



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia	25000-23-26-000-2008-00597-00
Sentencia	SC3-22093252
Acción	Controversias contractuales
Demandante	Cicon S.A.
Demandado	Instituto de Desarrollo Urbano – IDU
Tema	Requisitos para que proceda la declaratoria de incumplimiento. Principio pacta sunt servanda. Pliego de condiciones: definición, naturaleza jurídica. Alcance y elementos del desequilibrio económico del contrato. Liquidación del contrato estatal: noción, procedencia, obligatoriedad, contenido, funciones y modalidades. Objeción por error grave del dictamen pericial.

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El 21 de noviembre de 2008, Cicon S.A. presentó demanda de controversias contractuales contra el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU. El 12 de mayo de 2009 se reformó la demanda. Expresamente solicitó como pretensiones lo siguiente:

1. Que se declare el incumplimiento del IDU en la ejecución del contrato IDU-BM-150-05.
2. Que se declare que en la ejecución del contrato No. IDU-BM-150-05 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 No. IDU-BM-150-05, no ha sido cubierto ni solucionado por el IDU.
4. Que se declare que en virtud del desequilibrio económico del contrato No. IDU-BM-150-05, 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 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 No. IDU-BM-150-05.
6. Que se liquide judicialmente el contrato No. IDU-BM-150-05.

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 sentencia C-188/99.

Como fundamento de las pretensiones indicó que el 28 de diciembre de 2005 Cicon S.A. y el IDU celebraron el contrato de obra cuyo objeto era la construcción y rehabilitación de acceso a pavimentos locales – programa de mejoramiento integral de barrios grupo 12. El plazo de ejecución de dicho contrato era de 10 meses: 1 mes para la etapa de preconstrucción y 9 para la etapa de construcción, de los cuales 8 eran para la ejecución de las obras y 1 para la entrega y recibo de las obras por parte de la interventoría.

El valor del contrato se estimó en \$5.448'572.211, discriminado así: \$30'000.000 por concepto del valor global de la etapa de preconstrucción; \$4.776'933.126,90 por concepto del valor total de las obras de construcción a precios unitarios; \$85'000.000 por concepto del valor total ambiental y de gestión social; \$170'000.000 por concepto del valor global de los costos de manejo de tráfico, señalización y desvíos y \$386'639.084 por concepto del valor del fondo de compensaciones que se utilizará en caso de ser necesario para cubrir el costo de los imprevistos y mayores cantidades de obra.

Aunque el contrato se celebró el 28 de diciembre de 2005, sólo hasta el 24 de agosto de 2006 se inició su ejecución por culpa del IDU, lo que le generó graves consecuencias jurídicas y económicas al contratista. El IDU no entregó los diseños, estudios y planos de la obra una vez se suscribió el contrato, sino que hizo entregas parciales e incompletas, lo que imposibilitó iniciar la ejecución de la obra de manera inmediata. Para el mes de agosto de 2006 se firmó el acta de inicio pero el IDU seguía sin entregar los estudios, diseños o planos hidráulicos, estructurales, de señalización, redes de telecom, redes EPM.

Además de la entrega tardía de documentos, éstos presentaban graves falencias: (i) no se relacionaron los informes y planos producidos por el consultor en cuanto a versiones, cantidades, volúmenes y anexos, lo cual impedía corroborar la información; (ii) se encontraron serias diferencias entre la lista de planos aportada en los pliegos de condiciones y los que se encontraban en los centros de documentación del IDU, lo que impedía tener certeza de la veracidad de la información entregada a Cicon S.A.; (iii) los planos hidráulicos presentaban inconsistencia en relación con la realidad del proyecto; (iv) no se reflejaban los problemas que presentaban las redes y que necesariamente requerían la construcción de obras adicionales para resolverlos; (v) se entregaron planos desactualizados que requerían obligatoriamente la validación de las empresas de servicios públicos; (vi) la información contenida en algunos de los documentos fue errada, ya que, entre otras cosas, de los mismos se infería que no se requerirían obras adicionales, lo cual no sucedió.

Aunque el plazo inicial era de 10 meses, el contrato finalizó hasta el 11 de marzo de 2008 porque presentó las siguientes suspensiones, modificaciones y prórrogas, por causas ajenas a Cicon S.A.:

Situación	Fechas	Observación
Suspensión	Entre el 22 de septiembre y el 9 de octubre de 2006	Acta No. 4
Prórroga del 8 de junio de 2007	3 meses	Contrato adicional No. 1 celebrado el 8 de junio de 2007. Se realizó por obras adicionales que se debían hacer, como la investigación sobre las redes de acueducto y alcantarillado existentes, construcciones de redes, cambios de tuberías, entre otros aspectos.
Otrosí del 29 de junio de 2007		Se suprimieron los tramos de la vía localizada en la UPZ Jerusalén, en el barrio Arborizadora Alta, identificada por el diseñador como Zona 4 Grupo 1, así como la vía denominada como Zona 2 Grupo 7A.
Prórroga del 11 de septiembre de 2007	Hasta el 31 de octubre de 2007	Contrato adicional No. 2 celebrado el 11 de septiembre de 2007. Se otorgó un plazo hasta el 31 de octubre de 2007 para la ejecución de la obra. Esta adición obedeció a la interferencia y obstaculización por parte de la comunidad para iniciar las obras y por atrasos de las empresas de servicios públicos en el traslado de infraestructuras.
Prórroga del 30 de octubre de 2007	Hasta el 11 de diciembre de 2007	Contrato adicional No. 3 celebrado el 30 de octubre de 2007. Se amplió el plazo hasta el 11 de diciembre de 2007.
Prórroga del 7 de diciembre de 2007	3 meses	Prórroga No. 4 por 3 meses debido a las fuertes lluvias que se presentaron en el año 2007.

Adicional a lo anterior, los diseños de la estructura de pavimento no garantizaban la estabilidad y calidad de la obra, razón por la cual debió construirse una estructura diferente a la diseñada inicialmente por el consultor.

Por lo expuesto, el 7 de diciembre de 2007 Cicon S.A. solicitó el restablecimiento económico de este y otros contratos que tenía suscritos con el IDU. A lo que el IDU se negó el 5 de marzo de 2008.

Así, Cicon S.A. persigue el restablecimiento económico del contrato porque las diferentes actuaciones del IDU generaron perjuicios al contratista que ascienden a la suma de \$6.248'636.921 por las siguientes razones:

- La mora en el inicio de la ejecución del contrato implicó mayores costos para el contratista porque debió tener disponible al personal, los recursos y equipos necesarios para llevar a cabo las actividades propias del contrato, durante 8 meses, lo cual costó \$899'653.717.

- La mora en el inicio de la ejecución del contrato impidió a Cicon S.A. hacer uso del anticipo de la manera como estaba contemplado en el contrato, pues solamente pudo hacer uso del mismo 10 meses después de haberlo solicitado, lo cual se tradujo en la imposibilidad de Cicon S.A., de sostener los precios ofertados por sus proveedores de materias primas, generando con ello, un mayor costo al momento de comprarlas.
- Los planos y diseños entregados por el IDU, en su mayoría no se ajustaron a lo encontrado en terreno, lo que hizo necesario recurrir a diseñar nuevamente las obras hidráulicas, con el agravante que los cambios o ajustes que se hicieran al diseño debían ser aprobados por la interventoría y avalados por el funcionario delegado de la EAAB, lo que produjo demoras significativas en la obra, con las correspondientes consecuencias económicas. La elaboración de nuevos diseños costó \$236'000.000.
- Los diseños entregados por el IDU no contemplaron muros estructurales para la construcción de obras de espacio público, lo que hizo necesario que Cicon S.A. ejecutara varios diseños para poder desarrollar las obras, incurriendo en gastos adicionales no contemplados en el momento de la elaboración de la oferta.
- La ejecución del contrato estaba prevista para desarrollarse principalmente en el año 2006 y eventualmente en el año 2007, de tal manera que la oferta elaborada por Cicon S.A. partió de ese supuesto contractual. Sin embargo, lo cierto es que el contrato comenzó a ejecutarse a finales del año 2006, lo cual implicó que el contrato se estuviera ejecutando principalmente en el año 2007. Esta circunstancia afectó los precios de ejecución de cada actividad, haciendo más oneroso el cumplimiento del contrato.

Así, por ejemplo, durante la ejecución del contrato se presentó una variación imprevista y desmedida en el precio del concreto, lo cual generó un sobre costo de \$818'137.847.

Lo mismo ocurrió con los materiales de base y subbase granular, y sardinel prefabricado. Lo cual generó un sobre costo de \$123'543.123.

- En la cláusula 47.1 se pactó la suma de \$170'000.000 por concepto del valor global de los costos de manejo de tráfico, señalización y desvíos. Sin embargo, ese valor solo estaba contemplado para el plazo inicialmente acordado. Luego, si el plazo de ejecución del contrato se extendió, también debió aumentarse tal valor.
- En la cláusula 47.1 se pactó la suma de \$85'000.000 por concepto de valor global ambiental y de gestión social, el cual se pagaría proporcionalmente al valor facturado según avance de la obra; sin embargo, no se pudo facturar en su totalidad porque debido a la falta de diseños por parte del IDU no se pudo intervenir el corredor vial denominado Zona 4 Grupo 1, cuya obra equivalía al 33% del valor del contrato. Asimismo, los corredores Zona 2 Grupo 6 y Zona 2 Grupo 7 Zanjón de La Estrella fueron excluidos por decisión del IDU, lo que en total produjo una disminución de la obra a ejecutar en un 45%.

Adicionalmente, el componente ambiental y de gestión social se estimó para el plazo de la obra pactado inicialmente. Debido a las prórrogas pactadas en el contrato, los costos de este componente debieron ser incrementados proporcionalmente, sin que el IDU hubiera hecho reconocimiento alguno por este concepto.

CICON S.A. tuvo que asumir los costos correspondientes a la expedición de la resolución ambiental, la cual ascendió a la suma de \$2'180.909. En total, por concepto del componente ambiental y de gestión social, la suma de \$135'976.854.

De acuerdo con lo anterior, solicitó el restablecimiento económico del contrato y liquidar judicialmente el mismo, reconocimiento en la liquidación las sumas correspondientes a tal restablecimiento.

2. Actuación procesal.

El 21 de noviembre de 2008 se presentó la demanda. El 19 de febrero de 2009 se admitió la demanda. El 12 de mayo de 2009 se reformó la demanda y el mismo 12 de mayo de 2009 se contestó la demanda. El 2 de julio de 2009 se admitió la reforma de la demanda. El 15 de enero de 2010 se contestó la reforma de la demanda.

El 15 de julio de 2010 se abrió a etapa probatoria el proceso. El 19 de agosto de 2010 se adicionó el auto de pruebas. Dentro de las pruebas decretadas estaba un dictamen pericial rendido por ingeniero civil.

El 26 de julio de 2016 la parte actora objetó por error grave el dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Joaquín Castillo Bustos por las siguientes razones:

- En la respuesta a la pregunta 8 sobre los costos y gastos en que incurrió Cicon S.A. durante los 8 meses transcurridos entre la celebración del contrato y la suscripción del acta de inicio, el perito expresó que las hojas de vida de la propuesta no coincidían con las del acta de inicio. Ello es completamente normal porque el personal rota todo el tiempo. Lo que el perito debió hacer fue una comparación de los gastos y costos en que incurrió Cicon, para lo cual tuvo a su disposición la contabilidad de la misma.
- El perito se extralimitó en sus funciones, respondió más allá de lo que se le preguntó y concluyó de manera errónea que se dejó de efectuar el 50% de lo presupuestado. Lo propio sucedió al conceptuar de manera equivocada sobre obras adicionales, que nada tenían que ver con la pregunta formulada y a cuya conclusión también arribó sin efectuar un análisis completo sobre la ejecución del contrato.
- El perito desconoció la realidad de la ejecución de la obra, pues si bien la meta física no fue la prevista al inicio del contrato, ello obedeció a la falta de diseños claros, a las entregas inoportunas de los mismos. Una cosa fue la meta física del contrato que efectivamente se vio reducida debido a los problemas antes mencionados y otra cosa fue el tiempo en que se debió ejecutar la totalidad de la obra, el cual superó ampliamente el inicialmente previsto.
- Como el mismo perito lo expresó, se incurrió en un valor de \$2.701'787.000 por obras no previstas, suma que resulta representativa de los problemas ocurridos en este contrato y que se encuentra consignada en el acta de balance y pago final. No obstante, el reconocimiento de este valor no significa que no se hubiere incurrido en

mayores cantidades de obra que no hubieren sido reconocidas, que son precisamente las que se reclaman en este proceso.

- No respondió en debida forma a la pregunta acerca de si la empresa tuvo que efectuar trabajos de adecuación o traslado de redes, pues no revisó la contabilidad de Cicon, para con base en ella contestar.
- No respondió en debida forma la pregunta acerca de los mayores costos en que incurrió Cicon S.A. por transporte de materiales. Se limitó a transcribir unas líneas de una carta de la interventoría, sin hacer un análisis real.
- En la respuesta del perito sobre la fórmula de ajustes al contrato, se limitó a transcribir una opinión de la interventoría sin hacer un estudio de mercado que le hubiera permitido arribar a una conclusión real y técnica, como le fue solicitado.
- No respondió a la pregunta por concepto de imprevistos dentro del AIU. Se refirió de manera confusa al fondo de compensación con imprevistos dentro del.

Para demostrar el error grave, la parte actora solicitó el decreto de otro dictamen pericial. El 31 de enero de 2017 se negó la solicitud de prueba presentada por la parte actora en el escrito de objeción por error grave al dictamen pericial. El 7 de febrero de 2017 la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra dicha decisión. El 27 de febrero de 2018 se rechazó por improcedente el recurso de reposición y se concedió el recurso de apelación ante el Consejo de Estado. El 22 de agosto de 2018 el Consejo de Estado revocó la decisión de negar la prueba y en su lugar decretó como prueba en primera instancia la solicitada por la parte demandante, por lo que ordenó designar un perito ingeniero con experiencia en construcción de vías, "para que éste resuelva si se incurrió o no en un error dentro del dictamen pericial presentado por el perito Joaquín Castillo Bustos". El 12 de febrero de 2019, en cumplimiento de la orden impartida por el Consejo de Estado, se designó a un auxiliar de la justicia para que rindiera el dictamen correspondiente. La parte actora formuló el cuestionario que debía resolver el perito designado. El 17 de septiembre de 2019, ante la imposibilidad del perito designado de rendir el correspondiente dictamen, se ordenó a la parte demandante que en el término de 30 días contados a partir de la notificación de dicho auto, allegara el dictamen pericial decretado para efectos de resolver la objeción grave propuesta contra la experticia rendida por el ingeniero Joaquín Castillo Bustos. El 19 de noviembre de 2019 se confirmó tal decisión. El 23 de enero de 2020 la parte actora entregó el dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Wilmar Iriarte Restrepo. El 28 de febrero de 2020 se corrió traslado de dicho dictamen. El 6 de marzo de 2020 el apoderado de la entidad demandada solicitó aclaración y complementación del dictamen. El 11 de febrero de 2021 se aportó aclaración y complementación del dictamen mediante el cual se pretende demostrar el error grave del dictamen rendido inicialmente. El 18 de febrero de 2021 el IDU solicitó que se declarara desistida dicha prueba por no haberse presentado la aclaración y complementación dentro del término que inicialmente había otorgado el Despacho.

El 28 de junio de 2022 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Procurador para emitir concepto. El 14 de julio de 2022 el IDU alegó de conclusión y el 15 de julio siguiente la parte actora hizo lo propio. El 1 de agosto de 2022 el expediente ingresó al Despacho para lo pertinente.

3.- Contestación de la demanda.

El IDU contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones. Señaló que no era cierto que la suscripción tardía del acta de inicio le hubiera generado perjuicios al contratista, pues de haber sido así lo hubiera alegado en tal momento.

Lo mismo ocurrió con las prórrogas y modificaciones realizadas al contrato. Al momento de su suscripción, el contratista no alegó un desequilibrio económico por tal motivo ni manifestó inconformidad alguna.

Expuso que, además, el contratista demandante no cumplió con el contrato, pues presentó atrasos durante la ejecución de la obra, razón por la cual fue multado mediante resolución No. 5138 de 24 de octubre de 2007. La multa consistió en \$4'776.933 por cada día calendario de retraso a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación incumplida, esto es, a partir del 13 de mayo de 2007 hasta que se cumpliera con la actividad consistente en terminar las actividades de rellenos en las zonas y grupos indicados en la parte motiva de tal resolución.

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

La parte actora alegó de conclusión. Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Insistió en que 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 en 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 período 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.

Respecto a la no iniciación oportuna de la obra, indicó que conforme a lo manifestado por el perito Wilmer Iriarte Restrepo, ello obedeció a causas imputables al IDU por la falta de entrega de estudios y diseños completos en forma oportuna.

Insistió en el desequilibrio económico ocasionado también por el no pago adicional del componente global de los costos de manejo de tráfico, señalización y desvíos; no pago adicional del componente global ambiental y de gestión social; y, en general, por el no pago de los costos adicionales en que se incurrió por la mayor permanencia en la obra ocasionada por la entregada tardía de los estudios y diseños, por las falencias en los diseños entregados.

La entidad demandada alegó de conclusión. Solicitó negar las pretensiones de la demanda. Señaló que el valor del contrato se estipuló en \$5.448'572.211 y en el contrato estaba definida la forma de pago a precios unitarios sin fórmula de reajuste. Los componentes ambientales y de gestión social se pagarían a precio global sin fórmula de reajuste.

En criterio del IDU, era claro para el contratista todo lo relacionado con los diseños, en especial que cualquier cambio no generaría costos adicionales para el contratante. Era obligación de los proponentes visitar e inspeccionar los sitios y zonas en los cuales se desarrollaría el proyecto para el cual formularían su propuesta. De tal manera que deberían realizar todas las evaluaciones técnicas y financieras actuariales presentes y futuras para presentar su propuesta, así como los riesgos previsibles que se pudieran presentar durante la ejecución del objeto contractual.

Las modificaciones que se efectuaron al contrato fueron efectuadas de consuno por las partes contratantes, entre ellas claro está, las prórrogas hechas al mismo, sin implicar de ninguna manera, ni bajo ningún aspecto que tal acuerdo de voluntades generaría costos adicionales para el IDU.

Cicon no cumplió con la ejecución cabal de cronograma de obra y fue multado por tal situación. Acerca de las imputaciones efectuadas al IDU por la demora en el avance de las obras, obedecieron a situaciones generadas por el mismo contratista al no atender lo establecido en el pliego de condiciones, apéndices y en las cláusulas contractuales. El contratista nunca controvertió los informes semanales del avance de obra.

El ítem de imprevistos del A.I.U. fue más que suficiente para cubrir los imprevistos del contratista en la ejecución del contrato.

Finalmente, respecto al dictamen pericial rendido por el perito Wilmer Iriarte Restrepo recordó que éste sólo era para demostrar el error alegado por la parte actora en que habría incurrido el auxiliar de la justicia Joaquín Castillo Bustos en el contenido de su experticia; y ello nunca ocurrió, por lo que debía desestimarse el estudio del mismo.

Consideró que el cuestionario elaborado por la parte actora y puesto a disposición de Wilmer Iriarte Restrepo, desde ninguna óptica fue diseñado para demostrar el presunto error en que incurrió Joaquín Castillo Bustos.

Aseguró que el perito no corroboró de manera física en el expediente del despacho las pruebas documentales aportadas por la parte actora para la elaboración de la experticia. El perito controvertió las estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones y en el contrato, desconociendo que son ley para las partes contratantes. Adicionalmente, no tuvo en cuenta en su experticia el análisis de la correspondencia cruzada entre las partes y la interventoría, que son el fiel reflejo del decurso contractual. Lo cual cuestiona sus apreciaciones y conceptos por haber sido emitidos tomando como base información incompleta.

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

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. PRECISIÓN DEL CASO, PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

Precisión del caso.

Cicon S.A. y el IDU celebraron el contrato de obra IDU-BM-150-05, cuyo plazo de ejecución era de 10 meses. Aunque el contrato se celebró el 28 de diciembre de 2005, sólo hasta el 24 de agosto de 2006 se inició su ejecución y el 11 de marzo de 2008 finalizó. En criterio de la parte actora, durante la ejecución del contrato se generó un desequilibrio económico por causas imputables al IDU: (i) El inicio tardío de la ejecución del contrato obedeció a causas imputables al IDU, consistentes en no entregar de manera oportuna los diseños,

estudios y planos de la obra o haber entregado planos, diseños y estudios con falencias, lo cual le generó graves consecuencias económicas al contratista; y (ii) las suspensiones, modificaciones y prórrogas obedecieron a causas ajenas al demandante. Así, Cicon S.A. persigue que se declare el incumplimiento del IDU, el restablecimiento económico del contrato y consecuente liquidación judicial del contrato porque las diferentes actuaciones del IDU generaron perjuicios al contratista que ascienden a la suma de \$6.248'636.921.

El IDU se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Adujo que el inicio de la ejecución y las adiciones y modificaciones al contrato fueron concertados con la parte demandante, las cuales no fueron objetadas de manera oportuna ni se dejó ninguna constancia al respecto. Por el contrario, lo que se acreditó en el proceso fue el incumplimiento del contrato por parte del contratista, el cual fue declarado mediante acto administrativo que quedó en firme.

Problema jurídico.

De acuerdo con la precisión del caso, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Se acreditó que el IDU incumplió el contrato IDU-BM-150-05?
- ¿Se acreditaron los presupuestos necesarios para considerar que durante la ejecución del contrato IDU-BM-150-05 se presentó un desequilibrio económico?
- En la liquidación judicial del contrato, ¿debe reconocerse suma alguna de dinero a favor de Cicon S.A.?

Tesis de la Sala.

De entrada, la Sala advierte que no declarará el incumplimiento contractual del IDU en tanto el contratista demandante no cumplió con su carga de formular un cargo de incumplimiento como tal. Tal y como lo ha expresado el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones¹, 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 perjuicio². Ninguno de estos dos supuestos se cumplió en este proceso.

Tampoco declarará el desequilibrio económico del contrato, en tanto no se acreditaron los presupuestos necesarios para su configuración: no se demostró que hubiera ocurrido por causas imputables al IDU, que hubieren sido imprevisibles e irresistibles (cada prórroga, suspensión o modificación del contrato se hizo de mutuo acuerdo, sin que el contratista presentara observación alguna), y, en todo caso no se probó que hubiera una afectación grave al patrimonio.

Finalmente, el contrato se liquidará judicialmente, sin lugar a reconocer suma de dinero alguna a favor de la parte contratante o contratista, en tanto no se demostró en el proceso que se adeudará algún monto y no se probó el desequilibrio económico alegado por la demandante.

¹ 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)

² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

IV. CONSIDERACIONES

1.- Presupuestos procesales de la acción.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del CCA³ y el numeral 1 del artículo 133 del CCA, esta Sala 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.

1.2.- Caducidad de la acción.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 136 del CCA, no hay caducidad de la acción en tanto el contrato finalizó su ejecución el 11 de marzo de 2008 y la demanda se presentó el 21 de noviembre de 2008.

1.3.- Legitimación en la causa.

Conforme lo señalado en el artículo 87 del CCA, las partes demandante y demandada se encuentran legitimadas en la causa por haber sido el contratista y la contratante en el contrato No. IDU-BM-150-05, objeto de litigio, cuya declaratoria de incumplimiento, restablecimiento económico y liquidación judicial se persigue.

2.- Argumentación Jurídica.

2.1.- Requisitos para la declaratoria de incumplimiento.

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 CC), por lo tanto, son fuente de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones por cualquiera de las partes contratantes (lex contractus, pacta sunt servanda).

Tal y como lo ha expresado el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones⁴, 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 perjuicio⁵.

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 sinalagmáticos⁶ tiene una doble dimensión⁷.

³ **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 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.

⁴ 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)

⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

⁶ 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...".

⁷ 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.

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 (*Exceptio non adimpleti contractus*). Sin embargo, este principio en los contratos estatales no se aplica de la misma manera que en las relaciones privadas, ya que se debe evaluar si el incumplimiento de la entidad pública es determinante, trascendente y de gran significación, de tal manera que imposibilite el cumplimiento del contratista⁸.

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.

2.1.1. Principio pacta sunt servanda.

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*)⁹.

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 públicas¹⁰ y constituyen un todo lógico y

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio. Sentencia de 15 de octubre de 2015. Radicación:

sistemático conformado por reglas objetivas definidas a partir del objeto del proyecto consolidado por la administración y de las necesidades reales de la comunidad.”¹¹

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.
 - 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 renuncias 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 contractual¹².

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.¹³

250002326000200900003 01 (43.343)

¹¹ 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

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

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041.

Sobre la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, la doctrina ha señalado¹⁴:

(...) 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 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

¹⁴ 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 co-contratante o adjudicatario de aquella..."; citado en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejo Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, quince (15) de octubre de 2015. Radicación: 250002326000200900003 01 (43.343)

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).¹⁵

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.

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 administrativa¹⁶.

2.3.- Alcance del desequilibrio económico del contrato estatal.

Tal y como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁷, 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

¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia.

¹⁶ "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 (...)."

¹⁷ 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)

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.

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 Estado¹⁸ 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.¹⁹

¹⁸ 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)

¹⁹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, "El Concepto del contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca, Coordinador, Título Libro: Temas Relevantantes sobre los Contratos, Servicios y bienes públicos, Ed. Jurídica Venezolana, VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita 2014, Caracas 201, Págs. 301-440.

A su vez, el deber de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato se encuentra desarrollada en los numerales 3º y 8º del artículo 4º y el numeral 1º del artículo 5º 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. (...)

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 analizó²⁰:

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de enero de 2015, Expediente. 26.409.

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 porque 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 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 propia²¹.

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.²²

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 estas convenciones se constituye en una nueva oportunidad para que las partes restablezcan el equilibrio económico del contrato, de tal suerte que si en este 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 este orden de ideas, cuando no se presentan reclamaciones, objeciones o salvedades en ninguna de estas etapas preclusivas y luego se formulan en el acta de liquidación bilateral,

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 16 de octubre de 2014, Expediente 24.809

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 siguiente²³:

(...) 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 él²⁴ 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 Estado²⁵, 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

²³ 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.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119

²⁵

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.

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, entre otras cosas, sus efectos graves y dañinos, por ejemplo, en relación con el valor intrínseco del contrato, la pérdida 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.

2.5.- Liquidación del contrato estatal: Noción, procedencia, obligatoriedad, contenido, funciones y modalidades.

2.5.1. Noción.

La liquidación de los contratos se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato²⁶, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de esta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuánto, lo que puede hacerse por las partes de común acuerdo, por alguna de ellas unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para "dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial".²⁷

La liquidación judicial es aquel balance, finiquito o corte de cuentas que realiza el juez sobre un determinado contrato estatal dentro de un proceso judicial y, que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ni unilateral del respectivo contrato estatal celebrado y dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación a liquidar²⁸.

La liquidación entonces es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico celebrado. Tiene por objeto definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quién

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008. Exp. 16.293.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS (E). Bogotá D.C. catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 19001-23-31-000-2011-00225-01(59727)

y cuánto. La liquidación debe dar cuenta del estado económico del contrato y de los derechos y obligaciones de las partes; así como de las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar.

2.5.2. Procedencia.

La liquidación es una actuación que procede con posterioridad a la terminación normal o anormal del contrato estatal,²⁹ por causas contractuales o legales o por causas atribuibles a ambos contratantes o a uno de ellos.

Entre las causas normales de terminación de los contratos se encuentran: i) el cumplimiento del objeto contractual; ii) el vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; y iii) el acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes.³⁰

Asimismo, dentro de los modos anormales de terminación del contrato estatal, la ley y, en particular, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establecen, entre otras, las siguientes:

- i) Por mutuo consentimiento de las partes.³¹
- ii) Por la declaratoria de terminación unilateral, ante la configuración de alguna de las causales legales correspondientes.³²
- iii) Por renuncia del contratista a su ejecución, cuando la modificación unilateral dispuesta por la entidad llegue a alterar en un 20% o más el valor inicial del contrato.³³
- iv) Por renuncia del contratista a su ejecución, cuando le sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad y no se pueda ceder el contrato.³⁴
- v) Por declaratoria de la caducidad ante el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización.³⁵
- vi) Por terminación unilateral de la entidad, como consecuencia de la configuración de ciertos supuestos de nulidad absoluta del contrato, entre ellos la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.³⁶

2.5.3. Obligatoriedad de la liquidación del contrato estatal.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la liquidación es obligatoria en:

- i) Los contratos de tracto sucesivo;
- ii) Los contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, ya sea por la naturaleza periódica de las prestaciones o por las vicisitudes que se presenten en su ejecución que lo dilaten o prorroguen; y
- iii) Los demás contratos que lo requieran, con fundamento a su naturaleza, objeto y plazo, así como a su importancia o relevancia o por la eventualidad de discrepancias y controversias en torno a su ejecución.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2006. Radicado interno 14.287.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2006. Radicado interno 14.287.

³¹ Ley 80 de 1993, artículos 13, 32 y 40. Código Civil, artículos 1602 y 1625.

³² Ley 80 de 1993, artículo 17.

³³ Ley 80 de 1993, artículo 16.

³⁴ Ley 80 de 1993, artículo 9.

³⁵ Ley 80 de 1993, artículo 18.

³⁶ Ley 80 de 1993, artículo 45.

2.5.4. Contenido material de la liquidación.

La liquidación del contrato estatal debe contener, entre otros, los siguientes aspectos³⁷:

- i. La identificación del contrato, las partes, sus sucesores y los cesionarios si los hay.
- ii. Su objeto y alcance, plazo de ejecución, suspensiones y reinicios, prórrogas, modificaciones y adiciones.
- iii. El balance técnico de las obligaciones a cargo de las partes, el grado de ejecución del objeto del contrato, junto con el análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios.
- iv. El balance o estado económico de la relación contractual a su culminación, mediante la determinación del precio, su forma de pago, actas, facturas o cuentas y sumas pendientes de pago, el plan de amortización del anticipo si lo hubo y cuánto quedó pendiente de amortizar, la modificación y oportunidades de pago; en fin, en este se dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, multas impuestas debidas o canceladas o el monto de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva, según el caso, para determinar cuánto le debe la administración al contratista y cuánto le debe este a aquella, entre otros aspectos necesarios para dar por concluido el contrato.
- v. El balance administrativo, como el pago de las obligaciones de seguridad social (salud y pensiones) y parafiscales, el pago de impuestos, el estado de las licencias (ambientales) y permisos (servicios públicos), los predios que se adquirieron y si ya se transfirieron a la entidad o no, etc.
- vi. El balance jurídico, esto es, los derechos a cargo o a favor de las partes resultantes de la ejecución del contrato, luego de indicar el estado de cumplimiento de las obligaciones, así como las obligaciones que deban cumplirse con posterioridad a la extinción del vínculo y que surgen para las partes con ocasión de su suscripción.
- vii. Los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, así como los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.
- viii. La vigencia de las garantías y su extensión o ampliación en caso de que se deban exigir al contratista para avalar las obligaciones que surgen a la extinción del contrato (estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios, pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, responsabilidad civil, etc.).
- ix. Si la liquidación es bilateral debe contener los finiquitos y, por ende, las declaraciones mutuas de paz y salvo, así como las salvedades y observaciones a que haya lugar de manera detallada y concreta para reservarse el derecho a reclamar y demandar esos aspectos controversiales ante la jurisdicción. Dice la ley que los contratistas

³⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Álvaro Namen Vargas. Providencia del 28 de junio de 2016. Radicado 11001-03-06-000-2015-00067-00. Exp.: 2253.

tienen derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.

2.5.5. Función declarativa y constitutiva de la liquidación.

En razón al contenido de la liquidación ésta puede tener una función declarativa o constitutiva. Al respecto, ha señalado el Consejo de Estado que la liquidación tiene por objeto:

(i) el estado en que quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual, así como, (iv) contener los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.³⁸

2.5.5.1. Función declarativa.

La liquidación tiene una función declarativa por cuanto en ella se deja constancia del cumplimiento de las obligaciones, cuando quiera que el cumplimiento haya tenido lugar, pero también refleja el estado en que queda el contrato cuando este no ha sido cumplido o cuando han ocurrido situaciones que determinan su terminación anticipada. Así, la liquidación "...como lo prescribe la ley y lo ha precisado la jurisprudencia, es un corte de cuentas entre las partes, en el que se deja constancia de las obligaciones cumplidas y no cumplidas en oportunidad...".³⁹

En cuanto atañe a la función declarativa, desde una perspectiva general, la liquidación es el instrumento en el que se declara o se hace constar cuál es el punto final de la relación contractual en torno al cumplimiento de las obligaciones contraídas, relacionadas con el objeto y con la contraprestación.

2.5.5.2. Función constitutiva.

La liquidación también tiene la función de constituir de forma directa e inmediata vínculos jurídicos, crear obligaciones, cuya fuente mediata es el contrato estatal celebrado por las partes. Así, en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 se señala que:

También en esta etapa [la liquidación] las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

El hecho de que la norma exija que en el acta de liquidación de los contratos estatales se registren los acuerdos logrados por las partes para superar las divergencias presentadas y declararse mutuamente a paz y salvo, por supuesto cuando ello hubiere sido posible, "tiene

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de mayo de 2010, Exp. n.º 18606.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 30 de 2001, Exp. n.º 16256.

alcance restringido a la esfera de las obligaciones surgidas entre las partes con motivo de la suscripción y ejecución del contrato".⁴⁰

Al respecto se deben diferenciar las liquidaciones en las cuales se constituyen obligaciones claras, expresas y exigibles, que serían demandadas por la vía ejecutiva⁴¹, de las liquidaciones donde las obligaciones creadas no cuenten con las calidades aludidas, cuyo cumplimiento judicial podría perseguirse por la vía ordinaria.

También desde la perspectiva de la función creadora de obligaciones, se deben diferenciar los casos en los cuales la liquidación opera como un instrumento en el que las obligaciones y derechos existentes entre las partes en virtud del texto contractual se concretan en sumas y prestaciones definidas, de los casos en los que se advierte que a lo largo de la ejecución del contrato surgieron mayores cantidades de bienes u obras, o de prestaciones u obras adicionales que no se encontraban comprendidas en el clausulado contractual.⁴²

En la liquidación también se podrán actualizar o revisar los precios para restablecer el equilibrio económico o financiero del contrato, cuando quiera que haya lugar a ello, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 80 de 1993. En particular, se deberá mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones existentes cuando se propuso o se contrató, según el caso, razón por la cual las partes "suscribirán los acuerdos o pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación...", de conformidad con lo prescrito en el artículo 27 de la citada ley.⁴³

En resumen, en la liquidación, de forma directa e inmediata, se pueden generar obligaciones, cuya fuente mediata es el contrato estatal celebrado por las partes, las cuales, según se precisó anteriormente, hacen referencia a la determinación de sumas específicas a cargo de una parte y en favor de la otra en virtud de las obligaciones y derechos existentes que emanan del texto contractual; reconocimientos y cuantificación del valor de prestaciones adicionales ejecutadas de buena fe que tuvieron lugar durante la vigencia del contrato, que no se encontraban comprendidas en el clausulado contractual y resultaron esenciales y necesarias para el cabal cumplimiento del objeto contractual⁴⁴; ajustes y

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-967 de 2012.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 31 de mayo de 2013, Exp. n.º 23903: "el valor vinculante del acta de liquidación bilateral se manifiesta en el mérito ejecutivo que la misma ostenta, de tal manera que el cobro de las cantidades que ella arroja a favor del contratista, puede verificarse a través del respectivo proceso ejecutivo, en el cual se presentará como título, la referida acta de liquidación".

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2002, Exp. n.º 22178 "...en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una "prolongación de la prestación debida", sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual. (...) En cambio, la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria..." Dentro del texto de la providencia se citan diferentes pronunciamientos de la Sección Tercera, entre otras, las Sentencias de 31 de agosto de 1999, Exp. n.º 12.849; de 6 de agosto de 1987, Exp. n.º 3886; de 25 de noviembre de 1999, Exp. n.º 10.873. Esta posición fue reiterada en Sentencia de 23 de abril de 2008, Exp. n.º 16491.

⁴³ "Artículo 27.- En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos o pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate". Norma concordante con los artículos 4 numerales 3, 8 y 9; 5 numeral 1; 14 numeral 1 inciso segundo; 25 numeral 14; 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

⁴⁴ La jurisprudencia también ha señalado que en el acta de liquidación se deja constancia "de lo que a la terminación del contrato la entidad quedó debiendo al contratista o lo que este quedó debiendo a aquella, por causa de las obligaciones cumplidas en desarrollo del contrato y las actualizaciones a que pudo tener derecho, o los sobrecostos en que incurrió en razón de la prórroga del plazo del contrato, extremos que generan créditos a su favor que tienen origen en el contrato mismo y que por ende deben ser resueltos en el acta de liquidación". Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 1996, Exp. n.º 9818. (...)

Así, en Sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. n.º 15.469, se recaló la necesidad de la autorización y el recibo a satisfacción respecto de obras adicionales no amparadas en el contrato, pero que resultaban esenciales para la obra, como presupuesto para que proceda algún reconocimiento y pago al contratista, con fundamento en el principio de la buena fe y la equivalencia de las prestaciones mutuas, que deben orientar la relación contractual y la prevalencia del interés general frente a los intereses propios.

revisión de precios para restablecer el equilibrio económico o financiero del contrato, mediante el reconocimiento correspondiente, cuando quiera que proceda de acuerdo con las disposiciones legales, entre otras.

Dichas obligaciones contenidas en la liquidación, cuyo reconocimiento y asunción en caso de generar gasto para la entidad contratante deberá cumplir y ajustarse previamente a las normas presupuestales (verbigracia lo atinente al certificado de disponibilidad presupuestal y al registro presupuestal correspondientes ordenados en las mismas). De igual manera, podrán ser claras, expresas y exigibles, caso en el cual serán susceptibles de demandarse por la vía ejecutiva o, de no contar con las calidades ejecutivas aludidas, reclamarse en un juicio ordinario.

De acuerdo con lo anterior, se presentan diferentes posibilidades para la liquidación del contrato, y en todas ellas concurren los intereses de la entidad estatal y del contratista, por lo que resulta determinante, con el fin de que tenga efectos vinculantes, que intervengan en su realización o adopción el jefe o representante legal de la entidad y ordenador del gasto o el servidor en quien este hubiese válidamente delegado esta, y el representante legal del contratista, según el caso.

2.5.6. Formas de liquidación de los contratos estatales.

La liquidación puede ser bilateral⁴⁵, unilateral⁴⁶ o judicial⁴⁷. Así, consistirá en un acuerdo de voluntades, cuando se hace de forma bilateral; o en un acto administrativo, cuando la entidad procede unilateralmente porque: (i) no se presenta el contratista a la liquidación bilateral, o (ii) no se logra la liquidación bilateral o (iii) se logra parcialmente.

También, la liquidación puede consistir en una decisión judicial, cuando el juez competente profiere la providencia correspondiente, en el caso de que se le pida a través del medio de control de controversias contractuales, bien porque (i) no se ha producido la liquidación o bien (ii) respecto de puntos no liquidados.

Independientemente de la forma que asuma, la liquidación tiene lugar en las ocasiones referidas y cumple las funciones declarativa y constitutiva antes señaladas.

2.5.6.1. Liquidación judicial.

En el supuesto caso en el cual las partes no hayan liquidado el contrato bilateralmente o por mutuo acuerdo ni la entidad estatal lo haya hecho de forma unilateral o respecto de puntos no liquidados, el juez del contrato está investido con la competencia para liquidarlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA.

Adicionalmente, vale la pena señalar que la jurisprudencia ha subrayado que, como las materias que se someten a la liquidación del contrato estatal son conciliables, previa a la demanda con la aludida pretensión, es necesario agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial ordenado por la Ley 640 de 2001 (en rigor desde el 24 de enero de 2012), reiterado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, para el medio de control de controversias contractuales. De este modo, no solamente es posible acudir a dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos para adoptar la liquidación de un contrato

⁴⁵ Ley 80 de 1993, artículo 60.

⁴⁶ Ley 80 de 1993, artículo 61.

⁴⁷ Código Contencioso Administrativo y de lo Procedimiento Administrativo, artículo 141.

de mutuo acuerdo, sino que, cuando lo que se pretenda sea liquidarlo por vía judicial, tal procedimiento debe imperativamente intentarse, porque constituye requisito sine qua non para acceder a la administración de justicia con tal objetivo.⁴⁸

En resumen, a falta de acuerdo entre los contratantes sobre la liquidación del contrato, nace la competencia material de la Administración de efectuarla en forma unilateral y, si esta no lo hace, el contratista puede acudir ante el juez del contrato, quien deberá definir las prestaciones mutuas entre ellas por medio de providencia judicial y con efectos de cosa juzgada.

2.6.- Objeción por error grave en el dictamen pericial⁴⁹.

En relación con la objeción por error grave consagrada en el artículo 238 del C.P.C., se observa que el error grave al cual se refiere la norma, es aquel que de no haberse presentado, otra habría sido la solución o el sentido del dictamen, por haber recaído éste sobre materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia o cuando el perito dictamina en sentido contrario a la realidad y de esa manera altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado⁵⁰. Y, como lo ha explicado el Consejo de Estado:

(...) constituye presupuesto imprescindible de la objeción al dictamen pericial la existencia objetiva de un yerro fáctico de tal magnitud que "(...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)"⁵¹, al punto de alterar de manera esencial, fundamental o determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar en forma grotesca una falsa creencia que resulta significativa y relevante en las conclusiones a las cuales arriban los expertos. Esas críticas o divergencias con los estudios, análisis, experimentos y conclusiones de la pericia o la diversidad de criterios u opiniones, a propósito de su contenido, son aspectos que han de ser considerados por el juzgador en su función de valoración del dictamen pericial –y de los restantes medios de convicción– y será el juez, por tanto, quien determine si los eventuales yerros o imprecisiones resultan trascendentes respecto del fondo de la decisión. En relación con este extremo, la jurisprudencia de Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado: «... si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ... (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, "...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, providencia de 14 de diciembre de 2011, Exp. n.º 39338.

⁴⁹ Aparte expuesto en la sentencia: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN. Bogotá, D. C., diez (10) de septiembre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 05001-23-31-000-1998-03972-01(44977)

⁵⁰ "El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera prístina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, de suerte que resulta menester, a efectos de que proceda su declaración, que concurran en él las características de verosimilitud, reconocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 25177, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵¹ [16] "Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Auto 25 de septiembre de 1939".

se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibile para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...” (G. J. tomo LXXXV, pág. 604)»^{52/53}.

En suma, el artículo 238.4 CPC establece que las partes podrán objetar el dictamen por error grave, siempre que este haya sido determinante para las conclusiones de los peritos. El error grave se presenta cuando se cambian las cualidades propias del objeto examinado o se toma por objeto de observación una cosa fundamentalmente distinta a la que es materia del dictamen, pues al apreciarse equivocadamente el objeto, necesariamente las conclusiones son erróneas⁵⁴.

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 No. IDU-LP-BMU-DTMV-068-2005 (fl. 576 – 659, c. ppal 2).

(...) 13.4 **El contrato no está sujeto a ajuste de precios** de acuerdo con la cláusula 47 de las condiciones del contrato.

De acuerdo con lo expresado en esta cláusula, el proponente debe considerar en los precios de su propuesta que la ejecución de las obras se llevará a cabo principalmente en el año 2006 y eventualmente en el año 2007.

(...) 1. ACTIVIDADES PARA LA ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN

A partir de la fecha del contrato, el contratista tendrá un plazo de 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

⁵² [17] “Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446”.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 25177, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 17 de 2007, Rad. nº. 05001-23-31-000-2000-03341-01 [fundamento jurídico 2 párrafo 16].

interventor a más tardar al vencimiento del plazo señalado en el inciso anterior, un informe sobre los estudios y diseños con los cuales se ejecutarán 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 generaran costos adicionales injustificados al proyecto.**

El periodo restante de la preconstrucción se destinará a la resolución de las observaciones, para lo cual se convocarán al diseñador y al interventor de los diseños, quienes deberán aclarar las dudas e inconsistencias derivadas del respectivo análisis y evaluación de los diseños.

Debe entenderse que las recomendaciones presentadas por el interventor al contratista a propósito del informe sobre los estudios y diseños del IDU, son consideraciones técnicas formuladas con el objeto de conseguir los resultados exigidos en este contrato, en especial los contenidos en las especificaciones particulares de construcción. El contratista deberá acoger las recomendaciones efectuadas por el interventor en cuanto las mismas tiendan a la búsqueda de esos resultados.

Finalmente, es entendido por las partes que la no aclaración de alguna de las recomendaciones presentadas, a propósito de los estudios y diseños, no impedirá el inicio de la etapa de construcción, a menos que la interventoría y la Dirección Técnica de Malla Vial del IDU consideren bilateralmente que la aclaración, es definitivamente imprescindible para el inicio de las obras, **en cuyo caso se podrán suspender los contratos de obra e interventoría, sin que esta suspensión genere costos adicionales para el IDU, con el objeto de que el IDU o el diseñador inicial o las empresas de servicios públicos o la entidad competente aclare dichas observaciones.**

(...) CONSIDERACIONES 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 periodo 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;** (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 las 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 generaran 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 la etapa de preconstrucción, 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.

(...) 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 12 en Bogotá 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 los menos y sin limitarse a estas, las actividades que se enuncian a continuación: (...)

La ejecución completa y en los plazos previstos de las obras de construcción, cumpliendo plenamente con lo previsto en las especificaciones particulares de construcción, las especificaciones generales de construcción y los demás apéndices que hace parte del contrato es una obligación de resultado a cargo del contratista de conformidad con lo previsto en el contrato.

En todo caso, el contratista se obliga a realizar cualquier gestión, incluyendo el suministro de equipo, personal e infraestructura adecuada, tramitación de permisos y licencias, para ejecutar a cabalidad el objeto del contrato.

1.2. Propuesta presentada por Cicon S.A. (c. 7).

(...) Lista de cantidades y precios:

(...) Valor de las obras a precios unitarios: \$4.776'933.126,90.

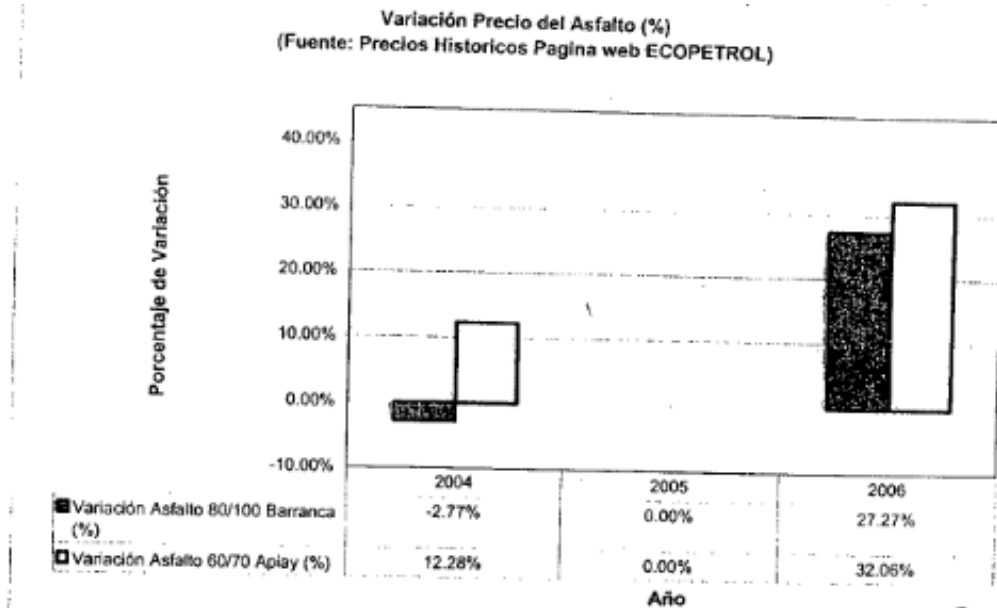
1.3. Contrato No. IDU-BM-150-05 celebrado el 28 de diciembre de 2005 entre Cicon S.A. y el IDU (fl. 69 – 238, c. ppal 1).

1.4. Oficio del 5 de mayo de 2006, mediante el cual Cicon S.A. solicita el ajuste de precios al contrato en atención al alza desmesurada en los precios del cemento y del asfalto (fl. 891 - 892, c. 3).

1.5. Memorando de la Subdirección Técnica de Administración de Activos dirigida a la Dirección Técnica de Malla Vial, el 5 de julio de 2006, en el que se rinde concepto sobre la variación del precio del asfalto y cemento (fl. 893 – 896, c. 3):

Respecto al punto específico relacionado con su pregunta sobre si el alza presentada en el asfalto en el presente año es imprevisible, le informo que esta Subdirección elaboro el siguiente cuadro comparativo para este insumo tomando los valores de la página web de ECOPETROL en el periodo comprendido entre julio de 2004 y el 30 de junio de 2006 obteniendo lo siguiente:

(...)



Del cuadro y la gráfica anterior, podemos deducir que el alza presentada en el asfalto en lo que va corrido del presente año si era imprevisible, sin embargo, no en los porcentajes planteados por el contratista de 33.00% para el asfalto 80/100 de Barrancabermeja y 40.49% para el asfalto 60/70 de Aplay, si no en un 27.27% para el de Barrancabermeja y un 32.06% para el de Aplay.

Igualmente esta Subdirección recomienda que de ser viable legalmente el reajuste, se elabore un Análisis de Precio Unitario detallado, revisado y avalado por la Interventoria y visado por esta Subdirección para cada una de las actividades que involucren estos insumos, con el propósito de reajustar única y exclusivamente el asfalto ya que los restantes componentes (agregados pétreos, combustible de la planta, transporte y mano de obra, entre otros) con los cuales se elabora e instala la mezcla asfáltica utilizar en los contratos, no han sufrido variaciones que se puedan considerar imprevisibles como para que se deban reajustar con los índices del ICCP como lo propone el contratista, teniendo en cuenta la información del mercado que genera y administra esta Subdirección.

- 1.6.** Acta No. 2 de inicio del contrato No. IDU-BM-150-05 suscrita el 24 de agosto de 2006, en la que se estableció que el contrato debía finalizar el 24 de junio de 2007 (fl. 254 – 256, c. ppal 1).
- 1.7.** Acta No. 3 de suspensión del contrato No. IDU-BM-150-05 suscrita el 22 de septiembre de 2006. Se establecieron como causas de la suspensión (fl. 257 – 258, c. ppal 1):
 1. No se cuenta con el Pipma aprobado, por lo tanto, el formato No. 1 del Pipma no se encuentra radicado en el Dama.
 2. No se cuenta con el PMT aprobado por la STT.
 3. Se encuentra pendiente la aclaración por parte del consultor respecto al diseño de la estructura del pavimento.
- 1.8.** Acta No. 4 de reiniciación, suscrita el 9 de octubre de 2006 (fl. 271 – 272, c. 8).
- 1.9.** Oficio del 30 de mayo de 2007, mediante el cual Cicon S.A. pone de presente a la interventoría acerca de las anomalías presentadas por la temporada invernal (fl. 730 – 731, c. 3):

Muy atentamente ponemos de presente que como consecuencia de la temporada invernal que se presenta actualmente y que viene de tiempo atrás, ha tenido repercusiones negativas en las obras como son las siguientes:

- Imposibilidad de instalar rellenos debido a que los materiales de cantera y los materiales que se encuentran dispuestos en sitio vienen saturados.
- Cierre de las escombreras, que además de no realizar el suministro de material, no permiten que se boten sobrantes.
- Imposibilidad de extender pavimentos
- No se pueden hacer ningún tipo de obras relacionadas con las tuberías considerando que éstas van a flujos llenos y son inmanejables los caudales en los sitios donde se deben revisar los caudales.

Esta situación no puede considerarse como previsible por CICON S.A., toda vez que de conformidad con el último informe del IDEAM¹, *"las lluvias excedieron los promedios históricos en la mayor parte del territorio nacional";* adicionalmente manifiesta que *"se espera que mayo sea lluvioso en la mayor parte del país", así como que "durante junio, las regiones Caribe, Pacífica, Orinoquia y Amazonia (con excepción de algunas áreas en el trapecio amazónico), presentarían volúmenes considerables de lluvia, mientras que para los departamentos Andinos es probable una disminución, especialmente a mediados de mes. A largo plazo y de persistir aguas frías en el Pacífico tropical, así como temperaturas superficiales en el Atlántico por encima de lo normal, es probable que la temporada seca de la mitad de año esté acompañada de lluvias más frecuentes de lo normal para la época"*

Así pues, dejamos en evidencia que las constantes lluvias que exceden los promedios históricos generan situaciones con la que no contaba este Contratista y por ende no le pueden ser imputables.

1.10. Contrato adicional en plazo No. 1 al contrato No. IDU-BM-150-05, suscrita el 8 de junio de 2007, en el que se acordó prorrogar el plazo de ejecución en 3 meses y el contratista aceptó que ello no generaría costos adicionales para el IDU (fl. 251 – 253, c. ppal 1).

1.11. Otrosí No. 1 al contrato No. IDU-BM-150-05, suscrita el 29 de junio de 2007, en el que, de común acuerdo, se modificaron las zonas a intervenir (fl. 247 – 250, c. ppal 1).

1.12. Contrato adicional en plazo No. 2 al contrato No. IDU-BM-150-05, suscrita el 11 de septiembre de 2007, en el que se acordó prorrogar el plazo de ejecución hasta el 31 de octubre de 2007 y el contratista aceptó que ello no generaría costos adicionales para el IDU (fl. 245 – 246, c. ppal 1).

1.13. Resolución No. 5138 de 24 de octubre de 2007, por medio de la cual el IDU impuso una multa al contratista por "incumplimiento del cronograma de obra" (fl. 96 – 108, c. ppal 1):

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar que la sociedad CICON S.A en desarrollo de la ejecución del contrato No. BM- 150 de 2005, ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, de conformidad con lo consignado en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración, imponer a CICON S.A., una multa diaria de CUATRO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$4.776.933.00) M/CTE., equivalente al UNO (1) por mil del valor de las Obras de Construcción, por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación incumplida, es decir, a partir del 13 mayo de 2007, hasta que se satisfaga la obligación de terminar las actividades de rellenos en las zonas y grupos indicados en la parte motiva. Para su liquidación se tendrá en cuenta el límite del monto máximo establecido en cláusula 49.1 de los "Datos del Contrato", en concordancia con la cláusula 49.3 de las "Condiciones del Contrato".

ARTICULO TERCERO.- El valor de la multa impuesta a través de la presente resolución deberá ser descontado de los pagos a favor del contratista **CICON S.A.**, una vez se encuentre en firme el presente acto administrativo.

Si ello no fuere posible, el valor de la multa se hará efectivo y deberá cancelarse por la Compañía aseguradora **CONDOR S.A.**, con cargo al amparo de cumplimiento de la póliza No. NC179095 expedida el 28 de diciembre de 2005, y constituida con ocasión del contrato antes señalado.

De igual manera, y una vez en firme el acto administrativo, se comunicará a la Cámara de Comercio de la ciudad de Bogotá D.C., sobre el monto de la multa, de conformidad con lo previsto por el numeral 22.1 del artículo 22 de la ley 80 de 1993.

ARTÍCULO CUARTO- Notificar el contenido del presente acto administrativo al

- 1.14.** Contrato adicional en plazo No. 3 al contrato de obra 150 de 2005 suscrito el 30 de octubre de 2007, en el que se acordó prorrogar el plazo de ejecución hasta el 11 de diciembre de 2007 y el contratista aceptó que ello no generaría costos adicionales para el IDU (fl. 283 – 284, c. 8).
- 1.15.** Contrato adicional en plazo No. 4 al contrato de obra 150 de 2005 suscrito el 7 de diciembre de 2007, en el que se acordó prorrogar el plazo de ejecución en 3 meses y el contratista aceptó que ello no generaría costos adicionales para el IDU (fl. 285 – 287, c. 8).
- 1.16.** Reclamación presentada por Cicon S.A. el 7 de diciembre de 2007, respecto de todos los contratos que tenía suscritos con el IDU, solicitando que se restableciera el equilibrio económico por causas imputables al IDU (fl. 288 – 398, c. 8).
- 1.17.** Respuesta del IDU a la reclamación realizada por el contratista el 7 de diciembre de 2007, en la que se negó a restablecer el equilibrio económico del contrato por considerar que no había lugar a ello (fl. 399 - 481, c. 8).
- 1.18.** Resolución No. 6157 de 11 de diciembre de 2007 por medio de la cual el IDU impuso una multa a Cicon S.A. (fl. 14 – 26, c. 17):

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar que la sociedad **CICON S.A** en desarrollo de la ejecución del contrato No. BM-150 de 2005, ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales relacionadas con el cronograma de obra, de conformidad con lo consignado en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración, imponer a **CICON S.A.**, una multa de **CIENT MILLONES TRESCIENTOS QUINCE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$100.315.596,00)** equivalente del uno (1) por mil del valor de las obras de construcción por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación y hasta que satisfaga la obligación, es decir a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación incumplida. Para su liquidación se tendrá en cuenta el límite del monto máximo establecido en cláusula 49.1 de los "Datos del Contrato", en concordancia con la cláusula 49.3 de las "Condiciones del Contrato".

Valor del contrato de obra	5.448.572.211
Fecha en que el Interventor detecto el incumplimiento	09/11/07
Tiempo de incumplimiento	21 días
Valor multa	100.315.596

ARTICULO TERCERO.- El valor de la multa impuesta a través de la presente resolución deberá ser descontado de los pagos a favor del contratista **CICON S.A.**, una vez se encuentre en firme el presente acto administrativo. *WJ*

- 1.19.** Resolución No. 3995 de 10 de noviembre de 2008 por medio de la cual el IDU resolvió no reponer la resolución 5138 de 2007, por medio de la cual había multado al contratista (fl. 109 – 111, c. ppal 1).
- 1.20.** Certificación en la que consta que la resolución No. 5138 de 2007 quedó ejecutoriada el 30 de enero de 2009 (fl. 112, c. ppal 1).
- 1.21.** Oficio del 3 de marzo de 2006, mediante el cual Cicon S.A. solicita al IDU la entrega de la totalidad de estudios necesarios para la correcta ejecución del contrato (fl. 587, c. ppal 1).
- 1.22.** Oficio del 26 de julio de 2006, mediante el cual el IDU remite a Cicon S.A. los estudios y diseños faltantes y los informes sociales e informes finales de tránsito (fl. 592, c. ppal 1).
- 1.23.** Oficio del 28 de julio de 2006, mediante el cual el IDU remite en medio magnético la información correspondiente al informe de tránsito y los estudios y diseños de drenaje y subdrenaje ejecutados con el contrato 297 de 2003, que incluye entre otros, informe de drenajes y subdrenajes, memorias de cálculo, planos y fichas (fl. 589, c. ppal 1).
- 1.24.** Oficio del 24 de agosto de 2006, mediante el cual la interventoría entrega a Cicon S.A. el informe de drenaje y subdrenaje de las vías correspondientes al grupo 12 de diseños, zona 2, grupos 7 y 7ª (Lucero y El Tesoro), con los respectivos planos debidamente firmados por el consultor y la interventoría de los diseños (fl. 596, c. ppal 1).
- 1.25.** Oficio del 26 de octubre de 2006, mediante el cual la interventoría entrega a Cicon S.A. un plano que contiene detalle típico sumidero especial SRPSH2 y un plano que contiene muros de contención, muros de mampostería reforzada (fl. 597, c. ppal 1).
- 1.26.** Informe mensual de interventoría realizado el 18 de febrero de 2008 (fl. 3 – 36, c. 29):

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El pasado 11 de Febrero de 2008, finalizó la etapa de construcción, quedando pendiente por ejecutar un 4% de las obras, por ende se le ha solicitado al Contratista a lo largo de todos los comités de obra se incrementen recursos tanto de personal de obra como de materiales con el fin de terminar las obras.

Se ha solicitado al Contratista se adelante levantamiento de las obras finales de la vía, espacio público y ESPs, con el fin de elaborar los planos record y coordinar la entrega con las empresas, ya que solamente queda el mes de entrega.

Se ha solicitado al Contratista se de inicio a los remates de obra ya que el periodo comprendido entre el 11 de Febrero y 10 de Marzo de 2008 corresponde al mes de entrega.

Se ha solicitado nuevamente al Contratista se reparen las fisuras que se han presentado en los pavimentos, así como arreglar el texturizado ya que en algunos tramos presenta inconvenientes.

Se ha solicitado al Contratista se inicie la instalación de barandas de protección para el espacio público.

Se ha solicitado al Contratista se terminen las obras pendientes tales como remates de espacio público, terminación bocacalles, intersección grupo 5 y 6, realce cámara VRP Grupo 7.

- 1.27.** Testimonio de Samuel Enrique Martínez Arias, ingeniero civil, se desempeñó como director de obra por parte de Cicon S.A. del contrato IDU BM 150 desde la etapa de preconstrucción hasta el final del contrato (fl. 77 – 79, c. 6). Señaló que el IDU se tardó en entregar los estudios y diseños hasta agosto de 2006, que los entregó mal y que eso retrasó el inicio de la ejecución de la obra, causándole graves perjuicios a Cicon. Aseguró que, de lo que podía interpretar del contrato, "Cicon no tenía funciones de diseño, posiblemente el ajuste mínimo de algunos de los estudios presentados por el consultor". También señaló que no sabía exactamente el alcance de las modificaciones contractuales o los ajustes a los diseños. Tampoco tenía claro cuáles eran los requisitos o la documentación que tenía que presentar el contratista de obra para poder suscribir el acta de inicio. Finalmente, aceptó no tener fecha exacta de cuánto el contratista había cumplido con la totalidad de requisitos para firmar el acta de inicio.
- 1.28.** Testimonio de Carlos Alfonso Avendaño Cruz, ingeniero industrial, se desempeñó en el cargo de gerente administrativo y financiero por parte de Cicon (fl. 80 – 81, c. 6). Señaló que era claro "inferir que un contrato cuya fecha de terminación debió haber sido 10 meses posterior a la suscripción del acta de inicio" "se generaron sobrecostos en los recursos humanos, físicos y de maquinaria asociados al proyecto por todos los temas de diseño y problemática operativa a cargo del IDU".
- 1.29.** Testimonio de Anibal Enrique Ojeda Carriazo, gerente técnico de la firma Cicon S.A. (fl. 83 – 85, c. 6). Afirmó que el IDU no entregó los diseños o que los entregó incompletos o mal hechos. Aseguró que la no iniciación del contrato afectó a Cicon de dos maneras: no pudo contar con el anticipo tal como se tenía previsto y tuvo personal contratado durante estos 8 meses para poder atender los diferentes requerimientos y solicitudes del IDU. Indicó que hubo una mayor permanencia en obra por situaciones ajenas a Cicon y que Cicon no tenía por qué haber soportado. También aseguró que "las labores de rediseño le correspondían al IDU". En cuanto a las hojas de vida del personal que Cicon debía entregar, indicó que "hubieron varias entregas, pero no le puedo precisar una en particular (...) cuando me refiero a varias entregas lo que estoy indicando, es que o se hacían entrega de hojas de vida o de algunos certificados o documentos complementarios, que en su momento el IDU o la interventoría requerían".
- 1.30.** Testimonio de Salomón Niño Ortiz, coordinador de los diseños por parte de Cicon S.A. (fl. 86 – 88, c. 6). Aseguró que entre el momento en que se suscribió el contrato y agosto de 2006, el IDU hizo entregas parciales de los estudios y diseños. Señaló que por esta causa la obra inició realmente en el 2007, por lo que se podía "identificar fácilmente un incremento en el costo de toda la mano de obra y los materiales que usualmente se incrementan de un año a otro, situación que le tocó soportar al contratista, por cuanto el contrato no tenía fórmula de reajuste". Explicó que "el contrato estaba planteado ejecutar las obras en 8 meses, para lo cual se calculó unos gastos administrativos y operativos. Debido a la falta de claridad de los diseños y a los diferentes ajustes que tocó hacer el contrato se terminó ejecutando por más tiempo de lo previsto y esto ocasionó que el personal y en general toda la carga administrativa se mantuviera por más tiempo para ejecutar la misma cantidad de obra".
- 1.31.** Testimonio de Menzel Rafael Amin Avendaño, representante legal suplente de Cicon

S.A. (fl. 89 – 90, c. 6). Aseguró que el uso del anticipo no estaba supeditado al inicio de la ejecución del contrato sino a una firma conjunta entre la interventoría y Cicon. Reconoció que el PIPMA se entregó posterior a la fecha prevista porque el PMT era requisito previo para la presentación del PIPMA y aquel no había sido aprobado por la Secretaría de Movilidad. También reconoció que durante la ejecución del contrato, la interventoría le hizo varios requerimientos a Cicon por la baja disponibilidad de equipos, maquinaria y personal de obra necesario para intervenir en la obra.

1.32. Dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Joaquín Castillo Bustos el 1 de agosto de 2014 (c. 5).

1.33. Ampliación y complementación al dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Joaquín Castillo Bustos el 16 de diciembre de 2014 (fl. 543 - 551, c. ppal 2).

1.34. Ampliación y complementación No. 2 al dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Joaquín Castillo Bustos el 29 de febrero de 2016 (fl. 676 - 686, c. ppal 2).

1.35. Dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Wilmer Iriarte Restrepo el 23 de enero de 2020, para demostrar el error grave del dictamen pericial rendido por el ingeniero Joaquín Castillo Bustos (c. 10).

1.36. Aclaración y complementación del dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Wilmer Iriarte Restrepo el 11 de febrero de 2021, para demostrar el error grave del dictamen pericial rendido por el ingeniero Joaquín Castillo Bustos (archivo digital 031).

2. Pronunciamiento acerca de los dictámenes periciales que obran en el expediente.

Inicialmente se practicó el dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Joaquín Castillo Bustos, quien a partir de los elementos materiales probatorios respondió preguntas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones por parte del IDU, costos adicionales en los que incurrió Cicon, aspectos técnicos de la obra, entre otras.

En criterio de la Sala, al perito se le hicieron algunas preguntas que no correspondían a su especialidad, por lo que se limitó a citar textualmente lo establecido en los pliegos de condiciones. Así, por ejemplo, al ingeniero civil se le preguntó cuáles habían sido los costos adicionales de administración, equipo, personal e insumos en los que había incurrido Cicon por el no inicio oportuno de las obras, a lo que se limitó a citar textualmente apartes del pliego de condiciones y a aclarar que sobre el fondo del asunto debía pronunciarse el perito económico correspondiente. Con lo cual esta Sala coincide.

No obstante lo anterior, la Sala también observa que el perito Joaquín Castillo Bustos no respondió de fondo preguntas correspondientes a su profesión, como la pregunta 14 en la que se le pidió que explicara qué incidencia tenía para una obra civil de construcción de vías, el incremento en el régimen de lluvias durante la etapa de construcción, en especial de rellenos, cuando se exceden los márgenes previstos por el contratista y las previsiones del IDEAM, a lo que se limitó a citar 2 oficios de Cicon, sin emitir concepto al respecto.

Por lo anterior, la Sala considera que aunque no está acreditado un error grave en el dictamen rendido por el ingeniero civil Joaquín Castillo Bustos, en algunas de las preguntas

formuladas no se cumplió con el objetivo perseguido, pues en lugar de emitir su concepto como ingeniero civil, se limitó a responder citando los oficios de la interventoría, Cicon y el IDU. Labor que hace esta Sala al momento de fallar y analizar todos los elementos materiales probatorios que obran en el expediente.

Ahora, la parte demandante objetó por error grave este dictamen y solicitó el decreto y practica de otro para acreditar tal error grave; sin embargo, en criterio de la Sala, con el dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Wilmer Iriarte Restrepo no se acreditó error grave alguno. A este nuevo perito se le formularon preguntas diferentes a las formuladas al primero, que no conllevaban a analizar el dictamen anterior y así poder determinar si había un error grave. Además, no podía haber error grave si lo único que había hecho el perito era citar textualmente los oficios de la interventoría, IDU y contratista.

Así, por ejemplo, al nuevo perito se le hicieron preguntas como "Sírvese indicar, de conformidad con lo señalado en los pliegos de condiciones de la licitación y las cláusulas del contrato, cuáles eran las características principales del proceso de contratación, especificando particularmente el objeto, el alcance, el plazo, las etapas del contrato, la remuneración y la forma de la misma". Esta pregunta en nada es útil para verificar un error grave cometido en el primer dictamen pericial. Similar situación ocurrió con las diferentes preguntas formuladas al segundo perito.

Las únicas preguntas que tenían relación con el dictamen anterior fueron la No. 4, en la que se le preguntó al perito cuáles fueron las causas que ocasionaron que entre la suscripción del contrato y el acta de inicio transcurrieran 8 meses, a lo cual contestó que "la única causa" que se evidenciaba en las comunicaciones escritas es que los estudios y diseños necesarios para el traslado de redes no estaba listo (1.35); sin embargo, la Sala advierte que ello no es cierto, pues en el expediente obran elementos materiales probatorios que dan cuenta de la mora del contratista en la entrega del PIPMA, PMT y hojas de vida del personal que laboraría en la obra, con el cumplimiento de la totalidad de requisitos exigidos en el pliego de condiciones, tal y como se expondrá en el acápite de análisis probatorio de esta providencia.

Y la pregunta No. 17, en la que se le pidió al perito que indicara si debido a la extensión del plazo el valor de los precios de los insumos pudo verse afectado por el fenómeno inflacionario, a lo que respondió que, entrando en terreno financiero, seguramente sí había afectación por la variación del IPC. Sin embargo, esta pregunta y esta respuesta no corresponden a la especialidad del perito (es ingeniero civil y no contador o financiero) y no tiene un fundamento claro en el expediente contractual. Contrario a ello, dentro de los elementos materiales probatorios que obran en el expediente, se encuentra el análisis del área técnica del IDU y de la interventoría, que estudiaron específicamente la variación del precio del cemento, concreto, asfalto, entre otros. Luego, con esta respuesta tampoco se acreditó error grave alguno cometido en el primer dictamen.

De acuerdo con lo analizado, la Sala no tendrá en cuenta el último dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Wilmer Iriarte Restrepo, en tanto se había decretado para acreditar el error grave del primer dictamen rendido por el ingeniero civil Joaquín Castillo Bustos y ello no ocurrió. Además, porque el dictamen no lo rindió con base en los elementos materiales probatorios que obran en el expediente, sino con base en la información entregada en medio magnético por el representante legal de Cicon S.A. (1.36). Luego, cada dictamen pericial se rindió analizando información diferente.

Sobre el particular, la Sala recuerda que, el artículo 238.4 del CPC establece que las partes pueden objetar el dictamen por error grave, siempre que éste haya sido determinante para las conclusiones de los peritos. El error grave se presenta cuando se cambian las cualidades propias del objeto examinado o se toma por objeto de observación una cosa fundamentalmente distinta a la que es materia del dictamen, pues al apreciarse equivocadamente el objeto, necesariamente las conclusiones son erróneas⁵⁵. Supuestos que no ocurrieron en este caso.

3. Análisis probatorio.

3.1. Incumplimiento contractual.

De entrada, la Sala advierte que no declarará el incumplimiento contractual del IDU en tanto el contratista demandante no cumplió con su carga de formular un cargo de incumplimiento como tal. Tal y como lo ha expresado el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones⁵⁶, 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 perjuicio⁵⁷. Ninguno de estos dos supuestos se cumplió en este proceso.

La parte actora se limitó a solicitar de manera general en la pretensión primera de la demanda: "Que se declare el incumplimiento del IDU en la ejecución del contrato IDU-BM-150-05"; sin embargo, en todo el fundamento fáctico de ésta no se refirió al incumplimiento del IDU, sino únicamente a las causales por las cuales consideraba que se había configurado un desequilibrio económico del contrato.

Finalmente, la Sala pone de presente que en el proceso no se acreditó incumplimiento alguno por parte del IDU. Todo lo contrario, lo que sí se probó fue el incumplimiento del contratista, el cual fue declarado mediante diversos actos administrativos, que se encuentran en firme (1.13, 1.18, 1.19, 120).

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.

3.2. Restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

En cuanto a la solicitud de declaratoria de desequilibrio económico del contrato, a continuación la Sala estudia cada una de las causales señaladas por Cicon S.A., a fin de determinar si procede tal restablecimiento y en qué montos:

⁵⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 17 de 2007, Rad. nº. 05001-23-31-000-2000-03341-01 [fundamento jurídico 2 párrafo 16].

⁵⁶ 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)

⁵⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

3.2.1. Mora en el inicio de la ejecución del contrato.

El contratista demandante aseguró que la mora en el inicio de la ejecución del contrato obedeció a causas imputables al IDU, consistentes en la mora en la entrega de estudios y diseños y le acarreó perjuicios que a continuación se mencionan.

Al respecto es importante recordar que desde el mismo pliego de condiciones se estableció que las obras podían suspenderse con el objeto de que el IDU o el diseñador inicial o las empresas de servicios públicos o la entidad competente aclarara las observaciones hechas por el contratista a los estudios y diseños, "sin que esta suspensión genere costos adicionales para el IDU" (1.1).

En el proceso está acreditado que entre el mes de marzo y el mes de agosto de 2006, Cicon S.A. solicitó al IDU la entrega de la totalidad de estudios y diseños y está demostrado que el IDU los entregó en diferentes momentos durante ese periodo de tiempo (1.21 – 1.25); sin embargo, en el proceso también está acreditado que la mora en el inicio de la ejecución del contrato también obedeció a causas imputables al contratista, tales como no haber entregado los documentos iniciales del contrato: cronograma, flujo de caja, hojas de vida, PMT y PIPMA, requisito indispensable para dar inicio a las obras (1.17).

Aunque el director de obra contratado por Cicon aseguró que la mora en el inicio de la ejecución de la obra había sido por causas imputables al IDU, consistente en no haber entregado de manera oportuna y bien la totalidad de estudios y diseños, el mismo, en su testimonio, se contradijo al asegurar que no conocía cuáles eran los requisitos que el contratista debía cumplir para poder suscribir el acta de inicio y que desconocía la fecha en la que Cicon había cumplido con tales requisitos (1.27). Además, el director de obra aseguró que no era responsabilidad de Cicon ajustar los estudios y diseños; lo cual contradice lo establecido en el pliego de condiciones, tal y como se señaló arriba.

Lo mismo ocurre con el testimonio del gerente técnico de Cicon, quien aseguró que el IDU no entregó los diseños o que los entregó incompletos o mal hechos y afirmó que las labores de rediseño le correspondía al IDU (1.29). Y con el testimonio del coordinador de los diseños, quien afirmó que el IDU no entregó los estudios y diseños completos y a tiempo y que esa fue la única causa por la que la obra inició tarde (1.30).

Específicamente, en lo que tiene que ver con los diseños requeridos, esta Sala coincide con el análisis hecho por el perito Joaquín Castillo Bustos, en el sentido de indicar que "los proponentes en el momento de ofertar y hacer su propuesta debían contar con todos los documentos que la licitación mencionaba y es tan así que en los pliegos de condiciones así lo mencionaba. <<Los estudios y diseños para la ejecución de las obras de construcción podrán ser los mismos que el IDU puso a disposición de los proponentes.>> Por tanto, los proponentes tenían que disponer de los estudios, diseños y con mayor razón de los planos, para poder hacer una correcta propuesta" (1.32).

3.2.1.1. Mayores costos correspondientes a tener personal, recursos y equipos disponibles durante 8 meses sin hacer nada, lo cual costó \$899'653.717.

Tal y como lo señaló la interventoría en la respuesta a la reclamación elevada por el contratista el 7 de diciembre de 2007 (1.17), Cicon S.A. se demoró en presentar las hojas de vida del personal que laboraría en la obra y en atender los requerimientos hechos por la

interventoría, en tanto el personal inicialmente presentado no cumplía los requisitos señalados en el pliego de condiciones. Dado que las hojas de vida del personal sólo se aprobaron hasta el 30 de agosto de 2006, no se encuentra acreditado en el expediente que el personal que finalmente estuvo vinculado a la obra hubiere estado contratado 8 meses antes de iniciar la ejecución del contrato, devengando salario sin realizar ninguna actividad.

Lo asegurado por la interventoría lo corroboró el perito Joaquín Castillo Bustos, quien en la respuesta a la pregunta No. 4 indicó: "La lista del personal que laboraría en la obra sólo fue entregada el 18 de agosto de 2006, tal como consta en la comunicación que aparece a folio 38 de este dictamen pericial" (1.32). En la aclaración y complementación a su dictamen, el perito también indicó: "Para el suscrito perito ingeniero civil, es imposible definir con certeza si el contratista incurrió en gastos y costos durante el lapso transcurrido entre la firma del contrato y la firma del inicio de obra, ya que tanto en el expediente como en la consulta efectuada directamente en el archivo general del IDU no se encontró papelería de las hojas de vida de las personas o profesionales que aparecen en la licitación y los profesionales que 8 meses después estuvieron laborando en la obra" (1.33). Y, en la segunda parte de su aclaración y complementación señaló que "con fecha 24 de agosto de 2006 Cicon S.A. envió a interventoría el listado consolidado del personal que laboraría en la obra (...) De acuerdo con lo anterior se puede decir que apenas hasta el 24 de agosto de 2006, Cicon S.A. cumplió con el requisito de tener el personal que laboraría en la obra" (1.34).

El gerente administrativo y financiero de la obra por parte de Cicon señaló en su testimonio que era claro "inferir que un contrato cuya fecha de terminación debió haber sido 10 meses posterior a la suscripción del acta de inicio" "se generaron sobrecostos en los recursos humanos, físicos y de maquinaria asociados al proyecto por todos los temas de diseño y problemática operativa a cargo del IDU" (1.28). Sin embargo, ello no se acreditó en el expediente o no es un asunto que pueda presumirse.

Finalmente, el gerente técnico de Cicon reconoció en su testimonio que para poder iniciar la ejecución de la obra, Cicon debía entregar las hojas de vida del personal que iba a trabajar en la misma y que no tenía la fecha exacta de cuándo había ocurrido eso, pues se hicieron varias entregas, atendiendo a los requerimientos que el IDU y la interventoría hacían respecto a las hojas de vida presentadas (1.29).

3.2.1.2. Imposibilidad de hacer pronto uso del anticipo, lo cual implicó no poder sostener los precios ofertados por sus proveedores de materias primas, generando con ello un mayor costo al momento de comprarlas.

En el contrato se acordó que se daría un anticipo correspondiente al 30% del valor propuesto para las obras a precios unitarios, el cual se tramitaría una vez cumplidos los requisitos de legalización del contrato y el de interventoría (1.3).

Así, aunque el representante legal suplente de Cicon aseguró que el anticipo no estaba supeditado al inicio de la ejecución del contrato sino a una firma conjunta entre la interventoría y Cicon (1.31), lo cierto es que conforme al pliego de condiciones, para que se pudiera desembolsar el anticipo se requería el cumplimiento de los requisitos de legalización del contrato, lo que implicaba, entre otras cosas, tener el personal aprobado para la obra.

3.2.1.3. La ejecución del contrato estaba prevista para desarrollarse principalmente en el año 2006 y eventualmente en el año 2007, de tal manera que la oferta elaborada por Cicon S.A. partió de ese supuesto contractual. Sin embargo, lo cierto es que el contrato comenzó a ejecutarse a finales del año 2006, lo cual implicó que el contrato se estuviera ejecutando principalmente en el año 2007. Esta circunstancia afectó los precios de ejecución de cada actividad, haciendo más oneroso el cumplimiento del contrato.

Sobre el particular, es importante recordar que el numeral 13.4 del pliego de condiciones estableció expresamente que el contrato no estaría sujeto a ajuste de precios, por lo que el proponente debía considerar en los precios de su propuesta que la ejecución de las obras se llevaría a cabo "principalmente en el año 2006 y eventualmente en el año 2007" (1.1).

3.2.1.3.1. Así, por ejemplo, durante la ejecución del contrato se presentó una variación imprevista y desmedida en el precio del concreto, lo cual generó un sobrecosto de \$818'137.847.

La Sala observa que el 5 de mayo de 2006 Cicon S.A. solicitó el ajuste de precios al contrato en atención al alza desmesurada en los precios del cemento y del asfalto (1.4) y el 5 de julio de 2006 la Subdirección Técnica de Administración de Activos conceptuó en el sentido de indicar que, haciendo un estudio comparativo del precio del asfalto entre julio de 2004 y el 30 de junio de 2006 sí se había dado un alza en el precio del asfalto en lo que iba corrido del año 2006 imprevisible. Esto es, un 27.27 para Barrancabermeja y un 32.06% para Apiay (1.5); sin embargo, para tal fecha sólo se había celebrado el contrato, el 28 de diciembre de 2005 (1.3), aún no había iniciado su ejecución. El contrato inició su ejecución el 24 de agosto de 2006 (1.6), pero se suspendió nuevamente el 22 de septiembre de 2006 (1.7) por no contar con el Pipma aprobado, el PMT aprobado por la STT y por estar pendiente la aclaración por parte del consultor respecto al diseño de la estructura del pavimento, luego, hasta septiembre de 2006 el contratista no había tenido que adquirir asfalto y no hay prueba de cómo siguió la variación del precio del mismo con posterioridad a julio de 2006, que fue cuando la Subdirección técnica conceptuó.

Sobre el particular, la interventoría conceptuó en el sentido de indicar que si bien era cierto el cemento había subido desde diciembre de 2005, los ítems más representativos del contrato hacían referencia al concreto y no al cemento, y el precio del concreto sí se había mantenido, así como el de los prefabricados (1.17).

Por lo que en criterio de la Sala, no está acreditada tal variación imprevista y desmedida en el precio del concreto. Lo mismo ocurrió con los materiales de base y subbase granular, y sardinel prefabricado. Lo cual generó un sobrecosto de \$123'543.123.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que no hay lugar al restablecimiento económico del contrato por la mora en el inicio de la ejecución del contrato porque no se demostró que la causa no fuera imputable al contratista y sobre todo no se demostró que hubiere ocurrido un desbalance financiero. Así, no se demostró que la mora en el inicio de la ejecución del contrato hubiere ocurrido por causas imputables únicamente a la entidad contratante, en tanto el contratista también tuvo responsabilidad por no haber entregado el cronograma, flujo de caja, hojas de vida, PMT y PIPMA. Además no se acreditó haber tenido contratado personal durante 8 meses sin realizar labor alguna, ni tener equipos y maquinaria disponibles sin uso alguno. Tampoco se demostró la afectación por no haber

hecho uso del anticipo 8 meses antes, ni la variación imprevista y desmedida del precio del concreto y de materiales de base y subbase granular.

3.2.2. Los planos y diseños entregados por el IDU presentaban falencias.

Por otra parte, en criterio del contratista demandante, la mayoría de planos y diseños entregados por el IDU no se ajustaron a lo encontrado en terreno, por lo que tocó diseñar nuevamente las obras hidráulicas, lo que produjo demoras significativas en la obra, con las correspondientes consecuencias económicas. La elaboración de nuevos diseños costó \$236'000.000.

Además, los diseños entregados por el IDU no contemplaron muros estructurales para la construcción de obras de espacio público, lo que hizo necesario que Cicon S.A. ejecutara varios diseños para poder desarrollar las obras, incurriendo en gastos adicionales no contemplados en el momento de la elaboración de la oferta.

Sobre el particular es importante resaltar que desde el mismo pliego de condiciones la entidad contratante fue clara en señalar que era obligación del contratista hacer "los ajustes necesarios para garantizar el cumplimiento de los resultados" y precisó que "cualquier cambio debe mantener el balance económico original del contrato, es decir, que dichos cambios no generaran costos adicionales injustificados al proyecto" (1.1).

Además, en el acápite de Consideraciones especiales se señaló expresamente 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 periodo 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**; (iv) **la combinación de cualquiera de las anteriores**. También, se aclaró que cualquier cambio debía mantener el balance económico original del contrato, es decir que dichos cambios no generarían costos adicionales injustificados al proyecto (1.1).

Luego, no es de recibo que ahora el contratista reclame un desequilibrio económico del contrato por haber tenido que ajustar los diseños entregados por el IDU, pues desde el mismo pliego de condiciones se advirtió tal posibilidad y se aclaró que ello no podía generar un costo adicional para el contrato. Se dijo expresamente que el contratista podía adoptarlos, adecuarlos, modificarlos o adaptarlos "a su costo y bajo su responsabilidad".

3.2.3. Suspensiones y prórrogas del plazo de ejecución del contrato.

Finalmente, el contratista demandante indicó que las diferentes suspensiones y prórrogas del contrato que se hicieron por causas no imputables a éste, implicaron un desequilibrio económico en los componentes (i) de manejo de tráfico, señalización y desvíos y (ii) ambiental y de gestión social.

Al respecto es importante recordar que desde el mismo pliego de condiciones se estableció que las obras podían suspenderse con el objeto de que el IDU o el diseñador inicial o las empresas de servicios públicos o la entidad competente aclarara las observaciones hechas por el contratista a los estudios y diseños, "sin que esta suspensión genere costos adicionales para el IDU" (1.1).

Así, aunque está acreditado en el expediente que el contrato estuvo suspendido entre el 22 de septiembre de 2006 (1.7) y el 9 de octubre de 2006 (1.8), lo cierto es que tal suspensión obedeció, entre otras cosas, a que estaba pendiente la aclaración por parte del consultor respecto al diseño de la estructura de pavimento. Siendo ésta una causal de suspensión que no generaría costos, según el pliego de condiciones, no hay lugar a reconocimiento monetario alguno por este concepto.

Por otra parte, la Sala observa que el contrato adicional en plazo No. 1 celebrado el 8 de junio de 2007 (1.10) obedeció a actividades que no estaban contempladas en los pliegos de condiciones del contrato de obra, tales como (i) la inspección de redes de alcantarillado con CCTV y (ii) renovación y traslado de red de agua potable de 6". Además, hubo demora en la aprobación del PMT, la labor de excavación de roca tomó más tiempo del contemplado y necesidad de profundización de ductería de ETB. En tal oportunidad, las partes acordaron prorrogar el plazo en 3 meses y establecieron expresamente que dicha prórroga no generaría costos adicionales para el IDU. Luego, si las partes acordaron expresamente que tal prórroga del plazo de ejecución no generaría costos adicionales para el IDU, no es de recibo que ahora el contratista los reclame por vía de desequilibrio económico del contrato. Ello atenta contra el principio de buena fe contractual al que deben atender las partes de un negocio jurídico.

En línea con lo anterior, respecto al contrato adicional en plazo No. 2, celebrado el 11 de septiembre de 2007 (1.12), la Sala observa que obedeció a causas no imputables a las partes, consistentes en la negativa de la comunidad a autorizar el cierre de vías y la mora en el traslado de redes por parte de Codensa y ETB. Sin embargo, en las consideraciones del mismo se estableció que dicha prórroga no generaría costo adicional alguno para el IDU, luego no es de recibo tal reclamación en esta instancia.

Lo mismo ocurrió con el contrato adicional en plazo No. 3, celebrado el 30 de octubre de 2007, en el que las partes acordaron prorrogar el plazo pactado en el contrato principal "sin que por ello se generen costos adicionales para el IDU" (1.14).

En cuanto al contrato adicional en plazo No. 4, la Sala observa que en las consideraciones del mismo se señaló que según el informe No. 57 de interventoría, correspondiente a la semana del 5 de noviembre de 2007 al 11 de noviembre de 2007, el contrato presentaba un atraso del 34.61%. También se indicó que la interventoría consideraba viable prorrogar el plazo de ejecución en 3 meses, tal y como lo solicitaba el contratista, en aras de terminar la totalidad de las obras. En las mismas consideraciones se estableció claramente que otorgar tal prórroga no impedía que el IDU continuara con el proceso sancionatorio de incumplimiento que venía adelantando. Asimismo, en las cláusulas de dicho contrato adicional, el contratista no sólo aceptó que tal prórroga no generaría costo adicional alguno para el IDU, sino que se comprometió a asumir el costo de la interventoría y aceptó que se le impusieran multas adicionales si se volvía a atrasar en el cronograma (1.15). Luego, habiendo aceptación expresa de la mora en la ejecución del contrato por causas imputables al contratista, no hay lugar a reconocer un desequilibrio económico del contrato a su favor.

Así, aunque el coordinador de los diseños por parte de Cicon aseguró que la extensión en el plazo de ejecución del contrato ocasionó que el personal y en general toda la carga administrativa se mantuviera por más tiempo para ejecutar la misma cantidad de obra

(1.30), lo cierto es que ello no fue reclamado por el contratista en cada una de las suspensiones, prórrogas y modificaciones que se hicieron al contrato.

Ahora, aunque se le preguntó al perito Joaquín Castillo Bustos las razones por las cuales se modificó el contrato excluyendo zonas de la obra, ello no sirve de nada, pues lo cierto es que el contratista estuvo de acuerdo con tales exclusiones y no manifestó inconformidad alguna al respecto en su momento.

3.2.3.1. Componente de manejo de tráfico, señalización y desvíos.

En la cláusula 47.1 se pactó la suma de \$170'000.000 por concepto del valor global de los costos de manejo de tráfico, señalización y desvíos. Sin embargo, ese valor solo estaba contemplado para el plazo inicialmente acordado. Luego, si el plazo de ejecución del contrato se extendió, también debió aumentarse tal valor.

En efecto, en la referida cláusula se pactó que el manejo de tráfico, señalización y desvíos se pagaría a precio global fijo sin ajustes. Dicho valor sería dividido en el número de meses de la etapa de construcción y se pagaría una parte igual en cada acta mensual de pago de obra (1.3).

3.2.3.1. Componente ambiental y de gestión social.

El demandante señaló que en la cláusula 47.1 se pactó la suma de \$85'000.000 por concepto de valor global ambiental y de gestión social, el cual se pagaría proporcionalmente al valor facturado según avance de la obra; sin embargo, no se pudo facturar en su totalidad porque debido a la falta de diseños por parte del IDU no se pudo intervenir el corredor vial denominado Zona 4 Grupo 1, cuya obra equivalía al 33% del valor del contrato. Asimismo, los corredores Zona 2 Grupo 6 y Zona 2 Grupo 7 Zanjón de La Estrella fueron excluidos por decisión del IDU, lo que en total produjo una disminución de la obra a ejecutar en un 45%. Adicionalmente, el componente ambiental y de gestión social se estimó para el plazo de la obra pactado inicialmente. Debido a las prórrogas pactadas en el contrato, los costos de este componente debieron ser incrementados proporcionalmente, sin que el IDU hubiera hecho reconocimiento alguno por este concepto. CICON S.A. tuvo que asumir los costos correspondientes a la expedición de la resolución ambiental, la cual ascendió a la suma de \$2'180.909. En total, por concepto del componente ambiental y de gestión social, la suma de \$135'976.854.

Al respecto, la Sala considera que no es de recibo la reclamación del contratista consistente en que tuvo que asumir los costos correspondientes a la expedición de la resolución ambiental, pues desde el mismo pliego de condiciones se estableció que era obligación del contratista realizar cualquier gestión, "incluyendo (...) la tramitación de permisos y licencias para ejecutar a cabalidad el objeto del contrato" (1.1).

En cuanto a la reclamación de pago adicional por tal concepto se tiene que, en efecto, en la cláusula 47.1 del contrato se acordó que la gestión social y ambiental se pagaría a precio global fijo sin ajustes. Dicho valor se pagaría de acuerdo a lo establecido en el apéndice respectivo descrito en la Sección 9 (manejo ambiental y gestión social) proporcionalmente al valor facturado mensualmente según avance de la obra, y al cumplimiento de sus obligaciones (1.3). Luego, el IDU cumplió en estricto sentido lo pactado.

Adicionalmente, en cuanto al reclamo consistente en no haber podido facturar la totalidad del valor global ambiental y de gestión social porque el IDU eliminó algunas zonas por intervenir, la Sala advierte que ello se hizo mediante otrosí No. 1 suscrito el 29 de junio de 2007 (1.11), en el que las partes acordaron "modificar el numeral 1.1 de la Sección 4 Datos del contrato" en el sentido de suprimir las vías que allí se detallaron. Dicha modificación al contrato fue suscrita por el contratista demandante, sin observación alguna al respecto. Luego, no es de recibo que en esta instancia se reclame por un aspecto que no fue expresado en su momento a la entidad contratante. Ello atenta contra el principio de buena fe contractual.

3.2.4. Consideraciones finales.

Finalmente, la Sala resalta que, contrario a lo asegurado por el contratista, lo que se acreditó en el proceso fue que la mora en la ejecución del contrato obedeció a causas imputables a éste, por lo que se le impuso una multa mediante resolución 5138 el 24 de octubre de 2007. Acto administrativo que se encuentra en firme (1.13, 1.19, 120). En dicha resolución se resolvió declarar que la sociedad Cicon S.A. había incumplido sus obligaciones contractuales, pues aunque a la fecha de dicha resolución debía haber ejecutado el 42,46% del contrato, sólo había avanzado en un 28,40%. Como consecuencia de ello, se impuso a Cicon S.A. una multa diaria de \$4'776.933 por "cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación incumplida, es decir, a partir del 13 de mayo de 2007, hasta que se satisfaga la obligación de terminar las actividades de rellenos en las zonas y grupos indicados en la parte motiva".

El contratista también fue multado mediante resolución No. 6157 de 11 de diciembre de 2007 (1.18), por persistir el incumplimiento por atraso en el cronograma de obra. Para la semana 56 había un atraso del 13.55%

En la misma línea está el informe de interventoría realizado el 18 de febrero de 2008 (1.26), en el que se estableció que había quedado pendiente ejecutar un 4% de las obras, por lo que se le había solicitado al contratista a lo largo de todos los comités de obra que se incrementaran los recursos tanto de personal de obra como de materiales con el fin de terminar las obras. Asimismo, se le había solicitado al contratista que iniciara los remates de obra, reparara las fisuras que se habían presentado en los pavimentos, así como arreglar el texturizado que presentaba algunos inconvenientes.

Por otra parte, aunque el 7 de diciembre de 2007 Cicon S.A. presentó reclamación al IDU, alegando desequilibrio económico de todos los contratos que tenía suscritos con el IDU. Especialmente, en lo que tiene que ver con el contrato objeto de litigio, su reclamo se basó en (i) el inicio tardío de la obra; (ii) no realizar pago adicional por concepto del componente global de los costos de manejo de tráfico, señalización y desvíos por el tiempo adicional en que se prorrogó el contrato; (iii) no realizar el pago total del componente global ambiental y de gestión social; (iv) sobrecostos por mayor permanencia de la obra; (v) sobrecostos por transporte; (vi) sobrecostos derivados del incremento en el precio del concreto; y (vii) sobrecostos en los materiales de base y sub base granular (1.16); la Sala observa que el IDU negó tal solicitud con base en lo establecido en el pliego de condiciones y señalando que la mora en el inicio de la ejecución de la obra también obedeció a que el contratista no entregó las hojas de vida del personal profesional que laboraría en la obra, no entregó el programa de ejecución, cronograma del contrato de obra, el PIPMA y PMT y que el mayor tiempo de permanencia en obra obedeció a los incumplimientos de Cicon S.A. con respecto

a las obras programadas en sus propios cronogramas de obra, así como la dilación injustificada en la entrega de información e insumos necesarios para iniciar el contrato y para agilizar el proceso de aprobación de diseños tanto por parte de la interventoría como del IDU, así como de atrasos injustificados en la realización de obras inicialmente previstas prese a los continuos requerimientos de la interventoría por falla de personal, equipos e insumos necesarios, los cuales nunca estuvieron dentro de los proyectos en la cantidad suficiente para acometer en forma eficiente los mismos (1.17).

De acuerdo con lo expuesto, la Sala considera que no se acreditaron los presupuestos necesarios para considerar que hubo desequilibrio económico en el contrato objeto de litigio, en tanto no se demostró que hubiera ocurrido por causas imputables al IDU, que hubieren sido imprevisibles e irresistibles (cada prórroga, suspensión o modificación del contrato se hizo de mutuo acuerdo, sin que el contratista presentara observación alguna), y, en todo caso no se demostró que hubiera una afectación grave al patrimonio.

3.3. Liquidación judicial.

Finalmente, con base en los elementos materiales probatorios que obran en el expediente, no hay lugar a condenar a una de las partes a reconocer a la otra suma de dinero alguna, por lo que el contrato se liquidará judicialmente en \$0. No se aportaron elementos materiales probatorios que permitan establecer el estado de cuenta final del contrato. Tal y como lo señaló el perito ingeniero civil en su dictamen (1.31) no obra en el expediente acta de balance final de la obra, ni constancia de cantidades reconocidas. Así como tampoco se realizó el dictamen financiero requerido.

Sobre el particular, es importante recordar que la liquidación judicial es aquel balance, finiquito o corte de cuentas que realiza el juez sobre un determinado contrato estatal dentro de un proceso judicial, con base en lo que allí se haya acreditado.

Conforme al artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la liquidación de los contratos de obra, como el que ahora ocupa la atención de la Sala, es obligatoria. Por lo que, no habiéndose liquidado bilateral ni unilateralmente, corresponde al juez liquidarlo judicialmente, con base en los elementos materiales probatorios que obran en el expediente.

Ahora, en el presente asunto, sólo se discutieron las sumas de dinero reclamadas por el contratista demandante correspondientes al desequilibrio económico del contrato, por lo que no habiéndose acreditado tal desequilibrio y no habiendo prueba de deuda alguna a favor de alguna de las partes, habrá de liquidarse en \$0 el referido contrato.

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: Liquidar judicialmente en \$0 el Contrato No. IDU-BM-150-05 celebrado el 28 de diciembre de 2005 entre Cicon S.A. y el IDU.

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

TERCERO: Negar la objeción por error grave alegada por la parte actora en contra del dictamen pericial practicado en el plenario.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: 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

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.