



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

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 25000-23-36-000-2013-00211-01 (54714)
Demandantes: Consorcio CILOYD
Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU)
Referencia: Controversias contractuales

Temas: **Tema 1:** Cómputo del término de caducidad en controversias contractuales. **Subtema 1.1:** Norma procesal aplicable según tránsito legislativo. **Tema 2:** Equilibrio económico del contrato. Contrato de obra a precio global. **Tema 3:** Deber de declarar la nulidad del contrato. **Subtema 3.1.** Prohibición de adiciones al contrato que excedan el cincuenta por ciento (50%) del precio inicial. **Subtema 3.2.** Alcance de la declaración de nulidad. **3.3.** Restituciones mutuas. **Tema 4:** Dictamen pericial contable. **Tema 5:** Carga y necesidad de la prueba.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la sentencia del 29 de abril de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A que negó las pretensiones de la demanda.

I. SINTESIS DEL CASO

El contrato núm. 163 de 2006 tenía por objeto la construcción de la Avenida Los Comuneros entre la Avenida Circunvalar y la carrera 8ª de la ciudad de Bogotá. El contrato fue prorrogado y su precio fue incrementado en múltiples ocasiones, algunas de las cuales buscaron restablecer el equilibrio económico del contrato, que fue afectado por las graves falencias en los diseños de construcción. El consorcio contratista persigue el reconocimiento de lo que, en su criterio, corresponde al desequilibrio contractual no reconocido por la administración contratante.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

2.1.1. El veintidós (22) de febrero de dos mil trece (2013), las sociedades Obras y Diseños S.A. y Cilas E.U., integrantes del Consorcio Ciloyd (en adelante, el Consorcio) **demandaron**¹, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, al Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) en procura de que: (i) sea declarada la nulidad de la Resolución 1593 del 24 de mayo de 2010 en la que fue decidido unilateralmente el incumplimiento del contrato núm. 163 de 2006 por parte de la demandante, al considerarlo que contradijo normas superiores, e incurrió en falsa motivación, desviación de poder y violación del derecho de defensa; (ii) se declare el desequilibrio económico del contrato mencionado en desmedro de la parte actora; (iii) en consecuencia, se condene al IDU al pago del restablecimiento del equilibrio consistente en el mayor valor costado por el contratista para la

¹ F. 1-53, c. 1.



ejecución del contrato; y que (iv) el contrato núm. 163 de 2006 sea liquidado judicialmente.

2.1.2. En el escrito de demanda, la actora relata que, luego de concluir el procedimiento licitatorio adelantado por la demandada, el Consorcio y el IDU celebraron el contrato de obra núm. 163 del 29 de diciembre de 2006, que tuvo por objeto la construcción de la Avenida Los Comuneros desde la Avenida Circunvalar hasta la Carrera 8 en la ciudad de Bogotá, mediante el sistema de precio global con ajustes, que ascendía a \$8.306'148.832, previendo un plazo de ejecución de 7 meses, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación. Que, una serie de falencias respecto a los diseños y estudios previos de la obra impidió el inicio de la ejecución en los términos proyectados, lo que condujo a la celebración de múltiples modificaciones y adiciones al negocio, e igualmente dio lugar al rompimiento de la ecuación financiera contractual en perjuicio del Consorcio.

2.2. Trámite procesal relevante en primera instancia

2.2.1. El veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013) el Tribunal **admitió**² la demanda y ordenó notificar el admisorio al IDU, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y al agente del Ministerio Público.

2.2.2. El IDU **contestó** la demanda³ y se opuso por completo a las pretensiones formuladas por la demandante.

2.2.3. El veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014), en la **audiencia inicial**⁴ el litigio fue fijado en torno a: (i) la nulidad de la Resolución 1593 del 24 de mayo de 2010; (ii) el desequilibrio contractual que se habría presentado con *“los diseños ejecutados, el valor de un andén construido en el costado de la vía, la excavación de toca, la mayor permanencia en obra por causas no imputables al contratista, el periodo de improductividad de maquinaria, equipos y personal, las adecuaciones de la urbanización Santa Bárbara, la pérdida de la sub base granular que el interventor obligó a retirar, la construcción de cárcamos de redes de servicio, los sobrecostos financieros, y trabajos ejecutados y reconocidos por la interventoría cuyos precios unitarios nunca fueron aprobados por el IDU”*; y (iii) la liquidación del contrato de obra núm. 163 del 29 de diciembre de 2006⁵.

2.2.4. En la oportunidad para presentar **alegatos de conclusión en primera instancia**, la demandante⁶ y la demandada⁷ dieron a conocer sus argumentos de cierre. El agente del Ministerio Público, para ante el Tribunal, rindió concepto⁸.

2.3. La sentencia recurrida

En sentencia⁹ del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), el Tribunal negó las pretensiones. Inicialmente, descartó el error grave del dictamen pericial tramitado en el asunto, denunciado por el extremo demandado. Posteriormente, consignó la siguiente motivación:

² F. 67, c. 1.

³ F. 217-240, c. 1.

⁴ F. 355-362, c. 1.

⁵ Transcripción desde el 1:24:11 al 1:25:10 de la audiencia.

⁶ F. 432-446, c. 1.

⁷ F. 447-460, c. 1.

⁸ Rol asumido por el Procurador Judicial 136 Administrativo, Carlos Alberto Bohórquez Yepes.

⁹ F. 463-481, c. ppal.



2.3.1. En cuanto al acto administrativo demandado, consideró que no se configuró ninguna de las causales de nulidad señaladas porque: (i) no se violaron normas superiores, toda vez que la entidad demandada declaró el incumplimiento conforme a derecho, y en ejercicio de sus competencias legales y reglamentarias; (ii) fue respetado el debido proceso y el derecho de defensa, habiéndose comunicado al contratista las consecuencias del incumplimiento contractual; (iii) la resolución demandada fue soportada en medios de prueba que reflejaron la realidad de lo acontecido en la ejecución del contrato, y (iv) los supuestos fácticos y jurídicos invocados por la administración en dicho acto no fueron desvirtuados por la demandante.

2.3.2. En relación con el desequilibrio económico del contrato, el Tribunal observó que las múltiples modificaciones, actas y otros íes al contrato alcanzaron acuerdos, en los que se zanjaron las controversias relativas a los diseños y a las mayores cantidades de obra. Consideró el órgano colegiado que las obras adicionales fueron reconocidas al contratista, quien consintió sin objeción sobre su precio ni los costos que implicaban, y que fue restablecido consensualmente el desequilibrio contractual al punto de no pérdida, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

2.3.3. El *a quo* liquidó el contrato con reconocimiento al Consorcio del pago de \$8'297.798,70, "extrayendo lo consignado en el acta No. 100 de recibo final de obra del contrato 163 de 2006". Dicho balance fue consignado tanto en la parte motiva como en la resolutive de la providencia así:

CONTRATO, ADICIONES Y OTROSÍ	VALOR	DESCUENTOS	VALOR DE OBRA EJECUTADO	OBSERVACIONES
Valor del contrato inicial:	\$8.306.148.832	N.A.	N.A.	N.A.
Contrato adicional No. 1:	\$3.000.000.000	N.A.	N.A.	N.A.
Acta de mayores cantidades de obra No. 1:	\$3.500.000.000	N.A.	N.A.	N.A.
Acta de mayores cantidades de obra No. 2	\$3.000.000.000	N.A.	N.A.	N.A.
Ajustes causados	\$500.000.000	N.A.	\$15.739.010.609	El valor de obra ejecutado es la realizada [sic] hasta el 10 de agosto de 2009 (fl. c. 3)
Acta de reconocimiento de Desequilibrio económico (fl. 75, c. 2)	\$1.387.073.861	N.A.	N.A.	N.A.
Acta de ajuste No. 84 (fs. 75 c. 2)	\$270.588.302	\$135.737.001,87	N.A.	Obras pendientes Resolución 1593 de 2010 (fs. 97, c. 1)
Otrosí No. 2 del 29 de octubre de 2009 por desequilibrio económico del contrato (fls. 75, C. 2)	\$4.788.906.040	\$261.237.774	\$24.364.040.057,83	1) Concepto del descuento es por el valor auditorías según informe del auditor (fs. 62, c. 3) 2) valor de la obra ejecutada es el expuesto en el acta No. 100 de recibo final de obra del 30 de enero de 2012 (fs. 61 c. 3)
TOTAL	\$24.752.717.035	\$396.974.775,87	\$24.364.040.057,83	TOTAL A FAVOR DEL CONTRATISTA: \$8.297.798,7



2.3.4. Por último, la providencia de primera instancia condenó en costas, fijando por concepto de agencias en derecho la suma de \$18'214.933, a favor de la parte demandada.

2.3.5. Uno de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal presentó "*adición de voto*", en la cual consignó que el contrato debió anularse oficiosamente porque sobrepasó el límite de adiciones al precio del contrato, que fue superior al 50% del precio originalmente pactado.

2.4. El recurso de apelación

El diez (10) de junio de dos mil quince (2015), la demandante¹⁰ interpuso recurso de apelación¹¹ en contra de la sentencia de primer grado. Los motivos de inconformidad con la decisión fueron los siguientes:

2.4.1. El Tribunal erró en el fallo, al pasar por alto que hubo fallas en los diseños entregados por el IDU, lo que generó retrasos en el cronograma inicialmente delineado, e hizo necesaria la elaboración de nuevos diseños y la ejecución de obras imprevistas, por la afectación de redes de servicios públicos domiciliarios, con lo que el precio del contrato pasó de cerca de \$8.000'000.000 a más de \$40.000'000.000, y el plazo, pactado inicialmente en 8 meses se aproximara a los 4 años.

2.4.2. Al liquidar el contrato, el *a quo* se habría equivocado, dejando al demandante en estado de pérdida, y permitió así "*un enriquecimiento sin causa a favor del Estado y en contra del particular*", en cuanto: (i) incluyó el valor de una multa impuesta al contratista a través de la Resolución 1593 de 2010, pese a que ya había sido pagada a través de la póliza de cumplimiento, por lo que generó un "*doble pago de la sanción*"; (ii) se produjeron costos adicionales evidenciados por el perito en su dictamen, por un monto de \$16'278.058.433, "*por Reconocimiento Precio Global por \$3.346.458.239, por valor diseños \$0, por andén costado norte \$45.544.018, por excavación en roca \$4.670.962.882, por mayor permanencia en la obra \$5.174.578.328, por periodo de improductividad \$0, por adecuaciones urbanización Santa Bárbara \$140.966.368, por pérdida sub-base granular \$255.402.520, por construcción de cárcamos redes de servicio \$0, por sobrecostos financieros \$2.106.000.000, por obras ejecutadas y no reconocidas \$130.146.075*"¹².

2.4.3. El juzgador de primera instancia, a pesar de considerar que la prueba pericial practicada tenía valor probatorio, estimó que los valores habían sido conciliados por las partes en los otrosíes y actas que suscribieron, con lo que habría errado, ya que los gastos por cerca de \$24.000'000.000 referidos en el dictamen no fueron reconocidos por el IDU. Así las cosas, la censura apunta a que debieron reconocerse las sumas no establecidas en los otrosíes y las actas, dado que estas no llevan al punto de no pérdida del contratista.

¹⁰ La parte actora presentó el nueve (9) de junio de dos mil quince (2015) un escrito de recurso (f. 491-502, c. ppal.) a través del abogado Juan Pablo Orjuela Vega, facultado para ello conforme al poder conferido (f. 503, c. ppal.). Sin embargo, un día después, y mediante un apoderado diferente —el abogado Manuel Antonio Alarcón González— la demandante presentó poder (f. 522, c. ppal.) y recurso diferente al del anterior (f. 507-521, c. ppal.). En virtud del artículo 76 del Código General del Proceso, vigente para la fecha de interposición del recurso, deberá entenderse que la demandante revocó el poder de su abogado inicial y, en su lugar, designó al profesional Alarcón González como su nuevo apoderado en esta instancia. Por ello, solo tendrá en cuenta lo plasmado en el escrito presentado por este abogado.

¹¹ F. 507-521, c. ppal.

¹² Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, énfasis y mayúsculas que en este puedan encontrarse forman parte del texto original.



2.4.4. La diferencia entre lo evidenciado por el perito y lo reconocido por el IDU en actas y otrosíes, respecto de los ítems de excavación en roca, mayor permanencia en obra de 20,5 meses, sobrecosto financiero y reconocimiento del precio global, suma un total de \$14.177'846.304 por rubros que no fueron aceptados por la entidad contratante, por lo que no cabría afirmar que se encontrara en un punto de no pérdida. Recalca, además, que los sobrecostos se debieron, en buena parte, a "la falta de estudios y planeación de la entidad" por lo que le son enteramente imputables.

2.5. Trámite relevante en segunda instancia

2.5.1. A través del auto del doce (12) de agosto de dos mil quince (2015), el Despacho instructor **admitió** el recurso de apelación presentado por la actora el diez (10) de junio de dos mil quince (2015) y reconoció personería al apoderado de la demandante, Manuel Antonio Alarcón González¹³.

2.5.2. En la oportunidad destinada a la presentación de **alegatos de conclusión en segunda instancia**¹⁴, las partes presentaron sus respectivos argumentos¹⁵. El agente del Ministerio Público ante esta Corporación guardó silencio.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Vistos los argumentos de la decisión, y los reproches formulados por la apelante, la Sala acotará, en virtud de su competencia como órgano colegiado de segunda instancia¹⁶⁻¹⁷, la temática que será tratada en esta providencia. Para tal efecto, cabe destacar que el apelante:

3.1.1. No persiste en atacar la legalidad de la Resolución 1593 del 24 de mayo de 2010, que declaró el incumplimiento contractual del Consorcio, y únicamente mantiene como protesta que en la liquidación judicial haya sido incluida la suma impuesta por dicho acto, que ya fue pagado a través de la aseguradora garante, según la actora.

3.1.2. No discute que se produjo un desequilibrio económico del contrato durante la ejecución de la obra estipulada entre las partes del proceso, como lo reconoció el IDU, y lo ratificó el Tribunal. No obstante, mantiene la controversia acerca de si este fue restablecido por completo mediante las actas y otrosíes suscritas durante el desarrollo contractual, en concordancia con el pronunciamiento recurrido o si, por el contrario, este subsiste en las magnitudes reclamadas judicialmente por el extremo actor.

3.2. Precisado lo anterior, la Colegiatura deberá dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¹³ F. 532-533, c. ppal.

¹⁴ F. 537, c. ppal.

¹⁵ F. 538-541 (Consorcio); f. 546-549 (IDU), c. ppal.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060.

¹⁷ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. "Artículo 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión. [...] Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. [...]".



3.2.1. ¿En las actas y otros íes suscritos entre el Consorcio y el IDU durante la ejecución del contrato 163 de 2006 quedó completamente zanjado el restablecimiento del desequilibrio económico que afectó al contratista?

3.2.2. ¿La liquidación judicial del contrato debe incluir la suma por la que fue declarado el incumplimiento contractual del Consorcio, mediante la Resolución 1593 del 24 de mayo de 2010?

3.3. Antes de evaluar estos aspectos, y con ocasión del voto disidente consignado por uno de los miembros del colegiado *a quo* (aptdo. 2.3.5), la Sala deberá verificar si hay lugar a declarar la nulidad del contrato por exceder el 50% del valor original, conforme al deber del juzgador¹⁸ previsto en el artículo 1742 del Código Civil (CC)¹⁹, en concordancia con el artículo 45 de la Ley 80 de 1993²⁰ y el artículo 141 del CPACA²¹, tomando en consideración que el contrato núm. 163 de 2006 fue suscrito el veintinueve (29) de diciembre de dos mil seis (2006)²² y la demanda fue presentada el veintidós (22) de febrero de dos mil trece (2013)²³, con lo que se interrumpió²⁴⁻²⁵ el termino decenal de prescripción extintiva, previsto en el artículo 6 de la Ley 791 de 2002.

3.4. Estos interrogantes deberán ser respondidos con referencia al régimen sustantivo del contrato y al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007), en tanto el IDU es un establecimiento público²⁶ al que le son aplicables las disposiciones contenidas en dicha normativa²⁷.

IV. HECHOS PROBADOS, RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS ENUNCIADOS

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de octubre de 2020, exp. 48784, fundamento jurídico 4.2.

¹⁹ Artículo 1742. Subrogado por el art. 2º, Ley 50 de 1936. "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".

²⁰ "Artículo 45. De la nulidad absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. [...]".

²¹ CPACA. Artículo 141. "[...] El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes".

²² Hecho 4.2.

²³ Aptado. 2.1.1.

²⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. "Artículo 90. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado: [...]".

²⁵ LEY 153 DE 1887. "Artículo 40. Las leyes concientes á la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar á regir. Pero los términos que hubieren empezado á correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. [...]".

²⁶ Conforme al Acuerdo Distrital 19 de 1972 del Concejo de Bogotá, el IDU es un "establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente."

²⁷ Ley 80 de 1993: "ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: // 1o. Se denominan entidades estatales: // a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles." (Se subraya).



4.1. Según el extracto del pliego de condiciones de la licitación pública IDU-LP-DTC-038-2006, aportado al expediente²⁸, el objeto del procedimiento era elegir al contratista encargado de construir la

“AVENIDA DE LOS COMUNEROS ENTRE LA CARRERA 8ª (K0+450) HASTA LA AVENIDA CIRCUNVALAR (K1+530), INCLUYE la intersección con la Avenida Circunvalar, confinamiento del andén costado norte (bordillo); NO INCLUYE: 1. Construcción de plazoletas en los dos costados (norte y sur), 2. Andén del costado norte, conforme a los estudios y diseños realizados bajo el contrato IDU-146-2004 por la firma CONSORCIO AVENIDA COMUNEROS”. (Negrillas originales del texto).

4.1.1. Al describir las obras que serían contratadas, el pliego indicó que:

*“Previo al inicio de las obras, El Contratista contará con **un mes** para adelantar con la Interventoría la Etapa de Preconstrucción, donde el Contratista apropiará los diseños realizados por la firma GMC ingenieros Ltda., suministrados por el IDU, para lo cual después de revisar y verificar las memorias de cálculo, planos de diseño y demás documentación relevante, efectuará la apropiación de los diseños y tomará como suyos los tales. Esto deberá realizarse mediante la expedición de un acta de apropiación de los diseños suscrita entre el Contratista y la Interventoría de Obra. La motivación de la apropiación de los diseños deja constancia que el Contratista conoce y acepta totalmente los diseños y está en capacidad de asumir la responsabilidad total por la obra y garantizará la estabilidad de las obras independientemente de que los diseños sean entregados por el IDU.*

El Contratista de la obra tendrá un plazo máximo de 15 días calendario contados a partir del primer día (inclusive) de iniciada la etapa de preconstrucción, para revisar los estudios y diseños y pronunciarse ante la Interventoría bien sea apropiándose de dichos estudios y diseños, o presentando las observaciones que tengan sobre los mismos. Una vez se pronuncie el Contratista, la Interventoría tendrá un plazo máximo de 5 días calendario para responder al contratista sobre las observaciones que este presentó. A partir de la respuesta de la Interventoría, el Contratista tendrá un plazo máximo de 3 días para acatar de ser el caso, las observaciones de la Interventoría y apropiarse de los estudios y diseños. No obstante lo anteriormente expuesto, el Contratista deberá incluir dentro de su metodología todo el proceso y cronograma de revisiones, los pronunciamientos de la interventoría de obra, y en caso de requerirse aclaraciones por parte del consultor e interventor de diseños, prever los tiempos para dichos trámites, hasta la apropiación de los estudios y diseños por parte del Contratista, en un plazo máximo al estipulado en los presentes pliegos para la etapa de apropiación de los estudios y diseños.

Se aclara que la etapa de apropiación de los diseños se ciñe a definir que los diseños suministrados por el IDU se encuentran dentro de los lineamientos establecidos por las Normativas y Códigos existentes que regulan el estado del arte del diseño. En caso de efectuarse discrepancias conceptuales por incumplimiento de alguna normativa de diseño que ameriten una revisión por parte del Diseñador Principal, después de verificadas por la Interventoría de obra deberán ser remitidas al IDU para que la Entidad adelante las acciones pertinentes ante el Diseñador Principal. Mientras se adelantan las revisiones o se ejecutan los ajustes, complementaciones o modificaciones a los diseños para apropiación de los mismos, y si a ello hubiere lugar, podrá considerarse una suspensión de la preconstrucción, sin costo alguno de ningún tipo para el IDU por concepto del contrato.

[...] Una vez revisados, aprobados y/o modificados los diseños que el IDU puso a disposición de los Proponentes durante la Licitación y previa verificación por parte de la Interventoría, de que estudios y diseños estén orientados a que las obras a construir cumplan en un todo lo establecido en las Especificaciones Generales, las

²⁸ F. 24-38, c. 3.



Especificaciones Particulares de Construcción, los lineamientos establecidos por las Normativas y Códigos existentes y las empresas de servicios públicos al IDU, el Contratista iniciará la ejecución de las obras (sic) objeto del contrato. mediante la suscripción del acta de iniciación del Contrato para la ejecución de la Obra.

En todo caso, durante la etapa de preconstrucción el contratista debe efectuar las siguientes actividades:

- *Elaborar el Plan de Manejo de Tráfico Específico con la propuesta de señalización, desvíos y tipo de tráfico afectado, radicación de dicho PMT ante la STT de Bogotá para su revisión y hasta su aprobación por parte de dicha Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá.*
- *Revisión, verificación, actualización, ajustes, complementación al diseño geométrico, para garantizar un empalme adecuado de las obras a ejecutar con las construidas en los extremos y a lo largo del corredor de la Avenida.*
- *Revisión, verificación, actualización, ajustes, complementación al Espacio Público, para garantizar una integración de los andenes a construir con los existentes en las zonas aledañas y una adecuada accesibilidad y drenaje a los predios que presentan diferencias de nivel con respecto a la rasante.*
- *Revisión, verificación, actualización, ajustes, complementación de los diseños hidrosanitarios.*
- *Incorporación de redes gas natural y telefónicas proyectadas (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, EPM BOGOTÁ, EMTELCO) por las diferentes empresas.*
- *Revisión, verificación, actualización, ajustes, complementación de los diseños de las redes eléctricas de CODENSA y telefónicas de la ETB.*
- *Revisión verificación, actualización, ajustes, complementación a los diseños de señalización y demarcación.*
- *En general, la revisión, verificación, actualización, ajustes, complementación de todos los Estudios y Diseños que conforman el proyecto objeto de la presente licitación”.*

4.1.2. Más adelante, el mismo documento señaló:

“Si el CONTRATISTA, como resultado de la revisión, verificación, actualización, ajustes y complementación de los Estudios y Diseños, con la verificación respectiva de la Interventoría, y cumpliendo con las especificaciones, normatividad y códigos vigentes, estima conveniente modificar los diseños originales, el valor global del contrato deberá ser revisado con los nuevos diseños propuestos y deberá ser aprobado por la Interventoría y el IDU. De acuerdo con lo anterior, en el evento que el CONTRATISTA modifique los diseños no podrá iniciar la construcción de las obras con los diseños modificados, sin que previamente se haya revisado el valor global del contrato y realizado la modificación contractual correspondiente, el trámite correspondiente deberá ser adelantado por la interventoría al IDU dentro del plazo estipulado para la etapa de preconstrucción. En el evento de que se modifiquen los diseños dentro de la etapa de construcción la interventoría deberá realizar el proceso indicado para la etapa de preconstrucción, y tendrá un plazo máximo de ocho días para gestionar ante el IDU el respectivo trámite. En todo caso cualquier modificación que se realice, no modificará los plazos establecidos contractualmente.

Si como resultado de la modificación de los diseños resulta un menor valor, comparado con los diseños originales, calculado con los precios unitarios topes del IDU y el AIU presentado en la propuesta por parte del contratista, esta diferencia será a favor del IDU. Bajo ninguna circunstancia el IDU reconocerá mayores valores al precio global de las obras que fueren objeto de modificación en sus diseños originales.

Es importante resaltar que el CONTRATISTA dentro de la etapa de preconstrucción, debe ajustar la totalidad de los planos y los estudios y diseños del proyecto, de



acuerdo con las bocacalles cruces semaforizados tanto vehiculares como peatonales, definidos en los planos de señalización que hacen parte de la entrega final del componente tránsito y transporte realizada por la firma CONSORCIO AVENIDA COMUNEROS".

4.2. El 29 de diciembre de 2006, el Consorcio y el IDU, representado por el Director Técnico de Construcciones, suscribieron el **contrato de obra**²⁹ **núm. 163 de 2006**, que tuvo el siguiente objeto:

"1. OBJETO DEL CONTRATO. El CONTRATISTA se compromete para con el IDU, a ejecutar a precio global con ajustes las obras de **CONSTRUCCIÓN DE LA AVENIDA LOS COMUNEROS DESDE LA AVENIDA CIRCUNVALAR HASTA LA CARRERA 8 EN BOGOTÁ D.C.**, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones, en especial lo dispuesto en el Capítulo 4, la propuesta presentada el 30 de noviembre de 2006 y los apéndices, los cuales hacen parte integral de este contrato". (Negritas originales del texto).

4.2.1. El precio del contrato fue plasmado en la cláusula segunda del contrato, en estos términos:

"2. VALOR. Para efectos legales el valor del presente contrato es hasta la suma de **OCHO MIL TRESCIENTOS SEIS MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE (\$8.306.148.322,00)**, equivalentes a 20.358,2079 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2006 discriminado de la siguiente manera:

Concepto	Valor
1. Valor Global para las Obras de Construcción	Por la suma de CUATRO MIL TREINTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA PESOS M/CTE (\$4.032.975.890,00) .
2. Valor Total de las Obras para redes de servicios públicos	Por la suma de DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CINCO PESOS M/CTE (\$2.957.662.405,00)
3. Valor Global Aspecto Ambiental	Por la suma de DOSCIENTOS MILLONES SETECIENTOS DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$200.716.988,00)
4. Valor Global Gestión Social	Por la suma de SESENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$62.661.435,00)
5. Valor Global Plan de Manejo de Tráfico y Señalización	Por la suma de CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/CTE.
6. Valor Global Desvío	Por la suma de OCHENTA MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE. (\$80.778.340,00)
7. Valor Total de la Propuesta para la Construcción (1+2+3+4+5+6)	Por la suma de SIETE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y

²⁹ F. 5-28, c. 3.



	OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$7.488.843.484,00)
8. Valor Total para el Fondo de Compensación	Hasta por la suma de OCHOCIENTOS DIECISIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$817.305.348,00)
Valor Total (7+8)	Hasta por la suma de OCHO MIL TRESCIENTOS SEIS MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE (\$8.306.148.322,00)

(Negrillas originales del contrato)

4.2.2. De acuerdo con la cláusula tercera del contrato, el IDU pagaría a modo de anticipo un valor equivalente al treinta por ciento (30%) del valor total para la construcción, que sería amortizado en el mismo porcentaje de cada acta mensual de obra. Así mismo, pagaría:

A) *Hasta un Noventa y Cinco por ciento (95%) del valor total para la construcción, se pagará mediante presentación [de] actas mensuales por parte del Contratista, según porcentaje de obra ejecutada, de acuerdo con el programa de ejecución de obra y de pagos [...]*

B) *El 5% restante del valor total para la construcción, una vez se suscriba por las partes el acta de liquidación del contrato, previo recibo final por parte del IDU y de las Empresas de Servicios Públicos y suscrita por las partes el acta de recibo final y liquidación de la etapa de construcción.*

[...] 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 serían ejecutadas una vez se cuente con el respectivo predio o predios, considerándose que con este mecanismo se equilibra económicamente el contrato.

Valor para Obras de Construcción. *Se pagará a precio Global (Con ajustes), mediante pagos mensuales de obra ejecutada, previa valoración del cumplimiento del contratista, la cual será efectuada por la Interventoría.*

Valor para Gestión Ambiental. *Se pagará a precio Global fijo (Con ajustes). El pago al contratista por el valor ambiental se pagará proporcionalmente al valor facturado mensualmente según avance de la obra, y es proporcional al cumplimiento de sus obligaciones ambientales. Lo anterior, sin perjuicio de las multas que le puedan ser impuestas al contratista por incumplimiento de las obligaciones asumidas con ocasión del contrato en materia ambiental.*

Valor para Gestión Social. *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 [...]*

Valor para Manejo de Tráfico, Señalización en la etapa de Construcción. *Se pagará a precio Global (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.*



Valor de Redes. Se pagará a precios Unitarios (Con ajustes), mediante pagos mensuales de obra ejecutada, previa valoración del cumplimiento del contratista, la cual será efectuada por la Interventoría.

Valor desvío calle 3ª. Se pagará a precio global (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". (Negrillas originales del contrato).

4.2.3. El plazo de ejecución del contrato, según la cláusula quinta, era de **"siete (7) meses** contados a partir del día siguiente a la fecha de suscripción del acta de iniciación que suscriba el Director Técnico de Construcciones, desglosados de la siguiente manera: a) Preconstrucción: **UN (1) mes;** b) Construcción: **SEIS (6) meses"**.

Además, el texto del contrato indicó: "Cuando el último día del plazo total pactado coincida con un sábado, domingo o día feriado, el mismo vencerá hasta el final del primer **Día Hábil** siguiente".

4.2.4. El contrato contempló la posibilidad de su prórroga. Siguiendo la cláusula decimosegunda, si:

"[...] por circunstancias previamente revisadas y aprobadas por el interventor y el área coordinadora, se requiere modificar el plazo del contrato, las partes celebrarán un contrato adicional en plazo de acuerdo con las disposiciones legales.

Pero si por causas imputables al contratista se requiere prorrogar el plazo del contrato para lograr el fin del proyecto y evitar un perjuicio mayor para la entidad y no se considera que existen razones que justifiquen la declaratoria de caducidad, todos los costos que se generen por esta prórroga serán por cuenta del contratista, incluyendo el valor del período adicional de interventoría, el cual será descontado de las actas de obra y/o actas de liquidación".

4.2.5. Según la cláusula decimocuarta, el contrato se liquidaría **"dentro de los ocho (8) meses siguientes a su terminación de conformidad con lo estipulado (sic) en el artículo 60 de la ley 80 de 1993"**.

4.3. El 2 de mayo de 2007, las partes suscribieron el **acta de iniciación de las obras**³⁰, que darían inicio el día 9 del mismo mes y año, y terminarían el 9 de diciembre de 2007.

4.4. Según el acta núm. 1 de anticipo³¹ del 16 de febrero de 2007, el IDU pagó al contratista la suma de \$2.246.653.045 por concepto de anticipo.

4.5. Durante la ejecución contractual fueron suscritas las siguientes **actas, contratos adicionales, adiciones y otros**ies:

Aptdo.	Acto	Folios	Contenido	Motivo
--------	------	--------	-----------	--------

³⁰ F. 1-3, c. 4.

³¹ F. 196, c. 3.



4.5.1.	Acta n° 3 de solicitud de adición y de prórroga del 28 de mayo de 2007. Suscrita por el Director Técnico de Construcciones (en adelante, DTC) y el Subdirector Técnico de Ejecución de Obras (STEO) del IDU; la coordinadora del proyecto; el interventor y el contratista.	4-5, c. 4.	Se pide la adición del contrato en la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000,00), y la prórroga del plazo de ejecución por 2,5 meses.	"Con el fin de proporcionar los recursos necesarios para desarrollar obras no previstas en el espacio público, como la construcción del andén del costado sur, las plazoletas de ambos costados y cámaras de calda se requiere la adición y prórroga del contrato de obra".
4.5.2.	Acta n° 5 de recibo y apropiación de diseños e iniciación de ejecución de obra, del 12 de junio de 2007. Suscriben: contratista, interventor y coordinador.	6-8, c. 4.	Indica que el Consorcio recibió los estudios y diseños confeccionados por el consultor	No aplica
4.5.3.	"ADICIONAL NÚMERO 1 AL CONTRATO DE OBRA No. 163 DE 2006", celebrado por el Director Técnico de Construcciones (DTC) del IDU y el Consorcio, el 28 de agosto de 2007.	39-40, c.3.	"CLÁUSULAS: PRIMERA- VALOR: Adicionar al valor pactado en el contrato principal, la suma de TRES MIL MILLONES DE PESOS (\$3.000.000.000) equivalente a 6.917,2239 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2007, discriminado de la siguiente manera: a) Valor global para las obras de construcción la suma de DOS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL TRESCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.684.440.340) incluido AIU. b) Valor Global Aspecto Ambiental CINCUENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS NUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 58.609.360) c) Valor Global Aspecto Social DIECIOCHO MILLONES	Invocan las motivaciones del acta n° 3 (aptdo. 4.5.1.).



			<p>DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$18.297.139) d) Valor total Fondo de Compensación</p> <p>DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO SESENTA Y UN PESOS MONEDA CORRIENTE (\$238.653.161) [...]</p> <p>SEGUNDA- PLAZO: Prorrogar el Plazo pactado en DOS Y MEDIO (2.5) MESES.</p> <p>Desde entonces, la terminación del contrato estaba proyectada para el 24 de febrero de 2008.</p>	
4.5.4.	<p>Acta n° 1 de mayores cantidades de obra del 28 de noviembre de 2007.</p> <p>Suscrita por: contratista, interventor, coordinador de obra, DTC y STEO.</p>	125-132, c. 3.	<p>Mayores cantidades de obra por valor de tres mil quinientos millones de pesos (\$3.500.000.000).</p>	<p>"Una vez aprobados los diseños hidrosanitarios por parte de la Subdirección Técnica de Administración de Activos del IDU, así como ajustados los demás diseños de redes de acuerdo con las condiciones del proyecto, fue necesario reevaluar las cantidades inicialmente establecidas en la licitación."</p>
4.5.5.	<p>"ACTA GENERAL DE AJUSTES No. 1" del 28 de noviembre de 2007.</p> <p>Suscrita por: contratista, interventor, coordinador de obra, DTC y STEO.</p>	142, c. 4.	<p>Ajustes en los ítems de la obra por valor de quinientos millones de pesos (\$500.000.000).</p>	No contiene.
4.5.6.	<p>Acta n° 2 de mayores cantidades de obra del 17 de diciembre de 2007.</p> <p>Suscrita por: contratista, interventor, coordinador de obra, DTC y STEO.</p>	139-141, c. 4.	<p>Calculan mayores cantidades de obra por valor de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000).</p>	<p>"Mayores cantidades de obra principalmente de los siguientes ítems:</p> <p>Excavación Mecánica (retiro de escombros suelos y rellenos de carácter orgánico)</p> <p>Terraplén (Reposición de sótanos que estaban cubiertos con material de demolición y rellenos de carácter orgánico)</p>



				<p>sobre el lecho de una antigua cañada.)</p> <p>Muros de contención para protección de construcciones vecinas, construcción y reparación de muros de culatas.</p> <p>Instalación de concreto estampando (sic) para ciertos tipos de espacio público como los pompeyanos, transición y vías de servicio."</p>
4.5.7.	<p>"ADICIONAL EN PLAZO NÚMERO 2 AL CONTRATO DE OBRA IDU No. 163 DE 2006" del 22 de febrero de 2008, suscrito por el DTC y el contratista.</p>	41-42, c. 3	<p>Se prorroga el plazo estipulado en 3.5 meses.</p> <p>La terminación del contrato se proyecta para el 9 de junio de 2008.</p>	<p>Según los considerandos del documento:</p> <p>"4) La solicitud de adición y prórroga con fecha 9 de enero de 2008, firmada conjuntamente por el Director Técnico de Construcciones, el Subdirector Técnico de Ejecución de Obras, el Interventor, el Contratista y el Coordinador, en la cual invocan como causales de la misma lo siguiente: <u>"Teniendo en cuenta que se han presentado mayores cantidades de obra e ítems no previstos, lo cual después de efectuar la programación detallada de la obra, se determina que para ejecutar las obras de espacio público y las obras comprendidas entre las carreras 8 y 9 se requieren por lo menos 3.5 meses con el fin de culminar el proyecto."</u></p> <p>[...] 5) Memorando STEO-3300-4898 de fecha 6 de febrero de 2008, mediante el cual la Dirección Técnica de Construcciones remite a la Subdirección Técnica de Contratos y Convenios la solicitud de prórroga para el contrato 163 de 2006, considerando que "... es necesaria para ejecutar las mayores</p>



				cantidades de obra y obras no previstas que se presentan en el contrato de acuerdo con la programación anexa." (Subrayas originales)
4.5.8.	Acta n° 31 – solicitud de prórroga, del 23 de abril de 2008 Suscrita por: contratista, interventor, coordinador de obra, DTC y STEO.	13-14, c. 4	Solicitud de prórroga del plazo por 4.5 meses	"La aparición de redes de acueducto de alta presión que requieren localización y/o protección especial ha necesitado la elaboración de diseños especiales en concertación con la EAAB, cuya ejecución está prevista para iniciar en el mes de junio de 2008."
4.5.9.	"ADICIONAL EN PLAZO NÚMERO 3 AL CONTRATO DE OBRA IDU No. 163 DE 2006" del 6 de junio de 2008, suscrito por la DTC y el contratista.	43-44, c. 3.	Se prorroga el plazo estipulado en 4.5 meses. La fecha de terminación se previó para el 24 de octubre de 2008.	Citan los motivos de la solicitud de prórroga n° 31 (aptdo. 4.5.8.).
4.5.10.	"ADICIONAL EN PLAZO NÚMERO 4 AL CONTRATO DE OBRA IDU No. 163 DE 2006" del 24 de octubre de 2008.	45-46, c. 3	Se prorroga el plazo estipulado en 4 meses. El plazo de ejecución terminaría el 24 de febrero de 2009	Indican los considerandos del adicional: "El Acta de solicitud de prórroga del 22 de septiembre de 2008, firmada conjuntamente por el el Subdirector Técnico de Ejecución de Obras , el Director Técnico de Construcciones, el Contratista, el Coordinador, y el Interventor en la cual invocan como causal de la prórroga: "La modificación del diseño geométrico del proyecto desde la carrera 2 a la carrera 3E, desplazándolo hacia el Sur para evitar la influencia negativa de la red matriz y la construcción de la estructura de pavimento de concreto rígido MR 45, teniendo en cuenta las serias dudas sobre la estabilidad del pavimento (sic) flexible en zonas de altas pendientes, requieren mayor tiempo para finalizar los trabajos."



4.5.11.	"OTROS/ No. 1 AL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA IDU-163 DE 2006" suscrito por el DTC y el Consorcio	47-48, c. 3	<p>Según el clausulado del otrosí:</p> <p>"PRIMERA.- Modifícase el primer inciso de la cláusula cuarta del Contrato de Obra Pública IDU-163 de 2006, el cual quedará así: "ANTICIPO: El IDU entregará un ANTICIPO equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor de la construcción, el cual será amortizado en el mismo porcentaje de cada acta mensual de obra. El anticipo será entregado al CONTRATISTA previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización y de los señalados en la presente cláusula. Será girado por el IDU dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha de la radicación de la cuenta de cobro correctamente elaborada y su giro no constituye condición previa para la iniciación de la obra. El anticipo estará sujeto a la concepción y requisitos que para el manejo del mismo se establece en el Manual de Interventoría del IDU vigente a la fecha de suscripción del contrato. PARÁGRAFO PRIMERO: Dentro del valor de la construcción entiéndanse incluidos los valores del Contrato Adicional No. 1 y las Actas No. 1 y 2 de mayores cantidades de obra aprobadas por la Interventoría y el IDU. PARÁGRAFO SEGUNDO: Con el fin de amortizar la totalidad del porcentaje de anticipo a que hace referencia este documento, las partes</p>	<p>De acuerdo con los considerandos del otrosí:</p> <p>"3) Mediante oficio con radicación IDU No. 124463 del 7 de julio de 2008 y de conformidad con la solicitud efectuada por el CONSORCIO CILOYD, la firma Interventora ETA S.A. solicitó a la Dirección Técnica de Construcciones el aumento del porcentaje del anticipo al cincuenta por ciento 50% del Contrato de Obra IDU - 163 de 2006, en dicha comunicación se lee lo siguiente "La ejecución de las obras no previstas y adicionales se debe hacer en forma simultánea con las del contrato inicial, por lo que se requiere de los fondos solicitados para proporcionarle un flujo de caja acorde con la magnitud del contrato que se ha visto incrementado en 2.7 veces de su valor inicial". 4) Mediante memorandos STEO-3300-37281 del 3 de septiembre y 40535 del 22 de septiembre de 2008, la Dirección Técnica de Construcciones solicitó a la Dirección Técnica Legal conceptuar sobre la viabilidad del requerimiento efectuado por el Contratista y el Interventor. 5) Mediante memorando DTL-6000-42634 de 6 de octubre de 2008, la Dirección Técnica Legal, considera viable modificar el porcentaje del anticipo hasta el tope del 50%, toda vez que se encuentran justificados y evidenciados los hechos sobrevinientes y extraordinarios en la obra. 6) Mediante memorando STEO-</p>
---------	---	-------------	---	--



			<p>acuerdan descontar de las dos (2) últimas actas de recibo parcial de obra y/o liquidación el porcentaje necesario para cubrir ese monto.”</p>	<p>3300-44506 del 16 de octubre de 2008, la Dirección Técnica de Construcciones solicitó a la Dirección Técnica Legal la elaboración de un Otrosí al Contrato para que se modifique el porcentaje del anticipo, teniendo en cuenta las consideraciones presentadas por el Contratista, la Interventoría y el concepto favorable por parte de la Dirección Técnica de Construcciones. Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta que durante la ejecución del contrato IDU-163 de 2006 se suscribió el Contrato Adicional No. 1 por valor de \$3.000.000.000.00 M/cte. y las Actas No. 1 y 2 por mayores cantidades de obra por valor de \$3.500.000.000.00 M/cte. y \$3.000.000.000.00 M/cte. respectivamente, el Interventor de la obra, el área técnica Y la Dirección Técnica Legal consideraron viable ampliar el porcentaje del anticipo sobre el valor de la construcción del contrato, el cual contempla el valor del contrato adicional No. 1 Y el de las actas por mayores cantidades de obra.”</p>
4.5.12.	<p>Acta n° 64 de solicitud de prórroga, del 16 de enero de 2009.</p> <p>Suscrita por el Coordinador, el Interventor y el contratista.</p>	15-16, c. 4.	<p>Solicitud de prórroga del contrato por 3.5 meses.</p>	<p>La solicitud planteó estas causas:</p> <p>“1) La instrucción impartida por el IDU para desplazar hacia el sur la calzada de la vía entre las carreras 1 y 3E con el objeto de eliminar en la máxima longitud posible la servidumbre que se establece con la red matriz de 60" del acueducto se perdió la confluencia natural pata la entrega de la vía (parte más baja de la</p>



				<p>antigua cañada) requiriendo el estudio de numerosas alternativas de empalme para el diseño solicitado teniendo en cuenta las altas pendientes de los costados de la vertiente que han tomado un tiempo importante: solo hasta la fecha el Consorcio Ciloyd ha encontrado una solución que ha considerado ejecutable y que ha presentado a la consideración de la Interventoría para su aprobación por el Instituto.</p> <p>2) El desplazamiento mencionado origina la necesidad de adquirir tres predios en el costado sur, los cuales están en proceso de adquisición. De igual forma, está pendiente la compra y entrega del predios (sic) de los señores [...] localizado en la carrera 2 No 4B - 29 y [...] Cll 4b No, 0-22E."</p> <p>3) El período invernal atípico, por su alta intensidad y frecuencia, ocurrido durante los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2008 prácticamente paralizaron los frentes de trabajo causaron atraso importante en el programa de obra que se manifiesta en la fecha. Los efectos de esta ola invernal se prolongaron en buena parte de la primera mitad del mes de enero y también causaron al Consorcio onerosas pérdidas en materiales y por parálisis de los equipos."</p>
4.5.13.	<p>"ADICIONAL EN PLAZO NÚMERO 5 AL CONTRATO DE OBRA IDU No. 163 DE 2006" del 23 de febrero de 2009, suscrito por el DTC y el contratista.</p>	49-50, c. 3.	<p>Prorrogó el plazo de la etapa de construcción del contrato en 3.5 meses.</p> <p>La terminación del contrato fue prevista</p>	<p>Invoca las motivaciones del acta n° 64 (aptdo. 4.5.12).</p>



			para el 8 de junio de 2009.	
4.5.14.	<p>Acta n° 76 de suspensión del contrato, del 4 de junio de 2009.</p> <p>Suscrita por el DTC, el STEO, el interventor, el contratista y el coordinador.</p>	17-19, c.4.	Plantea la suspensión del contrato por treinta días calendario, entre el 4 de junio y el 4 de julio de 2009.	<p>Como causas de la suspensión contractual fue plasmado lo siguiente:</p> <p><i>“La anterior decisión está fundamentada en la no formulación y entrega al IDU de un presupuesto acordado entre Contratista e Interventor que permita constituir los recursos requeridos para la terminación del Contrato de Obra. Adicionalmente les informamos que la Dirección Técnica de Construcciones ha designado un grupo auditor conformado por los ingenieros Adriana Gaviria Vargas, Diana Carrillo Barbosa y Frank Rivera Melo, quienes conjuntamente con la interventoría realizarán la labor de cuantificar la obra ejecutada y la faltante y así determinar los recursos necesarios garanticen la culminación del objeto del Cto. 163-06.”</i></p> <p>De cualquier forma, quedó formulada la siguiente observación:</p> <p>“SE INFORMA QUE EL CONTRATISTA A TRAVÉS DE LA INTERVENTORÍA HABÍA SOLICITADO UN PLAZO DE RORROGA (sic) POR CUATRO MESES, LA INTERVENTORÍA REVISÓ Y APROBÓ UN PLAZAO (sic) MAXIMO DE TRES MESES, ESTA SOLICITUD QUEDA TAMBIÉN SUSPENDIDA HASTA CONOCER EL VALOR DE LOS RECURSOS FALTANTES PARA LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO 136-06. SE ACLARA QUE LA</p>



				SUSPENSIÓN ES PARCIAL, LO QUE INDICA QUE EL CONTRATISTA PODRÁ ADELANTAR OBRAS DE PROTECCIÓN, REMATES Y TERMINACIÓN DE ESTRUCTURAS Y REDES, GARANTIZARÁ LA SEGURIDAD VIAL EN LOS CRUCES VIALES CON LA AV. LOS COMUNEROS Y EN EL MISMO CORREDOR."
4.5.15.	Acta n° 79 de ampliación de suspensión del 3 de julio de 2009. Suscrita por el DTC, el STEO, el interventor, el contratista y el coordinador.	20-21, c. 4	Solicita ampliación de la suspensión contractual por 15 días más. Indica que el contrato reiniciaría el 19 de julio de 2009, y terminaría el 23 de julio del mismo año.	Aduce que se "mantienen las razones que motivaron la suspensión vigente desde el 4 de julio de 2009."
4.5.16.	Acta n° 81 de ampliación de suspensión del 17 de julio de 2009. Suscrita por el DTC, el STEO, el interventor, el contratista y el coordinador.	22-23, c. 4	Plantea la ampliación de la suspensión del contrato por 60 días más. La fecha prevista de reiniciación era el 3 de agosto de 2009, y de terminación del contrato el 7 de agosto del mismo año, extendida hasta el siguiente día hábil en virtud de la cláusula quinta del contrato (aptdo. 4.2.3): 10 de agosto.	Aduce que se "mantienen las razones que motivaron la suspensión vigente desde el 4 de julio de 2009."
4.5.17.	"ACTA DE ACUERDO DEL 22 DE JULIO DE 2009" suscrita por el contratista, el interventor, el coordinador del proyecto, la DTC, y con el visto bueno del Subdirector General de Infraestructura y la Directora General del IDU.	81-85, c. 3	Se presentó el "resultado del ejercicio de auditoría y balance de obra ejecutada a junio de 2009 del contrato 163 de 2006" realizado por el grupo de trabajo designado por el IDU. En relación con los resultados del análisis, el contratista se reservó el derecho a reclamar la cantidad total ejecutada por el ítem 7.2. del contrato "Excavación mecánica" en valores estimados así: 1. Alzas en cemento (incluido AIU): \$287.983.045. 2. Alza en insumos de sub-base granular (incluido AIU): \$63.534.906 3. Alzas en insumos para el concreto asfáltico (incluido AIU): \$324.800.000 4. Mayor permanencia en obra: \$1.000.000.000	



			<p>La interventoría y el IDU se comprometieron a pronunciarse sobre estas reclamaciones una vez el contratista presentase los soportes de estos ítems. Además, el IDU expresó que apropiaría los valores respectivos para el pago si existían sumas en favor del contratista.</p> <p>Las conclusiones del documento arrojaron:</p> <p>1. El balance estimado por el grupo auditor designado por el IDU fue de un total de \$19.898.601.035, discriminado así:</p> <p>Obra ejecutada: \$ 18.150.201.746 Reconocimientos "por ambiental, social y PMT (sin incluir descuentos)": \$1.038.191.540 Reconocimiento Diseños: \$ 112.477.403 Estimación de ajustes en redes eléctricas e iluminación (incl. AIU): \$197.730.346 Estimación de ajustes para actas de obras después de abril 2009: \$400.000.000</p> <p>Del valor total, encontraron que el contratista facturó:</p> <p>Hasta el acta n° 78, la suma de \$15.739.010.609 Anticipo amortizado: \$6.208.228.067 Anticipo por amortizar: \$ 1.813.967.750</p> <p>Según el documento, el valor hasta el momento del registro presupuestal era de \$18.306.148.832., por lo que el "valor máximo estimado para cubrir" la "obra ejecutada" era de \$1.592.452.203.</p> <p>Agrega que para "los ítems cuyos precios no han sido pactados, y que figuren en el listado de referencia del IDU publicado en enero del 2009, las partes contratantes acuerdan adoptarlos mediante acta o actas de fijación de precios." Mientras que para "aquellos ítems No previstos cuyos precios no han sido pactados y que no figuran en el listado de precios referencia del IDU, las partes contratantes acuerdan concertarlos en forma definitiva" a través de análisis de precios presentados a la interventoría, y concertarlos mediante una "mesa de trabajo".</p> <p>Indicó que el "valor que se adicionará al contrato asciende a la suma de \$6.450.000.000, que se incorporarán para la ejecución de mayores cantidades de obra y se cancelarán a precios unitarios"</p> <p>Por último, quedó constancia de que las partes acuerdan que renuncian a cualquier tipo de reclamación, diferentes a las expresadas dentro del cuerpo de la presente acta y que se hayan presentado con ocasión de la ejecución del contrato."</p>
4.5.18.	Acta n° 83 de reinitación del contrato del 3 de agosto de 2009. Suscrita por el DTC, el STEO, el interventor, el	24-25, c. 4	Según el acta, desde el 8 de junio de 2009 fue liquidado el personal operativo y directivo asignado a la obra. No contiene.



	contratista y el coordinador.		<p>En el acta se indicó que no había maquinaria "INACTIVA" ni activa.</p> <p>El contratista manifestó comprometerse "a terminar el objeto contratado en el plazo faltante, de conformidad con la presente acta de iniciación".</p>	
4.5.19.	"ADICIONAL EN PLAZO NÚMERO 6 AL CONTRATO DE OBRA IDU No. 163 DE 2006" del 5 de agosto de 2009, suscrito por el DTC y el contratista.	51-52, c. 3	<p>Las partes prorrogaron el plazo pactado en el contrato principal en 4 meses.</p> <p>Agrega que durante "el plazo señalado en este documento, el CONTRATISTA cumplirá cada una de las actividades señaladas dentro del cronograma de obras anexo, en el que se indican las fechas perentorias para cada labor y que hace parte integral de este documento."</p>	<p>Las consideraciones del adicional consignan, entre otros aspectos, los siguientes:</p> <p>"13) Conforme Acta de solicitud de prórroga de fecha 3 de agosto de 2009, suscrita por el Contratista, el Interventor, el Coordinador, el Subdirector Técnico de Ejecución del Subsistema Vial y la Directora Técnica de Construcciones la causal de solicitud es la siguiente: "Otorgar el tiempo necesario para la ejecución total de los recursos adicionales que se le asignarán al proyecto de acuerdo con los resultados de la auditoria efectuada por el IDU y que se consignaron en el acta suscrita el 22 de julio de 2009 por las partes contratantes, a su vez, dicha acta establece en el literal I los comentarios de la interventoría así: "Esta Interventoría está de acuerdo con la motivación de la solicitud de adición del Contrato de obra. La nota 1 se hace para explicar que la valorización del avance físico del contrato incluye cantidades de obra que se encuentran en proceso de facturación y que hace la ejecución sensiblemente igual a la programada. [...] 15) Según memorando STESV-336-29673 del</p>



				<p>4 de agosto de 2009, mediante el cual la Dirección Técnica de Construcciones con visto bueno de la Dirección Técnica de Gestión Contractual, le solicita a la Subdirección General de Infraestructura la firma del documento requerido, teniendo en cuenta que la Dirección Técnica de Construcciones considera que por la importancia estratégica de la vía para la movilidad de la ciudad, como vía alterna en la construcción de la fase III de Transmilenio y por considerar que la no terminación de la misma generaría problemas de orden público con la comunidad que circunda el proyecto, se recomienda su elaboración y aprobación".</p>
4.5.20.	<p>"ACTA No. 1 DE RECONOCIMIENTO POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO" del 10 de agosto de 2009.</p> <p>El documento cuenta con dos versiones en el expediente:</p> <p>La versión 1 fue suscrita por el Coordinador Técnico de la Subdirección Técnica de Ejecución del Sistema Vial (STESV), por el Subdirector de dicha dependencia, y por la DTC.</p> <p>La versión 2 contó, además de las firmas de los funcionarios antes mencionados, con las de los representantes legales del contratista y del interventor, y del Subdirector General de Infraestructura del IDU.</p>	<p>111-124, c. 3 (versión 1)</p> <p>116-130, c. 4 (versión 2)</p>	<p>La primera versión advierte que "ante las falencias y errores advertidos [...] se evidenció la necesidad de adecuar los estudios y diseños previstos inicialmente para la ejecución de la obra pública objeto del contrato...", lo que condujo a la ampliación del plazo de ejecución del contrato y "afectó de manera notable el presupuesto de las actividades y obras que debía ejecutar el contratista Consorcio CILOYD, razón por la cual se reconoce la suma de \$1.796.924.058 por concepto de las obras ejecutadas que teniendo precios pactados, no han sido facturadas."</p> <p>La segunda versión, entre tanto, amplía la situación económica del contrato en estos términos:</p>	<p>Según ambos documentos, se "evidenció que los estudios y diseños entregados al contratista de obra detentaban" múltiples falencias:</p> <p>1. En el diseño geométrico y de topografía, solamente reflejaron "el volumen del movimiento de tierras para la construcción de las dos calzadas, sin considerar la magnitud del movimiento de tierra requerido para la conformación de andenes, plazoletas y el retiro del material de demolición encontrado en el corredor". Además, el diseño geométrico falló al no tener en cuenta los niveles de las rasantes de las vías existentes, ignoró el nivel de las bocacalles e intersecciones, no tuvo en consideración los</p>



		<p>"El valor total del contrato asciende a la suma de \$18.306.148.832, habiéndose cancelado al contratista la suma de \$15.739.010.609 y previéndose que el valor de las obras ejecutadas en exceso del valor del contrato asciende a la suma de \$1.592.452.203, adquiriéndose el compromiso de elaborar un acta parcial de obra ejecutada en la que se incluyan las cantidades de obra que teniendo precios pactados, no han sido facturadas.</p> <p>Adicionalmente, se estableció que el valor de la obra pendiente por ejecutar asciende a la suma de \$4.396.512.794, la cual deberá ser reconocida vez se aprueben los precios de los ítems no previstos."</p> <p>Agrega que, bajo el escenario descrito, resulta procedente el restablecimiento del desequilibrio económico del contrato, "en tanto la auditoría efectuada por el Instituto de Desarrollo Urbano advirtió que las modificaciones surtidas a los estudios y diseños que respaldaron la licitación pública IDU-LP-DTC-038 de 2006 y la consecuente ampliación del plazo de ejecución del contrato, afectó de forma notable el presupuesto de las actividades y obras que debía ejecutar el contratista Consorcio CILOYD, razón por la cual se reconoce la suma de \$1.387.073.861 por concepto de las obras que</p>	<p>sótanos ni la estructura de las casas cercanas a la construcción.</p> <p>2. En el diseño de geotecnia, se encontró que no eran procedentes las recomendaciones efectuadas por el especialista de pavimentos del diseñador, dado que perdería la continuidad del geotextil al realizar las excavaciones para la construcción de las redes de alcantarillado y de los geodrenes; y porque soslayó el antiguo lecho de una quebrada, "lo cual ocasionó el incremento del valor de la obra y del plazo contractual".</p> <p>3. En el estudio de pavimentos, contrario a lo que allí fue consignado, debía utilizarse una estructura de pavimento rígido y no de pavimento flexible.</p> <p>4. En el estudio de tránsito y transporte, fue necesario modificar el espacio público relativo a cruces y esquinas, porque "la ubicación de las rampas peatonales diseñadas no fueron conciliadas con los alineamientos de las redes y sus respectivas (sic) cajas de control, presentándose numerosas interferencias...".</p> <p>5. En los diseños de redes, hubo múltiples conflictos con las redes de servicio público, en especial con la red matriz que cruzaba la Avenida Los Comuneros.</p> <p>6. En relación con el diseño de espacio público, no se presentaron "los perfiles de las vías de servicio</p>
--	--	---	--



			<p>teniendo precios pactados, no han sido facturadas."</p>	<p>restringido que van sobre las plazoletas; de igual manera, las secciones transversales de la vía no incluían el espacio público". Igualmente mostraron problemas en materia de urbanismo y paisajismo.</p> <p>7. En el diseño estructural, hubo falencias en los muros de contención diseñados.</p>
4.5.21.	"ACTA DE AJUSTE No. 84 CORRESPONDIENTE AL RECIBO PARCIAL No. 2" del 19 de septiembre de 2009	26-27, c. 4.	Se establece un valor total por ajustes de \$270.588.302.	Como observación se indicó que el "ajuste se realizó con base en el porcentaje de variación del ICCP" certificado por el DANE "para el mes anterior a la fecha de presentación de la propuesta" y el "mes anterior a la fecha de ejecución de las obras según cronograma de obra".
4.5.22.	"OTROSÍ No. 2 AL CONTRATO DE OBRA IDU-163 DE 2006" del 30 de octubre de 2009, suscrito entre la DTC y el contratista.	53-76, c. 3.	Según el clausulado de otrosí: "PRIMERA- Las partes acuerdan que el saldo del valor reconocido como desequilibrio económico del contrato, que asciende a la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS SEIS MIL CUARENTA PESOS M/CTE (\$4.788.906.040) será cancelada a precios unitario (sic), contra las actas mensuales de obra ejecutada, previo recibo a satisfacción de las mismas por parte de la Interventoría	En los considerandos se retoman las razones consignadas en las actas de acuerdo del 22 de julio de 2009 (aptdo. 4.5.17.) y de reconocimiento de desequilibrio económico del contrato (aptdo. 4.5.20). Rememoró que en la primera de esas ocasiones, el valor de las obras ejecutadas ascendió a la suma de \$1.592.452.203, y agregó: "se estableció que el valor de la obra faltante asciende a la suma de \$4.396.512.794".
4.5.23.	Acta n° 92 de suspensión del contrato	28-29, c. 4.	Suspende el plazo contractual por diez (10) días	Reinicio: 14 de diciembre de 2009 Terminación: 18 de diciembre de 2009
4.5.24.	Acta n° 94 de solicitud de prórroga.	32-33, c. 4.	Solicita la prórroga contractual por dos (2) meses	Se justifica la prórroga por "la importancia de dar cumplimiento a las perspectivas y necesidades de la comunidad y terminar con la totalidad de las



				obras objeto del contrato. Además el Consorcio [...] informa de la disposición de subsanar la situación de incumplimiento con el cronograma de obra, asumiendo los costos de interventoría generada con la prórroga en plazo al contrato de conformidad con lo establecido en la cláusula 12 del contrato de obra".
4.5.25.	ADICIONAL EN PLAZO NÚMERO 7 AL CONTRATO DE OBRA IDU No. 163 DE 2006" del 18 de diciembre de 2009, suscrito por la DTC y el Consorcio	f. 77-80, c. 3	Prórroga del plazo contractual por dos meses más. Fecha de terminación proyectada: 18 de febrero de 2010	Invoca el acta de solicitud de prórroga del 18 de diciembre de 2009 (aptdo. 4.5.24).

4.5.26. El 17 de marzo de 2010, las partes y el interventor suscribieron el **acta núm. 96 de terminación** del contrato de obra³² 163 de 2005. En esta ocasión, fueron compendiadas las diversas situaciones por las que atravesó la construcción.

4.5.26.1. En particular, quedó plasmado que el contrato fue ejecutado en 31 meses, contados desde el 9 de mayo de 2007 y, además, que fue objeto de los siguientes acuerdos modificatorios:

"A. PRÓRROGAS

CONTRATO ADICIONAL No.	TIEMPO (DÍAS CALENDARIO)
1	ADICIÓN POR 2.5 MESES
2	PRÓRROGA POR 3.5 MESES
3	PRÓRROGA POR 4.5 MESES
4	PRÓRROGA POR 4.0 MESES
5	PRÓRROGA POR 3.5 MESES
6	PRÓRROGA POR 4.0 MESES
7	PRÓRROGA POR 2.5 MESES

B. SUSPENSIONES

ACTAS No.	TIEMPO (DÍAS CALENDARIO)
76	30
79	15
81	15
92	10"

4.5.26.2. Allí mismo quedó constancia de que la fecha de terminación contractual fue el 18 de febrero de 2010, y que su valor final fue de \$24.752'717.037, circunstancias reflejadas en el documento así:

"C. VALOR ADICIONES

CONTRATO ADICIONAL	VALOR (\$)
1	\$3.000.000.000,00

³² F. 45-47, c. 4



ACTA DE MAYORES CANTIDADES No. 1	\$3.500.000.000,00
ACTA DE MAYORES CANTIDADES No. 2	\$3.000.000.000,00
ACTA GENERAL DE AJUSTES	\$500.000.000,00
ACTA DE AJUSTES	\$270.588.302,00
ACTA 80 DE DESEQUILIBRIO ECONOMICO	\$1.387.073.861,00
OTROSÍ DE DESEQUILIBIO (sic) ECONOMICO	\$4.788.906.042,00

4.5.26.3. En las observaciones del acta constó que, en criterio del interventor "faltó ejecutar obras para cumplir con las metas físicas del proyecto" lo que hace que el contrato haya sido incumplido, a pesar de que "el objeto sustancial del contrato", era "la construcción de Avenida Comuneros entre las carreras 3E y 9 con su espacio público". Mientras tanto, el contratista expresó haber "cumplido con la totalidad de la obra, habiéndose excedido en la ejecución presupuestal, tal como se propone demostrar su oportuno reconocimiento y pago en el proceso de liquidación del contrato".

4.5.27. El 30 de enero de 2012, las partes y el interventor firmaron el acta núm. 100 de recibo final de obra³³ donde se reflejó, como valor global de la obra, la suma de veinticuatro mil trescientos sesenta y cuatro millones cuarenta mil cincuenta y siete pesos (\$24.364'040.057,83). En esta ocasión, el contratista entregó un cuadro resumen y varias observaciones que, en su criterio, debían ser tenidas en cuenta en la respectiva acta de liquidación:

"CUADRO RESUMEN DEL VALOR TOTAL EJECUTADO	
Valor obras de construcción y redes:	\$18.654.480.117,69
Valor Global de Construcción inicial:	\$4.134.816.021,10
Valor Global Adicional 1:	\$2.679.128.841,47
Valor Global Mayores Cantidades de Obra 2:	\$2.151.255.270,05
Valor Ajustes (posterior a julio 22 de 2009):	\$93.819.046,56
Valor total del contrato:	\$27.710.498.296,87
Diferencia contra la presente acta:	\$3.346.458.239,04

<i>"Obra aún no reconocida, adicional al cuadro obra presentado por la interventoría, que solicitamos incluir en el Acta de Liquidación:</i>	
1. Sellado de juntas losas concreto a Sardinal A10 en longitud de 5200 ml	
2. Suministro e instalación de ventosas (ilegible) en red de acueducto	
3. Suministro e instalación de tachones viales según acta de verificación de 30 abril 2010 pagado a subcita son 133 unds.	
4. Sistema de protección circuitos alumbrado a solicitud de ETA y requerimiento de CODENSA 1GL	

Lo anterior, junto con el perjuicio de improductividad, mayor permanencia en obra, cofinanciación, pago tardío de los valores, las reposiciones de elementos del objeto del contrato por hurto y/o vandalismo, los elementos robados ya denunciados, así como la diferencia entre el valor total del contrato y el valor del acta de recibo final [...] serán reclamados y estudiados previamente a la suscripción del ACTA DE LIQUIDACIÓN por el IDU o en su defecto ante autoridad competente. Esperamos la suscripción bilateral de la misma y que la entidad reconsidere restableciendo la ecuación contractual, consignando las diferencias".

³³ F. 48-63, c. 4.



4.6. Mediante la **Resolución³⁴ 1593 del 24 de mayo de 2010**, el IDU declaró el incumplimiento contractual del Consorcio por obras dejadas de ejecutar, tasadas en la suma de ciento treinta y cinco millones setecientos treinta y siete mil dos pesos (\$135'737.002). Según la constancia de ejecutoria³⁵ del acto, este quedó ejecutoriado el 28 de diciembre de 2010.

4.7. Conforme a la constancia³⁶ expedida por la Procuraduría Tercera Judicial II para asuntos administrativos, el Consorcio presentó solicitud de **conciliación prejudicial** el 13 de diciembre de 2012, y su trámite fue declarado fallido por falta de ánimo conciliatorio el 21 de febrero de 2013.

4.8. El contador público Víctor Hugo Castellanos Correa rindió **dictamen pericial³⁷**. En el informe asegura que tuvo como fuente la información documental proporcionada por la parte actora, en particular:

- Copia simple de la demanda del consorcio Ciloyd contra el IDU.
- Copia magnética de la totalidad de archivos del contrato 163 de 2006.
- Balance de prueba del año 2007 al 2012.
- Pagos realizados por el Consorcio Ciloyd a la Cooperativa de Trabajo Asociado COPEMER.
- Balances Certificados del Consorcio CILOYD años 2006 y 2007.
- Declaraciones de impuestos de IVA y Retención en la Fuente del Consorcio Ciloyd, correspondientes a los años 2007 a 2010.
- Facturas y comprobantes de egresos de los proveedores de los años 2007 a 2010.
- Libros Auxiliares de la Retención en la Fuente de los años 2007 a 2012.
- Libros auxiliares de los gastos financieros de los años 2007 a 2012".

Con este sustento documental, el dictamen señaló que debían reconocerse los siguientes sobrecostos, conforme a las pretensiones de la demanda:

PRETENSION	VALOR
1- RECONOCIMIENTO PRECIO GLOBAL	\$3.346.458.239
2- VALOR DISEÑOS	\$0
3- ANDEN COSTADO NORTE	\$453.544.018
4- EXCAVACIÓN EN ROCA	\$4.670'962.882
5- MAYOR PERMANENCIA EN OBRA	\$5.174'578.882
6- PERIODO DE IMPRODUCTIVIDAD	\$0
7- ADECUACIONES URBANIZACIÓN SANTA BÁRBARA	\$140'966.368
8- PERDIDA SUBBASE GRANULAR	\$255.402.520
9- CONSTRUCCIÓN CARCAMOS REDES DE SERVICIO	\$0
10-SOBRE COSTOS FINANCIEROS	\$2.106'000.000
11- OBRAS EJECUTASAY (sic) NO RECONOCIDAS	\$130'146.075
TOTAL	\$16.178'058.430

El perito advirtió que "la documentación aportada por la parte actora es la base fundamental para realizar la presente experticia, el cual se fundamentó principalmente en las actas de obra suscritas y aceptadas por los representantes del IDU, de la Interventoría ETA y del Consorcio".

³⁴ F. 70-99, c. 1.

³⁵ F. 100, c. 1.

³⁶ F. 209-210, c. 1.

³⁷ C. 6.



La justificación de este cuadro fue presentada así:

4.8.1. Los sobrecostos en el "Componente Global del Valor del contrato de Obra [...], DEL CONTATO (sic) ADICIONAL 1 y del Acta de Mayores cantidades No. 2, conforme a lo actuado en el Acta No. 99 de Obra ejecutada y pagada por el IDU; suma calculada por el consorcio siguiendo el procedimiento aplicado al Global Original aprobado por el IDU y la Interventoría y que asciende a \$3.346.458.239". Tal cifra la encontró acreditada en la discrepancia de cifras entre las presentadas por el IDU y las plasmadas por el Consorcio. Y agrega que:

"Para confrontar algunos de los costos y gastos en que incurrió el consorcio y forman parte integral de esta reclamación, aplicamos a una base de datos y aleatoriamente se hicieron algunas selecciones para confrontarlos con los comprobantes de egresos los cuales se relacionan y adjuntan al presente dictamen".

Acto seguido, el dictamen exhibe un cuadro con varios egresos de los años 2007 a 2010.

4.8.2. El valor del andén del costado norte que, de acuerdo con el dictamen, no fue reconocido por el IDU, afirmación justificada y valorada así:

"Una vez verificados los planos entregados por el IDU, se constató el alcance de esta actividad en espacio público costado norte. Revistada la descripción de la actividad y la descripción de la especificación técnica, y por omisión en los documentos de adición y mayores cantidades de obra a pesar de haberse previsto las obras de construcción de los Andenes en el Costado Sur, el proyecto para efectos de funcionalidad no podía ser afectado por la no ejecución de estas mismas obras en el costado norte, por lo que se hizo necesaria la construcción de 7.399.76 M2 de andenes en dicho costado, los cuales no han sido cancelados al Consorcio.

El costo directo estimado (valor unitario del costado sur, aplicable para el costado norte) de conocimiento pleno de la Interventoría, es de \$47.500 M2 para un Costo total de \$351.488.600, que incluyendo A.I.U., asciende a la suma de \$453.544.018".

4.8.3. Respecto de la excavación de obra, quedó plasmado que debía reconocerse una suma equivalente a \$4.656'653.266 por estas razones:

"Esta excavación en roca se desarrolló durante la ejecución del contrato, pero en acta de acuerdo del 22 de Julio de 2009, el constructor se comprometió a presentar los soportes según lo establecido en el Manual de Interventoría, para acreditar la cantidad de roca excavada, situación que llevó a que el precio fijado para este ítem se estableciera en el mes de febrero de 2010 en la suma de \$129.336 M3. No obstante lo anterior, la Interventoría solo reconoció la suma de \$128.630,78 M3, argumentando que esta actividad fue adelantada en el año 2009 por lo que representaba una leve disminución en su valor.

*Ahora bien, en el Acta de Recibo Final ítem NP12 la Interventoría solo reconoció la cantidad de 929 M3, cuando la cantidad real ejecutada durante el desarrollo del contrato asciende a 28.984,68 M3, lo cual arroja un saldo de 28.055,68 M3 para un valor de \$3.608.824.000 costo directo más el porcentaje de A.I.U., por lo que estimamos que se encuentra pendiente de reconocer la suma de **\$4.656.653.266".***

4.8.4. Por mayor permanencia en obra, representada en costos de personal y de administración, la suma de \$5.174'578.882. Expuso que en este aspecto aplicó la multiplicación del costo mensual por los 20,5 meses de mayor permanencia.



4.8.5. En torno a las adecuaciones ejecutadas en la Urbanización Santa Bárbara, el perito aseveró:

“Al confrontar los documentos contables del consorcio se constató que realizó un contrato de mano de obra por valor de \$264.924.000 los cuales incluían:

- Demolición de pisos, muros y puertas.
- Resevo [sic], arena, cemento, ladrillo y bloque
- Construcción de muros en mampostería
- Instalaciones eléctricas hidráulicas y sanitarias
- Instalación de ventanas, marcos y puertas
- Arreglos en general (Goteras y Bajantes)
- Instalaciones de Vidrios y Acabados
- Construcción de Andenes, sardineles e instalación de tapas
- Arreglo en general – mano de obra”.

4.8.6. En relación con la pérdida de subbase granular, por valor de \$255.402.519,79, indica que se produjo por una orden impartida por la interventoría que dispuso *“levantar el material extendido y compactado entre la Carrera 7 y Carrera 9”*, que ocasionó *“perjuicios”* no reconocidos por la mencionada suma.

4.8.7. Exhibe un cuadro donde calculó los sobrecostos financieros en desarrollo del contrato, y los calculó en \$2.106.000.000.

4.8.8. Sobre obras no reconocidas por valor de \$130.146.075, el peritaje dice citar la parte final del acta núm. 100, suma *“aceptada por la interventoría y no cancelada por el IDU”*.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Presupuestos para la sentencia de mérito

5.1.1. Siguiendo lo prescrito³⁸ por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, es necesario analizar la vigencia de las normas procesales aplicables para estudiar los presupuestos necesarios para adoptar sentencia. Ello, porque, si bien este tipo de preceptos tienen generalmente efecto inmediato y carácter irretroactivo, la ley prevé ciertos eventos en que opera la ley anterior, especificando las actuaciones y circunstancias que se rigen por la norma vigente cuando iniciaron, por tratarse de situaciones consolidadas que están amparadas por la ultractividad de la norma anterior o porque, debido a la aplicación de la favorabilidad, el interés público o social, deban entenderse concluidos bajo la misma ley con la que dieron inicio³⁹. Por ello, por regla general, en los asuntos judiciales, la mayor parte de preceptos adjetivos rigen para el momento de la presentación de la demanda. Sin embargo,

³⁸ La fecha de presentación de la demanda fue anterior a la entrada en vigor de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso (1° de enero de 2014). Por ende, en este punto el siguiente precepto será tomado en su redacción original: *“Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”*

³⁹ Sobre el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 se ha dicho: *“Esta disposición consagra las reglas sobre aplicación de la ley respecto de las denominadas situaciones en curso, en virtud de lo cual señala: i) el primer inciso consagra la regla sobre el efecto general inmediato de las leyes procesales y la irretroactividad de la ley; ii) establece las reglas de ultractividad de las normas procesales para aquellas situaciones consolidadas al momento en que entra a regir la nueva legislación y señala algunas actuaciones que se entienden deben agotarse con base en las normas bajo las cuales se iniciaron y; iii) fija una regla sobre competencia en la que da prevalencia a los principios de juez natural y de legalidad”*. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Auto unitario del 6 de agosto de 2014. Rad. 88001233300020140000301 (50408).



existirán otros aspectos excepcionales que, en virtud del tránsito legislativo, han de analizarse bajo la óptica de la norma antigua.

5.1.2. Así, la **jurisdicción competente** para definir este asunto sigue las reglas de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, "CPACA"), vigente para la fecha de presentación de la demanda⁴⁰. En tal sentido, la Sala es **competente** para conocer del presente asunto por tratarse de un recurso de apelación interpuesto contra un fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴¹, proferido en el marco del medio de control contencioso-administrativo de controversias contractuales⁴², en el que una de las partes es el IDU, un establecimiento público, dentro de un proceso cuya cuantía impone su juzgamiento por esta Corporación en segunda instancia⁴³.

5.1.3.1. Sobre la **presentación oportuna de la demanda**, el mencionado artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establece que los términos que hubieren empezado a correr se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación, siendo este el momento en que el contrato sea liquidado bilateral o unilateralmente, o sea incumplida la obligación de liquidarlo, por tratarse de un contrato de obra cuya ejecución se prolonga en el tiempo⁴⁴, de acuerdo con el artículo 135.8.d) del Código Contencioso Administrativo (CCA), así como los artículos 164.j.iii), 164.j.iv) y 164.j.v) del CPACA.

Está última norma prevé, además, un término supletivo para la liquidación bilateral y unilateral de dos (2) y cuatro (4) meses, que en su sumatoria se asemeja al artículo 11 de la Ley 1150 de 2007⁴⁵. Este artículo buscaba limitar la facultad de las partes de liquidar el negocio jurídico, es decir, del ajuste final de cuentas en el que las partes contratantes definen *quién debe a quién y cuánto*⁴⁶, y zanján sus

⁴⁰ El CPACA entró en vigor el 2 de julio de 2012, según lo expresa el Artículo 308.

⁴¹ CPACA: "Artículo 150. Competencia del consejo de estado en segunda instancia y cambio de radicación. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia".

⁴² De acuerdo con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, por regla general, "el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa." Igualmente, el artículo 77 de la misma, en su inciso segundo, señala que "Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo."

⁴³ Conforme al artículo 152 numeral 4 del CPACA, los Tribunales conocen en primera instancia de los asuntos "[...] relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes". Para la fecha de presentación de la demanda, el tope mencionado equivalía a la suma de \$294'750.000. De acuerdo con la demanda, las pretensiones fueron estimadas en \$18.214'933.213, guarismo que supera ampliamente el límite fijado por la norma procesal.

⁴⁴ LEY 80 DE 1993. "Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. [...] Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato".

⁴⁵ «(6) El artículo 11 del pliego de modificaciones que establecía las reglas que regularán la liquidación de los contratos estatales, fue objeto de una proposición supresiva para eliminar el inciso final de la norma, que establecía la posibilidad de liquidar por mutuo acuerdo el negocio jurídico, en aquellos casos en que había caducado la acción contractual. [...] (7) El artículo 11 referente a la liquidación de los contratos, se modifica en su penúltimo inciso para establecer la posibilidad de liquidación durante el término de caducidad bien sea por mutuo acuerdo o unilateralmente, sin que esta última opción sea subsidiaria de la primera. Igualmente, se corrige la redacción para darle más claridad a la norma". Gaceta del Congreso, año XV, núm. 90, 28 de abril de 2006.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 1260.



divergencias, para poder declararse a paz y salvo⁴⁷. El artículo 11 es, así, una norma que tiene un carácter sustantivo y, como tal, se entiende incorporada al contrato, conforme al artículo 38 de la Ley 153 de 1887⁴⁸.

Por lo tanto, como lo ha determinado la jurisprudencia unificada de la Sección⁴⁹, es a partir del vencimiento del plazo para la liquidación, cuando debe iniciar el cómputo del término de caducidad. Así, pese a la confusa redacción del artículo 164.j.v) del CPACA, es ese mismo momento en el que se define el régimen jurídico aplicable para la determinación de la presentación oportuna de la demanda, conforme al artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

5.1.3.2. Dicho esto, en el *sub judice* no hay prueba de que el contrato núm. 163 de 2006 haya sido liquidado, a pesar de que la ley del contrato establece⁵⁰ que los contratos de tracto sucesivo, como el de obra pública, son objeto de liquidación. Ahora, las partes adoptaron un término inicial de ocho (8) meses siguientes a la terminación del contrato para efectuar la liquidación bilateral (aptdo. 4.2.5). El negocio jurídico en cuestión terminó, por expiración de su vigencia, el dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010) (aptdo. 4.5.26.2). Por ende, los plazos de liquidación bilateral y unilateral del contrato, de ocho (8) meses acordados por las partes y de dos (2) meses previsto por ley⁵¹ finalizaron el diecinueve (19) de diciembre de (2010). A partir del día siguiente empezó a correr el plazo para la presentación oportuna de la demanda, plazo que, de ser desconocido, causa caducidad de la acción. La caducidad, en este asunto, se rige consecuentemente por la normatividad vigente para el veinte (20) de diciembre de dos mil diez (2010), es decir, el artículo 136, numeral 10, literal d) del CCA, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

5.1.3.3. Sin solución de continuidad, el término bienal establecido en el precepto en mención habría concluido el veinte (20) de diciembre de dos mil doce (2012), día de vacancia judicial, por lo que el término se habría extendido hasta el día hábil

⁴⁷ LEY 80 DE 1993. "Artículo 60. [...] En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo".

⁴⁸ LEY 153 DE 1887. "Artículo 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. || Exceptúanse de esta disposición: || 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y || 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido".

⁴⁹ "En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos respecto a los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración" (se destaca). CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 8 de junio de 1995. Rad. 10634.

⁵⁰ LEY 80 DE 1993. Artículo 60, inciso primero, modificado por la Ley 1150 de 2007: "Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación"

⁵¹ LEY 1150 DE 2007. "Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. // En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. // Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A. // Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo." (Subrayas añadidas).



siguiente a la finalización del período de vacancia: el once (11) de enero de dos mil trece (2013). No obstante, el trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012), a falta de siete (7) días para finalizar los dos años, el Consorcio presentó solicitud de conciliación judicial. Dicho trámite, suspensivo del término de caducidad, finalizó el veintiuno (21) de febrero de dos mil trece (2013) (apdo. 4.7), por lo que la demanda, presentada al día siguiente de concluir infructuosamente el intento conciliatorio, fue **formulada en tiempo**.

5.1.4. Por último, las partes están **legitimadas en la causa** para actuar en este asunto. De una parte, las sociedades demandantes están **legitimadas por activa** dado que conformaron el Consorcio⁵², celebraron bajo esta forma asociativa el contrato 163 de 2006 con el IDU (apdo. 4.2), entidad ésta que, consecuentemente, está **legitimada por pasiva**.

5.2. Características relevantes del asunto *sub judice*: la modalidad del precio pactado, sus incidencias en la demanda por desequilibrio económico, y las adiciones al contrato

La resolución de los problemas jurídicos planteados demanda una caracterización previa de la modalidad de precio pactada en el contrato de obra núm. 163 de 2006, por cuanto esta estipulación incide en la evaluación de las *adiciones* proscritas por el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993,⁵³ así como en los riesgos previstos y asumidos por el constructor, lo que repercute en el estudio del desequilibrio económico cuyo restablecimiento es deprecado en el *sub lite*, pues, como ha señalado la Jurisprudencia de esta Corporación⁵⁴, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, con la exclusión o incorporación de derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar.

5.2.1. La modalidad de precio pactado en la obra

Si bien en el objeto contractual quedó plasmado que la obra fue estipulada a “*precio global con ajustes*” (apdo. 4.2), el resto del clausulado muestra que, desde el inicio, ese aspecto del contrato fue, en parte, matizado. En efecto, si bien los componentes destinados a las obras de construcción, gestión ambiental, gestión social, manejo de tráfico, señalización y desvío de vías aledañas fueron pactados bajo esa modalidad de precio, el relativo al valor de redes fue acordado “*a precios unitarios (con ajustes)*”, según la cláusula atinente a la forma de pago (apdo. 4.2.2). Además, para regular el restablecimiento del equilibrio económico contractual —admitido por el IDU, en el otrosí núm. 2 al contrato— se acordó que esta sería la modalidad de pago acordada para cancelar dicho concepto (apdo. 4.5.22).

A pesar de no contar con normas legales específicas sobre las modalidades de precio, como sí ocurría en los estatutos contractuales anteriores, a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993 son las partes quienes, en virtud del reconocido margen de autonomía de voluntad (artículos 32 y 40), regulan este y otros aspectos del contrato. Empero, no es menos cierto que en el contexto jurídico y económico de los contratos de obra, hablar del precio unitario, el precio global, la administración delegada, la modalidad “*llave en mano*”, entre otras tantas expresiones propias de este tipo contractual, trae consigo un contenido preciso y determinado por el tráfico

⁵² F. 1-4, c. 3.

⁵³ Apdo. 3.3.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 22 de julio de 2009, rad. 25000-23-26-000-1994-09660-01, exp. 14.389



jurídico, ampliamente conocido por quienes convienen y ejecutan negocios jurídicos de esta índole.

En esta oportunidad, la Colegiatura reitera⁵⁵ la distinción entre las modalidades de precio global y precios unitarios, que viene relevante al presente caso:

“Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato”⁵⁶.

Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar a oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales”⁵⁷.

5.2.2. La influencia del precio estipulado en el reclamo por desequilibrio económico contractual

Ahora, el hecho de que el contratista haya accedido a construir una obra a precio global, comprometiéndose a la confección entera de la construcción a cambio de un valor determinado, no implica que este deba asumir todos los riesgos anormales y extraordinarios que se concreten durante la ejecución del contrato, ni soportar a su costa las circunstancias que agraven la prestación pactada que no obedezcan a su actuar o escapen de su control⁵⁸. Pero tampoco puede ignorarse que, en este

⁵⁵ Entre otras, en: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de octubre de 2019. Rad. 07001-23-31-000-2000-00448-01 (29054).

⁵⁶ *“Algunos autores “la llaman contratos por “precio unitario”; otros le denominan contratos por “series de precios”. Pero es de advertir que este sistema comprende dos sub-tipos: unidad simple; unidad en el conjunto. En la “unidad de medida simple” el cocontratante se obliga a ir ejecutando partes, unidades o piezas de obra por un precio unitario determinado, sin que se haya establecido el número de partes, unidades o piezas que realizará. En virtud de ello, cada parte, unidad o pieza constituye una obra independiente o separada. (...) El cocontratante cumple su obligación entregando cualquier cantidad de unidades, piezas o partes cuyo precio unitario se convino, pero dentro de cada trabajo, unidad, parte o pieza a efectuar (terraplenamiento, mampostería, asfaltado, etc.), debe entregar el trabajo, parte o pieza, completo, y no sólo parte o porción del mismo (así: todo el terraplén, toda la mampostería, todo el asfaltado, etc): si se convino la construcción de un determinado camino a tanto por metro, debe entregar el camino completo -desde el punto inicial convenido al terminal-, cuyo costo luego le será pagado a tanto por metro./ En el sub-tipo “unidad en el conjunto”, cada unidad no se considera como una obra independiente; si se tiene en cuenta el conjunto total de la construcción, que resultará integrado por la suma de unidades o partes. Cada una de éstas tiene fijado su precio. El precio de toda la obra es el que resulte de la suma de todas las unidades, piezas o partes, realizadas. Como consecuencia de este tipo de contratación, el cocontratante debe entregar una obra completa, y no una o varias unidades, piezas o partes, de ésta, independientes, como ocurre en el tipo de unidad simple.” Marienhoff, Miguel Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, edit. Abeledo-Perrot, 1983, Tercera edición, Tomo III -B, Contratos Administrativos, págs. 543 y 544”.* (Cita original núm. 5 de la sentencia).

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

⁵⁸ *«No es dable tampoco considerar que por tratarse de un contrato de obra pública a “precio global” el contratista estaba impedido para reclamar y obtener el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra que ejecutó en cumplimiento de lo ordenado por la entidad contratante. [...] En aplicación del principio*



contexto, el particular debe incluir en su ofrecimiento un margen de solvencia que le permita asumir la confección íntegra de la obra pactada a cambio de ese precio único⁵⁹. Dicho de otro modo, al contratista de obra a precio global:

“[...] le concierne estructurar con mayor rigor el valor de su oferta, bajo la comprensión de que en ella debe quedar amparado un margen de riesgo superior a la hora de calcular el costo directo e indirecto de la ejecución de la obra, incluyendo varias eventualidades, tales como el posible incremento de los costos directos y cantidades de obra previstas”⁶⁰.

La teoría de la imprevisión, que es el supuesto de desequilibrio debatido en este asunto, presupone la ocurrencia de un suceso exógeno a las partes, que altere el alea normal del contrato y que no haya sido razonablemente previsible para las partes contratantes al momento de la celebración del contrato⁶¹. Por lo tanto, quien haya suscrito un contrato bajo la modalidad de precio global fijo y busque el restablecimiento del equilibrio contractual con base en la teoría de la imprevisión, tendrá una carga de la prueba más exigente⁶², ya que al suscribir el contrato este asume los riesgos propios de la actividad a la que se dedica, que son así previsibles y forman parte del alea normal del negocio⁶³. En consecuencia, debe probar que se produjeron riesgos anormales y extraordinarios que superaron cualquier previsión contractual, y que fueron de una magnitud capaz de alterar la equivalencia contractual proyectada al inicio del negocio; y a lo que tendría derecho un contratista

general de la equidad, no puede atribuirse de manera exclusiva al contratista los efectos que produce la presencia de aleas en un contrato estatal, entendidas estas como los riesgos que pueden alterar la economía original de los contratos. El derecho moderno reconoce y protege los intereses legales y justos que movieron al particular a suscribir el contrato con la administración. Por otra parte, cabe afirmar que la modalidad de “precio global” lo que pone de presente son los elementos o aspectos que él envuelve o comprende, pero nunca podrá entenderse como la rigidez inmutable que impida llevar a cabo los desajustes de contenido económico, originados en causas sobrevinientes, eso sí, no imputables al contratista». CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de abril de 1999. Rad. 14855. || “Esta modalidad del contrato de obra pública, cuya remuneración consistía en una suma global fija y mediante la cual el contratista asumía la responsabilidad por aquellas actividades propias de la ejecución de las obras, como lo son la vinculación del personal, la celebración de subcontratos, la obtención de materiales y que para el cumplimiento de estas actividades actuaba bajo su propia cuenta y riesgo, dejando a salvo la responsabilidad de la Administración por los actos de su contratista, no significaba que éste tuviera la obligación de asumir o soportar todos los riesgos o cargas que se derivaran del contrato a precio global por circunstancias que no eran imputables a su conducta y que se salían del ámbito de su control [...]”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Rad. 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854).

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de marzo de 2020. Rad. 05001-23-31-000-1997-03054-01(41376)

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de noviembre de 2021. Rad. 25000-23-36-000-2013-02201-01(56023)

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencias del 20 de septiembre de 1979, exp. N2742; y del 29 de mayo de 2003, exp. 14577, entre otras.

⁶² *“Y si bien el valor del contrato fue pactado a través de un precio global, ello no quiere significar que no se pudiera llegar a desequilibrar el contrato, como lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia de esta Corporación. No obstante, la carga de la prueba en cabeza del Consorcio se hacía más exigente, por cuanto en este tipo de remuneración se asumen mayores riesgos por parte del contratista y, por tanto, se hace más exigente la acreditación del rompimiento grave y anormal del equilibrio económico del contrato”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de junio de 2020. Rad. 20001-23-31-000-2010-00489-01(46881).*

⁶³ *“[...] habría que concluir entonces que las variaciones que eventualmente podrían suceder dentro de una operación normal, bien sean favorables o desfavorables a los intereses económicos del concesionario, corresponderían a su riesgo comercial, es decir, al álea normal de los negocios y, por lo tanto, en manera alguna podría trasladarse los déficit respectivos a la entidad pública contratante, ni tampoco podría exigirse al concesionario la entrega del superávit a la entidad concedente cuando los resultados superaren las proyecciones iniciales, puesto que tales medidas no resultan congruentes en un negocio en el cual los riesgos que cada una de las partes asume deben quedar definidos desde antes de la celebración del contrato, para que, de esta manera, cada una de ellas tenga suficiente claridad sobre los mismos y adopte los mecanismos necesarios para cubrirlos”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2007. Rad. 25000-23-26-000-1996-02098-01(15475).*



en estas circunstancias, es a ser llevado a un “punto de no pérdida”, que no equivale a la reparación integral de las pérdidas padecidas⁶⁴.

5.2.3. Las “adiciones” al contrato

5.2.3.1. Una vez apreciada la estructura económica del negocio en torno mayoritariamente al precio global, y lo que en principio esto conlleva, resulta llamativo que el contrato, inicialmente proyectado a ejecutarse en siete (7) meses (aptdo. 4.2.3), tuviera siete prórrogas (aptdos. 4.5.3, 4.5.7., 4.5.9, 4.5.10, 4.5.13, 4.5.19, y 4.5.25), y cuatro suspensiones (aptdos. 4.5.15, 4.5.16 y 4.5.23), generando que la obra fuera desarrollada en treinta y un (31) meses, con un exceso en más de cuatro veces el tiempo previsto inicialmente.

Más aún, no parece congruente con el nivel de estrictez de esta modalidad de precio en la proyección de la obra, y con el carácter —en principio— intangible del precio global, que un contrato pactado por una suma total de \$8.306'148.322 (aptdo. 4.2.1) haya concluido con un precio de \$24.364'040.057,83, según el acta de recibo final de obra (aptdo. 4.5.27), es decir, casi tres veces el precio originalmente pactado.

5.2.3.2. Sobre esto último, para verificar si es procedente arribar a la conclusión consignada en el voto disidente de primera instancia (aptdo. 2.3.5), se debe precisar el alcance de la prohibición consignada en el segundo párrafo del artículo 40, parágrafo, de la Ley 80 de 1993 que, además de estar vigente para la fecha en que se celebró el contrato *sub examine*, constituye la única norma positiva consignada en el EGCAP relacionada con la posibilidad de adicionar en precio los contratos estatales:

“Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”.

5.2.3.3. Esta norma comporta una prohibición de *adiciones* al precio del contrato. Sin embargo, de las adiciones proscritas, en la jurisprudencia administrativa —que a continuación es reseñada— se han excluido las estipulaciones enderezadas a reajustar los precios pactados y aquellas con las que se busca restablecer el equilibrio económico del contrato.

En primer lugar, no son considerados como *adiciones* los pactos de revisión o reajuste de precios, cuyo propósito es mantener las condiciones económicas del contrato existentes al momento de proponer o de contratar⁶⁵, y garantizar el derecho

⁶⁴ “Dicho en otras palabras, sólo nace el deber legal de llevar al contratista a un punto de no pérdida, no surge la obligación de reparar la integridad de los perjuicios. Según Riveró: “A diferencia de lo que ocurre en la teoría del príncipe, esta indemnización no es nunca igual a la totalidad de las pérdidas sufridas, o carga extracontractual.”; para Bercaitz el contratista afectado tiene derecho a reclamar “sólo un aumento de su contraprestación” y, para Jeze, “La teoría de la imprevisión tiene por finalidad hacer participar a la Administración, en cierta medida y temporariamente, en las pérdidas experimentadas por el contratante. No tiende a reparar un daño. Nunca conduce a mantener el beneficio del contratante, ni aún a preservarlo de cualquier pérdida. El hecho del príncipe, en cambio, tiene por resultado, cuando influye sobre la situación económica del contratante, otorgar a éste el derecho de exigir la reparación definitiva del perjuicio causado por la Administración, en forma de un suplemento de precio; la equidad exige que el contratante no sufra una pérdida, ni aún una disminución de sus beneficios, a raíz del hecho de la Administración”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2004. Rad. 25000-23-26-000-1991-07391-01(14043)

⁶⁵ LEY 80 DE 1993. Artículo 4°, núm. 8: “Artículo 4o. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: [...] 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación [...], o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.”



del contratista a que el valor intrínseco de su remuneración no se vea alterado⁶⁶⁻⁶⁷. Ha dicho la jurisprudencia que, dada su justificación, las variaciones en los costos presupuestados en función del ajuste de precios no entrañan una modificación del contrato, sino un desarrollo normal de lo pactado⁶⁸.

En la misma dirección, las medidas adoptadas para restablecer el equilibrio económico del contrato por situaciones imprevistas tampoco son, en estricto rigor, adiciones al contrato. La ley prevé⁶⁹ que los particulares contratistas tienen derecho al restablecimiento de la ecuación económica, al tiempo que ordena el mantenimiento de la equivalencia prestacional surgida al momento de elevar la propuesta o de celebrar el contrato, indicando que la ruptura no imputable al afectado debe generar la adopción de mutuo acuerdo de medidas tendientes al restablecimiento⁷⁰.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina⁷¹, cuando el EGCAP ordena que los eventos de alteración sobreviniente de la ecuación contractual sean atendidos mediante los recursos de la apropiación global incluida en los presupuestos anuales de las entidades contratantes⁷², distingue estos eventos de restablecimiento del equilibrio contractual de otras modificaciones contractuales, como lo son las *adiciones*, en las que no se utilizan estos recursos, sino que requieren disponibilidad y registro presupuestal previos a su estipulación. A esto cabría agregar que, si el desequilibrio económico del contrato es caracterizado como anormal y extraordinario, mal haría la ley en imponer límites cuantitativos al deber de reequilibrar el sinalagma contractual por algo que, de forma inmanente, es superior a cualquier margen previsto.

⁶⁶ LEY 80 DE 1993. Artículo 5°, núm. 1, inc. 1: "Artículo 5o. de los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas: 1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato".

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2002, exp. 12924.

⁶⁸ "La cláusula de ajuste de precios se justifica como mecanismo para asegurar la equidad real de las prestaciones entre las partes, toda vez que en la etapa precontractual el contratista presenta su oferta de precio con base en un presupuesto de costos, estimando los precios al momento de la propuesta y claramente se entiende que esos costos presupuestados sufrirán variaciones respecto de la fecha de ejecución y pago de la obra contratada, de manera que la Ley permite que las partes acuerden la fórmula de ajuste, cuya aplicación no implica una modificación al contrato estatal sino que se realiza en desarrollo del mismo". CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 27 de junio de 2013. Rad. 47001-23-31-000-1993-03570-01(17431).

⁶⁹ LEY 80 DE 1993. Artículo 5°, núm. 1, inc. 2: "En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato."

⁷⁰ LEY 80 DE 1993: "Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. // Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate."

⁷¹ BENAVIDES, José Luis. "Adición de Contratos Públicos" (pp. 357-398), en "Contratos Públicos: Estudios", Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2014, p. 363-364.

⁷² LEY 80 DE 1993: "Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: [...] 14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados."



5.2.3.4. Ahora, para esta Corporación⁷³, la referencia a las *adiciones* al contrato supone una modificación, en la que son agregados al objeto, elementos o metas físicas no previstas inicialmente por las partes, y que resultan indispensables para la consecución de los intereses inmersos en el negocio, sin que ello pueda derivar en la mutación del tipo de contrato⁷⁴. Bajo estos supuestos, las actas o acuerdos sobre mayores cantidades de obra en contratos celebrados a precios unitarios, en los que el valor indicado en el contrato supone apenas un estimativo de lo que será el precio final de la obra cuando esta concluya, no serían propiamente una adición sino una inyección de recursos presupuestales prevista para sortear las imprecisiones que haya podido tener la formulación inicial del precio.

Por el contrario, en contratos pactados bajo la modalidad de precio global o alzado, el incremento del precio del contrato siempre supondrá la modificación del objeto contractual y, por lo tanto, adición, toda vez que en este escenario la estimación inicial del costo de la obra en su totalidad es vinculante a lo largo del acuerdo de voluntades como el precio determinado que el contratista percibirá como contraprestación por su labor⁷⁵. En estas palabras lo ha dicho esta Sección:

“La mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obras celebrados a precios unitarios, no implica, en principio, en forma alguna, cambio de objeto ni cambio en su valor, porque en este tipo de contrato sólo podrá hablarse de este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno o algunos de los precios unitarios convenidos. Sucede en esto algo diferente a lo que se observa en los contratos a precio alzado, en los que la variación en su valor tiene en cuenta el valor global del mismo”⁷⁶.

5.3. Sobre la nulidad del contrato por adiciones que excedieron el 50% del precio inicial

5.3.1. En este asunto, de acuerdo con las consideraciones anteriores, del precio final, plasmado en la entrega de la obra (aptdo. 4.5.26.2), no pueden considerarse adiciones las actas generales de ajustes (aptdo. 4.5.5. y 4.5.21), el acta de reconocimiento por desequilibrio económico del contrato (aptdo. 4.5.20) y el otrosí núm. 2 al contrato de obra (aptdo. 4.5.22), ya que, con ellas, las partes contratantes buscaron mantener el valor representativo del precio pactado o restablecer el equilibrio contractual, por lo que no suponen una *adición*.

5.3.2. Advierte la Sala, además, que con el acta núm. 1 de mayores cantidades de obra (aptdo. 4.5.4) fueron incrementadas las cantidades necesarias para la construcción de las redes de servicio público, puntualmente de acueducto, aspecto que desde sus inicios el contrato había previsto bajo la modalidad de precios unitarios (aptdo. 4.2.2); y con el acta de acuerdo del 22 de julio de 2009 (aptdo. 4.1.17) se acordó el ajuste de precios por incremento de los costos de algunos insumos y la cancelación de mayores cantidades de obra a precios

⁷³ En este aspecto, la Sala acudirá a los planteamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 18 de julio de 2002. Rad. 1439.

⁷⁴ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 del 25 de abril de 2012.

⁷⁵ *La mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obras celebrados a precios unitarios, no implica, en principio, en forma alguna, cambio de objeto ni cambio en su valor, porque en este tipo de contrato sólo podrá hablarse de este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno o algunos de los precios unitarios convenidos. Sucede en esto algo diferente a lo que se observa en los contratos a precio alzado, en los que la variación en su valor tiene en cuenta el valor global del mismo*. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de agosto de 1987. Rad. 3887.

⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de agosto de 1987. Rad. 3887.



unitarios, por lo que tampoco será tenido en cuenta como una de las *adiciones* proscritas en parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

5.3.3. En lo restante, deben tenerse en consideración los precios del contrato y de sus adicionales, representados en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) a su celebración: el precio original del contrato (\$8.306.148.322) equivalía a 20.458,49 SMLMV a 2006, y el 50% de ese valor era de 10.229,24 SMLMV; el precio del contrato adicional núm. 1 (aptado. 4.5.3) fue de 6.917,22 SMLMV a 2007 (\$3.000'000.000); y el acta núm. 2 (aptado. 4.5.6) representó un incremento de 6.917,22 SMLMV a 2007 (\$3.000'0000.000).

Pese a que esta última acta fue denominada "*de mayores cantidades*", en ella se pactó la ejecución de obras de excavación mecánica y rellenos, de un terraplén sobre el lecho de una antigua cañada, de muros de contención para la protección de construcciones existentes y de instalaciones de concreto en el espacio público, siendo estas *obras de construcción* —y no de *redes*— que se habían pactado bajo la modalidad de precio fijo (aptado. 4.2.2). Además, la inclusión de estas obras, así como de las pactadas en el adicional núm. 1, dentro del "*valor de la construcción*", fue convenida de forma expresa en el otrosí núm. 1 (aptado. 4.5.11).

Observa la Sala, por demás, que en los referidos convenios modificatorios las partes contratantes siguieron "*la misma formalidad que se exige para la existencia del contrato administrativo o estatal*"⁷⁷. En este caso, el contrato de obra núm. 163 de 2006 fue elevado a escrito, el cual fue suscrito por el Director Técnico de Construcciones del IDU (DTC), de acuerdo con la delegación conferida mediante resolución núm. 1473 del 28 de marzo de 2006, y por el representante (suplente) de la Consorcio Ciloyd (aptado. 4.2), de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 (inciso 1º) de la Ley 80 de 1993. De igual forma, el adicional núm. 1, el acta núm. 2 de mayores cantidades y el otrosí núm. 1 fueron elevados a escrito en el que se alcanzó un acuerdo sobre el precio y el objeto contratado, suscritos por los representantes del IDU y del Consorcio (aptados. 4.5.3, 4.5.6 y 4.5.11).

5.3.4. En este orden de ideas, la Sala encuentra que al suscribir el acta núm. 2 de mayores cantidades de obra (aptdo. 4.5.6), destinada a regular las cantidades adicionales de ítems pertenecientes al valor para obras de construcción, pactado a precio global, las partes incurrieron en la prohibición vertida en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, porque el tope legal impuesto para suscribir adiciones al contrato núm. 163 de 2006 fue sobrepasado en 3.605,2 SMLMV. Con ello, fue celebrado un contrato contra expresa prohibición legal, configurándose la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

5.3.5. En el voto disidente al fallo de primer grado se mencionó que, al transgredir los principios de legalidad y de planeación, en relación con un elemento esencial del contrato de obra, como lo es el precio, tal variación "*contamina la integridad del contrato original ocasionando su nulidad absoluta*". Esta apreciación, sin embargo, no es compartida por la Sala.

⁷⁷ Sentencia de 27 de junio de 2013, ya citada (supra. núm. 76), reiterada en: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de abril de 2021. Rad. 41001-23-31-000-1999-01493-01(50371).



De acuerdo con los artículos 1494 y 1495 del Código Civil ("CC")⁷⁸ y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁷⁹, un contrato es el acto jurídico generador de obligaciones, que surge del concurso de la voluntad autónoma de dos o más personas. El contrato, según el artículo 1602 del CC, tiene fuerza vinculante para las partes contratantes, "*y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*"⁸⁰. No obstante, tomando en consideración que, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, al contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración —salvo en lo atinente a su reclamación en juicio y a las penas por sanción de lo estipulado— se ha considerado que el examen de la validez del contrato debe realizarse verificando el cumplimiento de los requisitos legales en el momento de su perfeccionamiento⁸¹, que no pueden ser derogadas por acuerdo de partes⁸², con la excepción de las normas expedidas por motivos de utilidad pública o interés social que, de acuerdo con el artículo 58 constitucional⁸³ y el artículo 18 de la Ley 153 de 1887, tiene carácter retrospectiva, que afecta las prestaciones pendientes, como lo han precisado la jurisprudencia⁸⁴ y la doctrina⁸⁵⁻⁸⁶.

Ahora bien, como fue expuesto anteriormente (aptado. 5.2.3.4), en los contratos a precio global, cualquier *adición*, bien sea en elementos o metas físicas, supone la modificación de su objeto, que, en un principio, era inalterable. Tal modificación supone, así, el surgimiento de nuevas obligaciones, por lo que es en el momento en el que estas surgen, en el que debe verificarse su adecuación a la ley, sin que ello afecte las prestaciones cuyo cumplimiento está aún pendiente.

En este orden de ideas, la violación a la prohibición legal de adicionar los contratos estatales en más del 50% de su precio inicial, que da lugar a la nulidad del acto por trasgredir una prohibición legal expresa⁸⁷⁻⁸⁸, debe verificarse en el momento en el que surgen las obligaciones que, en un contrato a precio global, se produce con cualquier *adición* al objeto primigenio.

⁷⁸ CÓDIGO CIVIL. "Artículo 1495. Definición de contrato o convención. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas".

⁷⁹ LEY 80 DE 1993. "Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: [...]".

⁸⁰ Subrayado añadido.

⁸¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 20969.

⁸² CÓDIGO CIVIL. "Artículo 16. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".

⁸³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. "Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. [...]".

⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2011, exp. 17836,

⁸⁵ HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las Obligaciones II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 145-150, y 733-735.

⁸⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 7ª edición, Temis, Bogotá, 2018, p. 306 a 311.

⁸⁷ CÓDIGO CIVIL. "Artículo 6. [...] En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos".

⁸⁸ LEY 80 DE 1993. "Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: [...] 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; [...]".



Esta es la interpretación acorde a la naturaleza del contrato celebrado bajo la modalidad de precio global⁸⁹, así como al tenor gramatical⁹⁰ del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que prohíbe el acto de *adicionar*⁹¹ el precio de un contrato estatal en más del 50% de su precio inicial. Esta interpretación permite, además, conservar la eficacia de las estipulaciones anteriores a la adición, por lo que se ajusta al precepto de la hermenéutica contractual previsto en el artículo 1620 del CC⁹².

No pasa por alto la Sala, por demás, que la mentada prohibición de adición al precio, que en nuestro ordenamiento tiene antecedentes remotos⁹³⁻⁹⁴, surge ante la necesidad de preservar la estructura de los procesos de selección, que ha sido definida históricamente de acuerdo con el monto del contrato cuya celebración se prevé. Esta estructuración no es burlada en la selección del contrato con su precio primigenio, sino con la variación que se produce con los adicionales, por lo que la afectación de la validez de aquel se apartaría del espíritu de la norma, que orienta su interpretación⁹⁵. Así ha sido entendida, además, la nulidad que se desprende de dicha prohibición en esta Sección⁹⁶.

5.3.6. En consecuencia, será declarada la nulidad del acta núm. 2 de mayores cantidades, suscrita el 17 de diciembre de 2007, y la nulidad parcial del otrosí núm. 1 al Contrato de Obra Pública IDU-163 de 2006, en cuanto prevé que: "*Dentro del valor de la construcción entiéndanse incluidos los valores [...] las Actas No. [...] 2 de mayores cantidades de obra aprobadas por la Interventoría y el IDU*".

5.4. Solución al primer problema jurídico: La reclamación por desequilibrio económico

5.4.1. En el *sub judice*, la Colegiatura observa que, al inicio del contrato, el Consorcio asumió los riesgos derivados de la revisión, ajuste y modificación de los diseños (aptdo. 4.2.3), para lo cual se destinó la llamada "*etapa de preconstrucción*", en la que el contratista "*apropiaría*" los diseños, a tal punto que asumiría la responsabilidad total de la obra y garantizaría la estabilidad de la construcción al margen de que los diseños fueran entregados por el IDU (aptdo. 4.1.1). Sin embargo, al reconocer el desequilibrio económico por las fallas en los diseños, el IDU terminó asumiendo ese riesgo, que consideró anormal por las serias falencias que tuvieron los diseños y estudios de la obra (aptados. 4.5.17 y 4.5.20), y reconoció

⁸⁹ CÓDIGO CIVIL. "Artículo 1621. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. [...]".

⁹⁰ CÓDIGO CIVIL. "Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. [...]".

⁹¹ "[A]dicionar || 1. tr. Hacer o poner adiciones". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, edición tricentenario, 2021.

⁹² CÓDIGO CIVIL. "Artículo 1620. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno. [...]".

⁹³ DECRETO 150 DE 1976 "Artículo 45. Cuando por circunstancias especiales haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenidos, y no se tratare del reajuste de precios previsto en este Estatuto, la entidad interesada suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la mitad de la cuantía originalmente pactada más los reajustes que se hubieren efectuado [...]".

⁹⁴ DECRETO 222 DE 1983. "Artículo 58. Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional".

⁹⁵ CÓDIGO CIVIL. "Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. || Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento" (subrayado añadido).

⁹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2021, exp. 40452.



dos sumas: la del acta de reconocimiento, por \$1.387.073.861, y del otrosí núm. 2 (aptdo. 4.5.22) por \$4.788.906.042,00.

5.4.2. En esta instancia, el extremo demandante sostiene que el desequilibrio contractual sobrepasó las sumas reconocidas por el IDU, sobre las cuales efectuó *reservas* (aptdo. 2.4.2 y 2.4.3). Para ello, se soporta en lo consignado en las actas y en el dictamen pericial practicado dentro del asunto (aptados. 4.8 a 4.8.8). La primera instancia, por el contrario, consideró que todo el desequilibrio contractual fue absorbido por los acuerdos a los que llegaron las partes para restablecerlo pese a que, a su juicio, el desbalance estaba probado al ser admitido por la Administración, y que el dictamen pericial tenía valor probatorio.

5.4.3. Sin embargo, es en este último aspecto, relativo al peso persuasivo del peritaje, que esta Sala discrepa del recurrente, ya que, aunque, en un análisis de desequilibrio económico contractual, la pericia contable contribuye a determinar la relevancia que el rompimiento del equilibrio tuvo en las finanzas de la contratista, esta no da cuenta de la inversión de recursos en la ejecución del contrato, por ser este un aspecto que excede su campo de conocimiento. Valga reiterar⁹⁷ que, como lo ha considerado la Sala:

“En criterio de la jurisprudencia, el contador público –quien ejerce la ciencia de la contabilidad– concentra sus funciones en asesorar y colaborar a los particulares obligados a llevar el registro pormenorizado de sus actividades, así como una relación de sus estados financieros. Luego, en el ámbito de la comprobación de la ruptura de la ecuación contractual, las pruebas técnicas contables en las que intervienen estos profesionales se dirigen a demostrar la gravedad y el impacto que el desarrollo del contrato tuvo para las finanzas internas del extremo que alega el desequilibrio en su contra, siendo pertinente para evidenciar el grado de afectación que tuvo, en sus intereses jurídicamente tutelados, la ejecución excesivamente gravosa de los compromisos contractuales. En otras palabras, la prueba pericial contable se encamina a acreditar el daño contractual.

Empero, el dictamen contable de la parte que alega el desequilibrio no puede ser tomado como prueba directa ni exclusiva de los sobrecostos de la obra. En sintonía con lo anteriormente expuesto, la reparación del desequilibrio financiero del contrato, cualquiera sea su motivo, exige probar que los valores suplicados fueron efectivamente invertidos en la confección de la obra, en cada uno de los ítems y cantidades de obra que se reclaman, en la construcción que constituyó el objeto contractual. Así las cosas, la prueba pericial contable podrá dar cuenta de la trascendencia perjudicial que tuvo el desarrollo del contrato en el desempeño económico interior del contratista, pero no necesariamente dará cuenta, por sí sola, de la inversión real y efectiva de las sumas denunciadas como sobrecostos en los trabajos contratados, ya que un ejercicio contable que arroje pérdidas del particular contratista no necesariamente tiene relación o nexo con la ejecución del contrato supuestamente desbalanceado”.

5.4.4. En este asunto, al analizar el *componente global* del contrato de obra núm. 163 de 2003, cuyo incremento se produjo con el contrato adicional núm. 1 y el acta de mayores cantidades núm. 2 —anulada en esta providencia— el perito relacionó las otras modificaciones en el objeto que tales acuerdos implicaron, de acuerdo con el acta de obra núm. 99 y, luego de transcribir los costos que ello implicó para el IDU y el Consorcio, “[p]ara confrontar algunos de los costos y gastos en que incurrió el consorcio y forman parte integral de esta reclamación, aplicamos a una base de

⁹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de agosto de 2020. Rad. 76001-23-31-000-2008-00453-01(51833).



datos y aleatoriamente se hicieron algunas selecciones para confrontarlos con los comprobantes de egresos los cuales se relacionan y adjunta al presente dictamen”.

Tal selección aleatoria, sin embargo, no permite determinar que las sumas y conceptos referidos en los comprobantes de egresos aportados por la actora hayan sido efectivamente invertidos en las obras adicionales que fueron llevadas a cabo como resultado de lo convenido en el contrato adicional núm. 1 y el acta de mayores cantidades núm. 2. La confrontación aleatoria realizada, a lo sumo, permitiría corroborar que las inversiones realizadas por la demandante fueron canceladas, mas no que hayan sido invertidas en los rubros del contrato que, según la demandante, generaron un desequilibrio económico, siendo esta una inferencia que requiere conocimientos adicionales a los contables.

Aparte, la pericia no dio respuesta al punto 2 del cuestionario, por desconocer las tarifas de los estudios y diseños que el Consorcio afirmó haber realizado. Tampoco respondió los puntos 6 y 9, correspondientes a los sobrecostos por el periodo de improductividad en la ejecución del contrato y la construcción de cárcamos de servicios, por exceder el marco del dictamen o carecer de elementos.

En los puntos 3, 4, 7 y 8, sobre obras ejecutadas y no pagadas de andenes, excavaciones, adecuaciones en la urbanización Santa Bárbara y pérdida de subbase granular, el perito simplemente asumió la ejecución de tales obras, lo que no podría constatar, por carecer de los conocimientos de ingeniería para ello requeridos (aptados. 4.8.2, 4.8.3, 4.8.5 y 4.8.6). Así, al determinar las excavaciones realizadas, el perito afirmó simplemente que se habían reconocido 923 m³ de los 28.984,68 m³ que habrían sido realmente ejecutados (aptado. 4.8.3) sin dar cuenta alguna de la forma en que conoció y calculó tal volumen de *ejecución real*. Mientras, al estimar los costos de la subbase granular perdida, el perito se limitó a referir las circunstancias en las que la interventoría ordenó retirar la subbase existente, sin precisar, en forma alguna, la manera en la que corroboró los costos que de ello afirmó haber incurrido el demandante (aptado. 4.8.6). Aparte, para determinar los costos de las adecuaciones en la urbanización Santa Bárbara, el perito se fundó en una referencia imprecisa a un contrato de mano de obra, que no permite determinar que, en efecto, corresponda a tales adecuaciones (aptado. 4.8.5). Además, las cifras sobre los costos de andenes se fundaron en estimaciones de precios de la interventoría (aptado. 4.8.2), sin constatar que ello hubiera sido invertido por el Consorcio.

Es claro así que, en este asunto, el dictamen contable practicado no da cuenta suficiente de la existencia de un desequilibrio económico del contrato de obra núm. 163 de 2003, ni que el IDU, mediante las sumas reconocidas en el acta y en el otrosí núm. 2, no haya logrado restablecer el equilibrio contractual al punto de no pérdida exigido por el EGCAP. Ningún elemento arrimado al expediente, y menos el dictamen, logran establecer cuál era ese punto de equilibrio, y en cuánto difirió con los valores reconocidos de mutuo acuerdo. Tampoco está claro que este haya sido imprevisible dentro del marco del precio global que reguló mayoritariamente el contrato.

En ese sentido, con el solo señalamiento de sumas que supusieron sobrecostos en la obra, no resulta discernible cuáles de esos guarismos serían pertinentes para la reclamación por desequilibrio económico, que, contrario a lo sugerido por el recurrente (aptado. 2.4.3), no son los relacionados con la pérdida o disminución de utilidades para el contratista, como se rememoró líneas atrás (aptado. 5.2.2).



5.4.5. No puede pasar esta Sala por alto, por demás, que el dictamen practicado no permite diferenciar las obras ejecutadas en cumplimiento del acta de mayores cantidades núm. 2 y el otrosí núm. 1, con las cuales fue superado el monto de las adiciones que el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 proscribió y que, por ser consecuentemente nulos —como se determinó previamente— no dan lugar al restablecimiento del equilibrio económico, que presupone la existencia de un contrato válido.

5.4.6. Así, la Sala mantiene la denegación de las pretensiones por valores mayores por desequilibrio contractual, aunque por razones diferentes a las de la sentencia apelada.

5.5. Solución al segundo problema jurídico: La inclusión de la suma impuesta por el IDU en la Resolución 1593

5.5.1. La apelación censura (aptdo. 2.4.2) que el fallo de primera instancia haya incluido, dentro de las sumas de la liquidación judicial del contrato, aquella contenida en la Resolución 1593 de 2010 que declaró el incumplimiento parcial del contrato, porque esta suma ya había sido pagada por la aseguradora que amparó el cumplimiento contractual.

5.5.2. De acuerdo con el artículo 212 del CPACA, la oportunidad de solicitar pruebas en segunda instancia, cuando ellas versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, precluye en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso. En este asunto, el término de ejecutoria del auto con el que fue admitido el recurso de apelación corrió desde el 24 de agosto hasta el 26 de agosto de 2015, conforme al artículo 302 (inc. 3º) del Código General del Proceso (“CGP”), sin que las partes se pronunciaran al respecto⁹⁸. No fue, sin embargo, hasta el 5 de noviembre de 2015, cuando —adjunto a sus alegaciones de segunda instancia⁹⁹— la parte actora allegó los documentos con los que pretende demostrar el pago de la multa impuesta con la Resolución 1593 de 2010.

5.5.3. Pues bien, como lo ha considerado la Sala previamente¹⁰⁰, de conformidad con los artículos 1757 del Código Civil (“CC”)¹⁰¹ y 177 del CPC¹⁰², así como el artículo 167 del CGP¹⁰³, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el surgimiento o extinción de las obligaciones en pugna.

La carga de la prueba, que establecen las normas referidas, es una regla procesal que impone a las partes y al juzgador un papel en el proceso judicial¹⁰⁴. Con la dialéctica se busca la comprensión de un problema a partir de la tesis y su antítesis, cuyo éxito depende, en parte, de una construcción adecuada de cada uno de esos extremos. Si bien no es este el único método cognitivo, ha sido adoptado en el proceso judicial adversarial desde tiempos remotos, por ajustarse a la naturaleza del conflicto en el que una parte deprecia algo a otra que se opone. Este sistema depende, en buena medida, de la labor activa que en la defensa de los intereses en litigio asuman las partes procesales, lo que, en el plano fáctico, implica desplegar el

⁹⁸ Según informe de secretaría obrante a folio 536 del c. ppal.

⁹⁹ Folios 538 a 545, c. ppal.

¹⁰⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de octubre de 2020, exp. 50160.

¹⁰¹ “Artículo 1757. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

¹⁰² “Artículo 177. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

¹⁰³ “Artículo 167. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

¹⁰⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2019, exp. 17720., FJ 2.3.2.



poder de probar derivado del debido proceso¹⁰⁵. Deben las partes, por virtud del principio de la carga de la prueba que rige en materia contencioso-administrativa, solicitar y facilitar la práctica de la prueba de los hechos que esgrimen como fundamento de su posición¹⁰⁶.

Como regla procesal, la carga de la prueba impone, también, un rol al juzgador, que, como tal, es una regla de juicio que determina el sentido de una decisión ante la incertidumbre sobre los hechos en contienda y, de esa forma, permite zanjar un conflicto jurídico evitando el *non liquet*¹⁰⁷. Así, en razón al principio de la carga de la prueba, corresponde al juzgador adoptar una decisión desfavorable a aquel que no haya conseguido acreditar con certeza los hechos que esgrimió.

Esta regla, sin embargo, se flexibiliza en el ámbito contencioso-administrativo, en cuanto el artículo 169 del CCA faculta al *ad quem* para que, antes de dictar sentencia, disponga “que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda”. No obstante, esta norma no impone un sistema inquisitivo en lo contencioso-administrativo, ni se propone soslayar la inactividad de las partes que no hayan desarrollado el papel procesal que les corresponde en el proceso contencioso-administrativo, para la comprensión de los intereses en disputa y, con ello, del conflicto.

5.5.4. Como, en este asunto, la parte actora, sin justificación alguna, omitió la carga de solicitar las pruebas que daban cuenta de la extensión de la obligación de pagar la multa impuesta mediante la Resolución 1593 de 2010 en la oportunidad procesal dispuesta para ello, el decreto oficioso de pruebas únicamente soslayaría el incumplimiento de esta carga que la ley le impone, resultando así improcedente. Al no existir, entonces, prueba legal y oportunamente allegada en la que se funde el cargo de la alzada bajo examen, se impone una respuesta negativa al segundo problema jurídico.

5.6. Sobre las sumas decretadas a favor del contratista en la liquidación judicial de primera instancia

5.6.1. Como la decisión que se adopta en este proveído involucra la declaración de nulidad de la totalidad del acta núm. 2 de mayores cantidades de obra, y la nulidad parcial del otrosí núm. 1 al contrato de obra (aptados 5.3. a 5.3.6), viene necesario evaluar las repercusiones de esta medida en la liquidación judicial que solicitó el extremo demandante.

En el régimen aplicable al contrato de obra núm. 163 de 2006 (aptdo. 3.4) el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 define el efecto de la declaración de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, que lo son las restituciones mutuas derivadas de la decisión de nulidad¹⁰⁸, el cual ha sido entendido por la jurisprudencia administrativa de la siguiente manera:

¹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-640 de 2002, C-331 de 2012 y C-146 de 2015.

¹⁰⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de mayo de 2010, rad. núm. 23001-31-10-002-1998-00467-01, FJ 1. Reiterada en: CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-733 de 2013, FJ 8.1.1.

¹⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2019, exp. 17720., FJ 2.3.2.

¹⁰⁸ “ARTÍCULO 48. DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. // Habrà lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.” (Se subraya)



«[...] para la Sala el inciso segundo del artículo 48 de la ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del Código Civil, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, solo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas»¹⁰⁹.

Como, en este caso, el acta núm. 2 de mayores cantidades de obra y el otrosí núm. 1 al contrato de obra fueron suscritos contra expresa prohibición legal, estos negocios jurídicos tiene un objeto ilícito, por contravenir el derecho público de la Nación¹¹⁰ y tratarse de leyes en cuya observancia están interesados el interés público y las buenas costumbres¹¹¹. En consecuencia, procederá la Sala a determinar si, de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, procede el reconocimiento de restituciones mutuas.

5.6.1.1. Pues bien, en el acta núm. 2 de mayores cantidades de obra¹¹² que, de acuerdo con lo considerado previamente, será anulada en este asunto, fueron descritas las obras objeto del convenio, de la siguiente manera:

Ítem	Descripción	UND	Cant. inicial	Sub total	Mayor o menor cantidad	Subtotal	Cantidad final	Total	
7. PRELIMINARES									
EXCAV. CONFRM. SUBRA.									
7.1	Replanteo general	M2	GL			22156.0	\$6.403.084	22156	\$6.403.084
7.2	Excavación mecánica [...]	M3	GL			28097.5	\$527.361.978	28097.5	\$527.361.978
EXCAV. ESTRUCT. Y REDES									
7.3	Excavación de 0.00 a 2.00 m de profundidad manual [...]	M3	GL			3967.1	\$44.356.145	3967.1	\$44.356.145
7.4	Excavaciones mecánicas de 2.00 a 3.50 m de prof. [...]	M3	GL			700.0	\$1.462.300	700.0	\$1.462.300
DEMOLICIONES									
7.5	Demolición pavimento asfáltico espesor variable [...]	M3	GL			480.0	\$7.684.320	480.0	\$7.684.320
7.6	Demolición sardinel existente [...]	M	GL			950.0	\$1.952.640	950.0	\$1.952.640
7.7	Demolición de pisos de concreto [...]	M3	GL			95.0	\$1.942.940	95.0	\$1.942.940
7.9	Demolición de estructuras apócrifas hasta 5 pisos [...]	M2	GL			1276.0	\$21.218.604	1276.0	\$21.218.604
TRANSP. MATERIAL SOBRANTE									

¹⁰⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 25 de noviembre de 2004, exp. 25560.

¹¹⁰ CÓDIGO CIVIL. "Artículo 1519. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto".

¹¹¹ CÓDIGO CIVIL. "Artículo 16. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbre".

¹¹² Folios 139 a 141, c. 4.



7.1	Cargue y transporte y disposición final de escombros	M3	GL		1423.8	\$24.335.590	1423.8	\$24.335.590
SUBTOTAL PRELIMINARES						\$636.717.600		\$636.717.600
9. PAVIMENTOS								
9.2	Rodadura asfáltica MDC-2 ASF NOR. 80-100 "compacto de obra" [...].	M3	GL		200.0	\$69.353.600	200.0	\$69.353.600
9.4	Colocación concreto hidráulico MR=4,5 MPA [...].	M3	GL		175.0	\$82.917.100	175.0	\$82.917.100
SUBTOTAL PAVIMENTOS						\$152.270.700		\$152.270.700
10. ESTRUCTURAS								
ESTRUCUT. DE CONCRETO								
10.1	Concreto 3000 PSI muro de concreto [...].	M3	GL		311.3	\$137.663.899	311.3	\$137.663.899
10.2	Acero de refuerzo de 6000 PSI [...].	KG	GL		24955.0	\$53.403.700	24955.0	\$53.403.700
SUBTOTAL ESTRUCTURAS						\$191.067.599		\$191.067.599
11. ESPACIO PÚBLICO – ARQUITECTURA – URBANISMO - PAISAJISMO								
11.1	Sardinel prefabricado A10 [...].	M	GL		1728.0	\$71.456.256	1728.0	\$71.456.256
11.2	Loseta prefabricada A30 sobre 4cm de arena de peña [...].	M2	GL		1470.0	\$60.437.580	1470.0	\$60.437.580
11.3	Bordillo prefabricado A80 [...].	M	GL		190.5	\$6.232.779	190.5	\$6.232.779
11.16	Andén rojo en arcilla vehicular 0,20m-0,10m 0,08m sobre arena lavada de peña [...].	M2	GL		1205.0	\$42.114.750	1205.0	\$42.114.750
11.18	Concreto estampado [...].	M2	GL		8149.0	\$774.155.000	8149.0	\$774.155.000
SUBTOTAL ESPACIO PÚBLICO – ARQUITECTURA – URBANISMO - PAISAJISMO						\$954.396.365		\$954.396.365
TOTAL REDES						\$2.324.946.991		\$2.324.946.991
TOTAL REDES INCLUIDO AIU						\$3.000.000.000		\$3.000.000.000
MAYORES CANTIDADES								\$3.000.000.000

5.6.1.2. El **25 de febrero de 2010**, representantes del IDU, de la interventoría y del contratista suscribieron un **acta de pre-recibo de obra**¹¹³, en la que consignaron múltiples glosas a las obras correspondientes a los ítems que fueron objeto del acta núm. 2 de mayores cantidades; razón por la cual no fueron recibidas a satisfacción.

5.6.1.3. El **17 de marzo de 2010**, representantes del IDU, de la interventoría y del contratista firmaron el **acta núm. 95 provisional de recibo final de obra**¹¹⁴, en la que dejaron constancia de que no habían sido ejecutados en su totalidad los ítems 7.3, 9.2, 10.1, 10.2, 11.1, 11.2, 11.3 y 11.16, que fueron objeto del acta núm. 2 de mayores cantidades. Ese mismo día, fue suscrita el **acta núm. 96 de terminación del contrato de obra**¹¹⁵, en la que se hizo constar el desacuerdo existente entre la interventoría y el contratista sobre el cumplimiento del contrato.

5.6.1.4. Finalmente, el **30 de enero de 2012**, representantes del contratista y de la interventoría suscribieron el **acta núm. 100 de recibo final de obra**¹¹⁶, en la que consta que fueron recibidas a satisfacción las obras correspondientes a los ítems 7.1, 7.2, 7.4, 7.7, 7.9, 9.4, 10.1, 11.3 y 11.16, en cantidades superiores a las pactadas en el acta núm. 2 de mayores cantidades, sin que se especifique la fuente

¹¹³ Copia auténtica a folios a 64 a 68, c. 4.

¹¹⁴ Copia auténtica a folios 34 a 38, c. 4.

¹¹⁵ Copia auténtica a folios 45 a 47, c. 4.

¹¹⁶ Copia auténtica a folios 48 a 63, c. 4.



de la obligación. Las obras correspondientes a los ítems 7.3 y 10.2, a su vez, fueron recibidas a satisfacción, pero en cantidades menores a las previstas en el acta anulada (525,07 m³ y 3.938,84 Kg, respectivamente). No fueron recibidas a satisfacción, por demás, las obras correspondientes a los ítems 7.5, 7.6, 9.2, 11.1 y 11.2, pactadas en el acta núm. 2 de mayores cantidades; y las obras correspondientes al ítem 11.18 sí lo fueron, pero este ítem no corresponde aquí al “concreto estampado”, como fue definido en el acta núm. 2 de mayores cantidades, sino que corresponde a “franja remate y ajuste”.

5.6.1.5. De acuerdo con la cláusula 3 del contrato de obra núm. 163 de 2006 (apdo. 4.2.2), la interventoría posteriormente hizo constar el incumplimiento de la contratista en la ejecución del ítem 3.1; incumplimiento que había sido verificado por las empresas de servicios públicos¹¹⁷, lo que dio lugar a una conciliación de las cantidades definitivas entre el IDU y el consorcio contratista¹¹⁸. Sin embargo, este incumplimiento no guarda relación con las obras pactadas en los negocios jurídicos anulados.

5.6.1.6. En este orden de ideas, cabe inferir que las obras que fueron objeto del acta núm. 2 de mayores cantidades correspondientes a los ítems 7.1, 7.2, 7.4, 7.7, 7.9, 9.4, 10.1, 11.3 y 11.16, al ser recibidas a satisfacción en cantidades que exceden a las pactadas en dicha acta, fueron ejecutadas de acuerdo con lo estipulado. Por lo tanto —como lo ha considerado la Sala¹¹⁹— al haberse cumplido las prestaciones pactadas, la entidad contratante se benefició de ella y así, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 80 de 1993¹²⁰, no hay lugar al reconocimiento de restituciones mutuas en este asunto.

Por otra parte, las obras definidas en los ítems 7.3, 7.5, 7.6, 9.2, 10.2, 11.1, 11.2 y 11.18 del acta núm. 2 de mayores cantidades fueron ejecutadas parcialmente o no fueron ejecutadas. Sin embargo, estas tampoco fueron recibidas a satisfacción, por lo que, de acuerdo con la cláusula 3 del contrato de obra núm. 163 de 2006 (apdo. 4.2.2), su pago no fue reconocido, ni se practicó prueba que demuestre lo contrario.

En consecuencia, pese a que no exista certeza sobre la ejecución de las obras específicamente pactadas en los negocios jurídicos anulados, sí resulta claro que en este caso no hay lugar al reconocimiento de restituciones mutuas, ya que estas habrían beneficiado a la entidad demandante hasta el monto reconocido, o, por no haberse ejecutado, su pago no fue reconocido, permaneciendo así inalterada la situación patrimonial de las partes contratantes.

5.6.2. Por lo demás, la Sala mantendrá la suma reconocida a favor del demandante en esta decisión, la cual será indexada del siguiente modo:

$$Va = Vh \frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC Inicial}}$$

¹¹⁷ Folios 791 a 805, c. 6.

¹¹⁸ Folio 806, c. 6.

¹¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de diciembre de 2017, exp. 55102. En igual sentido: Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2021, exp. 40452.

¹²⁰ Ley 80 De 1993. “Artículo 48. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. || Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público” (subrayado añadido).



Va = Valor actualizado
Vh = Valor histórico de lo reconocido en primera instancia
IPC Inicial = Índice de precios al consumidor que corresponde al mes de la sentencia de primera instancia: abril de 2015
IPC Final = Índice de precios al consumidor que corresponde al último calculado al mes en que se profiere esta sentencia.¹²¹

En este caso:

$$Va = \$8.297.798,7 \frac{122,63}{84,90}$$

$$Va = \$11.985.383,45$$

VI. CONDENA EN COSTAS

6.1. Conforme a lo considerado y resuelto por esta Corporación en auto de unificación del 25 de junio de 2014¹²², el CGP entró a regir en la jurisdicción de lo contencioso administrativo desde el 1º de enero de 2014, fecha anterior a la presentación del recurso (aptdo. 2.4), por lo que serán sus reglas las que rijan la condena en costas.

Según el CGP, la condena en costas procede contra la *"la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto"* (CGP, artículo 365 núm. 1). Siguiendo lo preceptuado en el artículo 366 del CGP, las expensas y demás costas son tasadas por la Secretaría de esta Corporación (núm. 1), mientras que las agencias en derecho son fijadas en este pronunciamiento de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, por medio del cual el Consejo Superior de la Judicatura fijó las tarifas de las agencias en derecho (núm. 4). Para la segunda instancia de los procesos declarativos, dicha tarifa tiene como límites entre 1 y 6 salarios mínimos mensuales legales vigencias (SMMLV).

En vista de este marco normativo, la Sala reconocerá la suma de 5 SMLMV para el IDU, por agencias en derecho en segunda instancia.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del acta núm. 2 de mayores cantidades de obra, suscrita el 17 de diciembre de 2007, por los motivos señalados en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la expresión "y 2" del párrafo primero del *"OTROSÍ No. 1 AL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA IDU-163 DE 2006"*, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia del 29 de

¹²¹ Según la tabla "Series - Índice de empalme" elaborada por el DANE. En página web: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>

¹²² Rad. núm. 25000-23-36-000-2012-00395-01(49299).



abril de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, que quedarán así:

“**SEGUNDO.**- Liquidar judicialmente el contrato de obra No. 163 del 29 de diciembre de 2006, suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y el Consorcio Ciloyd, así:

CONTRATO, ADICIONES Y OTROSÍ	VALOR	DESCUENTOS	VALOR DE OBRA EJECUTADO	OBSERVACIONES
Valor del contrato inicial:	\$8.306.148.832	N.A.	N.A.	N.A.
Contrato adicional No. 1:	\$3.000.000.000	N.A.	N.A.	N.A.
Acta de mayores cantidades de obra No. 1:	\$3.500.000.000	N.A.	N.A.	N.A.
Acta de mayores cantidades de obra No. 2 (NULA)	\$3.000.000.000	N.A.	N.A.	N.A.
Ajustes causados	\$500.000.000	N.A.	\$15.739.010.609	El valor de obra ejecutado hasta el 10 de agosto de 2009 (fl. c. 3)
Acta de reconocimiento de Desequilibrio económico (fl. 75, c. 2)	\$1.387.073.861	N.A.	N.A.	N.A.
Acta de ajuste No. 84 (fs. 75 c. 2)	\$270.588.302	\$135.737.001,87	N.A.	Obras pendientes Resolución 1593 de 2010 (fs. 97, c. 1)
Otrosí No. 2 del 29 de octubre de 2009 por desequilibrio económico del contrato (fls. 75, C. 2) (PARCIALMENTE NULO)	\$4.788.906.040	\$261.237.774	\$24.364.040.057,83	1) Concepto del descuento es por el valor auditorías según informe del auditor (fs. 62, c. 3) 2) valor de la obra ejecutada es el expuesto en el acta No. 100 de recibo final de obra del 30 de enero de 2012 (fs. 61 c. 3)
TOTAL	\$24.752.717.035	\$396.974.775,87	\$24.364.040.057,83	TOTAL A FAVOR DEL CONTRATISTA, ACTUALIZADO A LA FECHA DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA: \$11.985.383,45

TERCERO.- En consecuencia, **DECLARAR** que el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) deberá pagarle al Consorcio Ciloyd la suma de once millones novecientos ochenta y cinco mil trescientos ochenta y tres pesos con cuarenta y cinco centavos (\$11.985.383,45), por concepto de liquidación del contrato de obra No. 163 del 29 de diciembre de 2006, que deberá pagar una vez cobre ejecutoria el presente fallo.

CUARTO: En lo demás, **CONFIRMAR** la sentencia apelada.



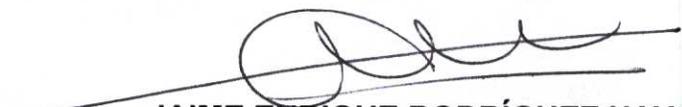
QUINTO: CONDENAR a la parte demandante en costas de segunda instancia a favor de las entidades demandadas. Por Secretaría, liquidese según lo dispuesto en el artículo 366 del CGP e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, a favor del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

SEXTO: RECONOCER personería al abogado José Bernardo Martínez Rodríguez para actuar en representación del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), en los términos del poder conferido a folio 606 del cuaderno principal.

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

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase


NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente


JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado


GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaro voto

CI