



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

Magistrado Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 25000-23-36-000-2015-02330-01(61023)
Demandante: Consorcio Avenida Usminia 003
Demandado: Metrovivienda (hoy, Empresa de Renovación Urbana)
Referencia: Controversias contractuales

Tema 1: Congruencia de la sentencia. **Tema 2:** Aplicación de la buena fe contractual. **Tema 3:** Abuso de la posición dominante. **Tema 4:** Cláusula de exclusión de responsabilidad. **Tema 5:** Cláusula abusiva. **Tema 6:** Equilibrio financiero del contrato estatal.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación, presentado por la parte demandante, en contra de la sentencia del siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, que negó las pretensiones de la demanda.

I. SINTESIS DEL CASO

El Consorcio Avenida Usminia 003 y Metrovivienda suscribieron un contrato de obra para la construcción de las obras de urbanismo de la Avenida Usminia, en la ciudad de Bogotá. Según lo pactado, los diseños urbanísticos, paisajísticos y técnicos de la obra estaban en desarrollo, y serían revisados por el contratista en una fase de *preconstrucción*, fase que concluiría cuando aquellos fueran aprobados por la entidad contratante y por las empresas de servicios públicos domiciliarios. La ejecución del contrato fue suspendida y prorrogada en múltiples ocasiones, varias de ellas para consolidar los diseños definitivos. Finalmente, en el acta de liquidación bilateral, Metrovivienda retuvo dineros reconocidos al contratista en las actas de obra, amparado en una cláusula contractual; lo hizo con motivo del incumplimiento en la obligación de entregar la totalidad de las obras a las empresas de servicios públicos domiciliarios y al IDU.

II. ANTECEDENTES

2.1. El nueve (9) de octubre de dos mil quince (2015), el Consorcio Avenida Usminia 003, integrado por las sociedades Estyma Estudios y Manejos S.A. y JMV Ingenieros





S.A.S.¹, presentó **demanda**² en ejercicio del medio de control de **controversias contractuales** en contra de Metrovivienda (hoy Empresa de Renovación Urbana)³, con la que pretende:

*“Conforme a lo anteriormente expuesto, son pretensiones del extremo demandante en calidad de contratista del **CONTRATO DE OBRA No. CDTO-215-09**, celebrado entre el **CONSORCIO AVENIDA USMINIA 003** y **METROVIVIENDA**, que se profieran las siguientes declaraciones y condenas dentro del proceso de la referencia:*

PRIMERA: *Que se declare que en la ejecución y liquidación del contrato **CDTO-215-09**, celebrado entre **METROVIVIENDA Y EL CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003** conformada por **ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. Y JMV S.A.S.**, se presentó un desequilibrio económico en contra del contratista.*

SEGUNDA: *Que se declare que el desequilibrio económico del contrato **CDTO-215-09**, acaeció por causas imputables únicamente a la entidad contratante, conforme a lo indicado en el acápite de hechos y fundamentos de derecho del presente escrito y a lo que resulte probado en el proceso.*

SEGUNDA SUBSIDIARIA: *Que se declare que el desequilibrio económico del contrato **CDTO-215-09**, acaeció por causas no imputables al **CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003** conformada por **ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. y JMV S.A.S.**, conforme a lo indicado en el acápite de hechos y fundamentos de derecho del presente escrito y a lo que resulte probado en el proceso.*

TERCERA: *Que se declare que el desequilibrio económico, que se presentó en ejecución del contrato **CDTO-215-09**, no ha sido solucionado ni cubierto por **METROVIVIENDA**.*

TERCERA A. SUBSIDIARIA: *Que se declare que el desequilibrio económico, que se presentó en ejecución del contrato **CDTO-215-09**, no fue solucionado ni cubierto por **METROVIVIENDA** con pleno desconocimiento del contrato, la Ley 80 de 1993 y los pliegos de condiciones, y el deber legal que en su calidad de contratante le asiste.*

TERCERA B. SUBSIDIARIA: *Que se declare que en la ejecución y liquidación del contrato **CDTO-215-09**, **METROVIVIENDA** actuó de mala fe, abuso de la posición dominante que en ejecución del contrato estatal ostentaba, desconoció los principios básicos de la contratación estatal, los derechos del contratista y la ecuación económica del contrato al no solucionar el desequilibrio económico, que se presentó en ejecución del contrato **CDTO-215-09**.*

TERCERA C. SUBSIDIARIA: *Que se declare que en la ejecución y liquidación del contrato **CDTO-215-09**, **METROVIVIENDA** actuó de mala fe, abuso de la posición dominante que en ejecución del contrato estatal ostentaba, desconoció los principios básicos de la contratación estatal, los derechos del*

¹ Carta de conformación del Consorcio, f. 70-71, c. 2; certificados de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Bogotá (con código de verificación 6VP1ZzoqZr) y de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (con código de verificación abnvajhlphxjRcgV) f. 72-85, c. 2.

² F. 7-69, c. 1. Luego de la admisión de la demanda, la actora presentó reforma a la demanda para adicionar el acápite de pruebas: f. 75-82, c. 1.

³ Mediante Acuerdo núm. 643 del 12 de mayo de 2016 del Concejo de Bogotá se dispuso la fusión de Metrovivienda con ERU: F. 176-186, c. 1



contratista y la ecuación económica del contrato al retener ilegalmente los dineros equivalentes a la suma de \$202.341.820, dineros del contratista, los cuales se negó a desembolsar en el acta de liquidación del contrato CDTO-215-09.

CUARTA: Que se declare que el CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003 conformado por ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. y JMV S.A.S. sufrieron un perjuicio y detrimento económico como consecuencia de la ruptura del equilibrio contractual del contrato No. CDTO-215-09, en la cuantía que resulte probada en el proceso de la referencia, y la cual estimo en no menos de UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (**\$1.297.722.904 M/CTE.**)

CUARTA SUBSIDIARIA: Que se declare que el CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003 sufrió un perjuicio y detrimento económico como consecuencia de la ruptura del equilibrio contractual del contrato No. CDTO-215-09, en la cuantía que resulte probada en el proceso de la referencia, y la cual estimo en no menos de UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOSVEINTIDOS MIL NOVECIENTOS CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (**\$1.297.722.904 M/CTE.**), tal y como lo acredita la contabilidad del consorcio y los soportes contables y financieros allegados al proceso, al incurrir en gastos y sobrecostos, como consecuencia de la mayor permanencia en obra.

QUINTA: Que se declare que METROVIVIENDA debió reconocer y pagar la totalidad de sumas que generaron una ruptura al equilibrio económico del contrato No. CDTO-215-09, al CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003 el día 22 de julio de 2013, con el acta de liquidación.

SEXTA. Que se declare que METROVIVIENDA debe pagar a la máxima tasa legal interés de mora sobre la totalidad de sumas que generaron una ruptura al equilibrio económico del contrato No. CDTO-215-09, al CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003 desde el día 22 de julio de 2013, y hasta la fecha de su efectivo pago.

SEXTA SUBSIDIARIA A. Que se declare que METROVIVIENDA debe pagar a la tasa del interés de mora civil sobre la totalidad de sumas que generaron una ruptura al equilibrio económico del contrato No. CDTO-215-09, al CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003 desde el día 22 de julio de 2013, y hasta la fecha de su efectivo pago.

SEXTA SUBSIDIARIA B. Que se declare que METROVIVIENDA debe pagar a la tasa de interés que fije el despacho, sobre la totalidad de sumas que generaron una ruptura al equilibrio económico del contrato No. CDTO-215-09, al CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003 desde el día 22 de julio de 2013, y hasta la fecha de su efectivo pago.

SEPTIMA. Que se declare que METROVIVIENDA debe indexar la totalidad de sumas que generaron una ruptura al equilibrio económico del contrato No. CDTO-215-09, desde el día 22 de julio de 2013, y hasta la fecha de su efectivo pago.

OCTAVA. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare que METROVIVIENDA, le adeuda al CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003 conformada por ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. Y JMV S.A.S., para restablecer el equilibrio económico del contrato CDTO-215-09, las siguientes sumas de dinero:



8.1. Por concepto de mayor permanencia en obra, por los costos administrativos durante los seis punto tres meses (6.3) meses en los cuales se prorrogó el contrato, por causas atribuibles a METROVIVIENDA y/o ajenas al contratista, en la suma que estimo en no menos de QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$545.420.494) o en la cuantía que resulte probada en el proceso.

8.2. Por concepto de sobrecostos consecuencia de la ampliación del plazo contractual frente al valor inicialmente previsto para las pólizas, la suma de TREINTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS VEINTIDÓS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 32.252.222 M./CTE.) o en la cuantía que resulte probada en el proceso de la referencia.

8.3. Por concepto de Sobrecostos ambientales e ítems ambientales no previstos, ni pagados por METROVIVIENDA la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SEISCIENTOS VEINTITRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$240.841.623 M./CTE.) o en la cuantía que resulte probada en el proceso de la referencia.

8.4. Por concepto de Stand By de Maquinaria y Equipos, la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO VEINTITRES MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 234.123.612 M./CTE.) o en la cuantía que resulte probada en el proceso de la referencia.

8.5. Por concepto de Sobre costos Financieros, la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y TRES PESOS (\$42.743.133 M./CTE.) o en la cuantía que resulte probada en el proceso de la referencia.

8.6. Por concepto de Retención Injustificada de dineros de propiedad del CONSORCIO AVENIDA USMINIA 003 la suma de DOSCIENTOS DOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 202.341.820 M./CTE.) o en la cuantía que resulte probada en el proceso de la referencia.

8.7 Por Concepto de Intereses de Mora sobre las sumas objeto de los ítems generadores del desequilibrio económico del contrato, toda vez que las mismas debieron ser canceladas el 22 de julio de 2013 y aún a la fecha de la presentación de ésta demanda no han sido reconocidas ni canceladas por METROVIVIENDA, suma que estimo en no menos de UN MIL SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.006.590.932 M/CTE.), correspondientes a los intereses de mora entre el 22 de julio de 2013 al 31 de Julio de 2015, liquidados a la máxima tasa legal permitida por la Superintendencia Financiera., tal y como consta en EL CONCEPTO TÉCNICO [sic] CONTABLE expedido por el contador público adjunto a la presente demanda.

8.8 Por Concepto de indexación sobre las sumas objeto de los ítems generadores del desequilibrio económico del contrato, toda vez que las mismas debieron ser canceladas el 22 de julio de 2013 y aún a la fecha de la presentación de ésta demanda no han sido reconocidas ni canceladas por METROVIVIENDA, suma que estimo en no menos de OCHENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$81.912.953 M/CTE.), correspondientes a la indexación calculada desde el 22 de julio de 2013 al 31 de Julio de 2015, tal y



como consta en *EL CONCEPTO TÉCNICO* [sic] CONTABLE expedido por el contador público adjunto a la presente demanda.

NOVENA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene METROVIVIENDA, a pagar a favor de CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003 conformada por ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. y JMV S.A.S la suma que no estimo en menos de DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTISEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 2.386.226.788 M./CTE.) o cualquiera de las sumas que hayan afectado el equilibrio económico del contrato CDTO-215-09, que resulten probadas dentro del proceso de la referencia.

DECIMA: Que se declare que METROVIVIENDA, incumplió el contrato CDTO-215-09, al omitir su deber legal consagrado en los artículos 3, 4, 5 y 27 de la ley 80 de 1993 y el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia de 1991, al actuar de mala fe, abusar de la posición dominante que en ejecución del contrato estatal No. CDTO-215-09 ostentaba, y desconocer los principios básicos de la contratación estatal, los derechos del contratista y sus propios deberes como entidad contratante al no solucionar el desequilibrio económico que se presentó en ejecución del contrato CDTO-215-09 y al retener sin justificación legal y contractual la suma de \$202.341.820, dineros de propiedad del contratista.

DECIMASUBSIDIARIA [sic]: Que se declare que METROVIVIENDA, debe devolver a los demandantes las sumas retenidas propiedad del CONSORCIO AVENIDA USMINIA 003 en cuantía de DOSCIENTOS DOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 202.341.820 M./CTE.), más indexación e intereses, calculados desde la fecha de su retención.

DECIMA PRIMERA: Que se declare que METROVIVIENDA, incumplió el contrato CDTO-215-09: a) Al no entregar de manera oportuna los diseños, b) Al presentar serias indefiniciones técnicas que no permitieron al contratista ejecutar el contrato los términos previstos al momento de ofertar, c) Al actuar de mala fe, abusar de la posición dominante que en ejecución del contrato estatal No. CDTO-215-09 ostentaba, y desconocer los principios básicos de la contratación estatal, los derechos del contratista y sus propios deberes como entidad contratante en ejecución del contrato CDTO-215-09. D) Al retener los dineros de Propiedad del contratista sin justificación legal ni contractual para ello. E) Al no respetar las condiciones de la licitación en ejecución del contrato. F) Al trasladar al contratista las consecuencias económicas negativas de las prórrogas contractuales por causas no atribuibles a éste y no restablecer la ecuación económica del contrato.

DECIMA SEGUNDA: Que como consecuencia de las declaraciones pretendidas se condene a METROVIVIENDA al pago de cualquier daño o perjuicio que haya sufrido el CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003 conformada por ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. y JMV S.A.S., que resulte probado en el proceso a favor del contratista hoy demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del fallo.

DECIMA TERCERA: Que sobre las sumas anteriormente indicadas y a las cuales resulte condenado el METROVIVIENDA con ocasión de la presente demanda, cancelen los correspondientes intereses de mora desde la fecha de radicación de la demanda y hasta la fecha del correspondiente fallo.

DECIMA CUARTA: Que se condene a METROVIVIENDA al pago de la indexación de las sumas anteriormente señaladas, desde la fecha de radicación de la demanda hasta la fecha del correspondiente fallo.



DECIMA QUINTA: Que se condene a METROVIVIENDA, al pago de las sumas cuales resulte condenado en virtud de la presente demanda, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de quedar ejecutoriado el fallo de instancia.

DECIMA SEXTA: Que se condene a METROVIVIENDA al pago de los intereses comerciales remuneratorios que devenguen las sumas a las cuales resulte condenado el METROVIVIENDA dentro del proceso del referencia [sic], durante el término concedido en el fallo para su pago contado a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta el momento del pago efectivode [sic] la condena, e intereses moratorios una vez vencido el plazo concedido por el despacho a la entidad si ésta no cancela al demandante las sumas a las cuales resulte condenada, conforme a la certificación que expida la Superintendencia Financiera o el ente competente para los efectos.

DECIMA SEXTA SUBSIDIARIA: Que se condene a METROVIVIENDA al pago de los intereses legales remuneratorios y de mora a la tasa prevista en la Ley, sobre cualquier suma que sea reconocida a favor del demandante, desde la fecha de radicación de la demanda y hasta su efectivo pago.

DECIMA SEPTIMA. Que se condene a la entidad al pago de costas y agencias en derecho”.

2.1.1. Como **fundamento de hecho** de las anteriores pretensiones, el demandante relató básicamente que, tras el agotamiento del correspondiente procedimiento licitatorio, el 16 de diciembre de 2009, Metrovivienda y el Consorcio celebraron el Contrato CDT 215-09, cuyo objeto fue la construcción de las obras de urbanismo de la “Avenida Usminia”. Que el plazo de ejecución fue estipulado de veintiún (21) meses, pero, durante su ejecución se convinieron suspensiones y prórrogas, que ampliaron la etapa de *preconstrucción*, por inconsistencias técnicas en los estudios, planos y diseños entregados por la entidad contratante, que fueron advertidas por el Consorcio. Al margen de lo anterior, el contrato fue suspendido para que las empresas de servicios públicos distritales aprobaran las modificaciones y ajustes hechas a los diseños. Posteriormente, ya en la etapa de construcción, las ampliaciones del plazo estuvieron relacionadas con el incremento de obras y la obtención de permisos ante autoridades ambientales. Por último, que, en la fase de entrega de obras, las entidades de servicios públicos y el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) se negaron a recibir las obras.

2.2. En la **fijación del litigio** adelantada durante la audiencia inicial⁴, el Magistrado instructor⁵ sostuvo que la controversia estaba principalmente enfocada en la ruptura del equilibrio económico del contrato reclamada por la parte actora, mientras que “*como una pretensión subsidiaria*” se formulaba que la entidad habría incurrido en mala fe y en abuso de la posición dominante. Dichas precisiones no tuvieron protesta alguna de las partes.

Posteriormente, en la misma etapa de fijación del litigio, la parte demandada manifestó que la controversia se enfocaba en determinar si se presentó un desequilibrio

⁴ Audiencia en CD (f. 165, c. 1); acta: f. 166-169, c. 1.

⁵ Audiencia: min. 4:15-4:51.



económico y que *“es una responsabilidad de un tercero, entidad pública, como en el caso de que no tenía personal suficiente de teléfonos o del IDU”,* lo cual *“no es responsabilidad de Metrovivienda [...] pues cada entidad pública debe tener su personal suficiente de acuerdo a los fines sobre los cuales desarrolla su actividad”*. La actora, a su turno, refirió que, teniendo en cuenta la contestación de la demanda, *“el objeto de la litis se centrará en probar el desequilibrio económico que alega el contratista y el daño correspondiente, con su correspondiente cuantificación”*.

De acuerdo con las anteriores, el magistrado sustanciador determinó que el litigio estaba centrado *“en la presunta configuración del desequilibrio de la ecuación financiera”* del contrato, y en *“los perjuicios ocasionados que se reclaman a causa de ese rompe al equilibrio económico”* al contratista, de acuerdo con los hechos 38, 40, 41, 42, 43 y 44 de la demanda, sobre los cuales gravita la controversia probatoria, en los que se enunció lo siguiente:

2.2.1. Las prórrogas y suspensiones que desencadenaron el desequilibrio contractual alegado por el Consorcio no fueron imputables a su conducta (hecho núm. 38).

2.2.2. El Consorcio no obtuvo recibos de obra de las empresas de servicios públicos domiciliarios (ETB, Gas Natural, Codensa y EAAB), ni del IDU, por circunstancias ajenas a su control.

En particular, que la ETB no recibió las obras porque esta entidad: (i) afirmó que los diseños que le entregaron no coinciden con los facilitados al contratista; (ii) echó de menos un convenio con Metrovivienda para adelantar la gestión de revisión y recepción de las obras; (iii) de acuerdo con actas del comité técnico de obra, los *“compromisos de gestión del convenio y obtención de un coordinador por parte de la ETB para el proyecto, estaban en cabeza de METROVIVIENDA”* (hecho núm. 40).

2.2.3. La EAAB no había recibido las obras porque esta entidad no tenía un coordinador para hacerlo, y porque dicha empresa no tenía convenio con Metrovivienda (hecho núm. 41). Circunstancias análogas llevaron a que el IDU tampoco hubiera recibido las obras (hecho núm. 42).

2.2.4. Se produjeron las circunstancias referidas en las salvedades del consorcio contratista al acta de liquidación bilateral del Contrato CDT 215-09, en las que se fundan las pretensiones de la demanda (hecho núm. 43).

2.2.5. El consorcio sufrió un daño patrimonial, conforme lo indica su contabilidad (hecho núm. 44).



2.3. En **sentencia del siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)**⁶, el Tribunal negó las pretensiones de la demanda. Desestimó las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato CDT 215-09, por cuanto consideró que: **(i)** la modalidad de precios unitarios excluía las reclamaciones por las diferencias existentes en las cantidades de obra, incluidos los costos ambientales; **(ii)** el contratista aceptó todos los diseños, con lo cual asumió los costos que de estos pudieran derivarse, de la misma forma en que aceptó los riesgos derivados de la entrega de las obras a las empresas de servicios públicos domiciliarios; **(iii)** con las modificaciones núm. 4, 6 y 7 fueron reconocidos los sobrecostos por obras adicionales de terraplenes, la mora en la obtención de permisos ambientales y el traslado de redes; **(iv)** la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato contraría la buena fe, porque no fue planteada durante la ejecución del contrato, ni con ocasión de sus modificaciones; y **(vi)** que en la liquidación del contrato fue reintegrada la retención de garantía (\$363'840.596).

Aparte, negó las pretensiones por el incumplimiento contractual derivado de la omisión de reintegrar la totalidad de la retención en garantía, pues consideró que: **(i)** en el acta de liquidación, *“el contratista aceptó, que incumplió el contrato afirmado [sic], que fue a consecuencia de circunstancias no imputables a él, dado que fueron la ETB, la EAAB y el IDU quienes no recibieron la obra vial, —entre otras— por falta de coordinador y ausencia de convenio con la entidad estatal”*; **(ii)** el contrato estipula la obligación a cargo del contratista, de entregar las obras a las empresas de servicios públicos domiciliarios y al IDU; **(iii)** la realización de descuentos al contratista por las obras no recibidas a satisfacción por dichas entidades no constituye abuso del derecho, no contraría la buena fe, ni configura incumplimiento contractual; y **(iv)** en la convención modificatoria núm. 10 se supeditó la devolución del 3% del valor neto total de las sumas retenidas del valor de cada acta mensual de obra, a la entrega de redes a las empresas de servicios públicos, y de las obras al IDU.

2.4. El quince (15) de enero de dos mil dieciocho (2018), la **parte demandante** recurrió en **apelación**⁷ la sentencia de primera instancia, y para fundamentar ese recurso, argumentó que: **(i)** la sentencia de primer grado es incongruente, vicio que, a su juicio, tuvo causa en la agrupación que hizo de las pretensiones, en dos conjuntos, en lugar de analizar una a una las súplicas de la demanda; **(ii)** de acuerdo con los dictámenes técnico y contable practicados, que dan cuenta de los sobrecostos administrativos causados en los últimos 6.33 meses de la etapa de construcción, la ejecución de ítems ambientales, la improductividad de la maquinaria, (*stand by*), las primas de las garantías por la suscripción de prórrogas y los sobrecostos financieros, la administración contratante no corrigió el desequilibrio contractual de \$3.012'784.857 no fue restablecido por la administración,; **(iii)** el consorcio contratista no aceptó expresamente que el equilibrio contractual hubiere sido restablecido, ni ello puede desprenderse del silencio que observó al suscribir las prórrogas y adiciones, en las

⁶ F. 311-323, c. ppal.

⁷ F. 331-362, c. ppal.



que sí fueron reconocidos sobrecostos por el *stand by* de maquinaria y el retiro de los sobrantes de excavación; que, por tanto, sus reclamaciones no pueden decirse extemporáneas; y **(iv)** que el consorcio probó en este contencioso que la mala planeación trajo consigo la mayor permanencia en obra, las prórrogas, las suspensiones, la falta de coordinación entre instituciones, la demora en conseguir los permisos, los problemas con las redes de servicios públicos y con la entrega a entidades, y la indefinición de los diseños, todo lo cual ocasionó el desequilibrio contractual reclamado.

2.5. Mediante auto del 13 de junio de 2018, fue admitido el recurso de apelación⁸. En el término para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia⁹, la Empresa de Renovación Urbana (“ERU”), como **sucesora procesal de Metrovivienda**¹⁰, solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, pues las súplicas económicas fueron formuladas de manera extemporánea, ya que ninguna de ellas fue planteada en las múltiples modificaciones del contrato, y las circunstancias que generaron el desequilibrio financiero eran previsibles. Además, por cuanto la acertada valoración probatoria efectuada por el Tribunal en primera instancia revela que el desequilibrio contractual protestado por el consorcio demandante es inexistente. Este, por su lado¹¹, hizo un recuento de las actuaciones del proceso, del contenido de las pruebas, y de los argumentos expuestos para conseguir la revocación del fallo apelado. El agente del **Ministerio Público** ante esta segunda instancia guardó silencio¹².

III. PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. De acuerdo con la motivación expuesta en la providencia apelada y con los cargos del recurso de apelación, que delimitan la competencia de la Sala¹³, esta debe dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

3.1.1. ¿El fallo de primera instancia, en cuanto no trae análisis de la totalidad de las pretensiones de la demanda, de manera individualizada, es incongruente?

3.1.2. ¿El desequilibrio económico del Contrato CDT 215-09 que plantea la parte demandante por causa de mayor permanencia en obra que ocasionó el *stand by* de la maquinaria, la ampliación de pólizas, la ejecución de ítems imprevistos, y por sobrecostos ambientales, es atribuible al ente contratante habida consideración de falencias en los estudios y diseños, o de omisión en

⁸ F. 372, c. ppal.

⁹ F. 383, c. ppal.

¹⁰ F. 385-399, c. ppal.

¹¹ F. 400-519, c. ppal.

¹² Informe secretarial: f. 520, c. ppal.

¹³ CGP. “Artículo 328. El Juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. || Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.



relación con la obligación de restablecer el equilibrio económico, o por actuar con abuso de su posición dominante en contra del postulado de la buena fe?

3.1.3. ¿Metrovivienda incumplió el Contrato CDT 215-09 o actuó con abuso de su posición dominante, contrariando el postulado de la buena fe, al retener dineros del consorcio contratista, con ocasión de la no recepción de las obras por parte de empresas de servicios públicos y del IDU?

3.2. El Contrato de obra pública CDT 215-09 fue suscrito por una entidad que, era, para ese entonces, una “*Empresa Industrial y Comercial del Distrito Capital*”¹⁴ para satisfacer necesidades en un ámbito de su actuación que no se hallaba en competencia con el sector privado¹⁵⁻¹⁶, puesto que la actividad que tenía por objeto el referido contrato, atinente a la construcción de una vía pública¹⁷, no es realizada por los particulares como contratantes, sino como contratistas. Por tanto, la problemática planteada será abordada a la luz de la normativa del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) vigente para la fecha de celebración del contrato¹⁸.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. La Sala es **competente** para conocer de la apelación interpuesta contra un fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁹, proferido en el marco del medio de

¹⁴ CONSEJO DE BOGOTÁ. Acuerdo 033 del 14 de marzo de 2007, artículo 1.

¹⁵ LEY 80 DE 1993. Artículo 2, numeral 1: “**ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS.** Para los solos efectos de esta ley: // 1o. Se denominan entidades estatales: // a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.” (Se subraya).

¹⁶ LEY 1150 DE 2007. Artículo 14, inciso primero original (sin la modificación introducida por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011: “**ARTÍCULO 14. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SUS FILIALES Y EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO.** Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.” (Se subraya).

¹⁷ LEY 105 DE 1993. “**Artículo 19. Construcción y conservación.** Corresponde a la Nación y a las Entidades Territoriales la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de su propiedad, en los términos establecidos en la presente Ley. || **Artículo 20.- Planeación e identificación de propiedades de la infraestructura de transporte.** Corresponde al Ministerio de Transporte, a las entidades del Orden Nacional con responsabilidad en la infraestructura de transporte y a las Entidades Territoriales, la planeación de su respectiva infraestructura de transporte, determinando las prioridades para su conservación y construcción. || Para estos efectos, la Nación y las Entidades Territoriales harán las apropiaciones presupuestales con recursos propios y con aquellos que determine esta Ley”.

¹⁸ Cfr. LEY 153 DE 1887 – Artículo 38.

¹⁹ CPACA: “**Artículo 150. Competencia del consejo de estado en segunda instancia y cambio de radicación.** 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 y de las apelaciones de autos



control contencioso-administrativo de controversias contractuales²⁰, en el que una de las partes es Metrovivienda, una empresa industrial y comercial del Estado²¹, dentro de un proceso cuya cuantía impone su juzgamiento por esta Corporación en segunda instancia²².

4.2. La demanda fue **oportunamente presentada**. Si bien la demandante debía traer a esta jurisdicción sus pretensiones en un plazo de dos años contado a partir del veintidós (22) de julio de dos mil trece (2013), fecha del acta de liquidación bilateral²³, no puede pasar por alto esta Sala que operó la suspensión del término de caducidad por el trámite conciliatorio extrajudicial que, en este caso, transcurrió entre el catorce (14) de julio y el siete (7) de octubre de dos mil quince (2015) ^[24]. Para la fecha de presentación de la solicitud de conciliación, restaban ocho (8) días para el vencimiento del plazo bienal contado desde el acta de liquidación bilateral, y entonces, la demanda, radicada como fue, dos (2) días después de la audiencia conciliatoria ²⁵, fue presentada en tiempo.

4.3. Por último, las partes se encuentran **legitimadas en la causa**, tanto por activa como por pasiva, dentro del presente proceso, porque fueron ellas quienes celebraron el Contrato CDTO-215-09²⁶.

ANÁLISIS DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: Sobre la incongruencia del fallo apelado

4.4. Para determinar si la sentencia apelada fue incongruente, resulta oportuno recordar que, de acuerdo con los hechos de la demanda²⁷, en los que se enfocaron las pretensiones²⁸ y la definición del litigio en este proceso^{29,30}, y el Consorcio Avenida

susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia”.

²⁰ De acuerdo con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, por regla general, “*el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa*”.

²¹ Supra, aptado. 3.2.

²² Conforme al artículo 152 numeral 4 del CPACA, vigente para la fecha de presentación de la demanda, los Tribunales conocen en primera instancia de los asuntos “[...] *relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”. El tope mencionado por la norma procesal equivalía a la suma de \$322'175.000. De acuerdo con la demanda, las pretensiones fueron estimadas en \$ 2.386.226.789, guarismo que supera ampliamente el límite fijado por la norma procesal.

²³ F. 253-256, c. 2.

²⁴ Fechas de presentación y de realización de la audiencia de conciliación, respectivamente, según la constancia expedida por el entonces Procurador Sexto Judicial II para Asuntos Administrativos, Carlos Mauricio González Arévalo: ver: f. 874-876, c. 5.

²⁵ F. 7, c. 1.

²⁶ F.194-199, c. 2.

²⁷ Aptado. 2.1.1.

²⁸ Aptado. 2.1.

²⁹ Aptados. 2.2 a 2.2.2.

³⁰ “[...] *la fijación del litigio, en los términos del artículo 180 del CPACA [...] tiene por objeto identificar los hechos en que se funda el disenso de las partes, porque sobre estos gravitará el debate probatorio y la resolución de la controversia; es decir, que su función no se agota en un cometido meramente metodológico, ni fáctico, sino que se ocupa de la determinación provisoria de lo que es objeto de debate. Con todo, el marco de juzgamiento, en*



Usminia 003 solicitó, por un lado, que se “declare” que sufrió un “perjuicio y detrimento económico como consecuencia de la ruptura del equilibrio contractual del contrato No. CDTO-215-09”; que el ente demandado “debe pagar [...] la totalidad de sumas que generaron una ruptura al equilibrio económico del contrato No. CDTO-215-09”, como consecuencia de lo cual suplicó que “se declare que METROVIVIENDA, le adeuda al CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003 conformada por ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. Y JMV S.A.S., para restablecer el equilibrio económico del contrato CDTO-215-09” las sumas que discriminó por costos administrativos, diversos sobrecostos y la “retención injustificada de dineros”; que “se condene METROVIVIENDA, a pagar a favor de CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003 [...] la suma que no estimo en menos de DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTISEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 2.386.226.788 M/CTE.) o cualquiera de las sumas que hayan afectado el equilibrio económico del contrato CDTO-215-09, que resulten probadas dentro del proceso de la referencia”; y, tras ello, que “se declare que METROVIVIENDA, incumplió el contrato CDTO-215-09, al omitir su deber legal consagrado en los artículos 3, 4, 5 y 27 de la ley 80 de 1993 y el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia de 1991, al actuar de mala fe, abusar de la posición dominante que en ejecución del contrato estatal No. CDTO-215-09 ostentaba, y desconocer los principios básicos de la contratación estatal, los derechos del contratista y sus propios deberes como entidad contratante al no solucionar el desequilibrio económico que se presentó en ejecución del contrato CDTO-215-09 [...]”.

El demandante fundó las anteriores pretensiones en dos circunstancias disímiles: (i) “que el desequilibrio económico del contrato CDTO-215-09, acaeció **por causas imputables únicamente a la entidad contratante** conforme a lo indicado en el acápite de hechos y fundamentos de derecho del presente escrito y a lo que resulte probado en el proceso”; y (ii) “que el desequilibrio económico del contrato CDTO-215-09, acaeció **por causas no imputables al CONSORCIO AVENIDA USMINIA No. 003 conformada por ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. y JMV S.A.S.**, conforme a lo indicado en el acápite de hechos y fundamentos de derecho del presente escrito y a lo que resulte probado en el proceso”.

El demandante fundó así en circunstancias disímiles las pretensiones referidas con idéntico contenido, pues por un lado afirmó que el desequilibrio económico ocurrió por causas únicamente imputables el ente contratante, con lo que se configuraría una y, por el otro, que el rompimiento del equilibrio acaeció por causas no imputables al contratista. Aparte, deprecó el pago de los costos de administración, sobrecostos en la ejecución de las obras y el reintegro de sumas retenidas, como restablecimiento del desequilibrio económico del contrato y/o como consecuencia del “incumplimiento” que

sentido amplio, se define por los hechos y pretensiones de la demanda y, en segunda instancia, además, por el núcleo de la apelación”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de junio de 2023, exp. 58022.



implicaría la omisión de Metrovivienda en restablecer dicho equilibrio. De esa forma, las pretensiones en la demanda, al tener el mismo fin pero sustentos divergentes, se excluyen entre sí.

Sin embargo, la acumulación de estas pretensiones que se excluyen es válida, conforme al artículo 165.2 del CPACA, pues fueron formuladas, incluso reiteradamente, como principales y subsidiarias. Por ende, el estudio de las múltiples pretensiones formuladas en este contencioso es procedente, pese a que sean excluyentes. Si bien, como lo ha precisado la Sala³¹, no se presenta una incongruencia en el fallo que no aluda a todas y cada una de las pretensiones sometidas a su juicio, sí debe desprenderse implícitamente de sus consideraciones una respuesta a todas ellas, so pena de incongruencia.

Ahora, en este proceso, el *a quo* no abordó todas las pretensiones de la demanda, mas no porque no se hubiera referido a cada una de ellas, sino porque no trató el abuso de la posición dominante del ente demandado en su motivación. Al considerar que el consorcio contratista había asumido la responsabilidad por los diseños de las obras y por la entrega de los trabajos a las empresas de servicios públicos domiciliarios, cuyas falencias ocasionaron la mayor permanencia en obra, el tribunal desechó la atribución del desequilibrio —que el actor refirió— al ente demandado o a circunstancias ajenas al demandante. Aparte, al tomar en consideración que las reclamaciones por la ejecución de mayores cantidades son improcedentes en la modalidad de precios unitarios, que con la suscripción de convenciones adicionales fueron reconocidos los sobrecostos aducidos y que, por su extemporaneidad, la reclamación de los sobrecostos tras concluir la ejecución del contrato era improcedente, el *a quo* descartó la responsabilidad que el demandante le atribuyó al ente demandado por omitir el restablecimiento del desequilibrio contractual. Pero, con las anteriores consideraciones, el tribunal no motivó la denegación de los reclamos por el abuso de la posición dominante y una actuación contraria a la buena fe, que se desprenden de la demanda.

4.5. Por otro lado, observa la Sala que el Consorcio Avenida Usminia 003 reclamó el menoscabo pecuniario que habría padecido con la retención de \$202'341.820 en el

³¹ «Según el principio de congruencia, la sentencia debe guardar consonancia con los hechos y pretensiones esgrimidos en la demanda, así como en las alegaciones, recursos excepciones y defensas presentados oportunamente, las excepciones y defensas³¹. De acuerdo con este postulado, el juez debe resolver todas las cuestiones a él sometidas o explicar las razones por las cuales no se pronunciará sobre alguna de las pretensiones. En todo caso, “no toda falta de pronunciamiento expreso sobre una pretensión, hace, por sí misma incongruente una sentencia”. || Cuando el juzgador no se pronuncia sobre alguna de las pretensiones, puede presentarse una incongruencia por fallo “*citra petita*”. No obstante, como lo explica Devis Echandía, || “[...] la decisión puede existir implícitamente en la sentencia, caso en el cual no existirá incongruencia; esto puede ocurrir cuando en la parte motiva de la sentencia se trató el punto en forma de que aparezca el implícito rechazo de una pretensión o excepción, a pesar de no haberse dicho nada en la resolución final, y cuando la sentencia negó alguna pretensión o excepción que necesariamente implica el rechazo también de otra aun cuando no se diga nada sobre ésta en la parte resolutive e inclusive tampoco en la motiva. No se trata, pues, de una simple falta de ‘conformidad literal’”³¹. || Puede así, presentarse un fallo congruente que no se haya pronunciado expresamente sobre todas y cada una de las pretensiones, cuando el objeto de éstas haya sido tratado en la parte motiva o se haya rechazado alguna pretensión que conlleve el rechazo de otra». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 28 de octubre de 2019. Rad. 25000-23-26-000-2006-00657-01(40992).



acta de liquidación a un incumplimiento contractual de Metrovivienda, por un lado, y, por el otro, a un obrar contrario a la buena fe, con abuso de la posición dominante, y desconocimiento de los principios básicos de la contratación estatal. De acuerdo con lo considerado anteriormente, la acumulación de estas pretensiones procede, pues, pese a que también se excluyen entre sí, fueron planteadas como principal y subsidiaria, incluso reiteradamente.

El *a quo* descartó el incumplimiento de Metrovivienda por la retención reclamada, al considerar que esta se basó en lo estipulado y, en todo caso, el consorcio actor tenía la responsabilidad de entregar las obras a las empresas de servicios públicos domiciliarios y al IDU. Si bien, el Tribunal refirió que, por lo anterior, el ente contratante no habría actuado en contra del postulado de la buena fe ni con abuso de la posición dominante, solo se aprecia en su análisis un estudio del incumplimiento, que, como se muestra más adelante³², se basa en unas premisas disímiles al abuso de la posición dominante. Por lo tanto, de esa manera, se produjo un fallo incongruente, al haber omitido el estudio del abuso de la posición dominante.

En las restantes pretensiones (décima tercera a décima séptima), se depreca la condena por intereses comerciales, de mora e indexación de las sumas de la condena y costas, entre otros, que son consecuencia de la prosperidad de las pretensiones declarativas aludidas en precedencia. Como estas fueron desestimadas, al omitir su análisis, el fallo apelado no incurrió en una incongruencia.

4.6. De acuerdo con las consideraciones precedentes, se impone una respuesta afirmativa al primer problema jurídico, debido a que el *a quo* no estudió las pretensiones bajo los postulados del abuso de la posición dominante.

**ANÁLISIS DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO:
Sobre el desequilibrio por la mayor permanencia en obra y la atribución de
restablecerlo al ente contratante**

4.7. Esta Subsección ha venido observando un criterio que la lleva a diferenciar entre el juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento, y el que antecede a la condena al restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica cuando la ruptura de esta ha sido producto del hecho no imputable a las partes³³. Ha seguido esa línea de entendimiento de uno y otro instituto por cuanto, pese a que el artículo 5.1 inciso 2º de la Ley 80 de 1993 establece una regla en la que plantea la disyuntiva hipotética de quiebra del equilibrio económico por uno u otro motivo, dicho planteamiento lo ha hecho el legislador para definir, con base en esas dos suposiciones, respuestas diferentes.

³² Aptados. 4.9 a 4.10.

³³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de septiembre de 2020, exp. 47106, aptado. 3.6.2.2; sentencia del 12 de julio de 2021, exp. 50879; y sentencia de 22 de noviembre de 2021, exp. 52430, entre otras.



Así, de acuerdo con la norma mencionada, cuando el desequilibrio sea imputable al incumplimiento del ente contratante, “*tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato*”, mientras que, cuando haya acaecido por circunstancias imprevistas que no sean imputables al contratista, el equilibrio contractual se restablecerá hasta “*un punto de no pérdida*”. En todo caso, debe acreditarse que el contratista sufrió un daño antijurídico, por los sobrecostos en que habría incurrido para ejecutar el contrato; daño antijurídico que, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, la sentencia C-333 de 1996 que analizó su constitucionalidad³⁴ y el artículo 90 de la Constitución, debe ser indemnizado comprendiendo la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista, cuando sea imputable al incumplimiento de la contraparte.

4.8. Ahora bien, como se expone más adelante de forma pormenorizada³⁵, de acuerdo con lo estipulado en el Contrato CDTO 215-09, Metrovivienda asumió toda la responsabilidad por los diseños, estudios, planos y evaluaciones necesarios para la ejecución de la obra, desde la finalización de la etapa de *preconstrucción*. De esta forma, la mayor permanencia en obra, que el consorcio demandante imputa a Metrovivienda por inconsistencias técnicas en los estudios, planos y diseños³⁶, sería atribuible al consorcio demandante, como responsable que era de estos insumos técnicos. En consecuencia, conforme a lo estipulado, se impone la desestimación de las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico fundadas en su imputación directa a Metrovivienda, por dichas inconsistencias en los diseños y estudios, o indirecta, por la omisión de la obligación de restablecer el equilibrio contractual acaecido por circunstancias ajenas al consorcio contratista.

Sobre el abuso de la posición dominante

4.9. Descartada así la obligación de restablecer la ecuación financiera y la responsabilidad indirecta por el rompimiento del equilibrio económico del Contrato CDTO 215-09, procede la Sala a estudiar la responsabilidad por el abuso de la posición dominante, que el Consorcio Avenida Usminia 003 le imputa al ente contratante, por trasladarle al contratista las consecuencias económicas negativas de las prórrogas, actuar de mala fe, abusar de la posición dominante y desconocer así los principios básicos de la contratación estatal.

4.9.1. Como lo ha precisado la jurisprudencia, el principio de buena fe —que orienta las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas³⁷, y disciplina tanto

³⁴

³⁵ Aptados. 4.11.1 y 4.11.3.

³⁶ Aptado. 2.1.1.

³⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. “Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.



la celebración como la ejecución de los contratos³⁸— exige que la relación que surge con el negocio jurídico, se ajuste realmente a la satisfacción cabal de la finalidad económica, jurídica y social perseguida con su celebración³⁹. Esta exigencia se proyecta sobre las partes contratantes, cuyas facultades contractuales se orientan de acuerdo con los fines de la contratación⁴⁰, de forma tal que los compele a que “se comporten en el ámbito de estas relaciones de manera fiel, recta, honesta y leal, orientando sus actuaciones a la satisfacción de las prestaciones y absteniéndose de abusar de los derechos o potestades que cada una de ellas ostenta frente a la otra”⁴¹, en línea con el deber constitucional de no abusar de los derechos propios⁴² y la proscripción del abuso de poder en la contratación estatal⁴³. De acuerdo con ello, como sanción⁴⁴ al incumplimiento de este deber derivado de la buena fe, el artículo 830 del Código de Comercio prevé que “[e]l que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia⁴⁵, de tiempo atrás, ha considerado que el abuso del derecho constituye una fuente de responsabilidad en el plano contractual, pues

«[...] tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quien realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización.»

Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado “poder de negociación” por parte de quien,

³⁸ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. CÓDIGO DE COMERCIO. “Artículo 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 18 de julio de 2012, exp. 21573.

⁴⁰ LEY 80 DE 1993. “Artículo 3. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. || Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. || Artículo 40. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: [...]. Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 30. de esta ley, los contratistas: [...]” (subrayado añadido).

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 24 de mayo de 2012, exp. 18931.

⁴² CONSTITUCIÓN POLÍTICA. “Artículo 95. [...] Son deberes de la persona y del ciudadano: || 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; [...]”.

⁴³ LEY 80 DE 1993. “Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio: [...] 80. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. [...]”.

⁴⁴ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 6. La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. [...]”.

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 1994, exp. 3972; reiterada en sentencia del 9 de agosto de 2000, exp. 5372.



encontrándose de hecho o por derecho en una *posición dominante* en el tráfico de capitales, bienes y servicios, *no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación*» (subrayado añadido).

A partir de los anteriores razonamientos, esta Corporación ha referido que “*el contrato se incumple cuando la prestación se realiza faltando a la buena fe debida, porque claramente esa ejecución contractual constituye una prestación imperfecta de lo debido. Situación que suele presentarse en aquellos casos en que una de las partes, prevaliéndose del poder que ostenta, impone condiciones contractuales inequitativas o arbitrarias, defraudando la confianza o buena fe depositada por la parte débil en la relación contractual*”; circunstancia que se presenta, en situaciones en las que, “*sin incurrir en mora, el acreedor, aprovechándose de la posición dominante que tiene en la relación, impone condiciones que solamente tienen en cuenta su propio interés y que dificultan o imposibilitan entregar las cosas debidas afectando al deudor*”⁴⁶. Esta es justamente la posición que ostenta el Estado, generalmente, en las relaciones jurídicas de las que forma parte, en cuanto predispone unilateralmente el contenido de sus cláusulas⁴⁷, como lo ha referido esta Corporación⁴⁸.

4.9.2. Este ejercicio antijurídico de la posición dominante de una de las partes contratantes puede asimismo plasmarse en el texto contractual, mediante las cláusulas que una de las partes fija unilateralmente. Unilateralidad que se aparta así de la concepción propia de la teoría clásica de la autonomía de la voluntad, en la que las partes negocian el contenido de los contratos en una posición de igualdad, con lo cual nunca habría injusticia en un contrato que fue aceptado y celebrado por las partes. Sin embargo, como lo ha precisado la jurisprudencia administrativa⁴⁹, la aparición de nuevas formas de contratación, en los que una de las partes fija, en su beneficio, estipulaciones con las que desplaza riesgos u obligaciones o se arroga facultades excesivas sin contrapartida alguna, ha llevado a reevaluar aquella concepción tradicional definida en razón de una impoluta autonomía de la voluntad, en aras de “*la tutela del débil*”, conforme al artículo 13 de la Constitución⁵⁰, sin que esto implique “*reescribir el contrato*”.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 24 de mayo de 2012, exp. 18931

⁴⁷ LEY 80 DE 1993. “Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: [...] 2o. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas”.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 18 de julio de 2012, exp. 21573.

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 28 de abril de 2014, exp. 41834; sentencia de 29 de enero de 2014, exp. 46482; y sentencia de 25 de junio de 2014, exp. 28067.

⁵⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. “Artículo 13. [...] El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.



En todo caso, la protección de la parte débil de la relación jurídica no surge, valga aclararlo, del empleo de la fuerza en su contra como vicio del consentimiento⁵¹, pues esta supone el justo temor de verse expuesta a un mal irreparable⁵², que implica así un agravio mayor al que se deriva de la abstención de contratar con un sujeto en posición dominante.

El abuso de la posición dominante puede manifestarse en el texto del contrato mediante cláusulas abusivas, que han sido caracterizadas, primordialmente, en razón a:

“a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes”⁵³.

En sentido similar, la jurisprudencia administrativa ha referido que las cláusulas abusivas son aquellas que no fueron negociadas individualmente y que, *“en contra de las exigencias de la buena fe cause[n] un desequilibrio importante”⁵⁴⁵⁵*. Así, una actuación que conlleve ese desequilibrio se opone a la buena fe objetiva, aplicable en materia contractual, ya que este postulado impone *“desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”⁵⁶*.

4.9.3. Ahora, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, que también gobierna la responsabilidad contractual del Estado⁵⁷, debe configurarse un daño antijurídico para que surja la obligación indemnizatoria estatal. Con el abuso del derecho, el daño antijurídicamente causado por quien ejerce sus facultades en desmedro del fin para el cual fueron concebidas impone la obligación de resarcirlo. Como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, *“si bien el derecho a la reparación de los daños debe estar sustentado en la existencia del abuso como causa generatriz de responsabilidad, también es lo cierto que la condena a pagar los perjuicios causados por el mismo debe ir precedida tanto de la comprobación de que ese abuso*

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de abril de 2020, exp. 64432.

⁵² CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1513. La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. || El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”.

⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de diciembre de 2002, exp. 6462; reiterada en sentencia de 25 de agosto de 2021, rad. 19142-31-89-001-2013-00032-01. En sentido similar: sentencia de 2 de febrero de 2001, exp. 5670; yE sentencia del 19 de octubre de 2011, exp. 2001-847.

⁵⁴ ATAZ LÓPEZ, Joaquín; Universidad de Murcia- Aula Senior- Curso 2009-2010. Murcia, 17 de noviembre de 2009».

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 25 de julio de 2011, exp. 19481.

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de unificación de 19 de noviembre de 2012, exp. 24897.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-333 de 1996.



ocasionó un perjuicio bien por daño emergente o lucro cesante o ya por daños extrapatrimoniales”⁵⁸.

De esta forma, cuando la Administración, prevalida de la posición dominante que tenga en la negociación y ejecución del contrato, imponga al contratista unas condiciones que dificulten o hagan imposible el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, en términos que lleguen a ocasionarle perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales, habrá ocasionado un daño imputable a un acto u omisión antijurídica suya, dando así lugar a la obligación de indemnizarlo.

4.9.4. No pasa por alto la Sala que, si bien, la contratación estatal busca la satisfacción de intereses generales⁵⁹ que, como tales, prevalecen sobre los particulares⁶⁰, es la misma ley⁶¹ la que fija las facultades a través de las cuales, en el ámbito contractual (entre otros), la Administración actúa con supremacía, imponiéndose sobre el particular mediante una decisión unilateral ejecutiva y ejecutoria⁶². De esta forma, en un estado de derecho con una jerarquía normativa definida conforme a los postulados de la democracia y de la libertad individual⁶³, es la ley la que fija la forma en que los

⁵⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 1 de abril de 2003, exp. 6499.

⁵⁹ LEY 80 DE 1993, artículo 3.

⁶⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. “Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

⁶¹ LEY 80 DE 1993. “Artículo 14. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: || 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. || En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. || Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley. || 2o. Pactaran las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. || Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. || En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente”.

⁶² “La Ley 80 de 1993, solo por vía de excepción, le imprimió carácter de función administrativa a la actividad contractual a esos asuntos. En los demás, propios de la ejecución del contrato, son, en primer lugar, las partes las llamadas a determinar las reglas que regirán su relación contractual, sin que puedan derogarse por convenio las normas de orden público (art. 16 CC) y, en segundo lugar, las normas supletivas del derecho común. Las decisiones que son expresión de función administrativa (actos de poder), de conformidad con la ley, tienen como instrumento principal el acto administrativo. En cambio, frente a una manifestación de actividades propias de los particulares –industriales y comerciales, por ejemplo (actos de gestión)–, no podría predicarse su existencia. || De ahí que, en la ‘actividad contractual’ del Estado (precontractual, de ejecución y postcontractual), las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 pueden expedir actos administrativos solo por excepción, cuando ello refleje una verdadera prerrogativa de poder público. Debe existir, pues, una disposición que establezca expresamente que las entidades sometidas al estatuto están habilitadas para proferir actos administrativos. En lo demás, la regla general será el derecho común y, por ende, los actos de gestión”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 16 de diciembre de 2022, exp. 41646.

⁶³: “Así, el principio de legalidad se configura como un elemento esencial del Estado de Derecho, de forma tal que es presupuesto de los otros elementos que lo integran. Este principio surge debido a la confluencia de dos



órganos del Estado deben actuar para alcanzar sus fines⁶⁴, definiendo las condiciones que disciplinan su actuación⁶⁵.

No resulta válido así, consecuentemente, que la Administración, en razón del interés general que persigue, se arrogue, al margen de lo que dispone la ley, una posición supraordenada en las relaciones jurídicas de las que forme parte, para imponer al contratista unas condiciones que desequilibren la relación en detrimento desmesurado suyo. En todo caso, incluso cuando la Administración ejerza esas facultades excepcionales, deberá proceder *“al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”* (Ley 80, artículo 14). De lo contrario, si la Administración impusiera el mantenimiento del desequilibrio contractual, incurriría en un abuso de poder, como de tiempo atrás lo ha precisado la jurisprudencia administrativa⁶⁶.

4.10. Además de la responsabilidad contractual que surge por el abuso de la posición dominante, en el derecho comparado se han adoptado medidas legislativas, administrativas o jurisprudenciales dirigidas a preservar la igualdad en la fase precontractual, regular el lenguaje empleado, e invalidar cláusulas abusivas, dentro

postulados básicos de la ideología liberal: de una parte, la intención de establecer un gobierno de leyes, no de hombres (government of laws, not of men), esto es, “un sistema de gobierno que rechace las decisiones subjetivas y arbitrarias del monarca por un régimen de dominación objetiva, igualitaria y previsible, basado en normas generales” [...], y de otra, el postulado de la ley como expresión de la soberanía popular, el principio democrático, según el cual la soberanía está en cabeza del pueblo y se expresa mediante la decisión de sus representantes, en la ley.” CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 355 de 2008

⁶⁴ *“Desde esa perspectiva, el pacto de facultades exorbitantes o excepcionales sólo puede provenir de una autorización del Legislador de incorporar al contrato las cláusulas que regulan su ejercicio, es decir, en los eventos previa y expresamente establecidos por la ley, toda vez que tamaños poderes no pueden quedar a la mera autonomía de la voluntad de las partes, a quienes no les es dable convenir su otorgamiento sin la anuencia o autorización de aquél, pues ello constituye una clara violación, no sólo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sino, más grave aún, de los preceptos constitucionales antes citados, lo que acarrea la nulidad de la cláusula correspondiente al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil) y la nulidad por abuso de poder (artículo 44-3 de la Ley 80 de 1993), en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración”.* CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 7 de octubre de 2009, exp. 17936.

⁶⁵ *“La definición de Colombia como un Estado de Derecho implica, entre muchas otras cosas, que la actuación de las autoridades públicas debe sujetarse a la prescripción legal. Este deber de sujeción constituye una de las expresiones más importantes del principio de legalidad: implica que el comportamiento que desplieguen los órganos del Estado para alcanzar sus fines, debe sujetarse a las condiciones que para ello se hubieren establecido en las normas que disciplinan su actuación. Ese punto de partida del principio de legalidad encuentra reflejo o concreción (i) en el artículo 121 de la Constitución conforme al cual ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, (ii) en el artículo 122 que establece que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento, (iii) en el segundo inciso del artículo 123 de la Constitución que establece que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento y (iv) en el artículo 230 al prever que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. [...] Según lo anterior, no es admisible que el cumplimiento de funciones públicas por parte de las autoridades carezca de una regulación que oriente y discipline las actividades que con tal propósito se emprendan”.* CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-414 de 2012.

⁶⁶ *“Y si es la administración la que, so pretexto del bien común, impone el mantenimiento de tal desequilibrio, es ella la que en tal evento está pisando los terrenos del desvío del poder, que es una de las especies pertenecientes a la protoforma genérica del abuso del derecho. El hecho del príncipe, se ha visto, causa una perturbación contractual en perjuicio del contratista privado, que de subsistir implicaría el desafuero o abuso de autoridad. Como se ve, las anteriores configuraciones aberrantes se entremezclan y amalgaman en complejos antijurídicos que la ciencia del derecho, en sus manifestaciones teóricas y jurisprudenciales, busca corregir a todo trance. También la ley los corrige”.* CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 1979, exp. 2742.



de las que se destacan las de modificación de la responsabilidad contractual⁶⁷. El derecho colombiano, aunque tardíamente, no ha sido ajeno a esta tendencia, incorporando la prohibición de ciertas cláusulas abusivas, dentro de las que se incluyen los pactos de limitación o exclusión de responsabilidad en los contratos de transporte⁶⁸, de servicios públicos domiciliarios⁶⁹ y en los celebrados con consumidores⁷⁰.

En el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (“EGCAP”), por la remisión al derecho común sobre la materia, se aceptan con carácter general las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en convenciones modificatorias, en cuanto no impliquen una condonación del dolo futuro, una obligación sujeta a condición meramente potestativa, ni contravengan las buenas costumbres, el orden público ni el derecho público⁷¹. Sin embargo, por implicar una renuncia a derechos del contratista que es un colaborador de la Administración, su interpretación es restrictiva⁷² y en ella debe tomarse en consideración la matriz de riesgos⁷³, que debe ser definida desde la etapa precontractual⁷⁴, para verificar que no exista un desequilibrio desmesurado en detrimento de una de las partes del contrato.

En línea con ello, en la jurisprudencia administrativa han sido anuladas cláusulas abusivas, con las cuales: (i) el ente contratante decidía, por sí y ante sí, si, durante la ejecución del contrato, prevalecían las disposiciones del pliego de condiciones o del contrato; (ii) se denegaba, anticipadamente, toda reclamación del contratista por

⁶⁷ MUÑIZ ARGÜELLES, Luis. *Las Cláusulas Modificativas de la Responsabilidad Contractual: Estudio comparado de las normas españolas, francesas y estadounidenses*, Temis, Bogotá, 2006.

⁶⁸ CÓDIGO DE COMERCIO. “Artículo 992. [Modificado por el Decreto 01 de 1990]. *El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación. || Las violaciones a los reglamentos oficiales o de la empresa, se tendrán como culpa, cuando el incumplimiento haya causado o agravado el riesgo. || Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producirán efectos*”.

⁶⁹ LEY 142 DE 1994. “Artículo 133. *Abuso de la posición dominante. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas: || 133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa; [...]*”.

⁷⁰ LEY 1480 DE 2011. “Artículo 43. *Cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: || 1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden; [...]*”.

⁷¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 4 de agosto de 2021, exp. 45004; reiterada en sentencia de 31 de mayo de 2022, exp. 52386.

⁷² Ibidem.

⁷³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 27 de febrero de 2024, exp. 57604.

⁷⁴ LEY 1150 DE 2007. “Artículo 4°. *De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. || En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva*”.



cualquier sobrecosto⁷⁵; y (iii) el contratista de una obra renunciaba, de forma anticipada, a toda reclamación por el reajuste de precios⁷⁶.

Aparte, en sentencias de esta Corporación proferidas el 29 de enero, 28 de abril y 25 de junio de 2014 (exps. 41834, 46862 y 28067) fue declarada la nulidad absoluta de sendos contratos de transacción, suscritos con ocasión de un accidente aéreo, por desconocer la responsabilidad por falla del servicio que le asistía a la Administración, con lo cual, además de desnaturalizar ese contrato que se caracteriza por las prestaciones mutuas de los suscribientes, se materializaba un ejercicio abusivo de la posición de dominio del ente contratante, que *“resultó contrario al mínimo equilibrio que debe observarse y esperarse en las relaciones negociales, teniendo en cuenta, por demás, la intensidad del daño ocasionado a los demandantes, los cuales, se reitera, no se encontraban en una igualdad real y efectiva en relación con su contraparte”*.

A su vez, el derecho positivo colombiano ha incorporado prescripciones tendientes a proscribir conductas que son claramente abusivas, sin que ello signifique, que de esta forma se agota la regla prescriptiva del principio que proscribe el abuso de la posición dominante. Así, en los contratos de obra, el EGCAP prohíbe las exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren en el proceso de selección y, en caso de que sean estipuladas, se prevé que son ineficaces de pleno derecho⁷⁷. De esta forma, el EGCAP sanciona la omisión del deber de planeación, del cual se deriva la subregla que le impone a la Administración contar con los estudios y diseños que hagan posible y viable el proyecto que se propone realizar a través del contrato de obra que incluya su diseño, además de prever su impacto social, económico y ambiental⁷⁸; deber que, como de antaño lo ha precisado esta Corporación⁷⁹, busca evitar dilaciones y tropiezos futuros que impidan la oportuna y adecuada ejecución del contrato.

⁷⁵ La Subsección A, en sentencia del 18 de julio de 2012 (exp. 21573), declaró la nulidad absoluta de las dos cláusulas referidas, al considerar que *“se trata[ba] de estipulaciones abusivas que vulneran el Principio de Buena Fe contractual y que afectan el equilibrio económico del contrato”*, con las que, además, el contratante se arrogaba, en la práctica, la facultad de interpretar unilateralmente el contrato, sin sujetarse a las disposiciones atinentes a esa facultada excepcional.

⁷⁶ En sentencia del 14 de marzo de 2013 (exp. 20524), la Subsección A resolvió que la cláusula con la que el contratista de una obra renunciaba, de forma anticipada, a toda reclamación por el reajuste de precios era nula, por ser opuesta al derecho del contratista a que su valor intrínseco no se altere o modifique durante la vigencia del contrato (art. 5.1, Ley 80 de 1993), además de ser abusiva, por *“propende[r] por el favorecimiento de una de las partes en la relación contractual, sin que exista una justificación constitucional o legal válida”*.

⁷⁷ LEY 80 DE 1993. *“Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio: [...] 5o. En los pliegos de condiciones: [...] d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren. [...] Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”*.

⁷⁸ LEY 80 DE 1993. *“Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: [...] 12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. || Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. [...]”*

⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 de abril de 2015, exp. 21081.



De esta forma, en el EGCAP fue prohibido el pacto de exclusiones de responsabilidad con las que la Administración, prevalida de la posición dominante que ostenta, cargue al contratista con las consecuencias derivadas de la omisión del deber de elaborar estudios y diseños que le asiste.

Sobre el abuso de la posición dominante por la inclusión de cláusulas abusivas

4.11. Para determinar la forma en la que en el asunto bajo examen podría configurarse un abuso de la posición dominante, resulta pertinente referir, de acuerdo con las consideraciones precedentes, las siguientes estipulaciones que rigieron la relación jurídica en la que se suscitaron los hechos traídos a este contencioso:

4.11.1. El dieciséis (16) de diciembre de dos mil nueve (2009), Metrovivienda y el Consorcio Avenida Usminia 003 suscribieron el **Contrato**⁸⁰ **CDTO 215-09**, que tenía por objeto la ejecución de las “Obras de Urbanismo de la Avenida Usminia, así: Ramal V3-E1 y Ramal V3-E2, Retorno V7-20, Glorieta G1 y Obras complementarias en la Operación Estratégica Nuevo Usme”, lo cual comprendía las “Obras de Urbanismo de la Avenida Usminia, así: Ramal V3-E1 y Ramal V3-E2, Retorno V7-20, Glorieta G1 y Obras complementarias en la Operación Estratégica Nuevo Usme”.

En este contrato fue estipulado lo siguiente:

“OCTAVA. PLAZO: *El plazo de ejecución es veintiún (21) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, previo el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato y distribuido así: a) Dos (2) meses para la etapa de preconstrucción. En este periodo el contratista está obligado a revisar la documentación suministrada por METROVIVIENDA y por el consultor consorcio Usminia 2-2008, para que realice observaciones, adopte y proponga nuevas alternativas si es del caso. Los costos generados por este concepto se encuentran consignados en los costos administrativos del contrato. Durante la etapa de Preconstrucción, el contratista deberá seguir las condiciones descritas en las especificaciones técnicas de las entidades de servicios públicos y distritales vigentes en la fecha de apertura de este proceso, que en términos generales contemplan los parámetros mínimos de diseño y las especificaciones técnicas particulares: Durante la etapa de Preconstrucción se trasladan los siguientes riesgos al contratista: Variaciones de los componentes técnicos necesarios para cumplir con el objeto del contrato. En todo caso, el contratista será responsable y asumirá todos los riesgos, derivados del uso y aplicación de los diseños. [...]. PARÁGRAFO TERCERO: Considerando que los Diseños Urbanísticos, Paisajísticos y Técnicos para la Avenida Usminia se encuentran en etapa de desarrollo, el contratista no podrá dar inicio a la obra hasta que se cuente con la aprobación de los mismos por parte de las autoridades competentes.”*

[...]

“DÉCIMA PRIMERA. ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN: *El inicio de esta etapa se da con la firma del acta de iniciación del contrato, una vez se cumpla con los requisitos*

⁸⁰ F. 194-199, c. 4.



establecidos para la suscripción del contrato. En este periodo el contratista está obligado a revisar la documentación suministrada por METROVIVIENDA, y realizar un informe que debe contener como mínimo análisis dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la firma del acta de inicio del contrato, con todas las observaciones. En los quince (15) días calendario siguientes, METROVIVIENDA o quien este designe revisará dicho informe y resolverá las inquietudes planteadas en el mismo. Así mismo, el contratista realizará durante este periodo la planeación de las obras de construcción que garanticen el cabal cumplimiento en el plazo estipulado. Teniendo en cuenta que los costos de personal durante la etapa de preconstrucción están incluidos dentro del ítem de administración del AUI [sic] presentado por el contratista. METROVIVIENDA no hará pago o reconocimiento alguno por ningún concepto al proponente adjudicatario durante este periodo. **DECIMA SEGUNDA. ETAPA DE CONSTRUCCIÓN:** En esta etapa el contratista deberá acometer las obras de acuerdo al presupuesto, programa y propuesta metodológica previamente aprobados por la interventoría en la etapa de preconstrucción. [...]" (énfasis añadido).

4.11.2. Según el pliego de condiciones⁸¹, Metrovivienda le entregaría al contratista los esquemas generales de construcción, cuya responsabilidad asumiría dicho ente, sin que, con ello, se exonerara al contratista de "su obligación de avisar oportunamente a METROVIVIENDA sobre las discrepancias, inexactitudes, errores u omisiones que encuentre en los planos, esquemas e informaciones que ella le ha suministrado"⁸². En otro extracto del pliego, consta que el contratista recibiría "los planos o esquemas que le suministre METROVIVIENDA y en estos se basará para la ejecución de los trabajos objeto de esta licitación"; y que, cualquier "trabajo hecho antes de la entrega" de dichos insumos, sería "a riesgo del CONTRATISTA". Esto fue reiterado en el párrafo tercero de la cláusula octava del contrato, relacionada con el plazo de ejecución contractual, transcrito anteriormente. En todo caso, en el pliego se mencionó, asimismo, que los "Diseños Urbanísticos, Paisajísticos y Técnicos para la Avenida Usminia se encuentran en etapa de desarrollo, [por lo que] el contratista no podrá dar inicio a la obra hasta que se cuente con la aprobación de los mismos por parte de las autoridades competentes".

4.11.3. En este orden de ideas, de acuerdo con una interpretación sistemática del Contrato CDTO 215-09 —a cuyo texto se integra el pliego de condiciones⁸³— Metrovivienda asumía la responsabilidad por los diseños, estudios, planos y evaluaciones necesarios para la ejecución de la obra, que le corresponde de acuerdo con el artículo 26.3 de la Ley 80 de 1993⁸⁴, hasta la finalización de la etapa de

⁸¹ F. 109-141, c. 2.

⁸² En el aparte del pliego referido a los planos, especificaciones y esquemas de la obra, consta que al contratista se le suministrarían: "[...] esquemas generales de construcción, libres de costo y en la fecha oportuna durante el progreso de los trabajos, según las necesidades que haya para su ejecución satisfactoria; también podrá tener acceso a la consulta de los planos de las vías y de las redes, en caso de requerirse. [...] Si durante la ejecución de los trabajos, se requieren trabajos de reconstrucción o construcción de obras, éstas se ejecutarán en su totalidad de acuerdo con los planos expedidos por METROVIVIENDA. [...] METROVIVIENDA asume la responsabilidad de los planos y de las informaciones suministradas por escrito al Contratista, dentro de la intención general de los mismos, pero esto no exonera al Contratista de su obligación de avisar oportunamente a METROVIVIENDA sobre las discrepancias, inexactitudes, errores u omisiones que encuentre en los planos, esquemas e informaciones que ella le ha suministrado".

⁸³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 3 de febrero de 2000, exp. 10399.

⁸⁴ LEY 80 DE 1993. "Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio: [...] 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o



preconstrucción. En esta fase de la ejecución contractual, el contratista realizaba un informe con unas observaciones sobre la documentación suministrada, y la proposición de nuevas alternativas, al que el ente contratante daba respuesta, con lo cual el consorcio contratista asumía, “*en todo caso [...] todos los riesgos, derivados del uso y aplicación de los diseños*”.

Sin embargo, el contratista no tenía la facultad de dar por terminado el contrato al concluir la fase de *preconstrucción*, pues esta facultad no fue pactada en el Contrato CDTO 215-09, ni está prevista en la normativa supletiva aplicable a este tipo contractual. Por ende, de acuerdo con lo pactado, al concluir la fase de *preconstrucción*, con la respuesta de la Administración a las observaciones y propuestas formuladas, el contratista quedaba obligado a ejecutar las obras, conforme al término y a los precios estipulados inicialmente, sin que tuviera relevancia alguna la cantidad ni la entidad de los defectos advertidos en las observaciones formuladas.

No pasa por alto la Sala que la labor realizada en la fase de *preconstrucción* no tenía una remuneración directa, sino que, como parte del rubro de administración comprendido en el AIU de los ítems de las obras a ejecutar, sería remunerado después de que concluyera el período de *preconstrucción*. De esta forma, el contratista, al revisar los estudios y diseños proporcionados por el ente contratante, sin una remuneración directa por ello, asumía la responsabilidad asignada por la ley a la Administración, sin que en ello incidieran los defectos en las especificaciones, ni la respuesta a las observaciones dada por el ente contratante.

Aparte, nota la Sala que en el pliego de condiciones⁸⁵ se especificó que el contratista era responsable de: (i) los daños que ocasionara a instalaciones de Metrovivienda, los servicios públicos, propiedades de terceros o por la obstrucción de vías; (ii) la gestión anticipada de permisos de cierre de vías o corte de servicios públicos; (iii) la obtención de todos los permisos y licencias que se requieran para ejecutar las obras contratadas; (iv) “*los gastos de gestión, derechos, licencias y consumo de servicios públicos*”; (v) “*los perjuicios que ocasione por disposición inadecuada de materiales, por descuido en el manejo del equipo, por deficiencia en el control de aguas en el sitio donde efectuó los trabajos ordenados, o por cualquier falla atribuible a negligencia y falta de cuidado en los mismos*”; (vi) “*todo lo concerniente a la naturaleza del trabajo y a los sitios del mismo, las condiciones generales y locales, las relacionadas con el transporte, disposición, manejo y almacenamiento de materiales*”; (vii) la protección de las obras y de los materiales; (viii) la seguridad del personal de la obra; y (ix) la coordinación de los trabajos con otros contratistas de Metrovivienda y con las empresas de servicios públicos.

El contratista, con un carácter general, asumió además el conocimiento de:

cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”.

⁸⁵ Numerales 7.6 a 7.19.



“[...] todos los factores sobre los cuales se pueda razonablemente obtener información y que en alguna forma afecte el trabajo, los plazos para su ejecución y su costo, los cuales debieron ser tenidos en cuenta por el Contratista al formular su propuesta. En consecuencia, Metrovivienda no reconocerá ninguna compensación adicional y/o extensión de los plazos fuera de los casos contemplados expresamente en el contrato. El hecho de que los documentos de [la] licitación [sic], no lo releva de la responsabilidad de cerciorarse de la dificultad y del costo de llevar a cabo con éxito los trabajos”.

De otro lado, en el pliego de condiciones, Metrovivienda no especificó la responsabilidad que asumía. Consta que, en todo caso, esta entidad podría aumentar las cantidades estimadas y el contratista tendría que ejecutarlas; e, igualmente, podría disminuirlas, *“sin que el contratista tenga derecho a reclamar por este concepto”*. Aparte, Metrovivienda determinó que *“podr[í]a si lo estima conveniente y de acuerdo al desempeño del contratista en la ejecución de los trabajos, prorrogar el plazo de ejecución del contrato”*.

De esta forma, resulta claro que, en la matriz de riesgos definida en la licitación que llevó a la suscripción del contrato CDTO 215-09, toda la responsabilidad por los diseños de las obras, su licenciamiento, ejecución y entrega le correspondió al consorcio contratista, mientras el ente contratante se eximió incluso de la responsabilidad que, conforme a la ley, le corresponde por los diseños y estudios entregados para definir la viabilidad del objeto contractual.

4.11.4. En este orden de ideas, la Sala concluye que Metrovivienda incurrió en un abuso de su posición dominante al excluir la responsabilidad que, por disposición legal, le corresponde al ente contratante por la calidad de los estudios y diseños entregados, tras su revisión por el contratista sin una remuneración directa y la respuesta de la entidad a los comentarios que aquel realizara, sin que el contratista tuviera la posibilidad de terminar la relación jurídica, en caso de que hallara que los defectos en dichos diseños y estudios hicieran excesivamente gravosa la ejecución de los trabajos, y sin que dicho ente asumiera responsabilidad alguna, ni especificara una matriz de riesgos del contrato. En consecuencia, la exclusión de responsabilidad pactada en el Contrato CDTO 215-09 y el pliego de condiciones de la licitación pública núm. MV-LP-03-2009 se tendrá por no escrita, conforme al artículo 24 ordinal 5º literal d) de la Ley 80 de 1993. Ante la ineficacia de esta cláusula, procede el estudio del restablecimiento económico del Contrato CDTO 215-09 por las falencias en los diseños y estudios técnicos de las obras.

4.11.5. No se impone, sin embargo, la misma prédica sobre la estipulación con la que el contratista asumió la responsabilidad por la obtención de los permisos y licencias requeridos para la ejecución de las obras contratadas⁸⁶, pues, con dicho pacto, Metrovivienda no trasladó al contratista la responsabilidad que, por disposición legal, le corresponde, sin la posibilidad de terminar la relación jurídica en caso de que, por causa del mismo ente contratante, esa obligación le resultare excesivamente gravosa,

⁸⁶ Aptado. 4.11.3.



pues el licenciamiento depende del cumplimiento de disposiciones legales que son verificadas por una entidad perteneciente al Sistema Nacional Ambiental (SINA), del cual no forma parte Metrovivienda (artículo 4, Ley 99 de 1993). La eficacia de esta estipulación, por lo tanto, se mantiene incólume, de forma tal que la mayor permanencia la tardanza en el licenciamiento de las obras no es ajena al Consorcio Avenida Usminia 003 ni, menos aún, imputable a Metrovivienda.

Sobre el desequilibrio contractual por las falencias en los diseños y estudios técnicos de las obras

4.12. Ahora, para analizar si en el presente asunto se configuró un desequilibrio financiero del Contrato CDT-215-09, que a su vez hiciera exigible la obligación de medio de Metrovivienda de restablecerlo, resulta pertinente recordar los siguientes hechos:

4.12.1. El diecinueve (19) de abril de dos mil diez (2010), las Metrovivienda y el Consorcio Avenida Usminia 003 suscribieron el acta de inicio⁸⁷ del Contrato CDT-215-09 y, durante la fase de *preconstrucción*, las partes suscribieron las siguientes actas modificatorias y suspensivas del plazo del negocio:

Núm.	Acto	Contenido	Motivos
4.12.1.1.	Núm. 2 de suspensión del contrato de obra del 31 de mayo de 2010 (f. 204, c. 2)	Suspensión del plazo del contrato durante un (1) mes contado desde la firma del acta.	<i>“De acuerdo a lo establecido en los pliegos de condiciones del contrato de obra donde se especifica que durante la etapa de preconstrucción el contratista revisará la documentación suministrada por METROVIVIENDA, realizará visitas al terreno y elaborará un informe dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la firma del acta de inicio del contrato, el consorcio [...] objetó algunos aspectos técnicos de los planos y diseños suministrados ante lo cual Metrovivienda elevó la consulta al diseñador y su respectiva interventoría [...] para lo cual se ha dispuesto un término de 30 días dadas las características de las observaciones presentadas por el constructor”.</i>
4.12.1.2.	Modificación núm. 1 del 1° de julio de 2010 (f. 207-208, c. 2)	«A). Modificar la Cláusula Quinta "Anticipo" en el sentido de determinar los ítems objeto de inversión, excluyendo la compra de equipo y maquinaria así:	De acuerdo con la parte motiva de la modificación, en memorando del 2 de julio de 2010, el "Director Técnico de Obras", solicitó la modificación de la cláusula referida al anticipo para replantear el plan de inversión "que excluya la compra de equipo y maquinaria de la siguiente manera": Pago de

⁸⁷ F. 201, c. 2.



		<p>- Pago de Salarios, prestación de servicio y para fiscales 22%</p> <p>- Combustibles 10%</p> <p>- Transporte materiales, escombros y alquiler maquinaria 28%</p> <p>- Compra de materiales y accesorios 40%</p> <p>B) Modificar la Cláusula Octava "Plazo" en el sentido de prorrogar el subplazo de etapa de pre construcción por un periodo de dos (2) meses, es decir, hasta el 18 de septiembre de 2010. Con motivo de la prórroga de la etapa de pre construcción la fecha terminación del contrato es el 13 de abril de 2012. PARAGRAFO: El costo de la prórroga del subplazo en la etapa de pre construcción será cancelado mediante la suscripción de la correspondiente acta de mayores y menores cantidades de obras.»</p>	<p>salarios, prestación de servicios y parafiscales (22%); combustibles (10%); transporte de materiales, escombros y alquiler maquinaria (28%) y compra de materiales y accesorios (40%).</p> <p>En el mismo memorando, fue solicitada la prórroga del "sub plazo de pre construcción por un periodo de dos meses", porque: (i) ante las observaciones del contratista y del interventor sobre los planos y diseños de construcción era "necesario hacer mesas de trabajo con los profesionales especializados en las áreas de diseño geométrico, estructura de pavimento, geotecnia, estructura hidráulica, redes húmedas, secas y urbanismo"; (ii) durante "el proceso de materialización de puntos de control y levantamiento topográfico se evidenciaron inconsistencias en el terreno que son necesario [sic] subsanar"; (iii) para "realizar los ajustes de diseño y completar y completar los planos de construcción se requieren mesas de trabajo con el propósito de agilizar la obtención de información necesaria para la elaboración de informes".</p>
<p>4.12.1.3.</p>	<p>Modificación núm. 2 del 2 de septiembre de 2010 (f. 210-212, c. 2)</p>	<p>«Modificar la Cláusula Octava "Plazo" en el sentido de prorrogar el subplazo de etapa de pre construcción por un periodo de un (1) mes, es decir, hasta el 18 de octubre de 2010. Con motivo de la prórroga de la etapa de pre construcción la fecha de terminación es el 18 de mayo de 2012. PARAGRAFO: El costo de la prórroga del subplazo en la etapa de pre construcción será cancelado mediante la suscripción de la correspondiente acta de mayores y menores cantidades de obras.»</p>	<p>El Director Técnico de Obras, "previa petición al efecto realizada por el CONSORCIO", planteó la prórroga del plazo contractual, porque: a) en el proceso de revisión de los diseños, se evidenció que era necesario "realizar ajustes y completar los detalles de ingeniería básica previos al inicio de la etapa de construcción los cuales deben ser aceptados por las empresas de servicios públicos", advirtiendo que si bien se habían adelantado "mesas de trabajo con la participación de los especialistas en cada área", la "totalidad de las observaciones al diseño" no habían sido atendidas para la fecha de la modificación; b) en "la materialización de puntos de control y levantamiento topográfico se han evidenciado inconsistencias en el terreno que no han sido subsanadas por parte de la consultoría"; c) se requería "un tiempo adicional después de</p>



			<i>recibir los diseños y memorias aprobadas, para obtener los detalles de construcción necesarios para elaborar el informe consolidado de la etapa de preconstrucción”.</i>
4.12.1.4.	Modificación núm. 3 del 7 de octubre de 2010 (f. 214-216, c. 2)	« <i>Modificar la Cláusula Octava "Plazo" en el sentido de prorrogar el subplazo de etapa de preconstrucción por un periodo de un (1) mes, es decir, hasta el 18 de noviembre de 2010. Con motivo de la prórroga de la etapa de preconstrucción la fecha de terminación es el 18 de junio de 2012. PARAGRAFO: El costo de la prórroga del subplazo en la etapa de preconstrucción será cancelado mediante la suscripción de la correspondiente acta de mayores y menores cantidades de obras.»</i>	El Director Técnico de Obras, previa petición del Consorcio, solicitó la ampliación del plazo porque: a) a la fecha, no se contaba con “ <i>la totalidad de las definiciones a las observaciones presentadas a los diseños entregados por la entidad</i> ”, ni se habían “ <i>recibido por parte del consultor los ajustes a los diseños que permitan contar con los detalles constructivos para el inicio de la etapa de construcción</i> ”; y b) las causas que dieron lugar a las prórrogas anteriores no se habían superado.
4.12.1.5.	Acta núm. 4 de suspensión del contrato del 10 de noviembre de 2010 (f. 218, c. 2)	Suspensión del plazo por tres meses, a partir del día de la firma del acta.	Sin perjuicio de reactivar el plazo de ejecución antes de tres meses, las partes acordaron la suspensión “ <i>si las empresas distritales y de servicios públicos han aprobado</i> ” las modificaciones y ajustes a los diseños, realizadas en la etapa de preconstrucción.
4.12.1.6.	Acta núm. 5 de reinicio del plazo del contrato, del 28 de enero de 2011 (f. 220, c. 2).	Reanudación del plazo contractual suspendido en el acta 4.	La reactivación se produjo en “ <i>razón a que se hizo entrega a la interventoría y al contratista de las memorias de cálculo y los planos de diseño del proyecto con sello de aprobado para construcción por parte de Metrovivienda</i> ”.

4.12.2. Pues bien, de acuerdo con el anterior recuento de los hechos, la Sala encuentra que, por múltiples defectos que se presentaron en los planos y diseños suministrados por Metrovivienda, en el levantamiento topográfico, en el diseño geométrico y geotécnico, en la estructura hidráulica y del pavimento, en las redes húmedas, secas y de urbanismo, la fase de *preconstrucción*, que Metrovivienda había previsto que se extendería por dos (2) meses, hubo de prorrogarse por cuatro (4) meses más y suspenderse por otros dos (2) meses, para realizar los ajustes necesarios de los diseños y estudios entregados por Metrovivienda.

Resulta claro así que Metrovivienda no contó con los estudios y diseños que hacían viable el proyecto que se proponía realizar a través del Contrato CDTO 215-09, conforme a los términos que previó en el pliego de condiciones, lo cual se opone al artículo 25.12 de la Ley 80 de 1993. No obstante, estas falencias del ente contratante



no generaron un perjuicio para el contratista en esta fase de preconstrucción, pues al prorrogarla, Metrovivienda asumió el pago de los sobrecostos ocasionados mediante actas de mayores y menores cantidades de obra.

En todo caso, tras las prórrogas y suspensiones del plazo de ejecución de la etapa de preconstrucción, esta fase concluyó sin que, finalmente, los planos y diseños fueran aprobados por las empresas de servicios públicos cuyas redes serían intervenidas en la ejecución del Contrato CDT-215-09. Las memorias de cálculo y los planos de diseño del proyecto fueron aprobadas únicamente por Metrovivienda. Por ende, ante la ineficacia de la exclusión de responsabilidad por los diseños, la imputación de la responsabilidad por los perjuicios ocasionados con las falencias en los diseños depende así de la diligencia con que cada una de las partes haya desempeñado su labor de elaboración, revisión y ajuste, de acuerdo con los artículos 50 y 52 de la Ley 80 de 1993, y los artículos 1602 a 1604 del Código Civil.

4.12.3. Luego, con la firma del **acta⁸⁸ núm. 7 del 7 de febrero de 2011**, las partes dispusieron el inicio de la etapa de construcción de las obras contratadas.

4.12.4. Durante la etapa de construcción, las partes adicionaron el valor del contrato, modificaron lo pactado, y suspendieron el plazo de ejecución, en las siguientes oportunidades:

Núm.	Acto	Contenido	Motivos
4.12.4.1.	Modificación núm. 4 del 28 de septiembre de 2011 (f. 224-225, c. 2).	« <i>Modificar la cláusula Segunda "Valor" en el sentido de adicionar el contrato en la suma de MIL DOSCIENTOS DOCE MILLONES NOVECIENTOS [sic] SESENTA Y DOS MIL SETENTA Y SEIS PESOS M/cte (\$1.212.962.076) [...]»</i>	El Director Técnico de Obras, tomando en cuenta las solicitudes del contratista y de la "firma ACI Proyectos", solicitó la adición al contrato por el valor fijado en el acta, porque se requería la ejecución de las siguientes obras adicionales: "a. Terraplenes estabilizados mecánicamente en geosintéticos. b. Filtros longitudinales [...] c. Obras de drenaje [...] d. Traslado de red matriz de agua potable [...]"
4.12.4.2.	Modificación núm. 5 del 29 de diciembre de 2011 (f. 226-227, c. 2)	« <i>Modificar la Cláusula Octava "Plazo" en el sentido de prorrogar el subplazo de etapa de construcción por un periodo de dos (2) meses, es decir, hasta el 6 de marzo de 2012. En consecuencia, la fecha de terminación del contrato es el 6 de noviembre de 2012».</i>	El Director Técnico de Obras pidió la prórroga, porque requería la "recuperación del tiempo utilizado en la construcción del terraplén de acceso que uniera la calle 116 con la carrera este sur permitiendo el ingreso a la obra por el costado norte por el bloqueo de las vías realizado por parte de la comunidad del sector para poder de esta forma continuar con la ejecución de las obras contratadas".

⁸⁸ F. 221, c. 2.



4.12.4.3.	Modificación núm. 6 (f. 229-231, c. 2)	<p>«<i>Modificar la Cláusula Octava "Plazo" en el sentido de prorrogar el sub plazo de etapa de construcción por un periodo de dos (2½) meses y medio, es decir, hasta el 21 de mayo de 2012. En consecuencia, la fecha de terminación del contrato es el 21 de noviembre de 2012, y modificar la Cláusula Segunda "valor" en el sentido de adicionar La suma de \$938.677.271. Por consiguiente el valor del contrato asciende a la suma de \$18.810.808.793.</i></p> <p>PARÁGRAFO: <i>el valor de esta adición será cancelado bajo los mismos parámetros establecidos en el contrato inicial».</i></p>	<p>Mediante memorando, el Director Técnico de Obras, con fundamento en la información suministrada por la interventoría, solicitó: a) la prórroga del plazo contractual porque <i>"para el inicio de la construcción de los dos box culvert sobre la quebrada El Piojo, se requería el permiso de ocupación de cauce expedido por la CAR, permiso que fue entregado al contratista el 12 de enero de 2012, lo que implicó hacer nueva reprogramación de esta obra, dado que inicialmente estaba programada su ejecución para el mes de octubre de 2011"</i>; b) el permiso de la CAR determinó <i>"la terminación de las obras hidráulicas sobre la quebrada [...] y la construcción de la desviación de la red matriz"</i>; c) la adición en la suma pactada fue motivada en el <i>"incremento en las obras de drenaje de la vía, el incremento en las obras de alcantarillado pluvial y sanitario" y la "modificación de las dimensiones de los box culvert"</i>.</p>
4.12.4.4.	Modificación núm. 7 del 18 de mayo de 2012 (f. 233-236, c.2)	<p>PRIMERA: OBJETO: <i>Modificar la cláusula Octava "plazo" en el sentido de prorrogar el sub plazo de etapa de construcción en cuarenta (40) días, es decir hasta el 30 de junio de 2012. En consecuencia, la fecha de terminación del contrato es el 31 de diciembre de 2012.</i></p> <p>SEGUNDA. <i>Adicionar el valor del contrato en la suma de CIENTO SETENTA MILLONES (\$170.000.000) DE PESOS M/CTE [...]</i>».</p>	<p>El Director Técnico de Obras solicitó la prórroga, porque: a) en desarrollo de las obras del Box Culvert izquierdo, en la cual debía reubicarse la línea de red matriz <i>"HA- Laguna-Monteblando [...]</i> se pudo encontrar que los alineamientos tanto verticales como horizontales que presenta la tubería existente en el sector sur, no corresponden a los esperados según la información recibida de la EAAB y se generan intersecciones entre dicha red existente y la nueva tubería [...] esto obligó a rediseñar la geometría de la nueva tubería y modificar los puntos de empalme [...] Esta nueva condición [...] de la tubería conllevó una modificación adicional en cuanto a la manera y ubicación de hacer la hidráulica lo cual implicó el diseño y construcción de una nueva estructura de anclaje [...] mayores tiempos en la ejecución mientras se realizaban tanto los diseños del nuevo empalme como el diseño estructural y construcción de la estructura de concreto para el anclaje".</p>



4.12.4.5.	Modificación núm. 8 (f. 238-240, c. 2)	« <i>Modificar la cláusula Octava “plazo” en el sentido de prorrogar el sub plazo de etapa de construcción en quince (15) días, es decir hasta el 15 de julio de 2012. En consecuencia, la fecha de terminación del contrato es el 15 de enero de 2013.</i> »	El Consorcio solicitó a la entidad y al interventor la reprogramación de algunas actividades del proyecto por “ <i>eventos ajenos al contratista y relacionados con el traslado de la red matriz existente en el ramal izquierdo del proyecto</i> ”. Además, se encontraba pendiente la actividad de cierre para el empate de la tubería, según lo programado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.
4.12.4.6.	Modificación núm. 9 (f. 242-243, c. 2)	« <i>Modificar la cláusula segunda “Valor, del Contrato CDTO 215-09, en el sentido de adicionar el valor del contrato en la suma de veintinueve millones trescientos veinticinco mil seiscientos noventa y dos pesos (\$29.325.392) [...]»</i>	Adición justificada en la expedición del “ <i>Acta de Reajustes No. 09, correspondiente al Acta de recibo Parcial de Obra No. 22 de julio de 2012</i> ”.

4.12.5. De conformidad con el anterior relato de los hechos, el plazo de la etapa de construcción del Contrato CDT-215-09 fue prorrogado por seis (6) meses y diez (10) días, con lo cual se produjo una mayor permanencia en obra, como lo afirmó la actora. Las prórrogas y adiciones sucesivas se debieron, fundamentalmente, a: la necesidad de ejecutar obras adicionales —dos de las cuales requerían permiso ambiental—, a las diferencias que surgieron entre la información de las redes suministrada y las halladas en el terreno, y a la prolongación de los procedimientos de licenciamiento ambiental. Las prórrogas por este último factor no son atribuibles al ente contratante ni ajenas al consorcio contratista pues, de acuerdo con lo considerado anteriormente⁸⁹, el contratista asumió válidamente la responsabilidad por la obtención de los permisos y licencias requeridos para la ejecución de las obras contratadas.

4.12.5.1. Los motivos de estas prórrogas referidos en precedencia coinciden, en lo fundamental, con los indicados en el dictamen de ingeniería civil aportado por el consorcio demandante⁹⁰⁻⁹¹. La ingeniera que elaboró este peritaje, pese a que dio cuenta de los estudios que la habilitan para dictaminar⁹² y fundó sus conclusiones en documentos contractuales que permiten la comprobación intersubjetiva⁹³ de lo

⁸⁹ Aptado. 4.11.5.

⁹⁰ F. 16 -54, c. Peritaje Técnico en Ingeniería.

⁹¹ “*Dichas causas fueron: la primera, por cambio en las características del contrato debido a adicionales detectados durante la etapa de construcción, la segunda por demora en el trámite del permiso de la CAR, la tercera debido a [la] ejecución de obras adicionales por situaciones que se presentaron diferentes a las pactadas inicialmente, y la cuarta debido al traslado de la red matriz existente y la correspondiente autorización de cierre para empalme*”. F. 32-33, c. Peritaje Técnico en Ingeniería

⁹² Al peritaje fue aportada copia de sus títulos en ingeniería civil de la Universidad Nacional de Colombia (2002) y de especialista en gerencia de proyectos de construcción e infraestructura de la facultad de administración de la Universidad del Rosario (2011), así como su tarjeta profesional con la constancia de vigencia respectiva.

⁹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, auto de 14 de diciembre de 2022, fundamentos jurídicos 9.3 y 9.3.1.



afirmado⁹⁴, se apartó de su competencia como perito, al pronunciarse sobre la responsabilidad de las partes contratantes⁹⁵; juicio de responsabilidad que constituye un punto de derecho sobre el cual no puede pronunciarse por disposición legal⁹⁶. Estos juicios de atribución de responsabilidad son, además, ajenos a la labor que le fue encomendada, la cual, de acuerdo con la metodología que refirió en su informe, se limitaba a revisar, a partir de los documentos aportados por el consorcio demandante, “*si existieron diferencias entre el alcance inicial y el final y [...] si estos cambios tuvieron algún impacto en el cronograma del proyecto*”.

La labor del perito, a quien se acude porque se requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos para verificar los hechos que interesan al proceso (artículo 226, CGP), se limita a proporcionar los fundamentos fácticos de tal carácter, que sean necesarios para fundar el juicio de responsabilidad que le compete a la judicatura. De acuerdo con lo considerado anteriormente, este juicio, en este asunto, requería la individualización de las labores que cada una de las partes contratantes llevó a cabo al revisar y ajustar los diseños en la fase precontractual, y la forma en que esa labor incidió en la adición de cantidades, para así, a partir de ello, determinar el sujeto cuya actuación negligente impidiera prever que serían necesarias las obras adicionadas en la fase de construcción. Sin estos elementos, que se echan de menos en el dictamen en ingeniería aportado por la demandante, la inferencia con la cual se determina el nexo causal existente entre la actuación de las partes contratantes, en un extremo, y las adiciones de obras y prórrogas, en el otro, carece del fundamento

⁹⁴ “Verificados los documentos que dan cuenta de la ejecución del proyecto, y las diferentes modificaciones que se presentaron durante la etapa de Construcción, se puede concluir que se presentaron retrasos ajenos a la responsabilidad del Contratista, los cuales afectaron negativamente los intereses del CONSORCIO AVENIDA USMINIA 003. || Adicionalmente, se han identificado otras causas, de igual manera ajenas a la responsabilidad del contratista, como: condiciones inusuales a nivel climático, cambio en las condiciones esperadas del sitio, suspensión de los trabajos, errores y/o conflictos en planos y las especificaciones. || Se presentaron modificaciones donde fue necesario prorrogar el contrato, prolongando el tiempo de ejecución del mismo, por causas ajenas a la responsabilidad del CONSORCIO AVENIDA USMINIA 003, frente a los cuales ningún control pudo ejercer, originando una mayor permanencia debido a cargas contractuales adicionales. [...] Finalmente, respecto a la entrega del Proyecto a las ESP & IDU, es claro que METROVIVIENDA hizo entrega de diseños con sello de construcción para dar inicio a la ejecución del Contrato, que todas las obras fueron ejecutadas en su totalidad dentro de los plazos estipulados por parte del Consorcio y fueron recibidas de forma real y efectiva a satisfacción por la Interventoría. El CONSORCIO AVENIDA USMINIA 003, hizo todas las diligencias necesarias ante las ESP & IDU para entregar las diferentes redes, sin embargo, estas no las recibieron por situaciones ajenas al Contratista, por lo cual es imposible responsabilizarlo por la no obtención de los recibos, toda vez que la causa real y efectiva corresponde a obligaciones o comportamientos que omitió desarrollar la entidad contratante, quien le genera la contratista una imposibilidad de cumplir. Las diferencias entre METROVIVIENDA y las ESP a nivel de diseño y especificaciones no pueden ser indilgadas por ningún motivo al Contratista, toda vez que el presente contrato no era de diseño y que el contratista cumplió con las obligaciones a su cargo, en etapa de pre construcción y construcción o de obras civiles como se indica en el contrato”.

⁹⁵ A guisa de ejemplo, la perito concluyó: “Como se evidencia, esta mayor extensión del tiempo de construcción de las obras, surgió, por causas ajenas a la responsabilidad del Consorcio Contratista, y frente a las cuales ningún control podía ejercer, originando una mayor permanencia debido a cargas contractuales adicionales. [...] Verificados los documentos que dan cuenta de la ejecución del proyecto, y las diferentes modificaciones que se presentaron durante la etapa de Construcción, se puede concluir que se presentaron retrasos ajenos a la responsabilidad del Contratista, los cuales afectaron negativamente los intereses del CONSORCIO AVENIDA USMINIA 003”.

⁹⁶ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. “Artículo 226. Procedencia. La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. [...] No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. [...]”.



empírico y de las relaciones explicativas indispensables en un dictamen técnico sólido, preciso y con unos fundamentos cualificados (artículo 232, CGP)⁹⁷.

4.12.5.2. Por otra parte, el dictamen en ingeniería civil refiere que, como es evidente, las adiciones en valor y las prórrogas pactadas durante la fase de ejecución del contrato repercutieron en el cronograma de actividades⁹⁸. Pero, no tienen un fundamento claro las conclusiones que alcanzó la perita acerca de los sobrecostos por el déficit de productividad de maquinaria, las cuales se fundaron, de acuerdo con la metodología referida, en la diferencia existente entre la maquinaria requerida inicial y finalmente para la ejecución de las obras, pues la perita pasó por alto que durante la fase de construcción fueron adicionadas obras con un valor total de \$2.321'639.347, las cuales fueron mayormente ejecutadas y reconocidas en el acta de liquidación⁹⁹, cuyos precios unitarios definidos por el consorcio contratista incluían “[I]os costos de utilización de equipos y de toda clase de maquinaria y herramientas”, de acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones¹⁰⁰.

La omisión de esas mayores cantidades de obra, con las implicaciones que ellas tenían en la productividad de los equipos, además de socavar las conclusiones del dictamen al respecto, por su falta de exhaustividad, son un hecho indicador de la falta de objetividad de la perita, que se refuerza con el juicio de responsabilidad en favor del consorcio demandante, que realizó al margen de sus competencias y de la metodología empleada en el informe pericial.

4.12.5.3. Similares conclusiones se alcanzan al examinar el dictamen contable¹⁰¹, en lo atinente a las consecuencias económicas de la mayor permanencia en obra, los sobrecostos de administración y de *stand by* de maquinaria, pues el dictamen contable tuvo en cuenta únicamente los egresos en que habría incurrido el consorcio demandante entre enero y julio de 2012, por los salarios, prestaciones, consumibles, transporte, servicios públicos domiciliarios, y alquileres de oficinas y de maquinaria cancelados, sin computar los ingresos por administración y por las mayores cantidades de obra convenidas durante la fase de construcción que habría recibido el consorcio, pues los precios unitarios de los ítems adicionales ejecutados incluían los

⁹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, auto de 14 de diciembre de 2022, exp. 68201.

⁹⁸ “Así mismo, estas causas generaron como es natural, mayores costos a nivel administrativo. Los cambios en los procesos constructivos con los que se planeó la ejecución del proyecto, las demoras en la adquisición de permisos o entrega de documentación vital para la ejecución de las obras, y las condiciones de campo diferentes a las descritas en los estudios y diseños; generaron ampliación de los plazos del proyecto y el permanente impacto del cronograma debido a las actividades adicionales y extras que se presentaron, a los mayores tiempo de ejecución y a la restricción de inicio de actividades, que dependían de permisos cuyo trámite era responsabilidad de METROVIVIENDA, sin que el Contratista pudiese mitigar de alguna manera dichas dilaciones. Todas estas circunstancias provocaron prórrogas que afectaron la productividad de los equipos, que no se obtuvo como se tenía planeado, según el equipo previsto y programa de utilización presentado por el CONSORCIO AVENIDA USMINIA 003, provocando así la improductividad del equipo por causas que no son responsabilidad del Contratista”.

⁹⁹ F. 253-256, c. 2

¹⁰⁰ F. 132 (reverso), c. 2.

¹⁰¹ F. 684-105, c. Dictamen Pericial Contable.



costos administrativos y de maquinaria, conforme a lo previsto desde el pliego de condiciones¹⁰².

Aparte, nota la Sala que la perita en contabilidad basó su dictamen relativo a los sobrecostos de personal en los datos que halló en un software contable, no en comprobantes de pago de salarios y prestaciones, y se limitó a referir los nombres de unas personas que habrían recibido los pagos, sin identificar la función administrativa que cumplían. El dictamen contable carece así de la solidez, claridad, exhaustividad y precisión requerida para probar estos hechos.

Además, la perita en contabilidad únicamente aportó su tarjeta profesional, en la que consta que fue inscrita como contadora pública cinco (5) años antes de emitir el dictamen allegado al plenario, sin haber cursado estudios de postgrado adicionales, ni haber realizado publicaciones sobre el campo de la experticia, ni arrimar constancia alguna de la experiencia que afirma tener en su campo de conocimiento, ni de que haya realizado dictámenes previos, conforme a lo previsto en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 226 CGP. No existe así, siquiera, un indicio de rigor científico de lo dictaminado.

4.12.6. En este orden de ideas, la Sala concluye que el Consorcio Avenida Usminia 003 no honró la carga¹⁰³ de probar que las circunstancias que desencadenaron una mayor permanencia en obra fueran atribuibles al ente demandado, ni ajenas a la labor desempeñada por aquel en la revisión de los diseños. Tampoco acreditó el demandante que la mayor permanencia en obra le hubiera generado sobrecostos administrativos o por el *stand by* de maquinaria que no hubieran sido cubiertos con el precio pagado.

Esta judicatura no pasa por alto, por demás, que la adición de obras en un contrato de precios unitarios es previsible, pues es bien sabido que se recurre a esta modalidad de pago cuando es imposible determinar con exactitud el valor de la obra y, para la ejecución del objeto contractual pudiera ser necesario adelantar actividades que no estén previstas inicialmente, sin que exista así una estimación exacta de las cantidades de obra que serán ejecutadas¹⁰⁴. Esta es una circunstancia que debe ser tenida en cuenta por el proponente al momento de formular su oferta, de acuerdo con el principio de la buena fe objetiva que rige la actividad contractual.

¹⁰² De acuerdo con el pliego de condiciones (f. 108-141, c. 2), los “precios unitarios” debían: “[...] cubrir todos los costos por concepto de equipos, transportes, mano de obra y materiales, hasta la entrega satisfactoria de la respectiva obra, por lo tanto los proponentes deben tener en cuenta en los precios unitarios los siguientes aspectos: || 1. Los costos de utilización de equipos y de toda clase de máquinas y herramientas. || 2. Los precios de todos los materiales necesarios puestos en la obra, así como los costos por concepto de transporte de personal y de equipo. || 3. El valor de los salarios y prestaciones sociales obligatorias. || 4. Los gastos de administración, dirección, intereses, instalaciones, campamentos, oficinas, primas, seguros, honorarios, y en general todo costo directo o indirecto para la correcta ejecución de las obras materia de la licitación. [...]”.

¹⁰³ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. “Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

¹⁰⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 8 de junio de 2018, exp. 38120; y sentencia de 21 de septiembre de 2020, exp. 47106, entre otras.



Sobre el desequilibrio contractual por la ejecución de actividades ambientales imprevistas

4.13.1. Pasando ahora al estudio del desequilibrio contractual por la ejecución de actividades ambientales imprevistas, nota la Sala que, como fundamento de las conclusiones del dictamen en ingeniería civil concernientes a los “*sobrecostos e ítems ambientales no reconocidos*”¹⁰⁵ —esgrimido por el consorcio apelante como fundamento de sus pretensiones¹⁰⁶— la perita refirió que: el consorcio elaboró el documento “*PIPMA*” del proyecto, de acuerdo con la Guía de Manejo Ambiental del IDU, en el que incluyó “*el presupuesto ambiental ya que en todo momento fue claro para el contratista que por la modalidad de pago del contrato ‘precios unitarios fijos con reajustes’, todas las actividades ejecutadas deben tener un ítem de pago y la implementación de los componentes de la guía y sus subprogramas demandan la inversión de unos recursos que el contratista no tenía incluidos en su AIU, ni en los precios unitarios contratados*”.

A continuación, la perita en ingeniería civil relacionó las actividades ambientales ejecutadas por el consorcio, de acuerdo con los dieciocho (18) informes ambientales de cumplimiento entregados. Criticó a Metrovivienda por haber adoptado la guía ambiental empleada por el IDU, sin incluir un presupuesto para actividades “*SISOMA*”, como afirmó que procede el IDU en los contratos que celebra, para garantizar así la correcta ejecución de esas actividades. Agregó que el consorcio reclamó el pago de costos adicionales por las “*actividades extras sin ítems de pago*”, que ejecutó para dar cumplimiento a la Guía de Manejo Ambiental del IDU y reprochó la negativa de Metrovivienda a dicha reclamación, porque estaría “*confundiendo claramente la obligación del Contratista de realizar estas actividades adicionales, con la responsabilidad de asumir el pago de las mismas*”.

Finalmente, en el dictamen en ingeniería civil fueron cotejadas las actividades ambientales ejecutadas con las inicialmente planeadas, fue transcrito el numeral 6.1 del Pliego de Condiciones, sobre la forma de pago, y se concluyó que “*el Consorcio terminó asumiendo costos adicionales no previstos en la propuesta ni en el contrato, [pero] se encuentra justificado y considera procedente y [sic] su reconocimiento económico*”.

5.13.2. Al determinar, conforme a lo expuesto anteriormente, que Metrovivienda debía pagar los ítems ambientales ejecutados, pese a que no estuvieran previstos, pero que no lo hizo, al confundir la obligación de ejecutar dichas actividades con la obligación de pagarlas, el dictamen en ingeniería entró a pronunciarse, una vez más, sobre aspectos jurídicos que le están vedados y que conciernen a una materia que la perita desconoce. Con ello, la perita en ingeniería se muestra nuevamente poco objetiva en sus conclusiones.

¹⁰⁵ F.35-42, c. Peritaje Técnico en Ingeniería.

¹⁰⁶ Aptado. 2.4.



Ahora, en el campo de su experticia, en el que la perito en ingeniería debía constatar las actividades ambientales previstas inicialmente y las ejecutadas por el Consorcio Avenida Usminia 003, nota la Sala que, pese a que hizo referencia al documento “PIPMA”, en el que se habrían definido las actividades ambientales que ejecutaría el consorcio, dicho documento no fue anexado dentro de los treinta y un documentos anexos al dictamen. De esta forma, la comparación entre las actividades inicialmente previstas y las ejecutadas carece de un fundamento empírico intersubjetivo¹⁰⁷ que las fundamente.

De igual forma, está desprovisto de sustento empírico la afirmación realizada sobre la inclusión de una partida para actividades ambientales en los contratos celebrados por el IDU, pues esta afirmación no tiene sustento alguno, el cual no cabe derivar, tampoco, de la trayectoria de la perita, quien no arrimó constancia de la experiencia que afirmó tener en su campo de conocimiento, ni de que hubiera realizado dictámenes previos, como le correspondía conforme a los numerales 4, 5 y 6 del artículo 226 CGP.

5.13.3. En este orden de ideas, no queda más que concluir que la hipotética ejecución de actividades ambientales imprevistas para el consorcio contratista, respondió a un desacierto suyo sobre la modalidad de pago y los ítems pactados. Esta imprecisión del consorcio, que se entrevé en el dictamen en ingeniería civil, puede constatarse con lo afirmado en la comunicación CCAU-089-11(OP), radicada el 26 de mayo de 2011, en la que el consorcio le solicitó al director de la interventoría del Contrato CDT-215-09 la aprobación de costos ambientales adicionales, al argumentar que su costo había sido incluido en el AIU, pero *“el alcance de las actividades socio ambientales requeridas por el proyecto y necesarias para el desarrollo del mismo, de acuerdo a la normativa ambiental pertinente, implica[ba] la utilización de unos recursos adicionales que no se encuentran incluidos dentro del proyecto, ni en los análisis de precios unitarios previstos en el pliego de condiciones, ni en la propuesta del contratista”*¹⁰⁸.

Al punto, advierte la Sala que, de acuerdo a la modalidad de pago prevista en el pliego de condiciones¹⁰⁹ —en el que fueron enunciados los ítems comprendidos en el presupuesto¹¹⁰— y a lo estipulado en el Contrato CDTO 215-09¹¹¹, el precio pactado sería pagado, *“[...] previa presentación mensual de las facturas de cobro debidamente documentadas y aprobadas por el interventor y corresponderán a la cantidad que resulte de multiplicar las cantidades de obra recibidas a satisfacción por la interventoría durante el periodo correspondiente por los precios unitarios propuestos por el contratista en su oferta y aceptados por METROVIVIENDA”* (subrayado

¹⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, auto de 14 de diciembre de 2022, fundamentos jurídicos 9.3 y 9.3.1.

¹⁰⁸ F. 150-151, c. Peritaje Técnico en Ingeniería.

¹⁰⁹ “LA MODALIDAD DE PAGO [...] A PRECIOS UNITARIOS FIJOS CON FÓRMULA DE REAJUSTE”. F.113 (reverso), c. 2.

¹¹⁰ F. 114-116, c. 2.

¹¹¹ F. 194 (reverso), c. 2.



añadido). Bajo esta modalidad de precios, en la que, conforme a lo estipulado, solo procede el pago del volumen de ítems con precios unitarios ejecutados, el reconocimiento de las labores adicionales requiere la suscripción de un convenio modificatorio por las partes contratantes, como lo ha reiterado la jurisprudencia administrativa¹¹². No procedía, pues, el cobro de las actividades ambientales adicionales que el contratista hubiera ejecutado sin la suscripción de una convención modificatoria previa; reclamación que, además, al oponerse a lo pactado, contraviene la buena fe objetiva que rige en el campo contractual¹¹³. Por lo tanto, como esta imprevisión es imputable al consorcio demandante, no hay lugar a reclamar el eventual desequilibrio que con ello se hubiera ocasionado.

4.14. En definitiva, la actora no acreditó los supuestos fácticos a partir de los cuales surge el derecho a que se restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato, con la correlativa obligación de medio de restablecerlo a cargo de la Administración¹¹⁴ (artículo 5.1, Ley 80 de 1993) por lo cual sus pretensiones atinentes a los hechos analizados en precedencia deben ser desestimadas. En consecuencia, se impone una respuesta negativa al segundo problema jurídico formulado en esta instancia.

ANÁLISIS DEL TERCER PROBLEMA JURÍDICO:

Sobre el incumplimiento o abuso de la posición dominante del ente contratante al retener el pago de sumas en el acta de liquidación

4.15. Con el propósito de analizar un eventual incumplimiento o abuso de la posición dominante de Metrovivienda, por la retención de pagos en la liquidación, resulta pertinente referir que, de acuerdo con el pliego de condiciones¹¹⁵ y el clausulado del Contrato CDTO 215-09¹¹⁶, el contratista tenía los siguientes compromisos con

¹¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. 10151; sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15469; sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17031; Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2012, exp. 16371; Subsección A, sentencia de 13 de noviembre de 2013, exp. 23829; Subsección A, sentencia de 14 de septiembre de 2016, exp. 50907; y Subsección B, sentencia de 9 de noviembre de 2021, exp. 52045.

¹¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de unificación 19 de noviembre de 2012, exp. 24897.

¹¹⁴ Código Civil. "Artículo 1757. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

¹¹⁵ En las obligaciones del contratista, enlistadas por el pliego, se destacan: "[...] 21) Entregar a las diferentes entidades de servicios públicos las obras correspondientes y obtener de ellas las respectivas aprobaciones de las obras y aceptaciones de los planos récord para el suministro de los servicios públicos y los respectivos paz y salvos. || 22) Coordinar con las diferentes entidades de servicios públicos la ejecución y/o supervisión de los trabajos". En otro aparte del pliego, constan las obligaciones específicas del contratista en la etapa de construcción del proyecto, de las cuales cabe destacar que este debía: "[...] - Ajustarse a los siguientes documentos que hacen parte de la presente licitación pública: || 1. Especificaciones técnicas de METROVIVIENDA, empresas de servicios públicos domiciliarios (EAAB, ETB, Codensa y Gas Natural) e IDU".

¹¹⁶ "DÉCIMA. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: [...] 22) Entregar a las diferentes entidades de servicios públicos las obras correspondientes y obtener de ellas las respectivas aprobaciones de las obras y aceptaciones de los planos record para el suministro de los servicios públicos y los respectivos paz y salvos. 23) Coordinar con las diferentes entidades de servicios públicos la ejecución y/o supervisión de los trabajos. [...] **DECIMA SEGUNDA. ETAPA DE CONSTRUCCIÓN:** En esta etapa el contratista deberá acometer las obras de acuerdo al presupuesto, programa y propuesta metodológica previamente aprobados por la interventoría en la etapa de pre-construcción. En esta etapa el contratista deberá: [...] 4) Ajustarse a los siguientes documentos que hacen parte de la presente licitación pública: Especificaciones técnicas de METROVIVIENDA empresas de servicios públicos (EAAB, ETB, Codensa y Gas Natural) e IDU, Planos de diseños geométrico, arquitectónicos y estudios técnicos existentes, Cartilla de mobiliario urbano, Cartilla de andenes del Taller del espacio público de la Secretaria de Planeación



respecto a las empresas de servicios públicos domiciliarios y al Instituto de Desarrollo Urbano (IDU): (i) entregar las obras objeto del contrato; (ii) *obtener* la aprobación de los planos récord por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y sus paz y salvos; y (iii) ajustarse a las especificaciones técnicas de dichas empresas.

Luego, al culminar la etapa de *preconstrucción*, en la que se produjeron múltiples modificaciones a los planos y diseños, Metrovivienda se comprometió a efectuar *“el acompañamiento técnico al contratista hasta obtener la aprobación y recibo por parte de las entidades de servicios públicos distritales, incluyendo los ajustes y modificaciones a los diseño[s] que hayan sido implementados en el desarrollo de la obra”*, conforme a lo consignado en el acta de inicio de la etapa de construcción suscrita el 7 de febrero de 2011 por representantes de Metrovivienda, el Consorcio Avenida Usminia 003 y la interventoría¹¹⁷.

Durante el desarrollo de las obras, las partes y la interventoría suscribieron las actas¹¹⁸ núm. 39 del 10 de noviembre de 2011, 51 del 16 de febrero de 2012, 52 del 23 de febrero de 2012, 54 del 8 de marzo de 2012, 56 del 22 de marzo de 2012, 59 del 18 de abril de 2012, 62 del 10 de mayo de 2012, 65 del 31 de mayo de 2012, 67 del 14 de junio de 2012 y 69 del 28 de junio de 2012. En todas estas actas, se mencionó que Metrovivienda asumió el compromiso de:

“Gestionar con la EAAB la visita del delegado para revisión del avance de las diferentes obras de alcantarillado ya construidas”.

Posteriormente, mediante oficio¹¹⁹ del 22 de octubre de 2012, la entonces Gerente de Alistamiento de Red de Acceso de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (en adelante, ETB) le comunicó a la Directora de Obras del Consorcio Avenida Usminia 003 que, en una visita de ETB a la obra, esta encontró que *“la infraestructura de canalización de ETB fue construida fuera del andén, incumpliendo con la resolución 033 de 2001”*. Por lo tanto, esta empresa se abstuvo *“de recibir la infraestructura en dichas condiciones”*.

Debido a las diferencias técnicas que impedían la entrega de las obras a las empresas de servicios públicos, en particular a la ETB, el Consorcio solicitó la cancelación del total de la retención del 6% del valor del Contrato CDTO 215-09¹²⁰, en el que originalmente se había estipulado que: *“[d]e cada Acta Mensual de Obra se hará una retención del 6% del neto total de la misma, es decir antes de amortización, la cual se devolverá con la firma del acta de liquidación del contrato”*. Atendiendo a esa petición, Metrovivienda accedió a las modificaciones, en procura de la *“equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar”*, y en ejercicio de su *“deber*

Distrital, Plan de manejo ambiental, Lineamientos de Gestión Social, Si es del caso, los manuales de gestión ambiental y de detalles constructivos del IDRD y el manual de arborización urbana del Jardín Botánico de Bogotá”.

¹¹⁷ F. 221, c. 2.

¹¹⁸ F. 283-312, c. 2.

¹¹⁹ F. 8, c. 3.

¹²⁰ F. 248-250, c. 2.



de acompañamiento” y gestión ante las entidades, con la suscripción de la modificación¹²¹ núm. 10 al contrato del 5 de marzo de 2013. Con esta convención modificatoria, Metrovivienda y el Consorcio Avenida Usminia 003 reformaron la cláusula cuarta referida a la forma de pago, condicionando la devolución de los dineros retenidos, equivalentes al 6% del neto total de cada acta mensual de obra, a la entrega de las obras a las empresas de servicios públicos, concretamente: (i) al avance de la entrega de redes (3%); y (ii) al cumplimiento total de esa obligación, junto a la entrega de las obras al IDU (3%)¹²².

Con esta convención modificaron, así mismo, la cláusula octava del contrato, relativa al plazo, mediante la prórroga de un mes en la etapa de liquidación. Por lo tanto, la mencionada fase tendría un término de tres (3) meses, y la *“fecha de terminación del contrato será el 15 de abril de 2013”*, sin perjuicio de que, *“en procura de alcanzar una liquidación de común acuerdo”*, las partes evaluarán la conveniencia de una nueva prórroga, dependiendo del avance de los *“documentos de recibo del IDU y [de] las Empresas de Servicios Públicos con las que a la fecha persiste dificultad en el recibo de las redes”*.

En el acta de liquidación¹²³, la entidad dejó constancia de que retendría dineros correspondientes al 17,87% del valor total de la garantía del 6% de cada acta mensual de obra, teniendo en cuenta que con la modificación había devuelto el 50% de dicho valor, y que en el acta devolvería el 32,13%. La retención, según afirmó Metrovivienda, se justificaba porque *“al momento de la liquidación no se obtuvo la totalidad de los paz y salvo”*, ni se habían recibido las obras por parte de las empresas ETB y EAAB, ni por el IDU; además esta omisión suponía que la entidad asumiera las actividades y trámites de entrega no hechas por el contratista.

4.16. En este orden de ideas, resulta claro que la retención de pagos que protesta el consorcio demandante no es más que el efecto del incumplimiento de sus obligaciones como contratista, pues no entregó las obras a las empresas de servicios públicos domiciliarios ni al IDU, ni consiguió la aprobación de los planos récord por aquellas entidades. No pasa por alto la Sala que, de acuerdo con lo manifestado por la ETB en el oficio del 22 de octubre de 2012, referido en precedencia, la razón por la cual ETB se abstuvo de recibir las obras fue la inobservancia de las reglamentaciones técnicas para la instalación de redes en las obras¹²⁴, no la falta de convenios previos entre esta Empresa y Metrovivienda, como lo afirmó el apelante. Por lo tanto, el

¹²¹ F. 248-250, c. 2.

¹²² “2) De cada Acta Mensual de Obra se hará una retención del 6% del neto total de la misma, es decir, antes de amortización, la cual se devolverá así: a) Conforme al estado de avance de la Etapa de Entrega a Entidades de Servicios Públicos, previa solicitud escrita DEL CONTRATISTA que debe estar acompañada de los documentos de recibo que demuestren el avance en la entrega de redes a dichas Empresas y la cuenta de cobro correspondiente, se hará una primera devolución equivalente al tres por ciento (3%) del valor neto total de las sumas retenidas del valor de cada acta mensual de obra. b) El porcentaje restante, esto es, el equivalente al tres por ciento (3%) del neto total de las sumas retenidas del valor de cada acta mensual de obra, será devuelto AL CONTRATISTA con la firma del acta de liquidación del contrato, previo cumplimiento total de la obligación de entrega de redes a las Empresas de Servicios Públicos e IDU”.

¹²³ F. 253-256, c. 2

¹²⁴ Aptados. 4.9.



Consortio tampoco cumplió con la obligación de ajustarse a esas reglamentaciones durante la ejecución del contrato.

La ejecución de estas prestaciones contractuales incumplidas terminaron siendo asumidas por la entidad contratante, como consta en el acta de liquidación bilateral¹²⁵ y lo aceptó el mismo Consorcio Avenida Usminia 003, después de la firma del acuerdo parcial de liquidación, pues el 21 de abril de 2016, la representante del consorcio le comunicó a la EAAB, con fundamento en el acta de liquidación del contrato de obra, que *“no entendemos el alcance de su comunicación [...] cuando las obras ya fueron recibidas por la interventoría del contrato, en representación de METROVIVIENDA, y quien asumió la obligación de entregar las obras y obtener los paz y salvos fue METROVIVIENDA”*¹²⁶.

Por estos motivos, al retener los dineros mediante el acta de liquidación, la entidad actuó de conformidad con el contrato, no infringió ninguna obligación contractual, ni actuó de mala fe o con abuso de posición dominante. Metrovivienda, por el contrario, accedió a modificar el Contrato CDTO 215-09, atendiendo a las dificultades que el consorcio contratista acusaba en la entrega de las obras a las empresas de servicios públicos domiciliarios, para hacer menos gravosa su situación. Esto es así porque, de acuerdo con lo estipulado inicialmente, Metrovivienda tenía la facultad de retener el 6% de las actas de obra, al concluir el plazo previsto para la liquidación, por la denegación de la recepción de las obras por cualquiera de las empresas de servicios públicos domiciliarios o el IDU. Pero, con la modificación núm. 10, además de conceder un plazo adicional de tres (3) meses para que el consorcio contratista entregara las redes y obras a satisfacción de sus destinatarias, Metrovivienda retendría el 3% por la negativa de las empresas de servicios públicos y por el IDU, pero reconocería otro 3% por los avances que el Consorcio Avenida Usminia 003 consiguiera en dichas entregas, como en efecto lo hizo, con lo cual se morigeró el derecho de retención del ente contratante. De esta forma, Metrovivienda atendió al postulado de la buena fe¹²⁷, pues, en lugar de retener el porcentaje pactado inicialmente al cumplirse el plazo estipulado, imponiendo así sus condiciones, buscó la realización y ejecución del contrato sin olvidar el interés del otro contratante.

4.17. De acuerdo con las anteriores consideraciones, se impone una respuesta negativa al tercer problema jurídico y, en definitiva, será confirmado el fallo de primer grado.

V. COSTAS

Según el CGP, aplicable de acuerdo con el artículo 188 del CPACA, la condena en costas procede contra la *“la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva*

¹²⁵ “[A] través de la Dirección Técnica de Obras, continuará los trámites correspondientes a la entrega de las redes a las empresas de servicios públicos e IDU respecto de las cuales el Contratista no obtuvo los recibidos, esto es, ETB, EAAB, IDU”.

Aptados. 4.11.4. a 4.13.1.

¹²⁶ F. 304, c. 3.

¹²⁷ Aptados. 4.9.1 y 4.9.2.



desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto” (CGP, artículo 365 núm. 1). Siguiendo lo preceptuado en el artículo 366 del CGP, las expensas y demás costas son tasadas por la Secretaría de esta Corporación (núm. 1), mientras que las agencias en derecho son fijadas en este pronunciamiento, tomando en consideración la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por la parte o su apoderado, Secretaría de la Corporación, y la fijación de las agencias en derecho debe realizarse de acuerdo con las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, en particular, por el Acuerdo 1887 de 2003, vigente para el momento en que este proceso inició. Con fundamento en lo anterior, se condenará en costas al Consorcio Avenida Usminia 003, en favor de su contraparte; y reconocerá la suma de 0,2% del valor de las pretensiones negadas.

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandante en costas de segunda instancia a favor de la entidad demandada. Líquidese por Secretaría e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente al cero punto dos por ciento (0,2%) del valor de las pretensiones negadas, como agencias en derecho, a favor de la Empresa de Renovación Urbana (antes, Metrovivienda).

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez esta providencia esté en firme.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado
Firmado electrónicamente

WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Magistrado
Aclaración de voto
Firmado electrónicamente

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado
Firmado electrónicamente

VF