



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá, D.C, veintiuno (21) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Referencia	25000-23-26-000-2008-00598-01
Sentencia	SC3-18021383 Aprobado en sesión de la fecha. Acta No. 25
Acción	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Demandante	CICON S.A.
Demandado	IDU
Tema	Requisitos para que proceda la declaratoria de desequilibrio económico del contrato. Equilibrio económico del contrato se reconocerá sólo si fue oportunamente solicitado dentro de la ejecución del contrato. Requisitos para que proceda la declaratoria de incumplimiento contractual. Liquidación judicial.

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del presente proceso de controversias contractuales instaurado por **CICON S.A.** contra el **IDU**.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El 21 de noviembre de 2008, CICON S.A. presentó demanda de controversias contractuales contra el IDU, con el fin de que se declarara (i) el incumplimiento contractual, (ii) que en la ejecución del contrato 164 de 2005 hubo un desequilibrio económico, y (iii) que se liquidará judicialmente el correspondiente contrato.

Expresamente se solicitó:

1. Que se declare el **incumplimiento del IDU en la ejecución del contrato IDU-BM-164-2005**.
2. Que se declare que en la ejecución del contrato IDU-BM-164-2005, se presentó un **desequilibrio económico** en contra de CICON S.A.
3. Que se declare que el **desequilibrio económico** sufrido por CICON S.A. en la ejecución del contrato IDU-BM-164-2005, **no ha sido cubierto ni solucionado** por el IDU.
4. Que se declare que en virtud del desequilibrio económico del contrato IDU-BM-164-2005, **el IDU le adeuda a CICON S.A., las sumas detalladas en el estudio adjunto como soporte de la valoración económica del desequilibrio**.
5. Que se **liquide judicialmente** el contrato IDU-BM-164-2005.
6. Que se condene al IDU a reconocimiento y pago a CICON S.A. de la **indemnización integral por los mayores costos, daños y perjuicios** ocasionados con fundamento en el desequilibrio económico surgido en la ejecución del contrato IDU-BM-164-2005. (modificada mediante oficio allegado el 18 de mayo de 2009)

7. Que, sobre las sumas a que tenga derecho CICON S.A., se liquiden los intereses moratorios que a la misma correspondan, siguiendo para ello los métodos, sistemas y tasas que resulten judicialmente aplicables.

8. Que en todas las sumas a que tenga derecho CICON S.A., se liquiden los intereses que se causen a partir de la ejecutoria del fallo que ponga fin a este proceso, tal como lo prescribe el artículo 177 del CCA y lo ha ordenado la Corte Constitucional en la sentencia C-188/99.

Como fundamento de las pretensiones se señaló que el 28 de diciembre de 2005 el IDU y CICON S.A. celebraron el contrato de obra IDU-BM-164-2005, cuyo objeto era “la construcción y rehabilitación de acceso a barrios y pavimentos locales – programa de mejoramiento integral de barrios grupo 13, en Bogotá, con financiación del Banco Mundial”.

El plazo de ejecución del mencionado contrato de obra se pactó en 10 meses, distribuidos así: 1 mes para la etapa de pre construcción, 9 meses para la etapa de construcción (de los cuales 8 eran para la ejecución de obras y 1 para la entrega y recibo de las obras por parte de la interventoría).

No obstante haberse celebrado el contrato el 28 de diciembre de 2005, el acta de inicio sólo fue suscrita hasta el 24 de agosto de 2006, aun cuando CICON S.A. envió diversas comunicaciones al IDU manifestando su preocupación frente a la demora para iniciar la ejecución del contrato IDU-BM-164-2005.

Durante la ejecución del contrato se suscribieron modificaciones, prorrogando el plazo de ejecución y excluyendo algunas vías del objeto contractual.

El 7 de diciembre de 2007 CICON S.A. presentó solicitud de restablecimiento del equilibrio contractual de, entre otros, el contrato IDU-BM-164-2005, pues desde antes de suscribir el acta de inicio y durante la ejecución del contrato se presentaron hechos imprevistos y ajenos a CICON S.A. e imputables en ocasiones al IDU o a terceros, los cuales generaron retrasos en el cronograma de obra y mayores costos que no fueron reconocidos por el IDU, así como la ejecución de obras no contempladas dentro del objeto contractual.

El 5 de marzo de 2008 el IDU dio respuesta a la petición elevada por el contratista, negándola.

El 23 de julio de 2008 CICON S.A. solicitó la reconsideración de la misma, para lo cual desestimó una a una las consideraciones del IDU y aportó nuevas pruebas documentales que soportaban la reclamación.

Finalmente, señaló las circunstancias a partir de las cuales considera se generó un desequilibrio económico del contrato, así:

➤ **Mora en el inicio de la ejecución del contrato.**

Ello obedeció a que el IDU no hizo entrega de los diseños, estudios y planos de la obra una vez suscribió el contrato; éstos fueron entregados de manera parcial e incompleta, presentando graves falencias. Por lo anterior, en el informe de pre construcción que rindió CICON S.A., evidenció la necesidad de rediseñar muchas de las obras a construir, llamó la atención acerca de la necesidad de realizar obras

no contempladas por el consultor, así como también solicitó que se le definiera el alcance de algunas actividades.

Durante los 8 meses que transcurrieron entre la suscripción del contrato y el acta de inicio, CICON S.A. **tuvo disponible el personal, los recursos y equipos necesarios para llevar a cabo las actividades propias del contrato**, cuyo costo no ha sido reconocido por el IDU.

Dado que los estudios entregados por el IDU presentaban falencias, CICON S.A. **se vio en la necesidad de contratar profesionales especializados, así como también los ensayos de laboratorio y demás verificaciones correspondientes**, lo cual hizo incurrir a CICON S.A. en costos no contemplados en el contrato y no reconocidos por el IDU.

En atención a que la ejecución del contrato tardó en iniciar 8 meses, por lo que CICON S.A. no pudo hacer uso de los recursos correspondientes al anticipo, **perdió los descuentos financieros por pronto pago o pago anticipado que había conseguido con los diferentes proveedores**, lo cual se tradujo en mayores costos en la obra al momento de comprarlas.

➤ **Extensión del plazo de ejecución del contrato de obra.**

En la cláusula 47.1 del contrato de obra se había establecido que los **costos de manejo de tráfico, señalización y desvíos se pagarían como un valor global**. No obstante lo anterior, dado que dicho valor sólo estaba previsto para el plazo inicialmente acordado, debió ajustarse tal pago, en atención a la extensión del plazo de ejecución del contrato.

Lo mismo ocurrió con el **valor global ambiental y de gestión social** pactado en la cláusula 47.1 y 42.4. Debió ajustarse en atención a la extensión del plazo de ejecución del contrato.

➤ **Sobrecostos por el incremento del precio del concreto y del pavimento.**

Durante la ejecución del contrato se presentó una **variación imprevista y desmedida en el precio del concreto**, que afectó el equilibrio económico del contrato.

➤ **Sobrecosto en materiales de base y de sub base granular.**

Aunque en los pliegos de condiciones se había previsto en la estructura de costos que los materiales de relleno serían extraídos de las canteras aledañas al proyecto, ello no pudo darse, debido a que la información suministrada por el IDU no era cierta. **Los materiales producidos por las canteras indicadas por el IDU no cumplían con las especificaciones técnicas previstas en los pliegos**. En las pocas oportunidades en que de las canteras se pudo extraer el material adecuado, las cantidades resultantes no eran las suficientes para satisfacer las necesidades del contrato, por lo que CICON S.A. se vio en la necesidad de recurrir a canteras ubicadas fuera de la ciudad y a realizar mezclas con otros materiales, lo cual generó costos adicionales no previstos en los precios ofertados.

➤ **Mayores cantidades de obra ejecutadas.**

Asimismo, debido a los múltiples errores en los diseños entregados por el IDU, CICON S.A. se vio obligado a **ejecutar mayores cantidades de obra**, debido a

que se identificaron conexiones irregulares que obligaron a realizar obras adicionales, como la renovación de un tramo de alcantarillado pluvial y la construcción de 2 pozos adicionales, obras que no estaban previstas en el contrato.

Se dijo frente a las **mayores cantidades de obra ejecutadas**, que obedecieron a la deficiente planeación por parte del IDU, pues CICON S.A. se vio en la obligación de ejecutar obras adicionales **para redes de acueducto y alcantarillado**, las cuales no estaban previstas dentro del objeto de contrato, consistentes en la inspección de todas las redes con cámara de televisión, la limpieza de las mismas con equipos de presión tipo vector, la construcción de redes de alcantarillado pluvial, la reubicación de algunas tuberías (debido a que las redes de acueducto del proyecto se encontraban localizadas sobre la vía y de acuerdo a las normas técnicas que rigen la materia y que exige la EAAB, estas redes debían estar ubicadas sobre el andén), construcción de colectores y construcción de cárcamos, muros de contención, entre otros. Así, **CICON S.A. debió instalar 3.500 metros de tubería cuando en realidad se habían contratado 1.050 metros.**

Adicionalmente, **CICON S.A. debió realizar obras para adecuar el alcantarillado pluvial zona 3 grupo 2**, pues aunque los planos de alcantarillado entregados por el IDU señalaban que las redes de la zona de intervención entregaban sus aguas por fuera de los límites del proyecto, fue necesario rediseñar las obras para el descole y ejecutar actividades nuevas conforme a ese nuevo diseño.

➤ **Mayor permanencia en la obra.**

Se generaron costos adicionales a los pactados por **mayor permanencia en la obra, atendiendo al ancho de la vía**, toda vez que para la renovación de las redes de alcantarillado (actividad no prevista en tal magnitud), el ancho de la vía impedía que el trabajo se realizara en dos calzadas, de tal manera que al efectuar la excavación, toda la maquinaria y el equipo debía ingresar y salir de la zona de trabajos por el mismo lugar, lo cual hizo imposible desarrollar las obras en varios frentes de trabajo al paralizar el libre tránsito en la zona, lo que a su vez se tradujo en bajos rendimientos.

Igualmente, señaló la parte actora que los sobrecostos por mayor permanencia en la obra se generaron como consecuencia de las **difíciles e imprevisibles condiciones topográficas de la zona donde se desarrollaba el contrato**, como los estrechos corredores viales de hasta 5 metros de ancho que la conforman y las fuertes pendientes de hasta 24% que la caracterizan, lo que condujo a que se dificultara la operación de los equipos, con los bajos rendimientos consecuentes, así como los mayores costos de personal, maquinaria y equipos.

También indicó que la mayor permanencia en la obra obedeció a la mora en la **aprobación de los planes de manejo de tráfico** y como consecuencia de que la **temporada invernal durante el año 2007 fue superior en intensidad y en duración a lo esperado por el IDEAM.**

➤ **Sobrecostos de transporte.**

Mediante Decreto No. 174 de 30 de mayo de 2006 se implementó la **restricción de vehículos de transporte de carga de más de 5 toneladas en toda la ciudad**, entre las 6:30 y 10:00 a.m., lo cual produjo una disminución de 3 a 4 horas de la

jornada laboral por la congestión presentada en la entrada en las canteras o escombreras en las horas previas o posteriores a la aplicación de la medida.

2. Actuación procesal.

El 19 de diciembre de 2008 se admitió la demanda de controversias contractuales presentada por CICON S.A. contra el IDU, ordenando notificar personalmente a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 58, c. ppal 1)

El 18 de mayo de 2009, el IDU contestó la demanda (fls. 132 - 183, c. ppal 1); el 18 de mayo de 2009 la apoderada de la parte actora corrigió la pretensión sexta de la demanda (fl. 62 – 63, c. ppal 1); el 19 de junio de 2009 se admitió la corrección y se ordenó notificar la misma a la demandada (fl. 210, c. ppal 1); el 29 de septiembre de 2009 el IDU se pronunció al respecto (fl. 213 – 224, c. ppal 1); el 6 de noviembre de 2009 se decretaron las pruebas correspondientes (fls. 227 – 228, c. ppal 1); el 27 de septiembre de 2016 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para conceptuar (fls. 205, c. ppal 2); el 12 de octubre de 2016 la parte actora alegó de conclusión (fl. 206 – 258, c. ppal 2); el IDU presentó alegatos el 11 de octubre de 2016 (fl. 259 – 272, c. ppal 2); el 31 de octubre de 2016 el agente del Ministerio Público emitió concepto (fl. 274 – 283, c. ppal 2)

3.- Contestación de la demanda.

El IDU contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones. Argumentó que desde un principio se contempló que el contrato se ejecutaría en el 2006 y 2007, tal y como se observa en el **numeral 13.4 del pliego de condiciones, en el que se indicó que no habría ajuste de precios por lo que se requería que la propuesta de precios contemplara que las obras se llevarían a cabo en el 2006 y eventualmente en el 2007.**

Aseguró también que el **contrato de obra no fue adicionado**, incluso no se ejecutó el 100% de los recursos destinados a la obra por causas imputables al contratista, pues incumplió con la ejecución de obras programadas, como son la intersección de la diagonal 62G sir con carrera 73 zona 1 grupo 17 y el material granular para la conformación de la calzada entre el k0+000 al k0+438 zona 3 grupo 2.

Indicó que el contratista durante el desarrollo de las obras presentó múltiples incumplimientos en el cronograma de obra por causas imputables al mismo contratista, causadas en general por falta de los recursos necesarios para ejecutar las obras, lo cual conllevó al inicio de procesos sancionatorios.

➤ Mora en el inicio de la ejecución del contrato.

Señaló que todas las actividades ejecutadas en el contrato estaban previstas en el mismo y respecto al argumento relacionado con que el contratista tuvo disponibles los recursos humanos y de maquinaria desde la suscripción del contrato, explicó que en el mismo se había establecido que para la firma del contrato no se requería tener el personal disponible o contratado, el personal se requería para el inicio de obra. (Literal G. Datos de licitación, numeral 4.5 “datos del contrato”)

El IDU entregó al contratista los diseños con fecha anterior al acta de inicio, algunos documentos se entregaron hasta con 6 meses de antelación al inicio de la etapa de pre construcción. Los diseños entregados fueron suficientes y correspondieron a las obras previstas en el contrato. En el pliego de condiciones también se previó que el contratista a su mejor conveniencia y previa aprobación

podía utilizar los mismos diseños que el IDU puso a disposición de los proponentes durante el periodo de propuestas, consistir en la adaptación y/o modificación por parte del contratista de obra, ser estudios y diseños propios del contratista de obra, o la combinación de cualquiera de los anteriores. (Sección 5, Especificaciones Técnicas)

Finalmente, aclaró que el acta de inicio se firmó dentro del periodo establecido en el numeral 13.4 del pliego de condiciones y que el contrato tenía previsto un AIU del 32%.

El IDU desembolsó el anticipo en la oportunidad y valor previsto en el contrato, aunque resaltó que el contratista utilizó los recursos de manera dilatada en el tiempo por causas atribuibles al mismo. (Numeral 51.2 de las condiciones del contrato)

La mora en el inicio de la ejecución del contrato también obedeció a causas imputables al contratista, como:

a. Diseño de pavimentos. El contratista no pudo demostrar que el diseño del IDU presentaba falencias, sin embargo, se aceptó la propuesta de CICON por razones netamente económicas que eran válidas siempre que se mantuviera el equilibrio económico del contrato.

b. PIPMA (Plan de Implementación del Plan de Manejo Ambiental). El contratista presentó el PIPMA en entregas parciales el 13 y 18 de septiembre de 2006, la interventoría realizó observaciones el 20 de septiembre de 2006 y se le recordó a CICON que la aprobación de este documento era requisito para el inicio de la obra. Finalmente, el PIPMA se aprobó con observaciones el 25 de noviembre de 2006, sin embargo, el 1 de diciembre de 2006 aun faltaba por entregar información referente a la gestión social, gestión SISO y el inventario forestal y solo hasta el 15 de febrero de 2007 el contratista presentó la versión definitiva del inventario forestal. Conforme al apéndice E del contrato, sólo hasta tener aprobado el PIPMA en su totalidad podía iniciarse con la ejecución de las obras.

c. Falta de recursos. En acta del 13 de noviembre de 2006 se dejó constancia del requerimiento hecho por la interventoría al contratista dado que no había avanzado en la ejecución de la obra por falta de personal que debió ser vinculado y que a la fecha no había ingresado.

➤ **Extensión del plazo de ejecución del contrato de obra.**

Considera el IDU que no deben reconocerse valores adicionales respecto a los **costos de manejo de tráfico, señalización y desvíos**, en atención a que el contratista inició la ejecución del contrato tardíamente, pues aunque el acta de inicio se suscribió el 24 de agosto de 2006, éste sólo inició la ejecución de actividades en campo hasta diciembre de 2006. Tal y como se dejó claro en las prórrogas del plazo de ejecución del contrato, ello obedeció a incumplimientos del contratista.

Lo mismo ocurre frente al **valor global ambiental y de gestión social** reclamado por el demandante.

Asimismo, las demoras en el trámite con el DAMA son responsabilidad del contratista por la entrega tardía del inventario forestal. Solo hasta el 15 de febrero de 2007 CICON presentó la versión definitiva del inventario forestal.

➤ **Sobrecostos por el incremento del precio del concreto y del pavimento.**

Los precios analizados por la interventoría ya incluían los ajustes que sufrió el precio del asfalto en el mercado y mantenían las condiciones de la licitación sin ocasionar desequilibrio económico del contrato.

➤ **Sobrecosto en materiales de base y de sub base granular.**

La inscripción en el directorio de proveedores no es excluyente ni obligatoria, el contratista podía utilizar otros proveedores que no estuvieran inscritos, los cuales debían demostrar que sus explotaciones cumplían con la normatividad existente. El directorio está enfocado al cumplimiento de la normatividad ambiental y facilitar la búsqueda a los contratistas.

Igualmente, de manera informativa señaló que al menos 11 proveedores de 35 que suministran materiales por separado, mezclado o para realizar mezclas de estos, cumplen con las especificaciones técnicas del INVIAS y se encontraban inscritos en el Directorio en el año 2005, dentro de éstos se encontraban fuentes en Mosquera, Usme, Ciudad Bolívar, Villavicencio, Coello, Honda y Cáqueza.

➤ **Mayores cantidades de obra ejecutadas.**

Resaltó que se redujeron metas físicas, particularmente en la zona 3 grupo 1 (490 mts) y zona 3 grupo 2 (438 mts), lo cual facilitó el desempeño del contratista, teniendo en cuenta que estos segmentos presentaban las mayores dificultades constructivas ya sea por su pendiente, acceso, manejo ambiental, etc.

En cuanto a las redes de acueducto y alcantarillado, el apéndice C del contrato, en el numeral 2 “redes de acueducto y alcantarillado”, establecía que era responsabilidad del contratista la verificación y adecuación de las redes existentes para el drenaje pluvial y sanitario, con el fin de pavimentar las vías locales del contrato. Asimismo, en el apéndice H del contrato, numeral 3.1 construcción, sub numeral 2.3.1.1 literal g, se estableció que el contratista, en compañía de cada ESP debía actualizar el inventario de redes y realizar las inspecciones necesarias a fin de establecer el estado de la infraestructura soporte de red antes de iniciar la ejecución de las obras.

Aun el 8 de junio de 2007, el contratista no consolidaba toda la información de la investigación de redes y no había terminado la investigación en la zona 1, grupo 17.

En relación con las obras en la zona 3 grupo 2, entre ellas Caño Limas, se refiere a obras que finalmente se decidió no construir por diferentes razones, entre otras como las presupuestales y limitación del tiempo por encontrarse rocas en las excavaciones con los bajos rendimientos que presentaba el contratista en este caso, por tanto la entrega en febrero de 2007 de los diseños de las obras de Caño Limas no tuvieron ninguna implicación en los tiempos de inicio o terminación del contrato.

El Espacio público de la zona 3 grupo 2 no se construyó. Lo mismo ocurrió con la zona 3 grupo 1, que fue retirada del proyecto.

El contratista se refiere al caso del alcantarillado pluvial en la zona 3 grupo 2, en esta zona se encontró un alcantarillado sanitario y no existía el alcantarillado pluvial, al respecto anotó el IDU que en el diseño estaba prevista esta situación, ya

que en la certificación IDU-STCI-1672 integrante del diseño, se establecía que “el sistema pluvial de la zona se encuentra diseñado en el proyecto No. 5931 de la EAAB – ESP y actualmente se encuentra en construcción con el contrato 1-01-840-046 de 2003”.

En resumen, el contratista desconoce el objeto y alcance de las obras para redes establecido en el contrato y su apéndice C; el contratista modificó el diseño de pavimento ocasionando atrasos por su demora en soportar su diseño y las modificaciones que realizó posteriormente ante deficiencias de su propio diseño; el contratista presentó como una falla protuberante deficiencias en diseños de obras que no se construyeron por tanto no causaron atrasos, tales como las de zona 3 grupos 1 y 2; el contratista magnifica los supuestos contratiempos causados por obras puntuales en la zona 1 grupo 17 que no llegan ni al 10% de las obras y que no causaron atrasos; el contratista desconoce obras que estaban programadas considerándolas adicionales y de gran magnitud, cuando estaban previstas en los diseños y las especificaciones del proyecto.

➤ **Mayor permanencia en la obra.**

El contratista al presentar su propuesta conocía la zona de las obras, pues en el numeral 7.2 de las instrucciones para los licitantes se estableció: “Se aconseja que el licitante, bajo su propia responsabilidad y a su propio riesgo, visite e inspecciones la zona de obras y a sus alrededores y obtenga por sí mismo toda la información que pueda ser necesaria a fin de preparar la oferta y celebrar el contrato para la construcción de las obras. Los gastos relacionados con dicha visita e inspección correrán por cuenta del licitante”.

Frente a **la aprobación de los planes de manejo de tráfico**, se dijo que éstos eran responsabilidad del contratista y su aprobación oportuna dependía de la rapidez de la gestión, todo lo cual estaba regulado por el apéndice F y G.

Sobre la información presentada por el contratista utilizando como fuente el IDEAM, el IDU precisó que son datos generales que no corresponden exactamente al sector de ejecución de la obra, aspecto que es relevante ya que es conocido el microclima particular de la zona que puede ser diferente al de otras zonas de Bogotá.

➤ **Sobrecostos de transporte.**

De conformidad con el artículo primero y decimo del Decreto No. 174 de 30 de mayo de 2006 y Decreto 112 de 1994, las restricciones para el tránsito de vehículos de carga se encontraban vigentes al momento de la licitación, y en lo relacionado con el pico y placa ambiental, éste no es general, aplicándose solamente a ciertas localidades (Puente Aranda, Fontibón y Kennedy), diferentes a la zona de ejecución de las obras (Ciudad Bolívar) y diferentes a las de acceso o localización de las fuentes de materiales, adicionalmente existían excepciones en el decreto si se cumplía con el Programa de Autorregulación Ambiental, por lo que en concepto del IDU el contratista no se vio afectado con la medida.

Finalmente, resaltó la entidad demandada que el contratista incumplió con las obligaciones a su cargo pactadas en el contrato de obra 164 de 2005, por lo que se adelantaron los correspondientes procesos de incumplimiento, que dieron lugar a los actos administrativos en los que se declaró incumplido a CICON S.A., resoluciones que se presumen legales y se encuentran ejecutoriadas.

4.- Alegatos de las partes y Concepto del Ministerio Público.

La parte actora alegó de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, con base en las pruebas practicadas en el proceso. En cuanto a la liquidación del contrato, señaló que de conformidad con el acta de pago balance final del contrato de obra, suscrita el 2 de junio de 2009 entre CICON S.A. y la interventoría, se constató el estado de las obras, se hizo entrega de las mismas y se efectuó un balance económico del contrato. Sin embargo, quedó pendiente la devolución de la retención en garantía, equivalente al 5% de cada acta de pago de obra, suma que debe tenerse en cuenta al momento de realizar la liquidación.

A su vez, **argumentó que las renunciaciones a reclamaciones contenidas en los contratos adicionales 1, 2 y 3 del contrato de obra eran ineficaces de pleno derecho** por desconocer lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, artículo 897 del Código de Comercio y citó jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que se estudiaba la **ineficacia de pleno derecho de algunas estipulaciones de los pliegos de condiciones**.

Respecto a los **procesos sancionatorios** adelantados por el IDU, expresó que éstos fueron terminados por haberse demostrado plenamente que los cronogramas de obra se habían desplazado en el tiempo por falta de definición del alcance del contrato, tanto en temas de definición de redes, requerimientos adicionales de la entidad y las empresas de servicios públicos como hechos imprevistos.

Por último, en cuanto al incumplimiento del IDU, señaló que era **claro el desconocimiento del principio de planeación**, pues había iniciado el proceso de licitación sin contar con los diseños adecuados y completos.

El IDU presentó alegatos, en los que hizo un análisis de las pruebas practicadas en el proceso, especialmente del dictamen técnico y el dictamen financiero. Reiteró el argumento del cobro de lo no debido en aplicación del principio de buena fe, pues en las prórrogas que se hicieron a los contratos CICON S.A. estableció expresamente que las mismas no generarían costos adicionales para el IDU. Asimismo, reiteró que el contratista había incumplido el contrato, conforme a los actos administrativos expedidos por el IDU que se encontraban ejecutoriados y que habían puesto fin a los procesos sancionatorios adelantados contra CICON S.A.

El agente del Ministerio Público emitió concepto, en el sentido de acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones que se transcriben:

- Conforme a los informes de la interventoría y al dictamen pericial, los estudios de suelo realizados por el IDU, se ajustaban a las condiciones de suelo exigidas en el contrato y que la modificación propuesta por el contratista se efectuó bajo la condición de que la misma no afectaba el equilibrio económico del contrato, de igual forma, el peritazgo se establece que resulta inexplicable las demoras en las entregas de estos diseños (que además no eran necesarios) por parte del contratista, por lo cual, las pretensiones al respecto **no están llamadas a prosperar**.
- En cuanto a los gastos adicionales reclamados por CICON S.A., por la tardía suscripción del acta de inicio, conforme al informe del perito, “se pudo verificar en la información requerida a CICON S.A. sobre pagos de insumos, alquiler de equipo y mano de obra, para el contrato 164 de 2005, que el rango de fechas de gastos registrados corresponde al periodo de ejecución contractual”, lo que resulta coherente con las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y el mismo

contrato, cuyo inicio de ejecución se encontraba condicionado a la firma del acta de inicio, por la cual las pretensiones relacionadas con dicha tardanza, **no están llamadas a prosperar.**

- En lo tocante con las obras hidráulicas por parte del IDU y más las variaciones presentadas en el contrato de más de un 25% de las cantidades originales, (aumentos significativos en cuanto a longitud de tubería y obras afines por la deficiencia de las redes existentes en la zona 1 grupo 1, zona 2 grupo 2 y zona 3 grupo 2, consignadas en el otrosí y una primera prórroga, se encuentra conforme al acerbo probatorio del expediente que las mayores cantidades, **no lograron afectar los recursos presupuestales del contrato, ya que así como se dieron cantidades adicionales, también se presentó disminución de la meta física lo que compensó el balance financiero del contrato.**
- En cuanto al pago de planes de gestión social y ambiental y de los planes de manejo de tránsito, señalización y desvíos durante los periodos de las prórrogas del plazo del contrato, es claro el dictamen pericial en señalar que “de los documentos aportados al perito por las partes, **no se encuentran soporte que permita definir si el contratista continuó con la ejecución de dichos planes. Sin embargo, es posible reconocer tales conceptos durante tres (3) meses, tiempo correspondiente a la primera prórroga no imputable al contratista.** Lo mismo debe contemplarse con el reajuste de precios y con el pago de los costos administrativos generados durante los mencionados 3 meses.
- La demora en la suscripción de la resolución forestar para el tratamiento servicultural de las especies que generaban interferencia en la obra, generó retraso en las obras correspondientes.
- En lo tocante con reconocimientos por lluvias, señaló el dictamen pericial que la variación climática “**no representó un impacto importante para justificar atrasos mayores a 15 días en el contrato**”.
- En cuanto a las restricciones de tránsito para los vehículos de carga en general, no hay lugar a discusión frente al Decreto 112 de 1994, **ya vigente para la licitación y por tal, de conocimiento del contratista.**
- Frente a la restricción del pico y placa ambiental, contemplada en el Decreto 174 de 2006, **tampoco hay lugar a reconocimiento alguno**, dado que la medida no es general y no afectó la localidad en la que se ejecutaba el contrato.
- En lo referente con el reconocimiento por mayor permanencia en obra de equipos y personal solicitado por el demandante, conforme a lo expresado por el perito, no se encuentra evidencia de que el contratista presentó disponibilidad de quipo personal adicional a la ejecución de las obras ejecutadas, lo que se respalda dentro del mismo expediente en el que se observan los continuos requerimientos por parte de la interventoría, para que se asigne todo el personal requerido en la obra, por lo cual, **no es procedente hacer reconocimiento por este concepto.**
- En lo tocante con el costo de nuevos diseños asumidos por el contratista, es claro que en el contrato se estableció que las modificaciones en obra que implique soluciones de diseño, debían ser asumidas por el mismo contratista, **por lo que no puede solicitarse tal pago por fuera de los términos y condiciones previamente pactados.**

II. DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO

La Sala encuentra que revisado integralmente el proceso se encuentran cumplidos y garantizados el derecho al debido proceso de las partes y el derecho a la tutela de los derechos, por lo tanto, se proferirá la sentencia.

III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

Debe establecer la Sala si a partir de los elementos materiales probatorios que obran en el proceso, se encuentran los elementos necesarios para:

a. Declarar el incumplimiento contractual por parte del IDU al no haber hecho entrega de los diseños necesarios para la ejecución de la obra en los términos pactados en el contrato.

b. Declarar que hubo un desequilibrio económico del contrato que afectó al contratista, como consecuencia de (i) la mora en el inicio de la ejecución del contrato; la extensión del plazo de ejecución del contrato; (iii) los sobrecostos por el incremento del precio del concreto y del pavimento; (iv) los sobrecostos en materiales de base y de sub base granular; (v) las mayores cantidades de obra ejecutadas; (vi) la mayor permanencia en la obra; y (vii) los sobrecostos de transporte.

c. Liquidar judicialmente el contrato.

La tesis de la Sala es que deben negarse las pretensiones de la demanda, dado que:

a. La Sala no adelantará ningún estudio relacionado con el incumplimiento contractual que se imputa al IDU por la no entrega de diseños al momento de suscribir el acta de inicio, toda vez que frente a dicha pretensión **operó el fenómeno de la caducidad de la acción**, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, dado que el supuesto incumplimiento se configuró el 24 de agosto de 2006 y la demanda sólo se presentó hasta el 21 de noviembre de 2008.

b. No se cumplió con el requisito de oportunidad frente al desequilibrio económico del contrato, pues no se demostró que en cada una de las circunstancias que configuraron la alteración de la ecuación financiera se hubiera solicitado a la entidad contratante la adopción de las medidas necesarias para el correspondiente restablecimiento. En todo caso, tampoco se acreditaron las circunstancias de las que se asegura se derivó un desequilibrio económico del contrato.

c. De acuerdo con lo anterior, no existen fundamentos o soportes que permitan liquidar judicialmente el contrato, señalando sumas de dinero a favor de la entidad contratante o contratista.

IV. CONSIDERACIONES

1.- Presupuestos procesales de la acción.

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo¹, señala que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

¹ **Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.** La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de

Respecto al alcance de la norma transcrita, se pronunció el Consejo de Estado, mediante auto de 8 de febrero de 2007², en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.

De otro lado, la Ley 80 de 1993 en su artículo segundo establece:

Se denominan entidades estatales:

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.

A su vez, la Sección Tercera del Consejo³ de Estado ha precisado que, en virtud del criterio orgánico, en cualquier clase de contrato en el que sea parte una entidad estatal será la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la que ejerza competencia para conocer de los litigios que se susciten en virtud de tales asuntos. Al respecto ha manifestado que de “conformidad con el numeral 2, las controversias o litigios relacionados con cualquier clase de contrato, regido por el derecho administrativo o por cualquier otro derecho, donde sea parte una entidad estatal –**criterio orgánico**-, de aquellas a que se refiere el parágrafo del art. 104, quedan bajo la jurisdicción de lo contencioso administrativo; salvo las instituciones financieras públicas, cuando contraten objetos que hacen parte del giro ordinario de su negocio”.

Ahora bien, en cuanto al demandado, se tiene que el IDU se creó mediante el Acuerdo Distrital 19 de 1972, como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, por lo que es claro que la jurisdicción competente para conocer de las controversias y litigios derivados de su actividad es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Así las cosas, esta Subsección es competente para conocer del presente proceso, en razón a la naturaleza del asunto y a la cuantía, como quiera que se trata de demanda de controversias contractuales, cuya cuantía supera los 500 SMLMV, al tenor del numeral 1 del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

Gobierno. La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.

² Radicado: 30903, M.P Enrique Gil Botero.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de noviembre de 2013, expediente (46027), M.P.: Enrique Gil Botero.

1.2.- Caducidad de la acción.

Dado que en el presente asunto se pretende (i) la declaratoria de incumplimiento del contrato 164 de 2005, por parte del IDU por no entregar en debida forma los diseños correspondientes, (ii) la declaratoria del desequilibrio económico del contrato de obra 164 de 2005; y (iii) la liquidación judicial del mismo contrato, el término de caducidad debe contabilizarse frente a cada pretensión, pues se trata de hechos u omisiones que ocurren en diferentes momentos durante la ejecución del contrato, así:

Incumplimiento del IDU

Conforme lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en las controversias relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En el presente asunto, se tiene que el incumplimiento imputado al IDU **consiste en no haber hecho la entrega de los diseños necesarios para iniciar la ejecución del contrato, en la fecha en la que se suscribió la correspondiente acta de inicio, esto es, el 24 de agosto de 2006.**

Así las cosas, se tiene que la demandante **tenía hasta el 25 de agosto de 2008** para presentar la correspondiente demanda por el mencionado incumplimiento contractual, por lo que la demanda del 21 de noviembre de 2008 fue presentada de forma extemporánea. De acuerdo con lo anterior, la Sala declarará la caducidad respecto a la primera pretensión de la demanda.

Desequilibrio económico del contrato

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término para presentar demanda de controversias contractuales es de dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Respecto al desequilibrio económico del contrato, se tiene que la parte **actora presentó solicitud de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato el 7 de diciembre de 2007**, petición a la que la entidad le dio **respuesta el 5 de marzo de 2008**; por lo que desde esta última fecha el contratista tuvo certeza de que la entidad no accedería a la mencionada pretensión.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la demanda presentada el 21 de noviembre de 2008, se hizo en el término establecido en el numeral 10 del artículo 136 antes señalado.

Liquidación judicial del contrato.

En cuanto a la pretensión de liquidación judicial del contrato, el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo señala que si la administración no liquida el contrato durante los 2 meses siguientes al vencimiento del plazo para realizar la liquidación bilateral, el término de los 2 años para presentar demanda de controversias contractuales debe contabilizarse desde el día siguiente al vencimiento del plazo para llevar a cabo la liquidación unilateral.

Dado que el contrato de obra 164 de 2005, que pretende sea liquidado judicialmente, terminó su ejecución el 15 de marzo de 2008 y la demanda se

presentó el 21 de noviembre de 2008, es claro para la Sala que no ha operado el fenómeno de la caducidad respecto a esta pretensión.

1.3.- Legitimación en la causa.

Conforme lo señalado en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, CICON S.A. y el IDU, se encuentran legitimados en la causa tanto por activa como por pasiva, dado que se trata de quienes suscribieron el contrato de obra 164 de 2005, frente al cual ahora se pretende el desequilibrio económico, con las correspondientes indemnizaciones y su liquidación judicial.

2.- Argumentación Jurídica.

2.1.- Sobre la declaratoria de incumplimiento contractual y la imposibilidad de cumplir con las obligaciones pactadas.

Como es bien sabido los contratos, como expresión de la autonomía de la voluntad, son ley para las partes y deben ser cumplidos en los términos y condiciones que establezcan sus cláusulas (art. 1602 Código Civil), por lo tanto, son fuente de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones por cualquiera de las partes contratantes (*lex contractus, pacta sunt servanda*).

Los contratos con prestaciones correlativas se configura una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas y, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil, esa regla impone la inadmisibilidad de que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma se encuentre en mora de cumplir lo pactado (*Exceptio non adimpleti contractus*)⁴.

Sin embargo, la normativa sobre el tema ha establecido que aunque el deudor de la obligación tiene el deber jurídico de dar cumplimiento a la misma y por tanto, por regla general el deudor responde por el incumplimiento de la obligación, pueden concurrir determinadas situaciones específicas que no solo lo imposibilitan a dar cuenta de aquella, sino que en algunos casos determinados, podrían llegar al punto de extinguir el objeto de la misma.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, sostuvo mediante sentencia del 8 de febrero de 2017, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614):

“(...) por regla general el deudor debe responder por su obligación, es decir, una vez se compromete a cumplir o ejecutar una determinada prestación en favor del acreedor y a garantizar el resultado útil y final de la misma⁵, no puede liberarse de ella y la obligación no se extingue hasta tanto no ejecute esa prestación en los términos y condiciones en los que se obligó, salvo que se presenten ciertas circunstancias

⁴ Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 30 de enero de 2013, Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217), C.P (E) Danilo Rojas Betancourth. “El artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual “la mora de uno purga la mora del otro”, consagra la *exceptio non adimpleti contractus*, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica. (...) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La *exceptio non adimpleti contractus* tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones.

⁵ Hinestrosa Fernando en “Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura, Vicisitudes”, Tomo I, Tercera Edición marzo de 2007, Ed. Universidad Externado de Colombia, Págs. 775.

totalmente ajenas a su voluntad que lo ubiquen en una situación de imposibilidad de cumplimiento⁶.

De ésta forma, la imposibilidad o “impossibilitas” es la situación en la que se encuentra el deudor de una determinada obligación en la que no obstante haber desplegado la conducta que era esperable y le era exigible por el acreedor en los términos en los que se obligó, no le es posible ejecutar su prestación o satisfacer el interés de éste⁷ por causa o con ocasión de un acontecimiento u obstáculo de carácter absoluto e insuperable, que es totalmente ajeno a su voluntad y economía⁸ y que tiene la virtualidad de liberarlo o de extinguir la obligación a su cargo.”⁹ (Se destaca).

Igualmente, en consideración a que solo cierto tipo de eventualidades podrían suponer la imposibilidad de cumplir las obligaciones contraídas, la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha referido a las características principales que deben tener este tipo de circunstancias ajenas al deudor de la obligación, que tienen la facultad de relevar a aquél, de dar cumplimiento a la misma. Al respecto, determinó el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“(...) no cualquier imposibilidad tiene la virtualidad de liberar al deudor o de extinguir la obligación a su cargo, pues la causa que dé lugar a esa situación debe ser: i) sobrevenida, es decir, que el deudor no tenga conocimiento o no hubiera podido prever su ocurrencia al momento de celebrar el contrato o negocio jurídico; ii) Definitiva, es decir, que sus efectos o consecuencias no puedan ser asumidos o sorteados¹⁰ a través de otros mecanismos¹¹ desde el inicio de la ejecución del contrato; iii) Objetiva, es decir, que no se ocasione por una mera dificultad subjetiva, personal o económica del deudor, sino que sea totalmente ajena a su voluntad y; iv) que sea imprevisible e inevitable para éste, es decir, que el deudor no haya podido contemplar su advenimiento previamente a su ocurrencia¹² y que no haya sido posible evitar o menguar sus consecuencias o efectos.”¹³ (Se destaca).

En los términos expuestos, la prosperidad de la declaratoria de incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios, **presupone** que **(i)** la parte que pretende la declaración de la misma acredite en el proceso que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, pues solo así se podría indagar sobre el incumplimiento de la contraparte y **(ii)** no hayan concurrido alguna de las circunstancias ajenas al deudor de la obligación que lo hayan imposibilitado a dar cumplimiento de la misma.

2.1.1.- Requisitos para la declaratoria de incumplimiento contractual.

⁶ Ibídem Págs. 775 a 777.

⁷ Ibídem Pág. 783.

⁸ Al respecto se ha señalado que “Las dificultades económicas se encuentran excluidas de plano como razón justificadora de la inejecución. El deudor no puede alegar en su defensa la penuria o la iliquidez en que se encuentra, aparte del motivo por el cual llegó a ese estado; y en lo que respecta a la excesiva onerosidad, habría de alegarla con miras a la reducción de su carga, de modo de que con el reequilibrio prestacional se mantenga en pie la relación contractual o, en su defecto, se proceda a la terminación de ésta” en Hinestrosa Fernando en “Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura, Vicisitudes”, Tomo I, Tercera Edición marzo de 2007, Ed. Universidad Externado de Colombia, Págs. 786 y 787.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., Sentencia del 8 de febrero de 2017, Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614) en el caso de Consorcio Pozos de Bogotá contra Bogotá Distrito Capital – Secretaría Distrital de Ambiente.

¹⁰ Ibídem Pág. 785

¹¹ Se ha señalado que la imposibilidad que da lugar a la extinción de la obligación no puede ser de carácter transitorio, es decir, que sus consecuencias o efectos no puedan ser superados por otros mecanismos, tales como la suspensión de la ejecución de las obras o de la suscripción de actas de prórroga del plazo inicialmente convenido, entre otras.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Expediente: 14.781.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., Sentencia del 8 de febrero de 2017, Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614) en el caso de Consorcio Pozos de Bogotá contra Bogotá Distrito Capital – Secretaría Distrital de Ambiente.

Tal y como lo ha expresado el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones¹⁴, cuando se pretende la declaratoria de responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la celebración del contrato, a la **parte actora le asiste el deber de demostrar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual de su contratante; (ii) que ese incumplimiento le produjo un perjuicio**¹⁵.

También ha insistido el Consejo de Estado en que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento y que en los contratos sinalagmáticos¹⁶ tiene una doble dimensión¹⁷.

En efecto, los contratos con prestaciones correlativas se configura una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas y, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil, esa regla impone la inadmisibilidad de que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, **mientras ella misma se encuentre en mora de cumplir lo pactado**.

En los términos expuestos, la prosperidad de la declaratoria de incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios, presupone que la parte que ejerce la acción con esa finalidad **acredite en el proceso que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, pues solo así se abrirá la posibilidad de indagar si el otro extremo incurrió en el incumplimiento que se le endilga**.

2.2.- Pliego de condiciones.

2.2.1.- Definición.

Según ha establecido el Consejo de Estado, “el pliego de condiciones se erige en uno de los conjuntos normativos que rige las licitaciones públicas¹⁸ y constituyen un todo lógico y sistemático conformado por reglas objetivas definidas a partir del objeto del proyecto consolidado por la administración y de las necesidades reales de la comunidad.”¹⁹

A su vez, dispone el artículo 24 de la Ley 80 de 1993:

ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio: (...) 5o. En los pliegos de condiciones:
a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.
c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO. Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00025-01(43458)

¹⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

¹⁶ Artículo 1498 del C.C.: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”.

¹⁷ Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 26 de agosto de 2015, Expediente No. 43.227, C.P (E) Hernán Andrade Rincón.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio. Sentencia de 15 de octubre de 2015. Radicación:

250002326000200900003 01 (43.343)

¹⁹ Reiteración de la jurisprudencia Consejo de Estado del 13 de febrero de 2015, Exp: 30.161 y del 11 de mayo de 2015, Exp: 34.510

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

De acuerdo con la anterior disposición normativa, las entidades estatales y los proponentes están sometidos al pliego de condiciones.

En desarrollo del principio de transparencia es obligatorio que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación, así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas que constituye precisamente el pliego de condiciones y por consiguiente éste se constituye en una regulación que cubre imperativamente a todo el *iter* contractual²⁰.

2.2.2.- Naturaleza jurídica.

Conforme lo ha señalado el Consejo de Estado, los pliegos de condiciones tienen una **doble naturaleza jurídica; (i) de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituyen en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los proponentes y, de otra parte, (ii) una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico a celebrarlo.**²¹

Sobre la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, la doctrina ha señalado²²:

(...) Los pliegos, términos de referencia o solicitudes de oferta comparten una doble naturaleza administrativa, según la perspectiva de su ámbito de aplicación. En primer lugar, constituyen verdaderos actos administrativos de carácter general, de obligatorio cumplimiento para la administración y los proponentes, dentro de los procedimientos de escogencia correspondientes. En segundo lugar, una vez escogido el contratista, y en la medida en que se consideren parte integrante del contrato a celebrarse, su contenido normativo constituirá el marco de condiciones básico para la interpretación y aplicación del contrato; de ahí que se sostenga su naturaleza de instrumento generador de

²⁰ Ver CONSEJO DE ESTADO Sentencias del 22 de mayo de 2013 y 12 de febrero de 2014. Exps. 25592 y 25751 respectivamente.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041.

²² José Roberto Dromi. La licitación pública, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1997, p. 92: el pliego de condiciones "... constituye en realidad la ley de la licitación, y en consecuencia la ley del contrato, toda vez que en él se especifica el objeto de la contratación y se prescriben los derechos y obligaciones del licitante y los licitadores, y luego los del Estado y su contratante o adjudicatario de aquella..."; citado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, quince (15) de octubre de 2015. Radicación: 250002326000200900003 01 (43.343)

regulaciones concretas y específicas respecto del contrato, su ejecución y liquidación (...)

Componente importante de los pliegos, términos de referencia o solicitudes de oferta es el que se relaciona con el establecimiento de factores y demás reglas pertinentes para permitir ofrecimientos coherentes dentro del respectivo procedimiento de escogencia de contratistas. Según el literal b del 24.5 de la Ley 80 de 1993, las variables que se deben utilizar para la escogencia de contratistas, que necesariamente deben ser el producto de toda la experiencia decantada en el proceso de planeación y fundamentalmente a partir del proyecto definido en este proceso, deben quedar expresas en estos documentos básicos del contrato estatal. Según la disposición enunciada, en los pliegos de condiciones o términos de referencia “Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. (...)

A más de la garantía de objetividad de las reglas y variables incorporadas en estos documentos, el legislador exige que las mismas sean: claras, es decir, no generen dudas o discusiones profundas sobre el alcance de la misma; completas, en el sentido de que su proposición debe comprender la totalidad de los aspectos formal y esencialmente indispensables para identificar la idea o el propósito de la administración con la existencia de la regla o de la norma correspondiente; por último, debe tratarse de disposiciones justas, esto es, conformes con el ordenamiento jurídico y sin la virtualidad de atentar contra los derechos fundamentales de los participantes en el proceso de escogencia, obligándolos incluso a cumplir exigencias que atenten contra su dignidad, su patrimonio o los derechos adquiridos con justo título. (...)

En este sentido y para efectos de establecer la base legal de la participación dentro del correspondiente procedimiento de escogencia de contratistas, se deben indicar “... los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección...”, esto es, los requerimientos en realidad necesarios para que quien desee ofrecer sus bienes o servicios a la entidad estatal lo haga en condiciones de igualdad con todos y cada uno de los sujetos que en el tráfico jurídico ordinario pueden ofrecer dichos bienes o servicios. Sería reprochable, desde cualquier punto de vista, que se incorporaran en los pliegos requisitos violatorios del principio de igualdad o de interpretación subjetiva, que pudieran dar lugar a frustrar la participación dentro del proceso de escogencia de uno o varios posibles proponentes (lit. a art. 24.5 Ley 80 de 1993).²³

Así, en atención al carácter vinculante de los pliegos de condiciones dentro del proceso de selección, es claro que para que las propuestas presentadas por los oferentes sean seleccionadas deben dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos allí previstos, so pena de que la entidad se vea obligada a rechazar las ofertas correspondientes.

²³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia.

El desconocimiento de tal acto administrativo implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende, cualquier acto administrativo que lo viole queda afectado de nulidad.

Al respecto ha asegurado la doctrina:

El desconocimiento de las reglas de construcción de los pliegos o términos de referencia tiene expresa sanción en el inciso final del artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, a través de la figura de la ineficacia de pleno derecho, que prácticamente hace inaplicables las cláusulas de los pliegos, términos de referencia, o integralmente todos ellos, cuando se violen las reglas que hemos explicado en este capítulo; se trata de una sanción que debe ser impuesta, directamente, por los responsables de la contratación, sin necesidad de intervención de autoridad jurisdiccional alguna. En caso de que la autoridad sea renuente a declarar ineficaz de pleno derecho el pliego o alguna parte del mismo, conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 87 del CCA, es procedente el inicio de una acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa²⁴.

2.3.- Alcance del desequilibrio económico del contrato estatal.

Tal y como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁵, mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general, por lo que la ejecución del objeto contractual resulta ser un asunto esencial y es por esto que la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten resolver factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inejecución.

Uno de tales mecanismos hace referencia a aquel que permite que puedan reajustarse los precios pactados inicialmente, de tal manera que manteniéndose su valor real en el decurso del plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se lleve a feliz término la ejecución del contrato.

La figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, encuentra sustento en la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.

Sin embargo, lo anterior no significa que cualquier imprevisto que merme las ganancias del contratista tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico. Sólo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico.

²⁴ "Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados (...)"

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 850012333000201200202 01 (51018)

Así, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, establece que en los contratos estatales debe mantenerse la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. En caso de que dicha igualdad o equivalencia se rompa por **causas no imputables a quien resulte afectado**, las partes deben adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, dispone la norma que las partes deben suscribir 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.

Finalmente, conviene resaltar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza.

2.4.- Elementos del desequilibrio económico del contrato.

2.4.1.- Fórmula de reajuste de precios como mecanismo para mantener la conmutatividad del contrato y el principio de buena fe.

Al respecto señaló el Consejo de Estado²⁶ que “sí lo que ocurre en un determinado asunto es que una de las partes está inconforme con los índices de la fórmula de reajustes inicialmente convenida y nunca alegó dicha circunstancia al suscribir los contratos adicionales y posteriormente en sede contencioso administrativa pretende que se le indemnicen unos perjuicios derivados de la ruptura del equilibrio económico del contrato supuestamente ocasionada por esa circunstancia con la que siempre se mostró de acuerdo, vulnerando con ello lo acordado, ese comportamiento es totalmente contrario al deber de buena fe que deben observar las partes contratantes en sus relaciones contractuales”.

2.4.2.- El principio del equilibrio económico del contrato.

Como se dijo antes, el principio del equilibrio económico del contrato está previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, basado en el principio de buena fe e igualdad o equivalencia de los derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar, de forma tal que si esa igualdad se rompe por causas no imputables al contratista, deberá restablecerse.²⁷

A su vez, el deber de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato se encuentra desarrollada en los numerales 3° y 8° del artículo 4° y el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993, los cuales rezan:

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: (...)*

3o. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato. (...)

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 850012333000201200202 01 (51018)

²⁷ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “El Concepto del contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca, Coordinador, Título Libro: Temas Relevantes sobre los Contratos, Servicios y bienes públicos, Ed. Jurídica Venezolana, VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita 2014, Caracas 201, Págs. 301-440.

8o. 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.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

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:

1o. 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.

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.

Al respecto, es importante advertir que cualquiera que sea la causa que da lugar a una alteración de las condiciones financieras o económicas del contrato, para que sea procedente su restablecimiento es indispensable que la parte afectada demuestre el menoscabo, que éste es grave y que además no corresponde a un riesgo propio del ejercicio de la actividad contractual que deba ser asumido por alguno de los contratantes.

Sobre el particular, el Consejo de Estado analizó²⁸:

*Luego, sí lo que ocurre en un determinado caso es que con ocasión de la celebración de un contrato una de las partes contratantes solicita el restablecimiento de la ecuación económica que a su juicio se ha visto rota porque los índices utilizados en la fórmula de ajustes convenida no reflejó las verdaderas variaciones de los precios, en ésta hipótesis no sólo se debe acreditar que dicha fórmula efectivamente generó pérdidas considerables, **sino también que ésa circunstancia era imprevisible e irresistible al momento de proponer o contratar y haberla alegado dentro de la oportunidad prevista para ello.***

*En efecto, si una de las partes contratantes afirma que se rompió el equilibrio económico del contrato por que los índices de la fórmula de ajustes convenida no reflejó las variaciones de los precios, para que proceda su restablecimiento, quién alega la ruptura **no sólo debe acreditar que ésa circunstancia le generó pérdidas, sino también***

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de enero de 2015, Expediente. 26.409.

que alteró de forma grave y anormal la economía del contrato y que la alegó oportunamente.

Lo mismo ocurre cuando lo que se alega es el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato por los sobrecostos derivados de la mayor permanencia en la obra y por la mora en el pago de las actas parciales de obra, pues quién alega el restablecimiento también **debe demostrar que dichas circunstancias le generaron un perjuicio grave y anormal, que eran imprevisibles al momento de contratar y haberlas alegado dentro de las oportunidades previstas para ello.**

2.4.3.- Oportunidad como requisito para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando se ha efectuado salvedades en el acta de liquidación.

Para que sea procedente el restablecimiento de la ecuación económica o financiera que se ha visto desequilibrada, la parte afectada además de demostrar el menoscabo y que éste fue grave y anormal, debe haber realizado las reclamaciones respectivas de forma oportuna.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado con precisión:

*Pero **además de la prueba** de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, **que el factor de oportunidad no la haga improcedente.***

En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo “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...”

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como ya se dijo y ahora se reitera, la buena fe contractual, que es la objetiva, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro

*contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia*²⁹.

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.³⁰

Así, si las partes al momento de suscribir suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., no formulan salvedad, reclamación u objeción alguna es porque se mostraron conformes con lo allí convenido. Si en esas oportunidades estuvieron de acuerdo con lo acordado, no pueden después venir a formular esas mismas reclamaciones en el acta de liquidación bilateral, pues si no fueron presentadas en su oportunidad ya en sede de liquidación final del contrato se estima que también son extemporáneas.

En efecto, se entiende que al momento en que las partes suscriben actas de prórroga, suspensiones, contratos adicionales, otrosíes, etc., cada una de éstas convenciones se constituye en una nueva oportunidad para que las partes restablezcan el equilibrio económico del contrato, de tal suerte que si en éste momento no se hacen salvedades el equilibrio económico del contrato queda restablecido.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que las partes suscriben actas de prórroga, suspensiones, contratos adicionales, otrosíes y en todas esas oportunidades no se formulan salvedades, reclamaciones u objeciones, ya las salvedades que se formulen al momento de suscribir el acta de liquidación bilateral son extemporáneas, pues se entiende que mediante la suscripción de todas las convenciones anteriores, el equilibrio económico del contrato se ha restablecido.

En éste orden de ideas, cuando no se presentan reclamaciones, objeciones o salvedades en ninguna de éstas etapas preclusivas y luego se formulan en el acta de liquidación bilateral, únicamente serán procedentes aquellas salvedades relativas a hechos posteriores a la última adición, modificación, suspensión o acuerdo que se haya suscrito entre las partes antes de llevar a cabo la liquidación bilateral, o aquellas que se generen al momento de la liquidación bilateral.

2.4.4.- Prueba idónea del vínculo entre la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato.

En todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que éste es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

Sobre este particular el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente³¹:

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 16 de octubre de 2014, Expediente 24.809

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, Expediente 18080.

(...) cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él³² o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

Para tener por acreditado el desequilibrio económico debe aportarse la prueba idónea de que en virtud del incumplimiento contractual se presentó un resquebrajamiento grave de la ecuación financiera que compromete la ejecución del contrato.

La prueba en materia de desequilibrio económico, no solo debe versar sobre el hecho mismo afectante y determinante del incumplimiento, sino también del impacto cierto, claro, evidente en la bases que soportan las condiciones económicas y financieras del negocio, permitiendo visualizar al juzgador el daño que sobre las mismas se hubiere causado.

Así lo señaló el Consejo de Estado³³, cuando reiteró que:

(...) la carga de la prueba en este tipo de casos no se agota en la mera acreditación de ciertas circunstancias fácticas en el devenir de la relación contractual, ello no es más que un punto de inicio que necesariamente debe ser complementado con la suficiente acreditación probatoria y, sobre todo, técnica de las consecuencias negativas de tales hechos en el equilibrio económico del contrato estatal.

La Sala estima oportuno precisar que la prueba de tal desequilibrio no puede ser meramente retórica. El desequilibrio financiero del contrato es un asunto técnico y por ende su prueba debe ser rigurosa, objetiva y debidamente soportada; no bastan simples planteamientos doctrinales o jurisprudenciales; se hace necesario prueba idónea, adecuada y pertinente que evidencie en concreto, la magnitud del desajuste económico del negocio y su impacto en la conmutatividad del mismo.

Prueba, por lo tanto, de ser el caso, altamente técnica, razonablemente fundada en especiales consideraciones contables, económicas, financieras, que permitan deducir de manera objetiva, cómo las situaciones fácticas alegadas como afectantes del equilibrio contractual, inciden de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económicas y financieras del negocio en los términos propuestos y pactados.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119

³³

A través de la actividad y debate probatorio el juez debe llegar a la certeza técnica del desbalance que afecta la relación negocial, de aquí como, la simple afirmación en la demanda de la existencia del desequilibrio o de la ruptura de la formula o modelo económico rector del negocio, no sea por si mismo suficiente para dar por probada la configuración de la misma, sus características, impacto en la conmutatividad del negocio, magnitud del desajuste, en fin, todo lo relativo a su identificación plena y que permita abrir paso, al reconocimiento judicial de esta situación y a la determinación y cuantificación de las indemnizaciones que sean pertinentes, en los términos de los artículo 5 No 1, 27 y 28 de la ley 80 de 1993.

Resulta en consecuencia menester, que la prueba aportada permita materializar no solo el hecho causante o generador del desequilibrio del negocio, sino también configurar, ente otras cosas, sus efectos graves y dañinos, por ejemplo, en relación con el valor intrínseco del contrato, la perdida económica sufrida⁴¹, los efectos económicos y financieros de todo orden y magnitud que devengan de la ruptura de la igualdad o equivalencia surgidos al momento de proponer o contratar etc.

Con otras palabras, y a manera de síntesis, si mediante el contrato estatal se persigue satisfacer el interés general mediante la prestación de los servicios públicos, y si el equilibrio económico del negocio debe mantenerse para lograr la ejecución del objeto contractual y por ende prestar el correspondiente servicio público, resulta evidente que para cumplir con los imperativos legales que ordenan el restablecimiento, es indispensable, no sólo la demostración del acaecimiento de un hecho o acto que tuvo la virtualidad de destruir el balance económico y financiero negocial, sino también que el negocio efectivamente se descompensó por ese hecho o acto.

Por consiguiente, en torno al último aspecto, las probanzas deben demostrar aquel resultado, el que no puede surgir sino mediante la comparación del inicial diseño económico y financiero del contrato con la situación económica y financiera en que quedó el negocio luego de sobrevenir el hecho o acto desequilibrante.

Hechos los estudios dogmáticos sobre el incumplimiento del contrato y su desequilibrio económico, procede ahora la Sala a resolver los dos aspectos en los que el recurrente centró sus argumentaciones. Se trata de dilucidar si en el sub judice se cumplieron los requisitos para declarar el desequilibrio económico del contrato y en consecuencia si hay lugar a aplicar la cláusula de reajuste de precios prevista en el mismo, conforme a lo pretendido por la parte actora y recurrente en apelación.

En resumen, para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se requiere:

- **Causal no imputable al contratista.** La circunstancia que genera el desequilibrio económico del contrato no debe ser imputable al contratista.
- **Imprevisibilidad e irresistibilidad.** La circunstancia que genera el desequilibrio económico del contrato debe ser imprevisible e irresistible al momento de presentar la correspondiente propuesta en el proceso de selección y haberla alegado dentro de la oportunidad prevista para ello.
- **Carácter grave.** El desequilibrio debe alterar de forma grave y anormal la economía del contrato.

- **Oportunidad.** La solicitud de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato debe realizarse en el momento en que ocurren las circunstancias que lo generan, esto es, al momento de suscribir las suspensiones, adiciones, prórrogas, modificaciones, entre otros.
- **Prueba.** Debe probarse no solo las circunstancias fácticas que generan el desequilibrio económico del contrato, sino también las consecuencias negativas del mismo. La carga de la prueba radica en la parte demandante.

IV. CASO CONCRETO.

1. Medios de prueba relevantes.

A continuación se relacionan los diferentes elementos materiales probatorios que obran en el proceso y que resultan relevantes para resolver el problema jurídico planteado:

1.1. Pliego de condiciones de la licitación pública (fl. 11 – 212, c. 3):

1. INSTRUCCIONES PARA LOS LICITANTES.

(...) 7. Visita a la zona de obras.

7.1. Se aconseja que el licitante, bajo su responsabilidad y a su propio riesgo, visite e inspecciones la zona de obras y sus alrededores y obtenga por sí mismo toda la información que pueda ser necesaria a fin de preparar la oferta y celebrar el contrato para la construcción de la obras. Los gastos relacionados con dicha visita e inspección correrán por cuenta del licitante. (...)

12. Documentos que integran la oferta. 12.1. La oferta que presente el licitante deberá incluir los siguientes documentos: a) La oferta, en el formulario de oferta indicado en la Sección 2; b) Garantía de seriedad de la oferta; c) **Lista de cantidades para las obras de construcción a precios unitarios con indicación de precios y programa de actividades para las obras a valor global, con indicación del precio;** d) Documentos y formularios de información para calificación; e) ofertas alternativas, cuando se soliciten (...)

13. Precios de la oferta. (...) 13.4 Las tarifas y precios cotizados por el licitante estarán sujetos a ajuste durante el periodo de cumplimiento del contrato conforme con las disposiciones de la cláusula 47 de las Condiciones del Contrato. Junto con su propuesta, el licitante deberá presentar la información estipulada en los Datos del Contrato y en la Cláusula 47 de las Condiciones del Contrato.³⁴ (...)

G. Datos de la licitación. (...)

4.5 c. El equipo y herramientas esenciales que deberá tener disponible el Adjudicatario para ejecutar el contrato y susceptible de ser mejorado en su rendimiento y cantidad por el contratista es: (...) Para la ejecución del contrato, el contratista deberá contar como mínimo con el equipo señalado anteriormente.

4.5 d. Los requisitos para el personal clave requerido para la ejecución del

³⁴ **47. Ajustes de precios.** 47.1. Los precios se ajustarán para tener en cuenta las fluctuaciones del costo de los insumos, únicamente si así se especifica en los Datos del Contrato. Los montos autorizados en cada certificado de pago luego de las deducciones por concepto del Anticipo, se deberán ajustar aplicando el respectivo factor de ajuste de precios a los montos que deben pagarse la moneda del país del contratante. 47.2. Si se modifica el valor del índice después de haberlo usado en un cálculo, dicho cálculo deberá hacer un ajuste en el certificado del pago siguiente. Se considerara que el valor del índice tiene en cuenta todas las variaciones del costo debido a las fluctuaciones en los costos.

contrato serán los que aparecen en el siguiente cuadro. Debe tenerse en cuenta que el personal no será objeto de evaluación pero que sus documentos se deben presentar al IDU con la propuesta, según lo establecido en los presentes Datos del Contrato. Consecuencialmente, los proponentes deben tener en cuenta lo establecido sobre presentación de la relación del personal mínimo exigido en estos pliegos de condiciones y sobre su documentación en el literal e) de la sub cláusula (4.3) de los presentes Datos de la Licitación, así como lo establecido en la sub cláusula (9.1 de los Datos del Contrato). **Igualmente, debe tenerse en cuenta que el personal aquí relacionado, corresponde al mínimo exigido, pero que quien resulte adjudicatario del contrato, estará obligado a emplear todo el recurso humano que fuere necesario para dar cabal y oportuno cumplimiento al objeto contratado. (...)**

3. CONDICIONES DEL CONTRATO. (...)

5. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS. (...)

1. Actividades para la etapa de pre construcción. A partir de la fecha de iniciación del contrato, el contratista tendrá un plazo de ocho (8) días calendario para revisar y evaluar los estudios y diseños presentados por el IDU, de manera que se garantice durante la ejecución de las obras el cumplimiento de las especificaciones particulares y generales de construcción y las especificaciones de redes de servicios públicos.

Con el fin de facilitar la labor del interventor, el contratista deberá entregar al interventor, a más tardar al vencimiento del plazo señalado en el inciso anterior, un informe sobre los estudios y diseños con los cuales se ejecutaran las obras de construcción y las obras para redes durante la etapa de construcción. La no entrega de este informe sobre los estudios y diseños dentro del término antes señalado, dará a entender sin lugar a dudas que con la información suministrada al contratista le será posible cumplir cabalmente con las exigencias del contrato.

El interventor tiene la obligación de analizar dicho informe y advertir y comunicar al contratista, antes del inicio de la etapa de construcción, cualquier inconsistencia en sus observaciones sobre los estudios y diseños.

Las observaciones a los estudios y diseños del IDU presentados por el contratista de obra se estudiarán por el interventor y **el contratista de obra hará los ajustes necesarios para garantizar el cumplimiento de los resultados, los cuales debe presentar al IDU. Sin embargo, se aclara que cualquier cambio debe mantener el balance económico original del contrato, es decir que dichos cambios no generarán costos adicionales injustificados al proyecto. (...)**

Condiciones especiales:

Los estudios y diseños para la ejecución de las obras de construcción podrán (i) ser los mismos que el IDU puso a disposición de los proponentes durante el pedido de propuestas; (ii) **consistir en la adaptación y/o modificación, por parte del contratista de obra, de los estudios y diseños que el IDU puso a disposición de los proponentes durante el pedido de propuestas**, caso en el cual deberán ir suscritos por los ingenieros o personas responsables del contratista de obra y con la aprobación del interventor; (iii) **ser estudios y diseños propios del contratista de obra**; o (iv) la combinación de cualquiera de las anteriores. En todo caso, una vez presentados al contratante en los términos de este numeral, se entenderá que los diseños son propios y por lo tanto la responsabilidad de los mismos será asumida en su totalidad por el contratista de obra. Adicionalmente, se

entenderá que el contratista de obra deberá incluir las especificaciones particulares de construcción como parte de los estudios y diseños, las cuales igualmente podrán ser adoptadas, adaptadas, modificadas o reemplazadas en los mismos términos que los estudios y diseños señalados en el presente párrafo. En todo caso, una vez presentadas la especificaciones particulares de construcción, el contratista de obra será responsable por su contenido y correcta aplicación. Sin embargo, se aclara que cualquier cambio debe mantener el balance económico original del contrato, es decir que dichos cambios no generarán costos adicionales injustificados al proyecto.

En relación con los estudios y diseños de las obras para redes, el IDU entregará al contratista los estudios y diseños aprobados y autorizados por las empresas de servicios públicos. El contratista podrá durante esta etapa de pre-construcción, adoptarlos, adecuarlos, modificarlos o adaptarlos, pero cualquier cambio en los mismos deberá previamente a su implementación durante la etapa de construcción, ser autorizado de manera expresa por parte de la interventoría y de la empresa de servicios públicos correspondiente, siguiendo los procedimientos descritos en el apéndice C del contrato de obra.

Aunque el interventor tiene la obligación frente al IDU de analizar los estudios y diseños iniciales y advertir y comunicar al constructor, antes del inicio de la etapa de construcción, cualquier inconsistencia entre dichos estudios y diseños y la posibilidad de obtener los resultados requeridos en este contrato, en especial en las especificaciones particulares de construcción y parámetros de diseño, esta comunicación del interventor o su silencio, **no se entenderá como aprobación o desaprobación de los estudios y diseños entregados y no servirá de excusa al contratista para el no cumplimiento de los resultados requeridos en dichas especificaciones particulares de construcción y parámetros de diseño, o para el no cumplimiento de cualquier otra de sus obligaciones bajo este contrato.** En consecuencia, el contratista de obra deberá adecuar y/o modificar en cualquier momento los estudios y diseños de detalle presentados, a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de obtener los resultados previstos en el presente contrato. En todo caso, estas adecuaciones y/o modificaciones deberán ser revisadas y aprobadas por el interventor, quién deberá informar al IDU y entregarle los documentos técnicos que correspondan.

Las adecuaciones y/o modificaciones que haga el contratista de obra durante la etapa de construcción, serán a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de garantizar la obtención de los resultados exigidos en el contrato, considerando que el contratista de obra y el interventor mantienen siempre la obligación de entregar las obras de construcción y las obras para redes en los términos y condiciones establecidos en el contrato, especialmente en los que a los resultados señalados en las especificaciones particulares de construcción y parámetros de diseño y en lo que a las especificaciones de redes de servicios públicos se refiere.

En el evento en que durante la ejecución del contrato sea necesario realizar modificaciones en obra que implique soluciones de diseño, las mismas estarán a cargo del contratista de obra, las cuales deberán ser revisadas y aprobadas por parte del interventor y **no generarán costos adicionales para el IDU. (...)**

En todo caso, la objeción a los diseños por parte del constructor debe estar motivado, por sustento técnico probatorio de la inviabilidad de ejecución de los mismos ante una potencial afectación sobre la

funcionalidad y propósito de las obras.**2. Obras de construcción.**

El proyecto consiste en la **construcción y rehabilitación de accesos a barrios y pavimentos locales – Programa de mejoramiento integral de barrios Grupo 13 en Bogotá D.C. con financiación del banco mundial**, en pavimento de concreto hidráulico o en pavimento de concreto asfáltico. La adecuación de las vías incluye, entre otros:

- Construcción de las obras de espacio público: andenes, andenes pompeyanos, traslado y canalización de redes, sardineles, iluminación y mobiliario urbano.
- Demoliciones, incluyendo cimentaciones existentes.
- Suministro y colocación de la señalización horizontal y vertical en las vías.
- Ejecución de las obras para redes.
- Realización de las labores ambientales y de gestión social.
- Ejecución de las labores de manejo de tráfico, señalización y desvíos.

(...)

Las obras de construcción incluyen por lo menos y sin limitarse a éstas, las actividades que se enuncian a continuación:

- Demoliciones de todo tipo.
- Excavaciones de todo tipo.
- Nivelación y conformación de subrasantes, incluyendo rellenos en material seleccionado o con rajón.
- Construcción de subbases granulares y/o bases granulares y/o bases granulares estabilizadas y/o bases asfálticas.
- Construcción de losas de concreto hidráulico.
- Construcción y/o ampliación de calzadas con pavimentos en concreto asfáltico.
- Construcción de filtros y obras de sub-drenaje.
- Construcción de andenes y todas sus obras complementarias.
- Construcción de obras de paisajismo que incluyan las tres operaciones estructurantes del mismo, como son: arquitectura, fitotextura y geotextura.
- Instalación de mobiliario urbano y demás elementos del espacio público.
- Iluminación.
- Señalización y demarcación de las vías y ciclo rutas.
- Adicional a las obras de construcción, el contratista ejecutará durante la etapa de construcción, las obras para redes contempladas para el proyecto.

Gestión social y ambiental.

El contratista deberá realizar las gestiones de tipo ambiental y social, de acuerdo con el apéndice E “manejo ambiental y gestión social” del contrato, el cual incluye las obligaciones del contratista en materia ambiental y social, las cuales deberá cumplir como parte de sus actividades sobre políticas ambientales y de gestión social durante la etapa de construcción, según corresponda y se indique en el Apéndice E. Los documentos que forman parte de este apéndice y cuyo cumplimiento resulta obligatorio para el contratista a lo largo de la ejecución del contrato, son los siguientes:

a) Programa de implementación del plan de manejo ambiental (PIPMA), para la construcción y rehabilitación de accesos a barrios y pavimentos locales – Programa de mejoramiento integral de barrios grupo 13 en Bogotá D.C. con financiación del banco mundial, debidamente aprobado por el DAMA, según el parágrafo primero del artículo 27 del Decreto Nacional 1728 de 2002.

b) Los requerimientos adicionales que con posterioridad a la radicación del PIPMA, como guías que establezca la Autoridad Ambiental, siempre y cuando sean comunicados por escrito al representante legal del contratista.

c) Guía de manejo ambiental para el desarrollo de proyectos de infraestructura urbana en el Distrito Capital (Resolución 991 de 2001 expedida por el DAMA). (...)

Manejo de tráfico señalización y desvíos.

El contratista será responsable de presentar al momento de iniciar cada una de las etapas de intervención el Plan de Manejo del Tráfico PMT ajustado a las condiciones prevalecientes del momento. (...)

Redes de servicios públicos.

El contratista ejecutará las obras para redes, tomando las máximas precauciones para evitar daños en las redes existentes y en todo caso asumirá plena responsabilidad por los perjuicios que se ocasionen a las mismas o a terceros.

Durante la ejecución del contrato, el contratista, previa aprobación del IDU, deberá cumplir con la actualización de las especificaciones a que se refiere el apéndice C “especificaciones para redes de servicios públicos”, de acuerdo con las revisiones, actualizaciones y/o modificaciones realizadas por cada una de las empresas de servicios públicos. Si el cumplimiento de estas actualizaciones implica obras con un alcance distinto y adicional a las obras para redes, según se describen en el apéndice C, esas obras distintas y adicionales se considerarán, para los efectos del contrato de obra, como mayores cantidades de obra para redes, por lo que deberán cumplir con todo lo previsto al respecto en el contrato.

6. LISTA DE PLANOS.

La siguiente es la lista de planos correspondientes al diseño elaborado mediante el contrato IDU 297 de 2003, en el cual se encuentra toda la información pertinente del presente proyecto. Los planos incluidos en la lista, se entregan en medio magnético (CD), el cual forma parte integrante del presente pliego de condiciones.

Los citados planos y además los diseños, pueden también ser consultados en el centro de documentación del IDU, ubicado en la calle 22 No. 6 – 27 piso 2.

(...)

APENDICE C. ESPECIFICACIONES PARA REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS.

1. Introducción.

El presente apéndice C del contrato de obra contiene la descripción de las obras para redes que deberán ejecutarse por el contratista, durante la etapa de construcción, de acuerdo con lo previsto en el contrato de obra. (...)

Lo anterior es de obligatorio cumplimiento para quien suscriba la minuta del contrato de obra, del cual este apéndice forma parte. Su incumplimiento constituirá incumplimiento del contrato, haciéndose aplicables las sanciones

previstas en el mismo. (...)

El IDU ha elaborado sus propios diseños, que han sido aprobados por las Empresas de Servicios Públicos; de acuerdo con lo establecido en el contrato de obra, el contratista podrá adoptar dichos diseños, adecuarlos y/o modificarlos, previa autorización del IDU, siempre con el objeto de la obtención de los resultados exigidos en el contrato de obra.

Además de las adecuaciones que, según sea el caso, hará el contratista para que los estudios y diseños permitan el cumplimiento de los requisitos exigidos en este contrato, en especial en las especificaciones generales de construcción, el contratista, de ser necesario, deberá adecuar y/o modificar, durante la etapa de construcción, los estudios y diseños de detalle, a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de garantizar la obtención de los resultados exigidos en el contrato de obra, considerando que el contratista mantiene siempre la obligación de entregar las obras de construcción y las obras para redes en los términos y condiciones establecidos en el contrato de obra y en el presente apéndice. (...)

2. Redes de acueducto y alcantarillado – EAAB – ESP (...)

3. Redes de teléfonos, ETB, TELECOM – CAPITEL, EPM – BOGOTÁ (...)

4. Especificaciones de construcción y montaje de redes eléctricas, telefónicas y de alumbrado (...)

5. Trámites administrativos y ante empresas de servicios públicos (...)

APENDICE F. ESPECIFICACIONES PARA EL PLAN GENERAL DE MANEJO DE TRÁFICO, SEÑALIZACIÓN Y DESVÍOS.

Introducción.

El apéndice F, se constituye en los términos de referencia para la elaboración e implementación del Plan de Manejo de Tráfico, el contratista puede tomar como base los planes de manejo de tráfico preliminares y/o información existente que sirvan para realizar el PMT, disponible para consulta en el Centro de Documentación. En este marco, es responsabilidad del contratista seleccionar una alternativa, bien sea que acoja y ajuste los planes propuestos o que en el periodo de preconstrucción, elabore un nuevo plan para las vías incluidas en la presente licitación; en cualquier caso, el único responsable será el contratista y por tanto no podrá en ninguna circunstancia desconocer los criterios, condiciones, metodologías, parámetros y en general el contenido y estrategias del Plan de Manejo que se le aprueba. (...)

APENDICE H. COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL. (...)

2.3.2. Fase de ejecución (construcción)

2.3.2.1. Procedimiento interinstitucional general. (...)

g. Las ampliaciones de infraestructura de servicios públicos que no estén en los proyectos aprobados, deben ser solicitadas al IDU en forma escrita por cada ESP. En caso de modificaciones que afecten el presupuesto de obra del IDU, se debe viabilizar solo en la medida de la disponibilidad de recursos asados en el cronograma y avance de obra, una vez sea aprobado por la interventoría y los ordenadores directos del gasto.

- 1.2. Contrato No. BM 164 de 2005, suscrito entre CICON S.A. y el IDU el 28 de diciembre de 2005, del cual vale la pena resaltar las siguientes cláusulas (fl. 64 – 112, c. ppal 1):

Objeto: construcción y rehabilitación de accesos a barrios y pavimentos

locales, programa de mejoramiento integral de barrios, grupo 13, en Bogotá, con financiación del banco mundial.

Sección 3. Condiciones del contrato. (...) 9. Personal. 9.1. El contratista deberá emplear el personal clave mencionado en la Lista de Personal Clave de los Datos del Contrato, para llevar a cabo las funciones especificadas en el programa u otro personal aprobado por el interventor. El interventor aprobará el reemplazo de personal clave sólo cuando la calificación, capacidad y experiencia de ellos sean iguales o superiores a las del personal mencionado en la lista. (...) **18. Aprobación por el interventor. 18.1** El contratista deberá proporcionar los planos y especificaciones de las obras provisionales propuestas al interventor, quien deberá aprobarlas si cumplen con las especificaciones y planos. **18.2** El contratista será el responsable del diseño de las obras provisionales. **18.3** La aprobación del interventor no alterará la responsabilidad del contratista con respecto al diseño de las obras provisionales. **18.4** El contratista deberá obtener las aprobaciones de terceros que sean necesarias respecto al diseño de las obras provisionales. (...) **37. Lista de cantidades. 37.1** El programa de actividades deberá contener los rubros correspondientes a la construcción, montaje, prueba y puesta en servicio de los trabajos que deba ejecutar el contratista. **37.2** La lista de cantidades se usará para calcular los precios unitarios para las obras a precios unitarios que conforman el precio del contrato. Al contratista se le paga por la cantidad de trabajo realizado al precio unitario especificado en la lista de cantidades para estas actividades. **38. Modificación de las cantidades. 38.1** Si la cantidad final de los trabajos ejecutados es diferente de la especificada en la lista de cantidades para un ítem particular en más de un 25% y siempre que la diferencia exceda el 1% del precio inicial, el contratante, previa solicitud del interventor podrá ajustar el precio unitario para permitir el cambio. **38.2** En el caso de programa de actividades, si éste es ajustado por el contratista para incorporar las modificaciones en el programa o método de trabajo que haya incluido por su propia cuenta, los precios no sufrirán modificación alguna cuando el contratista haya introducido dichos cambios. **38.3** El interventor no ajustará los precios unitarios si con ello se excede el precio inicial del contrato en más de 15%, excepto con la aprobación previa del contratante. **38.4** Si el interventor lo solicita, el contratista deberá proporcionarle un detalle de la composición de los costos correspondientes a cualquier precio unitario que conste en la lista de cantidades. (...)

Sección 4. Datos del Contrato (...)

1.1 También forma parte del contrato los siguientes documentos: Diseños ejecutados mediante el contrato de consultoría No. IDU 297 de 2003. (...)

9.1 Lista de personal clave. De conformidad con lo establecido en el literal e) de la sub cláusula (4.3) de los Datos de la Licitación del pliego que dio origen a la presente contratación, el contratista adjudicatario está obligado a presentar al IDU el personal mínimo exigido en el pliego de condiciones dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la comunicación de la adjudicación. (...) La aprobación del personal constituye requisito previo para la iniciación de la ejecución del contrato, so pena de las sanciones contractuales que el retardo injustificado amerite.

17.1 La fecha prevista de terminación de la totalidad de las obras será la que se consigne en el acta de iniciación del contrato. El plazo de ejecución del proyecto es diez (10) meses, contados desde la fecha de suscripción del acta de iniciación del contrato, distribuidos así: un (1) mes para la etapa de pre construcción; nueve (9) meses para la etapa de construcción, de los cuales

ocho (8) meses son exclusivamente para la ejecución de las obras y un (1) mes, exclusivamente para la entrega y recibo de las obras por parte de la interventoría.

42.4 El contratante pagará al contratista el valor contratado de la siguiente manera:

El monto asignado al valor global etapa de pre construcción se pagará al vencimiento de esta etapa considerando que las obligaciones son de resultados y no de medio, previa valoración por parte de la interventoría, del cumplimiento de los productos ejecutados por el contratista de acuerdo con lo indicado en la sección 5. Especificaciones Técnicas (Especificaciones Generales y Particulares de Construcción) del presente Pliego de Condiciones.

El valor total de las obras de construcción a precios unitarios, se pagará mediante dicho sistema, sin ajustes, de la siguiente manera: a) Se dará un anticipo correspondiente al treinta por ciento (30%) del valor propuesto para las obras a precios unitarios, el cual se tramitará una vez cumplidos los requisitos de legalización del contrato y el de interventoría; b) El setenta por ciento (70%) restante, mediante pagos mensuales de obra ejecutada a satisfacción del IDU previa valoración, por parte de la Interventoría, del cumplimiento de las secciones ejecutadas por el contratista, de acuerdo con el apéndice respectivo descrito en la Sección 9 (Cronograma Valorado de Obra). De cada acta mensual de obra ejecutada, se amortizará el porcentaje de anticipo y se descontará el cinco por ciento (5%) como retención de garantía. **El valor retenido se entregará al contratista una vez se efectúe la liquidación del contrato, previo cumplimiento de lo establecido en este contrato para el periodo de responsabilidad por defectos, los periodos de corrección de defectos, el certificado de corrección de defectos (o las constancias de no corrección) y el recibo a satisfacción de la obra construida, por parte de la interventoría y de las empresas de servicios públicos, labor que se entiende cumplida con la suscripción de las actas de recibo de las obras a satisfacción y de cruce de cuentas con las ESP y/o obtención de paz y salvos.**

El manejo de tráfico, señalización y desvíos, se pagará a precio global fijo sin ajustes. Este valor será dividido en el número de meses de la etapa de construcción y se pagará una parte igual en cada acta mensual de pago de obra ejecutada, previa valoración, por parte de la interventoría, del cumplimiento de las secciones ejecutadas por el contratista, conforme con lo indicado en el Apéndice respectivo descrito en la Sección 9 (Especificaciones para el Plan General de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos).

La Gestión Social y Ambiental se pagará a precio Global fijo sin ajustes. Este valor se pagará de acuerdo a lo establecido en el APENDICE E (MANEJO AMBIENTAL Y GESTIÓN SOCIAL), proporcionalmente al valor facturado mensualmente según avance de la obra, y al cumplimiento de sus obligaciones

Pago del precio de obras o trabajos no previstos. (...)

48.1 La retención en garantía que se aplica es del CINCO POR CIENTO (5%). Esta retención se utiliza para garantizar el estricto cumplimiento del contrato, la cual será devuelta al contratista, de acuerdo con lo señalado en las cláusulas 42.4 y 48.2, siempre y cuando no exista reclamo alguno pendiente contra él, o el contratante no lo hubiere aplicado antes para el pago de las multas o indemnizaciones impuestas por él o a la cancelación de otras obligaciones a cargo del contratista. Por tratarse de una garantía adicional y no de un pago diferido, la devolución de la garantía que conforma

a su vez un fondo de reserva, se hará por su valor neto, sin que sean aplicables reajustes, ni pago de intereses.

Se entregará el monto retenido de la siguiente manera: EL CINCO POR CIENTO (5%) retenido en la ejecución del contrato, una vez se efectúe la liquidación del contrato.

- 1.3. Oficio elaborado por el IDU el 16 de febrero de 2006, por medio del cual remite a la interventoría los estudios y diseños para el desarrollo del contrato de obra 164 de 2005 (fl. 579 – 582, c. 5)

- 1.4. Comunicación del 28 de abril de 2006, emitida por CICON S.A. al IDU (fl. 266, c. 3):

Hemos notado que a la fecha no se ha suscrito acta de inicio del contrato de la referencia. Conocemos que varios de los diseños no se encuentran aprobados, situación que en cierta medida ha podido incidir en el retraso en la suscripción del acta de inicio del contrato, no obstante, quisiéramos conocer si existen otros motivos que hayan llevado a la entidad a posponer la entrada en ejecución de las obras objeto de este contrato, razón por la cual nos gustaría sostener una reunión con ustedes con el objeto de comentar estos aspectos y de alguna manera conocer el estado actual de los diseños.

- 1.5. Comunicación del 3 de mayo de 2006, emitida por CICON S.A. al IDU (fl. 267, c. 3):

Teniendo en cuenta que a la fecha no se ha suscrito el acta de inicio del contrato de la referencia y que este contratista ha estado dispuesto a ello (...), por medio de la presente muy cordialmente nos permitimos solicitarle se lleve a cabo una reunión con el objeto de que se nos informe las posibles causas que han incidido en la demora de la suscripción del acta de inicio de este contrato.

Elevamos esta petición porque el personal contractualmente exigido para el desarrollo del contrato y que esta empresa tiene destinado para tal fin nos ha manifestado que en vista de la demora en la suscripción del acta de inicio del contrato no pueden sostener su compromiso de trabajar con nosotros y han decidido irse a trabajar en otros proyectos situación que sin duda alguna nos preocupa pues nuestra intención es estar cien por ciento preparados para el cabal desarrollo del contrato una vez se ordene el inicio del mismo.

- 1.6. Decreto 174 de 30 de mayo de 2006, por medio del cual se adoptan medidas para reducir la contaminación y mejorar la calidad del aire en el Distrito Capital (fl. 787 – 793, c. 5):

ARTÍCULO PRIMERO. Clasificar a las localidades de Puente Aranda, Fontibón y Kennedy, comprendidas dentro perímetro urbano de Bogotá, D.C., como áreas-fuente de contaminación alta, Clase I, por material particulado menor o igual a 10 micras (PM_{10}).

ARTÍCULO SEGUNDO. Ordenar al DAMA que antes del 15 de Septiembre de 2006, proponga la clasificación de las demás áreas-fuente que se encuentren en las localidades comprendidas dentro del perímetro urbano de la ciudad, y así mismo presente una propuesta de las medidas de contingencia y el programa de reducción de contaminación para cada área-fuente, teniendo en cuenta las diferentes fuentes de emisión y los

contaminantes. Con dicho diagnóstico mediante Decreto Distrital se definirá lo pertinente a más tardar el dos (2) de Octubre de dos mil seis (2006).

ARTÍCULO TERCERO. Ordenar al DAMA establecer una norma de límites permisibles más estrictos para las fuentes fijas de emisión localizadas en las áreas-fuente de contaminación, definidas en el artículo primero del presente Decreto, atendiendo al principio de rigor subsidiario establecido en el artículo 63 de la Ley 99 de 1993.

ARTÍCULO CUARTO. Ordenar al DAMA actualizar el inventario para identificar y clasificar los tipos de fuentes fijas y móviles con aportes importantes de emisiones a la atmósfera de la ciudad.

ARTÍCULO QUINTO. Ordenar al DAMA suspender el funcionamiento de las calderas y hornos de aquellas industrias, establecimientos de comercio y demás fuentes fijas de emisión cuando utilicen combustibles sólidos y crudos pesados, no cuenten con sistemas de control de emisiones para material particulado, instalados y funcionando y sus emisiones superen el nivel máximo de emisiones de Partículas Suspendidas Totales (PST) para las fuentes fijas de combustión externa definidas en la normatividad vigente.

ARTÍCULO SEXTO. Ordenar al DAMA, adoptar las medidas tendientes a prohibir el uso de aceites usados, o sus mezclas en cualquier proporción, como combustible en calderas y hornos, así como en la fabricación de aceites lubricantes, de conformidad con el principio de rigor subsidiario establecido en el artículo 63 de la Ley 99 de 1993..

ARTÍCULO SEPTIMO. Suspender el establecimiento de nuevas fuentes fijas de emisión, salvo que se demuestre que se utilizarán tecnologías ambientalmente limpias y eficientes en sus sistemas de generación de energía y control de emisiones atmosféricas, cumpliendo los límites permisibles que para estas áreas-fuente establezca la autoridad ambiental competente; ello con el fin de garantizar la mínima emisión posible. El establecimiento de nuevas fuentes fijas de emisión requerirá concepto técnico-favorable expedido por el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente DAMA.

Las nuevas fuentes fijas de combustión externa que se permitan instalar, deberán cumplir con los límites permisibles que para esta área-fuente establezca la autoridad ambiental competente en el perímetro urbano del Distrito Capital.

PARÁGRAFO. El concepto técnico expedido por el DAMA al que se refiere el presente artículo, será condición previa para que las autoridades distritales otorguen autorizaciones necesarias para el establecimiento y operación de nuevas fuentes fijas de emisión en las áreas-fuente clase I declarada en el artículo primero del presente Decreto.

ARTÍCULO OCTAVO. Adoptar las siguientes medidas para reducir la contaminación generada por fuentes móviles, con aplicación en toda la ciudad frente a los Vehículos Automotores de Servicio de Transporte Público Colectivo de Pasajeros. Sin perjuicio de la restricción a la circulación determinada en el Decreto 660 de 2001 y posteriores, se adopta una restricción adicional de circulación en la ciudad de Bogotá, a los vehículos de transporte público colectivo de pasajeros, entre las 6:00 a.m. y las 10:00

a.m., de acuerdo con el último dígito de la placa respectiva, la cual se aplicará de la siguiente manera:

Día	1a. Semana	2a. Semana	3ª. Semana	4a. Semana	5a. Semana
Lunes	0	6	2	9	4
Martes	1	7	3	8	5
Miércoles	2	9	4	0	6
Jueves	3	8	5	1	7
Viernes	4	0	6	2	9
Sábado	5	1	7	3	8

PARÁGRAFO PRIMERO. La medida establecida en el numeral primero no se aplicará en los días festivos establecidos por la Ley, sin perjuicio de las demás restricciones del tránsito vigentes en el Distrito Capital para el transporte público colectivo de pasajeros.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Para efectos de la aplicación de la restricción establecida en el presente artículo, la Secretaría de Tránsito y Transporte divulgará en medios masivos de comunicación la forma en que se hará aplicable la restricción.

PARÁGRAFO TERCERO. La restricción de circulación contenida en el presente artículo, no será aplicable a los vehículos vinculados a las empresas de transporte público colectivo que se acojan al "Programa de Autorregulación Ambiental". Para tal efecto el DAMA diseñará los parámetros y establecerá los términos de referencia respectivos para que cada Empresa presente su programa de autorregulación y solo cuando la autoridad ambiental lo apruebe dará aviso a la Secretaría de Tránsito y Transporte para que se aplique la excepción.

PARÁGRAFO CUARTO. EL DAMA mediante acto administrativo definirá el procedimiento y cronograma para hacer efectivo lo dispuesto en el parágrafo anterior.

PARÁGRAFO QUINTO. La medida de restricción vehicular a que se refiere este artículo se aplicará a partir del 1o. de septiembre de 2006, a quienes no les sea aprobado por el DAMA "Programa de Autorregulación Ambiental".

ARTÍCULO NOVENO: El otorgamiento de renovaciones, reasignaciones o nuevas rutas de transporte público colectivo que circulen en las localidades clasificadas como áreas-fuente de contaminación Clase I, requerirán evaluación previa y conjunta por parte de la Secretaría de Tránsito y Transporte y el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente (DAMA), con el fin de incluir criterios ambientales en dicho proceso.

ARTÍCULO DÉCIMO: Adoptar las siguientes medidas para reducir la contaminación generada por fuentes móviles, con aplicación en toda la ciudad frente a los Vehículos Automotores de Carga. Sin perjuicio de la

restricción a la circulación determinada en el Decreto 112 de 1994 y posteriores, se adopta una restricción adicional de circulación en la ciudad de Bogotá, a los vehículos de transporte de carga de más de cinco toneladas, entre las 9:00 a.m. y las 10:00 a.m. de lunes a viernes.

PARAGRÁFO PRIMERO. La medida establecida en el presente artículo no se aplicará en los días festivos establecidos por la Ley, sin perjuicio de las demás restricciones del tránsito vigentes en el Distrito Capital para el transporte de carga.

PARAGRÁFO SEGUNDO. Para efectos de la aplicación de la restricción establecida en el presente artículo la Secretaría de Tránsito y Transporte divulgará en medios masivos de comunicación la forma en que se hará aplicable la restricción.

PARÁGRAFO TERCERO. La restricción de circulación contenida en el presente artículo, no será aplicable a los vehículos particulares de carga, así como a los vinculados a las empresas de transporte de carga que se acojan al "Programa de Autorregulación Ambiental". Para tal efecto el DAMA diseñará los parámetros y establecerá los términos de referencia respectivos para que cada Empresa presente su programa de autorregulación y solo cuando la autoridad ambiental lo apruebe dará aviso a la Secretaría de Tránsito y Transporte para que se aplique la excepción.

PARÁGRAFO CUARTO. El DAMA mediante acto administrativo definirá el procedimiento y cronograma para hacer efectivo lo dispuesto en el párrafo anterior.

PARAGRAFO QUINTO: La medida de restricción vehicular a que se refiere este artículo se aplicará a partir del 1o. de octubre de 2006, a quienes no les sea aprobado por el DAMA "Programa de Autorregulación Ambiental".

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO. A partir del 01 de Septiembre de 2006, los vehículos vinculados al Sistema TRANSMILENIO - bien sean articulados o alimentadores -, deberán cumplir con Programas de Autorregulación que serán aprobados y verificados por la autoridad ambiental - DAMA.

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO.- Ordenar al IDU, a la Secretaría de Obras Públicas y a la EAAB incluir el criterio ambiental, para priorizar la ejecución de las obras de infraestructura relacionadas con la malla vial y de acueducto y alcantarillado de la ciudad, en las zonas clasificadas como áreas-fuente de contaminación alta en el artículo primero del presente Decreto.

ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO.- Ordenar al DAMA y al Jardín Botánico José Celestino Mutis que de forma conjunta y coordinada establezcan Planes Locales de Arborización, en las áreas-fuente mencionadas en el artículo primero del presente decreto.

ARTICULO DÉCIMO CUARTO.- Ordenar al DAMA coordinar con la Secretarías de Gobierno, Tránsito y Transporte, Salud y las Alcaldías Locales de Puente Aranda, Fontibón y Kennedy, la ejecución de las medidas de que trata el presente decreto, así como la integración de éstas al Programa de Reducción de la Contaminación Atmosférica respectivo, y la ejecución de las demás medidas complementarias, en armonía con las directrices del Plan de Gestión Ambiental Distrital.

ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO.- El DAMA evaluará en Septiembre del año 2007 los avances derivados de las medidas de contingencia tomadas para la reducción de la contaminación en las área-fuente Clase I; de acuerdo con ello, determinará, mediante estudios técnicos y los datos obtenidos por la Red de Monitoreo de la Calidad del Aire de Bogotá (RMCAB), si la clasificación adoptada en este Decreto se mantiene por el año inmediatamente siguiente o si por el contrario, es necesario reclasificar las área-fuente de conformidad con los parámetros de excedencia dispuestos en los Decretos 948 de 1995 y 979 de 2006. En el caso de mantenerse la clasificación, podrá examinarse la pertinencia de tomar medidas de contingencia adicionales a las contenidas en el presente Decreto.

ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO.- VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

- 1.7. Acta de inicio del contrato de obra 164 de 2005, suscrita el 24 de agosto de 2006 (fl. 129 – 131, c. ppal 1)
- 1.8. Comunicación del 31 de agosto de 2006, por medio de la cual CICON S.A. remite a la interventoría el informe de preconstrucción del contrato de obra 164 de 2005, revisión de los estudios y diseños (fl. 596 – 622, c. 5)
- 1.9. Oficio del 17 de noviembre de 2006, remitido por el IDU a ETA S.A. CONSULTORES (fl. 623 – 625, c. 5):

Teniendo en cuenta que para la ejecución del contrato de obra IDU-BM-164 de 2005 se requiere como producto del contrato 297 de 2003, los estudios y diseños aprobados o la aclaración a las observaciones de la relación que se describe a continuación, los cuales este Instituto no tiene conocimiento de su recibo; de manera atenta se solicita que en un término no mayor a tres días después de haber recibido esta comunicación se entregue dicha información.

** Diseños geométricos y estructurales de la obra de contención del caño Limas, establecidos para la zona 3 grupo 2 (Villas del Diamante). (...)*

- 1.10. Adicional No. 1 del contrato de obra 164 de 2005, suscrito por CICON S.A. y el IDU, el 24 de mayo de 2007 (fl. 113 – 115, c. ppal 1):

PRIMERA.- PLAZO: Prorrogar el plazo del contrato en **TRES (3) MESES**.
PARAGRAFO: La presente prorroga no genera costos adicionales para el IDU. (...)

- 1.11. Otrosí 1 al contrato de obra 164 de 2005, suscrito por CICON S.A. y el IDU, el 21 de junio de 2007 (fl. 116 – 120, c. ppal 1):

PRIMERA: Modificar el numeral 1.1 de la Sección 4. Datos del Contrato – en el sentido de excluir los siguientes 14 tramos viales: (...) **PARAGRAFO PRIMERO:** El IDU revisará las metas físicas realmente ejecutadas por el CONTRATISTA para efectos de la liquidación y pago total del contrato. (...)

- 1.12. Acta de suspensión del contrato 164 de 2005, por 20 días calendario, suscrita el 21 de septiembre de 2007 por CICON S.A., el interventor y el IDU (fl. 121 – 122, c. ppal 1)

CAUSAS

Debido a la solicitud de rescisión del contrato, presentada por la interventoría Restrepo y Uribe Limitada y, de prórroga por cinco (5) meses por parte del contratista CICON S.A. y dado el estado que presentan las obras en la actualidad, es pertinente realizar una suspensión la contrato de obra No. 164 de 2005 por el termino de veinte (20) días calendario, a partir del 21 de septiembre de 2007 y con una fecha de reiniciación estimada para el 11 de octubre de 2007, lapso dentro del cual las partes estudiarán la decisión más conveniente para el logro de los cometidos estatales, en donde la comunidad sufra el menor impacto posible y se puedan evitar mayores costos para la entidad. Debido a que se trata de un contrato con participación de dineros del Banco Mundial, es indispensable que la toma de decisiones se haga con el consenso de esta entidad, máxima si se tiene en cuenta que se está tramitando una prórroga al convenio suscrito entre el Distrito y dicha organización. (...)

OBSERVACIONES

El contratista se compromete durante este periodo a mantener las obras perfectamente señalizadas, demarcadas y tomar todas las medidas de seguridad pertinentes. Igualmente renuncia expresamente a reclamar judicial o extrajudicialmente por cualquier concepto, entre otros y sin que se limite a éstos: mayores costos generados por: lucro cesante y/o daño emergente, desequilibrio económico por interrupción de secuencia constructiva, desequilibrio económico por Stand By de equipos y maquinaria, desequilibrio económico por disponibilidad de personal, equipos y maquinaria, desequilibrio económico por mayor cantidad de desplazamientos y/o transporte de maquinaria, equipos o personal y desequilibrio económico por mayor permanencia y disposición de la infraestructura propia de la empresa, toda vez que el contratista es enteramente libre para disponer de los recursos asignados al contrato.

- 1.13. Prórroga 2 del contrato de obra 164 de 2005, suscrito el 12 de octubre de 2007 por el contratista y el IDU (fl. 123 – 126, c. ppal 1)

(...) **7)** Para las partes y para la interventoría del contrato, ejercida por la sociedad Restrepo y Uribe LTDA., es claro que al finiquitar el plazo estipulado para la terminación de las obras, no se alcanzará a finalizar la totalidad de ellas por diferentes razones que cada una de las partes, así como interventoría han manifestado, lo que condujo a que el representante legal de CICON S.A. solicitará que "... se conceda el plazo que realmente requiere el contrato, es decir cinco meses para la terminación de las obras" y reitera el compromiso de dicha sociedad para con el proyecto (...) **PRIMERA.- PLAZO:** Prorrogar en cinco (5) meses el plazo pactado en el contrato 164 de 2005, para la ejecución y entrega de las obras necesarias para el cumplimiento cabal de dicho contrato.

- 1.14. Reclamación hecha el 7 de diciembre de 2007, por el apoderado de CICON S.A. al IDU, con el fin de que se restableciera el equilibrio económico de, entre otros, el contrato de obra 164 de 2005 (fl. 280 – 390, c. 3):

(...) en mi condición de apoderado de CICON S.A. (...) me permito acudir ante esa entidad (...) con el fin de solicitarle reconozca y pague a título de restablecimiento de la ecuación económica contractual a CICON S.A., todos y cada uno de los sobrecostos en que éste incurrió, con ocasión de los

hechos imprevistos y ajenos a éste ocurridos durante la ejecución de los contratos, con lo cual se rompió la ecuación económica involucrada en estos contratos.

Para tal efecto expongo a continuación los argumentos de carácter fáctico, técnico, jurídico y económico que fundamentan la presente reclamación.

Hechos relacionados con la no iniciación oportuna de la obra (...)

Hechos relacionados con el no pago el componente global de los costos de manejo de tráfico, señalización y desvíos (...)

Hechos relacionados con el no pago del componente global ambiental y de gestión social (...)

Hechos relacionados con los sobrecostos por mayor permanencia de la obra (...)

Hechos relacionados con los sobrecostos por transporte (...)

Hechos relacionados con los sobrecostos derivados del incremento en el precio del contrato y del pavimento (...)

Hechos relacionados con el sobrecosto originado en los materiales de base y subbase granular (...)

Hechos relacionados con los ajustes de precios (...)

- 1.15.** Respuesta a la petición de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, dada por el IDU a CICON S.A. el 5 de marzo de 2008, en la que se negó dicha solicitud (fl. 301 – 473, c. 3)
- 1.16.** Documento mediante el cual el apoderado de CICON S.A. solicitó al IDU la reconsideración de la decisión de negar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato (fl. 474 – 578, c. 3).
- 1.17.** Respuesta a la petición de reconsideración elevada por el apoderado de CICON S.A., realizada el 27 de enero de 2009 por el IDU, en la que confirmó su decisión inicial de no acceder a la solicitud de restablecimiento económico del contrato (fl. 108 – 167, c. 4)
- 1.18.** Sentencia proferida por el Juzgado 36 Administrativo de Oralidad de Bogotá, el 21 de agosto de 2012, ejecutoriada el 12 de septiembre de 2012, en el proceso 2009-00326, mediante la cual se negaron la totalidad de pretensiones impetradas por CICON S.A. contra el IDU, consistentes en (fl. 417 – 491, c. ppal 1):
 - *Declarar la nulidad de la Resolución No. 5373 de 22 de diciembre de 2008, expedida por el Director Técnico de Malla Vial del IDU, por medio de la cual se declaró el incumplimiento contractual de CICON S.A., respecto de sus obligaciones relacionadas con el cierre social, incurriendo en causal de multa o penalidad, se ordenó la publicación del acto en un medio de comunicación de amplia circulación, en el diario oficial y su comunicación a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde se encontrara inscrita la sociedad.*
 - *Declarar la nulidad de la Resolución No. 1838 del 9 de junio de 2009, expedida por el Director Técnico de Mantenimiento del IDU, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos, confirmando en todas sus partes la Resolución No. 5373 de 2008.*
 - *Condenar a título de restablecimiento del derecho a la entidad demandada al pago de la totalidad de los perjuicios ocasionados, en cuantía de*

\$50.600.000, correspondientes al valor de la multa impuesta en \$30.600.000, así como a la pérdida financiera por no recibir los pagos de las actas o facturas presentadas estimados en \$10.000.000, la afectación de la empresa en los procesos de selección en cuantía de \$10.000.000 y la afectación al buen nombre de la empresa por la inscripción de la multa en la Procuraduría y en el registro de la Cámara de Comercio.

- Ordenar a la demandada cumplir la sentencia en los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

- Condenar a la parte demandada en costas procesales.

- 1.19.** Testimonio de Anibal Enrique Ojeda Carriazo, ingeniero civil, quien se desempeñó como gerente técnico de CICON S.A. (fl. 1 – 4, c- 6)
- 1.20.** Testimonio de Carlos Alfonso Avendaño Cruz, ingeniero industrial especializado en gerencia de proyectos, quien era empleado de CICON S.A. (fl. 5 – 7, c. 6)
- 1.21.** Testimonio de Salomon Niño Ortiz, ingeniero civil, quien era empleado de CICON S.A. (fl. 9 – 10, c. 6)
- 1.22.** Dictamen pericial rendido por el ingeniero civil especialista en vías, Juan Antonio Carrillo Moncada, que respondió a las preguntas formuladas por la apoderada de la parte actora, de las cuales vale la pena resaltar (c. 7):

4. Se servirá explicar el perito, los efectos que tiene para la ejecución de los procesos constructivos y para la ejecución financiera de un contrato de obra sin ajustes, la suscripción tardía del acta de inicio.

RESPUESTA: *Para la ejecución de los procesos constructivos, la suscripción tardía del acta de inicio no representa ninguna incidencia, por cuanto el proceso constructivo como tal, hace parte de una metodología técnica de trabajo que no tiene porque depender del momento en que se inicien los mismos, en otros términos, el inicio tardío no representa justificación para que el constructor no desarrolle sus procesos constructivos adecuadamente, sobre todo teniendo en cuenta que para tal fin demostró una capacidad técnica suficiente.*

Para los efectos financieros, la firma tardía del acta de inicio, podría estar determinando el paso de una vigencia a otra, lo que podría afectar el desarrollo económico del contrato. Tema que se sugiere sea de la valoración del perito financiero.

5. Se servirá indicar, de conformidad con lo establecido en los documentos contractuales, los costos adicionales en que incurrió CICON S.A. por el no inicio oportuno de las obras, teniendo en cuenta los costos de administración, equipos, personal e insumos. Igualmente, se servirá indicar cuál fue la rentabilidad mínima esperada por CICON S.A., en relación con los recursos que no fueron entregados a tiempo.

RESPUESTA: *Se entiende que contractualmente con la firma del acta de inicio el 24 de agosto de 2006, comienza la ejecución del contrato de obra, fecha a partir de la cual, el contratista inicia a incurrir en costos de personal, equipo e insumos propios del contrato, por lo tanto, no es claro lo que considera la pregunta como costos adicionales con soportes en documentos contractuales, ya que no es lógico que un contratista inicie actividades de obra e incurra en estos gastos antes de la firma del acta de inicio.*

6. Se servirá explicar el perito, el impacto que tuvo para la obra y para la

ejecución financiera del contrato IDU-BM-164-05, la falta de definición y precisión en el alcance de las obras hidráulicas por parte del IDU.

RESPUESTA: (...) En la parte financiera, las obras adicionales de alcantarillado no contempladas en el alcance inicial, generaron un desbalance financiero en relación con las metas físicas originales pero es importante mencionar que el desbalance inicial originado por las mayores cantidades, no afectó los recursos presupuestales del contrato, ya que así como se dieron cantidades adicionales, también se presentó disminución de meta física lo que compensó el balance financiero.

7. Se servirá explicar el perito, de acuerdo con la documentación allegada al proceso, así como de la información puesta a disposición del perito por las partes, cuáles fueron las implicaciones que tuvo para el contrato construir alcantarillado y en qué aspectos afectó el contrato.

RESPUESTA: Las condiciones contractuales, incluían dentro de sus actividades la construcción de redes de servicio público originalmente, entre ellas obras de alcantarillado, esto se puede verificar en los diseños originales generados por el contrato de consultoría No. IDU-297-2003.

La necesidad de construir redes de alcantarillado adicionales, como se ha dicho, se evidenció en la etapa de pre-construcción a partir de la investigación de las redes de servicio público existentes realizada por el contratista, en donde se estableció las diferencias entre las redes indicadas en los planos de las entidades de servicios públicos y lo realmente existente en terreno, situación que conllevó al IDU y la interventoría del contrato, a autorizar al contratista para adelantar un programa de inspección con CCTV y replanteo de redes, con el fin de evaluar el estado real de las mismas y definir el alcance de las intervenciones.

Lo anterior implicó lo siguiente:

1. Generar un otrosí al contrato de obra, para ajustar y legalizar las condiciones reales de ejecución del contrato, el cual se justificó con la inspección de redes de alcantarillado en la etapa de pre-construcción.

2. Prorrogar el contrato (Prorroga No. 1), la cual se argumentó y sustentó en los tiempos adicionales generados por la inspección de redes con cámara de televisión, la cual no estaba prevista en las condiciones iniciales del contrato (...)

3. Construir obras adicionales, las cuales el contrato tuvo que asumir una vez que la inspección con cámara de televisión determinó la necesidad de renovación de una importante cantidad de redes de alcantarillado.

4. Reprogramar el contrato de obra conforme a la prórroga No. 1.

(...) **9. Se servirá indicar, de las obras ejecutadas por CICON S.A. cuáles de ellas no se encontraban previstas en el contrato.** **RESPUESTA:** A continuación, me permito relacionar las obras ejecutadas por CICON S.A., las cuales no estaban previstas en el contrato inicial (...)

10. Se servirá explicar el perito, de conformidad con el desarrollo del contrato, qué implicaciones tuvieron en el cronograma de obra y en la ejecución financiera del contrato IDU-BM-164-05, las cantidades adicionales de obra y las obras no previstas. **RESPUESTA:** De acuerdo con la información allegada por las partes, se pudo establecer que la obras adicionales y las obras no previstas, compensaron la ejecución de meta física excluida, de tal manera que el presupuesto inicial del contrato de obra se mantuvo constante.

Sin embargo, es importante mencionar que las cantidades adicionales y

obras no previstas, si generaron demoras y tiempo adicional que afectó la programación inicial del contrato de obra, por lo que la interventoría y el IDU, aceptaron la solicitud del contratista, argumentada en las obras no previstas que generaron la necesidad de un primera prórroga de tres (3) meses y la modificación del contrato con un otrosí, para ajustar las nuevas condiciones del contrato.

11. Se servirá indicar el perito, si los diseños de pavimento entregados por el IDU, se encontraban conformes con las condiciones del suelo y con las calidades exigidas en el contrato. En caso de no encontrarlos conformes, indicará qué diferencias presentaron dichos diseños con la estructura constituida por CICON S.A. y como dicha circunstancia afectó el cronograma del contrato. RESPUESTA: De acuerdo con la revisión realizada a los estudios de pavimento suministrados por el IDU correspondientes al contrato de consultoría IDU-297-2003, se pudo establecer que se encontraban conformes con las condiciones del suelo y con las calidades exigidas en el contrato, cabe resaltar lo que afirma la interventoría en su informe final tomo IA página 92, **“conjuntamente entre interventoría y contratista, se logró establecer que los diseños de la estructura de pavimento suministrados por el IDU al inicio del contrato, cumple con los parámetros y condiciones para los cuales fueron diseñados”.** (...)

12. Se servirá explicar el perito, si durante el periodo de prórroga del plazo del contrato se continuó con la ejecución de los planes de manejo de tránsito, señalización y desvíos y si estos le generaron costos adicionales a CICON S.A. RESPUESTA: Dentro de los documentos aportados al perito por las partes, no se encuentran soporte que permita definir si el contratista continuó con la ejecución de los planes de manejo de tránsito, señalización y desvíos durante los periodos de prórroga del plazo del contrato y por lo tanto no es posible determinar si estos le generaron costos adicionales al contratista (...)

13. Se servirá explicar el perito, si durante los periodos de las prórrogas del plazo del contrato, se continuó con la ejecución de los planes de gestión social y ambiental y si estos le generaron costos adicionales a CICON S.A. RESPUESTA: Dentro de los documentos aportados al perito por las partes, no se encuentran soporte que permitan definir si el contratista continuó con la ejecución de los planes de gestión social y ambiental durante los periodos de prórroga del plazo del contrato y por lo tanto no es posible determinar si estos le generaron costos adicionales al contratista, (...)

14. Se servirá explicar el perito de qué manera afectó a la obra y a CICON S.A. la circunstancia de no disponer de la totalidad de las áreas de trabajo establecidos en el contrato para la construcción y rehabilitación de vías. RESPUESTA: En la información suministrada por las partes, no se encuentra evidencia de áreas no entregadas a tiempo para la construcción y rehabilitación de vías, las cuales hayan afectado la ejecución e intervención de obras en el contrato. (...)

17. Se servirá explicar el perito, qué incidencia tienen para los ingresos esperados de un contratista de obra la reducción de la meta física de un contrato. RESPUESTA: La incidencia que tiene la no ejecución de meta física esperada en el contrato, es la reducción de los ingresos esperados del cumplimiento de esa meta física no específica. Disminución de meta física que para efectos del contrato IDU-BM-164-2005, no generó disminución de los ingresos esperados por cuanto se dieron obras adicionales que mantuvieron las condiciones financieras del mismo. (...)

19. Se servirá determinar los mayores costos en que incurrió CICON S.A. por concepto de transporte de materiales ocasionado por restricciones al tránsito vehicular. RESPUESTA: De acuerdo a la información evaluada, es importante mencionar que las restricciones de tránsito para los vehículos de carga en general se encontraban vigentes (Decreto 112 de 1994) durante el proceso de la licitación del contrato, adicional a esto, la restricción del pico y placa ambiental (Decreto 174 de 2006), no es de carácter general ya que solo aplica en ciertas localidades, diferentes a las de los frentes de obra. (...)

23. Se servirá determinar si el porcentaje consagrado en el contrato relativo al concepto de imprevistos incluido dentro del AIU, fue suficiente para cubrir los hechos imprevistos ocurridos durante la ejecución del contrato. RESPUESTA: Se debe destacar que el porcentaje de imprevistos no está relacionado con obras no previstas, las obras no previstas se pagan a precio unitario según las cantidades de obras ejecutadas, lo que es evidente que sucedió en la ejecución del contrato. (...) Otro aspectos que se debe destacar es que el AIU del 32% es un valor bastante generoso porque en otras entidades del Estado, este valor fluctúa entre el 25% y el 30%.

Aclaración del dictamen. Este dictamen fue objeto de aclaración.

- 1.23.** Dictamen pericial rendido por el profesional Ramón Alfredo Corrales Marín, que respondió a las preguntas formuladas por la apoderada de la parte actora, de las cuales vale la pena resaltar (c. 8):

1. Se servirá establecer el perito, cuál fue el valor final del contrato IDU-BM-164-2005 y, precisará la cantidad de prórrogas y/o adiciones en tiempo y en valor que se sucedieron durante la ejecución del mismo. RESPUESTA: Para dar respuesta a esta pregunta se revisaron los documentos contractuales correspondientes al contrato IDU-BM-164-2005 y se estableció que el valor final del contrato corresponde a \$5.346.671.167 como se indica en el siguiente cuadro:

Acta de inicio		24 de agosto de 2006
Fecha de terminación		21 de abril de 2007
Valor del contrato		\$ 5.346'671.167
Preconstrucción	\$ 35.000.000	
Obras de construcción	\$	
Valor obra precios unitarios	\$	
AIU 32%	\$	
Ambiental y gestión social	\$ 85.000.000	
Valor global costos manejo de tráfico, señalización y desvíos	\$ 150.000.000	
Vr. Fondo de compensación	\$ 170.141.710	

Así mismo, se estableció que el número de prórrogas para este contrato corresponde a 2 adiciones y 1 suspensión como se indica en el siguiente cuadro resumen:

Contrato 164 de 2005	Fechas	Tiempo
Fecha del contrato	28 de diciembre de	
Plazo de ejecución	10 meses	
Preconstrucción	1 mes	
Construcción	8 meses	

<i>Entrega</i>	<i>1 mes</i>	
<i>Prórrogas</i>		
<i>Adicional 1</i>	<i>24 de mayo de 2007</i>	<i>90 días</i>
<i>Adicional 2</i>	<i>12 de octubre de</i>	<i>150 días</i>
<i>Suspensión</i>	<i>21 de septiembre de</i>	<i>20 días</i>
<i>Reiniciación</i>	<i>11 de octubre de</i>	
<i>Total prórrogas y</i>	<i>8,67</i>	<i>260 días</i>

Aclaración del dictamen pericial.

En la aclaración del dictamen, el perito señaló que para dar respuesta a las diferentes preguntas del cuestionario recurrió a examinar tanto los documentos que se encuentran en el expediente, como los que reposan en la contabilidad del contratista, esto es, información financiera y contable de CICON S.A.

Objeción por error grave.

La apoderada del IDU objetó por error grave el dictamen pericial financiero, en atención a que el perito para rendir su experticia solamente tuvo en cuenta la información contable y financiera de CICON S.A., pero no tuvo en cuenta, ni hizo comparación de éstos con los pliegos de condiciones y datos contractuales

Asimismo, resaltó que el dictamen no tuvo en cuenta la totalidad de los documentos que hacen parte del contrato 164 de 2005, sin los cuales era imposible rendir un experticio objetivo y completo.

Sobre el particular, aclara la Sala que la objeción realizada al dictamen financiero se resolverá en el caso concreto, en caso de ser necesario.

2.- Precisiones previas.

En el presente asunto la parte actora pretende que se declare el incumplimiento del IDU en la ejecución del contrato 164 de 2005, se declare el desequilibrio económico de dicho contrato y se liquide judicialmente el mismo.

Como ya se dijo anteriormente, dado que operó el fenómeno de la caducidad de la acción frente a la pretensión de declarar el incumplimiento del IDU por no haber entregado los diseños necesarios para ejecutar el contrato, el día en el que se suscribió el acta de inicio, la Sala sólo estudiará lo relacionado con la pretensión de declarar el desequilibrio económico del contrato y la liquidación judicial.

Como fundamento de tales pretensiones, se indicó en la demanda que el 28 de diciembre de 2005, el IDU y CICON S.A. suscribieron el contrato 164 de 2005, que inicialmente tenía un plazo de ejecución de 10 meses y un valor de \$5.346'671.167. Aunque el contrato se celebró el 28 de diciembre de 2005, solo hasta el 24 de agosto de 2006 se firmó el acta de inicio, el 24 de mayo de 2007 se firmó el contrato adicional No. 1 mediante el cual se prorrogó el plazo de ejecución 3 meses; el 21 de junio de 2007 se suscribió el otrosí No. 1, en el que se modificó el objeto contractual excluyendo algunas de las vías inicialmente contratadas; el 12 de octubre de 2007 se celebró el contrato adicional No. 2, en el que se previó un plazo adicional de 5 meses para la ejecución de la obra. Finalmente, el plazo de ejecución del contrato terminó el 15 de marzo de 2008.

En razón a que desde antes de suscribir el acta de inicio y durante la ejecución del contrato se presentaron hechos imprevistos y ajenos a CICON S.A. e imputables

en ocasiones al IDU o a terceros, los cuales generaron retrasos en el cronograma de obra y mayores costos que no le fueron reconocidos por el IDU, así como la ejecución de obras no contempladas dentro del objeto contractual, CICON S.A. presentó reclamación para el restablecimiento del equilibrio contractual ante el IDU, la cual le fue negada.

Los hechos que generaron mayores costos a CICON S.A. tienen que ver con la no iniciación oportuna de la obra, en razón de las múltiples deficiencias de los estudios y diseños entregados por el IDU, así como la entrega inoportuna de los mismos. De igual manera, tuvieron relación con problemas en las redes de servicios públicos, que dieron lugar a la ejecución de obras no contempladas dentro del alcance del contrato, así como en hechos imprevistos como la anormal temporada de lluvias ocurrida durante el periodo de ejecución del contrato y al incremento desmesurado de algunos de los insumos utilizados. Todas estas situaciones dieron lugar a mayor permanencia en la obra y a sobrecostos que deben serle reconocidos por el IDU.

Finalmente, considera la Sala importante precisar que dado que a partir de la solicitud que el demandante hizo a la entidad para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se generó un acto administrativo, mediante el cual el IDU negó tal petición, debió haberse demandado el mismo, a través del medio de control de controversias contractuales.

3.- Análisis probatorio.

De acuerdo con lo anterior, la Sala procederá a estudiar si a partir de los elementos materiales probatorios que obran en el expediente, se puede advertir de manera clara y precisa los requisitos para que proceda la declaratoria de desequilibrio económico del contrato, frente a cada una de las causales alegadas por el contratista en la demanda, así:

➤ Mora en el inicio de la ejecución del contrato.

a. Incumplimiento en la entrega total de los diseños, estudios y planos de la obra.

Aunque el demandante aseguró que el IDU no hizo entrega total de los diseños, estudios y planos de la obra una vez suscribió el contrato, lo cierto es que dichos documentos hacían parte integral del pliego de condiciones (1.1), por lo que incluso antes de suscribirse el correspondiente contrato, el contratista tuvo acceso a estos y pudo haber presentado las observaciones correspondientes en la etapa precontractual. Por ello mismo, es que en el acápite “5. Especificaciones técnicas”, se estableció que “a partir de la fecha de iniciación del contrato, el contratista tendrá un plazo de ocho (8) días calendario para revisar y evaluar los estudios y diseños presentados por el IDU”.

Asimismo, conviene resaltar que en el mismo acápite del pliego de condiciones se estableció que las observaciones que el contratista hiciera a los estudios y diseños presentados por el IDU, serían estudiados por la interventoría y que el contratista debía hacer los ajustes necesarios para garantizar el cumplimiento de los resultados, ajustes que debían ser aprobados por el IDU y que en ningún caso podían generar costos adicionales. Expresamente se dijo en el pliego de condiciones (1.1):

Las observaciones a los estudios y diseños del IDU presentados por el

contratista de obra se estudiarán por el interventor y el contratista de obra hará los ajustes necesarios para garantizar el cumplimiento de los resultados, los cuales debe presentar al IDU. Sin embargo, se aclara que cualquier cambio debe mantener el balance económico original del contrato, es decir que dichos cambios no generarán costos adicionales injustificados al proyecto. (...)

Por último, dado que el acta de inicio del contrato de obra 164 de 2005 se suscribió el 24 de agosto de 2006 (1.7) y el contratista entregó a la interventoría el informe de preconstrucción del contrato de obra, revisión de los estudios y diseños el 31 de agosto de 2006 (1.8); no encuentra probado la Sala, la afirmación hecha por el contratista relacionada con que el IDU incumplió con la obligación de entregar los diseños. Si el IDU no hubiera hecho entrega de los diseños y planos correspondientes, el contratista no habría podido hacer las correspondientes observaciones y presentar el informe que entregó a la interventoría el 31 de agosto de 2006.

Sobre el particular es importante resaltar que no se acreditó haber hecho observación alguna en el proceso precontractual o que ello hubiera sido motivo de recursos en el proceso de licitación. En cambio, en la sección 6° del mencionado pliego de condiciones (1.1) si aparece el listado de los planos y diseños que se entregaban con el pliego.

Únicamente se acreditó que se encontraban pendientes por entregar los diseños geométricos y estructurales de la obra de contención del caño Limas, establecidos para la zona 3 grupo 2 (Villas del Diamante) (1.9), sin embargo, frente a tales diseños no se acreditó el desequilibrio económico del contrato ni mucho menos se probó el requisito de oportunidad, esto es, que el contratista hubiera solicitado al IDU la adopción de las medidas correspondientes a fin de corregir la alteración económica que ello hubiera podido generar.

De acuerdo con lo anterior, no procede la declaratoria de desequilibrio económico del contrato por la mora en la entrega de diseños y estudios.

b. Costos por disponibilidad de personal, recursos y equipos durante el periodo transcurrido entre la firma del contrato y el acta de inicio.

En cuanto al argumento expuesto por el contratista en la demanda, consistente en que durante los 8 meses que transcurrieron entre la suscripción del contrato y el acta de inicio, CICON S.A. tuvo disponible el personal, los recursos y equipos necesarios para llevar a cabo las actividades propias del contrato, cuyo costo no fue reconocido por el IDU, encuentra la Sala que, tal y como se dijo en el pliego de condiciones (1.1), el personal, maquinaria y demás recursos necesarios para ejecutar el contrato no debían tenerse disponibles para la fecha de suscripción del contrato sino para el momento en que se suscribiera la correspondiente acta de inicio.

Aunado a lo anterior, observa la Sala que en comunicación del 3 de mayo de 2006, presentado por CICON S.A. al IDU, solicitó tener una reunión a fin de determinar las razones por las que no se había suscrito el acta de inicio, toda vez que el personal contractualmente exigido para el desarrollo del contrato y que la empresa tenía destinado para tal fin les había manifestado que en vista de la demora en la suscripción del acta de inicio del contrato no podían sostener su compromiso de trabajar con CICON S.A. y habían decidido irse a trabajar en otros proyectos. (1.5) Tal afirmación hecha por el mismo contratista únicamente deja entrever que éste no incurrió en gastos antes del inicio de ejecución del contrato.

En línea con este análisis se encuentra el dictamen pericial rendido por el ingeniero civil especialista en vías (1.22), quien a la pregunta “Se servirá explicar el perito, los efectos que tiene para la ejecución de los procesos constructivos y para la ejecución financiera de un contrato de obra sin ajustes, la suscripción tardía del acta de inicio”, respondió:

Para la ejecución de los procesos constructivos, la suscripción tardía del acta de inicio no representa ninguna incidencia, por cuanto el proceso constructivo como tal, hace parte de una metodología técnica de trabajo que no tiene por qué depender del momento en que se inicien los mismos, en otros términos, el inicio tardío no representa justificación para que el constructor no desarrolle sus procesos constructivos adecuadamente, sobre todo teniendo en cuenta que para tal fin demostró una capacidad técnica suficiente.

Para los efectos financieros, la firma tardía del acta de inicio, podría estar determinando el paso de una vigencia a otra, lo que podría afectar el desarrollo económico del contrato. Tema que se sugiere sea de la valoración del perito financiero.

Finalmente, a la pregunta “Se servirá indicar, de conformidad con lo establecido en los documentos contractuales, los costos adicionales en que incurrió CICON S.A. por el no inicio oportuno de las obras, teniendo en cuenta los costos de administración, equipos, personal e insumos. Igualmente, se servirá indicar cuál fue la rentabilidad mínima esperada por CICON S.A., en relación con los recursos que no fueron entregados a tiempo”, respondió:

Se entiende que contractualmente con la firma del acta de inicio el 24 de agosto de 2006, comienza la ejecución del contrato de obra, fecha a partir de la cual, el contratista inicia a incurrir en costos de personal, equipo e insumos propios del contrato, por lo tanto, no es claro lo que considera la pregunta como costos adicionales con soportes en documentos contractuales, ya que no es lógico que un contratista inicie actividades de obra e incurra en estos gastos antes de la firma del acta de inicio.

De acuerdo con lo expuesto, no procede la declaratoria de desequilibrio económico del contrato por los gastos en los que incurrió el contratista por tener personal, maquinaria y recursos disponibles en el periodo comprendido entre la firma del contrato y la firma del acta de inicio del contrato, pues no se probó en el proceso dichos gastos.

c. Contratación de profesionales especializados para ajustar los planos y diseños entregados por el IDU.

Respecto al argumento expuesto en la demanda consistente en que, dado que los estudios entregados por el IDU presentaban falencias, CICON S.A. se vio en la necesidad de contratar profesionales especializados, así como también los ensayos de laboratorio y demás verificaciones correspondientes, lo cual hizo incurrir a CICON S.A. en costos no contemplados en el contrato y no reconocidos por el IDU, considera importante la Sala precisar que, conforme a los elementos materiales probatorios que obran en el proceso, es posible advertir que, en primer lugar, desde el mismo pliego de condiciones se sugirió a los proponentes, bajo su responsabilidad y a su propio riesgo, visitar e inspeccionar la zona de obras y sus

alrededores y obtener por sí mismo toda la información que pudiera ser necesaria a fin de preparar la oferta y celebrar el contrato para la construcción de las obras. (1.1)

En segundo lugar, en el mismo pliego de condiciones se estableció que las observaciones a los estudios y diseños del IDU presentados por el contratista de obra se estudiarían por el interventor y el contratista de obra tendría la obligación de hacer los ajustes necesarios para garantizar el cumplimiento de los resultados, los cuales debía presentar al IDU.

En el mismo pliego de condiciones se estableció que cualquier cambio debía mantener el balance económico original del contrato, es decir que dichos cambios no podían generar costos adicionales.

Asimismo, en el mismo pliego de condiciones se estableció que los estudios y diseños para la ejecución de las obras de construcción podían (i) ser los mismos que el IDU puso a disposición de los proponentes durante el pedido de propuestas; (ii) consistir en la adaptación y/o modificación, por parte del contratista de obra, de los estudios y diseños que el IDU puso a disposición de los proponentes durante el pedido de propuestas; (iii) ser estudios y diseños propios del contratista de obra; o (iv) la combinación de cualquiera de las anteriores.

Lo propio se pactó en lo relacionado con los estudios y diseños de las obras para redes. Expresamente se dijo:

*(...) el IDU entregará al contratista los estudios y diseños aprobados y autorizados por las empresas de servicios públicos. **El contratista podrá durante esta etapa de pre-construcción, adoptarlos, adecuarlos, modificarlos o adaptarlos, pero cualquier cambio en los mismos deberá previamente a su implementación durante la etapa de construcción, ser autorizado de manera expresa por parte de la interventoría y de la empresa de servicios públicos correspondiente, siguiendo los procedimientos descritos en el apéndice C del contrato de obra.***

*Aunque el interventor tiene la obligación frente al IDU de analizar los estudios y diseños iniciales y advertir y comunicar al constructor, antes del inicio de la etapa de construcción, cualquier inconsistencia entre dichos estudios y diseños y la posibilidad de obtener los resultados requeridos en este contrato, en especial en las especificaciones particulares de construcción y parámetros de diseño, esta comunicación del interventor o su silencio, no se entenderá como aprobación o desaprobación de los estudios y diseños entregados y no servirá de excusa al contratista para el no cumplimiento de los resultados requeridos en dichas especificaciones particulares de construcción y parámetros de diseño, o para el no cumplimiento de cualquier otra de sus obligaciones bajo este contrato. **En consecuencia, el contratista de obra deberá adecuar y/o modificar en cualquier momento los estudios y diseños de detalle presentados, a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de obtener los resultados previstos en el presente contrato.** En todo caso, estas adecuaciones y/o modificaciones deberán ser revisadas y aprobadas por el interventor, quién deberá informar al IDU y entregarle los documentos técnicos que correspondan.*

Las adecuaciones y/o modificaciones que haga el contratista de obra durante la etapa de construcción, serán a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de garantizar la obtención de los resultados exigidos en el contrato, considerando que el contratista de obra y el interventor mantienen siempre la obligación de entregar las obras de construcción y las obras para redes en los términos y condiciones establecidos en el contrato, especialmente en los que a los resultados señalados en las especificaciones particulares de construcción y parámetros de diseño y en lo que a las especificaciones de redes de servicios públicos se refiere.

En el evento en que durante la ejecución del contrato sea necesario realizar modificaciones en obra que implique soluciones de diseño, las mismas estarán a cargo del contratista de obra, las cuales deberán ser revisadas y aprobadas por parte del interventor y no generarán costos adicionales para el IDU. (...)

En todo caso, la objeción a los diseños por parte del constructor debe estar motivado, por sustento técnico probatorio de la inviabilidad de ejecución de los mismos ante una potencial afectación sobre la funcionalidad y propósito de las obras.

Al respecto, conviene recordar que el pliego de condiciones se erige como uno de los conjuntos normativos que rige las licitaciones públicas, al cual están sometidos tanto las entidades estatales como los proponentes y, consecuentemente, el contratista o proponente adjudicatario.

Así las cosas, en el presente asunto desde el mismo pliego de condiciones se estableció como una obligación del contratista realizar los ajustes necesarios a los diseños entregados por el IDU, con el fin de ejecutar en debida forma el contrato de obra, por lo que no es procedente reclamar un desequilibrio económico del contrato por gastos que desde el mismo pliego de condiciones estaban a cargo del contratista. Sobre el particular, es importante señalar que no se demostró haber presentado observación alguna a tal condición establecida en el pliego. Tampoco se acreditó haber cumplido con el requisito de oportunidad, esto es, haber solicitado a la entidad contratante la adopción de las medidas necesarias para restablecer la ecuación financiera del contrato, por lo que no prosperara la pretensión de equilibrio económico del contrato, respecto a este argumento.

Así las cosas, no procede la declaratoria de desequilibrio económico del contrato por los gastos en los que incurrió el contratista al tener que contratar personal para ajustar los diseños entregados por el IDU, pues desde el mismo pliego de condiciones se contempló tal labor como una de las obligaciones del contratista, frente a lo cual no se formuló reparo alguno en la etapa precontractual, ni contractual; incumpliendo así con el requisito de oportunidad. Declarar otra cosa en esta instancia sería desconocer el principio de buena fe que debe regir en los contratos estatales.

d. Pérdida de descuentos financieros por pronto pago o pago anticipado a proveedores.

Respecto al argumento expuesto por el contratista en la demanda, consistente en que la mora en el inicio de la ejecución del contrato, que a su vez implicó la mora en el desembolso del anticipo que debía entregar el IDU, generó que CICON S.A. perdiera los descuentos financieros por pronto pago o pago anticipado que había conseguido con los diferentes proveedores, lo cual se tradujo en mayores costos

en la obra al momento de comprarlas; debe precisar la Sala que tal circunstancia no se probó, ni siquiera se acreditó haberle puesto de presente tal situación a la entidad contratante.

Por incumplir con la carga de la prueba, encuentra la Sala que no procede la declaratoria de desequilibrio económico del contrato por la pérdida de descuentos financieros por pronto pago o pago anticipado a proveedores por mora en el desembolso del anticipo que el IDU debía entregar, dado que ello no se probó en el presente proceso.

➤ **Extensión del plazo de ejecución del contrato de obra.**

En cuanto a los costos por (i) manejo de tráfico, señalización y desvíos; y (ii) ambiental y de gestión social, que se pactaron en el contrato para pagar como un valor global y que el contratista ahora reclama su reconocimiento por los 8 meses que fue prorrogado el plazo inicial de ejecución del contrato y los 20 días calendario que fue suspendido el mismo, debe advertir la Sala que tal pretensión no es procedente toda vez que no se cumple con el requisito de oportunidad para la declaratoria de desequilibrio económico del contrato por esta razón, dado que en el adicional No. 1 suscrito el 24 de mayo de 2007 (1.10), en el que se prorrogó el plazo de ejecución del contrato por 3 meses más, las partes establecieron expresamente que dicha prórroga no generaría costos adicionales para el IDU; esto es, el contratista no solo no solicitó a la entidad la adopción de las medidas necesarias para mantener la ecuación financiera del contrato, sino que, por el contrario, manifestó expresamente que dicha prórroga no generaba costos adicionales.

Lo propio ocurrió en el acta de suspensión suscrito el 21 de septiembre de 2007 (1.12), en el que el contratista renunció **expresamente** a reclamar judicial o extrajudicialmente por “cualquier concepto, entre otros y sin que se limite a éstos: mayores costos generados por: lucro cesante y/o daño emergente, desequilibrio económico por interrupción de secuencia constructiva, desequilibrio económico por Stand By de equipos y maquinaria, desequilibrio económico por disponibilidad de personal, equipos y maquinaria, desequilibrio económico por mayor cantidad de desplazamientos y/o transporte de maquinaria, equipos o personal y desequilibrio económico por mayor permanencia y disposición de la infraestructura propia de la empresa”.

Por su parte, en cuanto a la prórroga 2 realizada al contrato el 12 de octubre de 2007 por 5 meses (1.13), encuentra la Sala que dicha prórroga en el plazo de ejecución se hizo por expresa solicitud del contratista, toda vez que tanto la interventoría como el contratista era claro que “al finiquitar el plazo estipulado para la terminación de las obras, no se alcanzará a finalizar la totalidad de ellas”.

Así, concluye la Sala que no se cumple con los requisitos para que proceda la declaratoria de desequilibrio económico del contrato, dado que no se acreditó el elemento de la oportunidad, pues no solo no se demostró que se hubiera solicitado a la entidad en cada una de las prórrogas o suspensiones que restableciera la ecuación contractual, sino que o se renunció expresamente a tales reclamaciones, o la prórroga se hizo por expresa solicitud del contratista.

➤ **Sobrecostos por el incremento del precio del concreto y del pavimento.**

Por su parte, en cuanto a los sobrecostos que asegura el contratista se generaron por la variación imprevista y desmedida en el precio del concreto, advierte la Sala

que ello no se probó en el proceso, como tampoco se demostró que tal circunstancia se hubiera puesto en conocimiento de la entidad contratante, por lo que se negarán las pretensiones respecto a este argumento, por incumplir con la carga de la prueba que le imponía al demandante acreditar los supuestos de hecho que aseguró en la demanda.

➤ **Sobrecosto en materiales de base y de sub base granular.**

Respecto al argumento relacionado con que en los pliegos de condiciones se había previsto en la estructura de costos que los materiales de relleno serían extraídos de las canteras aledañas al proyecto, lo cual no pudo darse, debido a que la información suministrada por el IDU no era cierta. Los materiales producidos por las canteras indicadas por el IDU no cumplían con las especificaciones técnicas previstas en los pliegos; reitera la Sala que desde el pliego de condiciones (1.1) se sugirió al proponente bajo su responsabilidad y a su propio riesgo, visitar e inspeccionar la zona de obras y sus alrededores y obtener por sí mismo toda la información que pueda ser necesaria a fin de preparar la oferta y celebrar el contrato para la construcción de la obras.

Asimismo, no se acreditó en qué documento precontractual o contractual se obligaba al contratista a contratar los materiales de relleno en uno u otro lugar. Por el contrario, en el mismo pliego de condiciones, se señaló expresamente que las obras de construcción incluían entre otras, la actividad de construcción de subbases granulares y/o bases granulares y/o bases granulares estabilizadas y/o bases asfálticas; luego, desde la misma etapa precontractual el contratista tenía pleno conocimiento de las obligaciones a su cargo y, en consecuencia, de la necesidad de buscar los proveedores necesarios para cumplir en debida forma el mencionado contrato de obra. Adicionalmente, no se acreditó haber solicitado al IDU el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por esta razón, por lo que ni siquiera se cumple con el requisito de oportunidad antes mencionado.

Así las cosas, la Sala negará las pretensiones por el argumentó expuesto en la demanda relacionado con que en los pliegos de condiciones se había previsto en la estructura de costos que los materiales de relleno serían extraídos de las canteras aledañas al proyecto, lo cual no pudo darse, debido a que la información suministrada por el IDU no era cierta, pues ello no se probó en el proceso, como tampoco se demostró que el IDU hubiera obligado a contratar con determinada persona. Por el contrario, se acreditó que desde el mismo pliego de condiciones se sugirió a los proponentes visitar el lugar donde se llevarían a cabo las obras y sus alrededores, a fin de obtener por sí mismo toda la información necesaria para preparar la oferta y celebrar el contrato.

➤ **Mayores cantidades de obra ejecutadas.**

En cuanto a las mayores cantidades de obra ejecutada, debido a que se identificaron conexiones irregulares que obligaron a realizar obras adicionales, como la renovación de un tramo de alcantarillado pluvial y la construcción de 2 pozos adicionales; la inspección de todas las redes con cámara de televisión, la limpieza de las mismas con equipos de presión tipo vector, la construcción de redes de alcantarillado pluvial, la reubicación de algunas tuberías, construcción de colectores y construcción de cárcamos, muros de contención, entre otros; así como las obras para adecuar el alcantarillado pluvial zona 3 grupo 2; considera la Sala importante resaltar que en el otrosí 1 del contrato de obra 164 de 2005, suscrito el 21 de junio de 2007 (1.11), se modificó el alcance del objeto contractual, excluyendo 14 tramos viales que inicialmente estaban contemplados en la obra.

En línea con lo anterior, en el dictamen pericial rendido por el ingeniero civil especialista en vías (1.22), a la pregunta “se servirá explicar el perito, el impacto que tuvo para la obra y para la ejecución financiera del contrato IDU-BM-164-05, la falta de definición y precisión en el alcance de las obras hidráulicas por parte del IDU.”, respondió:

En la parte financiera, las obras adicionales de alcantarillado no contempladas en el alcance inicial, generaron un desbalance financiero en relación con las metas físicas originales pero es importante mencionar que el desbalance inicial originado por las mayores cantidades, no afectó los recursos presupuestales del contrato, ya que así como se dieron cantidades adicionales, también se presentó disminución de meta física lo que compensó el balance financiero.

Importante resaltar del dictamen pericial la respuesta a la pregunta “Se servirá explicar el perito, de conformidad con el desarrollo del contrato, qué implicaciones tuvieron en el cronograma de obra y en la ejecución financiera del contrato IDU-BM-164-05, las cantidades adicionales de obra y las obras no previstas”:

De acuerdo con la información allegada por las partes, se pudo establecer que las obras adicionales y las obras no previstas, compensaron la ejecución de meta física excluida, de tal manera que el presupuesto inicial del contrato de obra se mantuvo constante.

Ahora bien, específicamente en lo relacionado con las obras de alcantarillado, en el mismo dictamen pericial (1.22), al responder la pregunta “se servirá explicar el perito, de acuerdo con la documentación allegada al proceso, así como de la información puesta a disposición del perito por las partes, cuáles fueron las implicaciones que tuvo para el contrato construir alcantarillado y en qué aspectos afectó el contrato”; se dijo que la necesidad de construir redes de alcantarillado adicionales, se evidenció en la etapa de pre-construcción a partir de la investigación de las redes de servicio público existentes realizada por el contratista, en donde se estableció las diferencias entre las redes indicadas en los planos de las entidades de servicios públicos y lo realmente existente en terreno, situación que conllevó al IDU y la interventoría del contrato, a autorizar al contratista para adelantar un programa de inspección con CCTV y replanteo de redes, con el fin de evaluar el estado real de las mismas y definir el alcance de las intervenciones.

Lo anterior, según el dictamen pericial técnico, que no fue objetado, implicó:

1. Generar un otrosí al contrato de obra, para ajustar y legalizar las condiciones reales de ejecución del contrato, el cual se justificó con la inspección de redes de alcantarillado en la etapa de pre-construcción.
2. Prorrogar el contrato (Prorroga No. 1), la cual se argumentó y sustentó en los tiempos adicionales generados por la inspección de redes con cámara de televisión, la cual no estaba prevista en las condiciones iniciales del contrato.
3. Construir obras adicionales, las cuales el contrato tuvo que asumir una vez que la inspección con cámara de televisión determinó la necesidad de renovación de una importante cantidad de redes de alcantarillado.
4. Reprogramar el contrato de obra conforme a la prórroga No. 1.

Así las cosas, en caso de que se hubiera generado algún desbalance del contrato por la ejecución de obras de alcantarillado, el contratista debió solicitar a la entidad contratante el restablecimiento del equilibrio económico del contrato desde el momento en el que se advirtió la necesidad de construir dichas redes de alcantarillado adicionales, esto es, en la etapa de pre-construcción.

De acuerdo con lo anterior, dado que no se probó el cumplimiento de los requisitos para declarar el desequilibrio económico del contrato por mayores cantidades de obra ejecutadas, se negarán las pretensiones por este argumento, toda vez que conforme al dictamen pericial técnico, si bien se ejecutaron obras que no estaban contempladas inicialmente en el contrato, también es cierto que se excluyeron 14 obras que si estaban contempladas inicialmente. Sobre la ejecución de obras de alcantarillado, resalta la Sala que frente a tal situación no se cumplió con el requisito de oportunidad, dado que el contratista debió demostrar que solicitó al IDU el restablecimiento de la ecuación contractual en el momento en el que se advirtió la necesidad de ejecutar obras adicionales, esto es, en la etapa de pre construcción, situación que no se probó en el caso en concreto.

➤ **Mayor permanencia en la obra.**

En cuanto a la mayor permanencia en la obra, atendiendo al ancho de la vía, toda vez que para la renovación de las redes de alcantarillado (actividad no prevista en tal magnitud), el ancho de la vía impedía que el trabajo se realizara en dos calzadas, de tal manera que al efectuar la excavación, toda la maquinaria y el equipo debía ingresar y salir de la zona de trabajos por el mismo lugar, lo cual hizo imposible desarrollar las obras en varios frentes de trabajo al paralizar el libre tránsito en la zona, lo que a su vez se tradujo en bajos rendimientos, considera la Sala importante recordar que, conforme lo dispuesto en el pliego de condiciones (1.1), el plan de manejo de tráfico era responsabilidad del contratista. Asimismo, tal y como se ha señalado antes, desde el mismo pliego de condiciones se sugirió a los proponentes visitar la zona en la que se desarrollarían las obras, a fin de estructurar la oferta en debida forma y, por supuesto, hacer las observaciones a que hubiere lugar en la etapa precontractual.

En cuanto a la mayor permanencia en la obra, por las difíciles e imprevisibles condiciones topográficas de la zona donde se desarrollaba el contrato, como los estrechos corredores viales de hasta 5 metros de ancho que la conforman y las fuertes pendientes de hasta 24% que la caracterizan, lo que condujo a que se dificultara la operación de los equipos, con los bajos rendimientos consecuentes, así como los mayores costos de personal, maquinaria y equipos, reitera la Sala que a disposición del contratista estuvo desde la etapa precontractual la zona en la que se ejecutarían las obras, así como los planos y diseños correspondientes. En cuanto a las condiciones climáticas, no se acreditaron en el presente proceso, ni mucho menos se demostró el cumplimiento del requisito de oportunidad, relacionado con haber solicitado en su momento, al IDU, la adopción de las medidas necesarias para garantizar el equilibrio económico del contrato.

De acuerdo con lo anterior, se negarán las pretensiones de la demanda, por no haberse probado la alteración de la ecuación contractual, como consecuencia de la mayor permanencia en la obra. Sobre todo si se tiene en cuenta que tanto en la primera prorroga como en la suspensión, el contratista renunció expresamente a cualquier reclamación y aseguró que tales modificaciones no generaban costos adicionales al IDU.

➤ **Sobrecostos de transporte.**

Finalmente, en cuanto a los sobrecostos de transporte que alega generaron el Decreto No. 174 de 30 de mayo de 2006, en el que se implementó la restricción de vehículos de transporte de carga de más de 5 toneladas en toda la ciudad, entre las 6:30 y 10:00 a.m., lo cual produjo una disminución de 3 a 4 horas de la jornada laboral por la congestión presentada en la entrada en las canteras o escombreras

en las horas previas o posteriores a la aplicación de la medida; considera la Sala esencial tener en cuenta el concepto emitido por el perito experto, en el que se señaló (1.22) que las restricciones de tránsito para los vehículos de carga, en general, se encontraban vigentes desde el Decreto 112 de 1994, por lo que el contratista las conocía incluso antes de que se iniciara el presente proceso de licitación. Adicionalmente, es importante resaltar que la restricción del pico y placa ambiental implementada por el Decreto 174 de 2006, no fue de carácter general ya que solo aplicaba en ciertas localidades, diferentes a las de los frentes de obra (1.6).

Así las cosas, se negarán las pretensiones de la demanda, por no haberse probado el desequilibrio económico del contrato como consecuencia de los sobrecostos de transporte en los que supuestamente incurrió el contratista a propósito de la expedición del Decreto 174 de 2006, toda vez que dicha disposición normativa solo implemento medidas de restricción de tránsito vehicular en localidades diferentes a la zona en la que se ejecutaba la obra.

Finalmente, precisa la Sala que, en general no se cumplió con los requisitos necesarios para declarar el desequilibrio económico del contrato, pues no se demostró si quiera que hubieran ocurrido las circunstancias a las que el demandante le imputada la alteración de la ecuación financiera del contrato de obra, tampoco se acreditó haber presentado la solicitud de restablecimiento correspondiente en el momento en que ocurrieron los hechos que lo generaron, esto es, al momento de suscribir las suspensiones, adiciones, prórrogas, modificaciones, entre otros. Por el contrario, se acreditó que la correspondiente solicitud sólo se hizo hasta el 7 de diciembre de 2007 (1.14), momento en el que ya habían ocurrido todos los hechos de los que asegura el demandante se derivó el desequilibrio.

Asimismo, por lo anterior, encuentra la Sala que debe negar la pretensión de liquidación judicial del contrato de obra 164 de 2005, toda vez que no se acreditó existir sumas de dinero a favor de la entidad contratante o del contratista.

4.- Costas Procesales.

En atención a que el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contempla la condena en costas únicamente para la parte vencida en el proceso, considera la Sala que en el presente caso no procede tal condena y que se ejerció la acción de manera leal y razonable.

En mérito de lo expuesto, la Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar la caducidad de la pretensión primera de la demanda, consistente en declarar el incumplimiento del IDU en la ejecución del contrato IDU-BM-164-2005.

SEGUNDO: Negar las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE,

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado