

República de Colombia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”
ESCRITURAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintidós (2022).
(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha)

Expediente	250002326000201200341
Sentencia	SC3-08-22
Acción	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Demandante	CONSORCIO CONEXION – CONFORMADO POR: GFL CONSTRUCTION CORPORATION, CONSTRUCTORA ARKGO LTDA, EQUIPLUS S.A., INGENIERO CIVIL CONSULTOR E.U, y CESCO COMPAÑÍA DE ESTUDIOS DE SUELO Y DE CONSULTA LTDA
Demandado	INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU
Llamado en Garantía	FINANZAS S.A. CONFIANZA
Asunto	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
Tema	NULIDAD ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARÓ CADUCIDAD DE CONTRATO -

Surtido por la Magistrada Sustanciadora, el trámite previsto para el proceso ordinario, en los artículos 206 y siguientes del Código Contencioso Administrativo - CCA, encuentra para que la Sala provea.

Se precisa que la demanda primigenia fue interpuesta por la sociedad GFL CONSTRUCTION CORPORATION, integrante del CONSORCIO CONEXIÓN, y en oportunidad procesal, se vincularon a las restantes sociedades que integraban éste, a saber, CONSTRUCTORA ARKGO LTDA, EQUIPLUS S.A., INGENIERO CIVIL CONSULTOR E.U, y CESCO COMPAÑÍA DE ESTUDIOS DE SUELO Y DE CONSULTA LTDA, en atención a la configuración del litisconsorcio necesario, y en esta secuencia, se entenderá a lo largo de esta providencia como parte activa al CONSORCIO CONEXIÓN.

I. ANTECEDENTES

1.1. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

1.1.1- Conforme reseña el libelo introductorio¹, se tienen los siguientes **hechos**:

El Instituto de Desarrollo Urbano - IDU, mediante Resolución No. 3595 del 15 de septiembre de 2009, ordenó la apertura de la Licitación Pública IDU-LP-SGI-021-2009, y con Resolución No. 4632 del 19 de diciembre siguiente, la

¹ Folios 2 a 26 c. principal.

adjudicó al CONSORCIO CONEXIÓN y firmó el contrato de consultoría y obra número 068 de 2009, en los siguientes términos:

5.1. Objeto: “Estudios, diseño y construcción de las obras de la intersección a desnivel de la Avenida Laureano Gómez (ak 9) con calle 94 y su conexión con la Avenida Santa Bárbara (ak 19) correspondiente al proyecto con código de obra 104 del Acuerdo 180 de 2005 de Valorización, en Bogotá D.C.” (Cláusula 1).

(...) actividades generales: 5.1.1. ESTUDIOS Y DISEÑOS: Consiste en la realización de las actividades de consultoría necesarias para la elaboración de los estudios técnicos, diseños y planos que permitan la construcción de las obras objeto del contrato. 5.1.2. CONSTRUCCIÓN: Consiste en la ejecución de las obras de construcción de la intersección a desnivel de la Avenida Laureano Gómez (AK 9) con Calle 94 y su conexión con la Avenida Santa Bárbara. El valor del contrato fue fijado en la suma de \$ 45.868.513.717. (Cláusula 2), y el plazo 5 para su ejecución se pactó en el término de 17 meses contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Iniciación. (Cláusula 5).

Durante la etapa de estudios y diseños de las obras contratadas, el CONSORCIO CONEXIÓN, encontró que en el lugar de las obras existía una infraestructura de Acueducto y Alcantarillado que no estaba descrita en las especificaciones generales y particulares de la Licitación Pública IDU-LP-SGI021-2009, y que encontraba a cargo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB, situación que fue puesta en conocimiento del IDU, porque implicaba la realización de diseños y obras que superaban el objeto del Contrato IDU-068 de 2009 y, por lo mismo, el presupuesto y plazo para la ejecución de la intersección a desnivel de la Avenida Laureano Gómez (AK 9) con Calle 94 y su conexión con la Avenida Santa Bárbara (AK 19); no obstante, la entidad contratante sin aceptar modificar el contrato, exigió al contratista, la ejecución de las obras contratadas en los términos del Contrato IDU-068 de 2009.

Panorama en secuencia del cual, se suscribieron las siguientes actas, con el propósito, entre otros, de suspender el contrato y aumentar el presupuesto del Contrato IDU-068 de 2009, durante la ejecución del mismo:

- Acta No. 1 del 26 de noviembre de 2009, mediante la cual se procede a la iniciación del Contrato IDU-068 de 2009.
- Acta No. 2 del 11 de diciembre de 2009, mediante la cual se deja constancia del pago del anticipo por \$13.030.715.949, correspondiente al 40% del valor de la construcción y las redes.
- Anticipo que fue restituido por el CONSORCIO CONEXIÓN, al IDU, entidad que decidió no hacer uso del mismo, hasta que se definiera el alcance y presupuesto del Contrato.
- Acta No. 3 del 29 de diciembre de 2009, mediante la cual se fija el valor de las mayores cantidades de obra en \$ 17.000.000.000, quedando el

valor estimado del Contrato en la suma de \$ 62.868.513.717; teniendo como fundamento, informe de la Interventoría, que señaló:

“Estas mayores cantidades de Obra resultaron luego de realizar la recopilación de información en la Zona de Proyecto, en donde se hace necesario desviar la totalidad de las redes matrices de alcantarillado sanitario y pluvial, con la respectiva proyección que tiene la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en la zona del Proyecto y cuyos costos no se encuentran incluidos en el Contrato Inicial. Se incluye también las excavaciones, demoliciones de Pavimentos y la recuperación del mismo. Al igual que la recuperación del espacio Público afectado por el desvío de las redes. Las Mayores Cantidades de Obra son estimadas teniendo en cuenta que las definitivas resultaran al terminar la etapa de estudios y diseños y el valor a pagar resultará de multiplicar las cantidades ejecutadas por el correspondiente valor unitario.” (Subraya y negrilla fuera de texto).

- Acta No. 4 del 25 de mayo de 2010, por la que se suspende el término del Contrato por 30 días, debido a que en virtud a los requerimientos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá,

“se genera una problemática de orden técnico que conlleva a evaluar y adoptar una decisión definitiva y en lo posible conjunta entre el IDU y la EAAB, siendo necesario suspender el contrato hasta tanto se defina la alternativa que se construirá. Es de resaltar que el desvío de las redes de alcantarillado es la ruta crítica del proyecto y el punto de inicio de la construcción las obras”.

- Acta No. 5 del 25 de junio de 2010, por la que se amplía en 5 días el término de suspensión del contrato, toda vez que *“continúan vigentes las causas de la suspensión”* anterior.
- Acta No. 11 del 27 de octubre de 2010, protocolizando suspensión por noventa y cuatro (94) días, del término del contrato, con el propósito de hacer una evaluación detallada para determinar la viabilidad del proyecto, según no se aumentarán los costos presupuestales para la contratante y el valor del contrato, ajustándolos al valor real establecido en el presupuesto de obra remitido por el CONSORCIO CONEXIÓN mediante comunicación CCX 68-457-10 del 26 de octubre de 2010, que ascendía a \$ 147.668.639.448, estimado que superaba por mucho el disponible para el proyecto, el cual era de \$ 62.868.513.718.
- Acta No. 12 del 28 de enero de 2011 mediante la cual se amplía el término de suspensión del contrato por 60 días, puesto que se estaban *“adelantando mesas de trabajo entre el IDU y en Contratista para evaluar las especificaciones técnicas, las cantidades de obra y los precios unitarios de los no previstos”*.
- Acta No. 13 del 29 de marzo de 2011, mediante la cual se amplía el término de suspensión del Contrato por 30 días, por razón que *“se siguen adelantando las mesas de trabajo entre el IDU y el CONSORCIO CONEXIÓN para evaluar y conciliar las especificaciones técnicas, las cantidades de obras y los precios unitarios de los ítems no previstos. Lo anterior porque el contratista entregó el presupuesto de obra mediante el oficio CCX68-457-10 (Rad. IDU 20105260408522*

del 26/10/10), cuyo valor supera en gran medida el disponible para el proyecto; temas cuya definición por las partes es indispensable para determinar el presupuesto final de obra.”

- Acta No. 14 del 6 de mayo de 2011, mediante la cual se reinicia el Contrato IDU 068 de 2009.

Así mismo, el Contrato IDU 068 de 2009, fue objeto de las siguientes modificaciones:

- Otrosí No. 1 del 23 de noviembre de 2009, a través del cual se modificó los números de los correspondientes certificados de Disponibilidad Presupuestal.
- Otrosí No. 2 del 24 de mayo de 2010, a través del cual se modificó la cláusula 3º. Forma de pago, numeral A. Valor para los Estudios, Diseños y Aprobaciones.
- Otrosí No. 3 del 1 de julio de 2010, a través del cual se modificó la cláusula 5. PLAZO del contrato principal, aumentando el plazo de los Estudios Diseños y Aprobaciones de seis (6) a ocho (8) meses.
- Otrosí No. 4 del 16 de julio de 2010, a través del cual se modificaron los requisitos establecidos en el numeral 6.11 del CAPÍTULO 6 – descripción y alcance de las obras a contratar de los Pliegos de Condiciones, para los especialistas requeridos en el acápite referente al *“personal profesional requerido para la etapa de construcción”*.
- Otrosí No. 5 del 8 de septiembre de 2010, a través del cual se modificaron los requisitos mínimos establecidos en el numeral 6.11 del capítulo 6 – descripción y alcance de las obras a contratar de los Pliegos de Condiciones, para personal *“Residente de Proyecto CAT 4”* en el acápite referente al *“personal profesional requerido para la etapa de construcción”*.
- Otrosí No. 6 del 18 de noviembre de 2010, a través del cual se incluyó un párrafo en la cláusula 9. anticipo del contrato principal, que ordenó la apertura de una cuenta de ahorros en caso de que el contrato se suspendiera durante un período mayor de dos (2) meses.

Pese a que el CONSORCIO CONEXIÓN dio cumplimiento al Contrato IDU 068 de 2009, así como a las nuevas obligaciones que se derivaron con ocasión de la necesidad de desviar la totalidad de las redes matrices de alcantarillado sanitario y pluvial, con la respectiva proyección que tenía la

Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en la zona del Proyecto y cuyos costos no se encontraban incluidos en el Contrato Inicial, el 6 de octubre de 2010 con el oficio CCX68-439-10 el consorcio contratista entregó las estructuras hidráulicas correspondientes, respecto de las cuales no hubo manifestación alguna para generar planos definitivos.

El 26 de octubre de 2010, mediante comunicación CCX68-457-10 el CONSORCIO CONEXIÓN, entregó el presupuesto de obra, con APU's no previstos, por valor de \$147.668-693.488, el cual superaba ampliamente el presupuesto disponible del IDU, originado en los recaudos de valorización realizados con base en el Acuerdo 180 de 2005.

El 28 de marzo de 2011, mediante comunicación CCX68-517-11 radicada ante la Secretaría Distrital de Movilidad, bajo el número 56031, el CONSORCIO CONEXIÓN, entregó los planos de señalización del proyecto, en alcance a las observaciones planteadas en la reunión efectuada en la citada entidad; el 13 mayo siguiente, mediante comunicación CCX68-542-11, atendió las observaciones generales de los planos de las redes menores que se formularon a través del oficio EAAB 30500-2011-TC-RD-062-10/S-2011-1058660, y el 16 del mismo mes y año, con comunicación CCX68-543-11 hizo entrega, al Subdirector Técnico de Ejecución del Subsistema Vial del IDU, de los diseños corregidos de las estructuras de las pantallas de los deprimidos y los puentes peatonales.

El 17 de mayo de 2011, mediante comunicación CCX68-549-11, el CONSORCIO CONEXIÓN atendió las observaciones generales y particulares que se formularon a las redes de alcantarillado sanitario y pluvial a través del oficio EAAB 30500-2010-TC-RD-062-11/S-2011- 170286.

El 18 de mayo de 2011, mediante comunicación CCX68-553-11 dirigida a Peter H. Burrowes, Presidente de Ferrocarriles del Norte de Colombia – FENOCO S.A., el CONSORCIO CONEXIÓN atendió las observaciones frente a los documentos requeridos para obtener los permisos de uso temporal y definitivo del corredor férreo. Esta comunicación se radicó ante el IDU bajo el número 2011526054902, y ante el Instituto Nacional de Vías bajo el número 43122.

El 20 de junio de 2011, mediante oficio 30500-2011-1047/s-2011- 408480, la EAAB manifiesta al IDU que el consultor cumplió los parámetros requeridos para los diseños de redes menores de acueducto y, por lo tanto, les fue emitido aprobación hidráulica.

El 1 de julio de 2011, mediante oficio 25400-2011 la EAAB emitió su concepto de no objeción de la Red Matriz por parte de la Dirección Red Matriz Acueducto. El 22 de agosto de siguiente, mediante oficio No. 32530 el consorcio Gómez Cajiao – JOYCO aprobó el Plan de inspección, medición y ensayos.

El 4 de marzo de 2011, encontrado suspendido el Contrato IDU 068 de 2009, mediante Resolución 994, el IDU declaró que el CONSORCIO CONEXIÓN incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales e inició la actuación administrativa que culminó en la caducidad del Contrato, luego del siguiente trámite:

- El 25 de mayo de 2011, el Interventor del contrato con Oficio Rad, IDU No. 20115260555282 del 12 de mayo de 2011, solicitó la apertura del procedimiento administrativo tendiente a la declaratoria de caducidad.
- El 9 de junio de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Descargos, en la que GLF puso de presente que,

“esta citación a audiencia de descargos para caducidad aparte del corto tiempo para elaborar una defensa juiciosa, constituye una arbitrariedad por parte de los funcionarios del IDU que han ordenado esta iniciativa para mi representado GFL, en la Audiencia de Descargos del 18 de mayo1 plantee (sic) que el problema de fondo de este proyecto ha sido que desde su génesis constituyó una total improvisación, que los estudios de factibilidad arrojaban un costo de 106 mil millones de pesos, en el 2006 y calificaba esta alternativa como la menos conveniente, comparada con otras alternativas técnicas como pasos elevados y glorietas. De una manera atropellada una vez se firma el contrato se adiciona 17 mil millones de pesos para unas mayores cantidades de obras que no se basa en un estudio técnico serio, se inicia entonces la etapa de diseño de redes con el respectivo acompañamiento de los funcionarios del IDU encargados del proyecto, es así como este proyecto rebaza el valor contractualmente pactado con conocimiento de los funcionarios encargados del proyecto. En repetidas ocasiones hemos manifestado que tenemos derecho a que se reconozca el valor mayor de los estudios exigidos por la EAAB, y que se concediera el plazo para ejecutarlo. Que por responsabilidad el Consorcio no se acepta la presión de iniciar el proyecto sin tener definido el alcance, cantidades de obra y presupuesto final, por esa decisión juiciosa del consorcio la ciudad no ha sido impactada al no haber iniciado una obra, la cual en el momento que el IDU nos llamó a iniciar la obra, no tenía alcance, no definido el presupuesto total, por esta decisión el anticipo de construcción está en cuenta generando intereses, también dejo constancia que en lugar de definir el verdadero problema que tiene este proyecto, el cual consiste en que el alcance de los diseños está por fuera del objeto contractual debido a los requerimientos de la EAAB y que han sido de conocimiento del IDU y que por esos mismos requerimiento, el actual presupuesto con el que cuenta el proyecto es insuficiente con el conocimiento de los funcionarios del IDU, a tal punto que se nos manifestó a un anteproyecto que pasó el consorcio por 142 mil millones, que para el IDU el mismo presupuesto era de 90 mil millones de pesos, para mi representado en lugar de estar imponiendo multas sobre actividades de diseño que insisto no están dentro del contrato o realizando este tipo de procesos de caducidad a juicio es procedente mediante cualquier mecanismo de arbitramento que permita el contrato, determinar los diseños que están por fuera del alcance inicialmente pactado en el contrato, valorar los mismos y reconocerle este valor al contratista, luego a partir de estos diseños establecer el alcance del proyecto, su especificaciones técnicas, precios unitarios, presupuesto total y su programación de obra, una vez hecho este ejercicio el IDU podrá evaluar si tiene los recursos para ejecutar el contrato y de ser así el consorcio estaría dispuesto a iniciar inmediatamente. Si el IDU no tiene el presupuesto, lo más

lógico sería que se liquidara el contrato reconociéndole al contratista las actividades adicionales de diseño ha realizado y a partir que el IDU tuviera la totalidad de los diseños iniciar una nueva licitación, reitero que lo más juicioso en este momento es hacer una suspensión del proyecto y realizar el procedimiento que acabo de enunciar”

- El 21 de junio del 2011, se reanudó la precitada Audiencia de Descargos, en la que el representante legal de GLF después de hacer unas solicitudes al IDU manifestó:

“de otra parte quiero hacer notar mi desacuerdo con la posición de la interventora del contrato en la medida en que en mi opinión lo juicioso de su parte sería informar al IDU que sin haber terminado la fase de diseños y por consecuencia no tener determinado el alcance de especificaciones técnicas de contratación, Apus y presupuesto total de la obra que a todas luces supera el valor actual del contrato no es procedente haber dado inicio a la etapa de construcción y lo recomendable sería solucionar los aspectos técnicos pertinentes en el diseño para que luego el IDU determine si tiene el presupuesto para ejecutar la obra y de esta manera dar inicio del proyecto

El 30 de agosto de 2011, mediante Resolución No. 3765, el IDU declaró que el CONSORCIO CONEXIÓN, incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, que afectaba directa y gravemente la ejecución del contrato, llevándolo a la paralización, y consecuentemente, declaró la caducidad del contrato, lo dio por terminado y ordenó su liquidación.

Decisión confirmada mediante Resolución 4034 del 22 de septiembre de 2011. 15.

Seguidamente, el IDU abrió la Licitación IDU-LP-SGI-014 de 2011, para desarrollar el objeto del contrato caducado, haciendo uso de los diseños elaborados y entregados por el CONSORCIO CONEXIÓN, al que declaró incumplido, entre otras, por la no presentación de dichos diseños y terminó ejecutando la obra por un valor de \$ 170.000.000.000, es decir, por más de \$100.000.000.000 del presupuesto disponible para la ejecución del Contrato IDU 068 de 2009, circunstancia que constituye un hecho notorio de la ciudad de Bogotá.

1.1.2- En el reseñado contexto se formulan como **pretensiones:**

Se declare la nulidad de la Resolución No. 3765 de 30 de agosto de 2011 del IDU, por la que declaró la caducidad del contrato IDU 068 y se dio por terminado el mismo; de la Resolución No 4034 del mismo año que la confirmo, y de la Resolución No 4059 de 2011, por la que se aclaró la precitada Resolución 4034 del mismo año, todas ellas expedidas por el señor Director de Infraestructura del IDU.

Se declare que el IDU incumplió el contrato 068 suscrito con el CONSORCIO CONEXIÓN.

A título de restablecimiento del derecho, se condene al IDU (i) al pago de los perjuicios materiales correspondientes a los costos en la suma que

la activa tuvo que asumir con ocasión de la presentación de la oferta en la licitación que culminó con la celebración del contrato, y los gastos realizados en desarrollo del mismo; (ii) reintegrar a la activa los valores que ésta haya tenido que pagar al IDU, o a la compañía SEGUROS CONFIANZA S.A. – Garante del contrato-, por cualquier concepto relacionado directamente con las declaraciones y prestaciones dispuestas en las resoluciones que se acusan; (iii) conocer y pagar a la activa el valor correspondiente a las utilidades que hubiera debido percibir en el contrato, de haber podido llegar éste a su culminación, e (iv) indexar las suma de dinero de que tratan las pretensiones anteriores, junto con los intereses comerciales moratorios a la más alta tasa autorizada por la ley que se causen con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia y hasta el momento del pago, respecto de las sumas a que resulte condenado el IDU.

Se condene al IDU a cancelar las costas del proceso.

1.1.3- En el descrito panorama invocan a modo de cargos contra los actos acusados, las siguientes, **normas violadas y concepto de violación**

Los artículos 1, 6, 29, 123 y 209 de la Constitución Política de Colombia; 2, 3 y 35 del Código Contencioso Administrativo; 3 y 4 de la Ley 489 de 1998; 3, 18, 23, 24, 25, y 26 de la Ley 80 de 1993; 1602, 1609 y 1546 del Código Civil en consonancia con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Vulnerados por falsa motivación, bajo la réplica que los hechos que sustentan las decisiones administrativas no son ciertos, advertido en fundamento del enunciado cargo, conforme sigue:

Presupuesto de obra: como quiera que desde el 26 de octubre de 2010, el CONSORCIO CONEXIÓN, presentó el presupuesto del proyecto sin que el IDU, en forma oportuna procediera a la revisión y aprobación de los Opus contenidos en el mismo, y opto por entender incumplida la obligación porque “no contaba con la memoria de cálculo de cantidades de obra que lo soportaran”, evento que de admitirse conllevaría a haber sido requerido para la complementación del análisis y no haber declarado la caducidad del contrato.

Cronograma de obra: contrastado que no fue posible establecer el alcance real del proyecto por parte del IDU, ni se encontraron aprobadas por éste, las cantidades de obra que se debían ejecutar, tornando imposible presentar el cronograma; mientras el IDU admitió que sin existencia de un presupuesto aprobado no era dable aprobar un cronograma y *procedió entonces a rechazar el que fuera entregado por el contratista el 25 de junio de 2011 argumentando* “no cuenta con el soporte de un presupuesto debidamente aprobado”, conllevando a un razonamiento falso por “petición del principio”.

Señalización: como quiera que los diseños de señalización fueron aprobados por la Secretaría Distrital de Movilidad, de manera que no resulta plausible decretar incumplimiento a cargo del CONSORCIO CONEXIÓN, y aunque encontrará fundado, no conlleva a una paralización del contrato, y en tal secuencia era un problema que resultaba superable no siendo aceptable la declaratoria de caducidad del mismo.

Desvió red matriz: No trato de una carga impuesta contractualmente al CONSORCIO CONEXIÓN, por tal motivo no era exigible por la entidad pública exigir su cumplimiento.

Redes menores de acueducto: como quiera que si bien existió un atraso, en la radicación de la documentación ante TECNOCONSULTA LTDA, es igualmente cierto, es una situación que no constituye un incumplimiento grave que amenace la parálisis de la obra: no es menos cierto que el contratista hizo todo lo que le correspondía para que los diseños fuesen aprobados por la EAAB y así fueron aprobados.

Redes menores de alcantarillado estructuras, hidráulicas y estación de bombeo:

Redes menores de alcantarillado – contrastado que fueron entregados a TECNOCONSULTA LTDA, el 17 de mayo de 2011 a través de la comunicación CCX68-549-11, radicada ante la EAAB bajo el número E-045470, y el IDU atribuye el incumplimiento al no haber sometido el diseño a las correcciones pertinentes en el término de un mes, situación que no constituye un hecho grave de incumplimiento que requiriera la declaratoria de caducidad del contrato.

Estructuras hidráulicas y estación de bombeo: El IDU sancionó al CONSORCIO CONEXIÓN ante la posibilidad que la mora para atender las correcciones para efectos de la aprobación de diseños por la EAAB pueda afectar las etapas subsiguientes al proyecto, hecho no ocurrido y la mera posibilidad de existir no genera incumplimiento

Planes de manejo del tráfico: el trámite y aprobación de los PMT por la SMV no dependían del CONSORCIO CONEXIÓN, por lo que no es plausible sancionarlo por un hecho ajeno a su función, la cual se limitó a presentar PMT cumpliendo en términos con dicho trámite.

Plan de inspección, medición y ensayos: fueron aprobados el 22 de agosto de 2011, y el retraso del CONSORCIO CONEXIÓN no es suficiente para decretar caducidad.

Permisos férreos: en este punto el CONSORCIO CONEXIÓN cuenta con obligación de medio y no de resultado, correspondía a Ferrocarriles del Norte de Colombia – FENOCO S.A. emitir la aprobación correspondiente, por tanto, por tratarse de un hecho de un tercero no puede imputarse al contratista multa de caducidad.

1.2. ARGUMENTOS DE LA ACCIONADA

En contestación de la demanda, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, se opone a la prosperidad de sus pretensiones y argumenta como no cierto que, la EAAB mediante oficio No 30500-2011-1047/S-2011-408480 del 20 de junio de 2011, radicado IDU 201152600627542, emitió aprobación hidráulica a diseños, y por el contrario, los diseños nunca fueron aprobados y mediante comunicado 30500-2011-1240/S2011-478850 del 19 de julio de 2011, radicado IDU 20115260721612 la EAAB, hizo nuevas observaciones que nunca fueron respondidas por el CONSORCIO CONEXIÓN, algunas de las cuales fueron reiterativas; así como tampoco atendió la solicitud de entrega de los documentos definitivos del proyecto para asignarle un número.

Propuso como excepciones:

- i) *Inepta demanda*, por inconsistencias entre la solicitud de conciliación prejudicial respecto de la estimación de la cuantía y los

nuevos argumentos sobre falsa motivación que no se esgrimieron ante el Ministerio Público.

- ii) *Cumplimiento de los presupuestos legales para la declaratoria de caducidad del contrato 068 de 2009*, como quiera que la interventoría - Consorcio Gómez Cajiado –Joyco - evidenció que el CONSORCIO CONEXION incurrió en incumplimientos con relación a la ejecución del citado negocio jurídico contractual, colocando en grave riesgo su ejecución, perjudicando los fines de la entidad y comprometiendo los dineros públicos destinados para el objeto del contrato; situación esta que fue advertida previa la emisión del acto administrativo que declaro la caducidad, conforme acreditan las Resoluciones No. 1083 del 5 de abril de 2010 y 994 del 4 de marzo de 2011, por las que se impuso multa por incumplimiento de sus obligaciones al contratista; pese a ello los incumplimientos persistieron poniendo en riesgo la ejecución del contrato por lo que agotando el trámite legal correspondiente se emitió acto de declaratoria de caducidad.
- iii) *Inexistencia de falsa motivación y por ende, de nulidad de los actos administrativos acusados*, en tanto, tras un procedimiento administrativo con apego al debido proceso, se expresaron en extenso los fundamentos de las decisiones demandadas y conllevaron a la declaración de caducidad del contrato.

1.3- ARGUMENTOS DE LAS LLAMADAS EN GARANTÍA

1.3.1. La COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FINANZAS S.A., CONFIANZA, argumenta que con ocasión a la declaratoria del siniestro de incumplimiento del CONSORCIO CONEXIÓN, pago la suma correspondiente contenida en los actos administrativos demandados, sumas que no le ha sido reembolsada por aquel, y agrega, es inaceptable el llamamiento en garantía efectuado por el IDU, en tanto de prosperar las pretensiones del CONSORCIO CONEXIÓN, no está llamada a responder la aseguradora.

1.3.2. SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. advierte que las obligaciones derivadas de la póliza materia del llamamiento en garantía, encuentran honradas, en cuanto fueron pagadas con ocasión a la declaratoria de incumplimiento del CONSORCIO CONEXIÓN al contrato 068 de 2009, por lo que no está llamado a responder en el evento que resulte condenado el IDU, y de contera, no resulta de recibo el llamamiento en garantía formulado en su contra.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. La demanda fue radicada el 24 de febrero de 2012, ante la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl. 1 al 35 c. principal), correspondiendo por reparto del 27 de febrero de 2012, el conocimiento del asunto a la Subsección “B” Magistrado Ponente Leonardo Augusto Torres Calderón. (fl. 36 c. principal), y a través de auto del 16 de mayo de 2012, **se inadmitió la demanda.**

2.2. Con proveído del 11 de enero de 2013, en cumplimiento de lo dispuesto en los Acuerdos PSSA 11-8365 del 29 de julio de 2011, PSAA11-8922 del 9 de diciembre de 2011 y el PSAA11-9524 del 23 de junio de 2012, **la Subsección “C” de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca avocó el conocimiento del proceso** (fl. 43 y 44 c. principal).

2.3. Con auto del 11 de marzo de 2013, se admitió la demanda, una vez satisfecho el inadmisorio, y se dispuso su notificación personal al extremo pasivo (fl. 68 c. principal), y con auto del 15 de julio de 2013, **se admitió la reforma al libelo introductorio.** (fl. 149 c. principal).

2.4. El 22 de julio de 2014, se admitió el llamamiento en garantía realizado por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, contra la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA S.A. y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DEL ESTADO S.A. (fl. 61 al 64 c. 4).

2.6. Con proveído del 7 de abril 2015, **se abrió el proceso a pruebas**, y con auto del 26 de mayo siguiente, se adicionó el mismo (fls. 161 al 164 y 214 al 215 c. principal).

2.7. A través de proveído del 11 de julio de 2019, se cerró la etapa probatoria y **corrió traslado para alegar de conclusión**, oportunidad en la que ejercieron su derecho la activa, el Instituto de Desarrollo Urbano y la llamada en garantía – Seguros del Estado S.A. conforme sigue:

2.7.1. EL CONSORCIO CONEXIÓN, reiteró sobre los hechos y pretensiones de la demanda, concluyendo que cumplió con sus obligaciones en la medida de lo posible a pesar del grave incumplimiento del IDU, entidad que no contaba con disponibilidad presupuestal para ejecutar el contrato, contrastado que, por las novedades encontradas, su valor ascendió a la suma de \$170.000.000.000.

Reitera en que el 26 de octubre de 2010, presentó el presupuesto del proyecto, sin que el IDU, en forma oportuna procediera a la revisión y aprobación de los Opus que contenía, optando por declarar incumplida la obligación por no contar con la memoria de cálculo de cantidades de obra que lo soportaban, cuando el deber era buscar la complementación del análisis y no declarar la caducidad del contrato.

Asimismo, enfatiza que la entrega del cronograma de obra debe hacerse una vez se han aprobado los Opus de las actividades no previstas, porque mientras tanto, mal puede el contratista programarlas, y no obstante, entregó el cronograma y si bien el IDU presentó observaciones, ha debido proceder a requerir para que se le diera alcance, y no declarar la caducidad.

Insiste que el aducido incumplimiento de planes de manejo de tráfico resulta por hechos imputables al IDU, entretanto respecto de la entrega de aprobación de diseño por parte de la EAAB - por redes menores de acueducto, y aunque existió un retraso en la radicación de la documentación ante TECNOCONSULTA LTDA, aquel no constituye argumento suficiente para declarar la caducidad del contrato.

Respecto de las redes menores de alcantarillado, reitera que resulta infundado por ser hecho futuro desconocido; y que no haber dado respuesta a las observaciones en un término de un mes no conlleva per se a tener como grave incumplimiento.

Respecto de las estructuras hidráulicas y estación de bombeo, insiste en que el IDU, le imputa un incumplimiento que no ha sido pactado contractualmente.

En relación del desvió de la red matriz, reitero que la declaración de caducidad por un hecho – incumplimiento inexistente resulta un claro abuso del poder por parte del IDU, y que el retraso en el plan de inspección, medición y ensayos no constituía causal suficiente para declarar la caducidad del contrato.

2.7.2. El INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, indicó que las pretensiones no pueden prosperar porque el incumplimiento contractual por parte del CONSORCIO CONEXIÓN, afectaba la ejecución del negocio jurídico, y ello comportó la declaratoria de caducidad, situaciones estas que se logran corroborar con los medios de prueba documentales y testimoniales que reposan en el plenario. (expediente digital SAMAI).

2.7.3. La LLAMADA EN GARANTÍA – SEGUROS DEL ESTADO, se limita a señalar la improcedencia del llamado en garantía realizada por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU (expediente digital SAMAI).

2.8. Encontrándose el proceso para fallo, se advirtió la falta de integración adecuada de la activa, contrastado que solamente una de las sociedades que componían el CONSORCIO CONEXIÓN había radicado la demanda, a saber, GLF CONSTUCTION CORPORATION.

Secuencia en la que se ordenó **vincular en calidad de litisconsortes necesarios a** CONSTRUCTORA ARKGO LTDA, EQUIPLUS S.A., INGENIERO CIVIL CONSULTOR E.U, y CESCO COMPAÑÍA DE ESTUDIOS DE SUELO Y DE CONSULTA LTDA, en su condición de miembros del CONSORCIO CONEXIÓN.

2.9. Cumplida la notificación personal de las sociedades vinculadas como litisconsortes necesarias, en condición de miembros del CONSORCIO CONEXIÓN, y vencido el término otorgado para intervenir en el proceso venció el termino en silencio.

2.10- Con auto del 6 de septiembre de 2021, se declaró el no decreto probatorio en sede de litisconsorcios necesarios **y se les corrió traslado para alegar a los litisconsortes necesarios quienes guardaron silencio.**

Por su parte la activa, pasiva y llamado en garantía reiteran sus escritos de alegatos.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. ASPECTOS DE EFICACIA Y VALIDEZ

3.1.1. Reitera satisfecho el presupuesto de jurisdicción y competencia, contrastado que en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993², la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 132 del C.C.A., es de conocimiento en primera instancia, del tribunal administrativo, contrastado que la cuantía de la pretensión excede de los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes - s.m.l.m.v. para la fecha de presentación de la demanda.

3.1.2. La acción de controversia contractual, es la vía procesal idónea, y encuentra cumplido el requisito de legitimación procesal en la causa por pasiva y por activa, comoquiera que la acción de controversias contractuales

² Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.

tiene como propósito que las partes pidan al juez declaraciones en torno al contrato que los vincula, y en este caso, tanto activa como pasiva, corresponden a las partes que suscribieron el contrato de consultoría y obra número 068 de 2009 entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO y el CONSORCIO CONEXIÓN.

3.1.3. Advierte satisfecho el requisito de oportunidad de la demanda, contrastado que el CONSORCIO CONEXIÓN, dirigió sus pretensiones contra la Resolución 3765 de 30 de agosto de 2011 del IDU, por la que se declaró la caducidad del contrato IDU 068 y se dio por terminado el mismo; la Resolución No 4034 del 22 de septiembre siguiente, que confirmó la anterior decisión en sede de reposición, y la Resolución No 4059 del 27 de septiembre de 2011 que aclaró la precitada, y aunque encuentra probado que el mencionado negocio jurídico contractual, se liquidó bilateralmente través de Acta 19 del 20 de marzo de 2012, este evento no tiene incidencia en la contabilización del término caducidad.

Es así considerado que el Código Contencioso Administrativo C.C.A, normativa que reitera rige este trámite procesal, dispone en el numeral 10 de su artículo 136, con la reforma introducida por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, así:

“(…)

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento.

f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento.

Preceptiva de la que se establece, consagra una regla general para el cómputo de la caducidad tratándose de controversia contractual, a saber, la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho, y otras reglas según encuentre sometido a liquidación. No obstante, conforme decantaba la regla jurisprudencial construida en hermenéutica de la transcrita disposición, sin perjuicio que el contrato encuentre sometido a liquidación y esta se lleve a cabo, el término de caducidad se contabiliza a partir del acto del que se pretende la nulidad cuando no se acusa la decisión de liquidación, caso concreto. Indica en este tópico el Consejo de Estado:

“(...) cuando junto con los actos administrativos de caducidad se demandan los de liquidación unilateral resulta procedente computar la caducidad desde cuando esta última se verifica.

(...)

Lo anterior refuerza el entendimiento aquí expuesto, toda vez que es claro que cuando las pretensiones involucran las decisiones de la liquidación los supuestos de hecho y derecho también involucran a ese trámite, razón por la cual resulta admisible la postura citada en la que se afirma que el trámite liquidatorio impactará el estudio de la caducidad; sin embargo, no ocurre lo mismo, cuando, como sucede en el sub lite, se demandan exclusivamente las decisiones de caducidad, en tanto será esta última la causa de la demanda y, por consiguiente, la regla general aplicable para el cómputo de la caducidad adquiere plena operancia.

En ese orden, es claro que los interesados en demandar actos administrativos contractuales, como el que aquí se cuestiona, tienen dos posibilidades: demandarlo por separado o en forma conjunta con la liquidación. Si deciden lo primero deben tener en cuenta que para el término de caducidad no se considerará el trámite de liquidación, en tanto de forma voluntaria prescindieron de cuestionar este último por lo que mal haría en considerarse un aspecto que no es objeto de cuestionamiento para los solos efectos de la caducidad. En el segundo evento, la caducidad deberá considerarse el fenómeno liquidatorio, toda vez que es objeto de cuestionamiento. Lo anterior deja en evidencia que no se trata de privilegiar una interpretación desfavorable de la norma en cuestión, sino de darles plenos efectos a los supuestos del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, con la reforma introducida por la Ley 446 de 1998, en tanto si los interesados deciden voluntariamente ejercitar su acción en cualquiera de los dos escenarios descritos las consecuencias como las que se derivan de la caducidad deberán considerarse para presentar una demanda en tiempo.

Vale tener en cuenta que no sucede lo mismo en tratándose de supuestos de incumplimientos, donde la Sección se ha decantado por diferir el fenómeno de la caducidad para el momento de la liquidación²¹. Lo anterior, en tanto los hechos del incumplimiento no alcanzan un estado definitivo hasta cuando el juez se pronuncia sobre ellos y además siempre frente a ellos se admite la posibilidad de transigibilidad. Ese entendimiento favorece el buen ambiente en las relaciones contractuales y privilegia el mandato constitucional de arreglo directo de las diferencias entre las partes; sin embargo, los actos administrativos son decisiones que alcanzan nivel de ejecutividad y ejecutoriedad en sede gubernativa, además de encerrar facultades que son irrenunciables para la entidad contratante y sobre las cuales no se podrá transigir, sin perjuicio de lo que legalmente se permite frente a la conciliación de los efectos económicos de los actos administrativos, es decir, cuando las autoridades ya han materializado dichas facultades.”³

En este orden y conjugado que en el caso sub judice, el último de los actos administrativos que integran la decisión administrativa de declaratoria de caducidad y terminación del contrato de consultoría y obra 068 de 2009, fue la Resolución No. 4059 del 27 de septiembre de 2011, el término de caducidad

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), CONTEO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD CUANDO SE DEMANDAN ACTOS CONTRACTUALES SIN INCLUIR EL ACTO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Interpretación / CONTEO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD CUANDO SE DEMANDAN ACTOS CONTRACTUALES Y EL ACTO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Regla

vencía el 28 de noviembre de 2013, y en consecuencia como la demanda fue presentada el 24 de febrero de 2012 (fl. 1 c. principal) se tiene que fue presentada en término. Consideración que fortalece, contrastado el agotamiento del requisito de procedibilidad, que finiquitó con certificación emitida el 22 de febrero de 2012, por la Procuraduría 132 Judicial II para asuntos administrativos, y advertido que en trámite del mismo por preceptiva del artículo 21 de la Ley 678 de 2001, suspende el conteo del término de caducidad.

3.1.4. No prospera la excepción previa de Inepta demanda, de la que se precisa, resuelve en sentencia, conforme al esquema procesal del Código Contencioso Administrativo – C.C.A., que aplica en el sub-lite, y su no prosperidad estriba en que las presuntas inconsistencias que invoca la pasiva en agotamiento del requisito de procedibilidad, respecto de estimación de la cuantía y los nuevos argumentos sobre falsa motivación que no se esgrimieron en el trámite de la conciliación prejudicial, resultan insuficientes, contrastado que la exigida identidad con la demanda, no comporta imposibilidad de mejorar en ésta y respecto de la convocatoria a surtir trámite conciliatorio, los argumentos de sustentación de las pretensiones, o de variación en la determinación de la cuantía.

3.1.5- En orden de las valoraciones que anteceden, revisada la actuación surtida no se observa irregularidad, menos aun con entidad para edificar nulidad procesal y evidencia que el trámite se cumplió con sujeción al rito del proceso ordinario contencioso administrativo previsto en el Decreto 01 de 1984 y normativa que lo adiciona y modifica; consecuentemente, el proceso se encuentra en estado de proferir sentencia de mérito.

3.2. FIJACIÓN DEL DEBATE.

3.2.1. La controversia se suscita porque en tesis del CONSORCIO CONEXIÓN, encuentran afectados de nulidad, los actos por los que se declaró la caducidad del contrato IDU -068 de 2009, por falsa motivación contrastada la inexistencia de los invocados incumplimientos de sus obligaciones contractuales, o no colocación en riesgo la ejecución del objeto contractual; invocando como cumplidas sus obligaciones relacionadas con: i) presupuesto de obra, ii) cronograma de obra, iii) señalización, iv) desvió red matriz) redes menores de acueducto, vi) redes menores de alcantarillado estructuras, hidráulicas y estación de bombeo, vii) redes menores de alcantarillado, viii) estructuras hidráulicas y estación de bombeo y ix) planes de manejo del tráfico

3.2.2. En contraste aduce el IDU, que los incumplimientos del contratista, colocaron en riesgo la ejecución del objeto contractual, visto que, i) no entregó de presupuesto debidamente sustentado, ii) no entregó en debida forma el cronograma, iii) no gestionó la aprobación de los planes de manejo de tráfico PMT's, y iv) no gestionó la aprobación de los PMT's para el desvío de las redes de alcantarillado.

3.3.3 En el descrito panorama, si bien todos los asuntos reseñados por la demandante fueron objeto de estudio en los actos acusados, asume categórico en cuanto delimitación del debate que, **la declaratoria de caducidad gravita exclusivamente sobre precitados hechos configurativos de incumplimiento,** a saber, i) no entrega de presupuesto debidamente sustentado, ii) no entrega en debida forma el cronograma, iii) no gestión de la aprobación de los planes de manejo de tráfico PMT's, y iv) no gestión de la aprobación de los PMT's para el desvío de las redes de alcantarillado, y en consecuencia, se centrara en estos, el estudio de la acusación, y asume como **problema jurídico:**

¿La declaratoria de caducidad del contrato IDU -068 de 2009, encuentra afectada de nulidad, por falsa motivación al invocar del CONSORCIO CONEXIÓN, i) no entrega de presupuesto debidamente sustentado, ii) no entrega en debida forma el cronograma, iii) no gestión de la aprobación de los planes de manejo de tráfico PMT's, y iv) no gestión de la aprobación de los PMT's para el desvío de las redes de alcantarillado, o los enlistados incumplimientos encuentran fundados y colocaron en riesgo la ejecución del objeto contractual?

3.3. ASPECTOS SUSTANCIALES

En labor de desatar los interrogantes planteados es tesis de la Sala, que la Resolución No. 3765 del 30 de agosto de 2011, a través de la cual se declaró la caducidad, se termina el contrato y constituye el siniestro por el incumplimiento del contrato de Consultoría y Obra del IDU No 068 del 19 de noviembre de 2009; la Resolución No 4034 del 22 de septiembre de 2011, por la que se confirma la anterior decisión en sede del recurso de reposición, y la Resolución No 4059 del 27 de septiembre de 2011 por la que aclara la precitada, no encuentran afectadas de nulidad por falsa motivación, contrastado que no encuentran probados el cumplimiento en la entrega de presupuesto debidamente sustentado, la entrega de cronograma, ni aprobados los planes de manejo de tráfico PMT's, y las razones expuestas por el CONSORCIO CONEXIÓN, no resultan suficientes para tener como justificadas las causas de su incumplimiento, en tal secuencia no se encuentra

desvirtuada la presunción de legalidad respecto de los mismos, por lo que se negaran las pretensiones de la demanda.

En fundamento y previo análisis del caso en concreto, se abordarán las siguientes **premisas normativas**:

3.3.1. Los contratos se rigen, en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos, por la normatividad vigente al momento de su nacimiento o celebración, y en ellos, se entienden incorporadas las leyes existentes al momento de su celebración. En este sentido prescribe el artículo 38 de la ley 153 de 1887 y, consonantemente, dispone el artículo 78 de la Ley 80 de 1993, que los contratos, procedimientos de selección y procesos judiciales en curso a la fecha de su entrada en vigor continuarán sujetos a las normas existentes al momento de su celebración o iniciación y, por consiguiente, las leyes nuevas carecen, en principio, de la virtualidad para afectar las relaciones jurídicas negociales consolidadas.

El órgano de Cierre de esta jurisdicción ha concluido que al desatarse una controversia jurídica habrá de aplicarse la jurisprudencia vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, e indica en fundamento de tal premisa así:

“i) Es deber del Juez y la administración, al momento de identificar y construir la norma de conducta y de juicio, aplicar los criterios jurisprudenciales vigentes para la fecha de los hechos en que se fundan la controversia, pues estos hacen parte del marco de legalidad histórica a ser observado, ii) es criterio general, no limitado a expresos y singulares casos puntuales, que todo cambio de precedente jurisprudencial referido a las competencias estatales, derechos o mecanismos de protección debe ser adoptado e interpretado con efecto prospectivo o a futuro, iii) siempre que se alegue por uno de los sujetos procesales una situación de tránsito jurisprudencial, ello debe ser considerado expresamente por tales autoridades a los fines de verificar tal situación y determinar cuál era el criterio jurídico fijado para entonces, sin perjuicio del deber oficioso de la autoridad de aplicar el derecho vigente, iv) la misma naturaleza de lo que se viene de decir impone precisar que esa protección a la confianza legítima solo puede atribuir a la existencia de un criterio jurídico bien formado en la jurisprudencia, ora por su reiteración o por estar fundado en una decisión de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, de ahí que no se pueda predicar la misma certeza cuando se advierten tesis imprecisas o contradictorias en la Corporación y, v) la retroactividad del precedente viola la cláusula de Estado de Derecho y el deber general del Estado respecto a las garantías judiciales, debido proceso, libertad e igualdad y, por contera, a la confianza legítima creada de manera objetiva por las autoridades estatales en el desarrollo de sus actos”⁴.

En este orden, asume relevancia que el contrato génesis de la controversia *sub-lite*, fue celebrado el 19 de noviembre de 2009, en vigencia de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes.

3.3.2. Es de la administración pública contratante, la potestad exorbitante de declarar la caducidad del contrato, y comporta sanción para el contratista cuyo incumplimiento coloca en riesgo la realización del

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 06 de abril de 2018, Rad. 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005).

objeto contractual. Consagrada en el artículo 18 del Estatuto General de Contratación Pública – Ley 80 de 1993, se define como la estipulación negocial, en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre⁵.

En este mismo sentido, el artículo 14⁶ de la Ley 80 de 1993 señala que las cláusulas excepcionales o poderes unilaterales de la administración son una herramienta para evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación.

En razón de lo anterior, la declaratoria de caducidad del contrato da lugar a las siguientes consecuencias: (i) dar por terminado el vínculo negocial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles las garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) configura para el contratista la inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas durante 5 años⁷.

Respecto de la caducidad, el Consejo de Estado ha sostenido que la caducidad del contrato es la sanción más drástica que la entidad pública puede imponer a su contratista, al entrañar el aniquilamiento del contrato y comportar para él la inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas durante el período fijado por el legislador⁸.

En cuanto a las características del poder exorbitante de caducar el contrato estatal, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia, se trata de una potestad de orden público y, como tal, inalienable, irrenunciable e intransmisible; goza, por tanto, de unas connotaciones particulares, atinentes a la autonomía,

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejero ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN, Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00200-01 (45121), Actor: DOS DISEÑO LTDA., Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE PATRIMONIO CULTURAL -IDPC-, Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

⁶ Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: // 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.// En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. // Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley. // 2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. (...)"

⁷ *ibidem*

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, exp. 20738, C.P. Enrique Gil Botero.

unilateralidad y proporcionalidad, según las cuales se ejerce a través de la expedición de actos administrativos debidamente motivados, que pueden ser ejecutados sin necesidad de acudir ante el juez, no puede ser objeto de renuncia o acuerdo de las partes, ya que está involucrado el interés público y debe ejercerse en forma proporcional, teniendo en cuenta el valor del contrato y la magnitud del incumplimiento⁹.

La legalidad de la declaratoria de caducidad, está supeditada a la concurrencia de los siguientes presupuestos, todos ellos necesarios y de obligatoria motivación en el acto administrativo correspondiente: (i) incumplimiento del contratista: comprobación acerca de la inejecución de una obligación que surge del contrato para el contratista; (ii) inexistencia de un incumplimiento determinante por parte de la entidad: la entidad estatal no puede ser responsable en alguna manera del incumplimiento del contratista; (iii) afectación grave del contrato: el incumplimiento del contratista no puede ser de cualquier obligación sino de una que afecte de manera directa y grave la ejecución del contrato; (iv) amenaza de parálisis: el incumplimiento grave de una obligación debe amenazar con paralizar definitivamente el contrato, a tal punto de convertirse tal incumplimiento del contratista en un verdadero obstáculo que impide la realización del objeto contractual y (v) no puede aparecer de súbito: la declaratoria de caducidad no puede ser repentina, por lo que, frente al incumplimiento advertido, la entidad debe efectuar requerimientos y agotar un procedimiento que garantice el debido proceso y el derecho de defensa del contratista. La ausencia de alguno de estos presupuestos afecta la validez de la determinación y origina un derecho resarcitorio para el contratista injustamente privado del contrato y afectado por la inhabilidad¹⁰.

En este sentido, el ejercicio de este poder excepcional supone una decisión motivada que sea el resultado de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso, tal como se explicará más adelante.

3.3.3. En marco del Código Contencioso Administrativo, en pretensión de nulidad de acto administrativo, es carga procesal del demandante, indicar las normas violadas y explicarse el concepto de violación, conforme prevé su artículo 137, al prescribir que, *en toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:*

“ (...)”

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2003, exp. 14431, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejero ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN, Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00200-01 (45121), Actor: DOS DISEÑO LTDA., Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE PATRIMONIO CULTURAL -IDPC-, Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

En este orden y atendiendo el carácter rogado de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en las demandas de nulidad el concepto de la violación se constituye en un parámetro para el ejercicio del control a ser ejercido por el juez de lo contencioso administrativo, pues el juez no puede estudiar más de lo que se le propone en la demanda, es decir, los motivos de violación alegados por el demandante y las normas que él mismo haya señalado como infringidas.

Por lo anterior, en principio, al juez de lo contencioso administrativo le está vedado examinar pretensiones a la luz de disposiciones diferentes de las invocadas en la demanda, es decir, que sus providencias se circunscriben solo a lo que allí se ha planteado, por ser la demanda el parámetro necesario para que el operador jurídico emita su pronunciamiento judicial según lo prevé el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., en estos términos lo ha indicado el Consejo de Estado¹¹:

“Esta Corporación, por su parte, ha precisado que la carga de indicar la norma violada y exponer el concepto de la violación es trasunto del modelo de justicia rogada que impera en la jurisdicción-contencioso administrativa¹². Esta jurisdicción se orienta, así mismo, por el principio dispositivo, por lo que el control de validez de los actos se circunscribe al estudio de las normas aducidas en la demanda y al concepto de la violación que así determina el ámbito de la defensa del demandado, el problema jurídico y el campo de decisión del juzgador¹³. Además, la presunción de validez del acto administrativo conlleva la carga de demostrar lo precisión la disposición violada o cuando se formulan acusaciones genéricas como concepto de la violación¹⁴.

En este orden de ideas, si el juez administrativo se basara oficiosamente en razones de invalidez distintas a las esbozadas como concepto de la violación¹⁵ o desentrañara argumentos implícitos¹⁶ –que vayan más allá de los fácilmente identificables¹⁷– estaría decidiendo por fuera de lo pedido (“extra petita”), lo que, además de trasgredir el principio de congruencia (artículo 170, CPC), vulnera el derecho fundamental al debido proceso y a la defensa de la contraparte¹⁸.

*En suma, cuando el pretensor de la nulidad de un acto administrativo no identifique las disposiciones vulneradas con el acto (o estos no puedan identificarse fácilmente) o no exponga el concepto de la violación con cargos claros, ciertos, específicos, pertinentes o suficientes (o estos sean insuficientes pero comprensibles) tendrá que inhibirse¹⁹ el juzgador. En todo caso, este no podrá fundamentar el juicio de validez del acto en normas o razones distintas a las esgrimidas por el demandante, **salvo cuando se advierta una violación palmaria a un derecho fundamental de aplicación inmediata.**” (se destaca).*

La Corte Constitucional, a través de sentencia C-197 de 1999, analizó la constitucionalidad de la disposición contenida en el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A en cuanto contempla “*Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.*”, concluyendo su exequibilidad condicionada a que cuando el juez

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 2020, exp. 44414.

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, sentencia del 15 de diciembre de 2016, rad. núm. 2013-00374-00. Reiterado en el auto de la Subsección C del 16 de mayo de 2019, exp. 59678.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 18.509, acápite 2º de las consideraciones. Reiterado en el auto de la Subsección C del 13 de marzo de 2017, exp. 57052.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 1º de marzo de 2006, exp. 15471, fundamentos jurídicos III). A.1 y .2.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 19486.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 33934.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-197 de 1999.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 16941, fundamento jurídico 3.1. Reiterado en la sentencia de la Subsección C del 1º de julio de 2015, exp. 34587.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 17 de marzo de 2012, exp. 25290; y del 14 de marzo de 2017, exp. 22757, fundamento jurídico 2º.

administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución, ello en aplicación de la prevalencia del derecho sustancial, así lo dispuso:

2.6. No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que, en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.

2.7. Considera la Corte, que, tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.

3.3.5. Naturaleza de la cláusula de caducidad establecida en el contrato de consultoría y obra número 068 de 2009. Advierte la Sala que la caducidad fue estipulada en el contrato de la siguiente manera:

(...)

19. CADUCIDAD

Cuando se presente un incumplimiento de las obligaciones del CONTRATISTA que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que puede producir a su paralización, el IDU podrá declarar la caducidad administrativa de este contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la Ley 40 de 1993, las leyes 418 de 1997 y 548 de 1999, aplicando en lo pertinente, el procedimiento establecido en las cláusulas anteriores.

PARAGRAFO: el acto administrativo que declare la caducidad dará por terminado el contrato y ordenara su liquidación en el estado en que se encuentre y se notificara personalmente o por edicto al CONTRATISTA, de acuerdo con lo previsto en el Código Contencioso Administrativo. Contra dicha resolución procederá recurso de reposición.

20. FACULTADES EXCEPCIONALES DE TERMINACION, MODIFICACION E INTERPRETACION UNILATERALES

Se entienden

CLÁUSULA DECIMA NOVENA: TERMINACIÓN, MODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO. *Cuando surjan motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato, que hicieren necesaria la interpretación, modificación y/o terminación unilateral de éste, se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, o a las normas que lo modifiquen, adicionen y aclaren.*

CLÁUSULA VIGÉSIMA: CADUCIDAD. - *LA COMISION declarará la caducidad del contrato mediante acto administrativo motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre, si se presenta alguna de las siguientes casuales:*

1. El incumplimiento de las obligaciones de EL CONCESIONARIO que afecten en forma grave y directa la ejecución del contrato y evidencien que puede conducir a su paralización.

2. No iniciar operaciones dentro del plazo previsto en el presente contrato.

3. La mora reiterada en el pago de las obligaciones económicas derivadas del contrato que a juicio de LA COMISIÓN amerite la declaratoria de caducidad.

4. Cuando con ocasión del contrato EL CONCESIONARIO incurra en cualquiera de las causales previstas en los artículos 5° numeral 5 de la Ley 80 de 1993 y 45 de la Ley 241 de 1995 o las normas que lo modifiquen, adicionen o aclaren.

5. Haber sufrido LA COMISIÓN engaño en cuanto a los documentos presentados por EL CONCESIONARIO para demostrar las calidades y requisitos exigidos por las normas en materia de contratación administrativa o cuando se presente inexactitud, fraude o falsedad comprobada que dé lugar a la cancelación de la

inscripción, clasificación y calificación en el Registro Único de Operadores del Servicio Público del servicio de Televisión por suscripción, de conformidad con lo señalado por el Acuerdo 049 de 1998 y las disposiciones que lo modifiquen, adicionen o aclaren.

(...)

PARÁGRAFO. - La declaratoria de caducidad no dará lugar a indemnización a EL CONCESIONARIO, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que la modifiquen, adicionen o aclaren. La declaratoria de caducidad será constitutiva de siniestro de incumplimiento.

Declarada la caducidad, LA COMISION adoptará las medidas pertinentes para garantizar la continuidad en la prestación del servicio.

El CONCESIONARIO dará cumplimiento a lo previsto en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993.” (se destaca).

En materia de contratación estatal, se ha manejado el concepto de cláusulas excepcionales como prerrogativas públicas de uso excepcional para el desarrollo del interés público de las que puede hacer uso el Estado afectando a su contraparte. Estas se hallan previstas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, que regula los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, normativa que establece que para tal fin las entidades:

*“Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de **terminación, interpretación y modificación** unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y **de caducidad** en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.*

La caducidad fue prevista en el Estatuto de Contratación Estatal, artículo 18, como la estipulación en virtud de la cual sí se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, permite a la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado darlo por terminado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre, así mismo, establece que en caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, tendrá la posibilidad de adoptar las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado, igualmente preceptúa que si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley, siendo la caducidad constitutiva del siniestro de incumplimiento.

De acuerdo con lo expuesto, advierte esta Sala que lo que se quiso establecer en el contrato fueron potestades excepcionales al derecho común, reguladas en el Estatuto General de Contratación y que la caducidad deviene como sanción contractual por el incumplimiento de las obligaciones, en tanto, además de haberse hecho alusión específicamente a la aplicación de tales

potestades en los términos de la Ley 80 de 1993, se establece como consecuencia de la caducidad lo previsto en el artículo 31 *Ibíd*em, que impone la comunicación del acto de caducidad tanto a la Cámara de Comercio como a la Procuraduría General de la Nación, ratificándose la naturaleza sancionatoria contractual pretendida con la figura insertada en el contrato de concesión.

Así las cosas, revisado el recuento normativo efectuado, encuentra la Sala que el contrato **de consultoría y obra número 068 de 2009**, incluyó la posibilidad de ejecutar potestades excepcionales al derecho común reguladas por la Ley 80 de 1993, previendo en caso de su aplicación consecuencias propias de un acto sancionatorio contractual.

3.4.- CASO CONCRETO

3.4.1. Aspectos probatorios

3.4.1.1. La comunidad probatoria encuentra integrada por documental y avizora válida y eficaz. Es así que contrastado, se tiene que la **documental** allegada por la activa con la demanda²⁰ como por la pasiva, corresponde a los actos previos al contrato, el contrato, comunicaciones cruzadas entre las partes y actos administrativos que declaran la caducidad, que fueron aportados en parte en copia auténtica y en copia simple. Frente a las copias simples se advierte que estas revisten eficacia bajo los preceptos contenidos en la sentencia emitida por el Consejo de Estado bajo el radicado 25.022 de 28 de agosto de 2013²¹, así, se tiene que una vez se agregó al expediente, **los sujetos procesales contra los cuales se aduce, no le tacharon de falsa, ni repudiaron de ninguna otra forma su aducción.**

3.4.1.2. También se arribó al proceso **prueba testimonial** de Juan Carlos Ruiz Arias, Gloria Inés Cardona Botero, Jorge Enrique Casi limas Quintero, Carlos Alberto Jaime Aguirre y Raúl Maggioni de los cuales no se advierte tacha que obstruya su valoración.

3.4.1.3. Se decretó y allegó **dictamen pericial** elaborado por la perito Ludivia Ordoñez Mejía, el cual fue decretado en el auto de pruebas en los términos indicados en la demanda, es decir, con el fin de determinar cuál hubiera sido la utilidad que hubiera percibido GLF de haberse cumplido el contrato 068 de 2009 y cuáles fueron los costos reales en los que incurrió el Consorcio Conexión con ocasión a la elaboración de los diseños, siendo rendido el dictamen el 7 de julio de 2016 (c 10).

²⁰ Ver cuaderno 2 y 3 de pruebas.

²¹ Radicado: 25022 de 28 de agosto de 2013, C.P. Enrique Gil Botero.

El anterior dictamen fue aclarado y complementado por la misma perito quien concluyo que la utilidad total del contrato es de \$3.345.140.254.(fl 391 al 393 c1) El apoderado de la entidad demandada, presentó objeción por error grave al dictamen bajo la consideración que lo realizado por la perito fue una mera proyección sin sacar una utilidad a diferentes productos, sin establecer fórmulas matemáticas para establecer en que baso su valor.

Por cuestión metodológica y economía procesal y considerando que la finalidad del dictamen fue calcular la utilidad dejada de percibir por la parte activa con ocasión a la declaratoria de caducidad del contrato de concesión y obra, asunto del cual se ocupará la Sala solo si prosperan los cargos de nulidad formulados, la Sala diferirá el análisis de las conclusiones del dictamen y de esta objeción, para el respectivo análisis en el acápite de perjuicios de prosperar la nulidad de los actos demandados.

3.4.2. Finiquitando, revisten importancia en labor de resolver la controversia que se suscita en esta instancia, los siguientes **supuestos fácticos y medios de prueba:**

3.4.2.1. Pliego de condiciones de la licitación Publica No IDU-LP-SGI-021-2009, cuyo objeto se fijó así:

“estudios, diseños y construcción de las obras de intersección a desnivel de la avenida Laureano Gómez (AK 9) con calle 94 y su conexión con la avenida Santa Bárbara (AK 19), correspondiente al proyecto con código de obra 104 del Acuerdo 180 de 2005 de valorización en Bogotá D.C.” de acuerdo con las descripción, especificaciones, y demás condiciones establecidas en este pliego de condiciones, en especial las asignadas en el ANEXO TECNICO del presente pliego de condiciones.

El objeto está compuesto por las siguientes actividades generales:

1.1.1. ESTUDIOS Y DISEÑOS: consiste en la realización de las actividades de consultoría necesarias para la elaboración de estudios técnicos, diseños y planos que permitan la construcción de las obras objeto del contrato.

1.1.2. CONSTRUCCION: Consiste en la ejecución de las obras de construcción de la INTERSECCION A DESNIVEL DE LA AVENIDA LAUREANO GOMEZ (AK 9) CON CALLE 94 Y SU CONEXIÓN CON LA AVENIDA SANTA BARBARA (AK), hasta su terminación y entrega. Corresponde al Código de obra 104 del Acuerdo 180 de 2005 de valorización Una información más detallada del alcance de los trabajos se encuentra en el anexo técnico (capítulo 6) de estos pliegos. (FL 33 AL 181 C2)

3.4.2.2. Contrato de Consultoría y Obra número 068 de 2009 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano y el Consorcio Conexión con el objeto de ejecutar *estudios, diseños y construcción de las obras de intersección a desnivel de la avenida Laureano Gómez (AK 9) con calle 94 y su conexión con la avenida Santa Bárbara (AK 19), correspondiente al proyecto con código de obra 104 del Acuerdo 180 de 2005 de valorización en Bogotá D.C., hasta su terminación y entrega, de acuerdo con las descripción, especificaciones, y demás condiciones establecidas en este pliego de condiciones, en especial lo dispuesto en el anexo técnico, la propuesta*

presentada el 8 de octubre de 2009 y los apéndices, los cuales hacen parte integral del contrato.

Como plazo de ejecución del contrato se fijó el siguiente:

“5. PLAZO

El plazo para la ejecución y recibo del proyecto es de Diecisiete (17) meses, contados a partir de la fecha de suscripción del ACTA DE INICIACION entre el contratista, el interventor y un representante del IDU, previo cumplimiento de los requisitos de ejecución establecidos el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, y los demás que se señalan al efecto en el pliego de condiciones y en este contrato.

Dentro del plazo contractual de diecisiete (17) meses. El contratista deberá ejecutar el proyecto de tal forma que integre la ejecución de los estudios y diseños requeridos, simultáneamente con la construcción de la obra desde la firma del acta de iniciación. Es importante anotar que la etapa de estudios y diseños debe traslapar con la etapa de construcción, es decir, la ejecución de actividades se pueden iniciar una vez se cuente con la aprobación de la interventoría y/o empresas de servicios, antes de finalizar la etapa de estudios y diseños.

Estudios y diseños y aprobaciones: Plazo máximo seis (6) meses

Etapa la cual corresponde a la realización de estudios y diseños; e a cual el contratista deberá analizar, verificar y ajustar la información existente y elaborar los estudios y diseños necesarios para la ejecución de las obras. Dentro de los seis (6) meses de la etapa de Estudios y Diseños el contratista de obra deberá iniciar aquellas obras a las cuales se les hayan realizado los estudios y diseños, debidamente aprobados por las entidades Distritales y empresas de servicios competentes, el resultado de cada producto técnico de diseño, cuyos productos sean entregados al IDU para el inicio y ejecución de las mismas.

Construcción y Recibo de obras: Diecisiete (17) meses

Etapa que corresponde al periodo de ejecución de la intersección, de acuerdo con los diseños elaborados previamente. Así como también la recepción de los trabajos por parte de la interventoría y el IDU.

Para el cumplimiento de estas etapas se prevén las entregas mencionadas en el capítulo 6 “descripción y alcance de las obras a contratar”, y el cual forma parte integral de los pliegos de condiciones.

Estas condiciones únicamente podrán ser modificadas a través de un otrosí al contrato, con la debida justificación y aval de la interventoría y el IDU.

Las obras de construcción que no dependan de estudios y diseños definitivos deben comenzar con el replanteo y preliminares de obra, tales como adecuación de desvíos, adecuaciones y protección del espacio público, redes provisionales, campamento, inspección de redes etc.

En caso de encontrarse deficiencias que no permitan la recepción de los trabajos, las acciones correctivas a que haya lugar, correrán por cuenta del contratista, con las respectivas consecuencias de ejecución e implicaciones legales, si son del caso.

PARAGRAFO PRIMERO: Cuando el último día del plazo total pactado coincida con un sábado, domingo o un día feriado, el mismo vencerá hasta el final del primer día hábil siguiente...” (fl 191 al 218 c2)

3.4.2.3. Otrosíes de los que fue objeto el contrato de consultoría y obra No 68 de 2009 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y el Consorcio Conexión, así:

- Otrosí No 1, por medio del cual el pago de la suma estipulada en el contrato, se sujetara a la apropiación presupuestal correspondiente y específicamente a los certificados de disponibilidad presupuestal No 7084 y 7086 del 12 de noviembre de 2009, expedidos por la Subdirección Técnica de Presupuesto y Registro contable IDU, reseñando de manera puntual lo siguiente:

“2. Que en la cláusula 6 “sujeción a las apropiaciones presupuestales” se pactó “el pago de la suma estipulada en este contrato, se sujetara a la apropiación presupuestal correspondiente y específicamente al certificado de Disponibilidad Presupuestal No 6008 del 11 de septiembre de 2009, expedido por la Subdirección Técnica de Presupuesto y Registro Contable del IDU.

3 Que mediante solicitudes de Disponibilidad Presupuestal No DT-315- 138 y DTD-315-137, la Subdirección General de Infraestructura solicito la anulación y reemplazo del Certificado de Disponibilidad Presupuestal No 6308 del 11 de septiembre de 2009, por cuanto es necesario tener discriminados los certificados de disponibilidad presupuestal correspondientes a las actividades de estudios y diseños y a las de construcción, por ello se extendieron los certificados de disponibilidad presupuestal son No. 7084 y 7086 del 12 de noviembre de 2009.

(...)

CLAUSULAS: PRIMERA Que la cláusula 6 “sujeción a las apropiaciones presupuestales” queda de la siguiente manera:

El pago de la suma estipulada en este contrato, se sujetara a la apropiación presupuestal correspondiente y específicamente a los certificados de disponibilidad presupuestal No 7084 y 7086 del 12 de noviembre de 2009, expedidos por a Subdirección Técnica de Presupuesto y Registro Contable IDU” (fl 219 y 220 c2)

- Otrosí 2, por medio del cual se modificó la cláusula 3 forma de pago, así: el IDU pagara al contratista el valor de los estudios, diseños y aprobaciones en un 90% del valor de los estudios y diseños, según la cantidad de productos terminados, aceptados y recibidos a satisfacción por el IDU, de acuerdo con el peso porcentual, una vez cuantificados según el valor del contrato. (fl 241 al 243 c2)
- Otrosí No. 3, por medio de la cual se amplía el término de ejecución de 6 a 8 meses para etapa de estudios y diseños. (fl 248 al 252 c2)
- Otrosí No 4, por medio de la cual se modificaron los requisitos mínimos establecidos en el numeral 6.11 del capítulo 6 descripción y alcance de las obras a contratar de los pliegos de condiciones para los especialistas requeridos en el acápite de personal, profesional requerido para la etapa de construcción. (fl 253 al 256 c2)
- Otrosí No 5, por medio del cual se modificó los requisitos mínimos en el numeral 6.11 del capítulo 6 descripción y alcance de las obras a contratar de los pliegos de condiciones para los especialistas requeridos en el acápite de personal, profesional requerido para la etapa de construcción, en especial en lo referente al Ingeniero Residente del Proyecto CAT. (fl 257 al 259 c 2)
- Otrosí 6 del 18 de noviembre de 2010, por medio del cual se acordó por las partes incluir un párrafo segundo en la cláusula 9 – ANTICIPO – para efectos del manejo de estos recursos por el termino de suspensión. (fl. 270 al 275 c8)

- Otrosí 7 suscrito el 11 de febrero de 2011, por el cual se acordó modificar el párrafo primero de la cláusula novena- anticipo-, para efectos de ajustarla al nuevo Manual de Gestión integral del proyecto de infraestructura vial y de espacio público, expedido en diciembre de 2010, en cuanto el manejo de los recursos de anticipo.

3.4.2.4. Actas de los que fue objeto el contrato de consultoría y obra No 68 de 2009 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y el Consorcio Conexión, así:

- Acta 1 de iniciación contrato de diseño y construcción suscrito el 26 de noviembre de 2009. (fl 221 c 2)

- Acta 2 de anticipo, por valor de \$13.030.715.994 correspondiente al 40% del valor de la construcción y redes, de acuerdo a la clausulas tercera y novena. (fl 224 c2)

- Acta No 3 de mayores cantidades de obra No 1, en donde se reseña como valor estimado del contrato incluidas las mayores cantidades de obra la suma de \$62.868.513.717; comentarios de la interventoría acerca de la solicitud *“LAS MAYORES CANTIDADES DE OBRA, RESULTARON LUEGO DE REALIZAR LA RECOPIACION DE INFORMACION EN LA ZONA DEL PROYECTO, EN DONDE SE HACE NECESARIO DESVIARLA TOTALIDAD DE LAS REDES MATRICES DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLUVIAL CON LA RESPECTIVA PROYECCION QUE TIENE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA EN LA ZONA DEL PROYECTO Y CUYOS COSTOS NO SE ENCUENTRAN INCLUIDOS EN EL CONTRATO INICIAL SE INCLUYE TAMBIEN LA EXCAVACIONES, DEMOLICIONES DE PAVIMENTO Y LA RECUPERACION DEL MISMO, AL IGUAL QUE LA RECUPERACION DEL ESPACIO PUBLICO AFECTADO POR EL DESVIO DE LAS REDES, LAS MAYORES CANTIDADES DE OBRA SON ESTIMADAS, TENIENDO EN CUENTA QUE LAS DEFINITIVAS RESULTARAN AL TERMINAR LA ETAPA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS Y EL VALOR A PAGAR, RESULTARA DE MULTIPLICAR LAS TANTIDADES EJECUTADAS POR EL CORRESPONDIENTE VALOR UNITARIO”* . (fl. 225 al 227 c2)

- Acta No 4 del 25 de mayo de 2010, suspensión del contrato 68 de 2009, por termino de 30 días , por las siguientes causas:

“para el diseño de redes de drenaje de la intersección de la calle 94 por NQS, la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá emitió los datos técnicos correspondientes, mediante el oficio 30500-2009-DT-028/s-2009-201726, del 3 de julio de 2009, los cuales establecen los lineamientos, parámetros, normas y directrices que se deberían tener en cuenta en la etapa de diseño de las redes de drenaje de los sistemas pluviales y sanitares, redes menores de acueducto y redes matrices, en el área e influencia directa del apoyo.

En consecuencia, los datos técnicos emitidos por la EAAB establecieron los requerimientos necesarios para la desviación de las redes de alcantarillado pluvial que deben ser relocalizadas por las obras a ejecutar, definiendo así las áreas de aporte y proyectos de la EAAB que tienen injerencia directa en la intersección a construir. Es así que para los desvíos que debían proyectarse para el sistema de alcantarillado, era requisito tener en cuenta los proyectos 3893, 4176 y en especial el proyecto de rehabilitación del barrio el Chico.

De acuerdo a lo manifestado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en reunión realizada en el IDU (...) respecto que el proyecto del barrio el Chico no será construido por dicha Empresa antes de 10 años.

Con lo anterior, se genera una problemática de orden técnico que conlleva a evaluar y adoptar una decisión definitiva en lo posible conjunta entre el IDU y la EAAB, siendo necesario suspender el contrato hasta tanto se defina la alternativa que se construirá. Es de resaltar que el desvió de las redes de alcantarillado es la ruta crítica del proyecto en el punto de inicio de la construcción de las obras.”(fl. 244 y 245 c2)

- Acta No 5 del 25 de junio de 2010, por el cual se suspende por termino de 30 días el contrato 068 de 2009, reseñando como causa “*continúan vigentes las causas de la suspensión*” (fl 246 y 247 c 2)

- Acta No 11 del 27 de octubre de 2010, por medio del cual se suspende el contrato 68 de 2009 por término de 94 días, reseñando como causas:

“El pasado 31 de agosto de 2010 fue el plazo máximo acordado entre el IDU y el CONSORCIO CONEXIÓN mediante OTROSI No 3 del 01 de julio de 2010 para adelantar los estudios y diseños del contrato IDU 068-2009. Ese día el Contratista NO termino de entregar la totalidad de los productos, entre los que se encuentran los análisis de precios unitarios no previstos el presupuesto general y el cronograma de la obra entre otros.

El IDU mediante el oficio No 20103360452631 (03/09/10), le da un plazo perentorio al contratista de tres (03) días hábiles para que subsane las veintidós (22) presuntas obligaciones incumplidas.

El CONSORCIO CONEXIÓN mediante oficio CCX688 (Rad IDU No 2010526285542 del 10/09/10) da respuesta al IDU aclarando uno a uno los puntos de sus obligaciones cumplidas. Una vez verificado el documento por parte del IDU se observa que persisten seis (6) de ellas.

De acuerdo a lo anterior, continuando con el procedimiento fijado en la cláusula 18 del contrato IDU-068 de 2009, se cita a una audiencia de descargos al contratista. Esta se realiza el 28 de septiembre de 2010 en donde el contratista da cumplimiento a cuatro puntos quedando pendiente dos incumplimientos (presupuesto y PMT). En estos momentos la entidad se encuentra evaluando los argumentos expuestos por el contratista para determinar si continúa o no con el proceso de declaratoria de incumplimiento.

Por otra parte la SDM no le ha aprobado al contratista el PMT para la ejecución de obras de desvió de las redes de alcantarillado justificándose en un probable colapso en la movilidad del sector por la ejecución de obras que impactaran directamente las cuales son 1) construcción del puente de la calle 100 con carrera 15 por parte del IDU, y 2) la construcción alcantarillado de la calle 94 entre carrera 7 y 18, 3) construcción de alcantarillado de la calle 92 entre carrera 7 y autopista norte estos dos últimos ejecutados por la EAAB además de obras que impactaron directamente la movilidad del sector como, 1) la construcción de los andenes de la carrera 15, 2) andenes de la carrera 19, 3) andenes de la calle 127, 4) andenes de la av. 68, 65) ampliación de la carrera 9 y 6 puentes peatonales de la carrera 9.

Por último se resalta el hecho de que el contratista radico el oficio CCX68 -457-10 (IDU No. 2010526048522 del 26/10/2010) el cual anexo el presupuesto general de obras cuyo valor total alcanza los \$147.668.639.448, el cual supera ampliamente el disponible para el proyecto. Es necesario que el IDU realice una evaluación detallada para determinar la viabilidad del mismo.

Con fundamento en los hechos descritos, se genera una problemática para continuar con la ejecución del contrato de consultoría y obra No. IDU-068-2009, siendo necesario suspenderlo hasta tanto se solucionen los inconvenientes mencionados.”(fl 270 al 271 c 3)

- Acta No 12 del 28 de enero de 2011 por medio del cual se suspende el contrato 68 de 2009, por término de 60 días, reseñando como causas:

“El CONSORCIO CONEXIÓN entrego el presupuesto de obra cuyo valor supera en gran medida el disponible para el proyecto y parcialmente la memoria de cálculo de las cantidades de obra, las cuales son un insumo indispensable para determinar el presupuesto final de obra. Se están adelantando meses de trabajo entre el IDU y el

Contratista para evaluar las especificaciones técnicas, las cantidades de obra y los precios unitarios de los no previstos.

La SDM no ha aprobado el PMT para el desvío de las redes de alcantarillado y continúan vigentes las diferencias por las distintas obras que se están ejecutando en el sector.”(fl 276 y 277 c7)

- Acta No 13 del 29 de marzo de 2011, por medio del cual se suspende el contrato 68 de 2009 por término de 30 días, reseñando como causas:

“Se siguen adelantando las mesas de trabajo entre el IDU y el CONSORCIO CONEXIÓN para evaluar y conciliar las especificaciones técnicas, las cantidades de obra y los precios unitarios de los ítems no previstos. Lo anterior porque el contratista entregó el presupuesto de obra mediante el oficio CCX68-457-10 (Rad. IDU 20105260408522 del 26/10/10) cuyo valor supera en gran medida el disponible para el proyecto; temas cuya definición por las partes es indispensable para determinar el presupuesto final de obra. Se está adelantando con la SDM la socialización de los PMT´s para el desvío de las redes de alcantarillado los cuales fueron negados en el COI33.”(fl 303 y 304 c 7)

- Acta No 14 del 28 de abril de 2011 de reiniciación del contrato del 6 de mayo de 2011, con una suspensión total de 6 meses y cuatro días calendario.

(fl 305 y 306 c7)

- Acta No 19 de **liquidación bilateral del contrato** de consultoría y obra No 68 de 2009 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y el Consorcio Conexión, del 20 de marzo de 2012, en el que se reseñaron entre otras las siguientes observaciones:

Nota 4. de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas 23 y 24 del contrato IDU 068 de 2009, el contratista se compromete a mantener indemne al IDU de cualquier reclamación.

(...) nota 10 el IDU declara que los estudios y diseños que se encuentran en la fecha aprobados, recibidos y pagados son de su propiedad y por tanto el consorcio conexión no presentará ninguna reclamación por derechos de autor, sin perjuicio del respectivo registro de la cesión de derechos de autor por parte del contratista. el contratista se obliga en el término de 3 meses a realizar los trámites de cesión de derechos de autor y en el evento en el que contratista no cumpla con la obligación consagrada en el literal g numeral 7.5 de la cláusula 7 del contrato, el IDU se reserva el derecho de iniciar las acciones administrativas y judiciales a que haya lugar.

NOTA 11. los productos de los estudios y diseños que el consorcio conexión elaboró pero que no logró su aprobación definitiva hasta el momento en el que se declaró la causa del contrato, 23 de septiembre del 2011, los cuales son: red matriz tibitoc 60 (pendiente número de proyecto) redes menores de acueducto (pendiente número de proyectos) redes troncales alcantarillado (pendiente número de proyectos) redes menores de alcantarillado (pendiente aprobación y número de proyecto) estación de bombeo EAAB (pendiente aprobación y número de proyecto) y estructuras hidráulicas EAAB (pendiente aprobación y número de proyecto), el idu evaluará la procedencia de pagar los mismos en el porcentaje que se determine en el momento en el que se obtenga su aprobación, de conformidad con lo pactado en el contrato IDU 068 de 2009, dependiendo de la incidencia, utilidad, calidad y efectividad del producto para el agotamiento de dicho trámite así como de posibles ajustes, correcciones, aclaraciones, complementaciones y modificaciones que implique efectuarles con el fin de que la remuneración corresponda a la actividad efectiva y realmente ejecutada. el contratista se obliga a realizar los trámites de la cesión de derechos del autor cuando los productos anteriormente descritos sean aprobados y el pago se realizará una vez se radique por el IDU la constancia del registro de la sesión de derechos de autor. en el evento en el que contratista no cumpla con la obligación consagran el literal G numeral 7.5 de la cláusula 7 del contrato, el IDU reserva el derecho a iniciar las acciones administrativas y judiciales a que haya lugar”

2.4.2.5. Tramite de procedimiento administrativo sancionatorio:

- Citación a audiencia de descargos al Consorcio Conexión del 10 de mayo de 2011 por el Instituto de Desarrollo Urbano, por presuntas obligaciones incumplidas. (fl 307 al 312 c7)
- El 18 de mayo de 2011, se realizó audiencia de descargos en la cual el consorcio expuso sus argumentos ante los incumplimientos imputados.
- El interventor del contrato IDU 068 de 2009, mediante oficio IDU No. 20115260555282 del 12 de mayo de 2011, reporto parálisis en la ejecución del proyecto imputable al contratista de obra y solicito apertura del procedimiento administrativo tendiente a la declaratoria de caducidad.
- El 30 de mayo de 2011 el IDU adecuo el procedimiento en curso ante la connotación de los incumplimientos inicialmente imputados, en consecuencia se citó al Consorcio Conexión a una nueva audiencia de descargos para el 9 de junio de 2011, para efectos de la posible declaratoria de caducidad.
- Acta de audiencia de descargos dentro del procedimiento de declaratoria de caducidad, contrato de estudio, diseño y construcción IDU 068 de 2009, adelantada en junio 9 de 2011. (fl. 333 al 341 c 7)
- Acta de continuación suspendida el 19 de agosto de 2011 dentro del procedimiento de declaratoria de caducidad del contrato de estudio, diseño y construcción IDU 068 de 2009, adelantada el 31 de agosto de 2011. (fl. 437 al 444 c7)
- Acta de continuación suspendida el 8 de septiembre 2011, dentro del procedimiento de declaratoria de caducidad del contrato de estudio, diseño y construcción IDU 068 de 2009 del 23 de septiembre de 2011. (fl. 498 al 501 c7)

2.4.2.6. Actos administrativos emanados por el IDU con ocasión de la relación contractual 068 de 2009.

- **Resolución No 1083 del 15 de abril de 2010**, por medio de la cual el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, declara que el Consorcio Conexión en desarrollo de la ejecución del contrato de diseño y obra No 068 de 2009, ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales relacionadas con la actualización y ampliación de la garantía única de incumplimiento No 31 GU074427 expedida por la compañía aseguradora CONFIANZA S.A., como consecuencia se impuso multa de quince millones cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$15.450.000). (fl. 228 al 239 c2)

- **Resolución 994 del 4 de marzo de 2011**, por el cual se declaró el incumplimiento al contrato 068 de 2009 e impone multa de ciento setenta y tres millones ochocientos sesenta y cuatro pesos (\$173.864.000) al contratista Consorcio Conexión por la no entrega de los productos contratados, particularmente la memoria de cálculo de las cantidades de obra, que no ha sido radicada completa a la fecha, situación que impide la verificación de que las cantidades de obra entregadas con el presupuesto correspondan a las que se ejecutaran en el proyecto, reseñando además:

“De conformidad con lo expuesto, el instituto ha requerido en múltiples ocasiones la satisfacción de la necesidad que motivo celebrar el contrato IDU 068 de 2009, con la entrega de todos los productos correspondientes a la etapa de estudios y diseños por parte del Consorcio Conexión, ejecutados de conformidad con los parámetros técnicos definidos y dentro del alcance del acuerdo, tal y como se consignan en el pliego de condiciones, los documentos que acompañaron el proceso de selección y lo establecido en la Cláusula Tercera – FORMA DE PAGO literal a. modificado por el otrosí No 2 y clausula séptima – OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA numeral 7.5.

Lo anterior considerando que se atendieron todas las situaciones particulares que se presentaron en la ejecución del contrato, con el fin que el Consorcio Conexión contara con plazos razonables para elaborar los estudios y diseños, como fue la ampliación de la etapa correspondiente a través del otrosí No 2, no obstante aclarando que ninguno de los hechos expuestos se constituyó en algo imprevisible o desconocido por el contratista, todos los productos que se exigen con los apremios corresponden a los contratados, incluidos dentro del alcance de las obligaciones a su cargo, así como la obligación de atender las correcciones y ajustes hechos por las empresas de servicios, públicos domiciliarios y demás entidades a las que se sometan para su revisión y aprobación.

De esta manera el IDU no encuentra que los argumentos expuestos por el Consorcio Conexión se constituyan en justificación para la no entrega de los productos contratados, particularmente la memoria de cálculo de las cantidades de obra, que no ha sido radicada completa a la fecha, situación que impide la verificación de que las cantidades de obra entregadas con el presupuesto correspondan a las que se ejecutaran en el proyecto; es decir, el IDU a la fecha no cuenta con el presupuesto de la obra obligación a cargo del contratista, toda vez que no se ha entregado la totalidad de los elementos e insumos que le constituyen y permiten su verificación por parte del instituto.

Lo indicado afecta la continuidad en la ejecución del contrato IDU 068 de 2009 y por ende la consecución de los fines estatales, de conformidad con las funciones que corresponden al IDU dentro del sector movilidad en el Distrito Capital.

Aunado a lo anterior, este proyecto deriva de Acuerdo 180 de 2005, por lo cual se ejecuta con recursos del tributo de la valoración y fue priorizado para la fase I con el fin de atender de manera perentoria la necesidad de movilidad de la avenida Laureano Gómez con calle 94, es decir, es directamente la comunidad de esa zona la que contribuye pecuniariamente a la ejecución de las obras.

Por lo tanto, estando tipificada la causal invocada y habiéndose observado el procedimiento contractual establecido para la imposición de multa, en el que se otorgó al contratista la oportunidad de subsanar los pendientes y rendir descargos, se ha respetado el debido proceso y el derecho de defensa...”(fl 286 al 301 c 7)

- **Resolución No 3765 del 30 de agosto de 2011**, por el cual se declaró la caducidad, la terminación del contrato y constituyo el siniestro por incumplimiento al contrato IDU 068 de 2009, con ocasión al incumplimiento que afectan gravemente al contrato a saber, **no entrega de presupuesto debidamente sustentado, no entrega en debida forma del cronograma, no gestión para la aprobación de los planes de manejo de trafico PMT´s, no aprobación de los PMT´s para el desvío de las redes de alcantarillado**, en esencia bajo las siguientes consideraciones:

"1. Que se presentan hechos objetivos que constituyen incumplimiento de las obligaciones del contratista.

Conforme los hechos y consideraciones relacionadas por la Dirección Técnica de Construcciones a través del memorando STESV 20113360207123 del 22 de agosto de 2011, esta Subdirección General presenta a continuación los presuntos incumplimientos que ponen en grave riesgo la ejecución del contrato IDU 068 de 2009 así:

A. Incumplimiento en la entrega del presupuesto debidamente soportado con memoria de cálculo de cantidades de obra y análisis de precios unitarios – APU's no previstos con las debidas cotizaciones del mercado. Lo anterior acorde a los estudios y diseños realizados.

B. Incumplimiento en la entrega de cronograma de obra, debidamente soportado.

C. Incumplimiento respecto a la disponibilidad de unos planes de manejo de tráfico-PMT's debidamente aprobados por la Secretaria Distrital de Movilidad.

D. Incumplimiento en la entrega de aprobaciones de diseño por parte de la EAAB, las cuales deben contar con número de proyecto como son: Diseño de redes menores de acueducto, diseño de redes menores de alcantarillado, diseño de estación de bombeo y diseño de estructuras hidráulicas.

E. Incumplimiento en las viabilidades técnicas por parte de FENECO – INCO – INVIAS, para el uso temporal, definitivo y cruce de redes por el corredor férreo.

(...)

2. Que tal incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y 3 que el hecho ponga en evidencia que su gravedad puede conducir a la paralización de la obra a la interrupción, suspensión o paralización del servicio.

(...)

Es incuestionable que las obligaciones pendientes del contratista causan verdaderamente un trastorno a la administración en los fines inmediatos que se propuso con la ejecución del contrato en cita. Esa facultad de sancionar, está concebida de acuerdo a la magnitud del incumplimiento que lleva a la posible paralización del contrato, causando perjuicios a la entidad contratante.

Los estudios y diseños, previeron la elaboración debidamente sustentada de un **presupuesto de obra**, en donde luego de terminarse el plazo máximo para su entrega, el cual fue el 31 de agosto de 2010, fecha en la que termino la etapa de estudio y diseños no lo ha hecho. Los documentos entregados posteriores a la fecha límite no han cumplido, por cuanto los mismos hechos presentan múltiples inconsistencias. Es así como luego de transcurrir un año del vencimiento del plazo para su entrega, aún no ha cumplido.

El contratista por el incumplimiento en la entrega de un presupuesto de obra y los APÚ's no previstos, no ha logrado soportar en debida forma un **cronograma de obra**, con lo cual el proyecto pierde su proyección en el tiempo, para la programación de las actividades y su seguimiento por parte de la interventoría y del IDU y más grave aún sin saber si el plazo que resta del contrato es suficiente para ejecutar la totalidad de las obras.

Un hecho notorio y grave que impide la reanudación de las actividades constructivas, aun se encuentre con todos los productos debidamente soportados y aprobados, es que el contratista no ha hecho la gestión para lograr la aprobación de los **planes de manejo de tráfico PMT's** y sin ellos no es posible reanudar las obras.

Desde el 28 de abril de 2011, fecha en la que se reinició el contrato, este se encuentra paralizado a tal punto que no se ha podido ejecutar ninguna actividad desde ese momento. Esto implica que el plazo del mismo ha generado atrasos al contrato, ya que luego de veintiún (21) meses que han transcurrido desde el inicio el 26 de noviembre de 2009, la ejecución del contrato alcanza el 1.41%...(...)

No obstante lo anterior, la entidad resalta que se hicieron múltiples apremios al contratista, los cuales se encuentran descritos en el memorando STESV 20113360138693 del 30 de mayo de 2011 y pese a que el Instituto impuso multa contenida en la Resolución No 994 del 04 de marzo de 2011, el atraso en la entrega de productos de los estudios y diseños continuo incrementándose; igualmente, mediante el oficio 12-05-11/073-2009 (Rad.32123) con radicado IDU 20115260555282 del 25 de mayo de 2011, la interventoría CONSORCIO GOMEZ CAJIAO – JOYVO, advierte al IDU sobre el riesgo de incumplimiento por parte del CONSORCIO CONEXIÓN, por cuanto las obras del contrato IDU 068 de 2009 se encuentran paralizadas, sin ninguna actividad de la etapa de construcción.

Por lo tanto, considerando que la ejecución de las etapas eran simultánea y una vez agotadas las actividades de obra iniciales, los pendientes endilgados al contratista se vuelven determinantes, necesarios e imprescriptibles para la continuidad del proyecto que a la fecha correspondería a la etapa de construcción.

Aunado a lo indicado, no es de recibo que el contratista pretende desconocer después de 21 meses de suscrito el contrato, situaciones determinantes del acuerdo de voluntades, que fue precedido de un proceso de selección en el que él participo, como son el objeto, el alcance, el plazo y el esquema de ejecución simultánea a las etapas, para eludir el cumplimiento de sus obligaciones.

(...)

No obstante la sanción impuesta y los continuos requerimientos efectuados, el contratista continuo incumpliendo las obligaciones contractuales y las señaladas en el Anexo Técnico del pliego de condiciones, evidenciándose en la no entrega de los productos pendientes de los estudios y diseños, y en la **no consecuencia de la aprobación de los PMT's para el desvío de las redes de alcantarillado**, afectando así de manera grave y directa la ejecución del objeto del contrato.

Así mismo, en esta instancia del contrato se constituyen como determinantes para la continuidad del contrato contar con el producto del cronograma y la aprobación de los PMT's. Aunado a lo expuesto es indispensable para la continuidad del contrato que la entidad realice las apropiaciones presupuestales correspondientes y necesarias para amparar la ejecución del proyecto, en concordancia con el resultado de los estudios y diseños, pero no puede hacerlo sin un presupuesto debidamente soportado e integrado que respalde la actuación, es decir, el incumplimiento del contratista impide que la Administración realice los trámites necesarios para contar las disponibilidades respectivas.”(fl 351 al 433 c 7)

- Resolución 4034 del 22 de septiembre de 2011, por la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No 3765 del 30 de agosto de 2011, confirmando. (fl 445 a 473 c 7)

- Resolución No 4059 de 27 de septiembre de 2011, por el cual se aclara la Resolución 4034 de 22 de septiembre de 2011, respecto de la fecha de expedición de la Resolución 3765 del 30 de agosto de 2011. (fl 501 a 502 c7)

2.4.2.7. Correspondencia cruzada de importancia.

- Oficio CCX68-439-10 del 06 de octubre de 2010, por medio del cual se da respuesta por el Consorcio Conexión, a las observaciones a la red matriz - a las memorias de cálculo estructural de las Cámaras de la Red Matriz 60 y a las memorias de cálculo Box Tubería. (fl 260 al 266 c 2)

- Oficio No CCX68-457-10 del 26 de octubre de 2010, por medio del cual Consorcio Conexión entrega el presupuesto condicionado a la aprobación definitiva de diseños, reseñando: *“Estamos haciendo entrega de un presupuesto condicionado a la aprobación definitiva de algunos capítulos en el diseño, como son el diseño de las redes de alcantarillado de aguas lluvias por parte de la firma consultora de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (E.A.A.B) y el diseño de la red matriz de acueducto de Troitoc, que tampoco ha sido aprobado por la EAAB, el valor aproximado de este presupuesto es la suma de Ciento cuarenta y tres mil cuatrocientos veinte y cuatro millones quinientos dieciséis mil trescientos cuatro, incluido el AIU y el IVA correspondiente (\$143.424.516.304)”*(fl. 267 a 269 c3)

- Oficio CCX68-516-11 del 28 de marzo de 2011, por medio del cual Consorcio Conexión remite a la Secretaria de Movilidad los planos de señalización del proyecto (fl 302 c7)

- Oficio Rad 2011 526 092850 2, del 1 de octubre de 2011, por medio del cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá presentó observaciones a estudios y diseños y construcción de obra de intersección – redes estructurales cámaras en concreto reforzado para alcantarillado. (fl. 425 al 432 c 1)

- Oficio CCX68-566-10 del 8 de junio de 2011, por medio del cual se hace entrega por el Consorcio Conexión a Tecnoconsulta Ltda. de los planos y

memorias correspondientes a las cámaras y pozos de las redes de alcantarillado. (fl 433 c1)

- Oficio No. 1721 del 01 de julio de 2011, por medio del cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá informó al Instituto de Desarrollo Urbano que Consorcio Conexión atendió en su totalidad la corrección en entrega de los diseños e informes de planos correspondientes al diseño hidráulico para la desviación de la Red Matriz, sin embargo reitera lo solicitado en comunicación No 25400-2011-1358 respecto al compromiso de remitir el plan de contingencias, programación de cierres, cronograma de intervención, programa de monitoreo e instrumentación sobre la línea existente, y resaltando que el plan de contingencias debía entregarse antes de comienzo de obra para su respectivo análisis.

- Oficio 2011 526 062754 2 del 20 de agosto de 2011, por medio del cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá informa al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, que el consultor cumplió con todos los parámetros requeridos para los diseños de redes menores de acueducto, por lo tanto se emite probación hidráulica de estos diseños. (fl. 439 y 440 c1)

2.4.2.8. Prueba testimonial

- TESTIMONIO DE JUAN CARLOS RUIZ ARIAS, Subdirector Técnico de Ejecución de Subsistema Vial, cargo que desempeñó del 11 de marzo al 14 de diciembre de 2011, quien manifestó:

Frente al interrogante realizado por el despacho respecto de un relato acerca de los hechos contestó : "Los documentos técnicos que no se encontraban aprobados y que ocasionaron la parálisis de la obra y que llevo a decretar /a caducidad del contrato fueron el presupuesto de obra, el cronograma de obra, el plan de inspección y ensayos para la etapa de obra, los planes de manejo de tráfico específicos para el desvío de redes, teniendo a la fecha de confirmación de la caducidad aún pendientes de aprobación los cuales son el presupuesto de obra, el cronograma de obra y el plan de inspección, por no cumplir con los documentos contractuales incluido pliego de condiciones apéndices y demás normas establecidas en el contrato, que mantuvieron a esta fecha la parálisis de la obra".

Preguntado: manifiéstele al despacho como influyo en el contrato de obra el hecho de que el Consorcio Conexión no entregara en tiempo o no elaborara los análisis de precios unitarios no previstos; contestó: "Los análisis de precios unitarios no previstos corresponden a actividades que resultan una vez se hacen los estudios y diseños que estaban a cargo del contratista y hacen parte del presupuesto de obra; el que no hayan sido presentados los APU's no previstos de manera oportuna por parte del contratista y que no hayan sido atendidas todas las observaciones técnicas a estos precios unitarios no permitió que se tuviera un presupuesto de obra aprobado, necesario para ejecutar las obras siendo esta una de las causales de la parálisis de obra, por cuanto con precios unitarios aprobados de obras no previstas multiplicados por cantidades de obras de las respectivas actividades, se habría obtenido los valores de las mismas que sumados hubieran dado como resultado un presupuesto de obra que se hubiera podido aprobar, lo cual no se dio por lo indicado anteriormente que era responsabilidad del contratista, ocasionándose la parálisis ya descrita".

Preguntado: en relación con el punto del cronograma de obra, indíqueme al despacho si el Consorcio Conexión cumplió con la entrega del Cronograma de obra en los términos establecidos en el pliego de condiciones y en el contrato No. 069 de 2009, contestó: "El cronograma de obra que entregó el contratista no cumplió con los términos establecidos en el pliego de condiciones con sus anexos técnicos, ni el contrato No. 068 de 2009, por cuanto en los documentos referidos se detallaba claramente cada uno de los parámetros técnicos que debía incluir este cronograma, teniendo como uno de sus insumos el presupuesto de obra el cual no se aprobó; adicionalmente al no tener un cronograma de obra aprobado se ocasiono parálisis de la obra por cuanto en el mismo se describe la secuencia de desarrollo de las actividades de construcción y es un documento contractual obligatorio que permite hacer el seguimiento y control del desarrollo de las obras".

Preguntado: indíqueme al despacho si el contratista dentro del proceso de caducidad entregó a tiempo el plan de inspección medición y ensayo contestó: el plan de inspección, medición y ensayos entregado por el contratista fue revisado por la interventoría pero no cumplió con los parámetros establecidos en los documentos contractuales por lo que no fue aprobado por la interventoría durante el proceso de caducidad del contrato; es importante precisar que el plan de inspección de ensayos corresponde a la programación y las especificaciones técnicas para la toma de muestras y ensayos de laboratorio que se harían durante la ejecución de las obras y permitirían verificar la calidad de los materiales que se emplearían en la construcción, por lo tanto al no contar con el plan de inspección y ensayos aprobado por parte de la interventoría no existía el documento técnico contractual que permitiera verificar que se cumpliría con la calidad de la obra exigida en el contrato siendo este otro de los argumentos técnicos que ocasionaron la parálisis de la obra.

Preguntado: dígame al despacho si el contratista presentó el presupuesto: contestó: el contratista presentó documentos en donde se relacionaban cantidades de obra y precios unitarios, componentes que hacen parte de un presupuesto de obra fueron los mismos revisados por parte de la interventoría y en lo correspondiente a los precios unitarios no previstos se hicieron múltiples observaciones como se describió anteriormente por lo cual no se dio aprobación al presupuesto de obra para ejecutar la construcción al no consolidarse el valor del mismo, por no contar con precios unitarios aprobados, se aclara que el presupuesto de obra entregado es preliminar y se sometió a revisión de la interventoría y como no se probaron los precios unitarios no previstos verificado que los mismos estuvieran dentro de los precios de mercado no se obtuvo un presupuesto de obra aprobado. (fl 234 al 239 c1)

- TESTIMONIO DE GLORIA INES CARDONA BOTERO. Quien para la época de los hechos se desempeñaba como Directora de Construcciones, que tenía como función coordinar, supervisar hacer seguimiento a las obras y contratos en general que se desarrollaban en las Subdirecciones de Transporte y de Vías, quien manifestó:

"preguntado Recuerda usted cuales fueron las causas para iniciar el proceso de caducidad. CONTESTÓ: el continuo incumplimiento por parte del contratista a los productos que tenía que entregar y que eran necesarios para la etapa de construcción, entre ellos, los diseños completos, el presupuesto el cual debía incluir los análisis de precios unitarios que eran el soporte para este y las memorias de cálculo de las cantidades, el plan de obras o programa de trabajo, el plan de tráfico, el plan de inspección y ensayo. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho que consecuencia tenía para la ejecución del contrato estos incumplimientos. CONTESTÓ: No se podía continuar con la construcción, por lo que había parálisis de la obra, teniendo en cuenta que no se sabía cuál era el presupuesto definitivo, el cual era obligación del contratista presentado para que en caso de ser necesario, la entidad pudiera apropiarse recursos, además no se sabían ni las cantidades de obra, ni como se haría el seguimiento al cumplimiento de la construcción porque no se tenía el plan de obras, ni se podía hacer los desvíos necesarios porque tampoco se contaba con el plan de tráfico".

(...) "preguntado: Sírvase indicar al Despacho si en el pliego de condiciones elaborado por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, se incluía o se tenía en cuenta las desviaciones de las redes matrices de alcantarillado,

sanitarios y fluvial de la zona donde se llevarían a cabo las obras objeto del contrato 068 de 2009. CONTESTÓ: Los estudios y diseños incluyen todos los diseños referentes tanto a obra, como todas las redes para poder hacer una obra." (...) PREGUNTADO: En esa etapa de la ejecución del contrato se instalaron unas mesas de trabajo, integrada por personas del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, y del Consorcio Conexión, recuerda usted que temas se estaban tratando en esas mesas de trabajo. CONTESTÓ: Si, eran para lograr que el Consorcio, terminara los análisis de precios unitarios y las cantidades de obra. PREGUNTADO: Sírvase indicar a que conclusión llegaron esas mesas de trabajo. CONTESTÓ: **El Consorcio no asistió a varias mesas, además se le hacían observaciones las cuales quedaba de ajustar y luego lo que presentaba era diferente a lo que se había llegado".**(fl 320 al 323 c1)

- TESTIMONIO DE JORGE ENRIQUE CASILIMAS QUINTERO, empleado de la firma INSUMIL S.A.S., era el representante Legal de GLF CORPORATION y a su vez Representante Legal Suplente del Consorcio Conexión.

"...en los pliegos de condiciones daban unas cantidades de obra, y un listado de precios unitarios, que daban un presupuesto a no exceder a partir de los estudios previos que tenía el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, los participantes en la licitación tenían que ofrecer, los fondos de esta obra eran recursos de la valorización que ya se habían cobrado, y por eso se asumía que si ya había cobrado eran cantidades y precios válidos. Una vez se nos adjudica la licitación inicia la fase de diseños y después de hacer consultas previas en el acuerdo para solicitar los datos técnicos para iniciar el diseño, se detectan unos inminentes sobrecostos en el proyecto. Ponemos en conocimiento del Instituto de desarrollo urbano IDU, esta situación y les presentamos una oferta de diseño diferente al deprimido que era un intercambiador vial a nivel con un puente elevado básicamente hacer lo mismo que estaba en la 100. en nuestro criterio técnico esta era la solución más práctica para construir porque no tenía que intervenir la red de servicios existentes, lo que lo hacía más rápido para construir y mucho más económico. la respuesta del Instituto de desarrollo urbano- IDU fue que legalmente se había contratado un paso a desnivel y no se podía cambiar el objeto del contrato, en mi opinión desnivel puede ser por debajo o por arriba, pero básicamente creo que no se tuvo en cuenta por obstinación desde el punto de vista técnico del ingeniero Saavedra, que era el encargado del Instituto de desarrollo urbano- IDU. Después de todo esto no nos permiten cambiar el diseño y el Instituto de desarrollo urbano hace una ampliación del contrato al 50% máximo que podía legalmente.

inicia la fase de diseño y el acueducto Inician solicitar diseños adicionales por fuera del alcance del contrato, estos requerimientos del acueducto implicaban diseños adicionales no contratados y obras adicionales no contratadas, implicaban considerables aumentos en el presupuesto del contrato, era nuestra obligación obtener del acueducto la aprobación de los diseños pero no era obligación nuestra realizar reiteró los diseños que demandaba el acueducto por fuera del alcance, tanto la interventoría contratada por el Instituto de desarrollo urbano como los funcionarios del Instituto de desarrollo urbano eran conscientes de esta situación, tanto así que se dieron diferentes prórrogas para poder cumplir con los requerimientos del acueducto, dado el volumen de la información técnica en planos y en especificaciones nosotros sometíamos los diseños a revisión del acueducto, el acueducto se tomaba su tiempo revisándolos y luego nos devolvía los diseños con nuevas observaciones y nuevos requerimientos que implicaban nuevos diseños por fuera del alcance contractual y obras no contratadas, resumiendo como era una glorieta deprimida hubo necesidad de intervenir todas las redes a 360 grados a la redonda, cumpliendo con nuevos planes maestros del acueducto, aprovechando que se estaba diseñando esta nueva obra por parte del Instituto de desarrollo urbano le introdujo una gran cantidad de redes que desfasaron de una manera el presupuesto inicial, este proyecto tenía una fase de diseños, pero tenía también una fase de construcción que se supone se puede iniciar simultánea a que se podía iniciar paralela a la fase de diseños, la cual en nuestro criterio técnico no quisimos iniciar porque nos parecía una irresponsabilidad con la comunidad y la ciudad, iniciar una obra cuyo alcance definitivo y final no estaba

completamente definido, ni en cantidades, ni en especificaciones y por obvias razones en su valor total recibimos muchísimas presiones por parte de los funcionarios del Instituto de desarrollo urbano para que iniciáramos las obras a lo cual nos opusimos, GLF De igual manera le impuso a los otros miembros del consorcio no tocar un peso del anticipo hasta que no estuviera completamente definido el valor de la obra, el nuevo tiempo de ejecución de la obra y sobre todo que el Instituto de desarrollo urbano IDU manifestara de dónde iba a sacar los recursos para financiar una obra de valorización que ya se había cobrado a la comunidad. el argumento de algunos funcionarios era que iniciáramos la obra que una vez iniciada saldrían los recursos para terminarla, nosotros no aceptamos ese argumento, esperamos y somos de la opinión que una obra no se puede iniciar hasta que no se cuente con diseños fase III, un presupuesto de programación definitivo y la totalidad de los recursos para ejecutarla esta obra implicaba intervenir un tubo madre del acueducto que alimenta de este servicio a la ciudad, que debía protegerse con obras especiales complejas, para evitar que fuera afectado y provocará el corte de suministro en la ciudad o una tragedia por la presión que lleva el tubo. Esta situación en donde el acueducto tiene que aprobar los diseños al Instituto de desarrollo urbano en mi experiencia siempre desemboca en una puja entre las dos entidades, por el motivo de que el acueducto para probar los diseños trata de incluir la mayor cantidad de obra posible para sus proyectos. El Instituto de desarrollo urbano IDU, intentó en varias ocasiones multarnos por no haber entregado los diseños, los nuevos precios unitarios que iban surgiendo y la programación de la obra, multas que no progresaron porque técnicamente siempre se demostró que un contratista no puede ser multado por no entregar trabajos que están por fuera del alcance inicial del contrato y solicitados por un tercero. (...)

PREGUNTADO: Sírvase indicar al despacho de la razón por la cual la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, EAAB-, intervenía siendo un tercero en el contrato que estaba ejecutando el Consorcio Conexión. Contesto: Dentro del objeto contractual estaba incluido realizar los diseños de acuerdo al alcantarillado que fueran necesarios para construir el deprimido, la autoridad que aprueba estos diseños es la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA – EAAB. (...) PREGUNTADO: indique porque en esta situación que usted relata el Consorcio Conexión accedió a firmar el acta de inicio de las obras que correspondían al contrato 068 de 2009. CONTESTO a pesar de que era imposible técnicamente iniciar el proyecto porque no estaba definido su alcance y su valor total, un socio del consorcio sin autorización nuestra firmó el acta de inicio de la obra.

(...)

PREGUNTADO: indique quien era el facultado legalmente para firmar el acta de inicio, CONTESTO: Exactamente no me acuerdo, lo que tengo claro son dos cosas, una que yo era el suplente y dos que como he dicho a lo largo de esta diligencia no se conocía el presupuesto final de obra se había pactado entre los socios que no se firmaba esta acta de inicio.” (fl. 324 al 328 c1)

- TESTIMONIO DE CARLOS ALBERTO JAIME AGUIRRE, Subdirector de Infraestructura Encargado del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, desde mayo de 2011 hasta diciembre de 2011.

“preguntado: informa el despacho si las cantidades de hora y listado de precios unitarios que estaban contemplados en el pliego de condiciones obliga al contratista a ejecutar la obra estrictamente con el presupuesto inicial. Contestó: lo entregaron el ciego de condiciones es una guía que una vez se realice el estudio y diseño, esta se modifica, de acuerdo a las necesidades propias del proyecto que para este caso debe ser un producto a entregar por el contratista, una vez realice técnicamente los estudios y diseños. (...) preguntado: el consorcio conexión entregó diseños fase III. Contestó: no entregó el presupuesto que es el final de un estudio y diseño debidamente avalado por las entidades que se van a ver afectadas en el desarrollo del proyecto empresa acueducto y alcantarillado de Bogotá EAAB, Gas Natural, ETB, entre otras; y que para el caso de la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá, tenía como obligación la colocación de una estación de bombeo, al ser un deprimido y la revisión minuciosa de la red matriz que está sobre el alineamiento del proyecto contratado. (...) Preguntado: dentro de su experiencia y con lo ocurrido en ese contrato es verdad que existía una puja entre la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá EAAB y El Instituto de desarrollo urbano-IDU, contestó: no eso no existe en obra pública de Bogotá, por qué tanto la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá EAAB, El Instituto de desarrollo urbano-IDU, suscribieron un

convenio de cooperación para que no se presentarán inconvenientes en el desarrollo de las obras de infraestructura, eso quiere decir que si yo le renuevo la red llámese de lluvias o del acueducto, la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá EAAB, me cancela mediante un cruce de cuentas que ha operado durante la mayoría de los contratos que adelanta el Instituto de desarrollo urbano-IDU, llámese troncales o puentes para este caso, el deprimido se maneja de la misma manera, las redes que son propias del proyecto, drenajes de aguas lluvias o canalizaciones, son parte del proyecto que deben estar incluidas en el presupuesto que para este caso el contratista no presentó en debida forma técnica y financieramente. (...) preguntado: sírvase indicar si usted tuvo conocimiento que se presentó un presupuesto de obra que me pareció entender no cumplía con los requisitos exigidos por el Instituto de desarrollo urbano-IDU, unas semanas antes de la declaratoria de caducidad por más de 140 mil millones de pesos. Contestó: como le manifesté antes las condiciones que debe tener un presupuesto no eran las que manifiesta el apoderado del contratista pues como lo dije debe estar sustentada en memorias de cálculo y precios del mercado no en especulaciones de un costo es decir que costaba 140 mil millones, sin soporte real de planos, memorias, cantidades se convierte en una cifra mas no en un presupuesto juicioso que establecía el contrato. (...) preguntado: en respuestas anteriores usted indicó algunas excusas que con relación al presupuesto se pudieron haber planteado por parte del consorcio, indique si a usted le consta que el distrito contaba con los certificados de disponibilidad presupuestal requeridos para atender los mayores costos que se estimaba iba a necesitar la obra en las condiciones en que se encontraba al momento de la declaratoria de caducidad, más allá de los dineros recaudados por contribución de valorización. Contesto: el contrato contaba con los registros presupuestales, no con las disponibilidades presupuestales, es decir el contrato así como su adición tenían los dineros correspondientes a las actuaciones del contrato es decir, valor firmado y adiciones presentadas, Ahora bien como lo dice el defensor del contratista, manifesté que para solicitar nuevos certificados de disponibilidad presupuestal se requería de un presupuesto, soportado técnica y financieramente, le diera seguridad al Instituto de desarrollo urbano IDU, de que eso que manifiesta el defensor era cierto, yo no puedo solicitar certificados de disponibilidad presupuestal sin conocer el presupuesto real que para la fecha de la declaratoria nunca se tuvo y sería irresponsable pedir plata a la tesorería distrital por pedir, sin tener soporte en las solicitudes.

- Testimonio de RAUL MAGGIONI, Asesor Técnico de la Empresa GLF Construction Corporation.

“Preguntado por el despacho: de consecuencia género dentro de la ejecución del contrato ese aumento de valor y tiempo para su realización encontrado por el consorcio. Contestó: empezaron con unas incomprensiones entre el contratista y el Instituto de desarrollo urbano IDU, sobre los tiempos de entrega de algunas aprobaciones por entidades terceras que No obstante, todas las explicaciones dadas por el contratista al Instituto de desarrollo urbano-IDU, no teniendo en cuenta toda la gran labor ejecutada por el contratista, decreto el incumplimiento del contratista por casi insignificantes razones de aprobación. preguntado por el despacho: precisa el al despacho si dentro del pliego de condiciones de la licitación se precisaba que el contratista debía realizar los estudios de acueducto y alcantarillado que usted hace referencia en su declaración. Contestó: absolutamente en los pliegos de condiciones de la licitación y en los documentos anexos no se hacía ninguna referencia a la presencia de semejantes infraestructuras de servicios que hubieran afectado el futuro de la ejecución de la obra”. (FL 376 AL 370 C1)

3.4.3. Emergen entonces y en tamiz de la controversia que ocupa a esta Sala de Decisión, como relevantes los siguientes **hechos probados**:

El Instituto de Desarrollo Urbano – IDU suscribió con el Consorcio Conexión el contrato de consultoría y obra IDU No 068 del 19 de noviembre de 2009, con el objeto de “ejecutar los estudios, diseños y construcción de las obras de la intersección a desnivel de la avenida Laureano Gómez (AK 9) con calle 94 y su conexión con la avenida Santa Bárbara (AK 19), correspondiente al proyecto

con código de obra 104 del Acuerdo 180 de 2005 de valorización, en Bogotá D.C., hasta su terminación y entrega de acuerdo a la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, en especial lo dispuesto en el anexo técnico, la propuesta presentada el 8 de octubre de 2009 y los apéndices, los cuales hacen parte integral de este contrato.

El plazo pactado contractualmente inicial por diecisiete (17) meses, el cual fue ampliado en etapa de estudios y diseños por seis a ocho meses mediante otrosí No 3., así la primera etapa contractual de estudios y diseños se fijó por 14 meses y en construcción por 17 meses.

El valor del contrato inicialmente fijado fue de \$45.868.513.717, los cuales fueron divididos para las dos etapas así: para la etapa de estudios \$1.222.175.910 y en etapa de construcción \$45.868.513.717, valor que fue aumentado mediante Acta No 3 de mayores cantidades de obra No 1, en donde se reseña como valor estimado del contrato incluidas las mayores cantidades de obra la suma de \$62.868.513.717., correspondiendo estos recursos adicionales de \$17.000.000.000, para la ejecución del desvío de redes de alcantarillado y reposición de andenes y pavimentos.

Mediante Resolución No. 994 del 4 de marzo de 2011, se declaró el incumplimiento y se impulsó multa al Consorcio Conexión por \$173.864.000, por la no entrega de presupuesto de obra soportado en las memorias de cálculo, decisión que fue confirmada por Resolución No. 3265 de 11 de julio de 2011.

El 25 de mayo de 2011 el interventor del contrato IDU reporto la parálisis de la ejecución del proyecto, imputable al contratista de obra y solicitó la apertura de procedimiento tendiente a la declaratoria de caducidad; el 30 de mayo siguiente la Dirección Técnica de Construcciones como área coordinadora presentó al Subdirector General de Infraestructura, en su condición de ordenador del gasto, informe al IDU las obligaciones incumplidas imputables al Consorcio Conexión, con la recomendación de iniciar el procedimiento tendiente a la declaratoria de caducidad, advirtiendo de la gravedad de los incumplimientos que conllevan a la paralización del contrato, pese a los requerimientos realizados al Consorcio Conexión.

Luego de citar y adelantar audiencia de descargos, se expidió por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU la Resolución 1365 del 30 de agosto de 2011, por medio de la cual se declaró la caducidad, terminación del contrato y constituyó el siniestro por incumplimiento al contrato IDU 068 de 2009, con ocasión al

incumplimiento que afectan gravemente al contrato, a saber, **no entrega de presupuesto debidamente sustentado, no entrega en debida forma del cronograma, no gestión para la aprobación de los planes de manejo de tráfico PMT's, no aprobación de los PMT's para el desvío de las redes de alcantarillado.** Acto administrativo que fue conformado por la Resolución 4034 del 22 de septiembre de 2011, por la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No 3765 del 30 de agosto de 2011.

Se encuentra acreditado y no desvirtuado por la activa, que no presentó al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU en debida forma el presupuesto, el cronograma, no obtuvo aprobación a los planes de manejo de tráfico PMT's, ni tampoco obtuvo aprobación de los PMT's para el desvío de las redes de alcantarillado.

3.4.4. Análisis y decisión caso concreto.

3.4.4.1. La Resolución No. 3765 del 30 de agosto de 2011, a través de la cual se declaró la caducidad, se termina el contrato y constituye el siniestro por el incumplimiento del contrato de Consultoría y Obra del IDU No 068 del 19 de noviembre de 2009, la Resolución No 4034 del 22 de septiembre de 2011 por medio del cual se resuelve recurso de reposición presentado el 8 de septiembre de 2011 y Resolución No 4059 del 27 de septiembre de 2011 mediante la cual se aclara la resolución No 4034 del 22 de septiembre de 2011, no revisten ningún vicio de los invocados por la parte demandante en este asunto, y en tal secuencia no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad respecto de los mismos.

La entrega de presupuesto debidamente sustentado, entrega de cronograma, gestión y aprobación de planes de manejo de tráfico PMT's, y gestión y aprobación de los PMT's para el desvío de redes de alcantarillado constituían una carga contractual a cargo del contratista – Consorcio Conexión, que fue incumplida, que conllevó a la paralización del contrato y que permite avizorar como legales los actos administrativos demandados.

3.4.4.1.1. Entrega de presupuesto debidamente sustentado.

En contrato de concesión y obra 068 de 2009, suscrita por el Instituto de Desarrollo Urbano y el Consorcio Conexión cuyo objeto fue el de ejecutar los estudios, diseños y construcción de las obras de la intersección a desnivel de la avenida Laureano Gómez (AK 9) con calle 94 y su conexión con la avenida Santa Bárbara (AK 19), correspondiente al proyecto con código de obra 104

del Acuerdo 180 de 2005 de valorización, en Bogotá D.C., hasta su terminación y entrega de acuerdo a la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, en especial lo dispuesto en el anexo técnico, la propuesta presentada el 8 de octubre de 2009 y los apéndices, los cuales hacen parte integral del mismo.

El contrato en mención se dividió en dos fases, las cuales no eran excluyentes, es decir, se permitía iniciar la ejecución de obra, aunque el contrato se encontrara en fase de estudios y diseños. Así, respecto de la fase de estudios y diseños y aprobaciones, numeral 5 plazo del contrato en comento reseña que le corresponde al contratista analizar, verificar y ajustar la información existente y elaborar los estudios y diseños necesarios para la ejecución de la obra, e iniciar las obras en las cuales se hayan realizado los estudios y diseños y que hayan sido aprobados por las entidades Distritales.

Así mismo, en el pliego de condiciones numerales 6.3.7 precios unitarios y 6.13. análisis de precios, se impuso a cargo del contratista el deber de elaborar un análisis de precios unitarios, para dicho estudio se fijó como requisitos exigibles obtener la información de los costos básicos como equipos, materiales y mano de obra teniendo en cuenta además los factores de producción y las condiciones de la zona como régimen de lluvias, acceso a los sitios de trabajo, sistema de explotación y producción de los agregados pétreos y todos aquellos factores que pueden incidir en los precios unitarios de los diferentes ítems, además los precios de la propuesta servirán para ser aplicados a las mayores cantidades y obras complementarias o adicionales que se lleguen a presentar. En ítem 6.3.10 del pliego de condiciones también fijó a cargo del contratista como entrega de producto de los estudios y diseños al IDU un cronograma y presupuesto y precios unitarios.

El Consorcio Conexión el 26 de octubre de 2010, presentó el presupuesto del proyecto incluyendo los Opus de las actividades no previstas, sin embargo, el mismo no contaba con memorias de cálculo de cantidades de obra que lo soportaran, en virtud de ello, el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, de común acuerdo con el contratista suspendió el contrato, realizando mesas de trabajo para la revisión del presupuesto entregado, sin embargo, tal como lo reseña la testigo Gloria Inés Cardona, *“El Consorcio no asistió a varias mesas, además se le hacían observaciones las cuales quedaba de ajustar y luego lo que presentaba era diferente a lo que se había llegado”* .

Todo lo anterior motivo que mediante **Resolución 994 del 4 de marzo de 2011**, el Instituto de Desarrollo Urbano declarara el incumplimiento al contrato 068 de 2009 imponiendo a cargo del contratista multa de ciento setenta y tres millones ochocientos sesenta y cuatro pesos (\$173.864.000) por la no entrega

de los productos contratados, particularmente la memoria de cálculo de las cantidades de obra, que no ha sido radicada completa a la fecha, situación que impide la verificación de que as cantidades de obra entregadas con el presupuesto.

Pese al requerimiento realizado por la entidad pública, conminando a través de multa al contratista para que cumpliera a cabalidad con los presupuestos contractualmente fijados, lo cierto es que el Consorcio Conexión no acredita probatoriamente haber entregado al Instituto de Desarrollo Urbano –IDU, el presupuesto debidamente sustentado con la memoria de cálculo de cantidades de obra.

Precisa la Sala que la demandante aduce una falta de planeación del IDU respecto del presupuesto del contrato, pues el contrato se suscribió por la suma de cuarenta y seis mil seiscientos veintiocho millones treinta mil doscientos setenta y siete pesos (\$46.628.030.267), aumentado por mayores obras en la suma de diecisiete mil millones de pesos (\$17.000.000.000), suma esta que resultaba insuficiente como el presupuesto total de obra que efectuado por el consultor el cual se triplicaba, lo que en voz del doctor Jorge Enrique Casi limas conllevó a acordar por los miembros del consorcio no tocar un peso del anticipo *“hasta que no estuviera completamente definido el valor de la obra, el nuevo tiempo de ejecución de la obra y sobre todo que el Instituto de desarrollo urbano IDU manifestara de dónde iba a sacar los recursos para financiar una obra de valorización que ya se había cobrado a la comunidad”*.

No es de recibo el argumento expuesto por la activa para justificar la no entrega completa del presupuesto y pretender imputar al contratista Instituto de Desarrollo Urbano la responsabilidad por falta de planeación en el presupuesto de obra, pues en criterio de la Sala, fue tan previsible para el IDU la posible modificación el valor del contrato que impuso como carga al contratista en etapa de estudio y diseño la obligación de presentar un presupuesto de obra debidamente justificado, presupuesto este que no acredita el aquí demandante haber cumplido.

Tal como lo resaltan las partes tanto activa como pasiva, definir el presupuesto para la ejecución de la obra, resulta ser un ítem esencial para la ejecución del mismo, y al no aportarse en debida forma en un término que supero los tiempos pactados, resultan inevitable la paralización del contrato por lo que la declaratoria de caducidad resulta ser la medida jurídicamente viable para evitar una mayor afectación.

Por lo expuesto, en criterio de esta Sala de decisión el vicio de nulidad alegado por la activa no se encuentra acreditado.

3.4.4.1.2. Entrega de cronograma

En escrito de demanda, y como justificación al cargo de ilegalidad del acto la activa aduce que, al no poder establecer el alcance real del proyecto, ni haberse aprobado las cantidades de obra que se debían ejecutar fue imposible presentar cronograma.

En ítem 6.3.10 del pliego de condiciones se fijó a cargo del contratista como entrega de producto de los estudios y diseños al IDU **un cronograma**, el cual no fue entregado conforme lo acepta la activa desde el mismo inicio de la demanda, pero bajo la consideración que al no tener un alcance real del proyecto ni cantidades de obra no era posible presentarlo.

Al respecto, no son de recibo de esta Sala de Decisión los argumentos expuestos por la activa, por cuanto, en pliego de condiciones IDU 068 de 2009, se establecieron de manera puntual las metas físicas a cumplir por el contratista, y que fueron conocidos por el mismo desde su misma publicación, siendo aceptadas en su propuesta; aunado a ello, la etapa de estudios y diseños resulta ser parte esencial pues la misma consistía en la realización de las actividades de consultoría necesarias para la elaboración de estudios técnicos, diseños y planos que permitan la construcción de las obras objeto del contrato, estableciéndose a través de esta etapa el alcance real del proyecto advirtiendo de la existencia de mayores obras para la ejecución del contrato así como las obras que realmente exigirían una intervención; en esta secuencia, al no haberse presentado un presupuesto con los soportes exigidos contractualmente, no fue posible determinar el alcance real de la obra y por ende el contratista no presentó el cronograma exigido.

En esta secuencia, al no contar con un presupuesto aprobado, ni con un cronograma, resulta evidente la paralización de la obra, por lo que el acto administrativo que declaro la caducidad resulta ser ajustado a los lineamientos legales.

Por lo expuesto, en criterio de esta Sala de decisión el vicio de nulidad alegado por la activa no se encuentra acreditado.

3.4.4.1.3. Aprobación de planes de manejo de tráfico PMT's

El demandante aduce que en su calidad de contratista la aprobación del Plan de Manejo de Tránsito resultaba ser una actividad de medio y no de resultado, pues correspondía a la Secretaria Distrital de Movilidad –SDM, su aprobación.

Aunado advierte haber solicitado al IDU la aplicación del apéndice F que, aunque fue en etapa de adjudicación cancelado por no resultar aplicable, solicitaba se aceptara a través de otrosí, obteniendo una respuesta nugatoria a su petición, lo que conlleva a demoras en el trámite.

Al respecto precisa la Sala que en pliego de condiciones establece en su acápite 6.3.4.1 como trabajos a desarrollar por el contratista, realizar el Plan de Manejo de Transito completo.

Seguidamente en apéndice C, se estableció “El Constructor debe presentar a la SDM, el PMT debidamente revisado y aprobado por la Interventoría. Para proyectos de gran impacto, el Constructor debe presentar el PMT General sesenta (60) días antes de la finalización de la etapa de preconstrucción, tiempo durante el cual se deben realizar los ajustes de acuerdo con las observaciones de la SDM y en concordancia con los términos del contrato **hasta obtener la aprobación y realizar las actividades previas a la implementación.**”

Así las cosas, resulta desvirtuado el argumento de la activa, quien sostiene que la aprobación del Plan de Manejo del Transito no resultaba de su resorte, pues contractualmente pactó la obligación de presentar el PMT hasta obtener su aprobación, y dentro de los términos contractualmente pactados, en tal sentido al no haberse aportado aprobados resulta claro el incumplimiento contractual y en tal secuencia, la grave afectación por paralización de la obra.

De acuerdo con lo esgrimido anteriormente, la Sala advierte que la demandante no logró con sus argumentos y probanzas desvirtuar la presunción de legalidad con la que están cobijados los actos administrativos demandados y, por lo tanto, deberán despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

3.4.4.1.4. Por último, debe precisarse que no advierte como incumplimiento al deber de planeación con el cual se encuentra investido todo proceso de contratación estatal por parte del Instituto de Desarrollo Urbano, advertido que el contrato de consultoría y obra número 068 de 2009, suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano y el Consorcio Conexión tenía como objeto “Estudios, diseño y construcción de las obras de la intersección a desnivel de la Avenida Laureano Gómez (ak 9) con calle 94 y su conexión con la Avenida Santa Bárbara (ak 19) correspondiente al proyecto con código de obra 104 del Acuerdo 180 de 2005 de Valorización, en Bogotá D.C.” (Cláusula 1); quiere significarse que previendo cualquier evento, el contrato se dejó en cabeza de un solo contratista, quien no solo construiría la obra, sino que además realizaría los estudios y diseños, estableciendo de manera certera el costo del mismo.

3.4.5. Sin condena en costas, como quiera que no se advierte la existencia de temeridad manifiesta de la parte vencida, supuesto éste último que asume como requisito normativo de la condena en costas, en marco del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo - CCA, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO: Declárese no probada la excepción de inepta demanda, conforme decantó en el anterior considerando.

SEGUNDO: Niéguese las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, **liquídense** por Secretaría los gastos de proceso. **Devuélvase** los remanentes al interesado. Pasados dos (2) años sin que hubieren sido reclamados dichos remanentes, la Secretaría declarará la prescripción a favor de la Rama Judicial.

CUARTO: Cumplido lo anterior, por Secretaría de esta Sección, **archívese** el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

firmado electrónicamente en plataforma SAMAI

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado

ly