



**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INEXISTENCIA DE LA DESVIACIÓN DE PODER / INTERÉS EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATO / INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS - No acreditado / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / OBJETO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PLIEGO DE CONDICIONES / REGLAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES / REQUISITOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DEL PLIEGO DE CONDICIONES / CUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE CONDICIONES**

[N]o se acreditó que el contrato fuera celebrado con desviación de poder. Lo anterior en virtud de que no se demostró la finalidad apartada del interés público que pudieron tener los funcionarios para realizar las alteraciones que no notó el demandante. (...) [L]as modificaciones no transformaron su objeto, violaron la primacía del pliego, ni crearon una distribución de riesgos diferente de la que se hizo pública desde el procedimiento de selección.

**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTENIDO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DEL PLIEGO DE CONDICIONES - Minuta / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CLÁUSULAS DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / INEXISTENCIA DE LA DESVIACIÓN DE PODER / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO**

Se encuentra acreditado que existen diferencias entre el texto de la minuta que fue publicada como anexo 1 de los pliegos de condiciones, y el contrato efectivamente suscrito por las partes. (...) Las alegaciones del recurrente se concentraron en que el IDU modificó las estipulaciones contractuales sin el conocimiento del contratista. Sin embargo, para la Sala no hay lugar a declarar la nulidad del contrato total o parcial por este hecho; pues estas alteraciones no configuran un abuso o desviación de poder.

**PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / DILIGENCIA DE LAS PARTES / CONTENIDO DEL CONTRATO - Lectura / REQUISITOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / FORMALIDADES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / DEBERES DEL CONTRATISTA / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

[L]a Sala rechaza todos los argumentos que se sustentan en que el demandante suscribió el contrato sin haber leído su contenido. De la autonomía de la voluntad se derivan cargas que deben observar los sujetos, entre otros, para lograr que los negocios jurídicos tengan la finalidad que ellos persiguen. Uno de los deberes fundamentales que se deriva de la carga de diligencia es leer el contrato que se suscribe, pues en este se encuentra el régimen obligacional al cual se someten las partes. Además, en desarrollo de las cargas de claridad, precisión y sagacidad, las partes deben asegurarse de que el texto del contrato concrete efectivamente su voluntad. Por ello, el contratista se encuentra obligado en los términos del contrato, ya que no haber leído su texto no le resta a este carácter vinculante y

solo revela el incumplimiento de los deberes derivados de las cargas de la autonomía de la voluntad.

**INEXISTENCIA DE LA DESVIACIÓN DE PODER / INTERÉS EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATO / INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS - No acreditado / FAVORECIMIENTO POR SERVIDOR PÚBLICO - No acreditado / AUSENCIA DE PRUEBA / ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / OBJETO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL INTERÉS GENERAL / FINALIDAD DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

[T]ampoco obran pruebas en el expediente de las cuales pueda inferirse que las modificaciones en la minuta del contrato hayan tenido por finalidad favorecer a los servidores públicos involucrados en la celebración del contrato o a un tercero. Tampoco existe evidencia que demuestre que esas modificaciones alejaron al contrato, su objeto, o sus obligaciones de las finalidades de interés general que debe caracterizar el ejercicio de la función administrativa.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la celebración de contrato para favorecer a terceros ver sentencia de 22 de marzo de 2007, Exp. 28010, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

**IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / PLIEGO DE CONDICIONES - Prevalece sobre el contrato cuando el contrato tiene cláusulas ambivalentes / CLÁUSULA AMBIGUA / CONTENIDO DEL CONTRATO / CONTENIDO DEL PLIEGO DE CONDICIONES - La minuta y el contrato pueden ser modificados / PROCEDIMIENTO DE LA SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO - Pueden dar a lugar a diferencias entre la minuta del pliego de condiciones y el contrato**

[T]ampoco se configura la causal nulidad alegada de cara a la subregla de prevalencia del pliego sobre el contrato. El Consejo de Estado ha reconocido en diversas oportunidades la subregla de que el pliego prevalece, en caso de ambivalencia, sobre el texto del contrato. Sin embargo, esta subregla no conlleva que la minuta consignada en el pliego tenga carácter inmodificable y deba ser idéntica en cada una de sus cláusulas al contrato suscrito por las partes. Para la Sala, la naturaleza de los procedimientos de selección -en el cual se reciben y resuelven comentarios y observaciones- y las negociaciones entre las partes que materializan la autonomía de la voluntad -que se pueden adelantar después de la adjudicación sin desnaturalizar el objeto del contrato o del proceso de selección- pueden llevar a que existan diferencias, sin que ello implique que el contrato o sus cláusulas sean inválidas.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la prevalencia del pliego de condiciones ver sentencia de 29 de enero de 2004, Exp. 10779, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia de 24 de julio de 2013, Exp. 25642, C.P. Enrique Gil Botero y sentencia de 10 de diciembre 2018, Exp. 61431, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

**IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / INEXISTENCIA DE LA DESVIACIÓN DE PODER / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO - Modificación / OBJETO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO - Cumplimiento / DESARROLLO DEL OBJETO DEL CONTRATO / APERTURA DE LICITACIÓN PÚBLICA / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTRATO DE OBRA A PRECIO GLOBAL / PRECIO GLOBAL DEL CONTRATO ESTATAL / RIESGOS DEL CONTRATO ESTATAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ESTATAL / GARANTÍAS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / GARANTÍAS EN EL CONTRATO ESTATAL / GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / MULTA AL CONTRATISTA / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / OBLIGACIONES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA**

[L]as cláusulas alteradas dieron desarrollo al objeto del contrato que había sido publicado desde la apertura de la licitación. De las pruebas que obran en el expediente se puede ver que no se modificó el tipo de contrato de obra, pues siempre se trató de un contrato de obra a precio global. Tampoco es cierto que se haya modificado la asignación de riesgos, pues desde la minuta del contrato publicada con los pliegos puede advertirse que la asignación de riesgos es la propia de un contrato de obra a precio global y esto no se alteró con las variaciones introducidas. (...) En relación con las cláusulas de multas y garantías, y los cambios que fueron resultado de las observaciones al pliego, tampoco se observa ningún reparo relacionado con la modificación del objeto del contrato, y, según se dijo, el contratista se encontraba obligado por los términos del contrato. (...) [N]o existe mérito para acceder a las pretensiones de nulidad absoluta del contrato, total o parcial, por abuso o desviación de poder.

**ADICIÓN A LA SENTENCIA / PROCEDENCIA DE LA ADICIÓN A LA SENTENCIA / PRETENSIÓN SUBSIDIARIA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONTENIDO DE LA DEMANDA / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONDICIONES INICIALES DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - No se acreditó la no realización de los supuestos e hipótesis en que se fundó el modelo contractual**

[L]a Sala adicionará la sentencia de primera instancia para denegar independientemente la pretensión tercera subsidiaria, que se refería a la no realización de los supuestos e hipótesis del modelo contractual. Lo anterior se hace a solicitud del demandante, quien expresamente recordó en su escrito que sus pretensiones, salvo las consecuenciales, eran independientes una de la otra y con fundamento en lo normado por el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil. Las pretensiones se negarán como consecuencia de que las partes suscribieron al menos 7 modificaciones al contrato inicial, , incluidas 3 prorrogas en las cuales las partes acordaron claro que estas no generarían costos adicionales para la entidad, y un Acta de Terminación de la Etapa de Construcción, sin que en ninguna de ellas se hubiese consignado salvedad o constancia alguna por parte del contratista sobre la supuesta no realización de los supuestos e hipótesis en que se fundó el modelo contractual.

**FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 311**

**APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE RESPETO DEL ACTO PROPIO / PRINCIPIO QUE PROHÍBE IR CONTRA LOS ACTOS PROPIOS / OBSERVACIONES A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / ETAPA CONTRACTUAL - El contratista no presentó observaciones frente al acta de terminación de la etapa de construcción / INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL**

[D]el principio de buena fe y la prohibición de venir contra los actos propios se deriva que las pretensiones de la demanda solamente pueden prosperar cuando el demandante ha dejado constancias o salvedades en las modificaciones, adiciones, prorrogas, suspensiones, y, en el caso concreto, el acta de terminación de la etapa de construcción, pues las pretensiones se fundan en hechos ocurridos durante esta etapa, lo que no ocurrió en el caso que se decide. (...) Finalmente, por tratarse de pretensiones consecuenciales de las anteriores, se confirmará la decisión del Tribunal en el sentido de denegar las pretensiones relacionadas con la ruptura del equilibrio económico del contrato.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las observaciones hechas por el contratista en las etapas del contrato ver sentencia de 8 de mayo de 2019, Exp. 40524, C.P. Alberto Montaña Plata.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2006-00369-01(41752)**

**Actor: CONSORCIO ESTACIÓN SAN VICTORINO Y OTROS**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU - Y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

*Temas: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - nulidad de contrato por abuso o desviación de poder - prevalencia del pliego sobre el contrato - modificaciones a la minuta del contrato publicada con el pliego de condiciones - salvedades y constancias en acta de terminación de la etapa de obra*

*Síntesis: la parte demandante solicitó que se declarara la nulidad absoluta, total o parcial, del contrato por abuso o desviación de poder como consecuencia de que la entidad modificó, sin que él lo notara, la minuta del contrato comparada con la minuta publicada como anexo del pliego. Adicionalmente, solicitó que se declarara que los supuestos en que se fundó el modelo contractual no se verificaron durante la fase de ejecución del contrato.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida el 7 de abril de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

El Consejo de Estado es **competente** para conocer del presente asunto, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo (CCA)<sup>1</sup>.

Contenido: 1. Antecedentes. 2. Consideraciones. 3. Decisión

## **1. ANTECEDENTES**

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante. 1.2. Posición de la parte demandada. 1.3. Sentencia recurrida. 1.4. Recurso de apelación. 1.5. Trámite relevante en segunda instancia.

### **1.1. Posición de la parte demandante**

1. El Consortio Estación San Victorino y sus integrantes: Cuellar Serrano Gómez S.A., Esgamo Limitada Ingenieros Constructores, y Construcciones Técnicas de Ingeniería LTDA - Contein LTDA. Presentaron **demanda**<sup>2</sup>, en ejercicio de la **acción de controversias contractuales**, en contra del Instituto de Desarrollo Urbano - IDU - y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A.

---

<sup>1</sup> Artículo 129: "El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos".

<sup>2</sup> El 16 de diciembre de 2005. F. 2 del cuaderno 1.

Los demandantes presentaron **corrección de la demanda**<sup>3</sup>, en la cual formularon las **pretensiones** que se transcriben a continuación:

*“A. Principales*

*1. Que con fundamento en las razones de orden fáctico y jurídico que se consignan en la presente demanda se declare la nulidad absoluta del contrato IDU-43-2003, suscrito entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU, y a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. y EL CONSORCIO ESTACIÓN SAN VICTORINO.*

*2. Como consecuencia de la declaración anterior condenar solidariamente al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU, y a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., a reconocer y pagar al CONSORCIO ESTACIÓN SAN VICTORINO y a las sociedades que lo integran, todas las prestaciones ejecutadas hasta el momento de declaratoria de la nulidad, al igual que todos los daños y perjuicios causados con ocasión del contrato, en la cuantía y por los conceptos que se indican en los numerales 5.1. a 5.18 de las pretensiones subsidiarias de la demanda.*

*3. Condenar solidariamente al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU, y a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., al pago de los intereses de mora sobre las sumas reconocidas en el fallo, a la tasa de interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, más la tercera parte (1/3) de dicha tasa, sin exceder la máxima permitida por la ley, conforme a lo dispuesto en la cláusula 39 del contrato, desde la fecha de presentación de la demanda y hasta cuando se produzca su pago efectivo.*

*4. Como resultado de las declaraciones anteriores condenar solidariamente al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU, y a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. a pagar al CONSORCIO ESTACIÓN SAN VICTORINO y a las sociedades que lo integran, todas las costas y gastos ocasionados en el proceso*

---

<sup>3</sup> El 17 de agosto de 2006. F. 1-126 del Cuaderno 3.

## *B. Subsidiarias*

*En el evento en que por cualquier causa las pretensiones principales no fueren procedentes, de manera subsidiaria le solicitamos al Tribunal, estudiar, reconocer y declarar las siguientes:*

*1. Declarar la nulidad absoluta, o en su defecto, la ineficacia o inoponibilidad de las cláusulas 1.73, 1.74, 1.75, 1.76, 5.22, 8.1.2, 8.1.7, 21.2.8, el inciso tercero de la cláusula 21.3, y 32.1 del contrato IDU-43-2003 suscrito entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU, y a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. y el CONSORCIO ESTACIÓN SAN VICTORINO, con fecha de 4 de abril de 2003, así como del texto adicionado por el IDU a la página 13 del acta No. 16 de Terminación de la Etapa de Construcción, transcrito en la página 22 de la demanda.*

*2. Declarar la nulidad absoluta, o en su defecto, la ineficacia, o inoponibilidad del párrafo de la cláusula primera del contrato adicional No. 2, así como del párrafo de la cláusula segunda del contrato adicional No. 3 y del párrafo de la cláusula segunda del contrato adicional No. 4, al contrato IDU-43-2003, todos suscritos entre las mismas partes.*

*3. Declarar que los supuestos y las hipótesis en que se fundó el modelo contractual formulado por la Administración IDU para la construcción de las obras de la Estación Intermedia de San Victorino, no se cumplieron, en unos casos como consecuencia exclusiva de las acciones y omisiones del IDU y TRANSMILENIO S.A., en la etapa previa y durante la ejecución del contrato, y en otros, como resultado de los hechos y situaciones imprevistas y por lo mismo extrañas y ajenas a la conducta del Contratista, convirtiendo dicho modelo en un esquema completamente inviable e inoperante que se tornó abusivo y perjudicial para el Contratista.*

*4. Como consecuencia de los pronunciamientos anteriores, reconocer y declarar que en la ejecución del contrato IDU-43-2003, se presentó un rompimiento de la ecuación contractual, por causas no imputables al Contratista, que afectó sus legítimos*

*intereses económicos, ocasionándole como consecuencia un detrimento patrimonial injustificado.*

*5. Como consecuencia de las declaraciones precedentes y a efectos de restablecer el equilibrio de la ecuación económica del contrato, condenar solidariamente al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU, y a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A, a pagar al CONSORCIO ESTACIÓN SAN VICTORINO y a las sociedades que lo integran, la suma de ONCE MIL TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$11.380'580.534) moneda corriente, o la mayor que resulte probada dentro del proceso, por los conceptos y en las cuantías que a continuación se indican:*

*...*

*6. Condenar solidariamente al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU, y a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A, al pago de los intereses de mora sobre las sumas reconocidas en el fallo, a la tasa de interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, más la tercera parte (1/3) de dicha tasa, sin exceder la máxima permitida por la ley, conforme a lo dispuesto en la cláusula 39 del contrato, desde la fecha de presentación de la demanda y hasta cuando se produzca su pago efectivo.*

*7. Con el fin de restablecer hacia el futuro el equilibrio financiero del contrato, le solicito al Tribunal modificar la cláusula 21.3 del contrato relativa a los pagos semestrales por mantenimiento, en el sentido de reconocerle hacia el futuro al Contratista, el valor real por las obras y labores de mantenimiento, en la cuantía que arroje el dictamen pericial que con dicho fin se solicita como prueba.*

*8. Condenar solidariamente al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU, y a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A, al pago de todas las costas y gastos del proceso”.*



2. La parte demandante basó sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes hechos:

3. 1) El Instituto de Desarrollo Urbano - IDU abrió la Licitación Pública IDU-LP-DTC-090-2002 mediante la Resolución 12349 de 16 de diciembre de 2002, cuyo objeto era *“contratar los ajustes de diseño, construcción, y mantenimiento de la estación intermedia de San Victorino localizada en la Avenida Jimenez por troncal Caracas para el sistema de transporte, en Bogotá D.C.”*<sup>4</sup>

4. 2) El anexo 1 de los pliegos de condiciones para este proceso de Licitación Pública contenía la Minuta del Contrato a celebrar entre el IDU y Transmilenio, de un lado, y el adjudicatario del contrato, del otro<sup>5</sup>.

5. 3) El IDU adjudicó el contrato al Consorcio Estación San Victorino, mediante la Resolución 2268 de 25 de marzo de 2003. El Consorcio estaba conformado por las sociedades Cuellar Serrano Gómez S.A., Esgamo Limitada Ingenieros Constructores, y Construcciones Técnicas de Ingeniería Limitada - Contein Ltda<sup>6</sup>. La adjudicación del contrato, según el texto de la resolución, se hizo *“hasta por la suma de”* 8.359'414.619 m/cte y con un plazo de ejecución de 66 meses.

6. 4) El IDU y el Consorcio San Victorino celebraron el contrato IDU-043-2003 el 4 de abril de 2003, el cual también fue suscrito por la empresa Transmilenio en calidad de pagador de las obligaciones dinerarias a favor del contratista<sup>7</sup>.

7. 5) Según el demandante, el IDU modificó unilateralmente sin que el representante legal del Consorcio lo notara algunas cláusulas del Contrato, cuando se comparaba con la minuta que hacía parte del pliego. Según la parte demandante, se introdujeron algunas definiciones en las cláusulas 1.73 a 1.76 sobre los ajustes de diseños. Modificó la cláusula 4 sobre plazo estimado e incluyó la etapa de revisión de estudios. Alteró la cláusula 5.22 titulada *“revisión de estudios”*, lo que en sentir del contratista *“trasladó ilegalmente la obligación de revisar los estudios y diseños, del Interventor al Contratista”*. Reformó la cláusula 32.1 para permitir la declaratoria de multas si el contratista no entregaba ajustes de diseño. Insertó las cláusulas 8.1.2. y 8.1.7., donde se crearon garantías de

---

<sup>4</sup> F. 7 Y 8 del Cuaderno 13 de pruebas, anexo 1 de la Demanda.

<sup>5</sup> F. 196-319 del cuaderno 13 de pruebas, anexo 6 de la Demanda.

<sup>6</sup> F. 10-15 del cuaderno 13 de Pruebas, anexo 2 de la Demanda.

<sup>7</sup> F. 17 del cuaderno 13 de Pruebas, anexo 3 de la Demanda.

amparo de manejo y buena inversión y devolución del pago anticipado sobre el valor para los ajustes de diseño, y amparo de calidad de los ajustes y diseños.

8. 6) Adicionalmente, la entidad, alegó el demandante, omitió incluir en el contrato algunas modificaciones que se habían hecho vía adenda durante el procedimiento de selección: en la cláusula 21.2.8 sobre compensación para restablecer el equilibrio económico la entidad había accedido a modificar la fecha para calcular el porcentaje de variación; en la cláusula 21.3 sobre el valor del ajuste para las obras y labores de mantenimiento, igualmente se había modificado la fecha para su cálculo; en la cláusula 38.1.1. la entidad había accedido a modificar la conformación del panel de amigables componedores.

9. 7) La parte demandante argumentó que el IDU determinó indebidamente el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior lo fundamentó en que la entidad *“no elaboró ningún tipo de estudio para la determinación del plazo contractual”*.

10. 8) Según los demandantes, durante la ejecución del contrato ocurrieron imprevistos que hicieron imposible ejecutar el proyecto bajo las condiciones inicialmente planeadas. Entre estos se pusieron de presente: las inconsistencias entre la condición de los suelos revelada por el estudio de suelos y la realidad encontrada en el terreno, las fallas del terreno en el sitio de excavación del túnel, así como algunos inconvenientes surgidos con las redes de servicios públicos.

11. 9) Las partes celebraron acta de terminación de la etapa de construcción, en la cual el contratista no consignó salvedad alguna. Además, según el demandante, la entidad alteró el contenido del Acta de manera ilegítima.

## **1.2. Posición de la parte demandada**

12. El IDU **contestó la demanda**<sup>8</sup> y **la corrección de la demanda**<sup>9</sup>. En estos escritos la entidad sostuvo que el texto del contrato fue puesto a disposición del contratista al momento de su suscripción y este verificó y firmó cada una de sus páginas. Además, puso de presente que no podía aceptarse que un contratista con experiencia suscribiera un contrato de \$8.359.414.619.00, lo ejecutara, y luego de ejecutado alegara que desconocía las cláusulas contractuales.

---

<sup>8</sup> El 16 de junio de 2005. F. 125-142 del cuaderno 1.

<sup>9</sup> El 14 de noviembre de 2006. F. 189-207 del cuaderno 1.

13. Adicionalmente, el IDU explicó las adiciones y modificaciones introducidas en la minuta del contrato. En relación con la adición de las cláusulas 1.73-1.76 señaló que estas solo pretendían otorgar claridad a las partes en relación con algunos términos usados en el contrato. Sobre el plazo, el IDU señaló que esta modificación buscó dejar claro que, antes de la iniciación de la construcción, era necesario realizar la revisión de los estudios. Respecto del pago por actualización con el ICCP se alegó que no habría lugar a su reconocimiento si el contratista durante la ejecución presentaba retrasos, lo que efectivamente ocurrió. A propósito de las modificaciones relacionadas con la elección del panel de amigables componedores, el IDU señaló que las partes habían celebrado un otrosí sobre el punto. Como consecuencia, si existía algún reparo sobre la cláusula, este quedaría "saneado". En lo que tiene que ver con las garantías adicionales, el IDU indicó que las había agregado "*amparada por el mismo contrato y por la ley*", pues este tipo de garantías se encontraban contempladas en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1994. Finalmente, el IDU puso de presente que el contratista había firmado el acta de terminación del contrato sin salvedades, lo que, en su entender, de cara al principio constitucional de buena fe y la jurisprudencia de esta corporación impedía cualquier reclamación posterior.

14. Con base en lo anterior, el IDU propuso las siguientes excepciones: "*pleito pendiente entre las mismas partes y por el mismo asunto*", pues el contratista había presentado una reclamación por rompimiento del equilibrio económico ante el panel de amigables componedores que tuvo un resultado favorable a su favor, decisión que la entidad demandó ante esta jurisdicción; "*cobro de lo no debido*" ya que el contratista accedió a las modificaciones al contrato original sin dejar salvedad alguna y aceptó los términos incluido que los otrosíes no causarían ningún sobrecosto para el IDU; "*indebida acumulación de pretensiones*" pues en su entender la nulidad y el desequilibrio económico del contrato son pretensiones mutuamente contradictorias y excluyentes; "*excepción de contrato no cumplido*" pues los retardos en el cumplimiento se debieron a la conducta del contratista; "*la firma del acta de terminación de sin salvedades impide cualquier reclamación a futuro*"; así como todas las excepciones de oficio que resultaren probadas dentro del proceso.

15. Transmilenio **contestó la demanda**<sup>10</sup> y **la corrección de la demanda**<sup>11</sup>. La entidad sostuvo que había suscrito el contrato en calidad de “pagador” de las obligaciones del contrato, pero que no existía solidaridad legal o contractual entre Transmilenio y el IDU. También argumentó que todos los aspectos técnicos habían sido diseñados y eran de resorte del IDU. Además, afirmó que el texto del contrato fue debidamente suscrito por las partes, por lo que el supuesto cambio unilateral del mismo no puede viciar de nulidad el acuerdo y, como consecuencia, no se configuró la causal de abuso o desviación de poder.

16. Transmilenio presentó las excepciones de “*caducidad de la acción*”; “*indebida acumulación de pretensiones*”, debido a que las pretensiones de nulidad resultaban contradictorias con las pretensiones de rompimiento del equilibrio económico; “*pago de la obligación*” para lo cual se listan los pagos hechos al contratista; “*inexistencia de solidaridad*”; y “*la excepción genérica*”.

### **1.3. Sentencia de primera instancia**

17. El 7 de abril de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, profirió sentencia<sup>12</sup>, en la cual negó las pretensiones de la demanda.

18. El Tribunal presentó el objeto del litigio de la siguiente manera: “*en el presente caso debe analizarse si el aducido cambio de las cláusulas contractuales configuró una desviación de poder por parte de la entidad y por lo tanto, si se genera la declaratoria de nulidad absoluta del contrato en aplicación del numeral 3º del artículo 44 y 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993*”.

19. El Tribunal concluyó que las modificaciones, en general, no fueron introducidas con desviación de poder o de manera abusiva, pues estas no alteraban el objeto del contrato y, en esa medida, no resultaba procedente declarar que estas no eran previsibles desde el trámite de la licitación pública.

### **1.4. Recurso de apelación**

---

<sup>10</sup> El 7 de junio de 2006. F. 1-24 del cuaderno 2.

<sup>11</sup> El 24 de octubre de 2006. F. 183-188 del cuaderno 1.

<sup>12</sup> F. 480-504 del cuaderno del Consejo de Estado.

20. La parte demandante presentó **recurso de apelación**<sup>13</sup> en contra de la sentencia de primera instancia con base en los siguientes argumentos:

21. Se reiteraron los argumentos de la demanda en relación con la supuesta modificación de la distribución de riesgos y el modelo contractual causada por las modificaciones introducidas por el IDU, lo que, en su entender, constituyó una desviación de poder. Agregó que la diferencia en las cláusulas implicó un irrespeto a la intangibilidad de los pliegos y su posición predominante, por sobre el contrato, en la escala de fuentes normativas. Para terminar, señaló que las pretensiones subsidiarias fueron claramente presentadas, una independiente de la otra, por lo que su estudio no podía omitirse como se hizo en primera instancia. Además, de prosperar cualquiera de ellas, deberían proceder las consecuencias relativas al reconocimiento del desequilibrio económico.

### **1.5. Trámite relevante en segunda instancia**

22. El Consejo de Estado, mediante el Auto de 23 de noviembre de 2011 decidió tener como prueba las actas N° 56 de “Terminación de la Etapa de Mantenimiento” y 57 de “Recibo de Etapa de Mantenimiento” aportadas por el recurrente con el escrito de apelación. Lo anterior, bajo el entendido de que las actas fueron suscritas con posterioridad a la oportunidad para solicitar pruebas en el trámite de primera instancia (Artículo 214 numeral 2 del CCA).

23. El 10 de octubre de 2019 el Magistrado Martín Bermúdez Muñoz manifestó **impedimento** para actuar en el presente proceso<sup>14</sup>. El 2 de marzo de 2020 se declaró fundado el impedimento<sup>15</sup>.

## **2. CONSIDERACIONES**

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo. 2.2. Sobre la condena en costas.

### **2.1. Análisis sustantivo**

---

<sup>13</sup> El 6 de mayo de 2011. F. 506-538 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

<sup>14</sup> F. 729 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

<sup>15</sup> F. 731-732 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

24. Le corresponde a la Sala determinar si existe nulidad total o parcial del contrato por abuso o desviación de poder, como consecuencia de las diferencias entre la minuta del contrato que era parte del pliego de condiciones y el contrato. Adicionalmente, la Sala deberá decidir si como alegó el demandante “*los supuestos en que se fundó el modelo contractual*” no se verificaron durante la fase de ejecución.

25. La Sala confirmará la decisión de primera instancia, pues no se acreditó que el contrato fuera celebrado con desviación de poder. Lo anterior en virtud de que no se demostró la finalidad apartada del interés público que pudieron tener los funcionarios para realizar las alteraciones que no notó el demandante. La Sala rechazará los argumentos que se sustentaron en el hecho de que el contratista no leyó el contrato; además, decidirá que las modificaciones no transformaron su objeto, violaron la primacía del pliego, ni crearon una distribución de riesgos diferente de la que se hizo pública desde el procedimiento de selección. Finalmente, la Sala estudiará y rechazará la pretensión tercera subsidiaria ya que el demandante no dejó constancias o salvedades en los otrosíes, adicionales, o el acta de terminación de la etapa de construcción.

26. Se encuentra acreditado que existen diferencias entre el texto de la minuta que fue publicada como anexo 1 de los pliegos de condiciones<sup>16</sup> y el contrato efectivamente suscrito por las partes<sup>17</sup>.

27. Las alegaciones del recurrente se concentraron en que el IDU modificó las estipulaciones contractuales sin el conocimiento del contratista. Sin embargo, para la Sala no hay lugar a declarar la nulidad del contrato total o parcial por este hecho; pues estas alteraciones no configuran un abuso o desviación de poder por las razones que se pasan a exponer.

28. En primer lugar, la Sala rechaza todos los argumentos que se sustentan en que el demandante suscribió el contrato sin haber leído su contenido. De la autonomía de la voluntad se derivan cargas que deben observar los sujetos, entre otros, para lograr que los negocios jurídicos tengan la finalidad que ellos persiguen. Uno de los deberes fundamentales que se deriva de la carga de diligencia es leer el contrato que se suscribe, pues en este se encuentra el

---

<sup>16</sup> F. 196-319 del cuaderno 13 de pruebas, anexo 6 de la Demanda.

<sup>17</sup> F. 17-119 del cuaderno 13 de Pruebas, Anexo 3 de la Demanda.

régimen obligacional al cual se someten las partes. Además, en desarrollo de las cargas de claridad, precisión y sagacidad, las partes deben asegurarse de que el texto del contrato concrete efectivamente su voluntad. Por ello, el contratista se encuentra obligado en los términos del contrato, ya que no haber leído su texto no le resta a este carácter vinculante y solo revela el incumplimiento de los deberes derivados de las cargas de la autonomía de la voluntad.

29. En segundo lugar, tampoco obran pruebas en el expediente de las cuales pueda inferirse que las modificaciones en la minuta del contrato hayan tenido por finalidad favorecer a los servidores públicos involucrados en la celebración del contrato o a un tercero<sup>18</sup>. Tampoco existe evidencia que demuestre que esas modificaciones alejaron al contrato, su objeto, o sus obligaciones de las finalidades de interés general que debe caracterizar el ejercicio de la función administrativa.

30. En tercer lugar, tampoco se configura la causal nulidad alegada de cara a la subregla de prevalencia del pliego sobre el contrato. El Consejo de Estado ha reconocido en diversas oportunidades la subregla de que el pliego prevalece, en caso de ambivalencia, sobre el texto del contrato.<sup>19</sup> Sin embargo, esta subregla no conlleva que la minuta consignada en el pliego tenga carácter inmodificable y deba ser idéntica en cada una de sus cláusulas al contrato suscrito por las partes<sup>20</sup>. Para la Sala, la naturaleza de los procedimientos de selección -en el cual se reciben y resuelven comentarios y observaciones- y las negociaciones entre las partes que materializan la autonomía de la voluntad -que se pueden adelantar después de la adjudicación sin desnaturalizar el objeto del contrato o del proceso de selección- pueden llevar a que existan diferencias, sin que ello implique que el contrato o sus cláusulas sean inválidas.

31. De otra parte, como lo corroboró el Tribunal, las cláusulas alteradas dieron desarrollo al objeto del contrato que había sido publicado desde la apertura de la licitación. De las pruebas que obran en el expediente se puede ver que no se modificó el tipo de contrato de obra, pues siempre se trató de un contrato de obra

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de marzo de 2007, Exp. 28010.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004, Exp. 10779; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de julio de 2013, Exp. 25642.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 10 de diciembre 2018, Exp. 61431.

a precio global. Tampoco es cierto que se haya modificado la asignación de riesgos, pues desde la minuta del contrato publicada con los pliegos puede advertirse que la asignación de riesgos es la propia de un contrato de obra a precio global y esto no se alteró con las variaciones introducidas.

32. El objeto del contrato en la Resolución de Apertura era “*contratar los ajustes de diseño, construcción, y mantenimiento de la estación intermedia de san victorino localizada en la avenida jimenez por troncal caracas para el sistema de transporte, en bogotá d.c.*”<sup>21</sup>. Por tanto, se rechazarán todos los argumentos en el sentido de que con la inclusión de cláusulas relativas a los “*ajustes de diseño*”, las definiciones de la cláusula 1.73 a 1.76, o la etapa de revisión de estudios, la entidad hubiera desnaturalizado el contrato, transformado fundamentalmente el régimen obligacional, o actuado con abuso o desviación de poder puesto que, como lo señaló el Tribunal, estas obligaciones daban desarrollo al objeto del contrato tal y como fue originalmente concebido.

33. En relación con las cláusulas de multas y garantías, y los cambios que fueron resultado de las observaciones al pliego, tampoco se observa ningún reparo relacionado con la modificación del objeto del contrato, y, según se dijo, el contratista se encontraba obligado por los términos del contrato.

34. Con base en las anteriores consideraciones, se confirmará la decisión de primera instancia, pues no existe mérito para acceder a las pretensiones de nulidad absoluta del contrato, total o parcial, por abuso o desviación de poder.

35. Ahora bien, las pretensiones subsidiarias del demandante no se contrajeron a la declaratoria de nulidad total o parcial del contrato. La pretensión tercera subsidiaria no era consecuencial de las nulidades alegadas. Por tanto, debe hacerse un estudio independiente de esta, a diferencia de lo que hizo el Tribunal. Por lo anterior, la Sala adicionará la sentencia de primera instancia para denegar independientemente la pretensión tercera subsidiaria, que se refería a la no realización de los supuestos e hipótesis del modelo contractual. Lo anterior se hace a solicitud del demandante, quien expresamente recordó en su escrito que sus pretensiones, salvo las consecuenciales, eran independientes una de la otra y con fundamento en lo normado por el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil.

---

<sup>21</sup> F. 7 Y 8 del cuaderno 13 de pruebas, anexo 1 de la demanda.



36. Las pretensiones se negarán como consecuencia de que las partes suscribieron al menos 7 modificaciones al contrato inicial,<sup>22</sup> incluidas 3 prorrogas en las cuales las partes acordaron claro que estas no generarían costos adicionales para la entidad,<sup>23</sup> y un Acta de Terminación de la Etapa de Construcción<sup>24</sup>, sin que en ninguna de ellas se hubiese consignado salvedad o constancia alguna por parte del contratista sobre la supuesta no realización de los supuestos e hipótesis en que se fundó el modelo contractual. Esta conclusión permanece invariable incluso si se observa la supuesta alteración que hizo el IDU a la página 13 del Acta de terminación de la etapa de construcción porque, incluso en la versión allegada por el contratista<sup>25</sup> de su propio archivo, no se observa salvedad o constancia alguna relacionada con la pretensión que aquí se estudia.

37. Las anteriores circunstancias impiden que la pretensión subsidiaria tercera del contratista prospere. Ello es así, pues del principio de buena fe y la prohibición de venir contra los actos propios se deriva que las pretensiones de la demanda solamente pueden prosperar cuando el demandante ha dejado constancias o salvedades en las modificaciones, adiciones, prorrogas, suspensiones<sup>26</sup>, y, en el caso concreto, el acta de terminación de la etapa de construcción, pues las pretensiones se fundan en hechos ocurridos durante esta etapa, lo que no ocurrió en el caso que se decide.

38. Finalmente, por tratarse de pretensiones consecuenciales de las anteriores, se confirmará la decisión del Tribunal en el sentido de denegar las pretensiones relacionadas con la ruptura del equilibrio económico del contrato.

## **2.2. Sobre la condena en costas**

39. La Sala se abstendrá de condenar en costas, pues no se configuran los supuestos del artículo 171 del CCA.

---

<sup>22</sup> F. 286- 304 del cuaderno 17 de pruebas, anexos 8 a 14 de la demanda.

<sup>23</sup> Parágrafo de la cláusula primera del adicional No. 2, F. 299, cuaderno 17 de pruebas; parágrafo de la cláusula segunda del adicional No. 3, F. 302, cuaderno 17 de pruebas; y Parágrafo de la cláusula segunda del adicional No. 4, F. 304, cuaderno 17 de pruebas.

<sup>24</sup> El 5 de febrero de 2004. F. 176, cuaderno 11 de pruebas.

<sup>25</sup> Anexo 18, F. 197, cuaderno 11 de pruebas.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 8 de mayo de 2019, exp. 40524.

### 3. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la Sentencia de 7 de abril de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la Sentencia de 7 de abril de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, para denegar de manera independiente la pretensión subsidiaria tercera por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

Por Secretaría, una vez de ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Electrónicamente  
**RAMIRO PAZOS GUERRERO**  
**PLATA**

Firmado Electrónicamente  
**ALBERTO MONTAÑA**