

APELACIÓN DE LA SENTENCIA / RECURSO DE APELACIÓN / ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / PRINCIPIO DE SUSTENTACIÓN SUFICIENTE / REQUISITOS DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / CARGA DE LAS PARTES EN LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CARGA PROCESAL DE LAS PARTES DEL PROCESO / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / LÍMITES DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / FALTA DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / INDEBIDA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

De acuerdo con los artículos 212 del CCA y 352 del CPC, el apelante tiene la carga de sustentar la impugnación. Por ello, la Subsección ha dicho que el apelante debe formular reparos a los aspectos del fallo que le resultan desfavorables y que sus referencias argumentativas delimitan la competencia del juez de segunda instancia. Como no se expresaron reparos frente a la decisión contenida en el ordinal 3º de la sentencia, la decisión de anular el artículo 1º de la Resolución (...) no será objeto de análisis en esta instancia.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 212 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 352

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la aplicación de la regla de tránsito de legislación de las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, consultar providencia de 25 de junio de 2014, Exp. 49299, C.P. Enrique Gil Botero. Acerca del deber de sustentación del recurso de apelación, consultar providencia de 24 de septiembre de 2020, Exp. 44707, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / TEORÍA DEL ACTO PROPIO / PRINCIPIO QUE PROHÍBE IR CONTRA LOS ACTOS PROPIOS / PRINCIPIO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET / PRINCIPIO DE RESPETO DEL ACTO PROPIO / ACTO PROPIO / SANCIÓN POR ACTO PROPIO / REGLAS DE CONTRATACIÓN ESTATAL / ACUERDO DE PRECIOS / PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS / CONTRATO ESTATAL A PRECIOS UNITARIOS / PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO AL CONTRATISTA / PAGO INDEBIDO / PAGO DE LO NO DEBIDO / CONFIGURACIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO / COMPENSACIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO / REINTEGRO DEL PAGO DE LO NO DEBIDO / INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO

Como ha dicho la jurisprudencia, el principio de respeto por los actos propios, que tiene un carácter subsidiario, cede en aquellos casos en que el comportamiento aparentemente contradictorio obedece a la intención razonable de adecuar la conducta a las reglas del contrato. Si así no fuera, la acción para repetir un pago hecho por error no existiría (CC., art. 2313) y el principio se llevaría al extremo de obligar al interesado a agravar su situación patrimonial, no obstante su propósito de corregir. (...) [S]egún lo establecido en la cláusula (...) del contrato y en el pliego de condiciones, el IDU no se obligó a pagar el AIU en adición al valor resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios ofertados. Desde la etapa precontractual e, incluso, al momento de celebración del contrato,

era claro que ese componente debía ser considerado por el proponente a la hora de calcular tales precios y que era con base en éstos que se remunerarían las labores que se comprometió a ejecutar. En esas condiciones, entender lo contrario supondría realizar un doble pago por un mismo concepto; además, implicaría entender modificado ese elemento del contrato sin que hubiere mediado un acuerdo escrito, cuya existencia no se alegó ni se probó en el proceso. Por lo tanto, los descuentos que se realizaron en el acta (...) por el AIU pagado en las actas (...) no representaron un incumplimiento: significaron, más bien, una forma de evitar que se siguiera pagando más de lo debido. (...) En resumen, a diferencia de lo sostenido por la apelante, el IDU no tenía la obligación de pagar el AIU en adición al producto de multiplicar las cantidades informadas en las actas por los precios unitarios ofertados. Por ende, como concluyó el Tribunal, la entidad no incumplió el contrato al descontar en el acta (...) el AIU pagado en las actas (...) al no pagar por separado o, si se quiere, doblemente, el AIU (...).

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 39 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 41 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1627 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1649 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2313

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la excepción a la aplicación del principio de respeto por los actos propios, consultar providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 24 de enero de 2011, Exp. 2001-00457-01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Sobre el análisis de precios unitarios, consultar providencia de 29 de febrero de 2012, Exp. 16371, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA ADOPTAR DECISIONES CONTRACTUALES / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / APLICACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL / CAMBIO DE JURISPRUDENCIA / APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA JURISPRUDENCIA / DERECHO A LA DEFENSA / EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA / INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

El IDU manifestó su inconformidad con la decisión del Tribunal de anular la Resolución (...) mediante la cual se impuso una multa a la Unión Temporal (...). El reparo consiste en que el a quo basó su decisión en un cambio jurisprudencial que tuvo lugar (...). El (...) argumento en que se basa la impugnación es atendible. Efectivamente, el Tribunal fundamentó su decisión en una sentencia (...) que abandonó la tesis vigente en el momento en que se expidió el acto administrativo, según la cual la Ley 80 de 1993 atribuyó a las entidades públicas competencia para imponer multas unilateralmente. Esa aplicación retroactiva del cambio jurisprudencial no está justificada en este caso por las razones que se pasan a explicar. La Sección Tercera del Consejo de Estado no tiene una postura unificada sobre la aplicación temporal de los cambios del precedente judicial, aunque en algunas decisiones recientes se ha sostenido que estos deben operar hacia futuro. Para fundamentar esta tesis, se aduce que las buenas razones que impulsan el progreso de la jurisprudencia no justifican el sacrificio de los derechos de quienes obraron en el pasado movidos por lo que mandaba el antiguo precedente. Inclusive, en las providencias en las que se ha sostenido que las rectificaciones deben operar de forma inmediata para evitar que la congestión judicial

comprometa su eficacia, se admiten hipótesis de aplicación prospectiva, basadas en las condiciones específicas de cada caso. Por ejemplo, cuando la competencia estatal se ejerció con base en un criterio jurisprudencial pacífico y la entidad basó su defensa en ese precedente, tal como ocurrió en este caso. (...) Dadas esas circunstancias, se considera que el principio de seguridad jurídica tiene un mayor peso específico que la facultad que tienen los jueces de rectificar su jurisprudencia. (...) En este caso, la Resolución (...) fue expedida con fundamento en la tesis jurisprudencial vigente en esa fecha, la cual fue abandonada 5 años después de la expedición del acto impugnado. Además, al contestar la demanda, lo cual ocurrió antes del cambio de precedente, el IDU basó su defensa en la interpretación del Consejo de Estado, según la cual la Ley 80 de 1993 atribuyó la competencia de imponer multas unilateralmente. En este sentido, como manifestó la apelante, no debió aplicarse retroactivamente la rectificación jurisprudencial que tuvo lugar (...).

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la aplicación de los cambios jurisprudenciales, consultar providencia de 25 de septiembre de 2017, Exp. 50892, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sobre la facultad de las entidades estatales para imponer multas unilateralmente, consultar providencias de 4 de junio de 1998, Exp. 13988, C.P. Ricardo Hoyos Duque; de 20 de junio de 2002, Exp. 19488, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CAPACIDAD CONTRACTUAL / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PENA PECUNIARIA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ESTATAL / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO

[E]l IDU (...) alegó que, más allá de que se considere que su facultad para imponer multas estaba contenida en la Ley 80 de 1993 o en el artículo 64 del CCA, lo cierto que las partes expresamente convinieron en ello. (...) Esta cláusula no es excepcional al derecho común y es perfectamente válida. No es excepcional, porque no está consagrada en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y, además, porque no es extraña a los negocios civiles y mercantiles: el artículo 1594 del Código Civil autoriza que se pacte el pago de una pena por el mero retardo, con el objeto de apremiar al deudor y no como un mecanismo de tasación anticipada de los perjuicios. La cláusula es válida, pues está autorizada por la ley y no tiene causa u objeto ilícito. (...) A juicio de la Sala, el ejercicio de esta facultad unilateral (i) no entraña ninguna exorbitancia administrativa y (ii) tampoco presenta problemas de validez. Lo primero, porque la unilateralidad no es sinónimo de exorbitancia. En efecto, el Código Civil y el Código de Comercio autorizan en varios supuestos el ejercicio de facultades unilaterales por los particulares. (...) Lo segundo, porque la concesión de la facultad unilateral de imposición de multas es fruto de un acuerdo lícito entre las dos partes. Si bien es cierto que, por regla general, una parte no puede ver modificada su situación jurídica sin su consentimiento y por la sola voluntad de la otra, la adopción de decisiones unilaterales es válida si se produce en virtud de la anuencia previa de los contratantes. En este sentido, ante la ausencia de una prohibición normativa expresa, la Corte Suprema de Justicia ha concluido que las cláusulas en las que

se le concede a una parte la facultad unilateral de terminar el contrato son válidas. Análogamente, en las disposiciones civiles y comerciales, no hay ninguna disposición que prohíba al acreedor perjudicado por el incumplimiento hacer efectiva unilateralmente la multa mediante descuentos a los saldos a favor del deudor, si esta atribución tiene su origen en el acuerdo de voluntades. Esto no implica, claro está, que la parte que ejerza esta facultad tenga un margen de apreciación ilimitado respecto del cumplimiento del contrato, pues, para adelantar ese juicio, debe ceñirse a las condiciones pactadas en cuanto a las obligaciones cuya inejecución da lugar a la imposición de la multa, los criterios para calificar la gravedad del incumplimiento, los parámetros para cuantificar su valor, el procedimiento que debe surtir para el efecto, etc. Además, el deudor tendrá el derecho de discutir ex post en sede judicial la procedencia de la multa y la responsabilidad del acreedor que la hizo efectiva sin justificación o sin apego a las condiciones convenidas. De acuerdo con lo anterior, el IDU sí contaba con la facultad y la capacidad para imponer unilateralmente las multas, pues esa atribución se pactó en cláusulas que son válidas. Así, entonces, sea que se considere que el IDU, según los términos del contrato, tenía capacidad para imponer multas o que, según la tesis jurisprudencial vigente en la fecha de expedición de la Resolución (...), tenía competencia legal para imponerlas unilateralmente, es forzoso concluir que la decisión del Tribunal que desdice de ello debe revocarse.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 14 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 64 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1594

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las distintas funciones que puede cumplir la pena pecuniaria, véase: Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de febrero de 2018. Exp. SC170-2018. M.P. Margarita Cabello Blanco. Acerca de la facultad de las partes para pactar cláusulas para imponer multas unilateralmente, consultar providencia de 20 de octubre de 2005. Exp. 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. En relación con la unilateralidad contractual, consultar providencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 30 de agosto de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas; de 29 de julio de 2005. Exp. 1993 - 20302, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS / EFECTOS DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL

La Unión Temporal (...) adujo que la Resolución (...) violó la Ley 550 de 1990. Para sustentar el cargo, indicó que (...) [la sociedad] inició negociaciones para celebrar un acuerdo de reestructuración y que la imposición de la multa impedía su perfeccionamiento. (...) [E]s cierto que el artículo 15 de la Ley 550 consagró el principio de continuidad de los contratos celebrados por el empresario y sancionó con ineficacia los actos que obstaculizaran la negociación del acuerdo. Esto no supone, sin embargo, que los acreedores no tuvieran la facultad de ejercer los remedios convencionales por el incumplimiento de los contratos cuya ejecución continuó. Esta inferencia no tiene sustento en el artículo 15 de la Ley 550, pues lo que se prohíbe es que por “el hecho de la iniciación de la negociación de un acuerdo reestructuración” se terminen los contratos o se impongan sanciones al empresario. En este caso, la multa no se impuso como consecuencia del inicio de la negociación del acuerdo, ni está probado que el designio del IDU fuera

obstaculizar su celebración, lo cual, en todo caso, no ocurrió. La multa se impuso porque la Unión Temporal, en el mes de noviembre de 2000, luego de iniciada la negociación, incurrió en retrasos en la construcción de las obras del frente de la calle 5ª sur, los cuales están probados y no fueron negados por la demandante. (...) Además, sería absurdo interpretar que, en el marco de un proceso de reestructuración, el acreedor debe permanecer obligado por el contrato, mientras que el deudor queda dispensado del cumplimiento de sus prestaciones. Como lo señaló la Corte Suprema de Justicia, la negociación del acuerdo de reestructuración implica la continuidad de los contratos, pero también la subsistencia de los efectos del incumplimiento. Por esa razón, la negociación del acuerdo no significaba un impedimento para que los acreedores de (...) ejercieran sus derechos para la satisfacción del crédito, con la única excepción del cobro ejecutivo de las obligaciones. Por las anteriores razones, la decisión del IDU de imponer una multa por los retrasos que se presentaron (...) no violó el artículo 15 de la Ley 550 de 1990. Una cuestión diferente es que, una vez se hiciera exigible el pago de la multa, el IDU no podía cobrar ejecutivamente su valor, porque el artículo 14 de Ley 550 estableció que no podía iniciarse ningún proceso de ejecución contra el empresario, pero eso no concierne a la validez del acto por medio del cual se ejerció la facultad contractual.

FUENTE FORMAL: LEY 550 DE 1990 - ARTÍCULO 14 / LEY 550 DE 1990 - ARTÍCULO 15

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance del acuerdo de reestructuración de pasivos y la subsistencia de los efectos del incumplimiento contractual, consultar providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 17 de agosto de 2016, Exp. 11001-31-03-007-2007-00606-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez

PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA ADOPTAR DECISIONES CONTRACTUALES / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL / CONTRATO DE SEGURO / CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO ADMINISTRATIVO / AUTO QUE ORDENA LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CAPACIDAD CONTRACTUAL / ASEGURADO / RECLAMACIÓN DEL ASEGURADO / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / ESTIPULACIONES DEL CONTRATO DE SEGURO / PRINCIPIO DEL EFECTO ÚTIL DE LAS NORMAS / BUENA FE CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL

La Aseguradora, por otra parte, planteó que el artículo 2º de la Resolución (...) –en el cual se ordenó hacer efectiva la multa contra los saldos a favor del contratista o con cargo a la garantía única de cumplimiento– es nulo porque la entidad no era competente para declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro. (...) Como cualquier particular beneficiario de un seguro de daños, el IDU podía basar su decisión de exigir el pago del siniestro apoyado en las cláusulas del contrato de seguro. (...) La Sala no considera atendible este planteamiento, porque le niega efecto útil a las condiciones generales y lleva a una conclusión inadmisibles, a saber: la entidad no podía hacer efectiva la garantía si no expedía un acto administrativo, porque el contrato de seguro se lo exigía, pero tampoco podía

expedir ese acto administrativo, pues la ley no le dio esa atribución. (...) La interpretación que mejor cuadra con la naturaleza del seguro y con los principios de efecto útil y de buena fe en la ejecución de los contratos es diferente: al margen de la calificación jurídica (acto administrativo) que la Aseguradora incluyó en las condiciones generales, ésta se comprometió a pagar al IDU el valor de la multa derivada del incumplimiento imputable a la Unión Temporal si, luego de controvertir su declaración inicial sobre la ocurrencia del riesgo y el monto de la pérdida, la entidad persistía en su reclamación. Este procedimiento convencional para hacer efectiva la garantía difiere del que se deduce de la lectura conjunta de los artículos 1077, 1080 y 1053 del Código de Comercio; sin embargo, no vulnera el orden público, pues, según el artículo 1162 del mismo código, ninguna de esas normas es inmodificable. Como se indicó antes, ante el incumplimiento imputable al tomador del seguro, que está probado en el expediente, el IDU impuso la multa, le notificó a la Aseguradora la ocurrencia del siniestro y estableció el valor por el que se haría efectivo el amparo. Esta decisión no es contraria a la ley ni al contrato, porque, (...) en virtud de las condiciones generales de la póliza, la Aseguradora le concedió a la entidad la facultad de exigir el pago de esta manera.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1053 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1077 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1080 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1162

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la declaración unilateral de la ocurrencia del siniestro, consultar providencia de 24 de septiembre de 2020, Exp. 44707, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA ADOPTAR DECISIONES CONTRACTUALES / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MULTA / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO ADMINISTRATIVO / AUTO QUE ORDENA LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE SEGURO / DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA / ALCANCE DEL DEBIDO PROCESO / DERECHO AL DEBIDO PROCESO CONTRACTUAL

[L]a Aseguradora adujo que la Resolución (...) es nula porque el IDU no la citó antes de imponer “la multa a su cargo”, reparo que tampoco tiene vocación de prosperar por las razones que se explican enseguida. En primer lugar, el IDU no impuso una multa o sanción a cargo de la Aseguradora, sino que ejerció el derecho contractual de hacer efectiva la garantía constituida por la Unión Temporal. Esta distinción es fundamental, pues el debido proceso se analiza a la luz de la potestad que ejerce la entidad contratante. Tratándose del ejercicio de un derecho contractual y no de una potestad sancionatoria, la intervención previa de la Aseguradora no podía condicionar el derecho del IDU a reclamar o hacer valer la póliza de seguro, máxime cuando no se contempló en el procedimiento convencional pactado para ese fin. En este sentido, como ha dicho la Corporación, el derecho de defensa de la Aseguradora se garantizaba con la motivación y notificación del acto que declaró la ocurrencia del siniestro, lo cual le permitía a la Aseguradora controvertir la decisión ante la entidad y, posteriormente, en instancias judiciales.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la declaratoria del siniestro de incumplimiento para efectos de hacer efectiva la garantía del contrato y la ausencia del agotamiento de un procedimiento previo, consultar providencias de 23 de febrero de 2012, Exp. 20810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de 30 de noviembre de 2017, Exp. 39825, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Acerca del debido proceso a la luz de la potestad que ejerce la entidad contratante, consultar providencia de 5 de julio de 2018, Exp. 52945, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / NULIDAD DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / REVOCATORIA DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO ADMINISTRATIVO / AUTO QUE ORDENA LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE SEGURO / RIESGO ASEGURABLE / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Básicamente, lo que alega la parte recurrente es que, al haberse anulado la declaratoria de caducidad del contrato, la de ocurrencia de los siniestros de incumplimiento e incorrecto manejo del anticipo carecen de causa que los sustente. La Sala no encuentra de recibo este argumento por las razones que se explican a continuación. Es cierto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la declaratoria de caducidad es “constitutiva” del siniestro de incumplimiento. Sin embargo, ello no supone que ante la ausencia de una declaración de esta naturaleza, la entidad afectada no pueda declarar, como cualquier asegurado, que el riesgo amparado se realizó, aunque, claro está, esa declaración, a diferencia de la de caducidad, no constituye el siniestro. Ahora bien, en este caso, encuentra la Sala que, pese a la nulidad de la declaratoria de caducidad del contrato –que impide que el siniestro se entienda constituido–, la declaración de ocurrencia de los riesgos amparados pervivió, pues la causa en la que se sustentó tal declaración no se desvirtuó. Al contrario, el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Unión Temporal fue un hecho aceptado por las demandantes. Otra cosa es que se hubiera pretendido justificar en los incumplimientos de la entidad contratante; sin embargo, no se demostró que el IDU hubiera desconocido sus obligaciones y que el contratista hubiere quedado en incapacidad de cumplir con las suyas. Por este motivo fue que la nulidad de la declaratoria de caducidad del contrato descansó, exclusivamente, en la falta de competencia temporal para hacer esa declaración. En línea con lo anterior, es necesario precisar que el riesgo que quedó cubierto por la póliza (...) fue, en términos generales, el de “incumplimiento”, no de forma exclusiva el de caducidad del contrato, pues la Aseguradora no se limitó a amparar el siniestro de incumplimiento que se constituyera a través de un acto administrativo de esa naturaleza. Así las cosas, dadas las condiciones particulares de este caso, no encuentra la Sala que, expulsada del mundo jurídico la declaración de caducidad del contrato, la de ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y correcto manejo del anticipo hubieren quedado sin causa. Basta con recurrir al contenido de los actos en los que se hizo esa declaración para constatar que quedaron debidamente motivadas, en razón de los incumplimientos en los que incurrió la Unión Temporal contratista (...).

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 18

PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA ADOPTAR DECISIONES CONTRACTUALES / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / AUTO QUE ORDENA LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL / ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / FACULTADES DE LA ENTIDAD ESTATAL / PAGO DEL SINIESTRO / ESTIMACIÓN DE LA CUANTÍA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

La Aseguradora, (...) adujo que la entidad no tenía la facultad de cuantificar el valor por el cual se hizo efectivo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, como también agregó que éste solo podía tasarse una vez se liquidara el contrato. Al respecto, la Sala debe precisar que, según la tesis jurisprudencial vigente en la fecha que se expidió la Resolución (...), la competencia de declarar unilateralmente la ocurrencia de los siniestros amparados por la póliza, entre estos el de buen manejo y correcta inversión del anticipo, comprendía la potestad de determinar la cuantía de la pérdida, con independencia de la conformidad de la Aseguradora con dicha tasación. (...) Además, al margen de la atribución legal de dicha potestad, lo cierto es que en las condiciones generales de la póliza de seguro (...), como parte del procedimiento convencional para la efectividad de la garantía, la Aseguradora estableció que el siniestro se entendería causado con el acto que declarara su realización por parte de la entidad beneficiaria. Así mismo, se convino que la Aseguradora (...) pagaría su valor dentro del mes siguiente a la comunicación escrita mediante la cual se remitiera el acto debidamente ejecutoriado. En este contexto, se deduce que el IDU estaba investido de la facultad convencional de cuantificar el valor por el cual se haría efectivo el amparo, pues es consustancial a la reclamación formulada por el beneficiario la cuantificación de la pérdida o el valor del siniestro (C. Co, art. 1077).

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1077

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la competencia para declarar unilateralmente la ocurrencia de los siniestros amparados por la póliza y la potestad para determinar la cuantía de la pérdida, consultar providencia de 28 de noviembre de 2019, Exp. 36600 A. C.P. María Adriana Marín.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / NULIDAD DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / REVOCATORIA DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / ACREDITACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / DAÑO CIERTO / TASACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / INTERÉS MORATORIO / IMPROCEDENCIA DEL INTERÉS MORATORIO / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

[La demandante] –integrante de la Unión Temporal responsable de la ejecución de las obras y quien, por tanto, resultó inhabilitada para celebrar contratos con entidades estatales– sufrió un daño. Según lo señalado por la Sala Plena de la Sección Tercera, criterio que ha sido reiterado por la Subsección, la declaratoria

de caducidad viciada de nulidad conlleva una pérdida de oportunidad, un daño jurídicamente relevante, que se deriva directamente de la inhabilitación prevista en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, la cual impide al afectado contratar con las entidades estatales y obtener un provecho económico por ello. (...) En este caso, el daño es cierto porque está probado que (...) celebraba contratos de obra con entidades estatales en el giro ordinario de sus negocios. (...) [A]unque en algunas decisiones el perjuicio se ha calculado (i) multiplicando el porcentaje de utilidad esperada en el contrato caducado por el valor total de los contratos celebrados en los 5 años anteriores a la declaratoria de caducidad, (ii) promediando las utilidades anuales así calculadas y (iii) multiplicando el valor promedio por el término de duración de la inhabilitación, la Corporación también ha precisado que la valoración del perjuicio debe consultar las particularidades de cada caso para evitar la indemnización de daños meramente eventuales e hipotéticos. (...) Para calcular este valor no se liquidaron intereses moratorios, porque el acto administrativo que declaró la caducidad se presume legal hasta la ejecutoria de la sentencia que declara su nulidad, y solo entonces nace la obligación de reparar el daño.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 8

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la pérdida de oportunidad por la inhabilitación para celebrar contratos con entidades estatales, con ocasión de la declaratoria de caducidad del contrato, viciada de nulidad, consultar providencias de 12 de julio de 2012, Exp. 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth; de 3 de agosto de 2017, Exp. 52920, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Acerca de la tasación del daño por pérdida de la oportunidad derivado de la la inhabilitación para celebrar contratos con entidades estatales, consultar providencias de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de 12 de julio de 2012, Exp. 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth; de 16 de agosto de 2018, Exp. 32906, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / CONCEPTO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / MAYOR CANTIDAD DE OBRA PÚBLICA / MAYOR VALOR DE LOS COSTOS / PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO ESTATAL A PRECIOS UNITARIOS / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS / PRECIO UNITARIO / RIESGO DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL / RIESGO DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL / RIESGOS DEL CONTRATO ESTATAL / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE / INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL

El derecho a que se mantenga el equilibrio económico del contrato estatal –el cual no constituye un seguro contra pérdidas– se justifica en la medida que el contratista soporta la obligación de prestar el servicio o ejecutar la obra en forma continua e ininterrumpida, en atención al interés público que persiguen los contratos estatales. La continuidad del contrato es, pues, un presupuesto para solicitar compensaciones por la mayor onerosidad sobrevenida: el contratista no puede paralizar la construcción de la obra, suspender la prestación del servicio, porque se incrementan los costos para cumplir sus prestaciones, salvo, claro está,

que las circunstancias extraordinarias lo coloquen en una situación de imposibilidad de cumplimiento, caso en el cual los hechos se desplazan al terreno de la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad. (...) Al lado de esta consideración, en este caso se debe tener en cuenta que, por la modalidad de pago convenida por las partes, los costos que generaron las excavaciones del terreno y la colocación de pavimento rígido fueron asumidos por la entidad contratante. La razón es simple: en un contrato a precios unitarios, el dueño de la obra asume el riesgo de los mayores costos que se causen por la variación de las cantidades inicialmente estimadas, ya que debe pagar el producto de las cantidades efectivamente ejecutadas por los precios unitarios cotizados por el contratista. (...) Pues bien, en el expediente no está probado que la profundidad de las excavaciones y el incremento de las cantidades de pavimento rígido constituyeran un hecho irresistible que incidieran en la continuidad del contrato, esto es, que imposibilitara la realización del objeto pactado. En contraste, está demostrado que el contratista no cumplió su obligación de resultado, consistente en intervenir los 14,3 kilómetros de vía. Al lado de los documentos que demuestran que el IDU debió contratar la terminación de los trabajos que dejó inconclusos el contratista (...). En conclusión, el contratista no dio continuidad a las obras, sino que intervino solo una parte de las vías alegando un cambio de circunstancias, a pesar de que, por la modalidad de pago convenida, las cantidades de obra que ejecutó le fueron pagadas en su totalidad, incluido el AIU (...), y lo mismo debía pasar con las demás que fueran necesarias para terminar el objeto pactado. Por esa razón, no puede declararse la alteración del equilibrio financiero del contrato (...). Adicionalmente, en el expediente no está probado que las condenas solicitadas en la demanda en relación con (i) los menores ingresos percibidos por la subutilización de maquinaria, (ii) los mayores gastos administrativos y (iii) los mayores costos de las actividades de corte, precorte y relleno en concreto, obedezcan a situaciones imprevisibles y ajenas al contratista. (...) En resumen, las pretensiones de la Unión Temporal sobre el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato deben negarse, aunque por razones diferentes a las que se expresaron en la sentencia impugnada.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el desequilibrio económico del contrato, consultar providencias de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; de 19 de septiembre de 2019. Exp. 62027, C.P. María Adriana Marín.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 5 NUMERAL 1 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 27

LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO ESTATAL / PRUEBA PERICIAL / DICTAMEN PERICIAL / CONCEPTO DE DICTAMEN PERICIAL / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA PERICIAL / VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / ALCANCE DEL DICTAMEN PERICIAL / EFICACIA PROBATORIA DEL DICTAMEN PERICIAL / UTILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL / AUTONOMÍA DEL JUEZ / EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DEL JUEZ / DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ / FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ

En lo referente a la liquidación del contrato, la inconformidad de la Unión Temporal versa sobre el factor económico (multiplicador) que el Tribunal utilizó para determinar el valor final de las obras: los precios unitarios cotizados en la oferta. A juicio de la demandante, el 100% de las cantidades de obra efectivamente ejecutadas no debían multiplicarse por los precios unitarios, sino por los índices representativos, pues así se estableció en el contrato. Igualmente, la Unión Temporal le reprochó al Tribunal que no tuviera en cuenta los dictámenes periciales que explicaron el concepto de “índices representativos” y que calcularon

el valor de liquidación con fundamento en él. (...) [E]l hecho de que en los dictámenes periciales se calculara el valor de las obras con los índices representativos, no implica que esa sea la conclusión que debe acogerse. El peritaje es un medio de prueba para verificar hechos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, mas no para definir una diferencia jurídica sobre la interpretación del negocio: el perito es auxiliar de la justicia pero no la imparte, de manera que el juez no está obligado a aceptar ciegamente sus conclusiones.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance de las conclusiones de la prueba pericial y su valor probatorio en la liquidación de los contratos estatales, consultar providencia de 15 de abril de 2010, Exp. 18014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO ESTATAL / INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INTERPRETACIÓN DEL JUEZ / INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO / INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN DE LAS PARTES / PRECIO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO ESTATAL A PRECIOS UNITARIOS / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS / PRECIO UNITARIO / NEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

[E]n materia contractual el principio orientador es (...): “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Por las razones que se expresan a continuación, se comparte la conclusión a la que el Tribunal arribó en la sentencia recurrida: la intención que claramente persiguieron las partes –la cual discrepa del enunciado lingüístico que la expresó– fue pagar el 100% de las cantidades ejecutadas por los precios unitarios ofertados por la Unión Temporal. (...) Según el artículo 1621 del Código Civil, el juez debe estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. (...) Dice el artículo 1622 del Código Civil que el contrato debe interpretarse teniendo en cuenta la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra. La regla es intuitiva: como los contratantes son los que mejor conocen lo que persiguieron al celebrar el negocio, la aplicación práctica que hagan de éste revela cuál fue su intención. (...) Las cláusulas de un contrato se deben interpretar unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. La aplicación de esta pauta también pone de relieve que la intención de las partes fue determinar el valor final de las cantidades de obra ejecutadas con fundamento en los precios unitarios ofertados y no con los índices representativos. (...) En conclusión, el reparo formulado contra la liquidación del contrato no es atendible: la intención de las partes fue determinar el valor final de las obras a partir de los precios unitarios ofertados por la Unión Temporal. El análisis sistemático del pliego de condiciones y del contrato demuestra que la función de los índices representativos era diferente: servir como criterio de evaluación de las ofertas presentadas en la licitación, mas no como factor multiplicador para pagar las cantidades realmente ejecutadas en desarrollo del proyecto.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1618 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1621 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1622

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de las reglas de interpretación contractual, consultar providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de

16 de diciembre de 2005, Exp. 11001-31-03-018-1998-01108-01. M.P Carlos Ignacio Jaramillo. Sobre la aplicación de las reglas del Código Civil para la interpretación de los contratos estatales, consultar providencia de 9 de mayo de 2012, Exp. 22714, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

NOTA DE RELATORÍA: La presente providencia cuenta con aclaración de voto de la doctora María Adriana Marín y la doctora Marta Nubia Velásquez Rico.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00066-01(39249)

Actor: UNIÓN TEMPORAL AGUILAR Y CÍA. LTDA CONSTRUCCIONES – TNM LIMITED Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: CONTRATO DE OBRA A PRECIOS UNITARIOS – Inclusión del componente de administración, imprevistos y utilidad en los precios ofertados / IMPOSICIÓN DE MULTAS – competencia legal y capacidad jurídica para su imposición / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO – Efectos de la potestad excepcional al derecho común: constitución de los siniestros / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO – pérdida de oportunidad indemnizable causada por la inhabilidad para celebrar contratos con entidades estatales / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – prevalencia de la intención de las partes en la definición del valor final de las obras: índices representativos como criterio de evaluación y precios unitarios como factor de pago.

Surtido el trámite de ley, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada contra la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La controversia versa sobre un contrato de obra, cuyo objeto era la evaluación y rehabilitación de distintas vías en la ciudad de Bogotá D.C. En la ejecución del contrato, las partes se imputaron mutuamente incumplimientos. El contratista adujo que la entidad pública no pagó el valor del AIU en las actas mensuales de obra y que incurrió en mora en el pago de 2 de ellas. Adicionalmente, afirmó que hubo un cambio drástico en el alcance de las intervenciones constructivas que alteró el equilibrio financiero del contrato. La entidad pública, por su parte, consideró que no hubo tales incumplimientos y que los retrasos que se presentaron en la confección de la obra eran imputables exclusivamente al contratista; por esa razón, le impuso una multa y, posteriormente, declaró la caducidad del contrato y la ocurrencia de los siniestros cubiertos por los amparos de cumplimiento y correcto manejo del anticipo.

En sus demandas, el contratista pidió que se declare el incumplimiento de la entidad estatal, así como la alteración del equilibrio financiero del contrato. Además, tanto el contratista como la aseguradora que expidió la garantía única pidieron que se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se impuso una multa y se declaró la caducidad del contrato. El Tribunal accedió parcialmente a estas pretensiones y liquidó el contrato estableciendo un saldo a favor de la entidad pública.

1. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 15 de diciembre de 2009, en la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso:

“PRIMERO: DECLÁRESE probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el apoderado del Distrito Capital, dentro del trámite 2001-0066.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad de las resoluciones 2181 de 4 de diciembre de 2000 y 2146 de 30 de agosto de 2001, por medio de las cuales el IDU tomó la decisión de multar al contratista por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DECLÁRESE la nulidad del numeral primero de la resolución 013 de 11 de enero [de 2001], por medio de la cuales [sic] se decretó la caducidad del contrato 804 de 1999, así como la nulidad parcial del numeral primero de la resolución 3781 de 24 de diciembre de 2001, únicamente en lo que tiene que ver con la confirmación de dicha caducidad, por los argumentos expuestos.

CUARTO: DECLÁRESE ajustada a derecho, la declaratoria de la ocurrencia del siniestro de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo contenido [sic] en las resoluciones 013 de 11 de enero y 3781 de 24 de diciembre de 2001, acorde a las razones expuestas.

QUINTO: DECLÁRESE liquidado judicialmente el contrato de obra 804 de 1999, reconociendo un saldo de OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/CTE. (\$853'450.436,00) a favor del IDU, cantidad que deberá ser sufragada por la sociedad AGUILAR Y CÍA LTDA CONSTRUCCIONES.

SEXTO: DECLÁRESE no probada la objeción por error grave formulada por el apoderado de la parte demandada.

SÉPTIMO: NIÉGUENSE las demás súplicas de la demanda.

OCTAVO: Sin costas¹.

El anterior proveído decidió 6 demandas presentadas contra el IDU, cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se enuncian a continuación:

1.1. La demanda presentada por el incumplimiento del contrato de obra

1.1.1. En esta demanda², la unión temporal Aguilar y Cía. Ltda. Construcciones – TNM Limited (“Unión Temporal”) y uno de sus integrantes, Aguilar y Cía. Ltda. (“Aguilar y Cía”), formularon pretensiones con el objeto de que:

- Se declare que el IDU incumplió sus obligaciones al (i) pagar las actas 5, 6 y siguientes sin incluir el AIU (19%); (ii) descontar del acta 5 el AIU pagado en las actas 2, 3 y 4; y, (iii) al incurrir en mora en el pago de las actas 2 y 3. Se resuelva y liquide el contrato, determinando su valor final de acuerdo con sus estipulaciones y el pliego de condiciones.

- Se ordene al IDU pagar los saldos pendientes de las actas 2 a 6, los perjuicios que el incumplimiento de la entidad le causó a la Unión Temporal y el valor resultante de la liquidación.

1.1.2. En apoyo de sus peticiones, la demandante relató los siguientes hechos:

- El 30 de diciembre de 1999, previa licitación pública, el IDU y la Unión Temporal celebraron el contrato No. 804, cuyo objeto era realizar la evaluación y rehabilitación de 23 vías ubicadas en las localidades de Ciudad Bolívar, Rafael Uribe y Tunjuelito de Bogotá D.C. El valor del contrato se estimó en \$5.500'000.000, discriminados así: \$393'300.000 por las actividades de evaluación y \$5.106'700.000 como valor estimado de las obras, pues también se acordó que el valor final sería el resultado de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los “*índices representativos presentados en la oferta*”.

- Indicó que el IDU asumió la posición según la cual el valor final de las obras debía establecerse multiplicando las cantidades efectivamente ejecutadas por los “*valores unitarios*” incluidos en la oferta, pues la entidad estimó que la inclusión de la expresión “*índices representativos*” obedeció a un error de redacción del contrato.

¹ El ordinal quinto de la sentencia fue adicionado en la sentencia complementaria del 17 de febrero de 2009 con la expresión “*cantidad que deberá ser sufragada por la sociedad AGUILAR Y CÍA LTDA CONSTRUCCIONES*” (Folio 264, cuaderno del Consejo de Estado).

² Esta demanda se presentó el 15 de diciembre del 2000 (Folio 24, c. 1) y se tramitó bajo el proceso 2001-0666. En la identificación de las partes, la demandante incluyó no solo al IDU, sino al Distrito Capital, que intervino en el proceso. En la sentencia de primera instancia se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad territorial, pues no fue parte del contrato. Este punto de la sentencia no fue controvertido en los recursos de apelación. En aras de la brevedad, no se reseñarán las intervenciones del Distrito Capital.

- Relató que el 9 de marzo de 2000, una vez iniciada la ejecución del contrato, la Unión Temporal presentó al IDU el análisis de los precios unitarios (“APU”) para cumplir con lo dispuesto en el pliego de condiciones. De otro lado, precisó que los precios unitarios que se incluyeron en el APU solo cubrían los costos directos de la obra, por lo que el IDU debía pagar adicionalmente el componente de administración, imprevistos y utilidad (AIU), equivalente al 19%. Agregó que la Unión Temporal, con fundamento en el APU, presentó los programas de trabajo e inversión al IDU y a la interventoría, que no se pronunciaron sobre su contenido.
- Señaló que la Unión Temporal presentó las actas de obra 2, 3 y 4 y que, previa aprobación de la interventoría, el IDU pagó el valor resultante de (i) multiplicar las cantidades de obra aprobadas por los precios unitarios incluidos en el APU y (ii) sumar el valor del AIU. No obstante, precisó que el IDU incurrió en mora frente a las actas 2 y 3, pues, desde la fecha de su presentación, transcurrieron más de 45 días hábiles, que fue el plazo que se pactó para su pago.
- Adujo que la Unión Temporal presentó al IDU el acta de obra No. 5, con corte al 18 de julio de 2000; sin embargo, la entidad la anuló por considerar que las cantidades de obra debían multiplicarse únicamente por los “*valores unitarios*” que se incluyeron en la oferta de la Unión Temporal, sin sumar el valor del AIU.
- La demandante relató que, con base en esa interpretación, el IDU fijó un nuevo valor para el acta No. 5 y descontó el AIU pagado en las actas 2, 3 y 4. Igualmente, precisó que las actas 6 y siguientes se elaboraron excluyendo el AIU, pero que la Unión Temporal dejó salvedades por considerar que el pago era incompleto.
- Señaló que los incumplimientos del IDU provocaron, por un lado, la desfinanciación de la obra y la imposibilidad de continuar su ejecución y, por el otro, contribuyeron a que Aguilar y Cía se sometiera a la Ley 550 de 1999 para celebrar un acuerdo de reestructuración y normalizar su situación financiera.

1.1.3. En el acápite de fundamentos de derecho, la demandante indicó que el IDU vulneró el principio de normatividad del contrato por las siguientes razones: (i) porque, en lo que atañe al *valor final de las obras*, desconoció que el contrato estableció que se determinaría con los “*índices representativos presentados en la oferta*” y no con los “*valores unitarios*”; (ii) porque incurrió en mora en el pago de las actas 2 y 3; y, (iii) porque si bien en el contrato no se pactaron los precios con los que se determinaría el valor “*provisional*” de las actas de obra, el IDU y la Unión Temporal aceptaron tácitamente que se cuantificaría con el APU presentado el 9 de marzo de 2000, esto es, multiplicando las cantidades de obra por los precios unitarios que se registraron allí y agregando el valor del AIU (19%).

1.1.4. Los argumentos de defensa de la parte demandada

En su decisión, el Tribunal Administrativo aludió a los argumentos de defensa del IDU, que sostuvo que la intención de las partes fue calcular el valor final de las obras con los valores unitarios incluidos en la oferta y no con los “*índices*

representativos”, ya que estos eran únicamente un factor de evaluación del proceso licitatorio. Por otro lado, afirmó que no hubo mora en el pago de las actas 2 y 3, pues fueron devueltas por un error en su elaboración y, una vez se presentaron las versiones corregidas, la entidad las pagó dentro de los 45 días siguientes. Finalmente, señaló que los descuentos que se hicieron en el acta No. 5 eran procedentes porque el valor de las actas mensuales debía determinarse multiplicando las cantidades de obra por los valores unitarios incluidos en la oferta de la Unión Temporal, en los cuales se debió incluir el AIU.

1.2. Las demandas presentadas contra el acto que impuso una multa

1.2.1. En esta demanda, la Unión Temporal y Aguilar y Cía pidieron que se declare la nulidad de la Resolución 2181 del 4 de diciembre de 2000, mediante la cual el IDU impuso una multa, y la de la Resolución 2146 del 30 de agosto de 2001, que confirmó la primera³.

1.2.2. La Compañía Mundial de Seguros S.A. (en adelante, Aseguradora) también presentó una demanda en la que formuló pretensiones con el fin de que⁴:

- Se declare la nulidad de las mismas resoluciones.

- Se declare que no hay lugar a afectar la póliza de seguro de cumplimiento ni a cobrar suma alguna por concepto de la multa, por lo que el IDU debe devolver cualquier suma que hubiere recibido de la aseguradora debidamente indexada.

- Se ordene al IDU pagar, a título de lucro cesante, los intereses bancarios corrientes causados sobre las sumas que hubiere recibido de la aseguradora, desde la fecha de su recibo y hasta su reembolso efectivo.

1.2.3. En las referidas demandas se relataron los siguientes hechos:

- La Aseguradora expidió la garantía única de cumplimiento con el objeto de caucionar el cumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal.

- A pesar de que el IDU incumplió sus obligaciones (párr. 1.1.2 *supra*), citó al contratista el 4 de diciembre de 2000 para que expresara sus argumentos de defensa por los retrasos que presentaban las obras.

- El 4 de diciembre de 2000, el IDU expidió la Resolución 2181, mediante la cual impuso una multa a la Unión Temporal por valor de \$165'000.000. El contratista y la Aseguradora presentaron recursos de reposición; sin embargo, el IDU confirmó la decisión en la Resolución 2146 del 30 de agosto de 2001.

³ Esta segunda demanda se presentó el 30 de octubre de 2001 (Folio 3, c. 4) y se tramitó inicialmente bajo el proceso 2001-2516. El Tribunal Administrativo, en auto del 5 de marzo 2003 (folio 288, c. 1) ordenó su acumulación al proceso 2001-0066.

⁴ La demanda de la Aseguradora se presentó el 19 de marzo de 2002 (Folio 11, c. 5) y se tramitó inicialmente bajo el proceso 2002-0658. El Tribunal Administrativo, en auto del 5 de marzo 2003 (folio 288, c. 1), ordenó su acumulación al proceso 2001-0066.

1.2.4. En el acápite de fundamentos de derecho, la Unión Temporal indicó que las resoluciones acusadas infringen las disposiciones de la Ley 80 de 1993, del Código Civil y de la Ley 550 de 1999, cuyo concepto de violación concretó así:

- Adujo que, en virtud de lo previsto en el artículo 1609 del Código Civil, la Unión Temporal no incurrió en mora y, por tanto, no podía ser apremiada con la multa, pues el IDU no se allanó en primer lugar a cumplir en la forma y tiempo debido sus obligaciones.
- Por otro lado, argumentó que la Ley 550 de 1999 sanciona con ineficacia las estipulaciones que tengan por objeto impedir u obstaculizar, directa o indirectamente, la celebración de un acuerdo de reestructuración. Aseveró que la imposición de las multas impedía la celebración del acuerdo de reestructuración de Aguilar y Cía y, por ende, era ineficaz.

1.2.5. La Aseguradora, por su parte, planteó los siguientes cargos contra las resoluciones demandadas:

- Aseveró, en términos similares a los expuestos por la Unión Temporal, que se reunieron los presupuestos de la excepción de contrato no cumplido.
- Sostuvo que el IDU no era competente para declarar la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de cumplimiento, ya que el artículo 68 del CCA no le concedió esa atribución y la Ley 80 de 1993 solo consagró esa facultad para los eventos en que se declarara la caducidad del contrato estatal.
- Afirmó que el IDU tampoco era competente para expedir un acto administrativo con el fin de imponer multas, porque la Ley 80 de 1993, a diferencia del Decreto Ley 222 de 1983, no contempló esa atribución.
- Finalmente, adujo que se vulneró el derecho a la defensa de la Aseguradora, pues el IDU no le notificó el inicio del procedimiento.

1.2.6. Los argumentos de defensa de la parte demandada

En su sentencia, el Tribunal Administrativo resumió los argumentos de defensa que el IDU planteó frente a estas demandas de la Unión Temporal y la Aseguradora:

- La entidad pública reiteró los argumentos que formuló para defenderse de los incumplimientos que la Unión Temporal le imputó (párr. 1.1.4 *supra*).
- Por otro lado, aseveró que, desde abril del 2000, tal y como se consignó en la motivación del acto demandado, el interventor advirtió retrasos frente a los programas de trabajo e inversión. Adujo que, antes de la reunión del 4 de diciembre de 2000, el contratista fue convocado a otras 2 sesiones para que rindiera explicaciones sobre el incumplimiento en los avances de obra programados. Por último, destacó que los incumplimientos persistieron y que el interventor, en el mes de noviembre de 2000, advirtió un retraso de 15 días en las

intervenciones de rehabilitación de la calle 50 A sur, lo que motivó la imposición de la multa.

- Argumentó que el IDU era competente para expedir actos administrativos con el fin de imponer multas y declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, no solo porque en el contrato se incluyó una cláusula de multas, sino porque la Ley 80 de 1993 (art. 23) y el CCA (art. 64) concedían esta facultad, como lo concluyó la Sección Tercera del Consejo de Estado en auto del 4 de junio de 1998 (Exp.13.988).

1.3. Las demandas presentadas contra el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato

1.3.1. En esta demanda⁵, la Unión Temporal y la sociedad Aguilar y Cía pidieron que:

- Se declare la nulidad de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001, mediante la cual el IDU declaró la caducidad del contrato, y de la Resolución 3781 del 24 de diciembre de 2001, que confirmó ese acto administrativo.

- Se condene al IDU a pagar a Aguilar y Cía el valor actualizado del daño emergente, el lucro cesante y los perjuicios inmateriales que le causó la declaratoria de caducidad del contrato, así como los intereses remuneratorios que devenguen esas sumas desde la ejecutoria de la sentencia hasta su pago efectivo⁶.

1.3.2. La Aseguradora también presentó una demanda en la que formuló estas pretensiones⁷:

- Se declare la nulidad de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001, mediante la cual el IDU declaró la caducidad del contrato y ordenó declarar ocurridos los siniestros cubiertos por los amparos de cumplimiento y correcta inversión del anticipo, y de la Resolución 3781 del 24 de diciembre de 2001, que confirmó la primera.

- Se declare que el IDU incumplió el contrato y que, correlativamente, no hubo un incumplimiento de la Unión Temporal.

- Se declare que no hay lugar a afectar la póliza de seguro ni a cobrar suma alguna, por lo que el IDU debe devolver cualquier monto que hubiere recibido de la aseguradora debidamente indexado.

⁵ Esta tercera demanda se presentó el 13 de septiembre de 2002 (Folio 86, c. 6). Las demandas de la Aseguradora y de la Unión Temporal contra el acto que declaró la caducidad del contrato de obra se tramitaron en un inicio bajo el proceso 2002-1091; no obstante, en auto del 5 de marzo 2003 (folio 288, c. 1), el Tribunal ordenó su acumulación al proceso 2001-0066.

⁶ En la demanda y en el recurso de apelación se asumió que el daño al *good will* de la empresa representaba un perjuicio inmaterial o moral. Aunque esta equiparación es inexacta (pues el *good will* es un bien, un activo intangible, susceptible de apropiación), la Sala analizará si este perjuicio es indemnizable a la luz de las pruebas practicadas.

⁷ La demanda de la Aseguradora contra el acto que declaró la caducidad del contrato se presentó el 17 de mayo de 2002 (Folio 21, c. 6).

- Se ordene al IDU pagar, a título de lucro cesante, los intereses bancarios corrientes causados sobre la suma que hubiere recibido de la aseguradora, desde su fecha de recibo y hasta su reembolso efectivo

1.3.3. En estas demandas, además de reiterarse los hechos alusivos al incumplimiento del IDU, se indicó que el 11 de enero de 2001, mediante la Resolución 013, el IDU declaró la caducidad del contrato y la ocurrencia de los siniestros cubiertos por los amparos de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

1.3.4. En el acápite de fundamentos de derecho, la Unión Temporal indicó que las resoluciones acusadas infringen las disposiciones de la Ley 80 de 1993, del Código Civil y de la Ley 550 de 1999, cuyo concepto de violación concretó así:

- Reiteró que las resoluciones impugnadas violan el artículo 1609 del Código Civil y afirmó que *“si el contratista ha incumplido sus obligaciones pero dicho incumplimiento es fruto de los continuos incumplimientos de la Administración, no es justo ni equitativo imponerle una sanción”*.

- Señaló que, a diferencia de lo consignado en las motivaciones del acto que declaró la caducidad, en el análisis de precios unitarios presentado el 9 de marzo del 2000 se diferenció el AIU de los precios unitarios. Por lo tanto, recalcó que el IDU debió pagar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por los precios unitarios *más* el 19% de AIU.

- Señaló que, en vigencia de la Ley 550 de 1999, la declaratoria de caducidad obstaculizaba la celebración del acuerdo de reestructuración del miembro de la Unión Temporal que tenía mayor participación –Aguilar y Cía– y, por ende, esta medida debía considerarse ineficaz.

- Argumentó que las resoluciones fueron falsamente motivadas, pues el IDU midió los atrasos con base en los programas de trabajo y de inversiones que la Unión Temporal elaboró con fundamento en el APU presentado el 9 de marzo de 2000. Explicó que esta medición, amén de contradictoria, era improcedente, ya que el IDU *“para valorar los incumplimientos tomó como referencia el programa de obra y de inversiones original, pero para pagar las actas de obra no reconoció dicho programa y efectuó una serie de descuentos”*. Además, resaltó que para cumplir con las inversiones programadas se requerían 6 frentes de trabajo, pero que a junio 25 del 2000 el IDU solo autorizó 4. Por último, aseveró que en los frentes de trabajo se presentaron hechos sobrevinientes, por fuera del ámbito de control de la Unión Temporal, que alteraron la secuencia constructiva e impactaron los avances.

1.3.5. La Aseguradora, por su parte, planteó los siguientes cargos contra las resoluciones demandas:

- Señaló que el IDU no era competente para declarar la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo del anticipo, pues la Ley 80 de 1993 y el

numeral 4º del artículo 68.4 del CCA atribuyen únicamente la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de cumplimiento.

- Adujo que así se considerara que el IDU tenía competencia para declarar la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo del anticipo, no tenía la atribución de determinar unilateralmente la cuantía del perjuicio. Agregó que solo a través del acto de liquidación del contrato podía establecerse la parte del anticipo indebidamente utilizada o apropiada.

- Indicó que las resoluciones impugnadas fueron expedidas con desviación de poder, pues el IDU determinó por sí y ante sí el valor del perjuicio para hacer efectivo el amparo de cumplimiento sin señalar los rubros que lo integran. Así mismo, indicó que el IDU no cuantificó el perjuicio con base en la cláusula penal pactada en el contrato y que, si así fuera, tampoco era procedente cobrarla en su totalidad, pues el incumplimiento del contratista fue parcial y no total, por lo que se debió reducir.

- Argumentó que el IDU no era competente para expedir las resoluciones, pues la caducidad se declaró una vez vencido el "*lapso de duración*" del contrato de obra.

1.3.6. Los argumentos de defensa de la parte demandada

En su determinación, el Tribunal Administrativo registró las defensas que IDU planteó frente a las demandas de la Unión Temporal y la Aseguradora:

- La entidad pública arguyó que el acto administrativo que declaró la caducidad se motivó en debida forma. En sustento de ello, volvió sobre las razones que adujo para defenderse de los incumplimientos que le endilgó el contratista. Por otra parte, señaló que, al 28 de noviembre de 2000, días antes de que terminara el plazo de ejecución, los atrasos eran del orden del 48%. Precisó, además, que desde el 2 de diciembre de 2000 la Unión Temporal paralizó la construcción de las obras. Por esa razón, concluyó que la declaratoria de caducidad del contrato estuvo justificada.

- Afirmó que en el acto que declara la caducidad está "*ínsita*" la competencia de declarar el siniestro cubierto por el amparo de buen manejo del anticipo si, a causa del incumplimiento del contratista, éste no se amortiza totalmente. Adicionalmente, indicó que la declaración sobre la ocurrencia del siniestro es autónoma frente a la liquidación del contrato y que no hay una razón jurídica por la que la entidad deba esperar al finiquito del negocio para reclamar el pago del perjuicio.

- Sostuvo que el IDU era competente para cuantificar el perjuicio que se cargó al amparo de cumplimiento, pues una interpretación contraria dejaría sin efectos la regla según la cual la caducidad es constitutiva del siniestro de incumplimiento.

- Aseveró que la declaratoria de caducidad del contrato fue oportuna, porque esta atribución podía ejercerse antes de la "*extinción*" del contrato, esto es, antes de su

liquidación. Para fundamentar esta tesis, citó una sentencia del 13 de septiembre de 1999 (Exp. 10.264) de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

1.4. La demanda presentada por la alteración del equilibrio financiero del contrato de obra

1.4.1. En esta última demanda, la Unión Temporal y Aguilar y Cía pidieron que⁸:

- Se declare que en la ejecución del contrato se alteró su equilibrio económico.

- Se ordene al IDU pagar las siguientes sumas para restablecer el equilibrio financiero del contrato: \$103'620.000 por concepto de cortes, precortes y rellenos con concreto hidráulico no pagados por el IDU; \$1.052'576.760 por concepto de menores ingresos percibidos por la subutilización de maquinaria especializada; \$2.760'622.000 por el menor ingreso recibido por la "*ejecución de la rodadura y las mezclas asfálticas*"; y, \$291'456.000 por el mayor valor de los gastos administrativos.

1.4.2. En apoyo de sus peticiones, la demandante relató los siguientes hechos:

- Señaló que, de acuerdo con lo establecido en los pliegos de condiciones, el proceso constructivo debía ajustarse a (i) los parámetros de los diseños de la Calle 5ª que el IDU entregó a los proponentes y (ii) la información contenida en el estudio de auscultación que elaboró el ingeniero Jorge Ernesto Méndez. Así mismo, destacó que los pliegos de condiciones contemplaron la rehabilitación de las vías, por lo que las intervenciones involucraban principalmente el fresado, la estabilización y la colocación de pavimentos flexibles.

- Adujo que en la ejecución del contrato se presentó un cambio de circunstancias drástico, ya que las intervenciones de *rehabilitación* pasaron a ser de *reconstrucción*. Así, destacó los cambios que se presentaron en los cuatro frentes de trabajo:

Frente Carrera 13: indicó que el estudio de auscultación previó principalmente soluciones con fresado, pero que, al momento de ejecutar las obras, fue necesario elaborar un nuevo diseño e implementar un proceso constructivo diferente, pues el terreno presentó una menor capacidad portante a la prevista. Por otra parte, agregó que los trabajos en este frente iniciaron tardíamente por causas no imputables a la Unión Temporal.

Frente Villa Gloria: adujo que, en este segmento, para poder acometer las intervenciones de rehabilitación, la Unión Temporal debió elaborar diseños y construir obras de alcantarillado, pues este ítem no fue previsto en el pliego de condiciones.

⁸ Esta demanda se presentó el 14 de julio de 2003 (Folio 38, c. 7) y se tramitó bajo el proceso 2003-1456. No obstante, en el auto del 6 de diciembre de 2006 (folio 747, c. 2), el Tribunal ordenó su acumulación al proceso 2001-0066.

Frente Calle 5ª: precisó que, en este frente de trabajo, en el que se iniciaron labores hasta junio de 2000 por causas ajenas a la Unión Temporal, se ejecutaron intervenciones de reconstrucción total y no de rehabilitación. En este sentido, destacó que se efectuaron excavaciones de 2.60 metros para la estabilización de la subrasante y se colocó piedra tipo rajón en cantidades no previstas. Así mismo, indicó que se presentaron interferencias, porque paralelamente la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá (EAAB) adelantó un proceso de tendido de tuberías.

Frente Candelaria: relató que, en este frente, en el que se iniciaron labores hasta junio de 2000 por causas ajenas a la Unión Temporal, se detectaron zonas de muy poca capacidad portante, lo que obligó a la Unión Temporal a efectuar intervenciones de reconstrucción de la vía. Igualmente, señaló que solo pudieron intervenir 550 metros de los 1150 que lo componían por interferencias con la EAAB y por problemas con la comunidad y con el manejo del tráfico.

- Finalmente, señaló que, el 27 de julio de 2001, la Unión Temporal presentó una petición en la que solicitó el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato por las anteriores causas. Agregó que el IDU no respondió esta petición, por lo que se procedió a la protocolización del silencio administrativo positivo.

1.4.3. En el acápite de fundamentos de derecho, la demandante citó las normas legales que articulan el principio de conservación del equilibrio económico de los contratos estatales y el artículo 26, numeral 16, de la Ley 80 de 1993, relativo a los efectos del silencio de la administración contratante.

1.4.4. Los argumentos de defensa de la parte demandada

En la contestación de esta demanda, el IDU planteó los siguientes argumentos de defensa:

- Adujo que el contrato constaba de dos etapas, una de evaluación de las vías y otra de ejecución de las obras, y remarcó que en la primera fase la Unión Temporal era responsable de la elaboración de los diseños geométricos, los estudios de suelos, el plan de manejo de desvíos, la evaluación de redes y de los pavimentos. Agregó que el IDU les entregó a los proponentes diseños únicamente para la Calle 5ª, pero que, en las otras vías, los diseños y la determinación de las actividades constructivas eran responsabilidad de la Unión Temporal. Así, concluyó que los hechos generadores del desequilibrio eran atribuibles a la Unión Temporal.

- Señaló que no hubo un cambio en el alcance de las intervenciones, pues, por un lado, los pliegos de condiciones contemplaron ítems propios de actividades de reconstrucción y, por otro, en la audiencia de aclaraciones celebrada el 6 de octubre de 1999, el IDU estableció que, para los efectos de la licitación, la palabra rehabilitación comprendía todo lo relacionado con "*parqueo, colocación de sobrecarpeta, reconstrucción y construcción*".

- Indicó que las intervenciones en el frente de la carrera 13 se ejecutaron de acuerdo con los diseños elaborados por la Unión Temporal en la etapa de evaluación, por lo que no era atendible alegar la ruptura del equilibrio financiero. En relación con las obras ejecutadas en el frente Villa Gloria, indicó que la obra no prevista (red de alcantarillado) fue pagada por el IDU. Respecto de las obras ejecutadas en el frente de la calle 5ª, dijo que las labores de mejoramiento de la subrasante estaban contempladas en los pliegos de condiciones y que la Unión Temporal coordinó con la EAAB sus trabajos, por lo que no se afectó el proceso constructivo. Finalmente, en lo que atañe al frente de la Candelaria, planteó que las interferencias de la EAAB fueron mínimas y que las intervenciones se ejecutaron de acuerdo con los diseños elaborados por la Unión Temporal en la etapa de evaluación.

- La entidad también adujo que era improcedente reconocer las sumas reclamadas por las actividades de precorte, corte y rellenos, pues su costo estaba comprendido en el ítem de "*placa de pavimento en concreto*" definido en el pliego de condiciones. De otro lado, indicó que los equipos de la Unión Temporal no se subutilizaron pues se emplearon tanto en los tramos construidos con pavimento asfáltico como en los construidos con concreto hidráulico, y, además, porque la sociedad Aguilar y Cía los utilizó en otros contratos de obra.

- Finalmente, reiteró que el IDU no incumplió sus obligaciones y destacó que la petición de la Unión Temporal fue respondida el 9 de agosto de 2001, por lo que no se configuró un silencio administrativo.

1.5. Los fundamentos de la sentencia impugnada

1.5.1. Para fundamentar su decisión de acoger parcialmente las pretensiones de los demandantes, el Tribunal Administrativo adujo las siguientes razones:

- En lo relativo al pago del AIU, destacó que los precios unitarios que la Unión Temporal presentó a la Interventoría el 9 de marzo de 2009 eran los mismos "*valores unitarios*" que se incluyeron en su propuesta. Seguidamente, aseveró que, de acuerdo con el numeral 3.2.13.5 de los pliegos de condiciones, los valores unitarios de la oferta debían cubrir los imprevistos, gastos de administración y utilidades del contratista. Por estas razones, concluyó que el IDU no incumplió sus obligaciones al descontar en el acta 5 el AIU pagado en las actas 2, 3 y 4 y al no pagar por aparte el valor del AIU en las actas 6 y siguientes.

- Determinó que no hubo mora en el pago de las actas de obra 2 y 3. En apoyo de esta conclusión, afirmó que entre el 7 de junio de 2000 –fecha de presentación de las actas– y el 25 de agosto de 2000 –fecha de pago– no transcurrieron los 45 días hábiles estipulados para su pago.

- En lo que atañe a la imposición de multas, consideró que los actos administrativos impugnados son nulos por incompetencia, en la medida que la Ley 80 de 1993, a diferencia del Decreto 222 de 1983, no concedió a la Administración esta facultad.

- En lo que se refiere a la caducidad del contrato, concluyó que esta decisión es nula por incompetencia temporal, habida cuenta de que se adoptó luego de la terminación del plazo de ejecución del contrato; no obstante, negó los perjuicios reclamados por la Unión Temporal, aduciendo que *“ninguna de las pruebas obrantes en el proceso siquiera hace mención al quantum que por este concepto debe merecer el actor”*.
- Ahora bien, frente a la Resolución 013 del 11 de enero de 2001, el Tribunal distinguió entre las decisiones de declarar (i) la caducidad (art. 1) y (ii) la ocurrencia de los siniestros cubiertos por los amparos de cumplimiento y correcto manejo del anticipo (arts. 2 a 5). A diferencia de la primera decisión, que fue declarada nula, el *a quo* consideró ajustadas a derecho las declaraciones del segundo grupo. Señaló que los incumplimientos del contratista se probaron y que la Administración tiene competencia para declarar la ocurrencia de los siniestros después de terminado el plazo de ejecución y hasta antes de la liquidación del contrato.
- En lo atinente a la ruptura del equilibrio financiero del contrato, concluyó que no se probaron los mayores costos que soportó la Unión Temporal, pues los dictámenes periciales solo enunciaban, desde un punto de vista conceptual, las diferencias entre las actividades de rehabilitación y reconstrucción. En lo referente al silencio administrativo, el Tribunal determinó que no se cumplieron los requisitos para su configuración, porque la petición se presentó después de que se declaró la caducidad, es decir, cuando ya había terminado el contrato.
- Finalmente, el Tribunal liquidó el contrato determinando un saldo a favor del IDU. Para el efecto, tomó las cantidades de obra aprobadas por la Interventoría, las multiplicó por los precios unitarios presentados en la propuesta de la Unión Temporal y descontó las sumas pagadas por el IDU. A diferencia de lo sostenido por la demandante, el Tribunal concluyó que, para calcular el valor final de la obra, las cantidades de obra debían multiplicarse por los precios unitarios y no por los *“índices representativos”*, pues, según dijo, la inclusión de esta expresión en el contrato obedeció a un error de redacción. Para sustentar esta aseveración, el Tribunal indicó que los *“índices representativos”* no permiten cuantificar el valor de las unidades primarias de obra, pues constituyen un valor ponderado de ítems que se expresan con distintas unidades de medida (metro cúbico de pavimento, litro de suministro de emulsión, etc.). En esta línea, concluyó que los índices representativos eran, simplemente, un criterio de evaluación de las propuestas.

2. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

2.1. El IDU pidió que se revoquen los numerales 2º y 3º de la sentencia recurrida, relativos a la anulación del acto que impuso la multa y de la decisión que declaró la caducidad del contrato, para lo cual expresó las siguientes razones de inconformidad:

- Adujo que la entidad era competente para imponer la multa, pues esta facultad se pactó en la cláusula 13ª del contrato. Igualmente, pidió que se tuvieran en cuenta como fundamento de la impugnación las razones expresadas por el magistrado Leonardo Augusto Torres en su salvamento de voto. En este salvamento, el magistrado indicó que la Ley 80 de 1993 sí consagró la competencia para imponer multas mediante acto administrativo (arts. 4 y 22) y que, en la fecha que el IDU adoptó la decisión, el Consejo de Estado no había recogido la posición de que las entidades públicas eran titulares de esa facultad. Agregó que, en la medida que el cambio del criterio jurisprudencial tuvo lugar en el año 2006, la Administración no podía aplicar un criterio que no existía cuando tomó la decisión.

2.2. La Unión Temporal pidió que se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a todas las pretensiones, con base en los siguientes argumentos:

- En lo relativo al incumplimiento del IDU por no haber pagado el AIU, afirmó que el Tribunal desconoció la voluntad de las partes al tener en cuenta los “*valores unitarios*” contenidos en la oferta y no los precios unitarios presentados en el APU entregado el 9 de marzo de 2000, que solo cubrían los costos directos de la obra. En sustento de ello, destacó que, en un “*acto conjunto de voluntades*”, el IDU avaló el pago de las actas 2, 3 y 4 con fundamento en el APU presentado el 9 de marzo de 2000, esto es, multiplicando las cantidades de obra por los precios unitarios y adicionando el valor del AIU (19%). De otro lado, sostuvo que la ambigüedad del contrato debía interpretarse en contra de la entidad. Con base en estos razonamientos, concluyó que el IDU incumplió sus obligaciones al no reconocer el AIU en las actas de pago 5 y siguientes y al descontar del valor del acta 5 el AIU pagado en las actas 2, 3 y 4.

- Aseveró que, a diferencia de lo sostenido por el Tribunal, entre la presentación de las actas 2 y 3 y su pago transcurrieron más de 45 días hábiles, por lo que el IDU incurrió en mora.

- En relación con la decisión de declarar ajustados a derecho los artículos 2 a 5 de la Resolución 013 de 2001 –en los que se declaró la ocurrencia de los siniestros cubiertos por los amparos de cumplimiento y correcto manejo del anticipo–, argumentó que para hacer efectiva la garantía debía mediar la decisión de declarar la caducidad, pues ésta es constitutiva del siniestro. En esta línea, resaltó que al anularse la decisión de declarar la caducidad del contrato se debieron anular los artículos que declararon la ocurrencia de los siniestros, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

- En lo referente a los perjuicios que le produjo la declaración de caducidad, afirmó que es falso que no haya prueba de ellos, pues éstos fueron cuantificados en el dictamen pericial elaborado por la contadora Ruby Marcela Cuellar.

- En lo que concierne a la decisión de negar las pretensiones de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato por falta de prueba, manifestó que la conclusión carece de sustento, pues en el dictamen pericial elaborado por Ruby

Marcela Cuellar se cuantificaron los sobrecostos reclamados. Igualmente, señaló que el peritaje elaborado por Jairo Enrique Rubiano y la declaración de Leoncio Jáuregui demuestran que hubo un cambio drástico de circunstancias, ya que la Unión Temporal debió ejecutar obras no previstas y llevar a cabo intervenciones de reconstrucción (no de rehabilitación) en los distintos frentes de trabajo.

- Finalmente, en lo que a la liquidación del contrato atañe, manifestó su inconformidad con que el Tribunal determinara el valor final de las obras a partir de los precios unitarios que se incluyeron en la propuesta y no con los “*índices representativos*”. Señaló que, con esta decisión, el Tribunal modificó lo pactado por las partes, pues en la cláusula 5ª se acordó literalmente que el valor final de las obras se determinaría con los “*índices representativos presentados en la oferta*”. Adujo, asimismo, que el Tribunal desconoció los pliegos de condiciones, ya que en la minuta del contrato se mencionaba el pago de las obras con los “*índices representativos presentados en la oferta*”. Por ello, concluyó que el Tribunal adoptó una decisión *extra petita*.

De otra parte, manifestó que el Tribunal no apreció los dictámenes periciales elaborados por Ruby Marcela Cuellar y Oscar Romero, en los que se justificó la aplicación de los índices representativos y se calculó el valor de las obras con este factor. Finalmente, destacó que la liquidación no se motivó adecuadamente, pues el Tribunal efectuó sus cálculos sin indicar los elementos de juicio de los que se sirvió, lo que supuso la introducción de una prueba que no pudo controvertirse y, por ello, la vulneración del derecho a la defensa del demandante.

2.3. La Aseguradora, por su parte, pidió que se revoquen los numerales 3º y 5º de la sentencia impugnada, para lo cual expresó los siguientes reparos:

- Señaló que la liquidación del contrato comprende todos los créditos a favor de la entidad pública, incluyendo el anticipo no invertido y los perjuicios por la inejecución de las obligaciones del contratista. Agregó que el Tribunal determinó un saldo a favor del IDU de \$853'450.436 por concepto de liquidación del contrato. Con sustento en ello, afirmó que era contradictorio declarar ajustada a derecho la decisión de declarar la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y correcto manejo del anticipo, pues éstos se hicieron efectivos por un monto superior al de la liquidación: \$1.494'000.000 y \$969'.903.603, respectivamente. Concluyó que esta contradicción impone revocar los numerales 3º y 5º de la sentencia.

- Adujo que la Unión Temporal, en desarrollo del proceso de reestructuración de Aguilar y Cía, pagó al IDU el anticipo no amortizado. Señaló que esta circunstancia se demostró en un proceso ejecutivo que promovió el IDU y pidió que, para la demostración de ese hecho, se tuviera en cuenta un dictamen pericial que la Unión Temporal demandante adjuntó al escrito mediante el cual sustentó el recurso de apelación contra la sentencia⁹.

⁹ En la sustentación del recurso de apelación (folios 408 a 409, cuaderno del Consejo de Estado), la Unión Temporal solicitó que se decretaran como pruebas 8 documentos y 1 dictamen contable que acompañó al memorial. Así mismo, solicitó que se practicara una prueba técnica y un testimonio. Estas peticiones probatorias las fundamentó con el argumento de que las cuantificaciones hechas por el Tribunal para liquidar el contrato no fueron controvertidas y constituían un hecho nuevo. En auto del 29 de noviembre de 2012 (folio

- Aseveró que el Tribunal no examinó los argumentos que la Aseguradora formuló para que se declarara la nulidad de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001 en punto de la ocurrencia de los siniestros (cfr. párr. 1.3.5 *supra*) y pidió que fueran valorados. Por último, la Aseguradora afirmó que la sentencia ignoró que la Resolución 013 del 11 de enero de 2001 vulneró el artículo 1609 del Código Civil, pues el IDU incumplió primero sus obligaciones. Por otro lado, agregó que el Tribunal desconoció abiertamente el contenido de la cláusula 5ª del contrato, que alude a la aplicación de los índices representativos y no de los precios unitarios para calcular el valor final de las obras.

2.4. El 7 de abril de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió los recursos de apelación¹⁰, los cuales fueron admitidos por esta Corporación el 14 de enero de 2011¹¹. En el auto del 29 de noviembre de 2012 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹². En las alegaciones, que fueron presentadas oportunamente, el IDU y la Aseguradora insistieron en los argumentos expuestos en los recursos de apelación. Por otra parte, la Unión Temporal, además de reiterar los planteamientos de la impugnación, manifestó su desacuerdo con la providencia del Consejo de Estado que confirmó la decisión de negar el decreto de pruebas en segunda instancia. El Ministerio Público guardó silencio.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Jurisdicción y competencia

Según el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (“CCA”), la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para resolver los litigios originados en la actividad de las entidades públicas. De otro lado, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 establece que el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El contrato objeto del litigio es estatal porque fue celebrado por una entidad pública, el IDU¹³. Por lo tanto, esta jurisdicción es la llamada a resolver la controversia.

El numeral 5º del artículo 132 del CCA establece que los tribunales administrativos conocen en primera instancia de los asuntos referentes a los contratos de las entidades estatales, si la cuantía del proceso excede los 500 SMLMV. En la fecha en que se presentó la demanda que dio origen al proceso de mayor antigüedad (2001-0066), esa cuantía equivalía a \$130'050.000. El valor de la pretensión mayor se estimó en una suma superior: \$12.354'216.339; en consecuencia, la

563, cuaderno del Consejo de Estado), se negaron tales pruebas. La apelante interpuso recurso de súplica contra esta providencia, que fue confirmada en auto del 27 de septiembre de 2013 (Folios 590 a 593, cuaderno del Consejo de Estado).

¹⁰ Folio 268, cuaderno del Consejo de Estado.

¹¹ Folio 503, cuaderno del Consejo de Estado.

¹² Folio 564, cuaderno del Consejo de Estado.

¹³ El IDU es un establecimiento público del orden distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que se creó mediante el Acuerdo 19 de 1972 del Concejo de Bogotá.

Sala es competente para decidir el recurso de apelación, pues el proceso tiene vocación de doble instancia.

3.2. El objeto de la apelación

Con el objeto de resolver ordenadamente los problemas jurídicos que plantean los recursos de apelación, la Sala los agrupará temáticamente y los abordará en el mismo orden, a saber:

3.2.1. Problemas concernientes al cumplimiento de las obligaciones del IDU

En relación con este aspecto, la Sala deberá resolver:

- Si el IDU estaba obligado a pagar las cantidades de obra informadas en las actas mensuales de acuerdo con el APU que la Unión Temporal presentó el 9 de marzo de 2000, lo cual implicaba, según la demandante, (i) multiplicar las cantidades de obra aprobadas en las actas por los precios unitarios registrados en el APU y (ii) adicionar el AIU equivalente al 19%, pues esos precios unitarios solo cubren el costo directo de las obras. De acuerdo con ello, se establecerá si la entidad incumplió sus obligaciones al no reconocer el AIU en las actas 5 y siguientes y al descontar del acta 5 el AIU pagado en las actas 2, 3 y 4.
- Si las pruebas que obran en el expediente demuestran que entre la fecha en que se presentaron las actas 2 y 3 y la fecha en que el IDU las pagó transcurrieron más de los 45 días hábiles estipulados para el efecto. De encontrarse que este plazo venció y que el IDU no las pagó, se analizará si el retraso es imputable a la entidad y si, en consecuencia, debe ordenarse el pago de intereses de mora.

3.2.2. Problema relativo a la validez del acto que impuso una multa a la Unión Temporal. En este punto, la Sala deberá establecer si la entidad era competente para expedir la Resolución 2181 del 4 de diciembre de 2000, a través de la cual impuso una multa a la Unión Temporal, habida cuenta de que (i) la cláusula 13ª del contrato le confirió esta facultad y (ii) el cambio de la jurisprudencia del Consejo de Estado –según el cual la Ley 80 de 1993 no consagró esa atribución– se produjo en una fecha posterior a la de expedición de la resolución demandada.

3.2.3. Problema relativo a la validez de la decisión de declarar la ocurrencia de los siniestros cubiertos por los amparos de cumplimiento y correcto manejo del anticipo. En lo que a este aspecto concierne, la Sala deberá determinar si deben anularse los artículos 2 a 5 de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001, en los que se declaró la ocurrencia de los siniestros cubiertos por los amparos de cumplimiento y correcto manejo del anticipo, por alguna de las siguientes razones: (i) porque al anularse el artículo 1º de la Resolución 013 de 2001, en el que se declaró la caducidad del contrato, la misma suerte debieron correr los artículos 2 a 5, en la medida que la caducidad es constitutiva de los siniestros; (ii) porque el saldo que el Tribunal reconoció a favor del IDU en la liquidación del contrato es superior al monto por el que se hicieron efectivos estos dos amparos de la garantía de cumplimiento; (iii) porque el IDU solo era

competente para declarar la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de cumplimiento, pero no el de correcto manejo del anticipo; o, (iv) porque el IDU no tenía competencia para cuantificar unilateralmente los perjuicios para hacer efectivos los amparos de cumplimiento y correcto manejo del anticipo.

3.2.4. Problema relativo a la indemnización de los perjuicios que causó la declaratoria de caducidad del contrato. Para resolver este asunto, a la Sala le corresponde esclarecer si en el expediente reposan medios de prueba sobre los perjuicios que la declaratoria de caducidad del contrato le causó a Aguilar y Cía y, de ser ese el caso, si tales elementos de juicio permiten inferir la existencia de un daño cierto, personal y directo imputable al IDU.

3.2.5. Problema atinente a la liquidación judicial del contrato. En esta materia la Sala tendrá que determinar si la liquidación del contrato efectuada por el Tribunal debe modificarse, en razón de que: (i) el valor final de las obras debió cuantificarse con los índices representativos presentados en la oferta y no con los valores unitarios incluidos en ella, (ii) no se valoraron las pruebas periciales relativas al finiquito del negocio y (iii) el Tribunal no indicó los elementos de juicio en los que se basó para establecer el balance financiero del contrato.

Antes de abordar estos problemas, se debe destacar que el IDU (párr. 2.1 *supra*) pidió que se revocaran los ordinales 2º y 3º de la sentencia, en los que, respectivamente, se declaró la nulidad total de la Resolución 2181 de 2000 –que impuso una multa– y se anuló el artículo 1º de la Resolución 013 de 2001 –que declaró la caducidad del contrato–. Si bien en el recurso de apelación se expresaron los motivos de inconformidad con la primera decisión del Tribunal, no se cumplió con esa carga respecto de la segunda declaración. Así, la apelante no expresó ningún argumento para refutar la conclusión de que el IDU no era competente para declarar la caducidad del contrato al haber terminado su plazo de ejecución. Además, los argumentos contenidos en el salvamento de voto del magistrado Leonardo Augusto Torres –a los que se remitió la entidad en la sustentación del recurso– están referidos exclusivamente a la competencia de la Administración para imponer multas.

De acuerdo con los artículos 212 del CCA¹⁴ y 352 del CPC¹⁵, el apelante tiene la carga de sustentar la impugnación. Por ello, la Subsección ha dicho que el apelante debe formular reparos a los aspectos del fallo que le resultan desfavorables y que sus referencias argumentativas delimitan la competencia del juez de segunda instancia¹⁶. Como no se expresaron reparos frente a la decisión contenida en el ordinal 3º de la sentencia, la decisión de anular el artículo 1º de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001 no será objeto de análisis en esta instancia.

¹⁴ Las normas del CCA son aplicables al caso, de conformidad con en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁵ La referencia a las normas del CPC obedece a la aplicación de la regla de tránsito de legislación prevista en literal c) del numeral 1º del artículo 625 del CGP, pues el proceso entró a despacho para fallo en segunda instancia antes de la fecha en que entró a regir el CGP en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 25 de junio de 2014. Exp. 49.299. C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 24 de septiembre de 2020. Exp. 44.707. C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

3.3. Motivación de la sentencia

Se procede a resolver los problemas jurídicos en el orden anunciado:

3.3.1. Los problemas vinculados al cumplimiento de las obligaciones del IDU: el pago del AIU en las actas mensuales de obra

Este primer problema gira en torno al cumplimiento de dos reglas legales: “*el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación*”¹⁷ y “*el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria*”¹⁸. Con el fin de establecer si el pago fue completo, se analizará, primero, cuál fue la obligación que el IDU asumió frente a las cantidades de obra aprobadas en las actas de recibo parcial.

En la cláusula 5ª, las partes acordaron que el valor del contrato sería de \$5.500'000.000, discriminados así: \$393'000.000 por las actividades de evaluación y \$5.107'700.000 como “*valor estimado*” de construcción. No obstante, aclararon que el “*valor final de la construcción será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por el índice representativo presentado en la oferta*”¹⁹. Por otra parte, en la cláusula 6ª se acordó la forma de pago del valor de la construcción, así: “*un anticipo equivalente al treinta 30% del valor estimado del contrato (...), un sesenta por ciento (60%) del valor del contrato, mediante la presentación siete de (7) actas mensuales por obra ejecutada formuladas por el CONTRATISTA, de acuerdo con las cantidades de obra aceptadas por la interventoría y a satisfacción del IDU; (...) el diez por ciento (10%) restante, previo recibo a satisfacción y suscripción de las actas de terminación y liquidación*”.

Con fundamento en estas dos cláusulas se pueden deducir varias cosas. En primer lugar, que el valor de las obras era estimado, pues su valor efectivo era indeterminado pero determinable²⁰. En segundo lugar, que el *valor final* de las obras, es decir, el valor del 100% de las cantidades efectivamente ejecutadas hasta la terminación del contrato, se determinaría multiplicándolas por el “*índice representativo presentado en la oferta*” –concepto que se analizará en el apartado sobre la liquidación del contrato–. Y, en tercer lugar, que el 60% del valor estimado del contrato se pagaría contra la presentación de 7 actas mensuales en las que se registrarían las cantidades efectivamente ejecutadas²¹.

Si bien en la cláusula relativa a la forma de pago no se estableció expresamente el factor con el que se calcularía el valor de las actas mensuales de recibo, otra

¹⁷ Código Civil, art. 1627.

¹⁸ Código Civil, art. 1649.

¹⁹ Folio 11, cuaderno de pruebas 3.

²⁰ Esta es una característica propia de los contratos de obra a precios unitarios. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de julio de 2002, C.P. Susana Montes de Echeverri, Exp. 1439. No obstante, la Sala evitará calificar la modalidad de pago, pues una de las controversias es si el valor final de las obras se establecía a “*precios unitarios*” o a “*índices representativos*”.

²¹ El número de actas de obra era armónico con el plazo de ejecución del contrato, que se pactó en 7 meses contados a partir de la orden de inicio (folio 10, cuaderno de pruebas 3).

previsión del contrato permite deducir que sería con los precios unitarios ofertados por la Unión Temporal. En efecto, en la cláusula 4ª se acordó que *“el contratista se obliga a llevar a cabo todos los proyectos, instalaciones y obras materia de este contrato al precio unitario cotizado en la oferta”* (Énfasis agregado). La anterior inferencia se funda, además, en la aplicación práctica que hicieron ambas partes del contrato²². A pesar de que el IDU y la Unión Temporal discreparon sobre la inclusión del AIU, en todas y cada una de las 9 actas de obra coincidieron en algo: calcular su valor multiplicando las cantidades de obra aprobadas por los precios unitarios ofertados, no por los *“índices representativos”*²³.

Definido lo anterior, es necesario dejar sentada otra consideración antes de analizar lo relativo a la inclusión del AIU en las actas de recibo de obra. En el recurso de apelación, la Unión Temporal distinguió entre *“valores unitarios”* y *“precios unitarios”*: la primera locución la usó para referirse a los valores que incluyó en el anexo 2 de su oferta con el fin de calcular los *“índices representativos”*, mientras que la segunda la empleó para designar los precios que registró en el APU presentado el 9 de marzo de 2000. No obstante, la diferencia es simplemente terminológica: los 46 *“valores unitarios”* cotizados en la oferta son equivalentes, peso a peso, a los 46 *“precios unitarios”* que incluyó en el APU entregado el 9 de marzo de 2000²⁴. Otra cosa es que, en el APU, al registrar los mismos precios unitarios, se usó la leyenda *“total costo directo”*, de lo cual infiere la apelante que el IDU debía pagar adicionalmente el AIU.

Con base en las anteriores consideraciones puede resolverse el problema principal, que es si el IDU, en las actas mensuales de obra, debió pagar (i) el producto de multiplicar las cantidades aprobadas por los precios unitarios cotizados por la Unión Temporal más (ii) un 19% adicional, que fue el AIU que el contratista definió en su oferta²⁵. La respuesta a este problema se deduce del pliego de condiciones y de las respuestas que el IDU dio a los proponentes en el proceso licitatorio.

De un lado, en el numeral 3.2.13.5 de los pliegos se estableció que *“los precios unitarios fijos deberán cubrir los costos de materiales, mano de obra (...), inclusive los imprevistos, gastos de administración, impuestos y contribuciones y utilidades del Contratista”*²⁶. De otro lado, en la ronda de aclaraciones del pliego de condiciones, el IDU informó que el AIU debía *“incluirse dentro de cada uno de los*

²² Código Civil, art. 1622: *“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia (...).”*

²³ En la comunicación 86848 del 13 de septiembre de 2000 (folio 174, cuaderno de pruebas 7), la Unión Temporal manifestó que las actas suscritas antes de esa fecha –No. 2 a 8– debieron cuantificarse con los índices representativos. Sin embargo, tiempo después firmó el acta de recibo No. 9 (folio 72, cuaderno de pruebas 11), cuyo valor se cuantificó con los precios unitarios ofertados y no con los índices representativos, frente a lo cual la contratista no presentó ningún reparo u objeción.

²⁴ Los precios unitarios cotizados en la oferta aparecen discriminados en el anexo 2 (folios 47 a 49, cuaderno de pruebas 20). Por su parte, los precios consignados en el APU aparecen en los documentos anexos a la comunicación AGC-016-804-200 de marzo 9 de 2000 (folios 23 a 69, cuaderno de pruebas 3).

²⁵ Según el numeral 4.7.1.2 de los pliegos, los proponente debían fijar el porcentaje de AIU, pues este era un factor de comparación que otorgaba 20 puntos (folio 482, cuaderno de pruebas 20). La Unión Temporal ofertó un AIU del 19%, que se consignó en anexo de la propuesta (folio 49, cuaderno de pruebas 20).

²⁶ Folio 474, cuaderno de pruebas 20.

*precios unitarios*²⁷ con los que se calcularon los índices representativos. En definitiva, las cantidades aprobadas en las actas solo debían multiplicarse por los precios unitarios ofertados, pues en ellos los proponentes debieron considerar los gastos de administración, los impuestos y la utilidad.

Ahora bien, la apelante fundó su inconformidad en que el IDU pagó las actas 2, 3 y 4 sumando el AIU del 19%²⁸, lo cual, a su juicio, denotó una aceptación de la obligación. Sin embargo, de este hecho no se sigue que la entidad hubiera asumido, en los términos referidos por la demandante, esa prestación²⁹. Como ha dicho la jurisprudencia, el principio de respeto por los actos propios, que tiene un carácter subsidiario, cede en aquellos casos en que el comportamiento aparentemente contradictorio obedece a la intención razonable de adecuar la conducta a las reglas del contrato³⁰. Si así no fuera, la acción para repetir un pago hecho por error no existiría (CC., art. 2313) y el principio se llevaría al extremo de obligar al interesado a agravar su situación patrimonial, no obstante su propósito de corregir.

Como ya se vio, según lo establecido en la cláusula 4ª del contrato y en el pliego de condiciones, el IDU no se obligó a pagar el AIU en adición al valor resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios ofertados. Desde la etapa precontractual e, incluso, al momento de celebración del contrato, era claro que ese componente debía ser considerado por el proponente a la hora de calcular tales precios y que era con base en éstos que se remunerarían las labores que se comprometió a ejecutar. En esas condiciones, entender lo contrario supondría realizar un doble pago por un mismo concepto; además, implicaría entender modificado ese elemento del contrato sin que hubiere mediado un acuerdo escrito, cuya existencia no se alegó ni se probó en el proceso³¹. Por lo tanto, los descuentos que se realizaron en el acta 5 por el AIU pagado en las actas 2 a 4 no representaron un incumplimiento: significaron, más bien, una forma de evitar que se siguiera pagando más de lo debido.

Al lado del anterior planteamiento, la apelante reiteró dos argumentos que le presentó al IDU durante la ejecución del contrato³². El primero fue que “*los pliegos*

²⁷ Folio 256, cuaderno de pruebas 2.

²⁸ Este valor (\$102'160.017) se descontó en el acta de recibo No. 5 (folio 218, cuaderno de pruebas 11).

²⁹ En total, las partes firmaron 9 actas de recibo de obra (folio 159, cuaderno de pruebas 11), lo cual obedeció a que prorrogaron el plazo de ejecución del contrato por 3 meses en el adicional 2 del 15 de septiembre de 2000 (folio 42, cuaderno de pruebas 2).

³⁰ Al respecto, la Corte de Suprema de Justicia ha sostenido: “*Ciertamente, existen condiciones o circunstancias que aconsejan e, inclusive, imponen, la variación de comportamientos precedentes. Hay hipótesis en donde es el propio ordenamiento el que autoriza apartarse de la proyección generada a partir de los actos realizados antecedentemente, por lo que, sin duda, variar de conducta y sustraerse o distanciarse de las líneas demarcadas durante un período suficiente para haber generado en el cocontratante algún grado de confianza o la creación de expectativas, no resulta dañino ni deviene atentatorio de la teoría que se comenta (...). Agrégase, en procura de enriquecer de argumentos este aparte, la hipótesis de no poca ocurrencia, como es la incursión de errores en diferentes campos y, por ahí mismo, evocando la teoría mencionada, vivificándola de manera permanente e inmodificable, de modo que el individuo inmerso en tal situación no podría sustraerse de lo ejecutado en el pasado, pues contrariaría aquellos postulados del acto propio. Tal situación, por supuesto, resulta repelida por el sentido común, pues sería tanto como obligar al individuo a que permanezca en el error, no obstante su propósito de corregir*”. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de enero de 2011. Exp. 2001-00457-01. M.P Pedro Octavio Munar Cadena.

³¹ En virtud del carácter solemne de los contratos estatales (Ley 80 de 1993, arts. 39 y 41), la modificación de sus cláusulas debe hacerse por escrito.

³² Comunicación con radicado de entrada 86848 del 13 de septiembre de 2000 (folios 125 a 134, cuaderno de pruebas 7).

de condiciones contemplaron el concepto de los precios unitarios para ser presentados una vez suscrito el contrato y no durante el proceso licitatorio”. Esta proposición no se aviene a lo pactado entre las partes, pues, como ya se indicó, la cláusula 4ª del contrato dice que la Unión Temporal se obligó a ejecutar las “obras materia de este contrato al precio unitario cotizado en la oferta”.

El otro argumento sobre el que volvió la Unión Temporal fue que “el concepto de precios unitarios está referido al análisis de precios unitarios (que solo contempla costos directos) y es diferente del concepto de precios unitarios fijos, que contempla costos directos e indirectos”. Esta tesis significa, en otras palabras, que los precios unitarios fijos cotizados en la oferta (que debían incluir el AIU) no eran aplicables para calcular el valor de las actas, sino que debían aplicarse los precios unitarios contenidos en el APU del 9 de marzo de 2000, en los que se indicó que solo remuneraban los costos directos. Para la Sala, este argumento no es atendible por las razones que se pasan a explicar.

De acuerdo con el numeral 3.2.13 de los pliegos de condiciones, el APU era un documento que debía presentar el adjudicatario una vez celebrado el contrato³³. Ahora bien, el pliego por ninguna parte autorizó la coexistencia de dos listados de precios unitarios: los cotizados en la oferta y los presentados en el APU. No, el alcance del numeral 3.2.13 era que, una vez adjudicado el contrato, la Unión Temporal presentara al IDU el análisis con fundamento en el cual cotizó los precios unitarios de su oferta –que debían incluir el AIU–, es decir que discriminara para cada ítem de obra, como en efecto hizo, los rendimientos del personal, la tarifa horaria de las máquinas, etc.

La interpretación según la cual podían coexistir dos listados de precios unitarios, amén de no tener base en los pliegos de condiciones, le resta efecto útil a lo pactado en la cláusula 4ª del contrato, que estableció que el contratista se obligaba a construir las obras “al precio unitario cotizado en la oferta”. Además, esta interpretación es inadmisibles de cara al artículo 28 de la Ley 80 de 1993, que ordena aplicar los principios de la contratación estatal en la interpretación del negocio. En efecto, si se entendiera que la Unión Temporal podía definir *ex post* que los precios ofertados solo remuneraban los costos directos, se llegaría a la conclusión de que tenía patente de corso para modificar su oferta y recibir un 19% (el AIU) adicional por cada ítem de obra. Esta lectura atenta contra los principios de intangibilidad de la propuesta, selección objetiva e igualdad entre los proponentes.

En resumen, a diferencia de lo sostenido por la apelante, el IDU no tenía la obligación de pagar el AIU en adición al producto de multiplicar las cantidades informadas en las actas por los precios unitarios ofertados. Por ende, como concluyó el Tribunal, la entidad no incumplió el contrato al descontar en el acta 5

³³ “Lo que comúnmente se denomina análisis de precios unitarios, corresponde a la descomposición de los mismos para determinar los costos que los conforman: la maquinaria que se utilizará, calculando el valor por el tiempo que se requiera; la mano de obra, teniendo en cuenta el costo hora-hombre, y cuántas personas se requieren para la ejecución de esa unidad de medida; la cantidad de los materiales necesarios, etc”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 29 de febrero de 2012. Exp. 16.371. C.P Danilo Rojas Betancourth.

el AIU pagado en las actas 2, 3 y 4 y al no pagar por separado o, si se quiere, doblemente, el AIU en las actas 5 a 9.

3.3.2. Los problemas vinculados al cumplimiento de las obligaciones del IDU: la mora en el pago de las actas de obra 2 y 3

El reparo de la apelante frente a este aspecto de la decisión es elemental: el Tribunal se equivocó al afirmar que entre el 7 de junio de 2000 –fecha de presentación de las actas de recibo parcial 2 y 3– y el 25 de agosto de 2000 – fecha de pago– transcurrieron menos de 45 días hábiles. La inconformidad está justificada, pues entre esas dos fechas transcurrieron 62 días hábiles. Desde este punto de vista, el IDU se habría constituido en mora³⁴, porque se estipuló que si la entidad “*no [pagaba] al contratista las sumas pactadas dentro los 45 días siguientes a la fecha de su causación, reconocerá como intereses de mora el incremento mensual promedio del índice de precios al consumidor (...)*”³⁵.

A pesar de que la premisa en la que se basó la decisión del Tribunal es incorrecta, la conclusión es cierta: el IDU no incurrió en mora. Según la cláusula 5ª del contrato, modificada por el otrosí del 1 de febrero de 2000, la entidad debía pagar las “*actas mensuales por obra ejecutada formuladas por el CONTRATISTA de acuerdo con las cantidades de obra aceptadas por la Interventoría y a satisfacción del IDU, de acuerdo con los presentes pliegos de condiciones*”³⁶. La obligación de pagar las actas en el plazo de 45 días hábiles se sometió, pues, a dos condiciones: una condición casual, consistente en que la Interventoría aceptara las cantidades de obra informadas, y otra potestativa, consistente en que el IDU aceptara su contenido por ajustarse al pliego de condiciones.

Con fundamento en esa disposición, el IDU no aceptó las actas 2 y 3 que la Unión Temporal le presentó el 7 de junio de 2000. En el expediente está acreditado que el 30 de junio de 2007, 19 días hábiles después de su presentación, el IDU le informó a la Unión Temporal que no se podía tramitar el pago de las actas “*debido a que se descontó el 10% de retención de garantía, la cual no se contempla en la cláusula cuarta – forma de pago*”³⁷. El motivo que adujo el IDU para rechazar las actas 2 y 3 estaba justificado, porque en el contrato no se pactó ninguna retención en garantía. Por esa razón, los descuentos que se hicieron en las actas elaboradas por el contratista por \$49'289.677 –suma que es mayor a los intereses de mora reclamados, \$409.727– impedían su aceptación por parte del IDU³⁸.

Recibida la comunicación del IDU informando el rechazo de las actas, la Unión Temporal procedió a enmendarlas y no hay prueba de que se hubiera opuesto a la modificación que pidió la entidad, la cual, dicho sea de paso, conducía a aumentar

³⁴ Código Civil, art. 1608: “*El deudor está en mora: 1) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora*”.

³⁵ Cláusula 11ª del contrato de obra (folio 13, cuaderno de pruebas 3).

³⁶ Folio 39, cuaderno de pruebas 2.

³⁷ Comunicación IDU 68419 del 30 de junio de 2000 (Folio 264, cuaderno de pruebas 14).

³⁸ En la versión inicial del acta 2, el descuento equivalía a \$35'359.567 y, en el acta 3, a \$13'930.109. Por lo tanto, si el IDU no hubiera pedido la corrección, esto habría representado un menor ingreso para la Unión Temporal de \$49'289.677 (folios 255 y 275 del cuaderno de pruebas 11). En el dictamen pericial elaborado a petición de la parte demandante en el proceso 2001-0066 (folio 9, cuaderno de pruebas 28), los intereses por la –inexistente– mora se tasaron en un valor de tan solo \$696.535.

sus ingresos. El 12 de julio de 2000, el contratista presentó las versiones corregidas de las actas 2 y 3 (con un mayor valor de \$49'289.677)³⁹; por lo tanto, a partir de esta fecha se causó –en los términos de la cláusula 11ª– la obligación dineraria. El IDU solucionó el débito el 25 de agosto de 2000, antes de que se cumplieran 45 días hábiles pactados en el contrato, por lo que no incurrió en mora⁴⁰. Así las cosas, la decisión del Tribunal sobre este aspecto será confirmada, pero por las razones anteriormente expuestas.

3.3.3. El problema relativo a la nulidad del acto administrativo mediante el cual se impuso una multa a la Unión Temporal

El IDU manifestó su inconformidad con la decisión del Tribunal de anular la Resolución 2181 del 4 de diciembre de 2000 –confirmada por la Resolución 2146 de 2001– mediante la cual se impuso una multa a la Unión Temporal por \$165'000.000. El reparo consiste en que el *a quo* basó su decisión en un cambio jurisprudencial que tuvo lugar en el 2005 y desconoció que el contrato le otorgó a la entidad la facultad de imponer la multa unilateralmente.

El primer argumento en que se basa la impugnación es atendible. Efectivamente, el Tribunal fundamentó su decisión en una sentencia del 2005⁴¹ que abandonó la tesis vigente en el momento en que se expidió el acto administrativo, según la cual la Ley 80 de 1993 atribuyó a las entidades públicas competencia para imponer multas unilateralmente. Esa aplicación retroactiva del cambio jurisprudencial no está justificada en este caso por las razones que se pasan a explicar.

La Sección Tercera del Consejo de Estado no tiene una postura unificada sobre la aplicación temporal de los cambios del precedente judicial, aunque en algunas decisiones recientes se ha sostenido que estos deben operar hacia futuro⁴². Para fundamentar esta tesis, se aduce que las buenas razones que impulsan el progreso de la jurisprudencia no justifican el sacrificio de los derechos de quienes obraron en el pasado movidos por lo que mandaba el antiguo precedente.

Inclusive, en las providencias en las que se ha sostenido que las rectificaciones deben operar de forma inmediata para evitar que la congestión judicial comprometa su eficacia, se admiten hipótesis de aplicación prospectiva, basadas en las condiciones específicas de cada caso. Por ejemplo, cuando la competencia

³⁹ Cfr. Folios 57 y 75, cuaderno de pruebas 28.

⁴⁰ Los recibos de caja emitidos por la Unión Temporal, los cuales prueban la fecha en la que se produjo el pago, reposan en los folios 329 a 334 del cuaderno de pruebas 29.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Exp. 14.579. C.P. Germán Rodríguez Villamizar: “[L]o que no puede hacer [la Administración], y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada”.

⁴² En las sentencias del 4 de septiembre de 2017 (Subsección C, Exp. 57.279, C.P. Jaime Orlando Santofimio) y 2 de marzo de 2020 (Subsección B, Exp. 39.947, C.P. Martín Bermúdez Muñoz), se aplicaron los cambios jurisprudenciales con efecto prospectivo. En el primer fallo, la Corporación aplicó la tesis de que la caducidad podía declararse después de vencido el plazo de ejecución del contrato, porque ese era el criterio vigente cuando el acto se expidió. En la segunda providencia, que resolvió en un litigio sobre el enriquecimiento injustificado de la entidad estatal, se concedieron las pretensiones del particular sin aplicar la tesis unificada que se adoptó en el año 2012 sobre los supuestos en los que procede la *actio in rem verso*.

estatal se ejerció con base en un criterio jurisprudencial pacífico y la entidad basó su defensa en ese precedente⁴³, tal como ocurrió en este caso.

Dadas esas circunstancias, se considera que el principio de seguridad jurídica tiene un mayor peso específico que la facultad que tienen los jueces de rectificar su jurisprudencia. La razón radica en que la presunción de legalidad del acto administrativo es una manifestación del principio de conservación del derecho que busca garantizar la estabilidad de las relaciones jurídicas creadas a su amparo. No se trata, pues, de un simple privilegio de la Administración y, por tanto, no puede quedar al vaivén de las reinterpretaciones sobre el alcance de un enunciado legal⁴⁴.

En este caso, la Resolución 2181 del 4 de diciembre de 2000 fue expedida con fundamento en la tesis jurisprudencial vigente en esa fecha, la cual fue abandonada 5 años después de la expedición del acto impugnado⁴⁵. Además, al contestar la demanda, lo cual ocurrió antes del cambio de precedente, el IDU basó su defensa en la interpretación del Consejo de Estado, según la cual la Ley 80 de 1993 atribuyó la competencia de imponer multas unilateralmente⁴⁶. En este sentido, como manifestó la apelante, no debió aplicarse retroactivamente la rectificación jurisprudencial que tuvo lugar en el 2005.

Con todo, el IDU también alegó que, más allá de que se considere que su facultad para imponer multas estaba contenida en la Ley 80 de 1993 o en el artículo 64 del CCA, lo cierto que las partes expresamente convinieron en ello. Por tanto, a la Sala compete establecer si dicha cláusula era válida a la luz del régimen jurídico del contrato, el cual se integra por las disposiciones civiles y comerciales y por las materias particularmente reguladas en la Ley 80 de 1993⁴⁷.

⁴³ Cfr. Sección Tercera, Subsección B. Auto del 25 de septiembre de 2017, Exp. 50.892, C.P Danilo Rojas Betancourth. En el mismo sentido puede consultarse la aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque a la sentencia del 4 de septiembre de 2017 citada.

⁴⁴ La aplicación retroactiva de los cambios de precedente judicial es limitada cuando la modificación versa sobre el alcance de una norma legal contentiva de una permisión. Esto obedece a que no puede reprocharse la conducta de la entidad pública o del ciudadano que, movido por tal interpretación, desplegó el comportamiento que estaba permitido según la jurisprudencia vigente en ese momento. En cambio, la aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales no presenta las mismas limitaciones cuando no recae sobre la interpretación de enunciados legales que establecen patrones de conducta (permisiones, mandatos, prohibiciones), sino sobre el contenido de instituciones jurídicas con fundamento en las cuales se dirimen los conflictos. Así, por ejemplo, los cambios jurisprudenciales relacionados con instituciones como el valor probatorio de las copias o el título jurídico para imputar responsabilidad al Estado por actos terroristas pueden aplicarse retroactivamente, sin que por ello se lesione el principio de confianza legítima y seguridad jurídica.

⁴⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 4 de junio de 1998. Exp. 13.988. C.P Ricardo Hoyos Duque. Reiterada en: Sección Tercera. Sentencia del 20 de junio de 2002. Exp. 19.488. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁶ En la contestación de la demanda de la Aseguradora, quien planteó el cargo de incompetencia material, el IDU invocó expresamente la tesis vigente contenida en el auto del 4 de junio de 1998 (folio 35, cuaderno principal 6). Esta defensa no podía reconducirse o modificarse en vista de la nueva tesis adoptada en la sentencia del 20 de octubre de 2005, por la sencilla razón de que la contestación se presentó más de 3 años antes, el 24 de junio de 2002.

⁴⁷ Ley 80 de 1993, art. 13: “*Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley*”. Art. 40: “*Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales (...)*”

En la cláusula 13 del contrato, las partes establecieron que “*en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones adquiridas por el CONTRATISTA, éste se hará acreedor a multas equivalentes al dos por mil (2*1000) diario del valor del contrato (...)*”. Por otro lado, en la cláusula 14ª, convinieron que “*(...) el IDU lo citará [al contratista] con el fin de solicitarle las explicaciones del caso y determinará su grado de responsabilidad y [s]i el IDU considera que el incumplimiento amerita multa, determinará su monto y lo descontará de los saldos a favor del CONTRATISTA una vez se encuentre en firme el acto administrativo que declare el incumplimiento e imponga la multa*”⁴⁸.

La cláusula 13ª del contrato es la estipulación de multas propiamente dicha. En ella se convino una obligación condicional, consistente en que la Unión Temporal pagara un valor diario en caso de que incumpliera sus obligaciones. Esta cláusula no es excepcional al derecho común y es perfectamente válida. No es excepcional, porque no está consagrada en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y, además, porque no es extraña a los negocios civiles y mercantiles: el artículo 1594 del Código Civil autoriza que se pacte el pago de una pena por el mero retardo, con el objeto de apremiar al deudor y no como un mecanismo de tasación anticipada de los perjuicios⁴⁹. La cláusula es válida, pues está autorizada por la ley y no tiene causa u objeto ilícito⁵⁰.

La cláusula 14ª del contrato, por su parte, no dice cuál es la obligación, sino cómo se hace efectiva la multa: el IDU tiene la facultad de imponerla unilateralmente, para lo cual determina su monto y lo descuenta de los saldos a favor de la Unión Temporal. A juicio de la Sala, el ejercicio de esta facultad unilateral (i) no entraña ninguna exorbitancia administrativa y (ii) tampoco presenta problemas de validez.

Lo primero, porque la unilateralidad no es sinónimo de exorbitancia. En efecto, el Código Civil y el Código de Comercio autorizan en varios supuestos el ejercicio de facultades unilaterales por los particulares. Así ocurre, por ejemplo, con la potestad de terminar los contratos de compraventa (CC, art. 1882), arriendo (CC, art. 1983), confección de obra material (CC., art. 2056), suministro (C Co, art. 973) y transporte (C.Co, art. 1002).

Lo segundo, porque la concesión de la facultad unilateral de imposición de multas es fruto de un acuerdo lícito entre las dos partes. Si bien es cierto que, por regla general, una parte no puede ver modificada su situación jurídica sin su consentimiento y por la sola voluntad de la otra, la adopción de decisiones unilaterales es válida si se produce en virtud de la anuencia previa de los contratantes. En este sentido, ante la ausencia de una prohibición normativa

⁴⁸ Folio 14, cuaderno de pruebas 13.

⁴⁹ Sobre las distintas funciones que puede cumplir la pena pecuniaria, véase: Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de febrero de 2018. Exp. SC170-2018. M.P Margarita Cabello Blanco.

⁵⁰ De hecho, en la sentencia del 20 de octubre de 2005, se reconoció que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes de un contrato estatal pueden pactar válidamente esta clase de estipulaciones. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Exp. 14.579. C.P Germán Rodríguez Villamizar: “Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado”.

expresa, la Corte Suprema de Justicia ha concluido que las cláusulas en las que se le concede a una parte la facultad unilateral de terminar el contrato son válidas⁵¹.

Análogamente, en las disposiciones civiles y comerciales, no hay ninguna disposición que prohíba al acreedor perjudicado por el incumplimiento hacer efectiva unilateralmente la multa mediante descuentos a los saldos a favor del deudor, si esta atribución tiene su origen en el acuerdo de voluntades⁵². Esto no implica, claro está, que la parte que ejerza esta facultad tenga un margen de apreciación ilimitado respecto del cumplimiento del contrato, pues, para adelantar ese juicio, debe ceñirse a las condiciones pactadas en cuanto a las obligaciones cuya inejecución da lugar a la imposición de la multa, los criterios para calificar la gravedad del incumplimiento, los parámetros para cuantificar su valor, el procedimiento que debe surtir para el efecto, etc. Además, el deudor tendrá el derecho de discutir *ex post* en sede judicial la procedencia de la multa y la responsabilidad del acreedor que la hizo efectiva sin justificación o sin apego a las condiciones convenidas.

De acuerdo con lo anterior, el IDU sí contaba con la facultad y la capacidad para imponer unilateralmente las multas, pues esa atribución se pactó en cláusulas que son válidas⁵³. Así, entonces, sea que se considere que el IDU, según los términos del contrato, tenía capacidad para imponer multas o que, según la tesis jurisprudencial vigente en la fecha de expedición de la Resolución 2181 de 2000, tenía competencia legal para imponerlas unilateralmente, es forzoso concluir que la decisión del Tribunal que desdice de ello debe revocarse. No obstante, en la medida que la Unión Temporal y la Aseguradora formularon otros cargos contra la Resolución 2181 de 2000, la Sala procederá a su análisis⁵⁴.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01. M.P. William Namén Vargas: “*En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces, como se explica más adelante*”.

⁵² Una muestra de ello es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que incluso antes de la expedición de la Ley 1676 de 2013, sostuvo la siguiente idea sobre la unilateralidad contractual: “*No se puede sostener, so capa del carácter obligatorio de las normas procesales, que el acreedor prendario o hipotecario está forzado a judicializar el cobro de la deuda sin posibilidad de convenir con su deudor otros modos de extinguir su obligación que incluyan la cosa prendada o hipotecada*”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de julio de 2005. Rad. 1993-20.302. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁵³ Al respecto, la doctrina local plantea que “*la dinámica de los contratos de derecho privado y el principio de autonomía de la voluntad permiten a las partes habilitarse para ejercer prerrogativas de manera unilateral. El efecto normativo del contrato lo integra éste al bloque de legalidad determinante de la competencia de la Administración para imponer una multa*”. Benavides Russi, José Luis. ¿Las multas son finalmente imposibles en el contrato estatal? En: Hernández, Víctor (Dir.). Derecho Administrativo Iberoamericano, Tomo III. Ed. Caracas: Ed. Paredes, 2007, pág. 2314.

⁵⁴ En los alegatos de conclusión que la Unión Temporal presentó en primera instancia se formularon otros dos cargos: la incompetencia temporal del IDU para imponer la multa y el carácter no obligatorio del programa de trabajo con el que se midieron los retrasos (folio 134 y 135, cuaderno principal 4). Según el artículo 305 del CPC, la sentencia debe guardar coherencia con “*los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades*”. La sentencia que se emite en el contencioso subjetivo de legalidad debe ser congruente, además, con el concepto de violación que se presenta en la demanda. Como los dos cargos referidos no se incluyeron en la demanda de la Unión Temporal (variación de la *causa petendi*), la Sala no los analizará en esta instancia. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 10 de noviembre de 2017. Exp. 39.536. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

La Unión Temporal y la Aseguradora plantearon que la Resolución 2181 del 4 de diciembre de 2000 es nula por violar el artículo 1609 del Código Civil, en el cual se encuentra el fundamento de la excepción de contrato no cumplido. Este argumento se basó en que el IDU incumplió sus obligaciones al no reconocer el AIU en las actas 5 y siguientes y al descontar del acta 5 el AIU pagado en las actas 2, 3 y 4. En un apartado anterior, la Sala estableció que esos incumplimientos no ocurrieron; por lo tanto, este cargo no tiene vocación de prosperar.

La Unión Temporal también adujo que la Resolución 2181 de 2000 violó la Ley 550 de 1990. Para sustentar el cargo, indicó que Aguilar y Cía inició negociaciones para celebrar un acuerdo de reestructuración y que la imposición de la multa impedía su perfeccionamiento.

En el proceso está demostrado que la Superintendencia de Sociedades, en providencia del 26 de septiembre de 2000⁵⁵, aceptó la solicitud de Aguilar y Cía para negociar un acuerdo de reestructuración con sus acreedores. De otro lado, es cierto que el artículo 15 de la Ley 550 consagró el principio de continuidad de los contratos celebrados por el empresario y sancionó con ineficacia los actos que obstaculizaran la negociación del acuerdo⁵⁶. Esto no supone, sin embargo, que los acreedores no tuvieran la facultad de ejercer los remedios convencionales por el incumplimiento de los contratos cuya ejecución continuó. Esta inferencia no tiene sustento en el artículo 15 de la Ley 550, pues lo que se prohíbe es que por “*el hecho de la iniciación de la negociación de un acuerdo reestructuración*” se terminen los contratos o se impongan sanciones al empresario.

En este caso, la multa no se impuso como consecuencia del inicio de la negociación del acuerdo, ni está probado que el designio del IDU fuera obstaculizar su celebración, lo cual, en todo caso, no ocurrió. La multa se impuso porque la Unión Temporal, en el mes de noviembre de 2000, luego de iniciada la negociación, incurrió en retrasos en la construcción de las obras del frente de la calle 5ª sur, los cuales están probados y no fueron negados por la demandante⁵⁷.

Además, sería absurdo interpretar que, en el marco de un proceso de reestructuración, el acreedor debe permanecer obligado por el contrato, mientras

⁵⁵ Folio 90, cuaderno de pruebas 3.

⁵⁶ Ley 550 de 1990, art. 15: “*Por el hecho de la promoción o iniciación de la negociación de un acuerdo de reestructuración, no podrá decretarse la caducidad administrativa de los contratos celebrados entre el Estado y el empresario; y se tendrá por no escrita la cláusula en que se pacte que dicha promoción o iniciación sea causal de terminación de los contratos de tracto sucesivo. Son ineficaces, sin necesidad de declaración judicial, las estipulaciones que formen parte de cualquier acto o contrato y que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente la promoción, la negociación o la celebración de un acuerdo de reestructuración, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones y, en general, a través de cualquier clase de prohibiciones, solicitud de autorizaciones o imposición de efectos desfavorables para el empresario que negocie o celebre un acuerdo de los previstos en esta ley*”.

⁵⁷ En el expediente obran las comunicaciones de la Interventoría 112198 del 17 de noviembre y 114772 del 24 de noviembre de 2000 (folios 106 a 110, cuaderno de pruebas 11), en las que se registró un atraso de 15 días frente al programa de trabajo del frente de la Calle 50 A sur. Los atrasos que se informaron en estas comunicaciones (citados en la motivación de los actos demandados) no fueron controvertidos por la Unión Temporal o la Aseguradora, quienes en los recursos de reposición contra el acto administrativo y en las demandas que se deciden pusieron en tela de juicio un aspecto diferente: la imposibilidad de imputarle esos retrasos al contratista, debido a los –inexistentes– incumplimientos del IDU.

que el deudor queda dispensado del cumplimiento de sus prestaciones. Como lo señaló la Corte Suprema de Justicia, la negociación del acuerdo de reestructuración implica la continuidad de los contratos, pero también la subsistencia de los efectos del incumplimiento⁵⁸. Por esa razón, la negociación del acuerdo no significaba un impedimento para que los acreedores de Aguilar y Cía ejercieran sus derechos para la satisfacción del crédito, con la única excepción del cobro ejecutivo de las obligaciones.

Por las anteriores razones, la decisión del IDU de imponer una multa por los retrasos que se presentaron en el mes de noviembre de 2000 en el frente de la calle 5ª sur no violó el artículo 15 de la Ley 550 de 1990. Una cuestión diferente es que, una vez se hiciera exigible el pago de la multa, el IDU no podía cobrar ejecutivamente su valor, porque el artículo 14 de Ley 550 estableció que no podía iniciarse ningún proceso de ejecución contra el empresario, pero eso no concierne a la validez del acto por medio del cual se ejerció la facultad contractual.

La Aseguradora, por otra parte, planteó que el artículo 2º de la Resolución 2181 de 2000 –en el cual se ordenó hacer efectiva la multa contra los saldos a favor del contratista o con cargo a la garantía única de cumplimiento– es nulo porque la entidad no era competente para declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro. Este cargo no está llamado a prosperar por las mismas razones expresadas sobre la imposición de la multa. Según el criterio jurisprudencial vigente en la fecha de expedición al acto⁵⁹, esa competencia derivaba de los numerales 4º y 5º del artículo 68 del CCA⁶⁰. Además, la defensa de la legalidad de la decisión por parte del IDU en el proceso se fundó en ese mismo precedente⁶¹.

La Sala no desconoce que en algunas sentencias más recientes se ha afirmado que ese enunciado normativo no atribuyó tal competencia⁶². Según este otro grupo

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de agosto de 2016. Rad. 11001-31-03-007-2007-00606-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez: *“El artículo 15 de la Ley 550 de 1999 no prohíbe la declaración de caducidad de los contratos estatales cuando el empresario incumple, pues es obvio que la causa de la declaración de caducidad es, precisamente, dicho incumplimiento. Lo que la ley impide, so pena de ineficacia, es que la promoción o iniciación de un acuerdo de reestructuración se utilice como excusa para decretar la terminación de dichos contratos (...) Desde luego que nada obsta para que, ante el incumplimiento del empresario, la parte cumplida o que se allana a cumplir haga valer el derecho que tiene de exigir la terminación del convenio o la ejecución de lo pactado Por consiguiente, como la regla general en materia de concurso es la continuidad de los efectos de los contratos, se concluye que también subsisten los efectos del incumplimiento contractual aunque los negociantes hayan quedado cobijados por el acuerdo de reestructuración, por lo que nada se opone a que la parte cumplida ejerza las acciones contempladas en la ley en caso de que el deudor transgreda su obligación”*.

⁵⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 1997. Exp. 9286. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Este criterio fue reiterado en múltiples providencias de la Sección Tercera, entre otras: sentencia del 3 de mayo de 2001, Exp. 12.724. C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia 14 de abril de 2005, Exp. 14.583, C.P. Ariel Hernández Enríquez, sentencia del 27 de marzo de 2014, Exp. 29.857, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Más recientemente, se reiteró en la sentencia de la Sala Plena del 28 de noviembre de 2019, Exp. 36.600 A, C.P. María Adriana Marín.

⁶⁰ CCA., art. 68: *“Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos: (...) 4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso. 5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriada que declare la obligación”*.

⁶¹ Folios 35 y 36, cuaderno principal 6.

⁶² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 11 de junio de 2015. Exp. 32.438. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. En el mismo sentido, Subsección A: Sentencia del 16 de junio de 2015,

decisiones, el artículo 68 del CCA es una norma procedimental que no atribuyó competencias a la Administración, sino que reguló la conformación de los documentos que prestan mérito ejecutivo a su favor. Con todo, tal y como se explica a continuación, esta postura tampoco conduce a declarar próspera la pretensión de la Aseguradora, pues, desde el punto de vista del contrato de seguro, el IDU tenía la capacidad para exigir el pago del siniestro cubierto por el amparo de cumplimiento.

Como cualquier particular beneficiario de un seguro de daños, el IDU podía basar su decisión de exigir el pago del siniestro apoyado en las cláusulas del contrato de seguro. En este caso, en las condiciones generales de la póliza única de cumplimiento en favor de entidades estatales N-A0023708 expedida el 30 de diciembre de 1999, mediante la cual la Aseguradora garantizó el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal⁶³.

En las condiciones generales de la póliza, la Aseguradora estableció la cobertura del amparo de cumplimiento, así: *“(...) cubre a las entidades estatales contratantes contra los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado. Este amparo comprende las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva”*. Por otra parte, en la condición cuarta, dispuso que el siniestro se entendería causado *“(...) [e]n los casos de multas y cláusula penal con el Acto Administrativo que imponga las multas o la cláusula penal pactadas en el contrato”*. Finalmente, en la condición quinta, definió que *“[!]la Compañía pagará el valor del siniestro así: (...) Para el caso presentado en el numeral 4.3 [multas] de la condición anterior, dentro del mes siguiente a la comunicación escrita que con tal fin haga la Entidad Estatal contratante, acompañada de una copia auténtica del Acto Administrativo ejecutoriado que declare la ocurrencia del siniestro”*⁶⁴.

La Aseguradora no desconoció la existencia y validez de las anteriores condiciones generales, en las cuales definió el procedimiento convencional para hacer efectiva la garantía. No obstante, adujo que el IDU no era competente para hacerlo a través de un acto administrativo, pues la ley no le atribuyó esta facultad. La Sala no considera atendible este planteamiento, porque le niega efecto útil a las condiciones generales y lleva a una conclusión inadmisibles, a saber: la entidad no podía hacer efectiva la garantía si no expedía un acto administrativo, porque el contrato de seguro se lo exigía, pero tampoco podía expedir ese acto administrativo, pues la ley no le dio esa atribución⁶⁵.

La interpretación que mejor cuadra con la naturaleza del seguro y con los principios de efecto útil y de buena fe en la ejecución de los contratos es diferente: al margen de la calificación jurídica (acto administrativo) que la Aseguradora

Exp. 32.301, C.P. Hernán Andrade Rincón y sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 52.495. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁶³ Folio 54, cuaderno de pruebas 2.

⁶⁴ Folios 91 y 92, cuaderno de pruebas 2.

⁶⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 24 de septiembre de 2020. Exp. 44.707. C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

incluyó en las condiciones generales, ésta se comprometió a pagar al IDU el valor de la multa derivada del incumplimiento imputable a la Unión Temporal si, luego de controvertir su declaración inicial sobre la ocurrencia del riesgo y el monto de la pérdida, la entidad persistía en su reclamación. Este procedimiento convencional para hacer efectiva la garantía difiere del que se deduce de la lectura conjunta de los artículos 1077, 1080 y 1053 del Código de Comercio⁶⁶; sin embargo, no vulnera el orden público, pues, según el artículo 1162 del mismo código, ninguna de esas normas es inmodificable.

Como se indicó antes, ante el incumplimiento imputable al tomador del seguro, que está probado en el expediente, el IDU impuso la multa⁶⁷, le notificó a la Aseguradora la ocurrencia del siniestro y estableció el valor por el que se haría efectivo el amparo. Esta decisión no es contraria a la ley ni al contrato, porque, como se acabó de explicar, en virtud de las condiciones generales de la póliza, la Aseguradora le concedió a la entidad la facultad de exigir el pago de esta manera.

Finalmente, la Aseguradora adujo que la Resolución 2181 de 2000 es nula porque el IDU no la citó antes de imponer “*la multa a su cargo*”, reparo que tampoco tiene vocación de prosperar por las razones que se explican enseguida. En primer lugar, el IDU no impuso una multa o sanción a cargo de la Aseguradora, sino que ejerció el derecho contractual de hacer efectiva la garantía constituida por la Unión Temporal. Esta distinción es fundamental, pues el debido proceso se analiza a la luz de la potestad que ejerce la entidad contratante⁶⁸. Tratándose del ejercicio de un derecho contractual y no de una potestad sancionatoria, la intervención previa de la Aseguradora no podía condicionar el derecho del IDU a reclamar o hacer valer la póliza de seguro, máxime cuando no se contempló en el procedimiento convencional pactado para ese fin. En este sentido, como ha dicho la Corporación, el derecho de defensa de la Aseguradora se garantizaba con la motivación y notificación del acto que declaró la ocurrencia del siniestro, lo cual le permitía a la Aseguradora controvertir la decisión ante la entidad y, posteriormente, en instancias judiciales⁶⁹.

⁶⁶ El artículo 1077 del Código de Comercio impone al asegurado la carga de demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si es el caso, al tiempo que el asegurador debe demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad. De otro lado, el inciso primero del artículo 1080 establece que el asegurador está obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite ante aquél, así sea extrajudicialmente, su derecho. Finalmente, el artículo 1053 señala que la póliza presta mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, entre otros eventos, transcurrido un mes desde que se entregue al asegurador la reclamación junto con “*los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077 sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada*”. El procedimiento pactado en este caso difiere del que surge de las disposiciones anteriores, porque la obligación de pagar el siniestro era exigible si la entidad confirmaba la decisión en la que notificó su ocurrencia y el monto de la pérdida.

⁶⁷ “*En caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones adquiridas por el CONTRATISTA, éste se hará acreedor a multas equivalentes al dos por mil (2*1000) diario del valor del contrato*”. Folio 14, cuaderno de pruebas 13.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 52.945. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 23 de febrero de 2012. Exp. 20.810. C.P. Ruth Stella Correa Palacio: “*tampoco se advierte la violación al debido proceso, por cuanto la declaratoria del siniestro de incumplimiento para efectos de hacer efectiva la garantía del contrato, al no tratarse de un procedimiento sancionatorio sino del trámite de reclamación a seguir ante la aseguradora, no requiere del agotamiento de un procedimiento previo, dado que en este evento el contenido y motivación del acto es el que le permitirá a la aseguradora o al contratista ejercer su derecho de defensa, primero ante la administración y posteriormente, si es del caso, ante los jueces*”. Tesis reiterada en la sentencia de la Subsección B del 30 de noviembre de 2017. Exp. 39.825. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

En el expediente está probado que la Aseguradora, luego de la notificación de la Resolución 2181 de 2000, ejerció su derecho de defensa y mediante el recurso de reposición controvertió la imputabilidad del incumplimiento a la Unión Temporal, esto es, la ocurrencia del riesgo amparado por la póliza. Por esa razón, no es cierta la afirmación según la cual se vulneró su derecho de contradicción y defensa.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la decisión de declarar la nulidad de la Resolución 2181 del 4 de diciembre de 2000 –confirmada por la Resolución 2146 de 2001– será revocada.

3.3.4. El problema que atañe a la validez de la decisión de declarar la ocurrencia de los siniestros cubiertos por los amparos de cumplimiento y correcto manejo del anticipo

Como se reseñó antes, la Unión Temporal y la Aseguradora manifestaron varias razones de inconformidad con la decisión del Tribunal de no declarar la nulidad de los artículos 2º a 5º de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001, por medio de los cuales se declaró la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento e incorrecto manejo del anticipo y se hicieron efectivos los amparos por \$1.494'000.000 y \$969'903.603, respectivamente. El primer reparo consiste en que, al anular el artículo 1º de esa Resolución, por medio de la cual se ejerció la facultad excepcional de caducidad, el Tribunal debió hacer lo mismo respecto de los artículos 2º a 5º del acto. Como fundamento de este planteamiento se señaló que la caducidad es *constitutiva* de los siniestros y, por esa razón, declarada la nulidad del artículo 1º contenido de esa decisión, lo mismo debió ocurrir con las demás disposiciones, pues lo accesorio corre la suerte de lo principal.

Básicamente, lo que alega la parte recurrente es que, al haberse anulado la declaratoria de caducidad del contrato, la de ocurrencia de los siniestros de incumplimiento e incorrecto manejo del anticipo carecen de causa que los sustente. La Sala no encuentra de recibo este argumento por las razones que se explican a continuación.

Es cierto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la declaratoria de caducidad es "*constitutiva*" del siniestro de incumplimiento. Sin embargo, ello no supone que ante la ausencia de una declaración de esta naturaleza, la entidad afectada no pueda declarar, como cualquier asegurado, que el riesgo amparado se realizó, aunque, claro está, esa declaración, a diferencia de la de caducidad, no constituye el siniestro.

Ahora bien, en este caso, encuentra la Sala que, pese a la nulidad de la declaratoria de caducidad del contrato –que impide que el siniestro se entienda constituido–, la declaración de ocurrencia de los riesgos amparados pervivió, pues la causa en la que se sustentó tal declaración no se desvirtuó. Al contrario, el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Unión Temporal fue un hecho aceptado por las demandantes. Otra cosa es que se hubiera pretendido

justificar en los incumplimientos de la entidad contratante; sin embargo, no se demostró que el IDU hubiera desconocido sus obligaciones y que el contratista hubiere quedado en incapacidad de cumplir con las suyas. Por este motivo fue que la nulidad de la declaratoria de caducidad del contrato descansó, exclusivamente, en la falta de competencia temporal para hacer esa declaración.

En línea con lo anterior, es necesario precisar que el riesgo que quedó cubierto por la póliza A0023708 fue, en términos generales, el de “*incumplimiento*”⁷⁰, no de forma exclusiva el de caducidad del contrato, pues la Aseguradora no se limitó a amparar el siniestro de incumplimiento que se constituyera a través de un acto administrativo de esa naturaleza. Así las cosas, dadas las condiciones particulares de este caso, no encuentra la Sala que, expulsada del mundo jurídico la declaración de caducidad del contrato, la de ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y correcto manejo del anticipo hubieren quedado sin causa. Basta con recurrir al contenido de los actos en los que se hizo esa declaración para constatar que quedaron debidamente motivadas, en razón de los incumplimientos en los que incurrió la Unión Temporal contratista, los cuales, se insiste, quedaron cubiertos por la póliza de garantía A0023708 y no fueron desvirtuados.

Ahora, la Aseguradora alegó que, en todo caso, el IDU carecía de competencia para declarar la ocurrencia del siniestro de correcto manejo del anticipo, pues la ley no lo facultó para ello y que, declarada la nulidad de la caducidad del contrato, lo mismo debía predicarse respecto de la declaratoria del siniestro de incumplimiento. Este argumento tampoco está llamado a prosperar. En primer lugar, porque según la jurisprudencia imperante al momento en que el IDU hizo esa declaración los artículos 64 y 68.4 y 5 del Código CCA sí facultaban a la administración para hacer esa declaración a través de acto administrativo (la cual, aunque no de manera pacífica, aún se sigue aplicando). En segundo lugar, porque aun si se dejara de lado esa postura jurisprudencial, lo cierto es que, como ya se analizó, las partes pactaron convencionalmente esa facultad.

Resuelto el anterior problema, la Sala procede a resolver los demás cargos que la Unión Temporal y la Aseguradora formularon contra la legalidad de los artículos 2º a 5º de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001.

En primer lugar, el contratista señaló que la Resolución 013 de 2001 violó el artículo 1609 del Código Civil y se motivó falsamente, pues, de un lado, el IDU incumplió sus obligaciones contractuales y, de otro, los precios unitarios cotizados por la Unión Temporal (discriminados en el APU del 9 de marzo de 2000) no remuneraban los costos indirectos de la obra. Este cargo no está llamado a prosperar en consideración a las razones expuestas previamente: el IDU sí cumplió sus obligaciones dinerarias al pagar de modo completo las actas de recibo parcial y los precios unitarios cotizados en la oferta, los cuales fueron discriminados en el APU del 9 de marzo de 2000, debían cubrir el componente de

⁷⁰ Se utiliza la expresión de manera general, pues el amparo que cubre el buen manejo del anticipo también obedece a un incumplimiento de contrato que llevó a que solo pudiera amortizarse un parte de su valor (1.650'000.000).

administración, imprevistos y utilidad, porque así lo dispuso el pliego de condiciones del proceso licitatorio.

En segundo lugar, la Unión Temporal adujo que la Resolución 013 de 2001 violó la Ley 550, pues la decisión declarar la caducidad del contrato y la ocurrencia de los siniestros obstaculizó la celebración del acuerdo de reestructuración que negoció Aguilar y Cía. Este cargo tampoco tiene vocación de prosperar, porque en el proceso está probado que tales decisiones no se adoptaron por “*el hecho de la iniciación de la negociación de un acuerdo reestructuración*”, que es la prohibición expresada en el artículo 15 de la Ley 550 de 1990.

El elemento causal de las decisiones adoptadas por el IDU no fue que el 26 de septiembre de 2000⁷¹ Aguilar y Cía inició negociaciones con sus acreedores para celebrar un acuerdo de reestructuración. Por el contrario, tal y como se indicó en la motivación del acto acusado, las decisiones obedecieron a que el 18 de diciembre de 2000 (casi 3 meses después del inicio de las negociaciones) persistieron los retrasos en la obra y el contratista paralizó su ejecución, lo que condujo a que en la fecha en la que terminó el plazo del contrato no se hubieran completado las intervenciones constructivas⁷².

En tercer lugar, la Unión Temporal adujo que la decisión se motivó falsamente, porque los atrasos se midieron con fundamento en los programas de trabajo e inversión que elaboró con base en el APU presentado el 9 de marzo de 2000, el cual fue presuntamente desconocido por el IDU. Más allá de que, como se explicó antes, el APU del 9 de marzo de 2000 no radicó en el IDU la obligación de pagar el AIU en adición al producto de multiplicar las cantidades realmente ejecutadas por los precios unitarios ofertados y, por tanto, no hubo ningún incumplimiento sobre el particular, lo cierto es que este aspecto de ninguna manera desdice la ocurrencia de los incumplimientos graves por los cuales se declaró la ocurrencia de los siniestros y la caducidad del contrato.

Esta conclusión se funda en una premisa elemental: en la Resolución 013 del 11 de enero de 2001, el IDU constató el cumplimiento y calificó su gravedad con fundamento en un referente objetivo: el día en que finalizó el plazo de ejecución del contrato de obra (18 de diciembre de 2000). En esa fecha, como se indicó antes, se corroboró que el contratista no completó a satisfacción de la entidad la rehabilitación de las vías o, lo que es lo mismo, incumplió su obligación de resultado. Por esa razón, no es cierto que la decisión se haya motivado falsamente en lo que se refiere a la medición de los incumplimientos.

La Aseguradora, por otra parte, adujo que la entidad no tenía la facultad de cuantificar el valor por el cual se hizo efectivo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, como también agregó que éste solo podía tasarse una vez se liquidara el contrato. Al respecto, la Sala debe precisar que, según la tesis jurisprudencial vigente en la fecha que se expidió la Resolución 013 de 2001, la competencia de declarar unilateralmente la ocurrencia de los siniestros

⁷¹ Folio 90, cuaderno de pruebas 3.

⁷² Folio 197 a 201, cuaderno de pruebas.

amparados por la póliza, entre estos el de buen manejo y correcta inversión del anticipo, comprendía la potestad de determinar la cuantía de la pérdida, con independencia de la conformidad de la Aseguradora con dicha tasación⁷³.

Además, al margen de la atribución legal de dicha potestad, lo cierto es que en las condiciones generales de la póliza de seguro (condición 4ª), como parte del procedimiento convencional para la efectividad de la garantía, la Aseguradora estableció que el siniestro se entendería causado con el acto que declarara su realización por parte de la entidad beneficiaria. Así mismo, se convino que la Aseguradora (condición 5ª) pagaría su valor dentro del mes siguiente a la comunicación escrita mediante la cual se remitiera el acto debidamente ejecutoriado⁷⁴. En este contexto, se deduce que el IDU estaba investido de la facultad convencional de cuantificar el valor por el cual se haría efectivo el amparo, pues es consustancial a la reclamación formulada por el beneficiario la cuantificación de la pérdida o el valor del siniestro (C. Co, art. 1077).

En lo que atañe a la cuantificación del valor por el que se hizo efectivo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo (\$969'903.603), la Sala advierte que se fundó en el memorando interno STM4200-014 del 3 de enero de 2001⁷⁵. Revisado el contenido de este documento y cotejado con el acta de recibo parcial de obra No. 8 del 20 de noviembre de 2002, (que fue la última que se firmó antes de la expedición del acto acusado)⁷⁶, la Sala encuentra que la cuantificación se realizó en debida forma. En efecto, según lo establecido en ese documento, de un anticipo total de \$1.650'000.000, la Unión Temporal solo había amortizado un valor de \$680'096.39, cuya diferencia equivale a los \$969'903.603 por los que se hizo efectivo el amparo.

Con todo, como se explicará en el apartado relativo a la liquidación del contrato, la Sala reducirá el saldo pendiente de pago por concepto de anticipo no amortizado en razón de algunas cuentas por pagar del IDU con la Unión Temporal. Por esta razón, al amparo del artículo 170 del CCA⁷⁷, la Sala no anulará el artículo 5º de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001, pero lo modificará para atemperarlo al valor pendiente de amortizar que se determine en la liquidación.

Finalmente, la Aseguradora planteó que el IDU obró con desviación de poder al cuantificar por sí y ante sí el valor por el que hizo efectivo el amparo de cumplimiento (\$1.650'000.000). Adicionalmente, arguyó que en su tasación no se tuvo en cuenta el valor de la cláusula penal pactada en el contrato, la cual, en todo caso, no podía cobrarse en su totalidad por el carácter parcial del incumplimiento.

⁷³ Sobre la reiteración de esta tesis y su evolución en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. Exp. 36.600 A. C.P María Adriana Marín.

⁷⁴ Folios 91 y 92, cuaderno de pruebas 2.

⁷⁵ Folio 204, cuaderno de pruebas 1.

⁷⁶ Folio 166, cuaderno de pruebas 11.

⁷⁷ CCA. Art. 170: *“La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”*.

En relación con la primera parte de este cargo, la Sala reitera las ideas expresadas a propósito de la facultad que tenía el IDU para cuantificar el valor por el cual hizo efectivos los amparos contenidos en la póliza de cumplimiento. Por otra parte, si bien el IDU no hizo explícito que tomó como base la estimación convencional de perjuicios, lo cierto es que su cuantía es idéntica. En efecto, en la cláusula 15ª del contrato se pactó que la Unión Temporal pagaría “a título de estimación anticipada de perjuicios, una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del contrato [5.500'000.000]”, lo cual equivale a \$1.650'000.0000. Por esa razón, la decisión no puede anularse: el valor por el que se hizo efectivo el amparo se ciñó a la tasación anticipada de los perjuicios por el incumplimiento de la Unión Temporal⁷⁸.

Las actas de recibo parcial de obra demuestran, sin embargo, que la Unión Temporal cumplió una parte de la obligación principal (indivisible) de rehabilitar las vías y el IDU las recibió. En este sentido, como puso de presente la Aseguradora, se estructuró el supuesto fáctico previsto en el artículo 1596 del Código Civil, para rebajar proporcionalmente el valor de pena pecuniaria⁷⁹.

No obstante, es importante hacer una precisión adicional sobre el particular. Si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 30%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, pues no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor.

Los aspectos que debe considerar el juez para el efecto, además del principio de proporcionalidad y el criterio auxiliar de la equidad, son principalmente dos: el porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista y si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual. En este caso, las actas mensuales demuestran que el IDU recibió las obras que efectivamente ejecutó la Unión Temporal⁸⁰. En lo que al porcentaje de obra ejecutado concierne, se debe tener en cuenta que es el avance físico –no el avance financiero medido con base en el programa de inversión– el que debe considerarse para tal efecto⁸¹.

⁷⁸ En este sentido, de antiguo la jurisprudencia indicó que la cláusula penal marcaba el límite para el ejercicio de esta atribución unilateral: “cuando se declara la caducidad por incumplimiento o se declara el sólo incumplimiento en los eventos del antecitado artículo 72, la ley presume que se causaron perjuicios por el valor de la cláusula. Y hasta ese valor el acto de caducidad prestará mérito ejecutivo; vale decir, en este campo sólo hasta ese valor irá el poder exorbitante de la administración contratante en materia de perjuicios por incumplimiento. Porque si la administración estima que los perjuicios son superiores al valor de la aludida cláusula tendrá que exigirlos y demostrarlos ante el juez del contrato mediante una acción de responsabilidad contractual y no establecerlos en forma unilateral”. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 1989. Exp. 5253. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Reiterada en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. Exp. 36.600 A. C.P María Adriana Marín.

⁷⁹ Código Civil, art. 1596: “ Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.

⁸⁰ Folios 156 a 169, cuaderno de pruebas 11.

⁸¹ En la motivación del acto acusado se contrastaron, por frente de obra, los avances financieros programados versus los ejecutados. Sin embargo, por la razón indicada, este criterio no se usará para modificar el valor por el que se hizo efectivo el amparo de cumplimiento.

Esto obedece a que, en un contrato de obra a precios unitarios, el valor final del contrato puede variar en función de las cantidades de obra efectivamente ejecutadas y, por tanto, las sumas invertidas no tienen una relación proporcional con el avance físico de la obra.

Sobre este último aspecto, la Sala encuentra relevantes las declaraciones rendidas por el mismo personal de Aguilar y Cía, en las que se aceptó que de 14.3 kilómetros⁸² solo se completaron las intervenciones de 3.4. En este sentido, Leoncio Jauregui (gerente de obra de Aguilar y Cía) indicó: “[f]ue un contrato que se realizó con el IDU para la rehabilitación de aproximadamente 14.3 kilómetros de vía en Bogotá (...) y en su mismo desarrollo prácticamente la rehabilitación se cambió a reconstrucción de las vías involucrando actividades materiales, equipos y recursos humanos no previstos, con la consecuencia de que finalmente solo se intervino aproximadamente 3.4 kilómetros de los 14.3 kilómetros a intervenir en el contrato”⁸³.

El monto por el que se hizo efectivo el amparo de cumplimiento (\$1.650'000.000) se reducirá, entonces, en un porcentaje del 23.77%, porcentaje que resulta de dividir el kilometraje de las vías a intervenir por la longitud efectivamente rehabilitada. Así, al amparo del artículo 170 del CCA, la Sala modificará el artículo 3º de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001 para reducir a \$1.257'795.000 el valor por el que se hizo efectivo el siniestro cubierto por el amparo de cumplimiento.

3.3.5. El problema que concierne a la indemnización de los perjuicios que causó la declaratoria de caducidad del contrato

La inconformidad que expresó Aguilar y Cía frente a la decisión de negar la indemnización de perjuicios por la declaratoria de caducidad del contrato está justificada⁸⁴. El Tribunal señaló que “ninguna de las pruebas obrantes en el proceso siquiera hace mención al quantum que por este concepto debe merecer el actor”; sin embargo, en el expediente reposan 2 dictámenes periciales contables decretados por el *a quo* que versan sobre esta particular materia⁸⁵.

Antes de analizar el mérito demostrativo de esos peritajes, se debe precisar que Aguilar y Cía –integrante de la Unión Temporal responsable de la ejecución de las obras y quien, por tanto, resultó inhabilitada para celebrar contratos con entidades estatales– sufrió un daño. Según lo señalado por la Sala Plena de la Sección

⁸² Esta longitud aparece reflejada en el cuadro del pliego de condiciones en el que se identificaron las vías que debían rehabilitarse (folio 451, cuaderno de pruebas 20).

⁸³ Folio 262, cuaderno de pruebas 23. El testimonio que dio Vladimir Adolfo Rubiano, ingeniero residente de obra vinculado a Aguilar y Cía, es concordante en este punto. Dijo el testigo: “con el presupuesto que estableció el IDU para el desarrollo de la rehabilitación de los 14 kilómetros previstos inicialmente y soportados sobre los diseños que nos entregaron (...) se pudo llevar a cabo la ejecución de más o menos 3.5 kilómetros, lo anterior debido a las realidades encontradas en el frente” (folio 265, cuaderno de pruebas 23).

⁸⁴ Como se indicó antes (párr. 1.3.1 *supra*), la demandante pidió que la indemnización de perjuicios se ordene exclusivamente a favor de Aguilar y Cía, porque este fue el integrante de la Unión Temporal que se responsabilizó por la ejecución de las obras y quien, por tanto, soportó la inhabilitación. Este hecho se encuentra probado, ya que en el acuerdo de unión temporal celebrado entre TNM Limited y Aguilar y Cía se estipuló que la primera actuaría como consultora de la evaluación y los diseños, mientras que la segunda lo haría como constructora de las obras (Folio 6, cuaderno de pruebas 3)

⁸⁵ Cuadernos de pruebas No. 29 y 33. El dictamen técnico elaborado por Jairo Enrique Rubiano tiene por objeto aspectos diferentes a los perjuicios que habría sufrido Aguilar y Cía por la declaratoria de caducidad.

Tercera⁸⁶, criterio que ha sido reiterado por la Subsección⁸⁷, la declaratoria de caducidad viciada de nulidad conlleva una pérdida de oportunidad, un daño jurídicamente relevante, que se deriva directamente de la inhabilidad prevista en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, la cual impide al afectado contratar con las entidades estatales y obtener un provecho económico por ello⁸⁸.

En este caso, el daño es cierto porque está probado que Aguilar y Cía celebraba contratos de obra con entidades estatales en el giro ordinario de sus negocios. Así, en los anexos de la propuesta de la Unión Temporal número 3.2 –experiencia específica en construcción– y 4.2 –información sobre contratos vigentes en construcción–, se relacionaron varios contratos celebrados entre 1993 y 1999 por Aguilar y Cía con entidades como el IDU, la Gobernación de Cundinamarca, el INVÍAS y municipios del Huila⁸⁹.

Establecido lo anterior, se procede a analizar el mérito probatorio de los dictámenes contables que no fueron valorados por el Tribunal, cuyo objeto es, básicamente, la cuantía de los perjuicios que reclamó Aguilar y Cía: (i) la utilidad que dejó de reportar al no ejecutar contratos estatales por espacio de 5 años, (ii) la utilidad que dejó de percibir al no completar las obras del contrato con el IDU y (iii) la afectación a su *good will*.

Un primer dictamen que trató el asunto fue elaborado por la contadora Ruby Marcela Cuellar⁹⁰. En la respuesta a una pregunta formulada por la apoderada de Aguilar y Cía sobre “los efectos del contrato 804 de 1.999 en las finanzas del contratista”, la perito señaló que la “caducidad del contrato conllevó a que Aguilar Construcciones S.A. no pudiese ejecutar en adelante contrato alguno con entidades estatales, dada la inhabilidad decretada”. A renglón seguido, la experta registró el valor total de los ingresos operacionales de los años 1995 a 2000 y calculó su promedio en 12.666’568.457 a precios de diciembre de 2007, “que sería el valor que definitivamente habría estado perdiendo la compañía”. Este ejercicio pericial no reúne los atributos de firmeza, precisión y calidad necesarios para otorgarle mérito probatorio⁹¹.

En primer lugar, la experta no analizó la composición de los ingresos operacionales de Aguilar y Cía, es decir, no estableció cuáles eran imputables a la ejecución de contratos estatales y cuáles no. Esta omisión socava los fundamentos del dictamen, pues únicamente los ingresos asociados

⁸⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Exp. 15.024. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Consideración jurídica No. 23.

⁸⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de agosto de 2017. Exp. 52.920. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁸⁸ Ley 80 de 1993, art. 8 (versión previa a la reforma de la Ley 1150 de 2007): “1º Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad (...) as inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad”.

⁸⁹ A esto cabe agregar que en el informe de evaluación final de evaluación, el IDU validó esta experiencia y concedió a la Unión Temporal el máximo puntaje previsto en los pliegos de condiciones para estos factores de evaluación (Folio 112, cuaderno de pruebas 2).

⁹⁰ Folios 1 a 36, cuaderno de pruebas 33.

⁹¹ En memorial del 26 de febrero de 2009 (folios 1 a 29, cuaderno principal 3), el IDU objetó por error grave las respuestas que la perito dio a otras preguntas que le formuló la demandante. Sin embargo, este aspecto del dictamen, que se basó en las cifras registradas en los estados financieros de Aguilar y Cía, no fue objetado.

contablemente a la ejecución de contratos estatales pueden tenerse en cuenta para cuantificar el perjuicio, ya que la declaratoria de caducidad no implica una *capitis deminutio* para celebrar contratos civiles o comerciales⁹².

En segundo lugar, porque equiparó la ganancia que dejó de reportar Aguilar y Cía al promedio de los ingresos operacionales de la empresa. Esta equiparación desconoce el principio de asociación contable previsto en el artículo 13 del Decreto 2649 de 1993⁹³, según el cual, para la determinación de los resultados de un ente económico (utilidades o pérdidas), se deben tener en cuenta los “*ingresos devengados en cada período y los costos y gastos incurridos para producir tales ingresos*”. La perito asumió que el promedio del 100% de los ingresos operacionales que se causaron entre 1995 y 2000 equivalía a la utilidad que dejó de percibir Aguilar y Cía, como si la ejecución de un contrato no implicara asumir costos y gastos.

El segundo dictamen que versó sobre la materia fue elaborado por la contadora Nubia Belén Moreno⁹⁴. La perito siguió las pautas que le trazó Aguilar y Cía en el cuestionario: (i) con base en los anexos de la oferta de la Unión Temporal, identificó los “*contratos administrativos*” celebrados por esa sociedad en los años 1995 a 2000; (ii) cuantificó año a año los ingresos, costos y gastos operacionales imputables a tales contratos; (iii) calculó la utilidad o pérdida operacional de cada año; (iv) definió la utilidad anual promedio (127'825.187); y (v), actualizó su valor para luego multiplicarlo por los 5 años que transcurrieron entre 2001 y 2005 (duración de la inhabilidad), lo cual arrojó una cifra de \$1.027'430.082 a precios de abril de 2005 (\$1.927'637.201 a valor presente).

Del contenido de este dictamen se debe destacar que la perito promedió las utilidades operacionales que Aguilar y Cía obtuvo en los periodos 1995, 1996 y 1997 (\$419'607.000, 675'080.000 y 1.217'427.000) con las pérdidas que se registraron en los ejercicios de 1998, 1999 y 2000 (-65'829.000, -\$993'770.000 y -458'565.193). En otras palabras, para calcular la utilidad anual promedio de los años 1995 a 2000, la perito no asumió que todos los contratos le reportaron ganancias a Aguilar y Cía, sino que tuvo en cuenta los resultados contables reales. La parte demandante –que pidió que se calculara el perjuicio de esta manera– no formuló objeciones al peritaje.

El raciocinio de la perito es de recibo para la Sala. En efecto, aunque en algunas decisiones el perjuicio se ha calculado (i) multiplicando el porcentaje de utilidad esperada en el contrato caducado por el valor total de los contratos celebrados en

⁹² En el expediente está acreditado que los ingresos operacionales de Aguilar y Cía también provenían de contratos de obra celebrados con personas jurídicas de derecho privado (Folios 44 a 58, cuaderno de pruebas 29).

⁹³ El Decreto 2649 de 1993, vigente a la sazón, establecía que “[s]e deben asociar con los ingresos devengados en cada período los costos y gastos incurridos para producir tales ingresos, registrando unos y otros simultáneamente en las cuentas de resultados”.

⁹⁴ Cuaderno de pruebas número 29. Este fue el dictamen pericial que versó directamente sobre la cuantificación de los perjuicios que sufrió Aguilar y Cía. El otro peritaje al que se hizo referencia, elaborado por la contadora Ruby Marcela Cuellar, solo mencionó marginalmente este tema al responder la pregunta relacionada con “*los efectos del contrato 804 de 1999 en las finanzas del contratista*”. La respuesta que la perito Cuellar dio a esta pregunta se transcribió en el recurso de apelación como sustento de la pretensión indemnizatoria; por esa razón, se analiza el contenido de los dos dictámenes.

los 5 años anteriores a la declaratoria de caducidad, (ii) promediando las utilidades anuales así calculadas y (iii) multiplicando el valor promedio por el término de duración de la inhabilidad⁹⁵, la Corporación también ha precisado que la valoración del perjuicio debe consultar las particularidades de cada caso para evitar la indemnización de daños meramente eventuales e hipotéticos⁹⁶.

En este caso, está probado que Aguilar y Cía, en los 3 años anteriores a la declaratoria de caducidad (1998 a 2000), reportó pérdidas operacionales en la ejecución de los contratos que la perito tuvo en cuenta para calcular el perjuicio indemnizable. Por esta razón, para determinar el promedio de los resultados obtenidos en el lapso comprendido entre 1996 y 2000, no es procedente asumir que en todos esos años se generaron utilidades. Esto implicaría cuantificar el daño sobre la base de una conjetura, consistente en que entre 1998 y el 2000 se generaron utilidades por la ejecución de los contratos, no obstante que los estados financieros y el dictamen contable prueban lo contrario. Implicaría, además, que la cuantía del perjuicio se dedujera prescindiendo de los elementos de juicio que dan certeza sobre la real extensión del daño y las condiciones personales del perjudicado.

Ahora, a pesar de que en el punto señalado las premisas del dictamen resultan aceptables, las conclusiones son equivocadas. Como lo indicó el IDU⁹⁷, la perito incluyó en el cálculo de los resultados de 1996 a 2000 los registros de ingresos, costos y gastos asociados a contratos estatales, pero también a algunas operaciones mercantiles celebradas con Pavimentos de Colombia S.A., Conalvias S.A. y Concesión Sabana de Occidente S.A.⁹⁸. La inclusión de estos registros constituye una equivocación, porque, como se indicó antes, la declaratoria de caducidad no implica una merma en la capacidad jurídica de Aguilar y Cía para celebrar negocios civiles o comerciales, razón por la cual estos registros contables no podían considerarse para promediar la utilidad. Este error es grave, pues, de no haberse presentado, el valor promedio de la ganancia que calculó para el periodo 1996 a 2000 habría sido diferente⁹⁹. La Sala declarará probada, entonces, la objeción por error grave formulada por el IDU.

En razón de lo anterior, para valorar las ganancias que la demandante perdió la oportunidad de obtener, se seguirá la siguiente metodología: (i) con base en el

⁹⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Exp. 32.906A. C.P Stella Conto Díaz.

⁹⁶ *"Sin embargo, tampoco puede desconocerse que, en principio, no existe sustento real alguno que permita al juez considerar o suponer que en situaciones normales y dada la contratación anterior con el sector público, el contratista perjudicado, al que se le declaró ilegalmente la caducidad de su contrato e injustamente se le inhabilitó temporalmente para realizar negocios jurídicos con entidades públicas, no habría logrado percibir una utilidad equivalente al 100% de la ya presentada, a menos, claro está, que en el caso concreto pudiera determinarse que esa forma y monto de valorar el perjuicio resulte desproporcionada e inequitativa frente a precisas circunstancias probadas dentro del proceso que se le pudieran predicar al contratista o por los riesgos derivados de la actividad que ejerce y de todo lo cual se dedujera la imposibilidad o dificultad para obtener o alcanzar el total de dicha ganancia"*. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Exp. 17.031. C.P Ruth Stella Correa Palacio.

⁹⁷ Folio 590, cuaderno principal 2.

⁹⁸ Folios 7 a 12, cuaderno de pruebas 29.

⁹⁹ El error grave *"es aquel que de no haberse presentado, otra habría sido la solución o el sentido del dictamen, por haber recaído éste sobre materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia o cuando el perito dictamina en sentido contrario a la realidad y de esa manera altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado"*. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 25 de agosto de 2011. Exp. 14.461. C.P Danilo Rojas Betancourth.

anexo 3.2 de la oferta de la Unión Temporal se identificará el valor total que Aguilar y Cía facturó en los años 1996 y 1997 por la ejecución de contratos estatales¹⁰⁰; (ii) al valor facturado en el año 1996 se le aplicará un porcentaje equivalente al margen de utilidad operativa de ese ejercicio contable y este cálculo se replicará para el año 1997, con lo cual se obtendrá la utilidad operacional de ambos años; (iii) el valor resultante de sumar la utilidad de 1996 y 1997 se dividirá entre 5 años, pues en los otros 3 años (1998, 1999 y 2000) Aguilar y Cía reportó pérdidas¹⁰¹, esto es, \$0 de utilidades¹⁰²; (iv) finalmente, la utilidad promedio se multiplicará por los 5 años de duración de la inhabilidad para establecer la cuantía del perjuicio indemnizable.

(i) Valor total de los ingresos facturados en los años 1996 y 1997

1996 ¹⁰³			
Entidad contratante	Contrato	Objeto	Valor total facturado (diciembre 1996)
Instituto Nacional de Vías	Contrato de obra 447	Construcción y diseño del puente sobre el Río Bogotá	\$534'308.897
UEA Aeronáutica Civil	Contrato 193-OP	Mejoramiento de la subrasante de la calle de rodaje paralela alfa del aeropuerto El Dorado	\$34'694.579
Total a diciembre de 1996:			\$569'003.476
Total actualizado a la fecha ejecutoria de la Resolución 013 de 2000 ¹⁰⁴ :			\$1.007'342.126.

1997 ¹⁰⁵			
Entidad contratante	Contrato	Objeto	Valor total facturado (diciembre 1997)

¹⁰⁰ Para la valoración del perjuicio se computarán los ingresos facturados anualmente a las entidades estatales, pues varios contratos tuvieron un plazo de ejecución de 2 o más años y, por ende, los ingresos se causaron en diversos ejercicios contables. Teniendo en cuenta que en los años 1998 a 2000 se reportaron pérdidas operacionales, no se computarán los ingresos asociados a contratos celebrados entre 1996 y 1997 que se facturaron entre 1998 y 2000. En contraste, sí se computarán los ingresos realizados en los periodos contables de 1996 y 1997.

¹⁰¹ Según estados de pérdidas y ganancias de Aguilar y Cía (folios 14, 15, 19 y 22 del cuaderno de pruebas 34).

¹⁰² La Sala estima procedente no sumar el resultado operacional de los ejercicios contables de 1998, 1999 y 2000 (es decir, asumir un valor de 0). De esta manera, no se parte de la base que se generaron utilidades (pues la prueba pericial demuestra lo contrario), pero tampoco se castiga al contratista promediando las pérdidas operacionales, pues, en el fondo, esto implica asumir que en los años que duró la inhabilidad la explotación de la empresa arrojaría resultados negativos.

¹⁰³ En el anexo 3.2 se informó un valor facturado en 1996 de \$3.482'006.758 al "Instituto Nacional de Concesiones – Concesión Sabana de Occidente S.A."; no obstante, según la cuenta 41 (ingresos operacionales) del libro auxiliar, los valores no se recibieron de la entidad pública concedente, sino de sociedad comercial Concesión Sabana de Occidente S.A (folio 94, cuaderno de pruebas 29). Por lo tanto, este registro no se incluyó en el cálculo del perjuicio indemnizable.

¹⁰⁴ La Resolución 013 del 11 de enero de 2001 quedó ejecutoriada el 18 de enero de 2002 (folio 178, cuaderno de pruebas 1), esto es, el día siguiente a la notificación de la Resolución 3781 del 24 de diciembre de 2001 que resolvió los recursos de reposición contra la primera. Para la actualización del valor total facturado en 1996 se usó un factor de ajuste de 1,7703619. IPC final: 46,95 (enero de 2002); IPC inicial (diciembre de 1996): 26,52.

¹⁰⁵ En el anexo 3.2 se informó un valor facturado en 1997 de \$5.301'228.037 en el marco del contrato de concesión para la reconstrucción, operación y mantenimiento de la vía Chía-Mosquera-Girardot; no obstante, según en la cuenta 41301002 (ingresos operacionales) del libro auxiliar, los valores no se recibieron de la entidad pública concedente (Departamento de Cundinamarca), sino de la sociedad comercial concesionaria Devisab S.A (folio 99, cuaderno de pruebas 29). Por lo tanto, este registro no se incluyó en el cálculo del perjuicio indemnizable.

Alcaldía de Pitalito – Huila	Contrato 001-97	Construcción y diseño del puente vehicular en la vía circunvalar sobre el río guarapas	\$591'811.957
UEA Aeronáutica Civil	Contrato 193-OP	Mejoramiento de la subrasante de la calle de rodaje paralela alfa del aeropuerto El Dorado	\$104'083.737
UEA Aeronáutica Civil	Contrato 132-OP	Mantenimiento de la pista del aeropuerto El Dorado mediante fresado y pavimento	\$50'647.080
Instituto de Desarrollo Urbano	Contrato 042/97	Construcción de dos pontones en el canal San Cristóbal entre la autopista sur y la avenida batallón caldas	\$351'533.206
Instituto Nacional de Vías	Contrato 690-97	Administración vial y mantenimiento integral de la carretera Girardot – Bogotá entre el K-0 y el K-60	\$1.624'711.845
Total a diciembre de 1997:			\$2.722'787.825
Total actualizado fecha ejecutoria de la Resolución 013 de 2000:			\$4.095'959.256 ¹⁰⁶

(ii) Margen de utilidad operacional sobre los ingresos facturados a entidades estatales en 1996 y 1997

Año	Valor facturado actualizado a la fecha de ejecutoria del acto de caducidad	Margen de utilidad operacional ¹⁰⁷	Utilidad sobre valor facturado
1996	\$1.007'342.126.	11,8887% ¹⁰⁸	\$119'741.327
1997	\$4.095'959.256	10,9036% ¹⁰⁹	\$446'606.595.
Utilidad total años 1996 y 1997			\$566'347.923

(iii) Utilidad promedio de los 5 años previos a la declaratoria de caducidad

Utilidad promedio anual (1996-2000)	\$566'347.923 / 5 (años previos a la declaratoria de caducidad).
Utilidad promedio anual (1996-2000)	\$113'269.584.

(iv) Cuantía del perjuicio (pérdida de oportunidad indemnizable)

Pérdida de oportunidad del año 1 de inhabilidad (enero de 2002 a enero de 2003) actualizada a enero de 2021	\$237'929.030 = (\$113'269.584 * [105.91/50.42])
Pérdida de oportunidad del año 2 de inhabilidad (enero de 2003 a enero de 2004) actualizada a enero de 2021	\$224'063.909 = (\$113'269.584 * [105.91/53.54])
Pérdida de oportunidad del año 3 de inhabilidad (enero de 2004 a enero de 2005) actualizada a enero de 2021	\$212'513.404 = (\$113'269.584 * [105.91/56.45])
Pérdida de oportunidad del año 4 de	\$203'259.601 = (\$113'269.584 * [105.91/59.36])

¹⁰⁶ Para la actualización del valor total facturado en 1997 se usó un factor de ajuste de 1,504325. IPC final: 46,95 (enero de 2002); IPC inicial (diciembre de 1997): 31,21.

¹⁰⁷ En el anexo 3 del dictamen (libros auxiliares por centros de costos) se agruparon los ingresos imputables a los distintos contratos celebrados por Aguilar y Cía. Sin embargo, los débitos de varias partidas de costos (por ejemplo, costos de nómina) no permiten distinguir si son atribuibles a contratos estatales o a contratos de derecho privado. Por esta razón, el margen de utilidad operacional se calculó globalmente. Se debe precisar que su porcentaje es similar a la utilidad estimada (10%) que el Consejo de Estado, con base en el criterio de equidad, ha aplicado en casos análogos. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 11 de junio de 2015. Exp. 32.438. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁰⁸ Según el dictamen pericial elaborado por Nubia Belén Moreno, en el año 1996 Aguilar y Cía tuvo ingresos operacionales totales por \$5.679'209.724 y una utilidad operacional de \$675'079.593. El margen es, por tanto, del 11,89%.

¹⁰⁹ Según el dictamen pericial, en el año 1997 Aguilar y Cía tuvo ingresos operacionales totales por \$11.165'385.895 y una utilidad operacional de \$1.217'427.878. El margen es, por tanto, del 10,9%.

inhabilidad (enero de 2005 a enero de 2006) actualizada a enero de 2021	[105.91/59.02])
Pérdida de oportunidad del año 5 de inhabilidad (enero de 2006 a enero de 2007) actualizada a enero de 2021	\$194'116.208 = (\$113'269.584 * [105.91/61.80])
Perjuicio indemnizable total calculado a la fecha de la sentencia de segunda instancia (enero 2021)	\$1.071'882.155¹¹⁰.

El valor de las ganancias que Aguilar y Cía perdió la oportunidad de obtener es de \$1.071'882.155. Para calcular este valor no se liquidaron intereses moratorios, porque el acto administrativo que declaró la caducidad se presume legal hasta la ejecutoria de la sentencia que declara su nulidad, y solo entonces nace la obligación de reparar el daño¹¹¹. En lo que atañe a los demás perjuicios reclamados por Aguilar y Cía –el beneficio que dejó de percibir al no completar las obras del contrato 804 de 1999 y la afectación a su *good will*–, se negará su indemnización por las razones que se pasan a explicar.

La utilidad que Aguilar y Cía dejó de percibir por no completar las actividades de rehabilitación del contrato 804 de 1999 no es un perjuicio indemnizable, porque (i) la caducidad se declaró en enero de 2001, después del vencimiento del plazo de ejecución –18 de diciembre de 2000–¹¹², y (ii) porque está probado que el contratista no terminó las obras en ese término por hechos exclusivamente atribuibles a él¹¹³.

Según los informes rendidos por el interventor, antes de que feneciera el plazo de ejecución del contrato, las obras presentaban un retraso del 48,5%¹¹⁴. Este retardo no podía excusarse con fundamento en los incumplimientos que el contratista le endilgó al IDU, ya que los mismos no se produjeron (secciones 3.3.1 y 3.3.2 *supra*). Tampoco era justificable por la supuesta alteración del equilibrio económico que se produjo debido a la mayor onerosidad sobrevenida en el cumplimiento de sus prestaciones. Como se verá más adelante, el equilibrio financiero no se alteró

¹¹⁰ Como se sigue del cuadro, para actualizar la utilidad que se dejó de reportar por cada año, se tomó como IPC final el de enero de 2021 (105,91) y como IPC's iniciales los de enero de cada uno de los 5 años que duró la inhabilidad (2003: 50,42; 2004: 53,54; 2005: 56,45; 2006: 59,02; y 2007: 61,80).

¹¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Exp. 15.024. C.P Danilo Rojas Betancourth. Consideración jurídica No. 21.4

¹¹² El plazo de ejecución del contrato, pactado inicialmente en 7 meses contados a partir de la fecha de inicio, se prorrogó por 3 meses en el adicional No. 2 del 15 de septiembre de 2000 (folio 42, cuaderno de pruebas 2). La orden de inicio se impartió el 18 de febrero de 2000; por lo tanto, el plazo de ejecución venció el 18 de diciembre del 2000.

¹¹³ En lo relativo a los efectos del plazo en la ejecución de contratos estatales se ha dicho: "*Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario*". Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Exp. 15.024. C.P Danilo Rojas Betancourth. Consideración jurídica No. 14.10.

¹¹⁴ Según la comunicación de la Interventoría 116323 del 28 de noviembre de 2000, citada en la motivación de la Resolución 013 de 2001, en esa fecha las obras presentaban un atraso acumulado del 48.5% (folio 240, cuaderno de pruebas 24). Más aún, según el informe de la Interventoría del 19 de diciembre de 2000, desde el 3 de diciembre del mismo año, la Unión Temporal paralizó la ejecución de las obras y abandonó su ejecución (Folio 244, cuaderno de pruebas 24). Estos hechos no fueron controvertidos en los recursos de reposición interpuestos por la Aseguradora y la Unión Temporal (474 – 531, cuaderno de pruebas 11), quienes se limitaron a invocar la excepción de contrato no cumplido. De hecho, en el dictamen de Nubia Belén Moreno, que la Unión Temporal adujo como prueba de este perjuicio, se ratificó que "*el porcentaje de obra ejecutada para 3.5 km de rehabilitación de vía, al 9 de enero de 2001, fue de 44.42%*" (Folio 20, cuaderno de pruebas 29).

y, además, esta situación, a diferencia de la fuerza mayor, no libera al deudor del cumplimiento oportuno de sus obligaciones¹¹⁵. Por lo tanto, Aguilar y Cía no puede reclamar el provecho que dejó de reportar por prestaciones que no cumplió en la forma y los tiempos debidos: esto equivale a alegar la propia culpa en su favor.

En lo que concierne al perjuicio por la afectación del *good will*, no reposa ninguna prueba en el expediente que lo acredite. Ni los peritajes decretados a petición de la demandante ni los testimonios de las personas que estuvieron vinculadas a la Unión Temporal demuestran cuál fue el daño que se generó sobre ese activo intangible, y mucho menos brindan elementos para mensurar la extensión del perjuicio.

De acuerdo con lo anterior, la sentencia del Tribunal será modificada para ordenar la indemnización de las utilidades que Aguilar y Cía perdió la oportunidad de reportar en el periodo por el que duró la inhabilidad. Sin embargo, no se accederá a la indemnización de las demás partidas indemnizatorias reclamadas por la declaratoria de caducidad del contrato.

3.3.6. El problema relativo a la alteración del equilibrio financiero del contrato

La inconformidad que la Unión Temporal expresó frente a la decisión de negar las pretensiones sobre el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato es válida. El Tribunal afirmó que los dictámenes periciales solo contienen referencias conceptuales frente a las diferencias entre las intervenciones de rehabilitación y reconstrucción. Sin embargo, esta aseveración no es correcta: en el peritaje técnico del ingeniero Jairo Enrique Rubiano¹¹⁶ se estudiaron por frente e ítems de obra los hechos que repercutieron en la ejecución del contrato y en el dictamen contable de Ruby Marcela Cuellar¹¹⁷ se cuantificaron los mayores costos que habrían causado tales hechos. Por lo tanto, las pretensiones no podían negarse con base en el argumento que adujo el Tribunal. Preciado lo anterior, se procede a analizar si la equivalencia entre derechos y obligaciones surgida al momento de contratar se alteró por causas imprevisibles y no imputables a la Unión Temporal.

El planteamiento en el que se soportan las pretensiones del contratista es, en resumen, el siguiente¹¹⁸: (i) la Unión Temporal celebró el contrato bajo el supuesto de que las intervenciones serían superficiales. (ii) Sin embargo, en la ejecución del proyecto, se encontró que la capacidad portante de los terrenos era baja. Por esa razón, la Unión Temporal tuvo que realizar excavaciones profundas en distintos

¹¹⁵ En este sentido, la Corporación ha señalado: “*En tales condiciones, se tiene que la fuerza mayor justifica la inexecución del contrato y no determina indemnización o compensación alguna en beneficio de la parte contratante, la cual queda eximida de responsabilidad a pesar de haber incumplido el contrato; en tanto que la teoría de la imprevisión no justifica la inexecución del contrato, se aplica cuando el contrato se ha ejecutado con la alteración de su ecuación económica y da derecho a que el contratista obtenga el restablecimiento mediante la compensación correspondiente*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 11 de septiembre de 2003. Exp. 14.781.

¹¹⁶ Folios 1 a 84, cuaderno de pruebas 31.

¹¹⁷ Folios 1 a 47, cuaderno de pruebas 33.

¹¹⁸ La fundamentación técnica de la reclamación por la ruptura del equilibrio financiero del contrato se expuso en el derecho de petición con radicado interno 61465 del 26 de julio de 2001 (folios 109 a 129, cuaderno de pruebas 22). El contenido de esta petición se reprodujo en el capítulo VII de la demanda de la Unión Temporal.

frentes de trabajo; colocar una mayor cantidad de piedra tipo rajón; ejecutar ítems no previstos, como la red de alcantarillado en el frente Villa Gloria; en fin, en vez de “rehabilitar” las vías tuvo que “reconstruirlas”. (iii) Adicionalmente, debido a la baja capacidad portante del terreno, se incrementó significativamente la utilización de pavimento rígido (placa de concreto hidráulico), a pesar de que se previó inicialmente un mayor uso de pavimento flexible (asfalto). (iv) Estos hechos alteraron la economía del contrato: por un lado, generaron mayores costos directos y gastos administrativos y, por otro, provocaron una merma patrimonial por la subutilización de la maquinaria.

Aunque el argumento que adujo el *a quo* para negar estas pretensiones no es correcto, la Sala confirmará esa decisión, pero por las razones que se pasan a explicar.

El derecho a que se mantenga el equilibrio económico del contrato estatal¹¹⁹ —el cual no constituye un seguro contra pérdidas— se justifica en la medida que el contratista soporta la obligación de prestar el servicio o ejecutar la obra en forma continua e ininterrumpida, en atención al interés público que persiguen los contratos estatales¹²⁰. La continuidad del contrato es, pues, un presupuesto para solicitar compensaciones por la mayor onerosidad sobrevenida: el contratista no puede paralizar la construcción de la obra, suspender la prestación del servicio, porque se incrementan los costos para cumplir sus prestaciones, salvo, claro está, que las circunstancias extraordinarias lo coloquen en una situación de imposibilidad de cumplimiento, caso en el cual los hechos se desplazan al terreno de la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad¹²¹.

Al lado de esta consideración, en este caso se debe tener en cuenta que, por la modalidad de pago convenida por las partes, los costos que generaron las excavaciones del terreno y la colocación de pavimento rígido fueron asumidos por la entidad contratante. La razón es simple: en un contrato a precios unitarios, el dueño de la obra asume el riesgo de los mayores costos que se causen por la variación de las cantidades inicialmente estimadas, ya que debe pagar el producto de las cantidades efectivamente ejecutadas por los precios unitarios cotizados por el contratista. Así, en el acta de obra No. 9 —la cual contiene un balance de las cantidades acumuladas al 9 de enero de 2001¹²²—, se reportó que el IDU le pagó a la Unión Temporal todas las cantidades de obra de los capítulos de excavaciones

¹¹⁹ Ley 80 de 1993, arts. 5.1 y 27.

¹²⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Exp. 15.119. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹²¹ La jurisprudencia de la Sección ha dicho sobre el particular: “la decisión sobre la existencia o no del rompimiento del equilibrio económico del contrato, era inescindible de la resolución de las excepciones de incumplimiento contractual aducidas por la parte convocada, puesto que, lo que se decidiera en relación con éstas, tenía una incidencia directa y definitiva en lo que se resolviera respecto de la afectación de la ecuación contractual”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de septiembre de 2019. Exp. 62.027. C.P. María Adriana Marín. El mismo sentido, la doctrina plantea: “El sentido y la finalidad de la teoría de la imprevisión (causa de alternación del equilibrio financiero) de asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos, impone que ante una grave onerosidad sobrevenida como consecuencia de un fenómeno extraordinario e imprevisible, el contratista no puede suspender o paralizar la construcción de las obras, la explotación de los servicios, o la entrega de los suministros”. Escobar Gil, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis, 1999, p. 572.

¹²² Folios 69 a 72, cuaderno de pruebas 11

(ítems 1.1. a 1.5), estructura de pavimentos en concreto (ítems 6.1 a 6.8) y el material tipo rajón que se utilizó en la estabilización de las bases (ítem 3.6).

Pues bien, en el expediente no está probado que la profundidad de las excavaciones y el incremento de las cantidades de pavimento rígido constituyeran un hecho irresistible que incidieran en la continuidad del contrato, esto es, que imposibilitara la realización del objeto pactado. En contraste, está demostrado que el contratista no cumplió su obligación de resultado, consistente en intervenir los 14,3 kilómetros de vía. Al lado de los documentos que demuestran que el IDU debió contratar la terminación de los trabajos que dejó inconclusos el contratista¹²³, este hecho se infiere del testimonio de Leoncio Jauregui (gerente de obra de Aguilar y Cía): *“[f]ue un contrato que se realizó con el IDU para la rehabilitación de aproximadamente 14.3 kilómetros de vía en Bogotá (...) y en su mismo desarrollo prácticamente la rehabilitación se cambió a reconstrucción de las vías involucrando actividades materiales, equipos y recursos humanos no previstos, con la consecuencia de que finalmente solo se intervino aproximadamente 3.4 kilómetros de los 14.3 kilómetros a intervenir en el contrato”*¹²⁴.

En conclusión, el contratista no dio continuidad a las obras, sino que intervino solo una parte de las vías alegando un cambio de circunstancias, a pesar de que, por la modalidad de pago convenida, las cantidades de obra que ejecutó le fueron pagadas en su totalidad, incluido el AIU (cap. 3.1.1. *supra*), y lo mismo debía pasar con las demás que fueran necesarias para terminar el objeto pactado. Por esa razón, no puede declararse la alteración del equilibrio financiero del contrato 804 de 1999.

Adicionalmente, en el expediente no está probado que las condenas solicitadas en la demanda en relación con (i) los menores ingresos percibidos por la subutilización de maquinaria, (ii) los mayores gastos administrativos y (iii) los mayores costos de las actividades de corte, precorte y relleno en concreto, obedezcan a situaciones imprevisibles y ajenas al contratista.

En lo relativo a los ingresos que no se percibieron *“por el menor uso de maquinaria especializada”* y *“por la [menor] ejecución de la rodadura y las mezclas asfálticas”*, la Unión Temporal fundó su reclamación en que el porcentaje de utilización de placas de pavimento en concreto (ítem 6.1) tuvo un significativo incremento porcentual: mientras que en el capítulo de pavimentación del pliego de condiciones se estimó en un 24,5%, en los 3.4 kilómetros que efectivamente se

¹²³ En la comunicación 037860 del 30 de abril de 2001, el IDU respondió una petición de la EAAB y le informó que la Dirección Técnica de la entidad inició los procesos de contratación de las actividades de mitigación necesarias para reducir *“la incomodidad que presentar las vías sin concluir a la comunidad”* (Folio 66, cuaderno de pruebas 19). En el expediente también obra el concepto de conveniencia para licitar las obras de mitigación, en el cual se relacionaron las afectaciones al comercio local, la contaminación del sistema de alcantarillado y los problemas de salubridad que se generaron por el desprendimiento de material particulado de las vías (folios 108 a 111, cuaderno de pruebas 19).

¹²⁴ Folio 262, cuaderno de pruebas 23. El testimonio que dio Vladimir Adolfo Rubiano, ingeniero residente de obra vinculado a Aguilar y Cía, es concordante en este punto. Dijo el testigo: *“con el presupuesto que estableció el IDU para el desarrollo de la rehabilitación de los 14 kilómetros previstos inicialmente y soportados sobre los diseños que nos entregaron (...) se pudo llevar a cabo la ejecución de más o menos 3.5 kilómetros, lo anterior debido a las realidades encontradas en el frente”* (folio 265, cuaderno de pruebas 23).

intervinieron ascendió a un 70%. Este hecho, según se adujo en la demanda, impidió que se cumplieran las producciones esperadas de una maquina fresadora (Wirtgen 2100 DCR) y de una planta de asfalto. No obstante, esta reclamación no es aceptable debido a que la situación que originó las mayores cantidades de pavimentos en concreto –que el IDU pagó con el valor unitario cotizado– no fue imprevisible ni ajena a la Unión Temporal.

En el dictamen técnico elaborado por Jairo Enrique Rubiano, que no fue objetado por la demandante, se concluyó que el “*informe de auscultación para mejoramiento de la malla vial*”¹²⁵ –en el cual se sugirieron soluciones en pavimento flexible para algunos tramos– no era un diseño impuesto por el IDU al contratista, sino un diagnóstico de prefactibilidad con base en el cual se calculó el presupuesto oficial del proceso licitatorio. Con base en ello, el perito indicó que la utilización de pavimentos rígidos o flexibles no la definía el IDU, sino el propio contratista¹²⁶. La Sala comparte esta conclusión del experto, pues es consistente con las cláusulas 3ª y 9ª del contrato, en las que se estableció que en el primer mes del plazo de ejecución –el cual precedía la ejecución de las obras–, la Unión Temporal debía “*elaborar los diseños geométricos, estudios de suelos, estudios de tránsito (...) y evaluación de pavimentos rígido y flexible y, en caso de requerirse, realizar el nuevo diseño estructural*” (Énfasis agregado).

A lo anterior se suma que las actas de seguimiento de obra¹²⁷, en las que el perito basó sus conclusiones, demuestran que TNM Limited –integrante de la Unión Temporal– contempló en los diseños que le presentó al IDU y a la Interventoría, la utilización de pavimentos rígidos para atender la baja capacidad portante de los terrenos. En este orden de ideas, el incremento de las cantidades de pavimento rígido no fue una situación imprevisible en la etapa de construcción, sino el resultado de una decisión que adoptó el contratista en la etapa de diseños para confeccionar la obra por la que se obligó. La Unión Temporal debió asignar sus recursos en la etapa de construcción (personal y maquinaria) de acuerdo con las definiciones adoptadas por ella misma en la etapa de evaluación, teniendo en cuenta, además, que desde el pliego de condiciones se previeron los ítems de obra de reconstrucción y placa de concreto (ítems 3.1 a 3.6 y 6.1)¹²⁸.

¹²⁵ Este documento reposa en el cuaderno de pruebas 5 (folios 1 a 179).

¹²⁶ Dice el dictamen: “*El Instituto de Desarrollo Urbano no entregó –a excepción de la calle 5ª– unos diseños definitivos para los 23 frentes de obra inicialmente contratados. En su defecto, entregó al ganador de la licitación el documento del Dr. Méndez Pachón intitulado ‘auscultación para mejoramiento malla vial. Este estudio que data de agosto de 1999 no puede considerarse como un “diseño entregado por el IDU” como una guía para el contratista que le servirá para elaborar los diseños a que se comprometió el miembro de la Unión Temporal encargado de la consultoría para diseño, a saber, TNM Limited (...). De manera que si por efecto de las mediciones de tráfico hechas por el diseñador TNM Limited o si por motivo de los resultados de los estudios geotécnicos y de laboratorio de suelos, el nuevo diseño propuesto por el contratista originado en consideraciones técnicas de baja capacidad portante en algunos frente de obra, hubo necesidad de mejorar las condiciones de la subrasante; en sentido estricto este cambio de intervención superficial a intervención profunda no obligó a cambiar diseños entregados por el IDU (...). Las apreciaciones sobre tipo de pavimento (rígido o flexible) y la cota en profundidad de la sub-base o base mejorada no tiene carácter de diseño*”. Cuaderno de pruebas, folios 81 a 83.

¹²⁷ En el dictamen de aclaraciones y complementaciones (folios 19 a 23, cuaderno de pruebas), el perito documentó las entregas parciales de los diseños con base en las actas de seguimiento de obra número 6 a 16 que reposan en el expediente (Folios 24 a 80, cuaderno de pruebas 16).

¹²⁸ La distinción sobre la que insistió la Unión Temporal (rehabilitación v. reconstrucción), aunque pueda ser de recibo en términos conceptuales, no se hizo en el proceso de contratación. En la audiencia de aclaraciones del 6 de octubre de 1999 (folio 578, cuaderno de pruebas 20), el IDU señaló que “*en la actual licitación la palabra ‘rehabilitación’ se entiende como todo lo relacionado con parcheo, colocación de sobrecarpeta, reconstrucción, construcción*”.

En conclusión, si los equipos que se dispusieron para el reciclaje de asfalto y la colocación de mezcla tuvieron una producción menor a la esperada no fue por un evento imprevisible, sino por un hecho contemplado por el contratista y, por tanto, atribuible a él, pues era el responsable de los diseños. Por esta razón, la reclamación no está llamada a prosperar.

En lo que atañe al incremento de los gastos administrativos, tampoco se cumplen los requisitos para ordenar la compensación solicitada. La Unión Temporal adujo como prueba de este hecho el dictamen de la contadora Ruby Marcela Cuellar, quien afirmó que la Unión Temporal, por la ejecución de los ítems no previstos de la red de alcantarillado, dejó de recibir \$94'865.850¹²⁹. En el expediente está demostrado que, debido a la ejecución de esta obra, el plazo se prorrogó por 3 meses, lo que pudo incrementar los gastos administrativos por la mayor permanencia¹³⁰. Sin embargo, también está probado que, al lado de la prórroga, las partes suscribieron, sin reservas, el 5 de octubre de 2000 un acta de precios unitarios no previstos para remunerar su construcción¹³¹.

Así, pues, las partes regularon los efectos programáticos (plazo) de la ejecución de los ítems no previstos, pero también los económicos (precios). En los análisis de estos precios unitarios no previstos que se acompañaron a la comunicación ACG-804-2000 se consignó expresamente que su valor total comprendía el costo directo más el componente de administración, imprevistos y utilidad¹³². Por lo tanto, es improcedente ordenar un doble pago por concepto de gastos administrativos¹³³.

Finalmente, en lo que concierne al costo de las actividades de corte, precorte y relleno de juntas en concreto, que el IDU supuestamente no pagó, la Sala no encuentra probado el supuesto fáctico en el que se basa la reclamación. En la pregunta No. 10 del cuestionario formulado por la demandante, se le pidió al ingeniero Rubiano que dijera si como consecuencia de *“la pavimentación en concreto hidráulico en vez de asfalto, éste [el contratista] debió ejecutar obras adicionales no previstas que consisten en corte, precorte y relleno en concreto hidráulico”*.

El perito respondió que efectivamente se ejecutaron tales actividades; sin embargo, el dictamen no dice concluyentemente que esta actividad no estuviera remunerada por el ítem de obra No. 6.1 *“placa pavimento en concreto MR=43*

¹²⁹ Folios 31 y 32, cuaderno de pruebas 33.

¹³⁰ La prórroga se pactó en el adicional No. 2 del 15 de septiembre del 2000 (folio 42, cuaderno de pruebas 2). La justificación técnica de la prórroga (ejecución de ítems no previstos) se consignó en la comunicación STM-4200-2792 del 25 de agosto de 2000 (folio 74, cuaderno de pruebas 7).

¹³¹ El acta No. 8 de precios unitarios no previstos se firmó el 5 de octubre de 2000 (cuaderno de pruebas 11, folio 288). Esta acta incluye 29 ítems de obra, con sus valores unitarios respectivos, a partir de los cuales se remuneró la construcción de las redes de alcantarillado.

¹³² Folios 36 a 45, cuaderno de pruebas 32.

¹³³ En el capítulo de estimación de cuantía de la demanda, la Unión Temporal tasó esta compensación de una manera diferente: multiplicando el porcentaje de administración (7,5%) sobre los costos directos totales del proyecto que no pudieron facturarse. Aunque en el expediente no hay una prueba sobre este monto, su reclamación es igualmente improcedente por una razón que ya se explicó: el 100% del costo directo de la obra no se ejecutó por culpa de la Unión Temporal, que incumplió sus obligaciones sin que mediara ninguna causa justificativa.

incluyendo consideraciones de manual de terminados de concreto de IDU - ASOCONCRETO", para el cual la Unión Temporal cotizó un precio de \$280.000 por metro cúbico¹³⁴. Por el contrario, el experto dijo que una interpretación "presumible" (la que la Interventoría acogió) era que el "alto índice resultante no significaría que labores conexas a la construcción de pavimento de concreto (suministro, colocación y terminado de concreto de cemento portland para los pavimentos rígidos) no hayan sido previstos. En efecto la sección 33 de las especificaciones del IDU prevén como normales todo lo relacionado con sellado (acápite 33.3.7) y actividades de corte (acápite 33.3.4, literal e)". En este contexto, la Sala no encuentra un fundamento probatorio para acoger la pretensión.

Además, si en gracia de discusión se aceptara que las actividades de corte, precorte y relleno de juntas en concreto no estaban remuneradas por el ítem 6.1, lo cierto es que tampoco hay prueba del valor de las actividades. El perito Rubiano no especificó cuál es el costo unitario de estos trabajos y ningún otro elemento de juicio permite determinar su valor o el grado de afectación sobre las proyecciones financieras del contratista¹³⁵. Por lo tanto, no es posible ordenar la compensación solicitada en la demanda.

En resumen, las pretensiones de la Unión Temporal sobre el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato deben negarse, aunque por razones diferentes a las que se expresaron en la sentencia impugnada.

3.3.7. El problema asociado a la liquidación del contrato

En lo referente a la liquidación del contrato, la inconformidad de la Unión Temporal versa sobre el factor económico (multiplicador) que el Tribunal utilizó para determinar el valor final de las obras: los precios unitarios cotizados en la oferta. A juicio de la demandante, el 100% de las cantidades de obra efectivamente ejecutadas no debían multiplicarse por los precios unitarios, sino por los índices representativos, pues así se estableció en el contrato. Igualmente, la Unión Temporal le reprochó al Tribunal que no tuviera en cuenta los dictámenes periciales que explicaron el concepto de "índices representativos" y que calcularon el valor de liquidación con fundamento en él.

En relación con este segundo argumento, se debe precisar que el problema que plantea el recurso concierne a la interpretación de los derechos y obligaciones de las partes. Por lo tanto, el hecho de que en los dictámenes periciales se calculara el valor de las obras con los índices representativos, no implica que esa sea la conclusión que debe acogerse. El peritaje es un medio de prueba para verificar hechos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, mas no para definir una diferencia jurídica sobre la interpretación del negocio: el

¹³⁴ Folio 58, cuaderno de pruebas 3.

¹³⁵ En referencia al precio que la Unión Temporal incluyó en el derecho de petición del 26 de julio de 2001, el perito hizo la siguiente salvedad: "[e]n lo que no puede indagar la experticia en la aceptación o no por las partes del precio unitario y/o de la cuantía a especificar para este ítem" (folio 56, cuaderno de pruebas 31). La demandante no solicitó aclaraciones o complementaciones en relación con este punto del dictamen.

perito es auxiliar de la justicia pero no la imparte, de manera que el juez no está obligado a aceptar ciegamente sus conclusiones¹³⁶.

La inconformidad de la Unión Temporal se basa en una afirmación exacta: en la cláusula 5ª del contrato se estipuló que “*el valor final de la construcción será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por el índice representativo presentado en la oferta*”¹³⁷. Por ello, para justificar la decisión, es necesario definir la noción de “*índice representativo*”.

Según el numeral 4.7.1 de los pliegos de condiciones, los índices representativos eran un “*criterio de evaluación y adjudicación*” que otorgaba 330 de 1000 puntos posibles¹³⁸. El puntaje se asignaba con fundamento en la media geométrica de los índices representativos ofertados. Así, por ejemplo, si el valor de un índice representativo estaba comprendido entre el 95% y el 100% de la media geométrica, el proponente obtenía el puntaje máximo¹³⁹. De lo anterior se deduce que el índice representativo era una magnitud económica, un valor monetario, que se utilizó como criterio de adjudicación del contrato.

Ahora bien, en el pliego de condiciones no se contempló 1, sino 7 índices representativos. En efecto, en el numeral 1.21, el IDU estableció que los proponentes debían ofertar 7 ítems representativos para los siguientes capítulos de obra: “*preliminares*”, “*otros*”, “*reconstrucciones*”, “*redes de acueducto y/o alcantarillado*”, “*estructura de pavimento*”, “*pavimentación*”, “*estructuras en concreto*” y “*concretos*”. Por otra parte, en el numeral 4.6.1, la entidad determinó que el valor de los índices representativos ofertados no podía presentar “*una diferencia mayor en, más o menos, 5% respecto al valor de cada Índice Representativo Propuesto*”.

La entidad pública estimó los 7 índices representativos en el numeral 1.21 del pliego, del cual se deduce la forma en que éstos se calculan. Por ejemplo, para el índice representativo del capítulo 5, “*estructura de pavimento*”, el IDU definió los siguiente¹⁴⁰:

5 Estructura de pavimento				
Ítem de obra	Descripción	Unidad	Coeficiente	Valor unitario
5.1.	Subbase granular. Ver especificaciones INV 1996 (Incluye suministro, transporte, colocación y compactación). El ítem de pago se liquida compacto.	M3	30%	\$20.140
5.2	Base granular Ver especificaciones INV 1996 (Incluye suministro, transporte, colocación y compactación). El ítem de pago se	M3	20%	\$22.000

¹³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de abril de 2010. Exp. 18.014. C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

¹³⁷ Folio 11, cuaderno de pruebas 3.

¹³⁸ Folio 480, cuaderno de pruebas 20.

¹³⁹ Numeral 4.7.1.1 de los pliegos de condiciones (folio 482, cuaderno de pruebas 20).

¹⁴⁰ Los ítems de este capítulo de la obra fueron modificados en la adenda No. 2 del 12 de octubre de 1999 (folios 194 y 195, cuaderno de pruebas 2).

	liquida compacto.			
5.3	Subbase granular apta para estabilización (incluye suministro, colocación dentro del ítem 3.1)	M3	25%	\$27.560
5.4	Base granular apta para estabilización (incluye suministro, colocación dentro del ítem 3.1)	M3	25%	\$32.361

El valor estimado del índice representativo No. 5 era, entonces, de \$25.422. Esta magnitud es el resultado de sumar el precio ponderado de cada ítem de obra, o sea, el precio unitario de cada actividad por el coeficiente o peso porcentual estimado (Índice representativo estructura de pavimento = $[\$20.140 \cdot 30\%] + [\$22.000 \cdot 20\%] + [\$27.560 \cdot 25\%] + [\$32.361 \cdot 25\%]$).

Los proponentes podían modificar los precios unitarios estimados por el IDU, pero no la numeración de los ítems de obra, la unidad de medida o el coeficiente de cada uno de ellos¹⁴¹. Así, la Unión Temporal ofertó un valor diferente (menor) para el índice representativo de estructura de pavimento, pues cotizó precios unitarios distintos¹⁴²:

Capítulo	Ítem de obra	Valor unitario	Valor total
5	5.1.	\$18.000	\$5.400
	5.2	\$20.000	\$4.000
	5.3	\$24.000	\$6.000
	5.4	\$30.000	\$7.500
	Valor total estructura de pavimento [índice representativo]		

Nótese que el llamado “*valor total*” de cada ítem de obra ofertado es el resultado de multiplicar los precios unitarios cotizados por el coeficiente definido por el IDU para cada uno de ellos. En este contexto, se pueden advertir las implicaciones que tiene la utilización de los índices representativos en la liquidación del contrato. Por ejemplo, en la última acta de recibo parcial de obra suscrita por el contratista y la interventoría, se registró la ejecución de 3.506 metros cúbicos de subbase granular (ítem 5.1)¹⁴³. De acuerdo con el Tribunal, esta cantidad debe multiplicarse por el valor unitario ofertado para este ítem (\$18.000), lo cual arroja una suma de \$63'108.000. En cambio, en criterio de la Unión Temporal, esta cantidad debe multiplicarse por el valor del índice representativo del capítulo de estructura de pavimento (\$22.900), por lo que en la liquidación se debe considerar una suma de \$80'287.400¹⁴⁴.

Definida la noción de índice representativo, se procede a resolver el problema central que plantea el recurso de apelación. La Sala empieza por aclarar que no desconoce el contenido de la cláusula 5ª del contrato, en la que se pactó que “el

¹⁴¹ “1.20 Evaluación: Para fines de evaluación se considerarán los ítems representativos indicados en el siguiente el cuadro. El número del ítem, las unidades y los coeficientes que en él aparecen, no podrán ser modificadas por el proponente so pena de rechazo de la propuesta”.

¹⁴² Este cuadro es una transcripción literal del anexo 2 “cálculo del índice representativo” de la oferta de la Unión Temporal (Folio 49, cuaderno de pruebas 20).

¹⁴³ Folio 72, cuaderno de pruebas 11.

¹⁴⁴ La diferencia del valor de liquidación, que es menor cuando se toman aisladamente los ítems de obra, se torna considerable cuando se computan todos. Si se aplica la tesis de la demandante, el valor de liquidación del contrato que se estimó en \$5.500'000.000 (cuyo porcentaje de ejecución no superó el 50%) no arroja un saldo a favor del IDU, como determinó el Tribunal, sino una suma a favor del contratista igual a \$13.968'059.351 (folio 7, cuaderno de pruebas 33).

valor final de la construcción será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por el índice representativo presentado en la oferta". No obstante, esta consideración no es suficiente para aceptar el reparo de la apelante. En adición a ello, debe considerarse si, como alegó la parte demandada, la cláusula no debe leerse en su tenor literal, pues refleja un "error de redacción" que no puede superponerse a la verdadera intención de las partes.

En lo relativo a la interpretación de las leyes, el Código Civil señala: "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de contexto su espíritu"¹⁴⁵. Sin embargo, en materia contractual el principio orientador es diferente: "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"¹⁴⁶. Por las razones que se expresan a continuación, se comparte la conclusión a la que el Tribunal arribó en la sentencia recurrida: la intención que claramente persiguieron las partes –la cual discrepa del enunciado lingüístico que la expresó– fue pagar el 100% de las cantidades ejecutadas por los precios unitarios ofertados por la Unión Temporal.

- La intención de las partes a la luz de la naturaleza del contrato

Según el artículo 1621 del Código Civil, el juez debe estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Como ya se analizó, las obras ejecutadas mensualmente por el contratista se pagaron en actas de recibo parcial, cuyo valor se determinó multiplicando las cantidades aprobadas por la interventoría por los precios unitarios cotizados en la oferta para cada ítem de obra. La anterior característica es distintiva del contrato de obra a precios unitarios, modalidad bajo la cual las partes acuerdan el precio por ítems de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades por el precio de cada uno de los ítems¹⁴⁷.

La interpretación del Tribunal se adecúa a la naturaleza del contrato celebrado, pues, con fundamento en las actas de recibo, define el valor final de las obras multiplicando las cantidades realmente ejecutadas por los precios unitarios ofertados para cada ítem. En contraste, la interpretación de la Unión Temporal riñe abiertamente con la naturaleza del negocio. De acuerdo con el ejemplo que se formuló antes, la interpretación del apelante conduce a que los 3.506 metros

¹⁴⁵ Código Civil, artículo 27.

¹⁴⁶ Código Civil, artículo 1618. Según la Corte Suprema de Justicia, las diferentes pautas interpretativas consagradas en el título XIII del Libro IV del Código Civil se orientan, en últimas, a establecer la intención perseguida por los sujetos contantes y son directrices de obligatoria aplicación: "las referidas reglas de interpretación contractual no son meros consejos del legislador, sino verdaderas normas de obligatoria aplicación por parte de los jueces; que, si bien es cierto que ellas no tienen índole sustancial, puesto que no confieren derechos subjetivos ni imponen obligaciones civiles propiamente dichas, sí son preceptos instrumentales que señalan las nociones, factores y conceptos que el juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de éstas". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2005. Exp. 11001-31-03-018-1998-01108-01. M.P Carlos Ignacio Jaramillo. La jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce que tales pautas son aplicables a la interpretación de los contratos estatales, a las que se suman las del artículo 28 de la Ley 80 de 1993: "[S]e tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos". Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Exp. 22.714. C.P Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de agosto de 1987. Exp. 3886. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Reiterada, entre otras, en: Sentencia del 29 de febrero de 2012. Exp. 16.371. C.P Danilo Rojas Betancourth.

cúbicos correspondientes al ítem de obra 5.1 (subbase granular) no se paguen con el valor que se cotizó para dicha actividad (\$18.000), sino con una cifra diferente que es el resultado de sumar el valor ponderado de *otros ítems de obra*. En términos simples, bajo la lectura del contratista, las cantidades totales del ítem de obra "A" no se pagan con el valor unitario ofertado para ese ítem, sino con la cifra que resulta de sumar el valor ponderado de los ítems "A", "B", "C" y "D". Esta interpretación no es congruente con elementos que caracterizan el contrato de obra a precios unitarios.

- La intención de las partes a la luz de la aplicación práctica del contrato

Dice el artículo 1622 del Código Civil que el contrato debe interpretarse teniendo en cuenta la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra. La regla es intuitiva: como los contratantes son los que mejor conocen lo que persiguieron al celebrar el negocio, la aplicación práctica que hagan de éste revela cuál fue su intención.

Las 9 actas de recibo parcial elaboradas por la Unión Temporal, con fundamento en las cuales el IDU remuneró las cantidades de obra que se iban ejecutando mensualmente, constituyen una aplicación práctica del contrato. Y revelan, además, cuál fue la intención de las dos partes: pagar las cantidades de obra con los precios unitarios ofertados, y no con los índices representativos. En efecto, todas y cada una de ellas se cuantificaron con los valores unitarios cotizados por la Unión Temporal y en su texto no se introdujeron salvedades sobre esta metodología de cálculo.

En el expediente está probada otra aplicación práctica del contrato que demuestra la intención de las partes. Como se precisó en un apartado anterior, durante ejecución de las obras, las partes firmaron un acta de precios unitarios no previstos para remunerar una actividad que no se contempló inicialmente: la construcción de las redes de alcantarillado del frente Villa Gloria.

En el acta de precios no previstos del 5 de octubre 2000¹⁴⁸, no se calculó un índice representativo, ni se asignó un coeficiente o peso porcentual a cada uno de los 29 ítems de obra. El índice representativo tampoco se valoró en la oferta, habida cuenta de que tales actividades no estaban previstas al momento de contratar. En su lugar, las cantidades realmente ejecutadas del capítulo de obra no prevista se pagaron con los precios unitarios acordados, lo que ratifica que la intención de las partes no fue remunerar las actividades de la Unión Temporal con índices representativos.

- La intención de las partes a la luz de la lectura sistemática del contrato y de los pliegos de condiciones

¹⁴⁸ El acta No. 8 de precios unitarios no previstos se firmó el 5 de octubre de 2000 (cuaderno de pruebas 11, folio 288). Esta acta incluye 29 ítems de obra, con sus valores unitarios respectivos, a partir de los cuales se remuneró la construcción de las redes de alcantarillado.

Las cláusulas de un contrato se deben interpretar unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad¹⁴⁹. La aplicación de esta pauta también pone de relieve que la intención de las partes fue determinar el valor final de las cantidades de obra ejecutadas con fundamento en los precios unitarios ofertados y no con los índices representativos.

En contraste con este principio de interpretación, la lectura en la que se funda la impugnación de la Unión Temporal descansa sobre una sola cláusula del contrato; es decir, no integra otras estipulaciones del negocio. En este sentido, la interpretación aislada de la cláusula 5ª del contrato no se armoniza con el contenido de la cláusula 4ª, en la que se acordó que *“el contratista se obliga a llevar a cabo todos los proyectos, instalaciones y obras materia de este contrato a precio unitario cotizado en la oferta”*.

Igualmente, la lectura literal de la cláusula 5ª no se aviene a dos reglas del pliego de condiciones que prevalecen en la actividad de interpretar los contratos estatales¹⁵⁰. Por una parte, al numeral 1.6.3.1 del anexo 8, el cual especificó la forma de pago de las obras de redes de acueducto y alcantarillado: *“Forma de pago: la parte de la obra por llevar a cabo a los precios unitarios del ítem 4 de la lista de cantidades y precios consistirá en la construcción de pozos de inspección y estructuras de conexión (...)*”¹⁵¹. Por otra parte, no se aviene al contenido de la cláusula 1ª de la minuta del contrato que se anexó al pliego, en la que se definió que *“el CONTRATISTA se compromete con el IDU a realizar el diseño por el sistema de precio global fijo y la construcción a precios unitarios de conformidad con sus propuesta presentada (la fecha) con las especificaciones indicadas en los pliegos de condiciones de la Licitación y bajo las condiciones estipuladas en este contrato”*¹⁵².

En conclusión, el reparo formulado contra la liquidación del contrato no es atendible: la intención de las partes fue determinar el valor final de las obras a partir de los precios unitarios ofertados por la Unión Temporal. El análisis sistemático del pliego de condiciones y del contrato demuestra que la función de los índices representativos era diferente: servir como criterio de evaluación de las ofertas presentadas en la licitación, mas no como factor multiplicador para pagar las cantidades realmente ejecutadas en desarrollo del proyecto.

¹⁴⁹ Código Civil, artículo 1622.

¹⁵⁰En relación con este punto, la Sala ha dicho: *“Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes. Luego, la Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar”*. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004. Exp. 10.779. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁵¹ Folio 547, cuaderno de pruebas 20.

¹⁵² Folio 548, cuaderno de pruebas 20.

Resuelto el anterior problema, se procede a revisar lo referente a los saldos que se establecieron a favor del IDU en la liquidación del contrato. El señalamiento de la Unión Temporal en este punto es cierto: el Tribunal liquidó el contrato sin hacer explícitos los medios de prueba en los que se apoyó para tal efecto. No obstante, revisados los documentos que obran el expediente, se advierte que el ejercicio se fundamentó en el proyecto de acta de liquidación que la Interventoría le remitió al IDU el 11 de abril del de 2001¹⁵³.

En el referido proyecto de liquidación, la Interventoría determinó el balance financiero del contrato así¹⁵⁴:

Fila	Acta	Valor total del acta	Anticipo (\$1.650'000.000)	Neto facturado
			Amortizado	Acta
1.	Anticipo			\$ 1.650.000.000
2.	Recibo parcial de obra No. 1	\$ 117.990.000	\$ 35.397.000	\$ 82.593.000
3.	Recibo parcial de obra No. 2	\$ 235.605.673	\$ 70.681.702	\$ 164.923.971
4.	Recibo parcial de obra No. 3	\$ 139.301.093	\$ 41.790.328	\$ 97.510.765
5.	Recibo parcial de obra No. 4	\$ 480.037.551	\$ 144.011.265	\$ 336.026.286
6.	Recibo parcial de obra No. 5	\$ 228.699.383	\$ 37.961.810	\$ 190.737.573
7.	Recibo parcial de obra No. 6	\$ 993.904.016	\$ 298.171.205	\$ 695.732.811
8.	Recibo parcial de obra No. 7	\$ 34.604.189	\$ 10.381.257	\$ 24.222.932
9.	Recibo parcial de obra No. 8	\$ 139.006.100	\$ 41.701.830	\$ 97.304.270
10.	Recibo parcial de obra No. 9	\$ 74.123.167	\$ 74.123.167	
11.	10% diseños	\$ 42.330.000	\$ 42.330.000	
12.	Total	\$ 2.485.601.172	\$ 796.549.564	\$ 3.339.051.608

Como el anticipo pagado fue de \$1.650'000.000 y se determinó un valor amortizado de \$796'549.564, el Tribunal estableció un saldo a favor del IDU de \$853'450.436¹⁵⁵. La Sala confirmará la liquidación efectuada por el *a quo* por las siguientes razones:

- El valor final de las obras debía calcularse sumando la cuantía de las actas de recibo parcial (filas 2 a 9), pues, como se indicó antes, en estas se multiplicaron las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por los precios unitarios ofertados por el contratista. Los valores incluidos en estas filas, además de

¹⁵³ Folio 69, cuaderno de pruebas 19.

¹⁵⁴ La gráfica (con algunas variaciones de formato) reproduce fielmente la información contenida en el proyecto de acta (cuaderno de pruebas 24, folio 149).

¹⁵⁵ El deudor del saldo resultante de la liquidación es Aguilar y Cía, no la Aseguradora, por lo que no hay ninguna contradicción con lo decidido sobre la efectividad de las garantías otorgadas por ésta.

soportarse en las actas de recibo parcial que obran en el expediente¹⁵⁶, son idénticos a los que tuvo en cuenta la contadora Ruby Marcela Cuellar, quien fue la única perito que calculó el valor de liquidación del contrato con base en los precios unitarios cotizados por la Unión Temporal¹⁵⁷.

- En la medida que en el expediente no obra prueba del pago del acta de recibo de obra No. 9 (fila 10), es procedente que el valor adeudado por el IDU por este concepto (\$74'123.167) se lleve como un mayor valor del anticipo amortizado (menor pasivo del contratista).

- También es procedente llevar como un mayor valor del anticipo amortizado (fila 11) el 10% del valor global de las actividades de evaluación y diseño que el IDU debía pagar contra la liquidación del contrato, pues así se pactó en literal c) de la cláusula sexta del contrato, modificada por el otrosí del 1 de febrero de 2000¹⁵⁸.

- Según lo indicado antes (cap. 3.3.4 *supra*), el valor histórico del anticipo no amortizado podrá hacerse efectivo contra el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo de la póliza A0023708 expedida por Compañía Mundial de Seguros S.A.

Ahora bien, según quedó reseñado (párr. 2.4 *supra*), la Unión Temporal solicitó que se decretaran algunas pruebas en segunda instancia, petición que fue negada por la Corporación. En el recurso de apelación se indicó que una de esas pruebas (una certificación emitida por un contador del IDU) acreditaba que, en el marco del proceso de reestructuración empresarial de Aguilar y Cía, se pagó la deuda por concepto de anticipo no amortizado. A pesar de que este hecho no se puede considerar demostrado, porque el elemento de juicio no se aportó regularmente en las oportunidades procesales respectivas, la Sala deja sentado que la deuda con el IDU debe entenderse solucionada, de acuerdo con las reglas de imputación de pagos, si efectivamente se reintegró el valor del anticipo no amortizado.

3.3.8. Conclusiones y sentido de la decisión

La Sala arribó a las siguientes conclusiones: (i) los incumplimientos que la Unión Temporal le imputó al IDU no se presentaron; (ii) la Resolución 2181 del 4 de diciembre de 2000, mediante la cual el IDU impuso una multa, y la Resolución 2146 del 30 de agosto de 2001, que la confirmó, no son nulas; (iii) los artículos 2 a 5 de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001 no son nulos, sin embargo, en razón del cumplimiento parcial de la Unión Temporal y del saldo resultante de la liquidación del contrato, se modificará el valor por el cual pueden hacerse efectivos los amparos; (iv) Aguilar y Cía tiene derecho a la indemnización de perjuicios que le produjo la declaratoria de caducidad del contrato; (v) el equilibrio financiero del contrato no se rompió y, por tanto, son improcedentes las condenas solicitadas

¹⁵⁶ Folios 156 a 169, cuaderno de pruebas 11.

¹⁵⁷ Folio 4, cuaderno de pruebas 33.

¹⁵⁸ Folio 39, cuaderno de pruebas 2. La liquidación practicada con fundamento en los precios unitarios cotizados por la Unión Temporal no fue objetada por ninguna de las dos partes.

para su restablecimiento; y, (vi) la liquidación del Tribunal se ajusta a la Ley y al contrato.

Sin perjuicio del señalamiento contenido en el párrafo final al apartado 3.3.7, la Sala procederá a actualizar la condena impuesta a la Unión Temporal por concepto del saldo resultante de la liquidación. Para el efecto, se aplicará la siguiente fórmula: *Valor actualizado = [Valor determinado en la sentencia * (IPC final enero de 2021 / IPC inicial diciembre de 2009)]*. Esta operación arroja un valor actualizado de \$1.269'507.523, que se explica así: *[Valor actualizado] = [\$853'450.436 * (105,08 – IPC final / 71,20 – IPC inicial)]*.

3.4. Costas

En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

4. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de diciembre de 2009, cuya parte resolutive quedará así:

***“PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el apoderado del Distrito Capital, dentro del trámite 2001-0066.*

***SEGUNDO: DECLARAR** probada la objeción por error grave formulada por el Instituto de Desarrollo Urbano al dictamen pericial rendido por Nubia Belén Moreno.*

***TERCERO: DECLARAR** la nulidad del artículo 1º de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001, mediante la cual el IDU declaró la caducidad del contrato, el cual fue confirmado por la Resolución 3781 del 24 de diciembre de 2001.*

***CUARTO: DECLARAR** ajustados a derecho los artículos 2º y 4º de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001, confirmados en la Resolución 3781 del 24 de diciembre de 2001, mediante los cuales se declaró la ocurrencia de los siniestros cubiertos por los amparos de cumplimiento y buen manejo y correcta inversión del anticipo.*

***QUINTO: DECLARAR** ajustados a derecho los artículos 3º y 5º de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001, confirmados en la Resolución 3781 del 24 de diciembre de 2001, mediante los cuales se hicieron efectivos los*

amparos de cumplimiento y buen manejo y correcta inversión del anticipo. El valor por el cual se podrá hacer efectivo el amparo de cumplimiento es de \$1.257'795.000; mientras que el de buen manejo y correcta inversión del anticipo de \$853'450.436.

SEXO: CONDENAR al Instituto de Desarrollo Urbano a pagar a Aguilar y Cía Ltda. Construcciones la suma de \$1.071'882.155 por los perjuicios materiales que le causó la expedición de la Resolución 013 del 11 de enero de 2001, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato.

SÉPTIMO: DECLARAR liquidado judicialmente el contrato de obra 804 de 1999, reconociendo un saldo de \$1.269'507.523 a favor del IDU, cantidad que deberá ser pagada por la sociedad Aguilar y Cía Ltda. Construcciones, en los términos de la parte considerativa de esta providencia.

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de las demandas.

NOVENO: Sin costas”.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Con aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Con aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA DOCTORA MARÍA ADRIANA MARÍN

ACLARACIÓN DE VOTO / CONTRATACIÓN ESTATAL / APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / APLICACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL / CAMBIO DE JURISPRUDENCIA / APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA JURISPRUDENCIA / INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA

ENTIDAD ESTATAL / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PENA PECUNIARIA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA EXORBITANTE DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ESTATAL / CAPACIDAD CONTRACTUAL / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA ADOPTAR DECISIONES CONTRACTUALES / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL / ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTRACTUAL

Si bien comparto lo resuelto en esta ocasión, con fundamento en la improcedencia de la aplicación retroactiva, a una decisión tomada con antelación, del cambio jurisprudencial producido en el año 2005 -cuando se hizo, por la Sección Tercera de esta Corporación, un nuevo estudio en el que se concluyó que las entidades carecían de competencia, a la luz de las disposiciones de la Ley 80 de 1993, para imponer unilateralmente las multas pactadas-, no ocurre lo mismo con las afirmaciones relacionadas con la facultad que tenía la entidad para imponerlas, con fundamento en la estipulación que de dicha facultad unilateral hicieron las partes en el contrato. (...) En relación con la exorbitancia que representa la imposición, por parte del contratante, de multas pactadas en un contrato, considero que la misma no proviene exclusivamente de la unilateralidad de la actuación, sino del hecho de que, al tratarse de una sanción procedente frente al incumplimiento contractual, al imponer la multa, la entidad, por sí y ante sí, es decir actuando como juez y parte, resuelve sobre el incumplimiento de su contratista y lo sanciona, facultad que, salvo norma expresa, en contrario, le corresponde desempeñar al juez del contrato. Al respecto se observa que, si bien el Código Civil -art. 1594, sobre cláusula penal- permite pactar el pago de una pena por el mero retardo, con el objeto de apremiar al deudor en los contratos, es decir, que autoriza estipular sanciones frente al incumplimiento o mora del contratista, en parte alguna consagra la facultad de imponerlas unilateralmente. En consecuencia, considero que, en el presente caso, si bien las partes podían pactar la cláusula de multas, la entidad no podía imponerlas unilateralmente ni deducirlas de lo debido al contratista. Al ser contratos celebrados por entidades públicas sujetas al Estatuto de Contratación Estatal, esas decisiones se toman a través de actos administrativos, y éstos sólo pueden producirse en ejercicio de facultades legalmente atribuidas a las entidades, y ese no es el caso de la imposición de las multas pactadas en el presente contrato. Efectivamente, la Ley 80 no contempló como facultad excepcional la imposición de multas a través de actos administrativos, por eso el legislador tuvo que reinstaurar esta prerrogativa a través de la Ley 1150 de 2007, aclarando sus efectos retrospectivos, para aquellos contratos en ejecución en los que se hubieran pactado las multas, autorizando su imposición posterior a la nueva ley. Dicho en otras palabras, tratándose de entidades estatales, su competencia viene dada por la ley y no por el acuerdo de las partes. Si una decisión implica el ejercicio de una facultad excepcional, como es la de imponer multas unilateralmente, la misma debe estar soportada en una competencia legalmente atribuida. (...) Por lo anterior, considero que, (...) en el ámbito de los contratos de las entidades estatales, la imposición unilateral de multas sí es una facultad excepcional, que se ejerce a través de la expedición de actos administrativos, y, por lo tanto, debe existir la norma que le atribuya tal prerrogativa a la entidad contratante. Si esto no fuera así, sino, como se dice en la sentencia, que las partes con fundamento en las normas de derecho privado y la autonomía de la voluntad lo pueden acordar, no se explicaría la necesidad de que el legislador hubiera vuelto a consagrar expresamente esa facultad a favor de las entidades estatales.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1594 / LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los poderes excepcionales con los cuales cuenta la administración pública en desarrollo de la acción contractual, consultar providencia de 27 de febrero de 2013, Exp. 20521, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto el sentido de la decisión contenida en la sentencia de la referencia, que modificó lo decidido por el *a-quo*. No obstante, a continuación consigno las razones por las cuales aclaro el voto.

En la sentencia de primera instancia, entre otras decisiones, se declaró la nulidad del acto administrativo por medio del cual el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU impuso una multa al contratista, decisión que fue objeto del recurso de apelación por parte de la entidad demandada, con fundamento en dos argumentos: i) que la jurisprudencia vigente para la época en la que se profirió tal decisión -año 2001- consideraba que las entidades sometidas a las normas del estatuto de contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993, tenían la facultad legal de imponer unilateralmente las multas pactadas, y ii) que, en todo caso, las partes convinieron en ello.

La decisión del *a-quo* fue revocada en la sentencia objeto de la presente aclaración, por cuanto la Sala consideró procedentes los argumentos de la apelación.

Si bien comparto lo resuelto en esta ocasión, con fundamento en la improcedencia de la aplicación retroactiva, a una decisión tomada con antelación, del cambio jurisprudencial producido en el año 2005 -cuando se hizo, por la Sección Tercera de esta Corporación, un nuevo estudio en el que se concluyó que las entidades carecían de competencia, a la luz de las disposiciones de la Ley 80 de 1993, para imponer unilateralmente las multas pactadas-, no ocurre lo mismo con las afirmaciones relacionadas con la facultad que tenía la entidad para imponerlas, con fundamento en la estipulación que de dicha facultad unilateral hicieron las partes en el contrato.

Sobre tal facultad unilateral, que fue acordada en la cláusula 14 del contrato objeto de la controversia, se dice en la sentencia objeto de la presente aclaración, que su ejercicio (i) no entraña ninguna exorbitancia administrativa y (ii) tampoco presenta problemas de validez.

Y las razones que se dieron para llegar a esa conclusión fueron, correlativamente, las siguientes: (i) que la unilateralidad no es sinónimo de exorbitancia, ya que inclusive normas de derecho privado, contemplan algunas facultades unilaterales a favor de las partes contratantes; y (ii) porque la concesión de la facultad unilateral de imposición de multas es fruto de un acuerdo lícito entre las dos partes y, además, porque en las disposiciones civiles y comerciales no está prohibido al acreedor perjudicado por el incumplimiento, hacer efectiva unilateralmente la multa mediante descuentos a los saldos a favor del deudor, si esta atribución tiene su origen en el acuerdo de voluntades, y el deudor conservará el derecho a discutir *ex post*, en sede judicial, la procedencia de la multa y la responsabilidad del acreedor que la hizo efectiva, sin justificación o sin apego a las condiciones convenidas.

En relación con la exorbitancia que representa la imposición, por parte del contratante, de multas pactadas en un contrato, considero que la misma no proviene exclusivamente de la unilateralidad de la actuación, sino del hecho de que, al tratarse de una sanción procedente frente al incumplimiento contractual, al imponer la multa, la entidad, por sí y ante sí, es decir actuando como juez y parte, resuelve sobre el incumplimiento de su contratista y lo sanciona, facultad que, salvo norma expresa, en contrario, le corresponde desempeñar al juez del contrato.

Al respecto se observa que, si bien el Código Civil -art. 1594, sobre cláusula penal- permite pactar el pago de una pena por el mero retardo, con el objeto de apremiar al deudor en los contratos, es decir, que autoriza estipular sanciones frente al incumplimiento o mora del contratista, en parte alguna consagra la facultad de imponerlas unilateralmente.

En consecuencia, considero que, en el presente caso, si bien las partes podían pactar la cláusula de multas, la entidad no podía imponerlas unilateralmente ni deducirlas de lo debido al contratista. Al ser contratos celebrados por entidades públicas sujetas al Estatuto de Contratación Estatal, esas decisiones se toman a

través de actos administrativos, y éstos sólo pueden producirse en ejercicio de facultades legalmente atribuidas a las entidades, y ese no es el caso de la imposición de las multas pactadas en el presente contrato.

Efectivamente, la Ley 80 no contempló como facultad excepcional la imposición de multas a través de actos administrativos, por eso el legislador tuvo que reinstaurar esta prerrogativa a través de la Ley 1150 de 2007, aclarando sus efectos retrospectivos, para aquellos contratos en ejecución en los que se hubieran pactado las multas, autorizando su imposición posterior a la nueva ley.

Dicho en otras palabras, tratándose de entidades estatales, su competencia viene dada por la ley y no por el acuerdo de las partes. Si una decisión implica el ejercicio de una facultad excepcional, como es la de imponer multas unilateralmente, la misma debe estar soportada en una competencia legalmente atribuida.

No desconozco con lo anterior, la reiterada posición de la jurisprudencia de esta Corporación en torno al criterio según el cual, para efectos de determinar la competencia de la justicia arbitral en materia del juzgamiento de los actos administrativos contractuales, la única limitación consiste en que no se trate de una de las facultades excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993¹⁵⁹. Es decir que, conforme a ese criterio, los árbitros están habilitados para pronunciarse sobre actos administrativos contractuales distintos a aquellos en los cuales se ejerza alguna de las facultades excepcionales contempladas en la referida norma.

Simplemente considero que, tal y como se dejó constancia en alguna ocasión, *“los ‘poderes excepcionales’ con los cuales cuenta la administración pública en desarrollo de la acción contractual comprenden no sólo el ámbito del ejercicio de las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, sino que abarcan ‘... la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho*

¹⁵⁹ Ver, a título de ejemplo, la sentencia de la Subsección A del 26 de julio de 2013, expediente 27595, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, en la que se hace un completo recuento de la evolución jurisprudencial del tema y que concluyó que los árbitros no podían pronunciarse sobre los actos referidos a las facultades excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, con fundamento en la afirmación efectuada en tal sentido por la Corte Constitucional al decidir sobre la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 -sentencia C-1436 de 2000-..

público— para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública”; aunque se admita, específicamente, que “los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas exclusivamente por el artículo 14 (...), de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral”¹⁶⁰.

Es decir, que para los solos efectos de la determinación de la competencia arbitral, es que se ha considerado como únicas facultades excepcionales de las entidades estatales en materia de contratación, las expresamente consagradas como tales en el referido artículo 14, circunstancia que, obviamente, no sucede con la facultad de imponer multas unilateralmente, por la sencilla razón de que la misma -que así era considerada en el anterior estatuto de contratación, Decreto-Ley 222 de 1983¹⁶¹- no se incluyó en la Ley 80, sino que fue restaurada con posterioridad, mediante la Ley 1150 de 2007.

Por lo anterior, considero que, para otros efectos, como el que se resolvió en la sentencia objeto de aclaración, en el ámbito de los contratos de las entidades estatales, la imposición unilateral de multas sí es una facultad excepcional, que se ejerce a través de la expedición de actos administrativos, y, por lo tanto, debe existir la norma que le atribuya tal prerrogativa a la entidad contratante.

Si esto no fuera así, sino, como se dice en la sentencia, que las partes con fundamento en las normas de derecho privado y la autonomía de la voluntad lo pueden acordar, no se explicaría la necesidad de que el legislador hubiera vuelto a consagrar expresamente esa facultad a favor de las entidades estatales.

En los anteriores términos, dejo expuesta mi aclaración de voto.

¹⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 27 de febrero de 2013, exp. 20.521, M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera

¹⁶¹ Y así la consideraba la jurisprudencia, tal y como lo sostuvo en la sentencia del 20 de octubre de 2005, expediente 14579, en la que sostuvo, expresamente, que “Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado”.

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA DOCTORA MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CAPACIDAD CONTRACTUAL / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PENA PECUNIARIA / CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ESTATAL / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO / COMPENSACIÓN / PROCEDENCIA DE LA COMPENSACIÓN

En la sentencia objeto de aclaración, al revisar la nulidad de las resoluciones 2181 de 4 de diciembre de 2000 y 2146 de 30 de agosto de 2001, por medio de las cuales el IDU impuso multa al contratista -demandante en este proceso- se concluye que la entidad estatal contratante tenía competencia para dictar esa decisión, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y en la jurisprudencia de esta Corporación vigente al tiempo en que se adoptó esa determinación, que orientaba a la posibilidad de que así se procediese por parte de las entidades estatales en el marco de un negocio jurídico celebrado bajo la regencia de esa normativa. En relación con el aparte que se cita, estimo conveniente precisar que, si bien es claro que existió pacto contractual en relación con la posibilidad de imponer y hacer efectiva unilateralmente la multa por parte de la entidad, lo cierto es que esa competencia no se derivaba de la Ley 80 de 1993, vigente al tiempo de la celebración y ejecución del contrato, para hacerla exigible a través de un acto administrativo con atributos de ejecutividad y ejecutoriedad, pues esa facultad vino a otorgarse con la Ley 1150 de 2007, aunque de manera retroactiva, para aquellos acuerdos en los que se hubieren incorporado la viabilidad de su ejercicio y el acto sería válido siempre que se hubiera expedido en vigencia de esta última legislación. No obstante lo anterior, acompaño la decisión que se adopta frente a ese aspecto, ya que: i) en el proceso se acreditó el incumplimiento del contratista; ii) debido a que el contratista se hallaba bajo el amparo de los beneficios que otorgaba la Ley 550 de 1999, no resultaba posible promover un proceso ejecutivo en su contra, por tanto, necesariamente debían compensarse las sanciones, de acuerdo con lo convenido en el contrato; iii) aun cuando en las providencias en las que he sido ponente no he aplicado la tesis de que la jurisprudencia vigente al tiempo en que se dicta el acto administrativo es la que debe seguirse para resolver el caso que se somete a consideración del juez, considero que es un criterio adecuado para guiar a la Administración, en virtud del principio de confianza legítima, cuando sea claro y se invoque, ya sea en el acto administrativo o en los argumentos de defensa de la entidad demandada.

ACLARACIÓN DE VOTO / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA

CONTRATACIÓN ESTATAL / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA ADOPTAR DECISIONES CONTRACTUALES / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MULTA / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO ADMINISTRATIVO / AUTO QUE ORDENA LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE SEGURO / ALCANCE DEL DEBIDO PROCESO / DERECHO AL DEBIDO PROCESO CONTRACTUAL / BUENA FE / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

[A]claro mi voto en el punto referido a la competencia del IDU para declarar el siniestro, en cuanto, en mi criterio, a diferencia de lo decidido en el fallo, tal facultad no emana del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, norma de tipo procesal que no dotó a la entidad estatal contratante de potestad para constituir el siniestro a través de acto administrativo. Resulta de relevancia precisar que tal decisión habría de tener un carácter declarativo mas no constitutivo del siniestro, pues esto último solo tendría génesis en el acto de declaratoria de caducidad del contrato en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, decisión que finalmente se anuló en la sentencia, por lo que quedaría sin asiento jurídico el acto contentivo de la declaratoria del siniestro. Con todo, acompaño el sentido el fallo, por cuanto en el proceso se acreditó que el asegurado estuvo de acuerdo con el hecho de que el siniestro se declarara a través de acto administrativo, por lo que resultaría contrario a la buena fe que, a instancia de este proceso, se alegara algo distinto y se desconociera su anuencia para que así se procediese por parte del ente estatal contratante.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 68 / LEY 80 DE 1993 -ARTÍCULO 18

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: José Roberto Sáchica Méndez

ACLARACIÓN DE VOTO

Bogotá D.C., doce (13) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Proceso: 25000232600020010006601 (39.249)
Demandante: Unión Temporal Aguilar y Cía. Ltda Construcciones – TNM Limited y otros
Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano – IDU
Naturaleza: Acción contractual (aclaración de voto)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Subsección, me permito señalar que, aunque comparto lo resuelto en el proceso de la referencia, estimo pertinente aclarar el sentido de mi voto en los siguientes aspectos:

En la sentencia objeto de aclaración, al revisar la nulidad de las resoluciones 2181 de 4 de diciembre de 2000 y 2146 de 30 de agosto de 2001, por medio de las cuales el IDU impuso multa al contratista *-demandante en este proceso-* se concluye que la entidad estatal contratante tenía competencia para dictar esa decisión, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y en la jurisprudencia de esta Corporación vigente al tiempo en que se adoptó esa determinación, que orientaba a la posibilidad de que así se procediese por parte de las entidades estatales en el marco de un negocio jurídico celebrado bajo la regencia de esa normativa.

En relación con el aparte que se cita, estimo conveniente precisar que, si bien es claro que existió pacto contractual en relación con la posibilidad de imponer y hacer efectiva unilateralmente la multa por parte de la entidad, lo cierto es que esa competencia no se derivaba de la Ley 80 de 1993, vigente al tiempo de la celebración y ejecución del contrato, para hacerla exigible a través de un acto administrativo con atributos de ejecutividad y ejecutoriedad, pues esa facultad vino a otorgarse con la Ley 1150 de 2007, aunque de manera retroactiva, para aquellos acuerdos en los que se hubieren incorporado la viabilidad de su ejercicio y el acto sería válido siempre que se hubiera expedido en vigencia de esta última legislación.

No obstante lo anterior, acompaño la decisión que se adopta frente a ese aspecto, ya que: **i)** en el proceso se acreditó el incumplimiento del contratista; **ii)** debido a que el contratista se hallaba bajo el amparo de los beneficios que otorgaba la Ley 550 de 1999, no resultaba posible promover un proceso ejecutivo en su contra, por tanto, necesariamente debían compensarse las sanciones, de acuerdo con lo convenido en el contrato; **iii)** aun cuando en las providencias en las que he sido ponente no he aplicado la tesis de que la jurisprudencia vigente al tiempo en que se dicta el acto administrativo es la que debe seguirse para resolver el caso que se somete a consideración del juez, considero que es un criterio adecuado para guiar a la Administración, en virtud del principio de confianza legítima, cuando sea claro y se invoque, ya sea en el acto administrativo o en los argumentos de defensa de la entidad demandada.

En segundo lugar, aclaro mi voto en el punto referido a la competencia del IDU para declarar el siniestro, en cuanto, en mi criterio, a diferencia de lo decidido en el fallo, tal facultad no emana del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, norma de tipo procesal que no dotó a la entidad estatal contratante de potestad para constituir el siniestro a través de acto administrativo.

Resulta de relevancia precisar que tal decisión habría de tener un carácter declarativo mas no constitutivo del siniestro, pues esto último solo tendría génesis en el acto de declaratoria de caducidad del contrato en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, decisión que finalmente se anuló en la sentencia, por lo que quedaría sin asiento jurídico el acto contentivo de la declaratoria del siniestro.

Con todo, acompaño el sentido el fallo, por cuanto en el proceso se acreditó que el asegurado estuvo de acuerdo con el hecho de que el siniestro se declarara a través de acto administrativo, por lo que resultaría contrario a la buena fe que, a instancia de este proceso, se alegara algo distinto y se desconociera su anuencia para que así se procediese por parte del ente estatal contratante.

En los términos anteriores, dejo expuestos los argumentos de mi aclaración.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Consejera de Estado

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

