 2005 fue celebrado el 28 de diciembre de 2005 (f. 63, C. 8), es decir, bajo la regulación de la Ley 80 de 1993; y durante su ejecución se expidió la Ley 1150 de 2007, la cual modificó aquella parcialmente. En efecto, los actos administrativos objeto de control de legalidad, es decir, la Resolución 1146 de 18 de abril de 2008 (f. 2-13, C. 1) y su confirmatoria, la Resolución 2726 de 1 de agosto de 2008 (f. 46-74, C. 1), fueron proferidas por el Director Técnico de la Malla Vial del INVIAS, con fundamento en las competencias otorgadas en la Resolución 1705 del 19 de abril de 2006, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007⁵³.

A su vez, la Resolución 1705⁵⁴ fue expedida por la Directora General del IDU el 19 de abril de 2006; fecha anterior a la de entrada en vigor del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Con este acto, la Directora General del IDU no delegó expresamente al Director Técnico de Malla Vial la facultad imponer multas y sanciones a los contratistas que incumplieran las obligaciones de los contratos suscritos con el IDU, mas sí le delegó, de manera general, las funciones de realizar los trámites necesarios para la debida ejecución de contratos y expedir los actos administrativos inherentes a la etapa de ejecución de los contratos, extendiéndose esta facultad a los negocios jurídicos que tuvieran una etapa de mantenimiento, una vez se iniciara esta etapa⁵⁵.

7.4. Sobre la imposición de cláusulas penales de apremio o multas en contratos regidos por Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, han coexistido dos posiciones en la jurisprudencia administrativa colombiana. En el

*“desconcentración” en materia de contratación estatal que si bien no corresponde exactamente a la figura prevista en el artículo 8º de la ley 489 en tanto ésta alude a la radicación de competencias en “dependencias” al paso que aquella se refiere a la asignación de funciones contractuales en “servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”, lo cierto es que obedece a un fenómeno similar: la distribución de competencias al interior de la misma persona jurídica para efectos de su ejercicio” (subrayado por fuera del texto original). CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 30 de enero de 2008, Radicación número: 50001-23-31-000-2006-01116-01 (34143). “[...] el artículo 12 de la ley 80 de 1993 sólo permite la distribución de competencias contractuales al interior de la misma persona jurídica para efectos de su ejercicio. **Precisó, además, que no es posible intentar vaciar de contenido la actividad contractual a cargo del representante legal de una entidad y por lo mismo la actividad contractual no es un servicio sino un instrumento para el cumplimiento de los fines del Estado y por lo tanto no es ‘descentralizable’.** CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 31 de julio de 2008, Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00240-01 (AP).*

⁵³ En el encabezado de las referidas resoluciones conta que: *“EL DIRECTOR TÉCNICO DE MALLA VIAL del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, debidamente facultado por la resolución 1705 del 19 de abril de 2006 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007”.*

⁵⁴ La Resolución No. 1705 de 19 de abril de 2006 de la Directora General del IDU esta publicada en la página web <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=20216>

⁵⁵ *“Artículo 1. Delegar en los Subdirectores Generales, Directores Técnicos y en los Jefes de Oficina de Gestión, teniendo en cuenta el Manual de Funciones y Requisitos Mínimos del Instituto, las siguientes funciones: || - Celebrar contratos cuya cuantía inicial no supere los 27.973 SMMLV y realizar todos los trámites requeridos para su adjudicación, suscripción, debida ejecución, modificación, adición, prórroga, terminación y liquidación. Así mismo, expedir los correspondientes actos administrativos inherentes a la etapa de selección, ejecución y liquidación de los contratos, así como los relacionados con la declaratoria del siniestro y la efectividad de la garantía única de cumplimiento y sus correspondientes amparos. [...] Artículo 6. Delegar en el Director Técnico de Malla Vial: || Además de las señaladas en el artículo 1º, la siguiente función: || - Ejercer la delegación conferida en el artículo 1º en lo pertinente, a los contratos que tengan etapa de mantenimiento, una vez se inicie esta etapa”.* (Énfasis por fuera del texto original).



2005, consideró esta Sección⁵⁶ que la competencia para hacer efectivas tales multas y sanciones recaía en la jurisdicción, y no en la autoridad administrativa. Pero, a su vez, en sentencias de 1998, 2000 y 2008, la Sección manifestó que, la Administración tenía la facultad de imponer y cobrar multas contractuales por sí y ante sí, en atención al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, y la autotutela declarativa de la administración, que le permití modificar unilateralmente las situaciones jurídicas en las que actúa, de acuerdo con los artículo 64 del CCA y 3º de la Ley 80 de 1993⁵⁷. Luego, en el año 2014, la Subsección A consideró que antes de la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales no estaban autorizadas *“para expedir actos administrativos mediante los cuales impusieran unilateralmente multas o declararan el incumplimiento del contrato, en caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista particular, esto es sin necesidad de acudir al juez del contrato”*, pero habían recobrado esa facultad con la expedición de la Ley 1150 de 2007⁵⁸; posición que fue seguida en algunas providencias de las Subsecciones.

Finalmente, esta Subsección⁵⁹, en línea con la Corte Suprema de Justicia⁶⁰, ha precisado que el pacto de estas cláusulas en el derecho privado colombiano es válido y eficaz, razón por la que podían ser impuestas en todos los contratos estatales, pero no por los medios del derecho público, es decir, a través de actos con fuerza ejecutiva y ejecutoria. Si bien, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 reguló el debido proceso, para declarar el incumplimiento del contrato estatal, con el fin de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal, ni dicha norma ni la Ley 80 de 1993 regularon expresamente la figura de la cláusula penal pecuniaria, que ya era prevista y regulada, desde mucho antes, en los artículos 1592 y siguientes, del Código Civil. Sí determinó claramente el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en su párrafo⁶¹, que las entidades podían hacer efectivas las multas por vía coactiva, elemento distintivo del acto administrativo, por ser ajeno al derecho común.

7.5. Ahora bien, con las multas o cláusulas penales de apremio se busca asegurar el cumplimiento de una obligación⁶², por lo que su imposición es, claramente, un acto para la ejecución del contrato, comprendido así dentro de las facultades generales. La Directora General del IDU no delegó expresamente al Director Técnico de Malla Vial mediante la Resolución 1705 de 2006. Si bien, la facultad de imponer

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 20 de octubre de 2005, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579).

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, auto del 6 de agosto de 1998, exp. 14558; sentencia del 29 de junio de 2000, exp. 16756; y sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de abril de 2014, exp. 27096.

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencias del 30 de julio de 2008, exp. 21574; y del 5 de agosto de 2020, exp. 45183.

⁶⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 2000, exp. núm. C-4823.

⁶¹ *“Párrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”*.

⁶² CÓDIGO CIVIL. *“Artículo. 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*.



multas o penas de apremio mediante acto administrativo —como la que se produjo con las Resoluciones 1146 de 18 de abril de 2008 y 2726 de 1 de agosto de 2008— no era clara en el momento en que fue expedida la Resolución 1705 del 9 de abril de 2006, esta sí era una variable hermenéutica aceptada en la jurisprudencia administrativa.

Además, es claro que en el momento en que fueron expedidos los actos demandados, la Administración estaba facultada para su imposición, incluso en los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2007 que, en lo atinente a las multas, se produjo el 16 de julio de 2007, cuando fue promulgada⁶³, de conformidad con el párrafo transitorio del artículo 17 y el párrafo 2º de la Ley 1150 de 2007⁶⁴. De esta forma, la faculta de imponer multas o penas de apremio quedó comprendida, sin duda, dentro de las facultades generales delegadas al director técnico de Malla Vial mediante la Resolución 1705 de 2006.

En consecuencia, este cargo no prospera.

VIII. CONSIDERACIONES SOBRE EL CUARTO PROBLEMA JURÍDICO⁶⁵:

8.1. La sociedad impugnante aduce que las multas, que tienen el fin de apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, le fueron impuestas tras concluir la fase de ejecución del contrato, cuando no podían cumplir su propósito, por lo que los actos demandados fueron expedidos sin competencia temporal.

8.2. De acuerdo con el artículo 1592⁶⁶ del CC y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007⁶⁷, las cláusulas penales de apremio o las multas tienen el objeto de conminar al contratista para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. La jurisprudencia administrativa ha precisado que la función de las multas, como las que se hicieron efectivas en los actos demandados, “*es eminentemente compulsiva, ya que tienen por objeto apremiar al contratista para que ejecute las prestaciones a su cargo, de conformidad con lo acordado en el contrato*”⁶⁸. Aparte, el artículo 71 del Decreto 222

⁶³ Diario Oficial. Año CXLIII. Núm. 46.691.

⁶⁴ LEY 1150 DE 2007. “Artículo 17. [...] *Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas. [...] Artículo 33. [...] Parágrafo 2º. Los artículos 9º y 17 entrarán a regir una vez se promulgue la presente ley*”.

⁶⁵ Aptado. 4.4.2.

⁶⁶ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1592. *La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal*”.

⁶⁷ LEY 1150 DE 2007. “Artículo 17. *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. || En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato*”.

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 1987, exp. 4145. Reiterada en las sentencias del 28 de abril de 2005, exp. 14393; del 14 de julio de 2005, exp. 14289; y Subsección C, sentencia del 1 de junio de 2020, exp. 48645.



de 1983 establecía que la facultad para imponer multas debía incluirse en los contratos “*en caso de mora o de incumplimiento parcial*”.

En consideración a lo anterior, un sector de la jurisprudencia ha entendido que la pena de apremio es improcedente al culminar el término de ejecución de las obras⁶⁹, y así lo prevé el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007⁷⁰, “*sin perjuicio de que se analice la manera como se condicionó la imposición de la multa en el contrato, toda vez que las partes, bien pudieron acordar fórmulas o condiciones de aplicación de la multa, atada al cumplimiento de términos, cronogramas o ejecución de obligaciones parciales*”⁷¹, como también lo ha considerado la Sala. Esto es así, ya que, al remitir al régimen de derecho común, “*salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley*” (artículo 13), la Ley 80 de 1993 abrió paso al régimen de derecho privado sobre la materia, que admite las cláusulas penales de apremio (artículos 1592 y siguientes, Código Civil)⁷², dentro del marco de la autonomía negocial.

8.3. Ahora bien, de acuerdo con las pruebas documentales allegadas al expediente, se acreditó que, en este asunto, la multa contractual fue impuesta tomando en consideración lo siguiente:

8.3.1. En la **Adición 2 al Contrato 170 de 2005** (f. 136-137, C. 10), el IDU y CICÓN S.A. tomaron en consideración que era necesaria la culminación de las obras por los intereses que involucraban, porque, de lo contrario debería iniciarse un nuevo proceso licitatorio con mayores costos. Por tanto, atendiendo a los principios de eficacia y economía que orientan la función pública, acordaron:

“PRIMERA – PLAZO: *Prorrogar en tres meses y medio (3.5) el plazo pactado en el contrato 170 de 2005, para la ejecución de las obras necesarias para el cumplimiento cabal de dicho contrato. SEGUNDA – Durante el plazo señalado en este documento, el CONTRATISTA cumplirá cada una de las actividades señaladas dentro del cronograma de obras anexo, en el que se indican las fechas perentorias para cada labor y que hace parte integral de este documento. TERCERA – MULTAS:* *Sin perjuicio de las multas pactadas en el contrato 170 de 2005, cuando el CONTRATISTA incurra en incumplimientos enteramente atribuibles a él y demostrados, reconocerá al IDU a título de multa la suma de veinte millones de pesos moneda corriente (\$20'000.000.00), por cada día de atraso en el cumplimiento del cronograma indicado en la anterior estipulación”.*

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, exp. 28875; Subsección C, sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 31620; Subsección B, sentencia del 2 de noviembre de 2016, exp. 33396; Subsección A, sentencia del 1 de febrero de 2018, exp. 52549; y, Subsección A, sentencia del 19 de marzo de 2020, exp. 45229, entre otras.

⁷⁰ “Artículo 17. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. || En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. [...]”. (Subrayado añadido).

⁷¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 1987, exp. 4145. Reiterada en las sentencias del 28 de abril de 2005, exp. 14393; del 14 de julio de 2005, exp. 14289; y Subsección C, sentencia del 1 de junio de 2020, exp. 48645.

⁷² En este sentido: aclaración de voto a la sentencia de la Subsección A del 19 de marzo de 2020, exp. 45229.



8.3.2. Con **oficio** fechado el **3 de enero de 2008** (f. 2208 y 2207, C. 5), la firma interventora del Contrato 170 de 2005 comunicó a Cicon S.A. que **iniciaría** un **“nuevo procedimiento de imposición de multas”**, con base en el artículo 49.3 de los **“datos del contrato”**, que prevé la multa **“por incumplimiento en la terminación de la obra”**, al haberse cumplido el plazo de ejecución del contrato —el día inmediatamente anterior— sin que hubieran sido entregadas las siguientes obras:

«TRAMO Y ACTIVIDAD»	OBRAS FALTANTES EN ENERO 2 DE 2008
TRAMO 11	
<i>Demolición placa concreto existente</i>	0.30 m ³
<i>Excavación mecánica</i>	1.60 m ³
<i>Relleno con rajón</i>	1.2 m ³
<i>Mezcla asfáltica MDC-1</i>	3.2 m ³
<i>Losas de concreto rígido MR-43</i>	65.0 m ³
<i>Geodrén circular</i>	40 ML
<i>Redes de servicios</i>	2 pozos de inspección aguas negras y 1 pozo de aguas lluvias. Construcción de 4 sumideros.
<i>Demolición andén existente</i>	50.0 m ³
<i>Excavación manual andenes</i>	45.0 m ³
<i>Rellenos de andenes</i>	120.8 m ³
<i>Construcción de andenes en adoquín</i>	759 m ²
<i>Construcción contenedor raíces</i>	1 unidad
<i>Sardiné integral fundido en sitio</i>	106.0 mts
<i>Renivelación cámara ETB y Codensa</i>	2 unidades
TRAMO 211	
<i>Excavación para andenes</i>	22.6 m ³
<i>Rellenos con subbase en andenes</i>	27.2 m ³
<i>Construcción andenes con adoquín</i>	136.2 m ²
<i>Construcción contenedores de raíces</i>	9 unidades
<i>Redes de servicio</i>	4 Tapas de sumideros laterales
TRAMO 228	
<i>Demolición placa en andén existente</i>	40.0 m ²
<i>Excavación para andenes</i>	33.6 m ³
<i>Rellenos con subbase para anenes</i>	44.8 m ³
<i>Construcción andenes con adoquín arcilla</i>	363.6 m ²
<i>Construcción andenes con adoquín cemento</i>	24.0 m ²
<i>Construcción contenedores de raíces</i>	17 unidades
<i>Nivelación cámaras ETB y Codensa</i>	3 unidades
<i>Tapas para sumideros</i>	2 unidades
TRAMO 210	
<i>Construcción losas de concreto rígido MR-43</i>	17.6
<i>Sardiné integral fundido en sitio</i>	30. M.L.
<i>Godrén Circular</i>	225.0 M.L.
<i>Redes de servicios</i>	2 Tapas de sumideros laterales
<i>Demolición de andenes existentes</i>	20.0 m ²
<i>Excavaciones para andenes</i>	58.0 m ³
<i>Construcción andenes con adoquín arcilla</i>	76.0 m ³
<i>Sardiné prefabricado</i>	828 m ²
<i>Contenedores de raíces</i>	162.0 M.L.
<i>Redes de servicios</i>	24 Unidades
	Una tapa de sumideros lateral, 3 nivelaciones de cámaras de ETB y 80 m.l. de canalización de redes ETB»



Concluyó la interventoría que, conforme a lo convenido, el monto de la multa diaria sería de \$4'572.358,50 que correspondía al uno por mil del precio total de las obras contratadas.

8.3.3. Mediante **oficio con fecha de 8 de enero de 2008** (f. 2741-2740, C. 5), cuyo asunto refería “**la imposición de multas por incumplimiento del cronograma de obras**”, la sociedad interventora del Contrato 170 de 2005 relacionó las siguientes obras faltantes al 2 de enero anterior, cuando concluyó el plazo de ejecución, que darían lugar a la imposición de la multa anunciada en el oficio anterior:

«TRAMO Y ACTIVIDAD	OBRAS NO REALIZADAS ENERO 2 DE 2008	FECHA DE TERMINACIÓN PROGRAMADA	DÍAS DE INCUMPLIMIENTO ENERO 2-2008
Tramo 228			
Rellenos para andenes	44.8 m ³	Nov 17-2007	45
Andenes en adoquín	387.6 m ²	Dic 07-2007	25
Redes de servicios públicos	3 nivelación de cámaras ETB y Codensa y dos tapas de sumidero	Nov 10-2007	52
Tramo 211			
Rellenos para andenes	27.2 m ³	Nov 03-2007	59
Rellenos para andenes adoquín	136.2 m ²	Nov 17-2007	45
Tramo 11			
Losas concreto rígido MR-43	66.0 m ³	Dic-12-2007	20
Redes de servicios	3 pozos de inspección y 4 sumideros	Nov-29-2007	33
Excavación para andenes	45.0 m ³	Dic-19-2007	13
Rellenos andenes	120.8 m ³	Dic-21-2007	11
Construcción andenes adoquín	759.0 m ²	Ene-2-2008	0
Tramo 11			
Losas concreto rígido MR-43	17.6 m ³	Dic-07-2007	25
Rellenos andenes	76.0 m ³	Dic-10-2007	22
Construcción andenes en adoquín	828.0 m ²	Ene-2-2007	0
Excavación para andenes	58.0 m ³	Nov-30-2007	32
Redes de servicios	Tapa de sumidero lateral, 3 nivelaciones cámaras ETB y 80 m.l. canalización ETB	Dic-07-2007	32
TOTAL DÍAS			414 DÍAS»

8.3.4. En la **Resolución 1146 del 18 de abril de 2008** (f. 2-12, C. 10), el director técnico de la malla vial del IDU resolvió:

«ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar que la sociedad CICON S.A. en desarrollo de la ejecución del contrato No. BM-170 de 2005, ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, relacionadas con el cronograma acordado para el



período de la segunda prórroga del contrato, de conformidad con lo consignado en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración, imponer a CICON S.A., una MULTA DE VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20'000.000.00) M/CTE, por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación de terminar las actividades pendientes de ejecutar, conforme con el cronograma acordado. Para su liquidación se tendrá en cuenta el límite del monto máximo establecido en la cláusula 49.1 de las "Condiciones del Contrato"».

Como motivación de su decisión, tomó en consideración lo siguiente:

«Los cargos formulados al contratista por el interventor, son muy claro al precisar el incumplimiento de las obligaciones del cronograma de obras y terminar las obras de construcción en la fecha prevista para ello en el contrato, sin que existan causales de justificación posteriores a la fecha en que se pactó la prórroga del plazo contractual.

También es claro el cargo en cuanto indica que el 2 de enero de 2008, fecha que finalizó la etapa de construcción, CICON S.A. incurrió en mora, por no terminar las actividades previstas en el cronograma de obras aprobada por la interventoría en desarrollo del adicional 2 del 17 de octubre de 2007.

[...] Igualmente, en oficio de inicio del procedimiento de penalidades o multas se señalan las fecha en que comenzaron o debieron comenzar las actividades a que se refiere el incumplimiento y las fechas en que debieron terminar, conforme con el cronograma aprobado, así como el número de días de atraso que registraban para aquel momento.

Es de resaltar que el propio contratista en sus descargos admite la existencia del incumplimiento, pero pretende justificarlo atribuyendo su retraso a hechos de IDU y de terceros, pero no demuestra el grado de incidencia de cada uno de los hechos invocados sobre el cumplimiento total de ejecución de las obras en el plazo estipulado

[...]

Consideraciones de orden jurídico:

[...] la cláusula número 49.3 del contrato de obra No. 170 de 2005, establece las cláusulas [sic] y el monto de las penalidades o multas aplicables en caso de incumplimiento del contratista en sus obligaciones, en los siguientes términos:

“49.3. El monto y procedimiento de las penalidades será el siguiente:

En caso de incumplimiento de sus obligaciones, el Contratista se hará acreedor de las siguientes penalidades o multas:

(...)

1. POR INCUMPLIMIENTO DEL CRONOGRAMA DE OBRAS:

Por no cumplir con el cronograma de obras establecido para cada Sección de las Obras descrito en el Apéndice Técnico Respectivo, previo requerimiento del interventor o del Contratante, se causará una multa equivalente al UNO (1) por mil del valor de las obras de construcción por cada día calendario transcurrido a partir de



la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación y hasta que satisfaga la obligación. (...)

2. POR INCUMPLIMIENTO EN LA TERMINACIÓN DE LA OBRA:

Si a la finalización de la fecha prevista de terminación de las obras de construcción éstas no hubiesen sido terminadas, previo requerimiento del interventor o del contratante, se causará una multa diaria de UNO (1) por mil del valor de las obras de construcción, hasta que satisfaga la obligación”.

Por otra parte, mediante el adicional número 2, en plazo al contrato 170 de 2005, se estableció para el contratista la obligación de presentar un nuevo cronograma para la ejecución del objeto contractual dentro del período de la segunda prórroga y se acordó:

[Véase cláusula 3ª del Adicional 2, transcrita en el apartado anterior].

[...]. Con los documentos que hacen parte del expediente y lo discutido en la audiencia de descargos, tal como fueron analizados en este documento, se establece que los cargos son muy claros, pues precisan el incumplimiento de la obligación del contratista en relación con la ejecución de las actividades dentro de los tiempos previstos en el cronograma presentado por él y probado por la interventoría, actividades que contractualmente deben ser realizadas por CICON S.A., igualmente, en los oficios que notifican los incumplimientos y en el pronunciamiento técnico sobre ellos, se indica claramente que los mismos son enteramente atribuibles al contratista.

[...] No obstante, ante las dos solicitudes de multa presentadas por el interventor: Una por el incumplimiento del cronograma y otra por incumplimiento en la terminación de las obras, invocando dos causales para imposición de penalidades o multas, es preciso señalar que el análisis efectuado a lo largo de este documento, nos lleva a tomar en consideración la entidad de los hechos y la relación de causa efecto existente entre las dos causales, para concluir que un incumplimiento conlleva al otro: el incumplimiento del cronograma propuesto, conlleva [sic] al incumplimiento en la terminación de las obras al finalizar el plazo de la segunda prórroga del contrato. Por consiguiente, aplicar las multas establecidas en el contrato por cada una de las causales señaladas, equivaldría a sancionar al contratista dos veces por los mismos hechos. En consecuencia, solo se tendrán en cuenta los incumplimientos del cronograma previsto, como generadores del incumplimiento en la terminación de las obras y sobre ellos se aplicará la medida conminatoria contemplada en la ley y en el contrato.

Para la tasación y liquidación de la penalidad a imponer, se tendrá en cuenta lo estipulado en forma especial por el Adicional 2 al contrato 170 de 2005, [...]».

8.3.4. Finalmente, en la **Resolución 2726 del 1º de agosto de 2008** (f. 46-74, C. 10), el director técnico de la malla vial del IDU resolvió confirmar íntegramente el acto anterior, tomando con consideración, dentro de los motivos de su decisión, lo siguiente:

«En uso de sus derechos, el contratista rindió sus descargos, pretendiendo justificar los atrasos presentados en el programa de obra y demostrar el cumplimiento de sus obligaciones respecto de la ejecución de las obras y actividades cuya terminación estaba prevista en el cronograma para el 2 de enero de 2008; pero no demostró su cumplimiento en relación con la terminación y ejecución de la totalidad de dichas actividades, pues tal y como lo indica el interventor, para la fecha en que presenta



el recurso de reposición, se encontraba aún sin terminar, al menos las siguientes, lo que evidencia el incumplimiento del cronograma propuesto.

- *Tabla de 6 árboles relacionados en la resolución ambiental SDA 3312 de 2007*
- *Señalización de las zonas escolares y paraderos de Tras milenio*
- *Reparación de los desvíos*
- *Renivelación de dos cajas de alumbrado público pertinentes a [sic] condensa*
- *Instalación de sumideros*
- *Remates y entregas de sumideros laterales*
- *Instalación de adoquín*
- *Corrección de desniveles presentados en espacio público, vías y cunetas (adosamientos)*
- *Construcción de caja de válvula del acueducto*
- *Instalación de tapas de válvulas de gas natural*
- *Renivelación de cámara de ETB, la existente no cumple con las normas exigidas por la ESP*
- *Limpieza y recolección de escombros*

[...]

En lo referente a los argumentos según los cuales la resolución impugnada no persigue la finalidad buscada por el legislador al consagrar la posibilidad de imponer multas, cual es compulsar [sic] el cumplimiento del contrato [...], en primer lugar, debemos aclararle al contratista que tal como se lee en la resolución 1146 del 18 de abril de 2008, la multa o penalidad impuesta, obedece a la causal denominada “incumplimiento del cronograma” para el período de la segunda prórroga y no a la causal “incumplimiento de las obras”, como erróneamente lo dice en la primera página del escrito que contiene el recurso de reposición interpuesto y lo sostiene a lo largo de su texto. [...].

Únicamente precisamos que el contrato desde su suscripción estableció que el último mes de la etapa de construcción está destinado exclusivamente a la entrega y recibo de las obras, tal como aparece en el numeral 47.1 de la Sección Datos del Contrato y en el adicional No. 2 (plazo), no se modificó expresamente dicha estipulación, simplemente se prorrogó el plazo para la ejecución y la entrega, es decir, el plazo de la etapa de construcción; por tal razón, como se anotó en la cláusula novena de dicho adicional, las cláusulas del contrato no modificadas continúan vigentes; en consecuencia, se mantiene la estipulación del contrato principal según la cual, el último mes de la etapa de construcción se dedica exclusivamente para la entrega y recibo de las obras. [...].».

8.4. En primer lugar, observa la Sala que en el Contrato 170 de 2005 no se definió expresamente el momento en el que procedía la imposición de multas. Sin embargo, tomando en cuenta que “[el] sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno” (artículo 1620, Código Civil), procederá la Sala a interpretar el contrato, atendiendo al sentido que mejor convenga en su totalidad (artículo 1622, Código Civil), para así comprender la intención de los contratantes sobre el límite temporal de la imposición de multas (artículo 1618, Código Civil).

Pues bien, en el Contrato 170 de 2005 se pactaron dos clases de multas, que respondían a supuestos de incumplimiento disímiles, ya que, como lo manifestó el



IDU, de lo contrario estaría sancionándose dos veces al contratista por los mismos hechos (apartado. 8.3.3). Así, con la *multa por incumplimiento del cronograma de obras*, se sancionaba la omisión de entregar oportunamente las distintas secciones de obras, de acuerdo con el cronograma previsto en el apéndice técnico respectivo. Mientras que con la *multa por incumplimiento en la terminación de la obra* se sanciona el incumplimiento definitivo, que representa la omisión de entregar la obra objeto del contrato.

Una sanción responde, pues, al incumplimiento definitivo del contrato, mientras la otra responde a los incumplimientos parciales. Bajo esa perspectiva, la *multa por incumplimiento del cronograma de obras* tiene un límite temporal análogo al que, conforme al entendimiento de la jurisprudencia administrativa, se desprendía del artículo 71 del Decreto 222 de 1983, en el que la imposición de multas de apremio era improcedente al culminar el término de ejecución de las obras (apartado. 8.2); siendo este plazo, en el asunto *sub judice*, el plazo de 3.5 meses fijado en la Adición 2, para el cual se había fijado un cronograma. Tras el vencimiento de este término, la ejecución cabal de las obras sería verificado en un plazo de un mes y, en caso de encontrarse defectos en las obras entregadas, serían corregidas en un término de cuatro meses. Al culminar, pues, el plazo previsto para la ejecución de las obras, en el que se había fijado un cronograma, la multa de apremio parcial cedía ante la multa de apremio total, siendo aquella improcedente.

Con la Adición 2, el IDU y Cicon S.A. —atendiendo a las apremiantes necesidades del servicio— prorrogaron el término de ejecución del Contrato 170 de 2005, lo que, a su vez, implicó la estipulación de un régimen más estricto de multas por el incumplimiento de las actividades previstas en el cronograma para los 3.5 meses siguientes, ya que fue considerablemente incrementada la cuantía de las multas diarias (apartados. 8.3.1 y 8.3.2). De esta forma, fue modificada la *multa por incumplimiento del cronograma de obras* prevista inicialmente, para la sanción de incumplimientos parciales durante el lapso previsto, al cual se restringía —consecuentemente— el término para su imposición.

Esta es la interpretación que se impone del régimen de multas estipulado en el Contrato 170 de 2005 y su Adición 2, atendiendo al efecto útil de las cláusulas, al texto del contrato en su totalidad, en un aspecto en el que, al tener como regla general la improcedencia de la multa tras concluir el término de ejecución de las obras (apartado. 8.1), debe efectuarse una lectura restrictiva de los términos del contrato, y tal límite temporal se presume, por ser de uso común (artículo 1621, Código Civil).

8.5. Por otra parte, se observa que el proceso de imposición de la multa, que inicio el día siguiente al vencimiento del plazo total de ejecución de las obras (apartados. 8.3.2 y 8.1.2), se encaminó, sin claridad, a sancionar tanto los incumplimientos parciales como el incumplimiento definitivo del contrato. En los oficios con los que la interventoría abrió el trámite, esta se refirió indistintamente a la multa por incumplimiento en la terminación de la obra y a la de incumplimiento del



cronograma, con una sanción que, en ambos casos, equivalía al uno por mil de precio total de la obra (aptados. 8.3.2 y 8.3.3); cifra inferior a la pactada en la Adición 2 (aptado. 8.3.1).

El IDU dio claridad, finalmente, sobre la multa impuesta con las resoluciones demandadas. En la Resolución 1146 del 18 de abril de 2008, manifestó que atendiendo a la relación de causa-efecto existente entre los incumplimientos parciales y el incumplimiento total del contrato, sancionaría únicamente los primeros, en razón de lo cual aplicó la pena diaria de \$20'000.000, prevista en la Adición 2 (aptado. 8.3.3). Tras ello, en la Resolución 2726 del 1º de agosto de 2008, el IDU reiteró que sancionaba el incumplimiento del cronograma y agregó que el mes siguiente a la culminación del plazo de ejecución de las obras tenía por objeto su entrega y recibo (aptado. 8.3.4).

8.6. Pues bien, conforme a lo considerado previamente (aptado. 3.1.2), en el Contrato 170 de 2005 se había pactado un cronograma de ejecución de obras, que concluía el 2 de enero de 2008, tras el cual se dedicaría un mes para la entrega y recibo de las obras (aptados. 8.3.3 y 8.3.4), es decir, para la verificación de la cabal ejecución de las prestaciones pactadas. Luego, sobrevinía el *período de responsabilidad por defectos*, con un término de cuatro meses, para la ejecución de correcciones o adiciones que la interventoría considera necesarias (aptado. 3.1.2).

En este orden de ideas, el Contrato 170 de 2005 terminó así el 2 de junio de 2008. Sin embargo, el periodo de ejecución de las obras había concluido el 2 de enero de 2008, y el 2 de febrero de 2008 culminó el período para el recibo y entrega de las obras, fecha en la que, a su vez, inició el *período de responsabilidad por defectos*, estipulado para realizar las correcciones o adiciones que la interventoría considera necesarias y para definir los ítems de la liquidación del contrato.

Las Resoluciones 1146 del 18 de abril de 2008 y 2726 de 1 de agosto de 2008, con las que el IDU impuso multa a Cicon S.A, fueron así proferidas luego de que concluyera el período de ejecución del contrato, cuando —de acuerdo con lo considerado previamente— se había extinguido la competencia para imponer la multa por incumplimiento al cronograma. En consecuencia, será declarada la nulidad de las Resoluciones 1146 del 18 de abril de 2008 y 2726 de 1 de agosto de 2008 por falta de competencia temporal.

IX. PERJUICIOS

9.1. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala reconocerá a favor de la contratista a título de restablecimiento del derecho la suma de \$228.617.923⁷³,

⁷³ Este monto está probado dentro del caso *sub lite* con la Certificación del contador público del IDU de 13 de mayo de 2011 (f. 384, C. 6), el cual estaba soportado con las copias de las facturas de venta N. 255 de 18 de diciembre de 2008 (f. 386, C. 6), 264 de 19 de junio de 2009 (f. 437, C. 6) y 271 de 23 de junio de 2009 emitidas por CICON S.A. (f. 438, C. 6); y con las copias de las órdenes de pago N. 5342 de 23 de diciembre de 2008 correspondiente al contrato 150/05 (f. 385 C. 6), 2409 de 25 de junio de 2009 atinente al contrato 170/05 (f. 435



la cual fue descontada por el IDU en el pago de las facturas que radicó CICON S.A. por cuenta de la imposición de la multa. Dicho monto se deberá actualizar atendiendo la fecha de pago de cada factura que fue objeto del citado descuento y conforme a la siguiente fórmula:

$$Vp = \frac{Vh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Vp: Corresponde al valor presente

Vh: Es el valor histórico o inicial

Índice Final: Es el último IPC vigente a la fecha del presente fallo, es decir: marzo 2021 = 111,41 ^[74.]

Índice inicial: Es el IPC vigente a la fecha en que se hizo el pago de la respectiva factura que coincide con la época del descuento por concepto de multa, es decir: Enero 2009 = 70,21⁷⁵.
Julio 2009 = 71,32⁷⁶.

a. Factura de venta 255 de 18 de diciembre de 2008 emitida por CICON S.A. pagada el 19 de enero de 2009 por el IDU. Valor descontado por multa: \$107.812.420.

$$Vp = \frac{\$107'812.420 \times 111,41}{70,21} = \$171'077.933$$

$$Vp = \$164.490.335,14$$

b. Factura de venta 264 de 19 de junio de 2009 emitida por CICON S.A. pagada el 30 de julio de 2009 por el IDU. Valor descontado por multa: \$111.720.155.

$$Vp = \frac{\$111.720.155 \times 111,41}{71,32} = \$174'519.664$$

$$Vp = \$167.799.537,34$$

c. Factura de venta 271 de 23 de junio de 2009 emitida por CICON S.A. pagada el 30 de julio de 2009 por el IDU. Valor descontado por multa: \$9.085.348.

$$Vp = \frac{\$9.085.348 \times 111,41}{71,32} = \$14'192.353$$

C. 6) y 2435 de 26 de junio de 2009 tocante al contrato 148/05 (f. 437 C. 6) emanados de la Dirección Técnica y Financiera del IDU.

⁷⁴ IPC que se encuentra registrado por el DANE.

⁷⁵ IPC que se encuentra registrado por el DANE.

⁷⁶ IPC que se encuentra registrado por el DANE.



71,32

Vp= **\$13.645.856,39**

De acuerdo con lo anterior, el valor total de la suma descontada por cuenta de la imposición de la multa indexada equivale a **\$354.682.945**

9.2. Por otra parte, la pretensión indemnizatoria concerniente a “*la pérdida financiera por no recibir los pagos de las actas o facturas presentadas y no canceladas o las que se les aplicó o descontó el valor de la multa impuesta*”, cubre dos reclamaciones distintas que se analizarán de manera independiente.

9.2.1. En primer lugar, la “*pérdida financiera*” por no recibir los pagos de las actas o facturas presentadas y no canceladas no tiene relación alguna con los efectos que trae consigo la declaración de nulidad de los actos administrativos objeto de control de legalidad, pues su reclamación se funda en el incumplimiento del IDU por el impago del valor del contrato, y que ello trajo como consecuencia una pérdida financiera. Por lo tanto, tal *petitum* excede el campo de acción de esta Sala.

9.2.2. En segundo lugar, la pretensión indemnizatoria concerniente a la pérdida financiera de aquellas actas o facturas que se les aplicó o descontó el valor de la multa impuesta fue atendida con el reconocimiento a favor de CICON SA. de la devolución de las sumas que le fueron descontadas a título de multa, debidamente **indexadas o actualizadas** a valor presente.

9.3. En lo concerniente a la reclamación indemnizatoria fundada en la afectación de la empresa en los procesos de selección de contratistas de las entidades públicas, la Sala, al analizar las pruebas allegadas al proceso, no encuentra medio alguno de convicción que demuestre con claridad y certeza la forma en que la sanción impuesta por el IDU, a través de los actos administrativos objeto de control, tuvo repercusiones negativas en los intereses jurídicamente tutelados de CICON S.A. en los procesos de selección organizados por entidades del Estado, en cuanto, por ejemplo, le impidiera participar en ellas, fuera excluida dentro de tales procesos, entre otros supuestos. Por lo tanto, para esta Subsección, la parte interesada no cumplió con la carga probatoria, establecida en el artículo 177 del CPC, de acreditar la afectación que alega y su cuantificación exacta.

9.4. Frente a la última pretensión indemnizatoria que hizo CICON S.A. por la afectación al buen nombre de la empresa derivada de la inscripción de la multa ante la Procuraduría General de la Nación y el registro de la Cámara de Comercio, la Sala considera que dicho *petitum* hace referencia a la “*pérdida*” del *good will* de la citada compañía, derivada de la imposición de la sanción contractual, la cual sólo será posible su indemnización —según la jurisprudencia de la Corporación⁷⁷— bajo

⁷⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 27 de enero de 2012, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01476-01(16104)



la categoría de lucro cesante⁷⁸, siempre y cuando existan elementos de prueba que no dejen duda al juez sobre su causación. Tal carga probatoria sobre la certeza y convicción de tal afectación debe asumirla quien la reclama, conforme a lo dispuesto por el artículo 177 del CPC⁷⁹.

9.4.1. CICON S.A. allegó como pruebas documentales: (i) el informe contable y financiero de 18 de octubre de 2008 dirigido a la Asamblea General de Accionistas de la descrita sociedad suscrito por su Representante Legal, el contador y el Revisor Fiscal (f. 961-969, C. 3); (ii) los balances generales y los estados de resultados de la citada compañía del contrato 170 de 2005 correspondientes a los años 2006, 2007 y 2008, este último hasta el 30 de septiembre, suscritos por las descritas personas; y (iii) las copias impresas del auxiliar detallado por centro de costo arrojado por el software contable SIIGO relacionados con el aludido contrato dentro de los citados periodos (f. 947-1132, C. 3).

Dichas pruebas no arrojan la convicción necesaria para servir como soporte de la indemnización pedida, dado que no guardan correspondencia con el momento en que ordenó la inscripción de la multa, pues la Resolución 1146 de 18 de abril de 2008 (f. 2-13, C. 1), la cual impuso aquella sanción a CICON S.A por incumplimiento de obligaciones contractuales, quedó ejecutoriada el 17 de octubre de 2008, según constancia emitida por la Subdirectora Técnica de Contratos y Convenios del IDU (f. 3244, C. 21).

9.4.2. Las descritas pretensiones indemnizatorias que reclama CICON S.A., tampoco están probadas con el documento técnico de soporte de mayores costos contrato IDU 152-2005-CICON S.A. realizado por el Ingeniero Civil Salomón Niño Ortiz, que fue aportado por la contratista en la demanda (f. 1143-1164, C. 3), pues, para la Sala, además de abordar aspectos diferentes a aquellas (sobrecostos del contrato 170), es una prueba que no genera convencimiento y seguridad al ser elaborada y confeccionada por demandante, a través de uno de los miembros de su equipo de trabajo que participó en el desarrollo del contrato objeto de la *litis*, lo cual desconoce el principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba⁸⁰.

⁷⁸ «[...] una afectación al “Good Will” más que en el nivel del perjuicio moral se ubica mejor dentro de la categoría de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante como quiera que corresponde a la ganancia o beneficio económico “que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, y que no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”». Ibidem.

⁷⁹ Sobre la carga de la prueba de existencia y monto de los perjuicios por la afectación al *good will* y que no es viable presumirlos dentro del proceso. Ver: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, Radicación número: 05001-23-26-000-1992-01369-01(17031)

⁸⁰ “[...] a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte, pues ello sería tanto como admitir que el demandado, ‘mutatis mutandis’, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencias de 4 de abril de 2001, exp. No. 5502; 22 de abril de 2002, exp. No. 7082; 29 de agosto de 2002, Exp. No. 6932; 31 de octubre de 2002, exp. No. 6459; 28 de marzo de 2003, exp. No. 6709; 23 de marzo de 2004, Exp. No. 7533; 25 de abril de 2006, exp. No. 1037-01; 27 de junio de 2007, exp. No. 73319-3103-002-2001-00152-01.



9.4.3. En definitiva, no fue practicada ni allegada prueba alguna que lo demostrara, al haber ocasionado, por ejemplo, que se le hubiera negado la celebración de un contrato del que previamente hubiera resultado adjudicatario, se le hubiera restringido la participación en procesos de selección o licitaciones, se le hubiera negado invitaciones en contrataciones directas a ofertar, entre otros eventos que probaran con suficiente certeza y convicción la afectación al buen nombre comercial de la sociedad CICON S.A. En consecuencia, en razón a que la sociedad CICON S.A. no logró acreditar los daños y perjuicios derivados de la afectación del *good will*, la Sala no reconocerá la pretensión indemnizatoria que reclama por tal concepto.

X. LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO IDU-BM-170 DE 2005.

10.1. La liquidación judicial es aquel balance o corte de cuentas que realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de liquidación bilateral-conjunta efectuada por las partes o de liquidación unilateral por parte de la Entidad Estatal contratante en los eventos y con las exigencias establecidas por la ley⁸¹.

10.2. Sobre la competencia que tiene el juez para realizar tal labor, esta Corporación ha manifestado en su jurisprudencia que esta deriva, entre otras disposiciones legales, del artículo 87 del CCA y del literal d. del numeral 10 del artículo 136 del citado Código⁸². Dicha facultad que ostenta el juez para adelantar la liquidación judicial del contrato estatal no puede desconocer la legalidad de los actos administrativos emanados de la entidad contratante, que habían resuelto de manera previa una situación jurídica concreta del contratista, y que están vigentes, pues la jurisdicción contenciosa no ha declarado su nulidad. Por lo tanto, el juez no puede revisar y contemplar en dicha liquidación aspectos que contraríen lo decidido por la entidad contratante, a través de actos administrativos que se presumen legales.

En este orden de ideas, la liquidación del contrato de obra IDU-BM-170 de 2005 no puede revisar aspectos como el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la contratante y el desequilibrio económico del citado negocio jurídico, toda vez que ellos fueron resueltos por el IDU a través del Oficio IDU-114199 DTM-4000 del 5 de marzo de 2008 (f. 218-302, C. 6) y del posterior pronunciamiento que lo confirmó, es decir, el oficio IDU-005819-STCC6500 del 27 de enero de 2009 (f. 122-181, C. 8), los cuales, como ya se explicó, son actos administrativos que no fueron

⁸¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 8 de junio de 2016, Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)

⁸² «En efecto, el citado artículo 87 del C.C.A., en su inciso 1º, al consagrar la acción de controversias contractuales -acción por cuya virtud las partes de un contrato quedan habilitadas para acudir ante el juez del mismo-, de manera explícita dispone que en ejercicio de dicha acción y en relación con el correspondiente contrato estatal, **pueden pedirse “otras declaraciones y condenas”, aspecto genérico este dentro del cual, como es natural, tiene cabida perfectamente la posibilidad de solicitar la liquidación del respectivo contrato, norma legal que, a su vez, faculta al juez para hacer los pronunciamientos que correspondan en relación con tales pretensiones**» (énfasis por fuera del texto original). CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 9 de octubre de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01227-01 (30.680).



objeto de ataque en su legalidad por la demandante, en los procesos identificados con los radicados 25000232600020080060101 y 11001333103120090019100.

10.3. Por otra parte, no puede pasarse por alto que aunque en el proceso identificado con el radicado 11001333103120090019100 se desestimó la pretensión indemnizatoria por “*la pérdida financiera por no recibir los pagos de las actas o facturas presentadas y no canceladas*”, porque se acreditó el pago del IDU de estas a favor de CICON S.A., en el proceso bajo el radicado 25000232600020080060101 no existió controversia entre las partes sobre reclamos de pagos pendientes por concepto de precio o sobre devoluciones de sumas de dinero, ni porque se pagaran obras que no se hubieran ejecutado a cabalidad, toda vez 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 ejecutó, y el IDU no reclamó, en la respectiva oportunidad procesal, la devolución de alguna suma de dinero que fue cancelada a su contratista, con base en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

10.4. En cuanto al desarrollo de las obras contratadas por CICON S.A., la Sala, al revisar la copia auténtica del acta 33 de pago de balance final de contrato de obra 170 de 2005 del 17 de abril de 2009 suscrita por la contratista y la interventoría (f. 3614-3636, C. 23) encuentra que esta última realizó un balance de las actividades ejecutadas por la contratista y canceladas a esta, según los precios unitarios para cada una de ellas, lo cual demuestra el grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales de CICON S.A., arrojando como resultado la suma de \$5.004'561.970 por concepto de precio acumulado total, con un remanente de \$259'337.768 a favor de la contratista, el cual —como ya se explicó— fue cancelado por el IDU.

El contenido de la citada acta 33 no resulta desvirtuado por otra prueba que indicara un distinto grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales para ambas partes. Sin embargo, luego del **2 de junio de 2008**, fecha en que culminó el término de 4 meses correspondiente al *periodo de responsabilidad por defectos*, el IDU requirió a CICON S.A., a través del Oficio IDU-021348 STPL-4300 de 20 de marzo de 2009 (f. 1607, C. 14), para que allegara a la Dirección Técnica los productos finales y aprobaciones de los siguientes documentos, a efectos de realizar “*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 Mantenimiento.
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 de obra por parte de la Secretaria de Movilidad.

Salvo lo concerniente a la entrega de los planos *record* y al inventario final y al paz y salvo de Gas Natural S.A. ESP⁸³, no fue demostrado dentro del proceso el cumplimiento de la obligación de CICON S.A. de entregar los otros productos finales y las aprobaciones señaladas en el aludido requerimiento, ni la contratista allegó prueba del cumplimiento de las obligaciones concernientes a la corrección de los defectos y el recibo a satisfacción de las obras por parte de la interventoría y de las empresas de servicios públicos. Por consiguiente, la apelante no cumplió a cabalidad con la carga probatoria que le exigía 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.

Advierte la Sala, por demás, que el acta 27 de terminación del contrato de obra del 2 de febrero de 2008 incorporada al plenario (f. 1261-1262, C. 13) no podía demostrar el cumplimiento de las obligaciones de CICON S.A. relativas a la etapa de construcción, en razón a que no estaba firmada por el contratante y la interventoría. Tampoco existe prueba alguna en el plenario que indique la existencia de la intención común de aceptar el contenido del aludido proyecto de acta. Por lo tanto, CICON S.A. no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, según el artículo 177 del CPC.

Las descritas falencias en las pruebas que debió prever la apelante en la respectiva oportunidad procesal no pueden ser subsanadas de manera oficiosa en esta instancia, en la medida en que no se trata en este caso de la necesidad de aclarar aspectos oscuros de la controversia, sino de una ausencia probatoria más profunda que trae consecuencias en la liquidación judicial del contrato de obra. De suplirse tal desidia en la iniciativa probatoria se rompería el equilibrio procesal que propugna la Sala, pues, al juez corresponde guardar la debida neutralidad de en el transcurso del proceso, salvo que se presenten o existan condiciones excepcionales que exijan a este hacer uso de las atribuciones oficiosas en materia probatoria.

10.5. Así las cosas, la liquidación judicial del contrato de obra no podría contemplar la existencia de obligaciones por cumplir para ambas partes y su forma de cumplimiento, en razón a que se acreditó el grado de cumplimiento de las actividades ejecutadas por CICON S.A. y que fueron pagadas por el IDU, a través del acta 33 del 17 de abril de 2009, suscrita por la contratista y la interventoría (f. 3614-3636, C. 23); y porque las actividades contratadas e incumplidas por la contratista, correspondientes al periodo de responsabilidad por defectos, no fueron canceladas por el contratante, pues, la forma de pago del precio pactada en los pliegos, se realizaba *“mediante pagos mensuales de obra ejecutada a*

⁸³ En el Oficio E-C188-05-GRL-2041 del 1 de junio de 2009 de la Interventoría al IDU (f. 3501-3545, C. 22A) se informa *“que el contratista radico el inventario final y los planos record en mayo de 2009”*. En el Oficio del 6 de mayo de 2009 de CICON S.A. al IDU, se anexó la Certificación ST-039-04-09 de paz y salvo de Gas Natural (f. 3433-3498, C. 22A).



satisfacción del IDU, previa valoración, por parte de la Interventoría", por ende, el IDU no podía realizar pagos por actividades pendientes o sin ejecutar.

10.6. Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener en cuenta lo expuesto en el anterior epígrafe relacionado con la restitución por parte del IDU y a favor de CICON S.A. de la suma equivalente a **\$354'682.945** que aquel le descontó de sus pagos a título de multa, en virtud de la declaración de la nulidad de las Resoluciones 1146 de 18 de abril de 2008 (f. 2-13, C. 1) y 2726 de 1 de agosto de 2008 (f. 46-74, C. 1) proferidas por el director técnico de la malla vial del IDU. Dentro de esa suma está incluido el valor de la retención en garantía practicada por el IDU⁸⁴, según consta en la factura de venta 264 de 19 de junio de 2009 (f. 437, C. 6) y en la orden de pago 2409 de 25 de junio de 2009 emanada de la Dirección Técnica y Financiera del IDU. (f. 435 C. 6).

10.7. Con respecto a las otras retenciones en garantía que el IDU practicó durante la ejecución del contrato de obra, se observa que se dejó registro de las mismas en las cuentas 1380950000-4006 y 1350050000-4006, según consta en las copias impresas del auxiliar, detallado por el centro de costo de CICON S.A., que arrojó el software contable SIIGO, relacionados con el contrato IDU-BM-170 de 2005, correspondientes al año 2007 y del periodo comprendido entre el 1 de enero al 30 de septiembre de 2008 (972-1118, C. 3). No obstante, tal información no es suficiente para demostrar a plenitud su existencia y valor, toda vez que la parte interesada no aportó los soportes de tales registros, como las facturas de venta, las órdenes de pago del aludido contrato emanados de la Dirección Técnica y Financiera del IDU u otra prueba idónea que indicara la práctica real y efectiva de tal retención y su valor exacto.

Esto no pone en tela de juicio la veracidad el contenido de las copias impresas del auxiliar detallado por centro de costo arrojado por el software contable SIIGO, pero sí pone en entredicho la certidumbre sobre las cifras allí plasmadas comoquiera que, valorado el acervo probatorio en su conjunto, la demandante no aportó medio alguno, que compruebe en concreto las citadas retenciones y su valor, a efectos de incluirlos en la liquidación judicial del negocio jurídico.

⁸⁴ Se hace la aclaración que de acuerdo con la Factura de Venta N. 264 de 19 de junio de 2009 (f. 437, C. 6) y la orden de pago N. 2409 de 25 de junio de 2009 emanada de la Dirección Técnica y Financiera del IDU (f. 435 C. 6) el porcentaje de las retenciones en garantía aplicado por el IDU fue el correspondiente al 5% del valor pagado. Por su parte, en los pliegos de condiciones arrimados al proceso se evidencia que el porcentaje de la retención en garantía que se estipuló era del 10%. Veamos: "[48.1] La retención en garantía que se aplica es del DIEZ POR CIENTO (10%). || 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 DIEZ POR CIENTO (10%) retenido en la ejecución, una vez se efectúe la liquidación del contrato". (Énfasis por fuera del texto original).



En consecuencia, la Sala concluye que las demás retenciones en garantía no están probadas dentro del proceso, por lo tanto, no se puede incluir dicho valor en la liquidación judicial del contrato con el fin de ordenar su devolución a CICON S.A.

10.8. Así las cosas, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de incluir dentro de la liquidación judicial del contrato de obra IDU-BM-170 de 2005 la suma de **\$354'682.945** por concepto de restablecimiento que deberá restituir el IDU a CICON S.A. por los motivos ya descritos.

XI. COSTAS

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas por cuanto no se evidencia en el *sub examine* que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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 2 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, la cual quedará así:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda del proceso 25000232600020080060101 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución 1146 de 18 de abril de 2008 y de su confirmatoria, la Resolución 2726 de 1 de agosto de 2008, proferidas por el director técnico de la malla vial del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), según las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR al Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) a pagar a la sociedad Cicon S.A. la suma de \$354'682.945, a título de restablecimiento del derecho, con ocasión de la declaración de la nulidad de la Resolución 1146 de 18 de abril de 2008 y de su confirmatoria, la Resolución 2726 de 1 de agosto de 2008, proferidas por el director técnico de la malla vial del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

CUARTO: DECLARAR LIQUIDADO el contrato de obra IDU-BM-170 de 28 de diciembre de 2005 suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y Cicon S.A., con un saldo a favor de la contratista equivalente a la suma de \$345'935.728,87 por concepto de restablecimiento del derecho, en virtud de la declaratoria de nulidad por de la Resolución 1146 de 18 de abril de 2008 y de su confirmatoria, la Resolución 2726 de 1 de agosto de 2008, proferidas por el Director Técnico de la Malla Vial del IDU, el cual deberá ser pagado por el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), conforme a las consideraciones expuestas en este proveído.



Radicado: 25000-23-26-000-2008-00601-01 acumulado con
11001-33-31-031-2009-00191-00 (49233)
Demandante: CICON S.A.

QUINTO: **NEGAR** las pretensiones restantes del proceso 11001333103120090019100 por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: Cúmplase esta sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: 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