

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Niega

SÍNTESIS DEL CASO: El IDU contrató a precio global la construcción de un tramo de la Avenida Ciudad de Cali y el contratista reclama el incumplimiento de la entidad así como el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. La primera instancia negó las pretensiones porque las partes suscribieron contratos adicionales para superar las circunstancias que generaron demoras en la ejecución y la actora los suscribió sin salvedades. Se confirma la sentencia porque no hay prueba de las obligaciones presuntamente incumplidas ni de los desequilibrios alegados.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – No probado / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – No probado / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA PROBATORIA / ACLARACIÓN DE VOTO / SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL

[E]l contratista reclamó en la demanda la declaratoria de incumplimiento de su contraparte por el inicio tardío de la ejecución, la no entrega oportuna de predios y diseños, la falta de idoneidad y oportunidad de los diseños, la no ejecución de labores de demolición y el no retiro de escombros; simultáneamente deprecó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por mayor permanencia en obra y mayores cantidades de obra derivadas de demoras en la ejecución que se atribuyen a la contratante, y de la necesidad de ejecutar trabajos que la administración no ejecutó pese a que le correspondían o cuya necesidad derivó de la entrega tardía e imprecisa de los diseños. Para el a quo las pretensiones no estaban llamadas a prosperar porque las partes adicionaron de mutuo acuerdo el plazo y valor del contrato, además, por haberse pactado un precio global por la obra no es posible reclamar mayores costos; la apelante insiste en los incumplimientos y desequilibrios alegados sobre la precisión de que las adiciones no se pactaron para paliar los efectos económicos del incumplimiento y del desequilibrio en tanto estos solo se pudieron verificar en forma posterior. Conforme a lo expuesto debe determinarse, en primer lugar, si el Instituto de Desarrollo Urbano incumplió sus obligaciones contractuales y las consecuencias que de ello derivaron para las partes, para lo cual será necesario precisar las obligaciones y derechos que el contrato asignaba a cada uno de sus extremos en relación con los puntos materia de controversia; en segundo término, se abordará el análisis del equilibrio económico lo que impone verificar, de un lado, si la administración varió las condiciones ofrecidas al contratista y, de otro, si el alza en los precios del asfalto y las lluvias presentadas durante la ejecución eran imprevisibles y afectaron de manera grave la economía del contratista. Desde ahora se advierte que, en buena parte, lo reclamado a título de desequilibrio económico guarda identidad con los presuntos incumplimientos del IDU y no se atribuye en la demanda a circunstancias imprevistas sino al actuar antijurídico de la contratante quien, a juicio de la actora, no honró sus obligaciones contractuales lo cual generó mayores costos durante la ejecución; así las cosas, debe deslindarse aquello que corresponde verdaderamente a un incumplimiento contractual aunque se lo haya denominado también desequilibrio económico y determinar, conforme a la realidad del caso, si se presentaron los incumplimientos y desequilibrios alegados. La sentencia será confirmada porque el contratista no acreditó con suficiencia que las obligaciones que estima incumplidas estuvieran exclusivamente previstas a cargo de la contratante ni la forma y condiciones en que debían cumplirse, por el contrario, las evidencias parciales aportadas permiten advertir que algunas de ellas estaban a cargo de la contratista; de otro lado, tampoco se demostró el rompimiento del equilibrio financiero del contrato en

ausencia de los elementos de juicio objetivos que permitan verificar si efectivamente la administración varió las obligaciones inicialmente pactadas y la forma en que fueron estimados los costos de la oferta.

DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURÍDICO / PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Presupuestos para la configuración y declaratoria / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Definición / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Eventos de configuración / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Presupuestos

El contrato, fuente natural de las obligaciones, da origen a compromisos a cargo de quienes lo suscriben por razón del concurso de sus voluntades que, según el artículo 1602 del Código Civil “es ley para los contratantes” y, en esas condiciones el ordenamiento jurídico privilegia la posibilidad de reclamar judicialmente por las consecuencias del incumplimiento, en efecto, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo aplicable a la presente actuación prevé como una de las posibilidades derivadas de la acción de controversias contractuales la de pedirle al juez del contrato que declare el incumplimiento y disponga la reparación de los perjuicios derivados de este. Sin duda el comportamiento de uno de los contratantes respecto de sus obligaciones sirve de título para reclamar, por parte del contratante cumplido, el resarcimiento de los perjuicios derivados de la transgresión de su contraparte al acuerdo que rige su relación jurídica, tal posibilidad encuentra fundamento en el artículo 90 superior, por virtud del cual cuando el Estado causa un daño antijurídico está llamado a resarcirlo y, de igual manera, en las disposiciones del Código Civil (artículo 1546 y 1613 a 1616) que regulan la responsabilidad por el incumplimiento contractual. La aplicación de la cláusula general de responsabilidad del Estado (artículo 90 Superior) como las normas civiles y comerciales aplicables a los contratos dan lugar a la reparación plena de los perjuicios, esto es, permiten reclamar la indemnización de todos y cada uno de los daños causalmente ligados con el incumplimiento; por su parte, la figura del desequilibrio financiero está prevista para evitar que situaciones posteriores a la suscripción del contrato afecten la ecuación económica atendido el hecho de que quien acude como colaborador de la administración no quede llamado a soportar las situaciones financieras adversas graves e imprevisibles que puedan surgir durante la ejecución. La jurisprudencia de la Sección ha sido reiterativa en aceptar que existen diferentes eventos que pueden dar lugar a la ruptura del equilibrio financiero del contrato: (i) el acaecimiento de hechos imprevistos, imprevisibles e irresistibles, esto es, factores externos y ajenos a las partes, (ii) el ejercicio de la voluntad de la administración en ejercicio de los poderes su supremacía dentro de la relación contractual y, (iii) la expedición una decisión estatal derivada del ejercicio de sus poderes soberanos, con la potencialidad para afectar situaciones propias de la relación negocial. (...) Se concluye entonces que el equilibrio contractual puede alterarse (i) por situaciones ajenas a las partes, caso en el cual estas deben ser imprevisibles e irresistibles, y (ii) por decisión de la administración, en ejercicio del poder soberano o del ius variandi que le permite introducir variaciones a los acuerdos en aras de la satisfacción del interés general; en estos eventos, conforme lo prevé el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, el contratista tiene derecho a que el valor intrínseco del contrato no se altere. Aunque la norma en cita prevé que esa obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato también deriva del incumplimiento contractual, en tanto señala que “si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento

de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”, la jurisprudencia ha aceptado que los eventos de incumplimiento del contrato dan lugar a una reparación plena de perjuicios y no únicamente al mentado restablecimiento en razón de los argumentos expuestos líneas atrás. En síntesis, el incumplimiento del contrato corresponde a un desconocimiento antijurídico de lo pactado y da lugar a la parte cumplida a reclamar la indemnización plena de los perjuicios, mientras que la ruptura del equilibrio contractual ha de obedecer a hechos posteriores externos e imprevisibles o decisiones jurídicas de la administración, caso en el cual solo está obligada a llevar al contratista a un punto de no pérdida o a restablecer la ecuación inicial del contrato cuando ha introducido modificaciones unilaterales que la desequilibren.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 90 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1602 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1546 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1613 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1616 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 87 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 5

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Presupuestos para probarlo / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – No probado

El Instituto de Desarrollo Urbano dictó el pliego de condiciones para la contratación de las obras de “construcción de la Avenida Ciudad de Cali desde la Transversal 91 hasta el enfoque oriental de los puentes vehiculares sobre el brazo del humedal Juan Amarillo en Bogotá D.C.” con un plazo de ejecución de nueve meses, una fase de preconstrucción de un mes, siete meses de construcción y uno para el recibo final. Sin embargo, surge dificultad para establecer con certeza las obligaciones de cada parte y su forma de cumplimiento toda vez que solo se aportó el capítulo I del pliego de condiciones que estableció las condiciones generales del proceso de selección pero no los anexos y apéndices contentivos de las especificaciones técnicas de los trabajos a desarrollar, en esas condiciones no es posible determinar las obligaciones que cada parte asumió respecto de la ejecución del contrato y, particularmente, confirmar lo alegado por la apelante respecto de algunas de ellas que, según afirma, fueron estipuladas con claridad en el pliego. Esa falencia probatoria es atribuible a la actora quien, para probar el incumplimiento de su contraparte, tenía la carga de demostrar con claridad las obligaciones derivadas del contrato pese a lo cual no aportó el texto completo del pliego de condiciones y anexos; se limitó a pedir que se oficiara al IDU pidiéndole el “pliego de condiciones en lo relacionado con las actividades a cargo del contratista (capítulo de condiciones generales)” (fl. 64 cdno. 1); efectivamente, así se decretó la prueba y el IDU solamente allegó lo solicitado, esto es, el capítulo I del pliego relativo a las condiciones generales de la contratación. Tampoco se trajo la oferta técnica y económica formulada por el contratista, de modo que, aunque la Sala comparte lo afirmado por la apelante respecto de la ineficacia de las obligaciones de extensión ilimitada a cargo del contratista, las pruebas presentadas no permiten establecer con claridad cuáles fueron las reales obligaciones que le correspondían y, en consecuencia, tampoco se hace viable establecer cuáles de las circunstancias invocadas en la demanda pudieron exceder lo que razonablemente correspondía a la contratista o constituir incumplimiento de la demandada. Con la anterior precisión la Sala estima que las evidencias presentadas no permiten establecer el incumplimiento contractual alegado.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / ACTA DE INICIO DEL CONTRATO ESTATAL – Suscribir el acta de inicio es una obligación condicional del contrato

Se acordó en el contrato que el acta de inicio se suscribiría dentro de los 10 días siguientes al cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato, así como de aquellos establecidos en el pliego de condiciones (fl. 21 cdno 2) ; como la suscripción del acta de inicio es una obligación condicional debía acreditarse por la actora que se cumplieron los presupuestos que la hacían exigible, contrario a ello no es posible verificar probatoriamente cuáles eran estas condiciones por no haberse aportado al proceso los pliegos de condiciones completos y, menos aún puede afirmarse que se cumplieron, de modo que no es posible estimar que el IDU incumplió porque no se sabe en que momento le fue exigible autorizar el inicio de la ejecución.

RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – No probado

El contratista pretende el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que considera alterado por distintas situaciones que se presentaron durante la ejecución pero, según se anticipó, algunos de estos reclamos derivan de presuntos incumplimientos del contratista y no de situaciones imprevisibles o de variaciones introducidas por la contratante. (...) La Sala considera que no quedaron acreditados los presupuestos del desequilibrio económico porque, aunque señala que el valor de la mezcla de asfalto para la fecha de la propuesta era de \$489.187, no se conoce probatoriamente cuál fue el valor con el que se calcularon los costos globales de la oferta y, en tal virtud, no hay evidencia cierta de que el aumento en el precio de un ítem en particular desequilibró la ecuación financiera del contratista de modo que lo hubiera llevado a un punto de pérdida que deba ser restablecido. Tampoco hay evidencia sobre la imprevisibilidad del alza porque no se acreditó el histórico de la fluctuación del precio del asfalto a efectos de determinar si, en efecto, su incremento era imposible de prever.

IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS

No se impondrá condena en costas en la instancia porque no hay evidencia de conductas temerarias o de mala fe atribuibles a las partes según lo exigía el Código Contencioso Administrativo para que pueda condenarse por este concepto.

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con aclaración de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Bogotá DC, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00579-01(48815)S

Actor: CICÓN SA Y KMA CONSTRUCCIONES SA

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: INCUMPLIMIENTO Y DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

Síntesis del caso: el IDU contrató a precio global la construcción de un tramo de la Avenida Ciudad de Cali y el contratista reclama el incumplimiento de la entidad así como el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. La primera instancia negó las pretensiones porque las partes suscribieron contratos adicionales para superar las circunstancias que generaron demoras en la ejecución y la actora los suscribió sin salvedades. Se confirma la sentencia porque no hay prueba de las obligaciones presuntamente incumplidas ni de los desequilibrios alegados.

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide la actuación decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 11 de julio de 2013 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B resolvió:

“PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

***TERCERO: SIN condena en costas procesales.”** (resaltado original).*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 14 de junio de 2011¹ las sociedades CICÓN SA y KMA LTDA, integrantes del consorcio CICÓN KMA II, promovieron demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra el Instituto de Desarrollo Urbano con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

¹ La demanda fue radicada dentro del término legal porque el contrato se liquidó bilateralmente el 29 de abril de 2010 (fl. 52 cdno. 2) y esta se promovió dentro de los dos años siguientes.

“A. PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA. Que se declare que EL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU ha incumplido el contrato, de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho de esta demanda.

SEGUNDA. Que se declare que por hechos imputables al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU se presentó en perjuicio del CONSORCIO CICÓN – KMA II la ruptura del equilibrio económico del contrato de obra 106 de 2005, celebrado con el mismo en virtud de:

- 1. La mayor permanencia en obra por parte del CONSORCIO CICÓN KMA II, dentro del contrato de obra 106 de 2005.*
- 2. La mayor cantidad de obra que debió ejecutar (y asumir su costo) el CONSORCIO CICÓN KMA II, dentro del contrato de obra 106 de 2005.*
- 3. El aumento desmesurado de los precios del asfalto.*

B. PRETENSIONES DE CONDENA

PRIMERA. Que, como consecuencia de la declaración contenida en la primera pretensión declarativa, se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU a pagar al CONSORCIO CICÓN – KMA II todos los perjuicios que se prueben dentro del proceso causados por las actuaciones, omisiones y abstenciones imputables al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU.

SEGUNDA. Que, como consecuencia de la declaración contenida en la segunda pretensión declarativa, se restablezca el equilibrio económico del contrato mediante la condena al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU a pagar al CONSORCIO CICÓN – KMA II las sumas que indemnizen todos los perjuicios que se lleguen a probar dentro del proceso, sufridos por el CONSORCIO como consecuencia de la ruptura del equilibrio económico del Contrato de Obra No. 106 de 2005, sus modificatorios y adiciones.

TERCERA. Que las sumas que resulten de las pretensiones anteriores se actualicen debidamente, mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor.

CUARTA. Que, igualmente respecto de cualquier suma de dinero que resulte a favor del CONSORCIO CICÓN – KMA II, se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada o, subsidiariamente, los intereses que sean decretados por el H. Tribunal.

SÉPTIMA (sic). Que se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de dictar la sentencia definitiva que ponga fin al presente proceso.

OCTAVA. Que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU debe dar cumplimiento a la sentencia dentro de un término no mayor de treinta (30) días calendario, contados a partir de su fecha de ejecutoria.

NOVENA. Que se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU reconocer al CONSORCIO CICÓN – KMA II, sobre las sumas de dinero objeto de la eventual condena, intereses comerciales moratorios a

partir de la ejecutoria de la sentencia.” (fl. 4 cdno. 1 - mayúsculas fijas originales).

2. Hechos

Como fundamento fáctico de la acción las demandantes narraron, en síntesis, lo siguiente:

1) Entre el Consorcio CICÓN – KMA II, integrado por las sociedades actoras, y el Instituto de Desarrollo Urbano se suscribió el contrato no. 106 de 26 de diciembre de 2015 cuyo objeto fue la construcción a precio global con reajustes de la Avenida Ciudad de Cali desde la transversal 91 hasta el humedal Juan Amarillo en Bogotá DC, por valor de \$14.027.191.089 y con un plazo de ejecución de nueve meses.

2) El Instituto de Desarrollo Urbano incumplió las estipulaciones del contrato por lo siguiente:

a) Demora en la suscripción del acta de inicio. El Consorcio cumplió con los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato en enero de 2006 y, en tal virtud, el acta de inicio debió suscribirse dentro de los 10 días siguientes (cláusula quinta del contrato) pero, solo se firmó el 29 de marzo del mismo año situación que demoró la ejecución; luego se suscribieron cinco contratos adicionales con los cuales se prorrogó el plazo por un término superior al doble del inicialmente previsto.

b) No adquisición oportuna de la totalidad de los predios requeridos para la ejecución de la obra. Desde el 10 de marzo de 2006 el consorcio informó a la contratante que 36 inmuebles que no le habían sido entregados interferían con la ejecución del proyecto; el IDU respondió que las actividades y frentes de obra que no pudieran adelantarse deberían reprogramarse para ser ejecutadas a la terminación del contrato; en noviembre de 2006 el contratista solicitó la ampliación del plazo contractual en cuatro meses toda vez que el incumplimiento en la entrega de los predios había impedido el avance de la obra; la demandada reconoció su incumplimiento que tuvo lugar por demoras en los procesos de expropiación y las partes suscribieron el contrato adicional no. 1 por el cual se amplió en dos meses la ejecución.

c) Entrega inoportuna de los diseños para la señalización y variación de la geometría de la vía. El proyecto de señalización proporcionado por la Secretaría de Tránsito del Distrito difería de los datos entregados por el IDU al contratista y finalmente solo recibió los planos definitivos, aunque, de manera parcial, el 24 de octubre de 2006; la información completa solo la obtuvo el 28 de marzo de 2007; también fue preciso que el contratista realizara modificaciones a los diseños porque tenían falencias en los empalmes con el espacio público; las variaciones en el diseño de la semaforización ocasionaron cambios en la geometría de la vía, mayores cantidades de obra y mayor plazo.

d) Incumplimiento en la demolición de predios y retiro de escombros. Además de la entrega de predios el IDU tenía la obligación de demoler las construcciones que se encontraban en estos y disponer los escombros para que los inmuebles quedaran libres para la construcción de la obra pero, no lo hizo totalmente por lo que el contratista asumió excavación, masas de cimientos adicionales y limpieza de algunas zonas a intervenir.

3) La economía del contrato se alteró por algunos hechos atribuibles a la entidad contratante y otros imprevisibles que el demandante explicó así:

a) Mayor permanencia en obra:

i) La demora en la entrega de predios retrasó el cronograma de obra porque impidió conocer el estado de algunas redes de servicios públicos y ello causó demoras en la ejecución y la necesidad de ampliar los plazos.

ii) El IDU nunca puso de presente que existía un “*par vial*” que generaría inconvenientes en la construcción; por el contrario, indicó que por tratarse de una vía nueva no existiría ningún tipo de interferencia y no se requería plan de manejo de tráfico para la obra; sin embargo, desde la fase de preconstrucción “se advirtió la presencia de una interferencia de la obra nueva con la adecuación de la Avenida Suba al sistema Transmilenio y fue necesario un PMT para agilizar el tráfico del sector que “*tomó carácter permanente*”. El par vial ocupaba parte del corredor necesario para la entrada de materiales y salida de escombros, obstaculizó la obra e impidió la ejecución en tiempo del cronograma.

iii) Demora de la interventoría en aprobar la inspección del alcantarillado mediante circuito cerrado de televisión con el fin de establecer si era necesaria la renovación de redes.

iv) Demora de la interventoría y del IDU en la aprobación de la compra de materiales para la remodelación de la red matriz de acueducto. La necesidad de adecuar esa red al diseño de la obra impuso adquirir materiales especiales que debían ser encargados a proveedores determinados y para hacer el pedido correspondiente se requería aprobación de la contratante.

v) Construcción de muros de confinamiento no previstos inicialmente. Como solución a la entrega tardía de los predios para realizar el terraplén requerido para el confinamiento de los andenes, se impuso la realización de muros de contención y el espacio a intervenir estaba en condiciones muy diferentes a las expresadas en los planos precontractuales ya que el nivel de la rasante estaba situado por debajo de las cimentaciones de las viviendas entre 0,60 y 1.50 metros. El contratista entregó los planos correspondientes y casi ocho meses después se aprobó la construcción.

vi) Retiro y reubicación de redes de energía, telefonía, acueducto y alcantarillado no contempladas en el objeto del contrato que generaron demoras en la ejecución.

vii) Demolición del predio entre las abscisas K0+005 y K0+050 que fue recibido en diciembre de 2006 y que tenía una construcción que debió ser demolida aunque esto no era obligación del contratista.

viii) Construcción de una red de alcantarillado paralela y provisional en las abscisas K0+000 y K0+080 por inundaciones que se presentaron por la deficiencia en la capacidad de la tubería se hizo necesario construir una red paralela.

ix) Diseño de señalización porque los planos definitivos de señalización variaron la geometría de la vía, principalmente en las intersecciones viales.

x) Modificación al diseño de las tuberías por exigencia de la EAAB.

xi) Temporada invernal del año 2007 que generó retrasos y mayor permanencia en obra.

b) Mayores cantidades de obra que se presentaron en los siguientes items:

i) Limpieza e inspección de redes

ii) Diseños de espacio público, redes de servicios y diseños geométricos.

iii) Construcción de muros de confinamiento.

iv) Ampliación de sumideros y construcción de dos ramales de la red sanitaria.

v) Sumidero e instalación de pilotes de madera.

vi) Sumideros especiales.

vii) Retiro y demolición de predios.

viii) Mejoramiento de la subrasante.

c) Aumento de precios. Durante la ejecución del contrato se presentó un incremento desmesurado e imprevisible en el precio del asfalto circunstancia que fue reclamada a la entidad contratante mediante comunicación de 8 de junio de 2008.

2. Contestación de la demanda

El Instituto de Desarrollo Urbano (fl. 73 cdno. 1) se opuso a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos:

1) Los pliegos de condiciones establecían que el contratista debía verificar, durante la fase de preconstrucción, el estado de disponibilidad de los predios necesarios para la construcción del proyecto y coordinar con el IDU la entrega de los predios faltantes; se previó que *“la no entrega de predios del IDU al contratista en los plazos informados por el IDU, no será causal de mayores costos por ningún concepto o reclamaciones derivadas del tema predial, por parte del contratista ni de la interventoría”*; el contrato adicional número 1 se suscribió para afrontar los efectos de la demora en la entrega de predios.

2) La prórroga número 3 se pactó para permitir llevar a cabo las actividades de señalización requeridas y el contratista pudo continuar la ejecución de otras actividades por lo que no procede reclamación por incumplimiento con los planos de señalización.

3) El contratista asumió el riesgo de *“mover mayores cantidades a las que hubiera podido considerar al momento de realizar su propuesta”* porque *“no entregó las cantidades de obra y los precios unitarios que le fueron solicitados por la interventoría”*, por lo cual no hay lugar a reconocimientos por las labores de demolición de predios y retiro de escombros.

4) No se determinó qué actividades se suspendieron desde la solicitud de inspección de redes con circuito cerrado de televisión hasta la decisión sobre la petición ni tampoco se sabe qué porcentaje de las obras no pudo ser realizado con ocasión de este aspecto; en todo caso, la interventoría hizo constar que el contratista no realizó dicha actividad.

5) El contrato adicional número 2 reconoció \$1.181.922.798 por las tuberías que se encontraron en mal estado y que interferían con la obra.

6) Los muros de contención fueron aceptados como alternativa por la no entrega oportuna de los predios y su costo fue reconocido al contratista.

7) Las actividades de retiro y reubicación de redes fueron pagadas a precios unitarios y no se le pagó aquellos de los cuales no hizo entrega.

8) Las cantidades de lluvia presentadas no excedieron los máximos históricos y el contratista perdió tiempo cuando las condiciones climáticas fueron favorables.

9) El mejoramiento de la subrasante estaba incluido en el valor global del contrato.

10) El pliego preveía la fórmula para realizar los reajustes de precios y a esta se ciñó la entidad.

11) Con anterioridad al inicio de la etapa de construcción la interventoría HMT INGENIEROS solicitó al contratista la relación de las cantidades de obra por este

propuestas para hacer el seguimiento de las mismas, como herramienta para controlar el avance de los trabajos y realizar los pagos parciales de las obras ejecutadas, toda vez que el valor del contrato fue global, pero, el contratista se negó a entregarlas; las reclamaciones no tienen sustento pues están incluidas dentro del valor global propuesto en la oferta.

3. La sentencia apelada

En sentencia de 11 de julio de 2003 (fl. 383 cdno. ppal) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B negó las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

1) Las reclamaciones del contratista debieron estar soportadas en salvedades a las adiciones de contrato pactadas pues, de lo contrario, se entiende que aceptó las obligaciones y remuneración acordadas; en esas condiciones, las reclamaciones por mayor permanencia en obra debieron presentarse cuando se acordaron las ampliaciones del plazo; todas las medidas adoptadas en el curso de la ejecución contractual fueron asumidas de mutuo acuerdo por las partes y conocieron de las consecuencias económicas que soportaban en virtud de estas.

2) Al pactar la adición no. 1 las partes del contrato manifestaron que esta no incrementaba el valor de la labor a cargo del contratista; con la adición no. 2 se incrementó el valor del contrato *“con lo cual se entendía que se preservaba el equilibrio financiero del contrato”*; en la adición no. 3 no se hizo ninguna reclamación y, en las 4 y 5 se renunció expresamente a reclamaciones económicas.

3) Al momento de pactar las adiciones el contratista podía pedir las compensaciones correspondientes, sin embargo, solo lo hizo luego de ejecutado el contrato y en ese momento eran improcedentes sus reclamos porque las adiciones 1, 3, 4 y 5 se pactaron sin impacto económico en favor del contratista; en aplicación del artículo 1602 del Código Civil no es admisible que se pretenda desconocer el alcance de lo acordado y como los demandantes no alegaron vicios del consentimiento en esos negocios jurídicos no es posible desconocer su efectos.

4) La entrega de predios no era una obligación a cargo del IDU por lo que no pudo haber incumplimiento derivado de ello y, de todas maneras, no había un plazo límite para adelantar la entrega según el contenido del pliego de condiciones, igual ocurrió con el retiro de escombros que no está previsto en el contrato como una obligación a cargo de la contratante por lo que no pudo haberla incumplido.

4. El recurso de apelación

Dentro de la oportunidad legal (fl. 405 cdno. ppal) la contratista apeló con el fin de que se revoque la sentencia y se concedan todas las súplicas de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

1) No existe sustento legal que prevea un requisito de procedibilidad para reclamar el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales, y el contratista solo estaba obligado de dejar salvedades en el acta de liquidación y así lo hizo.

2) Las adiciones pactadas correspondieron a nuevas realidades durante la ejecución, tienen autonomía respecto del contrato principal y no es posible exigir en estos constancias de insatisfacción con el negocio que se está celebrando porque el daño que sufrió solo adquirió certeza luego de ejecutar las prestaciones, además, es la administración quien redacta los acuerdos y el contratista solo puede adherir a estos, con todo, esas adiciones no subsanaron la mayor permanencia ni las mayores cantidades de obra reclamadas.

3) La jurisprudencia ha reconocido que la mayor permanencia en obra puede derivar de la ampliación del plazo contractual.

4) La demandada no cuestionó las pruebas periciales con las que se acreditó la ruptura del equilibrio contractual y la segunda instancia debe analizar estas evidencias que no fueron abordadas por el tribunal.

5) La buena fe se presume y no puede señalarse que el contratista obró de mala fe sin evidencia que lo respalde.

6) La decisión del *a quo* vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia porque se funda en un precedente posterior a la época en que ocurrieron

los hechos, de modo que las partes nunca conocieron esa postura para poder aplicarla en sus actuaciones.

7) La sentencia apelada no hizo referencia al pliego de condiciones, documento que sirve de base a las pretensiones de incumplimiento en tanto contiene las obligaciones a cargo de la contratante que, a juicio del tribunal, no quedaron probadas; adicionalmente, las partes aceptaron que el pliego era parte integrante del contrato y no tacharon esa evidencia por lo que debe valorarse.

8) No era posible dejar sin asignar la obligación sobre entrega de los predios porque sin estos las obligaciones contractuales serían de imposible cumplimiento.

9) La estipulación según la cual la no entrega de predios por parte del IDU no sería causal de mayores costos es ineficaz de pleno derecho en los términos del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 porque impone renuncia a reclamaciones por condiciones y exigencias de imposible cumplimiento.

10) No es cierto que en el contrato a precio global se encuentren incluidos todos los posibles sobrecostos en los que incurra el contratista, ello solo ocurre en condiciones normales de ejecución pero no ante incumplimientos de la contratante o situaciones extraordinarias; en este caso la ejecución tardó 558 días, cuando originalmente se había previsto ejecutar en 273.

11) El contratista está en libertad de acreditar judicialmente los daños sufridos por cualquier medio probatorio aunque no hubiera concurrido a probarlos ante la administración.

12) El desequilibrio económico derivado del alza desmesurada en los precios del asfalto también se probó pericialmente y fue puesta de presente al IDU durante la ejecución.

5. Alegatos de conclusión

En el término para presentar alegaciones finales el IDU (fl. 475 cdno. 1) indicó que no le prohibió a su contratista expresar salvedades o inconformidades en el momento de suscribir las adiciones y que estas fueron pactadas para evitar un desequilibrio económico; al contratista le correspondía verificar la disponibilidad de

los predios necesarios para la construcción del proyecto y acordaron que la no entrega de estos no sería causal de reclamaciones económicas contra el IDU; por tratarse de un contrato a precio global el precio incluía todos los costos directos o indirectos necesarios para la ejecución de la obra; de otro lado, cuestionó el valor probatorio del dictamen pericial tendiente a estimar el monto de los perjuicios porque fue elaborado teniendo como única fuente la información entregada por el consorcio.

Por su parte, la parte actora (fl. 487 cdno. 1) insistió en los argumentos de la apelación y se refirió a las comunicaciones cruzadas con la contratante respecto de los puntos que generan su reclamación económica y a los dictámenes periciales practicados en el curso del proceso, evidencias que a su juicio demuestran el incumplimiento de la demandada, la ruptura del equilibrio económico del contrato y los perjuicios que le fueron irrogados.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Objeto de la controversia

El 26 de diciembre de 2005 (fl. 18 cdno. 2) el IDU y el Consorcio CICÓN – KMA II suscribieron el contrato no. 106 para la construcción de un tramo de la Avenida Ciudad de Cali por valor de \$14.027.191.089 y un plazo inicial de ejecución de nueve meses, aunque el contrato se liquidó bilateralmente el contratista dejó salvedad expresa en relación con las pretensiones que se ventilan en este proceso, en los siguientes términos:

“El contratista se reserva el derecho de reclamar judicialmente los perjuicios derivados de los hechos descritos en la reclamación administrativa de fecha 23 de junio de 2008, identificada con el consecutivo CCKII-GT-106-181-08 y radicado en el IDU con el No. 119646 de la misma fecha que se resumen a continuación: (i) el incumplimiento por parte del IDU por no adquisición de la totalidad de los predios en los cuales se debía ejecutar el contrato al momento de iniciar la ejecución del mismo; (ii) el incumplimiento del IDU en relación con la entrega oportuna de los diseños y planos de señalización y de la calidad e idoneidad de los mismos; (iii) el incumplimiento del IDU relativo a la demolición de predios y retiro de escombros; (iv) la mayor permanencia en obra por la entrega inoportuna de los predios por parte del IDU; (v) la mayor permanencia en obra por la presencia del par vial entre el K0+000 (Transversal 91) y el K0+055 y perpendicularmente a la altura del K0+360 (carrera 93); (vi) la mayor permanencia en obra por la demora por parte de la interventoría y del IDU en aprobar la inspección del alcantarillado mediante circuito cerrado de televisión CCTV; (vii) la mayor permanencia en obra por la demora de la interventoría y del IDU

en aprobar la compra de materiales para la remodelación de la red matriz de acueducto ubicada entre el K0+005 y el K0+050 aproximadamente; (viii) la mayor permanencia en obra por la construcción de muros de confinamiento no previstos inicialmente, como solución a la entrega tardía de los predios; (ix) la mayor permanencia por actividades de retiro y reubicación de redes de energía, telefonía, acueducto y alcantarillado existentes; (x) la mayor permanencia debido a la especial temporada invernal que se produjo durante la ejecución del contrato; (xi) la mayor cantidad de obra y/o obras adicionales necesarias para realizar la inspección con cámaras de televisión del alcantarillado; (xii) la mayor cantidad de obra y/o obras adicionales derivadas de las modificaciones al diseño de las tuberías; (xiii) la mayor cantidad de obra y/o obras adicionales necesarias para llevar a cabo la demolición en el predio entre las abscisas K0+005 y K0+050; (xiv) la mayor cantidad de obra y/o obras adicionales necesarias para llevar a cabo la construcción de una red de alcantarillado paralela y provisional en las abscisas K0+000 y K0+080; (xv) la mayor cantidad de obra y/o obras adicionales derivadas de la modificación de los diseños y planos de señalización; (xvi) la mayor cantidad de obra y/o obras adicionales necesarias para llevar a cabo la construcción muros de confinamiento no previstos inicialmente, como solución a la entrega de los predios; (xvii) la mayor cantidad de obra y/o obras adicionales necesarias para atender las inundaciones esperadas (ampliación de sumideros y construcción de dos ramales de la red sanitaria); (xviii) la mayor cantidad de obra y/o obras adicionales necesarias para llevar a cabo el suministro de pilotes de madera; (xix) la mayor cantidad de obra y/o obras adicionales necesarias para la obras de inauguración de la obra (sobrecostos para retirar escombros y tierra negra depositados por zorreros a lo largo del humedal); (xx) la mayor cantidad de obra y/o obras adicionales derivadas de la ejecución de sumideros especiales; (xxi) la mayor cantidad de obra y/o obras adicionales necesarias para el retiro y demolición de predios (los predios se entregaron con construcciones y/o escombros que debían ser retirados por el consorcio); (xxii) la mayor cantidad de obra y/o obras adicionales para el mejoramiento de la subrasante de la estructura de la vía y (xxiii) el aumento desmesurado e imprevisible de los precios del asfalto.” (fl. 54 cdno. 2).

En línea con las referidas salvedades el contratista reclamó en la demanda la declaratoria de incumplimiento de su contraparte por el inicio tardío de la ejecución, la no entrega oportuna de predios y diseños, la falta de idoneidad y oportunidad de los diseños, la no ejecución de labores de demolición y el no retiro de escombros; simultáneamente deprecó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por mayor permanencia en obra y mayores cantidades de obra derivadas de demoras en la ejecución que se atribuyen a la contratante, y de la necesidad de ejecutar trabajos que la administración no ejecutó pese a que le correspondían o cuya necesidad derivó de la entrega tardía e imprecisa de los diseños.

Para el *a quo* las pretensiones no estaban llamadas a prosperar porque las partes adicionaron de mutuo acuerdo el plazo y valor del contrato, además, por haberse pactado un precio global por la obra no es posible reclamar mayores costos; la

apelante insiste en los incumplimientos y desequilibrios alegados sobre la precisión de que las adiciones no se pactaron para paliar los efectos económicos del incumplimiento y del desequilibrio en tanto estos solo se pudieron verificar en forma posterior.

Conforme a lo expuesto debe determinarse, en primer lugar, si el Instituto de Desarrollo Urbano incumplió sus obligaciones contractuales y las consecuencias que de ello derivaron para las partes, para lo cual será necesario precisar las obligaciones y derechos que el contrato asignaba a cada uno de sus extremos en relación con los puntos materia de controversia; en segundo término, se abordará el análisis del equilibrio económico lo que impone verificar, de un lado, si la administración varió las condiciones ofrecidas al contratista y, de otro, si el alza en los precios del asfalto y las lluvias presentadas durante la ejecución eran imprevisibles y afectaron de manera grave la economía del contratista.

Desde ahora se advierte que, en buena parte, lo reclamado a título de desequilibrio económico guarda identidad con los presuntos incumplimientos del IDU y no se atribuye en la demanda a circunstancias imprevistas sino al actuar antijurídico de la contratante quien, a juicio de la actora, no honró sus obligaciones contractuales lo cual generó mayores costos durante la ejecución; así las cosas, debe deslindarse aquello que corresponde verdaderamente a un incumplimiento contractual aunque se lo haya denominado también desequilibrio económico y determinar, conforme a la realidad del caso, si se presentaron los incumplimientos y desequilibrios alegados.

La sentencia será confirmada porque el contratista no acreditó con suficiencia que las obligaciones que estima incumplidas estuvieran exclusivamente previstas a cargo de la contratante ni la forma y condiciones en que debían cumplirse, por el contrario, las evidencias parciales aportadas permiten advertir que algunas de ellas estaban a cargo de la contratista; de otro lado, tampoco se demostró el rompimiento del equilibrio financiero del contrato en ausencia de los elementos de juicio objetivos que permitan verificar si efectivamente la administración varió las obligaciones inicialmente pactadas y la forma en que fueron estimados los costos de la oferta.

Para llegar a esas conclusiones el análisis se abordará en tres partes, en la primera (i) se diferenciarán las figuras del incumplimiento contractual y

desequilibrio económico del contrato; luego, (ii) se referirá la Sala al incumplimiento del contrato y, finalmente, (iii) se pronunciará respecto del desequilibrio económico reclamado, conforme a las precisiones que anteceden.

2. Diferencias entre incumplimiento y desequilibrio económico del contrato

El contrato, fuente natural de las obligaciones, da origen a compromisos a cargo de quienes lo suscriben por razón del concurso de sus voluntades que, según el artículo 1602 del Código Civil “*es ley para los contratantes*” y, en esas condiciones el ordenamiento jurídico privilegia la posibilidad de reclamar judicialmente por las consecuencias del incumplimiento, en efecto, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo aplicable a la presente actuación prevé como una de las posibilidades derivadas de la acción de controversias contractuales la de pedirle al juez del contrato que declare el incumplimiento y disponga la reparación de los perjuicios derivados de este.

Sin duda el comportamiento de uno de los contratantes respecto de sus obligaciones sirve de título para reclamar, por parte del contratante cumplido, el resarcimiento de los perjuicios derivados de la transgresión de su contraparte al acuerdo que rige su relación jurídica, tal posibilidad encuentra fundamento en el artículo 90 superior, por virtud del cual cuando el Estado causa un daño antijurídico está llamado a resarcirlo y, de igual manera, en las disposiciones del Código Civil (artículo 1546 y 1613 a 1616) que regulan la responsabilidad por el incumplimiento contractual.

La aplicación de la cláusula general de responsabilidad del Estado (artículo 90 Superior) como las normas civiles y comerciales aplicables a los contratos dan lugar a la reparación plena de los perjuicios, esto es, permiten reclamar la indemnización de todos y cada uno de los daños causalmente ligados con el incumplimiento; por su parte, la figura del desequilibrio financiero está prevista para evitar que situaciones posteriores a la suscripción del contrato afecten la ecuación económica atendido el hecho de que quien acude como colaborador de la administración no quede llamado a soportar las situaciones financieras adversas graves e imprevisibles que puedan surgir durante la ejecución.

La jurisprudencia de la Sección ha sido reiterativa en aceptar que existen diferentes eventos que pueden dar lugar a la ruptura del equilibrio financiero del contrato: (i) el acaecimiento de hechos imprevistos, imprevisibles e irresistibles, esto es, factores externos y ajenos a las partes, (ii) el ejercicio de la voluntad de la administración en ejercicio de los poderes su supremacía dentro de la relación contractual y, (iii) la expedición una decisión estatal derivada del ejercicio de sus poderes soberanos, con la potencialidad para afectar situaciones propias de la relación negocial²:

“[L]a ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes. La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina ‘hecho del príncipe’ y ‘potestas ius variandi’ (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada ‘teoría de la imprevisión’ y, paralelamente, en la ‘teoría de la previsibilidad’.

Se concluye entonces que el equilibrio contractual puede alterarse (i) por situaciones ajenas a las partes, caso en el cual estas deben ser imprevisibles e irresistibles, y (ii) por decisión de la administración, en ejercicio del poder soberano o del *ius variandi* que le permite introducir variaciones a los acuerdos en aras de la satisfacción del interés general; en estos eventos, conforme lo prevé el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, el contratista tiene derecho a que el valor intrínseco del contrato no se altere.

Aunque la norma en cita prevé que esa obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato también deriva del incumplimiento contractual, en tanto señala que *“si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”*, la jurisprudencia ha aceptado que los eventos de

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de mayo de 2019, exp. 43306, MP Carlos Alberto Zambrano Barrera.

incumplimiento del contrato dan lugar a una reparación plena de perjuicios y no únicamente al mentado restablecimiento en razón de los argumentos expuestos líneas atrás.

En síntesis, el incumplimiento del contrato corresponde a un desconocimiento antijurídico de lo pactado y da lugar a la parte cumplida a reclamar la indemnización plena de los perjuicios, mientras que la ruptura del equilibrio contractual ha de obedecer a hechos posteriores externos e imprevisibles o decisiones jurídicas de la administración, caso en el cual solo está obligada a llevar al contratista a un punto de no pérdida o a restablecer la ecuación inicial del contrato cuando ha introducido modificaciones unilaterales que la desequilibren.

3. El incumplimiento del contrato en el caso concreto

El Instituto de Desarrollo Urbano dictó el pliego de condiciones para la contratación de las obras de *“construcción de la Avenida Ciudad de Cali desde la Transversal 91 hasta el aproche oriental de los puentes vehiculares sobre el brazo del humedal Juan Amarillo en Bogotá D.C.”* con un plazo de ejecución de nueve meses, una fase de preconstrucción de un mes, siete meses de construcción y uno para el recibo final.

Sin embargo, surge dificultad para establecer con certeza las obligaciones de cada parte y su forma de cumplimiento toda vez que solo se aportó el capítulo I del pliego de condiciones que estableció las condiciones generales del proceso de selección pero no los anexos y apéndices contentivos de las especificaciones técnicas de los trabajos a desarrollar, en esas condiciones no es posible determinar las obligaciones que cada parte asumió respecto de la ejecución del contrato³ y, particularmente, confirmar lo alegado por la apelante respecto de algunas de ellas que, según afirma, fueron estipuladas con claridad en el pliego.

Esa falencia probatoria es atribuible a la actora quien, para probar el incumplimiento de su contraparte, tenía la carga de demostrar con claridad las obligaciones derivadas del contrato pese a lo cual no aportó el texto completo del pliego de condiciones y anexos; se limitó a pedir que se oficiara al IDU pidiéndole

³ Según lo pactado en el contrato “las partes acuerdan que el presente contrato se regirá por los siguientes documentos que forma parte integral del mismo”: “a) cláusulas comunes del contrato, b) pliego de condiciones y sus anexos y apéndices y, c) la propuesta presentada por el contratista”.

el “*pliego de condiciones en lo relacionado con las actividades a cargo del contratista (capítulo de condiciones generales)*” (fl. 64 cdno. 1); efectivamente, así se decretó la prueba y el IDU solamente allegó lo solicitado, esto es, el capítulo I del pliego relativo a las condiciones generales de la contratación.

Tampoco se trajo la oferta técnica y económica formulada por el contratista, de modo que, aunque la Sala comparte lo afirmado por la apelante respecto de la ineficacia de las obligaciones de extensión ilimitada a cargo del contratista, las pruebas presentadas no permiten establecer con claridad cuáles fueron las reales obligaciones que le correspondían y, en consecuencia, tampoco se hace viable establecer cuáles de las circunstancias invocadas en la demanda pudieron exceder lo que razonablemente correspondía a la contratista o constituir incumplimiento de la demandada.

Con la anterior precisión la Sala estima que las evidencias presentadas no permiten establecer el incumplimiento contractual alegado, tal como pasa a explicarse:

3.1 Mora en la suscripción del acta de inicio

Se acordó en el contrato que el acta de inicio se suscribiría dentro de los 10 días siguientes al cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato, así como de aquellos establecidos en el pliego de condiciones (fl. 21 cdno 2)⁴; como la suscripción del acta de inicio es una obligación condicional debía acreditarse por la actora que se cumplieron los presupuestos que la hacían exigible, contrario a ello no es posible verificar probatoriamente cuáles eran estas condiciones por no haberse aportado al proceso los pliegos de condiciones completos y, menos aún puede afirmarse que se cumplieron, de modo que no es posible estimar que el IDU incumplió porque no se sabe en que momento le fue exigible autorizar el inicio de la ejecución.

3.2 Tardanza en la entrega de predios

⁴ “5. Plazo. (...) *Parágrafo segundo. El acta de iniciación deberá suscribirse durante los diez (10) días hábiles con posterioridad al cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato, así como los establecidos en el pliego de condiciones*”.

Los apartes del pliego que se allegaron al proceso no dan cuenta de las condiciones en las que debía surtirse la entrega de predios y aunque el IDU alegó en la contestación de la demanda que este le imponía obligaciones al contratista en materia de predios durante la etapa de preconstrucción, esto tampoco se probó; en el contrato no se precisó la forma en que debía cumplirse esta obligación; la ausencia de pruebas respecto de las reglas precisas a las que estaba sujeto su cumplimiento impide declarar que el IDU transgredió lo acordado.

Tal como lo estimó el *a quo*, solo la adición no. 1 del contrato señala demoras en la entrega de predios como causa, entre otras, de los retrasos en la ejecución y ello condujo a una ampliación de mutuo acuerdo del plazo en dos meses; la demandada no reclamó incremento de la remuneración producto de la adición y, por el contrario, aceptó que *“las demás cláusulas del contrato principal no modificadas (incluido el precio) continúan vigentes y surten los efectos legales que ellas fijan”*.

La adición no. 1 fue solicitada conjuntamente por el contratista, la interventoría y directivos del IDU así:

“DEBIDO A DIFICULTADES EN LA ENTREGA DE PREDIOS (DEMORAS EN PROCESOS DE EXPROPIACIÓN), A CAMBIOS EN LOS DISEÑOS DE REDES HIDRÁULICAS, A IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS PARA CONTRARRESTAR LA BAJA CAPACIDAD PORTANTE DE LOS SUELOS, A OBRAS ADICIONALES NO PREVISTAS Y A LAS INTENSAS LLUVIAS PRESENTADAS DURANTE LOS DOS ÚLTIMOS MESES SE HACE NECESARIO PRORROGAR EL PLAZO PARA CUMPLIR LAS METAS FÍSICAS DEL CONTRATO.” (mayúsculas fijas originales – fl. 41 cdno. 3).

De conformidad con lo expuesto el contratista aceptó adicionar el plazo contractual en dos meses para superar diversos fenómenos, entre los que se encontraba la demora en la entrega de predios y no reclamó un incremento en la remuneración; por el contrario, admitió que el precio del contrato permaneciera inmodificado.

La Sala precisa que las salvedades o inconformidad que exigió el tribunal no tienen que ver con algún requisito de procedibilidad para acudir a esta jurisdicción; las partes acordaron aumentar el plazo de ejecución para superar algunos aspectos que demoraron la ejecución, sin modificar el precio pactado. Como así lo entendieron cuando firmaron la modificación, no resulta admisible considerar que ese acuerdo era independiente de los efectos económicos que estaba llamado a

generar porque, de ser así debieron acordarse de la misma forma, lo contrario equivaldría a sorprender a la contraparte quien, de buena fe, aceptó la adición bajo la convicción de que no le generaría costos adicionales; no se trata de afirmar que el contratista actuó de mala fe sino, de entender que no puede sorprenderse a la contratante con unos posibles efectos económicos del acto bilateral que no fueron acordados ni aceptados por ella.

La referida tesis jurídica no deriva de una postura jurisprudencial aislada adoptada en un tiempo determinado sobre la cual deban precisarse sus efectos temporales, sino de la aplicación de la ley en cuanto a la obligatoriedad de los contratos y a la aplicación de la teoría de los actos propios según la cual no es posible obrar en contra de estos.

Como se reclama el incumplimiento de una obligación particular y concreta (no entrega oportuna de los predios) y las partes acordaron ampliar el plazo para permitir el cumplimiento de esa obligación, no hay fundamento válido para considerar incumplida a la contratante que se ciñó a esa ampliación bilateral del plazo. Contrario a ello, en el apartado de forma de pago del pliego se estipuló:

“Las obras afectadas por predios, que no se puedan reprogramar dentro del plazo contractual, se pagarán dentro de las remuneraciones previstas, en concordancia con la programación aprobada por la interventoría y el IDU para el contrato y serán ejecutadas una vez se cuente con el respectivo predio o predios, considerándose que con este mecanismo se equilibra económicamente el contrato.” (fl. 233 cdno. 1).

Aunque no es posible interpretar aisladamente las cláusulas contractuales, la antes transcrita sugiere, acorde con la naturaleza del negocio y tal como lo reconoció al contestar la demanda, que la obligación de entrega de predios sí era del IDU, pero no da cuenta precisa de la forma y plazos en que esta debía realizarse; así las cosas, aunque no sería aceptable una obligación de extensión ilimitada respecto del deber de soportar demoras en la entrega de los predios, las evidencias aportada no dan cuenta del incumplimiento alegado.

De acuerdo con lo expuesto no hay evidencia suficiente para declarar incumplido al IDU por demoras en entrega de predios y, consecuentemente, no pueden prosperar las pretensiones por mayor permanencia derivadas de ese presunto incumplimiento.

3.3 Demora y deficiencia en la entrega de estudios y diseños

Las falencias probatorias derivadas de la no aportación del pliego de condiciones y de la oferta del contratista son transversales a todos los incumplimientos alegados, entre ellos el relativo a los diseños, porque no hay certeza de la forma en que el IDU debía cumplir esa obligación; por el contrario, se imponía a los oferentes conocer el sitio de las obras y realizar todos los estudios necesarios para la confección del ofrecimiento:

*“Será responsabilidad de los proponentes visitar e inspeccionar los sitios en los cuales se desarrollará el proyecto para el cual formulen propuesta. **Los proponentes deberán realizar todas las evaluaciones y estimaciones que sean necesarias para presentar su propuesta sobre la base de un examen cuidadoso de sus características, incluyendo los estudios, diseños, evaluaciones y verificaciones que consideren necesarios para formular la propuesta** con base en su propia información, de manera tal que el proponente deberá tener en cuenta el cálculo de los aspectos económicos del proyecto los cuales deben incluir todos los costos directos e indirectos que implique el cumplimiento del objeto del contrato, con todas las obligaciones y asunción de riesgos que emanan del mismo.*

Si el proponente que resulte adjudicatario ha evaluado incorrectamente o no ha considerado toda la información que pueda influir en la determinación de los costos, no se eximirá de su responsabilidad por la ejecución completa de las obras de conformidad con el contrato, ni le dará derecho a reembolso de costos, ni reclamaciones o reconocimientos adicionales de ninguna naturaleza.” (fl. 243 cdno. 1 - resalta la Sala).

Por su parte, el contrato tampoco da cuenta de las condiciones de ejecución y entrega de los diseños; únicamente previó una fase de apropiación de los estudios durante la preconstrucción y la obligación del contratista de revisarlos, modificarlos, ajustarlos e incluir en su propuesta los costos correspondientes:

“Valor de redes. Se pagará a precios unitarios fijos (con ajustes), mediante pagos mensuales de obra ejecutada, previa valoración del cumplimiento del contratista, la cual será efectuada por la interventoría.

Para la etapa de preconstrucción, los costos asociados requeridos para la revisión, ajuste o modificación de los diseños, deberán ser tenidos en cuenta en su propuesta, dado que el contratista asume responsabilidad de los diseños y los riesgos derivados”. (fl. 20 cdno 2).

De este modo, los diseños debían ser revisados por el contratista durante la fase de preconstrucción y sus falencias advertidas oportunamente por lo que el hallazgo tardío de presuntas fallas en los diseños no compromete la responsabilidad del IDU por incumplimiento.

La señalización del proyecto era una obligación que debía cumplirse antes del inicio de las obras y los planes de manejo de tráfico eran de cargo del contratista según el literal d) de la cláusula séptima del contrato. Las pruebas aportadas no permiten establecer que la entidad tenía que aportar los PMT por lo que no hay lugar a señalar que el IDU incumplió la obligación de entregarlos o que la cumplió en forma defectuosa.

Se insiste en que las variaciones a los diseños estaban incluidas en las obligaciones del contratista por lo que debía asumir su costo y, aunque ello no impone hacerse cargo del valor necesario para su ejecución, no se probó que la materialización de los cambios en los diseños impusiera obligaciones en exceso de lo pactado; para ello le correspondía a la actora acreditar el alcance de lo inicialmente acordado y que ello fue excedido producto de las modificaciones a los diseños; sin embargo, como no se aportaron las especificaciones iniciales del proyecto no es posible establecer que ello ocurrió y tal falencia probatoria impide la prosperidad de las pretensiones.

3.4 Demolición y remoción de escombros

La parte apelante reclama que el IDU incumplió las obligaciones de demolición y remoción de escombros que estaban a su cargo pero, no acreditó que esa obligación estuviera a cargo de la contratante; tal como lo estimó el *a quo*, el contrato solo le asigna al IDU la obligación de pagar el precio y las labores de construcción eran de cargo del contratista y debían incluir todos los costos directos e indirectos:

“Debe tenerse en cuenta que la contratación a precio global comporta que el Contratista, a cambio de las obligaciones o prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global, en la cual están incluidos honorarios, utilidad, vinculación de personal, subcontratos, obtención de materiales, impuestos, costos que implica el manejo del componente social y ambiental, y en general todos los costos directos e indirectos requeridos para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Acudir a esta forma de pago significa que el valor pactado es vinculante y el contratista tiene la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio y, consecuentemente, asume el riesgo de mayores cantidades de obra así como el IDU el riesgo de menores cantidades. El precio pactado es determinado y, por tanto, corresponde al precio real del contrato.

Lo anterior, sin perjuicio de contratos adicionales cuando exista variación, modificación o adición al alcance físico de la obra contratada, cuando las mismas se requieran para garantizar la buena ejecución de los trabajos y el logro del fin perseguido con la contratación.” (se resalta - fl. 233 cdno 1).

Por consiguiente, para reclamar incumplimiento de la obligación de demoler y retirar escombros le correspondía al contratista probar que el IDU asumió esa obligación, lo que no hizo; contrario a ello, el contrato imponía al contratista la obligación de asumir el pago de acarreo de los escombros y, aunque no se determina si esto incluía los derivados de las demoliciones de estructuras en los predios afectados con la obra, estos no quedaron expresamente excluidos y la carga de probarlo era de la actora quien no cumplió con ella. Así se pactó:

“Obligaciones en materia de documentos (...) 3) presentar mensualmente a la interventoría un reporte o planilla sobre los escombros generados y depositados así mismo una certificación original del volumen del material dispuesto durante el mes, expedido por el responsable de la escombrera (...). El contratista deberá cubrir los costos de acarreo a las escombreras autorizadas.” (fls. 23-24 cdno. 3).

De acuerdo con lo expuesto no se encuentran acreditadas las obligaciones que el contratista afirma incumplidas por el IDU; las solas reclamaciones del contratista sobre el presunto incumplimiento que formuló durante la ejecución no permiten zanjar la ausencia de las reglas objetivas que gobernaban la ejecución.

De otra parte, los dictámenes periciales practicados en el curso del proceso tampoco tienen por sí solos la fuerza suficiente para demostrar los incumplimientos alegados, tal como se explica a continuación:

El primero estuvo a cargo de un ingeniero civil quien se refirió a la existencia de presuntos incumplimientos del IDU en la adquisición de predios, a la mayor permanencia en obra y obras adicionales; al respecto se destaca que la labor del auxiliar de justicia es brindar apoyo en temas científicos o técnicos ajenos a la experticia del juez mas no emitir concepto sobre las materias jurídicas propias de la controversia, por lo cual deben desecharse las conclusiones según las cuales se afirma que *“de acuerdo con el texto del contrato y los pliegos de condiciones”* (fls. 1-25 cdno. 4), las partes tenían o no determinadas obligaciones pues, se reitera, la Sala no cuenta con esos referentes documentales para establecer a ciencia cierta el alcance de lo pactado.

El segundo dictamen es contable (fls. 576 y ss cdno 5) y se refiere a los presuntos mayores costos en los que incurrió el contratista de acuerdo con la contabilidad presentada por él; sin embargo, no está soportado en un análisis comparativo con la oferta del consorcio contratista sino únicamente en los asientos contables, documentos que permiten establecer aquello que registró el consorcio como mayor permanencia y obra adicional pero, no a lo que efectivamente se obligó, de modo que pueda estimarse si lo ejecutado excedió las obligaciones adquiridas por razón del incumplimiento de su contraparte; por tales razones se confirmará la sentencia apelada que negó la declaratoria de incumplimiento.

4. Desequilibrio económico

El contratista pretende el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que considera alterado por distintas situaciones que se presentaron durante la ejecución pero, según se anticipó, algunos de estos reclamos derivan de presuntos incumplimientos del contratista y no de situaciones imprevisibles o de variaciones introducidas por la contratante.

En efecto, se reclama nuevamente a título de desequilibrio la demora en la entrega de predios, presuntos problemas con los diseños con las demoras en la aprobación en la compra de materiales para la red de acueducto, en la aprobación de la inspección del alcantarillado y demoliciones que el contratista afirma tuvo que asumir porque el IDU no las realizó teniendo la obligación, aspectos todos estos que se atribuyen en la demanda a una conducta antijurídica del IDU y no a situaciones imprevistas o del ejercicio del *ius variandi*; al identificarse como incumplimientos esos reclamos quedaron zanjados en el acápite que antecede por cuanto no se acreditó el alcance de las obligaciones pactadas sobre estos items; en todo caso, aunque se analicen bajo la óptica del desequilibrio económico no están llamados a prosperar al ser evidente que no derivan de circunstancias imprevisibles sino del presunto desconocimiento antijurídico de lo pactado

Ahora, también se alegan situaciones que se pueden identificar con el *ius variandi* como la presencia del par vial, cambios en la señalización, construcción de muros de confinamiento no previstos, reubicación de redes no previstas, construcción de una red de alcantarillado paralela, modificación al diseño de las tuberías y, en general, mayores cantidades de obra no previstas; estos reclamos sí corresponden realmente a posibles desequilibrios, sin embargo, por no haberse

presentado prueba de las obligaciones que fueron asumidas por el contratista no es posible concluir que estas fueron variadas o alteradas unilateralmente por la administración.

Para establecer si se presentaron las variaciones alegadas en la demanda y el recurso era preciso comparar lo reclamado con la totalidad de las especificaciones, anexos y apéndices del pliego de condiciones para verificar si efectivamente no estaba incluido en las obligaciones que asumió el contratista por un precio global, lo propio acontece con las prestaciones que se pactaron a precios unitarios las cuales imponían la acreditación de la cantidades de obra ofertadas y previstas inicialmente, nada de lo cual se demostró.

Según lo examinado en precedencia, la Sala solo cuenta con la información parcial acerca de lo pactado que incluía unos componentes generales⁵ y la forma de remuneración, pero, no con la evidencia detallada de aquello que efectivamente se pagaría con lo acordado inicialmente. Se acreditó que mediante la adición no. 2 incrementó el precio en \$1.181.922.798 con fundamento en lo siguiente:

“DEBIDO A QUE DURANTE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN SE ENCONTRARON TUBERÍAS DE ACUEDUCTO (RED MATRIZ DE 24’) Y DE ALCANTARILLADO DE 36’ EN MAL ESTADO QUE INTERFIEREN CON LA VÍA, SE HACE NECESARIO EFECTUAR REDISEÑOS DE LOCALIZACIÓN DE LAS MISMAS, SOMETERLOS A APROBACIÓN DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ Y EFECTUAR EL PROCESO DE SUMINISTRO DE TUBERÍAS Y DE CONSTRUCCIÓN Y A OTRAS OBRAS ADICIONALES NO PREVISTAS COMO MUROS DE CONTENCIÓN PARA PROTECCIÓN DE VIVIENDAS Y ADECUACIÓN DE ZONAS DE ESPACIO PÚBLICO REMANENTES POR FUERA DEL ÁREA DEL PROYECTO QUE DEMANDAN TIEMPO Y RECURSOS ECONÓMICOS PARA SU CONSTRUCCIÓN” (fl. 45 cdno. 3 - mayúsculas fijas del original).

Como se aprecia, la adición no. 1 solo da cuenta de algunas obras nuevas que surgieron durante la ejecución y que fueron remuneradas con la suma allí fijada pero, no permite establecer si se impusieron otras obras o trabajos que estuvieran

⁵ Así se pactó: “Para los efectos legales el valor del presente contrato es hasta la suma de CATORCE MIL VEINTISIETE MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL OCHENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$14.027.191.089) (...) discriminado de la siguiente manera: (...) \$12.199.344.584, como valor total de la construcción (...) 9.071.147.445 como valor global para las obras de construcción, \$512.404.583 como valor global para la gestión ambiental y gestión social (...) \$49.736.388 como valor global para el manejo de tráfico, señalización y desvíos durante la etapa de construcción y (...) \$2.566.056.168 como valor total de las obras para las redes de servicios públicos” (fl. 14 cdno 3).

por fuera de lo acordado; luego se pactaron tres adiciones en plazo (fl. 47 y s.s. cdno 3) para adelantar obras no previstas que tampoco permiten determinar si estas se encontraban dentro de lo que se remuneró con los precios acordados⁶.

El adicional no. 3 hace referencia a la necesidad de ejecutar obras *“no previstas de redes de servicios públicos para evitar las inundaciones en el sector, dentro de las que se encuentran la renovación de una red de alcantarillado de 36’ que está en mal estado”* (fl. 47 cdno 3), sin que pueda establecerse con certeza si se trata de los trabajos remunerados con el adicional no. 2 o de otros distintos; de igual manera, se requería la construcción de sumideros, ajustes en redes de servicios públicos de acueducto y telefonía, respecto de las cuales tampoco se sabe si excedían lo incluido en el precio acordado.

Por su parte, los adicionales 4 y 5 (fls. 49 y ss cdno 3) aumentaron en 1 mes y 45 días, respectivamente, la ejecución con la premisa de que *“la presente modificación no genera costos adicionales para el IDU”* y *“las demás cláusulas del contrato principal no modificadas continúan vigentes y surten los efectos legales que ellas fijan”*, de donde surge palmario que las partes acordaron que esas modificaciones no podían generar pagos adicionales en favor del contratista y, se insiste, tampoco se puede precisar con certeza si correspondían a trabajos diferentes a los previstos y remunerados con el precio pactado ya que el contrato

⁶ El pliego de condiciones preveía lo siguiente respecto de la remuneración:

“Valor para obras de construcción. Se pagará a precio global fijo (con ajustes), mediante pagos mensuales de obra ejecutada, previa valoración del cumplimiento del contratista, la cual será efectuada por la interventoría.

Valor para gestión social y ambiental. Se pagará a precio global fijo (con ajustes). Este valor será dividido en el número de meses de la etapa de construcción y se pagará una parte en cada acta mensual, previa valoración del cumplimiento del contratista, la cual será efectuada por la interventoría conforme a lo indicado en el apéndice E.

Valor para manejo de tráfico, señalización y desvíos en la etapa de construcción. Se pagará a precio global fijo (con ajustes). Este valor será dividido en el número de meses de la etapa de construcción y se pagará en parte en cada acta mensual, previa valoración del cumplimiento del contratista, la cual será efectuada por la interventoría.

Valor de redes. Se pagará a precios unitarios fijos (con ajustes), mediante pagos mensuales de obra ejecutada, previa valoración del cumplimiento del contratista, la cual será efectuada por la interventoría.

Para la etapa de preconstrucción, los costos asociados requeridos para la revisión, ajuste o modificación de los diseños, deberán ser tenidos en cuenta en su propuesta, dado que el contratista asume responsabilidad de los diseños y los riesgos derivados.” (fl. 20 cdno 2).

inicial sí incluía modificación de redes de servicios públicos y adecuación de estas a las exigencias de las empresas correspondientes⁷.

En cuanto a las mayores cantidades de obra en los ítems de limpieza e inspección de redes, diseño de espacio público, construcción de muros de confinamiento, ampliación de sumideros, mejoramiento de la subrasante, demoliciones y sumideros, no hay evidencia de que hubieran sido impuestos al contratista por encima de lo pactado; era carga procesal de la actora acreditar los términos de su ofrecimiento y de los pliegos para verificar que en estos ítems se impusieron trabajos que superaban aquellos a los que se comprometió y, en consecuencia, el incumplimiento de esta impide la prosperidad de las pretensiones.

Resta definir los reclamos de desequilibrio derivados de la temporada invernal y del incremento de precios del asfalto para lo cual debe partirse también de que producto de las deficiencias probatorias anotadas no se conoce si alguna de las partes asumió los riesgos derivados del clima y del aumento de precios de materiales.

En todo caso, respecto de las precipitaciones se pactaron las adiciones 1 y 5 en las que las partes acordaron aumentar el plazo, entre otras cosas, *“debido a las intensas lluvias”* y a la *“fuerte ola invernal”* (fls. 43 y 51 cdno 3), como dichas adiciones se aceptaron sin consecuencias económicas y sin salvedad del contratista sobre futuras reclamaciones no hay lugar a reconocer desequilibrio consecuencial.

Respecto de los precios del asfalto se sabe que el porcentaje de AUI estimado fue del 23,95% y que hubo un incremento en los precios del asfalto porque el perito contador refirió que *“de acuerdo con la lista de precios de ECOPETROL publicada en su página WEB, se puede observar que la tonelada de asfalto tenía un precio de lista de \$489.187 en noviembre de 2005, así mismo, a noviembre de 2007 la tonelada de asfalto presentaba según la página web de ECOPETROL un precio de tonelada de \$742.644. generándose un incremento del 51,81%”* (mayúsculas fijas originales - fl. 583, c. 5); también se refirió la cantidad de mezcla utilizada durante

⁷ Cláusula 7 del contrato: *“Obligaciones del contratista: (...) presentar constancia de recibo y aprobación de las respectivas Empresas de Servicios Públicos y Telecomunicaciones a las cuales se les haya ejecutado obra durante la ejecución del contrato donde consta la construcción de los distintos servicios públicos, para el caso en que existan redes en la zona de ejecución que no hayan sido intervenidas, se obliga a presentar el paz y salvo respectivo donde conste que no fueron afectadas”* (fl. 22 cdno. 3).

los trabajos y la fecha de las facturas de compra del asfalto. Para establecer las referidas diferencias el perito estimó que la afectación del contratista ascendió a \$92.929.104.

La Sala considera que no quedaron acreditados los presupuestos del desequilibrio económico porque, aunque señala que el valor de la mezcla de asfalto para la fecha de la propuesta era de \$489.187, no se conoce probatoriamente cuál fue el valor con el que se calcularon los costos globales de la oferta y, en tal virtud, no hay evidencia cierta de que el aumento en el precio de un ítem en particular desequilibró la ecuación financiera del contratista de modo que lo hubiera llevado a un punto de pérdida que deba ser restablecido. Tampoco hay evidencia sobre la imprevisibilidad del alza porque no se acreditó el histórico de la fluctuación del precio del asfalto a efectos de determinar si, en efecto, su incremento era imposible de prever.

Con fundamento en lo expuesto se confirma la decisión apelada porque no hay prueba de los incumplimientos ni del desequilibrio de la ecuación financiera del contrato alegados por la parte demandante y recurrente en esta instancia.

5. Costas

No se impondrá condena en costas en la instancia porque no hay evidencia de conductas temerarias o de mala fe atribuibles a las partes según lo exigía el Código Contencioso Administrativo para que pueda condenarse por este concepto.

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

FALLA

1º) Confírmase la sentencia de 11 de julio de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B que negó las pretensiones de la demanda.

2º) Sin costas en la instancia.

3º) Ejecutoriada esta providencia **devúelvase** el expediente al tribunal de origen previas las desanotaciones del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado ponente
(firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado (aclara voto)
(firmado electrónicamente)

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
(firmado electrónicamente)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados integrantes de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

ACLARACIÓN DE VOTO / SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL – No se deben exigir pues ello implica considerar que no dejarlas significa renunciar a las reclamaciones que puedan surgir de ellas / CÁLCULO DE LOS PERJUICIOS - No es posible exigirle contratista que desde la suscripción del aumento del plazo del contrato plantee los perjuicios / RECLAMACIÓN DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – No se puede obligar al contratista a renunciar a sus reclamaciones como condición para la cancelación de las sumas que se le adeuden / TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES - No permite atribuir al silencio el valor de aceptación o renuncia / DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL

Comparto la decisión adoptada en la sentencia de la referencia porque del material probatorio no se podía establecer la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada, ni por incumplimiento, ni por desequilibrio económico del contrato. No obstante, no estoy de acuerdo con dos asuntos: Como he indicado en otras oportunidades, para que se puedan reclamar los efectos económicos del incumplimiento no es preciso exigir salvedades en las prórrogas, pues ello implica considerar que no dejarlas significa renunciar a las reclamaciones que puedan surgir de ellas. No es posible exigirle contratista que desde la suscripción del aumento del plazo del contrato plantee los perjuicios que esta podrá generarle, porque en ese momento no conoce si incurrirá en costos no previstos, ni cuál será su monto. El numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 dispone que no puede obligar al contratista a renunciar a sus reclamaciones como condición para la cancelación de las sumas que se le adeuden. Por esta razón, entender que el silencio equivale a una renuncia, es una interpretación contraria a la norma. En el mismo sentido, la teoría de las obligaciones y del negocio jurídico no permite atribuir al silencio el valor de aceptación o renuncia, por lo que exigir la reclamación expresa, so pena de entender que se ha renunciado a reclamar los

costos por la prórroga, es contrario a los principios que rigen las relaciones contractuales. Ni la Ley 80 de 1993, ni las normas procesales aplicables en materia de lo contencioso administrativo han establecido la reclamación previa como requisito de procedibilidad para demandar los costos causados por la prórroga, por lo que no es dable al juez crear este tipo de requerimientos que, por tener efectos de carácter procesal, son de competencia exclusiva del legislador. En la sentencia, además, no se estudió este argumento adecuadamente. Simplemente se indicó que <<no tiene que ver con algún requisito de procedibilidad>>. No obstante, con la tesis expuesta, si el contratista no deja la salvedad, no se estudia la reclamación por los perjuicios causados por la prórroga. No resulta correcto considerar que el contratista debía reclamar al momento de la prórroga, pues esta tenía por finalidad tratar de cumplir la finalidad del contrato. Además, para el momento de la suscripción, no se tenía certeza de la fecha en que la entidad entregaría los predios. No puede obligarse al contratista a reclamar perjuicios que aún no conoce, ya que solo al momento en que los predios fueron entregados podría hacer un balance del efecto de la demora en la entrega de los mismos en la economía del contrato, así como de los costos reales que se asumieron en virtud de dicha demora, por lo cual cualquier reclamación previa carecería de sustento. Finalmente, en la liquidación, el contratista dejó la respectiva salvedad, por lo que cumplió con el deber de presentar en debida forma su reclamo tal como lo dispone el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Adicionalmente, no comparto la consideración conforme con la cual el origen de la responsabilidad contractual se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Política y sobre la diferencia entre el incumplimiento y restablecimiento del equilibrio económico. Ninguno de esos asuntos incide en el sentido de la decisión.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 5 NUMERAL 3 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 60

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Bogotá DC, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00579-01(48815)S

Actor: CICÓN SA Y KMA CONSTRUCCIONES SA

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Comparto la decisión adoptada en la sentencia de la referencia porque del material probatorio no se podía establecer la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada, ni por incumplimiento, ni por desequilibrio económico del contrato. No obstante, no estoy de acuerdo con dos asuntos:

1.- Como he indicado en otras oportunidades, para que se puedan reclamar los efectos económicos del incumplimiento no es preciso exigir salvedades en las prórrogas, pues ello implica considerar que no dejarlas significa renunciar a las reclamaciones que puedan surgir de ellas.

1.1.- No es posible exigirle contratista que desde la suscripción del aumento del plazo del contrato plantee los perjuicios que esta podrá generarle, porque en ese momento no conoce si incurrirá en costos no previstos, ni cuál será su monto.

1.2.- El numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 dispone que no puede obligar al contratista a renunciar a sus reclamaciones como condición para la cancelación de las sumas que se le adeuden. Por esta razón, entender que el silencio equivale a una renuncia, es una interpretación contraria a la norma.

1.3.- En el mismo sentido, la teoría de las obligaciones y del negocio jurídico no permite atribuir al silencio el valor de aceptación o renuncia, por lo que exigir la reclamación expresa, so pena de entender que se ha renunciado a reclamar los costos por la prórroga, es contrario a los principios que rigen las relaciones contractuales.

1.4.- Ni la Ley 80 de 1993, ni las normas procesales aplicables en materia de lo contencioso administrativo han establecido la reclamación previa como requisito de procedibilidad para demandar los costos causados por la prórroga, por lo que no es dable al juez crear este tipo de requerimientos que, por tener efectos de carácter procesal, son de competencia exclusiva del legislador. En la sentencia, además, no se estudió este argumento adecuadamente. Simplemente se indicó que <<no *tiene que ver con algún requisito de procedibilidad*>>. No obstante, con la tesis expuesta, si el contratista no deja la salvedad, no se estudia la reclamación por los perjuicios causados por la prórroga.

1.5.- No resulta correcto considerar que el contratista debía reclamar al momento de la prórroga, pues esta tenía por finalidad tratar de cumplir la finalidad del contrato. Además, para el momento de la suscripción, no se tenía certeza de la fecha en que la entidad entregaría los predios.

1.6.- No puede obligarse al contratista a reclamar perjuicios que aún no conoce, ya que solo al momento en que los predios fueron entregados podría hacer un

balance del efecto de la demora en la entrega de los mismos en la economía del contrato, así como de los costos reales que se asumieron en virtud de dicha demora, por lo cual cualquier reclamación previa carecería de sustento.

1.7.- Finalmente, en la liquidación, el contratista dejó la respectiva salvedad, por lo que cumplió con el deber de presentar en debida forma su reclamo tal como lo dispone el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

2.- Adicionalmente, no comparto la consideración conforme con la cual el origen de la responsabilidad contractual se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Política y sobre la diferencia entre el incumplimiento y restablecimiento del equilibrio económico. Ninguno de esos asuntos incide en el sentido de la decisión.

Fecha *ut supra*,

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado