



ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - No condena

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

SÍNTESIS DEL CASO: La Sociedad demandante celebró contrato con el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá - IDU- para la construcción de la Avenida José Celestino

Mutis, sector avenida Boyacá - avenida ciudad de Cali en Bogotá, éste fue pactado bajo la modalidad del sistema de precios unitarios con fórmula de reajuste. Durante la ejecución contrato, se hicieron adiciones por cambios al proyecto inicial, lo cual aumentó los costos, se presentó un aumento de precios en algunos de los materiales y el contrato fue suspendido por cambio de interventor; todo lo anterior, ocasionó que el contratista presentara una reclamación para el pago de sobrecostos en los que incurrió, petición que fue negada por el IDU. El contrato se liquidó bilateralmente.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA PARA CONOCER EL RECURSO DE APELACIÓN - En razón a la cuantía / PRETENSIÓN MAYOR INDIVIDUALMENTE CONSIDERADA / LEGISLACIÓN APLICABLE AL MOMENTO DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA - 3 de diciembre de 2007 / CUANTÍA SUPERIOR A 500 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES AL MOMENTO DE INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA / COMPETENCIA FUNCIONAL DEL CONSEJO DE ESTADO PARA CONOCER DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS EN SEGUNDA INSTANCIA - Fallados en primera instancia por los tribunales administrativos

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección "B", por cuanto la cuantía del proceso fue estimada en \$900'000.000.00, equivalentes al monto de la pretensión de mayor valor más los intereses causados hasta la fecha de presentación de la demanda. Para la época de interposición del recurso de apelación, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de interposición de la demanda (...) La demanda fue interpuesta el 3 de diciembre de 2004 y, para esa época, 500 salarios mínimos legales mensuales equivalían a \$179'000.000, de manera que la cuantía del proceso superaba la requerida por el ordenamiento jurídico para acceder a la segunda instancia en esta Corporación. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 129 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 132.5 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 164

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATOS QUE REQUIEREN DE LIQUIDACIÓN Y ÉSTA SE EFECTÚA DE COMÚN ACUERDO POR LAS PARTES - Caducidad de la acción / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EN PROCESOS CONTRACTUALES - Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - No opero. Demanda interpuesta en el término legal

En ejercicio de la acción de controversias contractuales, la parte demandante pretende obtener, entre otras cosas, la declaración de ruptura y, en consecuencia, el

restablecimiento del equilibrio económico - financiero del contrato 205 de 2000 celebrado con el INVÍAS, el cual fue liquidado bilateralmente el 6 de diciembre de 2002 y se vio alterado, según la demandante, por las causas enunciadas en la demanda. (...) en los contratos que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, la acción de controversias contractuales podrá ser promovida, a más tardar, "... dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta". En este caso, los dos (2) años previstos en la norma comenzaron a correr el 6 de diciembre de 2002 (fecha de liquidación bilateral del contrato) y, por ende se cumplieron el 6 de diciembre de 2004 y, como la demanda fue radicada el 3 de diciembre de este último año, se concluye que fue presentada dentro del término de caducidad.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136.10 LITERAL C

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Recurso de apelación / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA - Circunscrito al análisis de los puntos objeto de controversia / ASPECTOS CONCEPTUALES Y ARGUMENTATIVOS ESBOZADOS POR EL RECURRENTE / ASPECTOS QUE NO HALLAN SIDO OBJETO DE APELACIÓN - Improcedencia de análisis en segunda instancia / PROTECCIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA QUE GOBIERNA LAS ACTUACIONES PROCESALES

[E]l marco de competencia funcional, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por los recurrentes, pues son éstos los únicos que pueden calificar lo que les es desfavorable a sus intereses en la decisión impugnada, de suerte que los aspectos que no son objeto de análisis en los escritos de sustentación están excluidos del debate sustancial (...) el asunto se halla exceptuado de la aplicación del principio constitucional "non reformatio in pejus" y (...) el juez de segundo grado puede decidir sin limitaciones, esto es, confirmar, revocar o modificar la decisión de primera instancia, pero únicamente dentro del marco conceptual y argumentativo que informan los respectivos recursos, pues, de lo contrario, se violaría el principio de congruencia que gobierna este tipo de procesos. Significa lo anterior que la decisión de negar, entre otras cosas, la pretensión de declaración de nulidad parcial del acta de liquidación quedó por fuera del debate de segunda instancia, porque no fue materia de la apelación. Por consiguiente, el análisis a hacer en esta providencia se limitará a los puntos que sí fueron objeto de apelación. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia, consultar Corte Constitucional: providencia C-583 de 1997 y Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 21060

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 357

COMPETENCIA PARA ADELANTAR LOS PROCESOS DE SELECCIÓN Y CELEBRACIÓN DE CONTRATOS - Jefe o representante legal de la entidad, según se trate de un órgano u organismo o entidad estatal / COMPETENCIA PARA PROFERIR ACTOS O CELEBRAR NEGOCIOS JURÍDICOS / DELEGACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN EN DESARROLLO DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS - Servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo, ejecutivo o equivalentes / PRINCIPIOS DE DESCENTRALIZACIÓN, DELEGACIÓN Y DESCONCENTRACIÓN EN FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / DESCONCENTRACIÓN DE FUNCIONES - Finalidad. Objeto / DELEGACIÓN DE FUNCIONES - Objeto. Finalidad

[E]n los términos del artículo 11, en armonía con los artículos 12, 25 (numeral 10) y 26 (ordinal 5º) de la ley 80 de 1993, la competencia para adelantar los procesos de selección y para celebrar contratos es del jefe o representante legal, según se trate de un órgano u organismo o entidad estatal. (...) la competencia para proferir actos o celebrar negocios jurídicos es del jefe o del representante de la entidad; sin embargo, el mismo estatuto, en su artículo 12, permite delegar y desconcentrar, específicamente, el desarrollo de los procesos de selección de los contratistas, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel "... *directivo, ejecutivo o en sus equivalentes*". Pero, la ley no solo permite la desconcentración y la delegación en relación con los procesos de selección. En efecto, en desarrollo del mandato establecido en el artículo 209 de la Constitución, según el cual la función administrativa se desarrolla con arreglo a los principios de descentralización, delegación y desconcentración de funciones, la ley 489 de 1998 autorizó radicar competencias o funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o de la entidad administrativa (desconcentración) y a los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes y representantes de legales de organismos o entidades que posean estructura propia y autonomía administrativa les permitió transferir a los empleados de los niveles directivo y asesor (delegación) o a otras autoridades con funciones afines la decisión de asuntos a ellos confiados (artículos 8 a 12, ley 489 de 1998).

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 11 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 12 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 24.10 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 26. ORDINAL 5º / LEY 446 DE 1983 - ARTÍCULO 8 / LEY 446 DE 1983 - ARTÍCULO 9 / LEY 446 DE 1983 - ARTÍCULO 10 / LEY 446 DE 1983 - ARTÍCULO 11 / LEY 489 DE 1998 - ARTÍCULO 12

LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Verdadero negocio jurídico / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Efectos / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Suscrita por los representantes legales de las sociedades contratistas / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Suscrita por la coordinadora del proyecto, por el Director Técnico de Construcciones y por el Subdirector de Ejecución de Obras, en representación del IDU / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Suscrita por el Director Técnico de Construcciones delegado mediante resolución por el Director General del IDU / VALIDEZ DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Con fuerza vinculante

Es así como la liquidación bilateral del contrato que, en estricto sentido se erige como un verdadero negocio jurídico, en la medida en que la ley le confiere determinados efectos, delimitados por su contenido, debe ser hecha, en principio, por el jefe o el representante legal del órgano o de la entidad estatal, sin perjuicio de la facultad de delegación para su suscripción. En este caso, el acta de liquidación bilateral del 6 de diciembre de 2002 fue suscrita -como ya se vió- por los representantes legales de Vías y Construcciones VICON S.A. (contratista) y de Technology and Management Ltd. (interventora del contrato), por la coordinadora del proyecto, por el Director Técnico de Construcciones y por el Subdirector de Ejecución de Obras, los tres últimos en representación del IDU. El acta de liquidación bilateral no aparece suscrita, entonces, por el Director General del IDU, quien es el representante legal de esa entidad descentralizada y su ordenador del gasto; por tal razón, se decretó una prueba de oficio (...) consistente en que la entidad demandada certificara si el Director Técnico de Construcciones contaba con delegación de aquél para suscribir, específicamente, el acta de liquidación bilateral del 6 de diciembre de 2002. (...) la Directora Técnica de Gestión Contractual (e) del IDU indicó que, el 17 de agosto de 2001, la Directora General de la entidad, en ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, profirió la resolución 2089, por la cual delegó algunas funciones en los empleados del staff

directivo de la entidad. (...) el funcionario del nivel directivo de la entidad se hallaba facultado, por delegación del Director General, para celebrar el contrato y para efectuar todos los actos encaminados a llevar a feliz término el mismo, facultad que, valga decirlo, no se altera por el hecho de que el valor final del contrato haya excedido el monto hasta por el cual se hallaba facultado el funcionario para desplegar las actuaciones contractuales en representación de la entidad, pues debe tenerse en cuenta que la competencia se fija en el momento en que se celebra el negocio jurídico y no se altera por situaciones sobrevinientes que, por ejemplo, hayan hecho más onerosa la ejecución o hayan aumentado el valor final del contrato; de lo contrario, el negocio jurídico se podría ver afectado de nulidad absoluta por falta de competencia del funcionario que lo celebró, entre otros eventos, cuando por causa de los reajustes se exceda el monto hasta por el cual fue delegada la facultad de intervenir en los actos contractuales, lo cual tendría como efecto que solo se fijaría la competencia al momento de determinar el valor final del contrato, con grave detrimento de la seguridad jurídica que debe imperar en las relaciones de obligación. (...) en este caso, el acta de liquidación bilateral es válida, tiene fuerza vinculante para las partes y, por ende, los únicos aspectos que pueden ser objeto de reclamación judicial son aquellos respecto de los cuales éstas dejaron expresa salvedad, como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corporación: **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, consultar sentencias de: 16 de agosto de 2001, exp. 14384 y de 20 de octubre de 2014, exp. 27777

ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Salvedades / SALVEDADES CONSIGNADAS Y LAS RECLAMACIONES EFECTUADAS POR VÍA JUDICIAL - Deben guardar simetría y coherencia / ESTUDIO DE RECLAMACIONES NO CONSIGNADAS COMO SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Fallo extra petita

[E]l juez debe observar (...) la coherencia que existe entre las salvedades consignadas en el acta de liquidación bilateral y las reclamaciones efectuadas por la vía judicial, pues unas y otras, consideradas individualmente, deben guardar simetría. En este caso, las pretensiones de la demanda tienen correspondencia con las salvedades incluidas en el acta de liquidación bilateral, según se puede observar al contrastar la transcripción hecha de las observaciones consignadas por el contratista en el acta de liquidación bilateral (...) con cada una de las reclamaciones que fueron objeto de demanda, de manera que la Sala encuentra reunido el requisito establecido por la jurisprudencia. No obstante, es bueno anotar que el Tribunal de primera instancia terminó por resolver todas las reclamaciones efectuadas por el contratista en el acta de liquidación bilateral, pese a que algunas de ellas no fueron objeto de pretensión procesal, por lo cual el fallo del a quo se tornó extra petita. Por lo anterior, el análisis de los recursos se ceñirá a los aspectos que fueron materia de apelación y que guarden correspondencia con las pretensiones y los hechos de la demanda y las razones de la defensa esbozadas por el demandado.

MODALIDAD DE CONTRATACIÓN POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS CON FÓRMULA DE REAJUSTE / PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR MAYORES COSTOS DE OBRA - Improcedencia / AUMENTO DEL VALOR OFERTADO POR MATERIALES OFRECIDOS A UN PRECIO INFERIOR AL DEL MERCADO - Sobrecosto a cargo del contratista / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR CAMBIO DE INTERVENTORÍA / IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE GASTOS EN QUE INCURRIÓ EL CONTRATISTA DURANTE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO - Inexistencia de prueba idónea que acredite el valor / SOBRECOSTOS ADMINISTRATIVOS EN QUE INCURRIÓ EL CONTRATISTA POR LA PRÓRROGA DEL CONTRATO - Improcedencia por manifestación expresa del contratista / PRIMACÍA DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD Y LA BUENA FE

OBJETIVA EN MATERIA CONTRACTUAL / INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL

[E]l contrato fue celebrado por el sistema de precios unitarios con fórmula de reajuste (también llamado por unidad de medida), según quedó consignado en la cláusula primera del contrato (...) y en los pliegos de condiciones (...) cuando la obra se ejecuta a precios unitarios, como en este caso, el precio total del contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra por el precio de los ítems correspondientes, más los reajustes. (...) Esta modalidad de contratación tiene una ventaja excepcional y es que, cuando se presentan mayores cantidades de obra, las partes saben exactamente cuál o cuáles ítems se afectan y, por ende, no deben entrar en discusión sobre los precios; además, al momento de ajustar estos últimos, las partes también saben exactamente cuáles insumos resultan afectados por la variación de precios y sólo a tales ítems se les aplicará la fórmula o fórmulas de reajuste, según el caso. (...) las obras por alcantarillado pluvial y alcantarillado sanitario, cuyos mayores costos reclama en este proceso, son MAYORES CANTIDADES DE OBRA y no OBRAS ADICIONALES O EXTRAS. (...) la oferta fue presentada con un precio inferior al del mercado, por lo menos en cuanto a este ítem, lo cual supone no solo una transgresión al principio de responsabilidad que informa la actividad contractual del Estado, sino al principio de la buena fe objetiva que debe regir las relaciones negociales y cuyas consecuencias deben ser asumidas por el contratista. (...) no existe posibilidad de revisar el precio pactado o de fijar un precio nuevo para este ítem que se hallaba previsto en la oferta presentada por el contratista con un precio muy inferior al del mercado con el fin de hacerla más atractiva. Es claro que las mayores cantidades de obra, como sucede en este caso, se deben pagar con base en los precios unitarios consignados en la propuesta para dicha unidad técnica (ítem), más el reajuste pactado y si el precio es menor al del mercado, como acá sucede, es el contratista quien debe asumir las consecuencias de su actuar equivocado o contrario a derecho. Desconoce los postulados de la buena fe que el contratista pretenda obtener un pago mucho mayor al ofrecido, por el hecho de que las cantidades de los ítem ejecutados fueran mayores a los estimados inicialmente. (...) los sobrecostos que se generaron como consecuencia de la suspensión del contrato, por causas imputables a ella, no estaban cubiertos por los costos ordinarios del contrato y no pueden ser trasladados a quien, sin su culpa, tuvo que soportar esa suspensión. (...) no existe duda de que la causa de la suspensión no es atribuible al contratista, sino al IDU (...) de modo que los costos en que incurrió el contratista durante el término de la suspensión deben ser reconocidos por la entidad pública. (...) La prueba del daño y del monto del perjuicio se encuentra a cargo de la parte que lo alega (...) en el evento de un proceso judicial entablado a través de la acción contractual, se estima que el contratista que tiene la calidad de comerciante cuenta con cierta facilidad para desglosar y demostrar los costos y gastos que configuran el daño y que constituyen la base para la estimación de los perjuicios que alega causados. (...) la Sala no encuentra acreditados de forma fehaciente los gastos en los que, según afirma la demandante, incurrió durante el período de suspensión del contrato.

NO PROCEDE LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS - Liquidación bilateral del contrato de obra

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

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

Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00040-01(35099)A

Actor: VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A. –VICON S.A.-

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU-

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada contra la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección "B", en cuya parte resolutive dispuso (se transcribe tal como aparece a folios 356 y 357, C. Consejo):

"PRIMERO: No prosperan las excepciones denominadas 'Imprudencia de utilizar la propia culpa en beneficio propio, inoperancia de las pretensiones frente a los compromisos contractuales fijados por las partes, cobro de lo debido, y legalidad del acta de liquidación del contrato', de conformidad con las consideraciones precedentes.

"SEGUNDO: Se declara el rompimiento del equilibrio económico del contrato de obra No. 205 de 2000, en cuanto hace referencia a la suspensión que afectó al mismo durante los días 1 al 22 de julio de 2000. En consecuencia, se adiciona el acta de liquidación final del contrato, de fecha 6 de diciembre de 2000, la cual contendrá el siguiente párrafo:

'Se reconoce a favor de la sociedad Vicon S.A., la suma de cuarenta y cuatro millones doscientos sesenta y cuatro mil doscientos noventa y tres pesos (\$44.264.293), por concepto de los costos de personal y maquinaria que permanecieron en stand by, durante los días 1 al 22 de julio de 2000'.

"TERCERO: La suma antes mencionada debe ser pagada a la sociedad Vicon S.A., en los términos de la cláusula décima del contrato, esto es, dentro de los 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"CUARTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

"QUINTO: Sin condena en costas".

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 3 de diciembre de 2004 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Vías y Construcciones S.A. –VICON S.A.- formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, contra el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-, con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcribe como aparece a folios 2 a 4, C. 1):

“1. Que se declare la nulidad parcial del Acta de Liquidación del Contrato 205 de 2000 suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU y la Sociedad Vías y Construcciones S.A. VICON S.A., cuyo objeto consistía en la Construcción de la Avenida José Celestino Mutis, Sector: Avenida Boyacá - Avenida Ciudad de Cali en Santa fe de Bogotá.

“2. Que se reconozca el desequilibrio de la ecuación contractual del contrato, a favor de la Sociedad Vías y Construcciones S.A. VICON S.A. en razón a los hechos que adelante se relacionan.

“3. Que se reconozca y pague a la Sociedad Vías y Construcciones S.A. VICON S.A. la suma de **SIETE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$7,269,554)** por concepto del pago realizado por Vicon a favor de Capitel Telecom S.A. en virtud de supuestos daños a redes, nunca probados y que el Contratista tuvo que aceptar y pagar para evitar mayores daños ante la irreflexiva posición de Capitel - Telecom apoyada por el IDU (...).

“4. Que se reconozca y pague a la Sociedad Vías y Construcciones S.A. VICON S.A. la suma de **DIECISIETE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$17,736,320)** en virtud de los mayores costos en que debió incurrir Vicon correspondientes a los cruces de las calzadas occidentales lenta y rápida de la Avenida Boyacá para conectar los alcantarillados pluvial y sanitario al canal que corre por la mitad de la Avenida (...).

“5. Que se reconozca y pague a la Sociedad Vías y Construcciones S.A. VICON S.A. la suma de **TRESCIENTOS DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$302,387,555)** por concepto de los sobre costos incurridos por la Sociedad por el ítem 6.1.2.1 Cable Triplex (...).

“6. Que se reconozca y pague a la Sociedad Vías y Construcciones S.A. VICON S.A. la suma de **NOVENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$93,898,505)** por concepto de personal y equipos stand by durante la suspensión del contrato, decretada por el IDU, debido a la falta de Interventor para el Contrato 205 de la referencia (...).

“7. Que se reconozca y pague a la Sociedad Vías y Construcciones S.A. VICON S.A. la suma de **SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS DIECIOCHO MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$679,318,134)** o lo que resulte probado en el peritazgo, por concepto de mayores costos administrativos que no fueron cubiertos por un mayor valor de obra por la mayor permanencia en la obra (...).

“8. Que se reconozca y pague a la Sociedad Vías y Construcciones S.A. VICON S.A. la suma de **NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$92,602,533)** por concepto de costos financieros por demora en la devolución de la retención y del acta de mayores cantidades de obra (...).

"9. Que se reconozca y pague a la Sociedad Vías y Construcciones S.A. VICON S.A los intereses moratorios que se causaron desde el momento en que no se reconocieron los pagos y los que se continúen causando con posterioridad a la presentación de la demanda, según liquidación que se acompaña a esta demanda.

"10. Que se condene al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU en costas y agencias en derecho".

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

2.1.- El 11 de abril de 2000, fue celebrado el contrato 205 entre el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- (contratante) y la sociedad Vías y Construcciones -VICON S.A.- (contratista), cuyo objeto era la construcción de la Avenida José Celestino Mutis, sector Avenida Boyacá - Avenida Ciudad de Cali en Bogotá.

El inicio de la ejecución de la obra se produjo el 24 de junio de 2000 con la suscripción del acta 1 y el contrato fue objeto de adiciones el 21 de febrero, el 21 de junio y del 12 de octubre de 2001.

2.2.- El 26 de enero de 2001, la demandante solicitó la prórroga del contrato por 4 meses, para lo cual adujo (fl. 4, C. 1):

"Por solicitud de las Empresas de Servicios Públicos fue necesaria la protección de redes de alcantarillado, eléctricas, telefónicas y de gas, causando demoras y atrasos en la ejecución de las obras. Adicionalmente, adujo que se presenta interferencia con 5 predios que aun (sic) no han sido entregados por el IDU por encontrarse en proceso de negociación, los cuales presentan afectación en el andén sur, las dos calzadas y separador central, impidiendo la normal ejecución de las redes de servicios públicos, construcción de la vía y respectivas obras de urbanismo".

La solicitud de prórroga fue aceptada y dio origen al "*contrato adicional*" 1 (ibídem) del 21 de febrero de 2001, mediante el cual se amplió el plazo en 4 meses.

2.3.- El 30 de enero de 2001, se llevó a cabo la reunión del comité de obra, la cual fue registrada en el acta 35. Allí quedó consignado que la coordinadora del proyecto por parte del IDU solicitó programar la intervención de la Avenida Boyacá, determinar los trabajos que se iban a ejecutar y el tiempo que se requería para la ejecución de los mismos, con el fin de solicitar los respectivos permisos ante el IDU y la entonces Secretaría de Tránsito y Transporte (STT); además, informó que esta última sólo permitía la ejecución de los trabajos los fines de semana, en horario nocturno. Por su parte, el

ingeniero de redes de la interventoría informó que, en coordinación con los delegados de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, se definió conectar el alcantarillado pluvial (diámetro D=36") que se trae de la Avenida José Celestino Mutis directamente al canal de la Avenida Boyacá; asimismo, informó que el concepto que se recibió de la STT fue el de ejecutar los trabajos por medias calzadas.

Tales decisiones ocasionaron incrementos, pues se efectuaron cambios al proyecto que inicialmente se había contratado.

2.4.- El 14 de marzo de 2001, VICON S.A. se dirigió a la interventora del contrato, para informarle que los fines de semana del 17, 18, 24 y 25 de los mismos mes y año era viable ejecutar los trabajos de excavación, instalación de tuberías y relleno a nivel de pavimento, respecto de la conexión de aguas lluvias y de aguas residuales al canal central de la Avenida Boyacá; no obstante, advirtió que era prudente dejar el relleno granular abierto al tráfico, para permitir que los mismos vehículos terminaran de compactar el material, pues el ancho de las franjas impedían que pudieran utilizar equipos pesados de compactación y, por lo mismo, no era conveniente poner el pavimento asfáltico de forma inmediata; además, precisó que no era sencillo obtener el despacho de 9m³ de pavimento para un festivo y puso de presente el sobrecosto que se generaría por la mano de obra en la instalación.

La interventoría dio respuesta a la comunicación del contratista al día siguiente y, en ella, señaló que desde el comité de obra del 13 de febrero de 2001 quedó establecido que la carpeta asfáltica debía quedar completa inmediatamente después de terminados los trabajos en la intersección, por lo cual el contratista debió prever el suministro del asfalto para las fechas acordadas, con suficiente antelación.

2.5.- El 11 de mayo de 2001, VICON S.A. se dirigió a la interventoría para poner de presente que el ítem 6.1.2.1 de los pliegos de condiciones (suministro, transporte e instalación de cable de cobre triplex XLPE, para 15kV, calibre 4/0 AWG) fue ofrecido a un precio unitario total de \$47.795 por metro lineal "... y en el análisis del mismo, también incluido en la propuesta (sic) se incluye un valor de \$35,000 por metro lineal de cable ..." (fl. 7, C. 1). La cantidad estimada era de 1.118 metros.

Añadió al respecto:

"Al momento de estructurar el precio unitario, enero de 2000, se calculó el costo del cable en \$35.000 metro lineal, debido a que nuestro proveedor eléctrico adelantaba una compra importante y había obtenido descuentos que VICON traslado (sic) al IDU.

Debido a las demoras en la iniciación de actividades que están fuera del control del Contratista (sic), las negociaciones adelantadas con el proveedor no pudieron concretarse, razón por la cual el precio de (sic) triplicó, siendo el precio en lista de mercado al momento de elaboración de la propuesta (enero de 2000) el de \$103,954 metro lineal. Al momento de realizar la compra (Febrero (sic) 2001) el precio era de \$159,527 metro lineal, lo que representó un incremento del 53% del precio" (fl. 7, C. 1).

Lo anterior, según el demandante, afectó el equilibrio económico del contrato, porque, por una parte, existió una pérdida a costo directo de \$68.954 por metro de cable triplex suministrado e instalado y, por otra parte, la cantidad de cable contratada inicialmente (1.118 metros) aumentó en 1.000 metros, debido a que, finalmente, el cableado debía ir subterráneo y no aéreo, según lo decidió Codensa.

2.6.- El 24 de mayo de 2001, la sociedad demandante solicitó la prórroga por 3 meses y la adición al precio del contrato por \$1.465'000.000.00, por concepto de movimiento de tierra, rellenos, obras de alcantarillado, acueducto, obras eléctricas, redes de teléfonos, espacio público, paisajismo, información ciudadana, mitigación del impacto urbano y control ambiental, gas natural, semaforización y otros ítems relacionados con la construcción de cárcamos de protección.

La adición en plazo obedeció a que: (i) las modificaciones en los diseños requirieron la afectación de predios, cuya situación jurídica aún no había sido definida, (ii) la disminución del rendimiento en la ejecución de las obras por la cantidad de imprevistos que ocurrieron con las redes de servicios públicos y (iii) las cantidades de obra adicional que requirió la creación de 200 ítems para cumplir las especificaciones técnicas del IDU y de las empresas prestadoras de servicios públicos.

2.7.- El 1º de junio de 2001, la interventoría se dirigió a VICON S.A., para señalar que, a esa fecha, no había recibido respuesta del IDU en relación con la aprobación del precio del cable triplex adicional, pero que la falta de esa respuesta no era causa para que el proyecto se atrasara. A su turno, VICON señaló que no había podido ejecutar las actividades de instalación del cable triplex, baja tensión, luminarias, media tensión y domiciliarias, por un aproximado de \$314'000.000, pues los análisis de precios unitarios fueron enviados el 11 de mayo de 2001. Advirtió que los precios de dichos elementos habían aumentado un 53% entre la fecha de la licitación y la fecha de la comunicación y que se corría el riesgo de que aumentaran un 15% más.

2.8.- El 11 de junio de 2001, el interventor envió una comunicación al contratista en la que señaló que la ejecución de las obras eléctricas no comprendían una actividad nueva, sino una mayor cantidad de obra contratada; por consiguiente, no existía razón

para mantener suspendida la obra, pues ello podría acarrear sanciones por incumplimiento.

2.9.- Por lo anterior, el 12 de junio de 2001, el contratista informó al interventor que, sin perjuicio de solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, impartió la orden al director de obra de ejecutar las actividades adicionales.

2.10.- El 25 de junio de 2001, se suspendió el plazo de ejecución (acta 11), por cuanto el contrato de interventoría terminaba el 30 de esos mismos mes y año y, por ende, el IDU debía realizar una nueva contratación para continuar la interventoría de la obras faltantes.

2.11.- El 23 de julio de 2001, fue suscrita el acta 12 de reinicio de la obra. En dicho documento quedó consignado el inventario de personal y de maquinaria que permaneció inactivo durante el período de suspensión, así: ingeniero director, ingeniero residente, residente ambiental, dos administradores, inspector, almacenista, topógrafo, tres cadeneros uno, un cadenero dos y trece operadores; asimismo, permanecieron en stand by una retroexcavadora con oruga, una retroexcavadora con llantas, una motoniveladora, un finisher, un compresor, un compactador de rodillo, un compactador neumático, un compactador vibratorio, un minicargador, un minicompactador vibratorio, una volqueta pequeña, un camión de mantenimiento y un carrotanque.

Los costos por la inactividad del personal y el stand by de la maquinaria ascendieron a \$93'898.505.00.

2.12.- Afirmó también la parte demandante que los sobrecostos ocasionados por el empate del alcantarillado pluvial al canal de la Avenida Boyacá ascendieron a \$18'358.967.00. Dicha información fue transmitida por la interventoría al IDU, mediante comunicación del 31 de agosto de 2001.

2.13.- El 12 de septiembre de 2001, el contratista advirtió a la interventoría que las actividades de conexión del alcantarillado pluvial al canal de la Avenida Boyacá fueron adicionales, pues no estaban previstas en los diseños iniciales; además, señaló que VICON solicitó dejar los rellenos granulares al tráfico para aprovechar la compactación del material con los vehículos, pero el IDU requirió al contratista para que pusiera el pavimento asfáltico inmediatamente después de que terminaran los trabajos, sin que se produjera la suficiente compactación y, por ello, se produjeron

hundimientos en la zanja hecha para conectar el alcantarillado al canal. Por lo anterior, el IDU es responsable de los daños que presenta la vía, afirmó el contratista; sin embargo, el IDU, mediante comunicación del 31 de octubre de 2001, señaló que los sobrecostos en que incurrió el contratista por esta actividad están cubiertos por los rubros de administración e imprevistos.

2.14.- El 1º de octubre de 2001, VICON se dirigió al IDU haciendo referencia a la comunicación del 23 de agosto del mismo año, dirigida a la interventoría, en la que se trataban algunos temas relacionados con los daños supuestamente causados por el contratista a la red de TELECOM - CAPITEL, durante el desarrollo del contrato.

Al respecto, VICON manifestó que, efectivamente, en marzo de 2001 se causaron daños a la red de CAPITEL a la altura de la carrera 73 con Avenida José Celestino Mutis, pero que de dichos daños no era responsable el contratista, por cuanto: (i) el alineamiento de la tubería rota no coincidía con el alineamiento mostrado en el esquema de subterranización de CAPITEL, (ii) la profundidad de los ductos no era la misma a lo largo de todo el tramo excavado y solamente en el sitio de las cámaras se cumplía con las profundidades requeridas, pues en el sitio de los daños los ductos se hallaban a solo 50 centímetros de profundidad, lo cual no estaba acorde con las normas de la empresa, (iii) los ductos no contaban con cinta preventiva que indicara su presencia y su localización, lo que condujo a que no se supiera que se hallaban en un punto distinto al indicado en los planos y más superficial de lo permitido y iv) los ductos que se encontraban dentro de la calzada no contaban con cárcamo de protección, como es lo indicado en estos casos.

Mediante comunicación del 9 de octubre de 2001, la interventoría desestimó los fundamentos esbozados por el contratista, por cuanto el lugar donde se hallaban las redes de CAPITEL era un terreno en el cual no había vía pública, no estaba confinado y no era uniforme, de modo que el contratista debió tener especial cuidado al realizar las excavaciones para no causar daños.

2.15.- El 2 de octubre de 2001, VICON solicitó, por conducto de la interventoría, la revisión del precio unitario del ítem "*Suministro, transporte e instalación del cable de cobre triplex XLPE, para 15Kv (sic), calibre 4/0 AWG*" (fl. 18, C. 1), por una parte, porque el aumento del precio fue de un 53% entre la fecha de presentación de la propuesta y la fecha de compra del mismo (febrero de 2001), mientras que el reajuste fue de solo 13.99% y, por otra parte, por la mayor cantidad requerida, pues, aparte de los 1.118

metros inicialmente previstos, se tuvieron que utilizar otros 1.039 metros, los cuales fueron suministrados e instalados en agosto de 2001.

La diferencia del precio entre la fecha de la propuesta y la fecha de compra asciende, en total, a \$217'336.964 y los trabajos adicionales sumaron \$214'088.208, sumas que reclama la parte demandante.

2.16.- El 12 de octubre de 2001, fue suscrito el contrato adicional 3 al contrato 205 de 2001, mediante el cual se amplió el plazo por un mes.

2.17.- El IDU negó las reclamaciones relacionadas con la diferencia de precios del cable triplex, pues, en su opinión, la ruptura del equilibrio económico del contrato exige para su restablecimiento que sea consecuencia del álea anormal o extraordinario en la ejecución del contrato y que la situación que da lugar al restablecimiento no haya ocurrido por culpa de la parte que lo reclama. En este caso, el precio por debajo del mercado fue ofrecido por el contratista, sin que pueda alegar su propia culpa, para obtener el restablecimiento.

2.18.- El 8 de octubre de 2002, el IDU suscribió el acta de recibo a satisfacción de las obras ejecutadas.

2.19.- Para viabilizar la liquidación del contrato de obra, el 8 de noviembre de 2002 VICON pagó a la CAPITEL \$7'269.552.00 por la reparación de los daños ocasionados, en las redes de esta última, en desarrollo del contrato; no obstante, VICON se reservó el derecho de reclamar la ausencia de responsabilidad en los daños.

2.20.- Mediante acta 19, del 6 de diciembre de 2002, se llevó a cabo la liquidación del contrato 205 de 2000. En ella, VICON dejó a salvo que no se reconocieron los siguientes costos (se transcribe como aparece a folio 32, C. 1):

“- Por personal, equipo y administración por mayor permanencia en obra, debido a prórrogas del plazo del contrato por causas ajenas a la voluntad del contratista.

“- Por trabajos ordenados y ejecutados no pagados en las Actas de Obra, tales como los mayores costos de ejecución de obras en la Avenida Boyacá, labores ordenadas por el IDU para la conexión de servicios, para ser ejecutadas en días festivos y horario nocturno.

“- Por aumentos desmesurados no cubiertos por los índices de ajuste, en elementos y materiales tales como asfalto sólido, concretos y elementos eléctricos. Los ajustes reconocidos por el IDU no cubrieron las alzas registradas.

“-Por aumento de las cantidades de obra de algunos ítems con precios muy por debajo del mercado, tales como el suministro de cable de cobre triplex 4/0, cuya cantidad final se aumentó en más del 80% sin que el IDU reconociera al contratista el valor real del mercado de dicho cable.

“- Por lucro cesante del equipo y personal durante la suspensión de actividades en el mes de Julio de 2001, debido al cambio de interventoría. La ejecución de las obras se suspendió 22 días por cuanto no existía Interventoría.

“-Por falta de pago de elementos robados por terceras personas, tales como el cable de alumbrado público entre la Avenida Ciudad de Cali y la Transversal 85.

“- Por pagos obligados a hacer a empresas de servicios públicos por daños a su infraestructura con el fin de obtener el pazo y salvo requerido por el IDU para liquidar el contrato y devolver el valor de la retención”.

En la misma acta, el IDU dejó consignadas unas anotaciones a las observaciones realizadas por VICON, todas ellas orientadas a desestimar las reclamaciones hechas por el contratista.

2.21.- El 9 de diciembre de 2002, VICON presentó al IDU las facturas 1435 (reconocimiento de mayores cantidades de obra) por \$108'177.493.00, 1436 (acta de reajuste de reconocimiento por mayores cantidades de obra) por \$28'653.624 y 1437 (devolución de la retención de la garantía del contrato) por \$406'144.492.

2.22.- Teniendo en cuenta que la terminación del contrato se produjo el 30 de noviembre de 2001, de conformidad con el acta de mayores cantidades, y que el contrato se debió liquidar bilateralmente dentro de los 4 meses siguientes, el contratista estimaba que los dineros retenidos serían pagados a más tardar el 30 de marzo de 2002; no obstante, dichos pagos se produjeron el 30 de diciembre de 2002, es decir, con 9 meses de mora, por \$514'602.533, por lo cual es aplicable un interés anual del 24% que equivale a \$92'602.533.00 (fls. 4 a 66, C. 1).

3.- Fundamentos de derecho.-

Invocó la demandante los artículos 2, 6, 83 y 124 de la Constitución Política, 1502, 1508 y 1602 del Código Civil y 4 (numerales 3, 8 y 9), 5 (numeral 1), 8 (numeral 4), 27, 28, 50 y 60 de la ley 80 de 1993.

Consideró que la entidad demandada no reconoció en favor del contratista las sumas a las que tenía derecho, las cuales se causaron como resultado de situaciones imprevistas que ocasionaron ruptura en el equilibrio económico del contrato; no obstante, el contratista dejó las respectivas salvedades en el acta de liquidación bilateral (fls. 66 a 68, C. 1).

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 30 de marzo de 2005 se admitió la demanda, se ordenó la vinculación del demandado al proceso, a través de la notificación personal de la providencia al Director del Instituto de Desarrollo Urbano - IDU-, se ordenó la notificación personal al agente del Ministerio Público y se dispuso la fijación del negocio en lista.

El IDU se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y, en cuanto a los hechos, acepto unos como ciertos, otros como parcialmente ciertos y pidió la prueba de los demás.

Propuso, como excepciones de mérito las que denominó: *"IMPROCEDENCIA DE UTILIZAR LA PROPIA CULPA EN BENEFICIO (SIC) DEL PROPIO CONTRATISTA"*, *"INOPERANCIA DE LAS PRETENSIONES FRENTE A LOS COMPROMISOS CONTRACTUALES FIJADOS POR LAS PARTES"*, *"COBRO DE LO NO DEBIDO"* y *"LEGALIDAD DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO"* (fls. 107 a 120, C. 1).

Mediante escrito del 27 de junio de 2005, la parte demandante se opuso a la prosperidad de las excepciones, para lo cual reiteró algunos de los hechos de la demanda (fls. 161 a 171, C. 1).

5.- Los alegatos de primera instancia.-

5.1.- La parte demandante resumió lo pretendido, expuso las razones por las cuales el Tribunal debía acceder a las pretensiones de la demanda y relacionó la prueba que acreditaba los hechos aducidos como fundamento de las pretensiones de la demanda (fls. 317 a 337, C. 1).

5.2.- La parte demandada reiteró lo expuesto en las razones de la defensa, en cuanto a que el IDU no está en la obligación de pagar sumas adicionales al contratista, porque los costos reclamados estaban incluidos en el valor del contrato. En relación con las demoras en el pago de la retención de obra y el acta de las mayores cantidades de obra, afirmó que éstas se causaron por culpa imputable al contratista en el trámite de recibo a satisfacción de parte de las empresas de servicios públicos respecto de las obras ejecutadas (fls. 338 a 340, C. 1).

5.3.- El Ministerio Público guardó silencio.

6.- La sentencia recurrida.-

Mediante fallo del 21 de noviembre de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en la forma transcrita al inicio de esta providencia y desestimó las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, por considerar que se trataba de argumentos de la defensa que debían ser estudiados con el fondo del asunto.

El Tribunal emprendió el análisis de las pretensiones de la demanda, no sin antes precisar que éstas guardan relación con las salvedades que dejó el contratista en el acta de liquidación bilateral del contrato.

6.1.- Respecto de los sobrecostos generados por personal, equipo y administración por mayor permanencia en la obra, debido a causas ajenas a la voluntad del contratista, el Tribunal de primera instancia consideró que la pretensión no estaba llamada a prosperar, porque, si bien el contrato fue prorrogado en tres oportunidades, ello se hizo por expresa petición del contratista y en dichas prórrogas se dejó constancia de que éstas no generarían sobrecostos al IDU.

6.2.- Asimismo, el Tribunal negó la pretensión atinente a los sobrecostos generados por la ejecución de las obras adicionales para la conexión de servicios públicos, realizadas en días festivos y en horario nocturno, entre la Avenida José Celestino Mutis y la Avenida Boyacá, por considerar que, si bien la obra para la conexión del alcantarillado sanitario y pluvial no estaba prevista en el pliego de condiciones o en el contrato, el precio unitario de los materiales necesarios para ello sí se previeron en aquél, de modo que lo que ocurrió fue la ejecución de mayores cantidades de obra que, por lo demás, fueron reconocidas por el IDU.

Además, indicó que en el pliego de condiciones estaba prevista la posibilidad que las obras se ejecutaran en días festivos y en horario nocturno, por lo que no había lugar a reconocer valor alguno por ello.

6.3.- Por otra parte, el a quo dijo que el contratista no probó el aumento de los precios del asfalto sólido, del concreto y de los elementos eléctricos que, según el actor, no alcanzaron a ser compensados por la fórmula de reajustes pactada en el contrato, a lo cual añadió que el IDU, en la liquidación del contrato, ajustó los valores contenidos en las actas parciales de obra. Sostuvo también que el contratista ha debido solicitar la nulidad del numeral 5.2 del pliego de condiciones y de la cláusula primera del contrato, en donde se estableció la fórmula de reajuste de los precios unitarios y, consecuentemente, el valor reconocido por ese ítem.

6.4.- No prosperó la pretensión relacionada con el restablecimiento del equilibrio fracturado por el aumento en más del 80% de lo contratado en la cantidad de cable de cobre triplex 4/0, cuyo valor real en el mercado era mayor al ofrecido, porque, si bien el IDU solicitó la instalación de una mayor cantidad de cable, ello no implicaba que se tuviera que reconocer un precio nuevo frente al ofrecido por el contratista en su propuesta, pues se trataba de mayor cantidad de obra y no de obra nueva.

Sostuvo que el contratista debía asumir las consecuencias de haber ofrecido un precio más bajo que el del mercado.

6.5.- El Tribunal accedió al reconocimiento de los sobrecostos generados por el “stand by” del personal y de la maquinaria, por los 22 días que fue suspendido el plazo de ejecución del contrato, por ausencia de interventoría.

6.6.- El Tribunal afirmó que las obras eran responsabilidad del contratista hasta que fueran terminadas y recibidas a satisfacción por el IDU y por las empresas de servicios públicos, por lo cual no era procedente que la demandada reconociera valor alguno por los elementos robados al contratista, como lo fue el cable de alumbrado público que había instalado entre la Avenida Ciudad de Cali y la transversal 85.

6.7.- El *a quo* negó la solicitud de reembolso de los dineros pagados por los daños ocasionados a la infraestructura de TELECOM - CAPITEL, pues, según las cláusulas del contrato, el contratista debía tener precaución con las redes de servicio superficiales y subterráneas existentes dentro del área de trabajo o adyacentes a ella.

Sumado a lo anterior, concluyó que el contratista contaba con el esquema de las redes telefónicas de TELECOM - CAPITEL, por lo que ha debido tomar las medidas preventivas para evitar daños en ellas, máxime que visitó la zona de las obras y manifestó que conocía a cabalidad las condiciones físicas existentes en el lugar donde ellas se ejecutarían.

6.8.- Tampoco reconoció los costos generados por actualización, ajuste e intereses del valor de la suma retenida en garantía hasta la liquidación del contrato, toda vez que era necesario que el contratista, previo a la liquidación, allegara los paz y salvos de las empresas prestadoras de servicios públicos y, una vez liquidado el contrato, el IDU contaba con 45 días para efectuar el pago del valor retenido como garantía. El contrato fue liquidado bilateralmente el 6 de diciembre de 2002 y la suma

correspondiente a la retención se entregó el 30 de esos mismos mes y año, por lo cual el Tribunal concluyó que el cumplimiento de la obligación fue oportuno.

7.- El recurso de apelación.-

Inconformes con la anterior decisión, las partes –demandante y demandada-, dentro de la oportunidad prevista para ello por el ordenamiento jurídico, interpusieron sendos recursos de apelación.

7.1.- El recurso de apelación de la parte demandante.-

Refutó las consideraciones del a quo respecto de cada una de las pretensiones que fueron negadas, así:

7.1.1.- En cuanto al pago realizado a TELECOM - CAPITEL S.A. por los supuestos daños a las redes, señaló que Vicon S.A. conocía la zona en la que se adelantarían las obras; sin embargo, no por ello debía asumir una "*responsabilidad objetiva*"¹ por los que se presentaran, sin que se pudiera discutir la causa de ellos, máxime cuando las redes no se ajustaban al esquema general suministrado al contratista y éste no podía prever la indebida localización de aquéllas.

El contratista jamás alegó el desconocimiento de la zona como argumento de defensa frente a esos daños, sino (se transcribe como aparece a folio 371, C. Consejo):

“(i) El alineamiento de la tubería rota no coincidía con el alineamiento mostrado en el esquema de subterranización de CAPITEL; (ii) La profundidad de los ductos no es la misma a todo lo largo del tramo excavado. Solamente en el sitio de las cámaras se cumplía con las profundidades requeridas. En el sitio del daño los ductos se encontraban a solamente 50 cm. de profundidad, lo que no concuerda con las normas de la Empresa; (iii) Los ductos no contaban con cinta preventiva que indicara su presencia y su localización, lo que impidió conocer que no estaban contruidos de acuerdo con la localización de los planos y más superficiales de lo permitido; (iv) A pesar de que los ductos se encontraban dentro de la calzada no contaban con cárcamo de protección como es lo indicado en estos casos”.

Puso de presente que en la comunicación STEO-3300-0733, del 20 de marzo de 2002, dirigida a TELECOM, el IDU reconoció que los daños a las redes de Capitel no eran responsabilidad del contratista; sin embargo, la entidad demandada exigió el paz y

¹ Fl. 371, C. Consejo.

salvo de esta última empresa para liquidar el contrato, motivo por el cual el contratista se vio obligado a pagar lo indicado por ese daño, cuando no le correspondía hacerlo.

7.1.2.- Frente a la pretensión cuarta, indicó el recurrente que el *a quo* incurrió en una contradicción al afirmar, por una parte, que las obras de interconexión sobre la Avenida Boyacá no estaban contempladas en los pliegos de condiciones, ni en el contrato y, por otra parte, que el material con el que se realizó esa obra sí se hallaba incluido, por lo cual no se trataba de una obra adicional sino de mayores cantidades de obra que fueron reconocidas por el IDU, razón que llevó a que negara la pretensión.

Afirmó el apelante que dichas obras no estaban contempladas en el contrato y, por lo mismo, constituían obras adicionales que implicaron la utilización de mano de obra y de maquinaria, cuyos costos no fueron previstos en la propuesta.

Agregó que *“es claro que se pagaron los trabajos, pero éstos se pagaron con la fórmula de precios unitarios (los cuales incluían el pago de manos (sic) de obra en horario nocturno y días de descanso y festivo) propuestos ... para trabajos previamente definidos, sobre los cuales mi representada tuvo la oportunidad de realizar un estudio de costo-beneficio”*²; no obstante, sobre las obras nuevas el contratista no tuvo la oportunidad de realizar dicho análisis. La diferencia entre el pago realizado al contratista por esas obras y los gastos en los que realmente incurrió arrojan un saldo a favor del demandante que debe ser reconocido por el IDU. Lo anterior tiene fundamento en el dictamen pericial que concluyó que esas eran obras adicionales.

7.1.3.- Respecto de la pretensión 5, manifestó su inconformidad con lo decidido respecto de los sobrecostos en los que incurrió Vicon S.A. por el cable Triplex, debido a que el precio ofrecido por el contratista no pudo ser sostenido por su proveedor y, por esa razón, aquél dijo que asumía la pérdida por el cambio en el precio de los 1.118 metros lineales contratados inicialmente; pero, no puede suceder lo mismo con la variación de precios respecto de los 1.479 metros lineales adicionales que la entidad exigió al contratista, máxime cuando ello se debió a un cambio en el diseño eléctrico no esencial para el objeto del contrato y ajeno al contratista.

7.1.4.- El apelante afirmó, en cuanto a la pretensión 7, que se debía reconocer la ruptura en el equilibrio económico del contrato por mayor permanencia en la obra, debido a que las causas que originaron las prórrogas del contrato -como la necesidad

² Fl. 375, c. ppal.

de adquirir unos predios y los cambios en los diseños- no eran imputables al contratista, sino al IDU y que, si bien Vicon S.A. solicitó las prórrogas del contrato, ello no implicaba que la mayor permanencia en la obra fuera a causa suya. Adicionalmente, el valor de este desequilibrio fue probado con el dictamen pericial.

7.1.5.- En cuanto a la pretensión 8, el recurrente solicitó que, de prosperar la tercera, referente al pago efectuado por los daños en las redes de Capitel, se le considerara próspera también, por cuanto la mora en la liquidación del contrato obedeció a la exigencia del paz y salvo de TELECOM- CAPITEL.

7.1.6.- Respecto de la pretensión 9, pidió que sobre las sumas que se reconozcan en favor del demandante, se reconozcan igualmente los intereses moratorios calculados en el dictamen pericial.

7.2.- El recurso de apelación de la parte demandada.-

Por su parte, el IDU manifestó que los criterios empleados en la liquidación del contrato fueron acordes con los mandatos que rigen la contratación estatal.

Señaló que el desequilibrio económico del contrato obedeció a causas atribuibles al contratista, quien propuso precios bajos para hacer más atractiva su oferta, sin tener en cuenta las consecuencias de su actuar.

Sostuvo que la maquinaria y el equipo debían estar disponibles en la obra para el cumplimiento del contrato; adicionalmente, los costos de esos ítems se encontraban incluidos dentro de los precios unitarios ofrecidos por el contratista, mientras que los del personal profesional y honorarios se encontraban incluidos dentro de los correspondientes a administración y los del personal operativo estaban incluidos en la mano de obra.

Agregó que en la oferta se presentó un error que conllevó a la afectación de la ecuación del contrato, lo que no puede ahora ser alegado por el contratista como un hecho generador de desequilibrio económico.

Solicitó que se revocara el fallo de primera instancia y que, en su lugar, se negaran todas las pretensiones de la demanda.

8.- Trámite de segunda instancia.-

Los recursos fueron concedidos mediante auto del 30 de enero de 2008 (fl. 362, C. Consejo) y, el 28 de marzo siguiente, esta Corporación corrió traslado a las partes para que los sustentaran (fl. 368, ibídem), se admitieron el 23 de mayo de ese mismo año (fl. 391, C. Consejo) y el 18 de junio de 2008 se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión.

9.- Los alegatos de segunda instancia.-

9.1.- La parte demandante reiteró los argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación e hizo énfasis en lo que, en su opinión, se constituyó en un error en la apreciación de la prueba de parte del Tribunal de primera instancia, por cuanto no le dio el alcance que objetivamente merecía.

En su criterio, las actas del comité de obra, la correspondencia de parte y parte, las comunicaciones de la interventoría y, en particular, el dictamen pericial practicado dentro del proceso han debido llevar al fallador a reconocer las pretensiones 3, 4, 5, 7, 8 y 9 de la demanda y no solamente la pretensión 6.

Cuestionó los razonamientos del Tribunal respecto de las consecuencias que se seguían de la visita al sitio de las obras, del tratamiento que le dio el a quo a las obras adicionales, de la falta de reconocimiento de los nuevos precios en los ítems adicionales, de las consecuencias jurídicas que derivó de la solicitud de suspensión del plazo del contrato y de la falta de reconocimiento de los costos financieros que representó para el contratista la retención indebida de la garantía (fls. 394 a 401, C. Consejo).

9.2.- La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

10.- Prueba de oficio.-

El 17 de agosto de 2017, mientras se hallaba el proceso al despacho del ponente para elaborar el proyecto de sentencia que decidiría la instancia, se decretó una prueba de oficio consistente en que el IDU informara si para el 6 de diciembre de 2002, fecha en la que fue suscrita el acta de liquidación bilateral del contrato, el Director Técnico de Construcciones se hallaba facultado o tenía la función de liquidar los contratos de la entidad.

El IDU respondió el requerimiento con memorando del 15 de septiembre de 2017, en el cual dijo que, mediante resolución 2089 del 17 de agosto de 2001 (modificada y aclarada por la resolución 2162 del 4 de septiembre del mismo año) el Director General del Instituto de Desarrollo Urbano delegó en los directores técnicos y gerentes de proyectos de renovación urbana la facultad de celebrar contratos cuya cuantía inicial no superara los 27.973 salarios mínimos legales mensuales vigentes y de realizar todos los trámites requeridos para su adjudicación, suscripción, debida ejecución, modificación, adición, prórroga, terminación, liquidación y demás actos inherentes a la actividad contractual (fls. 519 a 521, C. Consejo).

CONSIDERACIONES

I. La competencia.-

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección "B", por cuanto la cuantía del proceso fue estimada en \$900'000.000.00, equivalentes al monto de la pretensión de mayor valor más los intereses causados hasta la fecha de presentación de la demanda.

Para la época de interposición del recurso de apelación³, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de interposición de la demanda, tal como lo contemplaba el artículo 132 (numeral 5) del C.C.A. (subrogado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998)⁴, en armonía con el artículo 164 de la Ley 446 de 1998⁵.

³ Los recursos de apelación fueron interpuestos el 3 de diciembre de 2007, de modo que la norma aplicable en materia de cuantías para acceder a la segunda instancia era la prevista en el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, pues para entonces ya habían entrado a funcionar los juzgados administrativos (1º de agosto de 2006) y, por consiguiente, había entrado en pleno vigor la reforma introducida al C.C.A.

⁴ "Artículo 40. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. El artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

"Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

...

⁵ "5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales".

⁵ "Artículo 164. Vigencia en materia contencioso administrativa. En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtir la notificación.

La demanda fue interpuesta el 3 de diciembre de 2004 y, para esa época, 500 salarios mínimos legales mensuales equivalían a \$179'000.000⁶, de manera que la cuantía del proceso superaba la requerida por el ordenamiento jurídico para acceder a la segunda instancia en esta Corporación.

Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- La oportunidad de la acción.-

En ejercicio de la acción de controversias contractuales, la parte demandante pretende obtener, entre otras cosas, la declaración de ruptura y, en consecuencia, el restablecimiento del equilibrio económico - financiero del contrato 205 de 2000 celebrado con el INVÍAS, el cual fue liquidado bilateralmente el 6 de diciembre de 2002 y se vio alterado, según la demandante, por las causas enunciadas en la demanda.

El artículo 136 (numeral 10, literal c) del C.C.A. dispone que, en los contratos que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, la acción de controversias contractuales podrá ser promovida, a más tardar, *“... dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta”*.

En este caso, los dos (2) años previstos en la norma comenzaron a correr el 6 de diciembre de 2002 (fecha de liquidación bilateral del contrato) y, por ende se cumplieron el 6 de diciembre de 2004 y, como la demanda fue radicada el 3 de diciembre de este último año, se concluye que fue presentada dentro del término de caducidad.

“Los procesos de única instancia que cursan actualmente en el Consejo de Estado y que conforme a las disposiciones de esta ley correspondan a los Tribunales en única instancia, serán enviados a éstos en el estado en que se encuentren, salvo que hayan entrado al despacho para sentencia.

“Los procesos en curso que eran de única instancia ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales y que quedaren de doble instancia se deberán enviar en el estado en que se encuentren al competente, según esta ley, salvo que hayan entrado al despacho para sentencia.

“Los procesos en curso que a la vigencia de esta ley eran de doble instancia y quedaren de única, no serán susceptibles de apelación, a menos que ya el recurso se hubiere interpuesto.

“Parágrafo. [Modificado por el art. 1, Ley 954 de 2005](#). Mientras entran a operar los Juzgados Administrativos continuarán aplicándose las normas de competencia vigentes a la sanción de la presente ley”.

⁶ Teniendo en cuenta que el salario mínimo legal mensual vigente para 2004 era de \$358.000 (Decreto 3770 del 26 de diciembre de 2003).

III.- Alcance y límites de los recursos de apelación.-

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷ ha precisado que el marco de competencia funcional, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por los recurrentes, pues son éstos los únicos que pueden calificar lo que les es desfavorable a sus intereses en la decisión impugnada, de suerte que los aspectos que no son objeto de análisis en los escritos de sustentación están excluidos del debate sustancial, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 357 del C. de P.C. (vigente para cuando fueron presentados tanto la demanda como el recurso de apelación)⁸.

La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que *"las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, (sic) condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'"*⁹.

En este caso, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, para que se revoque parcialmente y se acceda a las pretensiones: 3) -referida al pago que hizo la demandante a TELECOM - CAPITEL S.A., por los presuntos daños ocasionados a las redes de esta última-, 4) -concerniente a los mayores costos que asumió el contratista por la conexión del alcantarillado pluvial y sanitario al canal que se halla en la mitad de la Avenida Boyacá-, 5) -relacionada con los sobrecostos en que incurrió la parte demandante en el ítem 6.1.2.1 del pliego de condiciones (cable triplex)-, 7) -que trata de los mayores costos administrativos en que incurrió el contratista durante la ejecución de las obras extras y mayores cantidades de obra-, 8) -atinente a los costos financieros que debe pagar la entidad demandada por

⁷ Sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060.

⁸ "Art. 357. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. **La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. **Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.**

"En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses. Si el superior observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145. Para estos fines el superior podrá solicitar las copias adicionales y los informes del inferior que estime conveniente.

"Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante" (negrillas fuera de texto).

⁹ Al respecto, ver sentencia C-583 de 1997, de la Corte Constitucional.

la demora en el pago de la retención de obra y el acta de las mayores cantidades de obra- y 9) –relativa al reconocimiento y pago de los intereses de mora que se han causado desde el momento en que se debieron efectuar los pagos y los que se continúen causando con posterioridad a la presentación de la demanda.

Por su parte, el demandando interpuso recurso de apelación para que la sentencia de primera instancia sea revocada en su totalidad y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

Lo anterior supone que el asunto se halla exceptuado de la aplicación del principio constitucional “*non reformatio in pejus*” y que el juez de segundo grado puede decidir sin limitaciones, esto es, confirmar, revocar o modificar la decisión de primera instancia, pero únicamente dentro del marco conceptual y argumentativo que informan los respectivos recursos, pues, de lo contrario, se violaría el principio de congruencia que gobierna este tipo de procesos.

Significa lo anterior que la decisión de negar, entre otras cosas, la pretensión de declaración de nulidad parcial del acta de liquidación quedó por fuera del debate de segunda instancia, porque no fue materia de la apelación.

Por consiguiente, el análisis a hacer en esta providencia se limitará a los puntos que sí fueron objeto de apelación.

IV.- Análisis del recurso.-

El 11 de abril de 2000 fue celebrado el contrato 205 entre el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- (contratante) y Vías y Construcciones S.A. -VICON S.A.- (contratista), como resultado de la licitación pública IDU-LP-DTC-166-1999 (ver pliego de condiciones, adendas y propuesta del demandante a folios 2 a 277, 300, 315 y 318 y 395 a 465 C. 52), la cual fue adjudicada a través de la resolución 553 del 27 de marzo de 2000 (ver copia del acto de adjudicación a folios 375 a 377, C. 53).

En virtud del mencionado contrato, el contratista se comprometió a ejecutar, bajo la modalidad de precios unitarios con fórmula de reajuste, “... *las obras requeridas para la construcción de la Avenida José Celestino Mutis, sector: Avenida Boyacá - Avenida Ciudad de Cali en Santafé de Bogotá ...*” (ver cláusula primera del contrato, objeto, fl. 509, C. 52 y 383, C. 53).

Entre las obligaciones específicas del contrato quedaron establecidas las atinentes a que el contratista se obligaba a ejecutar las obras materia del contrato a los precios unitarios cotizados en su propuesta, con sujeción a las normas técnicas vigentes y a rehacer, a sus expensas, cualquier obra mal ejecutada o que no cumpliera con las especificaciones técnicas. Asimismo, el contratista se obligó a asumir el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral del personal que contratara para la ejecución de las obras y a asumir los costos del servicio de vigilancia, hasta la entrega de final de las obras, entre otros conceptos (fls. 508 y 509, C. 52 y 383 y 384, C. 53). En el contrato quedó establecida también la obligación de conservación de las obras, la cual consistía en que el contratista debía adoptar las precauciones necesarias con el fin de conservar, en perfecto estado, los inmuebles aledaños, las estructuras, las instalaciones y las redes de servicios superficiales o subterráneas existentes dentro del área de trabajo o adyacentes a ella, por lo cual el contratista asumía la responsabilidad de los daños que se ocasionaran a los inmuebles, a las estructuras o a las instalaciones (fls. 508, C. 52 y 384, C. 53).

El valor del contrato fue estimado, para efectos legales, en \$5.538'395.250; no obstante, por ser ejecutado bajo la modalidad de precios unitarios con fórmula de reajuste, quedó establecido que el valor final sería el que resultara de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios cotizados en la propuesta presentada por el contratista (cláusula tercera, valor, fl. 507, C. 52 y 385, C. 53).

Las partes pactaron un anticipo equivalente al 30% del valor del contrato, el cual sería desembolsado una vez cumplidos los requisitos legales para iniciar su ejecución y sería amortizado por el contratista en cada acta de obra. El 70% restante se cancelaría mediante la presentación de 8 actas mensuales de obra -una por cada mes hasta completar el plazo de ejecución del contrato- las cuales debían ir acordes con la cantidad de obra aceptada por la interventoría, a satisfacción de la entidad contratante. De cada una de las actas de obra se pactó la retención de un 5%, a título de garantía adicional, la cual sería entregada al contratista luego del recibo a satisfacción de las obras y previa suscripción del acta de liquidación del contrato (cláusula cuarta, forma de pago, fls. 507, C. 52 y 385, C. 53).

El plazo de ejecución del contrato fue pactado en 8 meses, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación de las obras o de la orden impartida por el Director Técnico de Construcciones del IDU, previo el cumplimiento de los requisitos de ejecución. Asimismo, las partes pactaron lo que denominaron plazo de vigencia del

contrato, que sería de 10 meses, es decir, el plazo de ejecución y 2 meses más (cláusula séptima, plazo, fl. 506, C. 52 y 386, C. 53).

El 24 de junio de 2000, fue suscrita el acta de iniciación del contrato, de modo que, a partir de ese momento, comenzó a correr el plazo de ejecución de 8 meses contemplado en la precitada cláusula, lo que significa que las obras debían terminar, en principio, el 23 de febrero de 2001 (fls. 389 A y 390, C. 53).

El contrato fue adicionado en tres oportunidades en plazo y en una de esas oportunidades en valor.

La primera adición se produjo el 21 de febrero de 2001, para prorrogar el plazo pactado en 4 meses. En el mismo documento, las partes dejaron constancia de que la prórroga se produjo por petición conjunta del contratista y de la interventoría y que la misma no causaría costos adicionales al IDU (fl. 418, C. 53).

La segunda adición se produjo el 21 de junio de 2001. A través de dicho acto, el precio del contrato se adicionó en \$1.465'000.000.00 y se prorrogó el plazo por 3 meses más (fl. 325, C. 53). Según consta en el documento, las partes decidieron celebrar la adición por petición conjunta del contratista y del interventor, con fundamento en el memorando de recomendación STEO-3300-1209M del 7 de junio de 2001 del IDU (ibídem).

La tercera adición se produjo el 12 de octubre de 2001, con el fin de prorrogar el plazo en 1.5 meses. En ella se lee que las partes suscribieron el documento:

"... teniendo en cuenta la solicitud presentada por el CONTRATISTA y el INTERVENTOR contenida en el documento de fecha 10 de octubre del (sic) 2001, la solicitud de elaboración del Contrato Adicional respectivo de la Dirección Técnica de Construcciones según consta en el Memorando STEO-3300-2026M y la recomendación de la Subdirección Técnica de Ejecución de Obras según consta en el memorando STEO-3300-2027M, de conformidad con los siguientes considerandos: a) La prórroga solicitada obedece a las modificaciones y ajustes a (sic) diseños que ha requerido el proyecto durante la ejecución debido a cambios por interferencias con redes de servicios públicos y la interferencia con predios cuyas zonas de afectación no han sido resueltas; la disminución de los rendimientos de ejecución de obras por los numerosos imprevistos que se han presentado en la construcción de redes de servicios públicos y la cantidad de obras adicionales que se han requerido para poder ejecutar el proyecto de acuerdo con las especificaciones técnicas del IDU y de las empresas de servicios públicos. b) La interventoría en el documento de solicitud de prórroga expresa que los argumentos expuestos por el contratista, (sic) son verídicos y justificativos para ampliar el plazo, lo cual permite terminar a satisfacción las actividades faltantes,

incluidas las obras adicionales presentadas, (sic) en consideración a lo anterior la presente prórroga no causará sobrecostos al IDU" (fl. 491, C. 53).

Por otra parte, el plazo de ejecución del contrato fue suspendido desde el 1º de julio de 2001 por 25 días, según consta en el acta 11 del 29 de junio del mismo año.

La suspensión obedeció, según consta en la mencionada acta, "*... a que el plazo del Contrato (sic) No. 205 de 2.000 (...) tiene como fecha de terminación el veinticuatro (24) de septiembre de 2.001 y el Contrato (sic) No 133 de 2.000 suscrito para la Interventoría del proyecto tiene como fecha de terminación el treinta (30) de junio de 2.001, el Instituto de Desarrollo Urbano realizará la nueva contratación para la continuación de la Interventoría para la construcción de las obras faltantes, teniendo en cuenta que a este contrato no es posible realizarle más ampliaciones en valor y plazo, debido a que ya fue adicionado en el 50%. Para tal efecto (sic) se hace necesaria la suspensión del contrato de obra durante veinticinco (25) días, para adelantar los trámites de legalización del nuevo Contrato (sic) de Interventoría (sic)*" (fl. 288, C. 52).

El plazo de ejecución reinició el 23 de julio de 2001, según consta en el acta 11 (fl. 292, C. 52). Allí mismo se dejó una anotación relacionada con el personal y la maquinaria que permanecieron inactivos durante el término de suspensión (fl. 291, ibídem).

El acta de recibo final de las obras fue suscrita el 8 de octubre de 2002, pese a que las obras fueron terminadas el 30 de noviembre de 2001, según se lee en el acta 16 de aquella fecha (fls. 301 a 314, C. 52).

El 6 de diciembre de 2002, las partes suscribieron el acta de liquidación bilateral del contrato. En ella dejaron constancia de lo que fue la ejecución de las obras, en cuanto al grado de cumplimiento de las obligaciones y los saldos pendientes a favor de las partes y se dijo que, en total, fueron suscritas 17 actas de recibo parcial de obra, 17 de reajuste de precios, 1 de desembolso del anticipo y 11 de fijación de precios no previstos.

También en el acta de liquidación el IDU reconoció las sumas correspondientes a las mayores cantidades de obra, los reajustes en los precios por las mayores cantidades de obra y la garantía adicional retenida en cada una de las actas de recibo parcial de obra.

El acta en mención fue suscrita por el representante legal de VICON S.A., por el representante legal de la sociedad que ejerció la interventoría, por la coordinadora del proyecto, por el Subdirector Técnico de Ejecución de Obras del IDU y por el Director Técnico de Construcciones de dicha entidad.

En ella, el contratista dejó plasmadas las siguientes salvedades en relación con la liquidación (se transcribe textual como aparece a folios 293 y 294, C. 52):

"EL CONTRATISTA DEJA CONSTANCIA DE SU INCONFORMIDAD POR CUANTO EN ESTA ACTA DE LIQUIDACIÓN NO INCLUYE ENTRE OTROS EL RECONOCIMIENTO DE LOS SIGUIENTES COSTOS:

"POR PERSONAL, EQUIPO Y ADMINISTRACIÓN POR MAYOR PERMANENCIA EN OBRA, DEBIDO A PRÓRROGAS DEL PLAZO DEL CONTRATO POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL CONTRATISTA.

"POR TRABAJOS ORDENADOS Y EJECUTADOS NO PAGADOS EN LAS ACTAS DE OBRA, TALES COMO LOS MAYORES COSTOS DE EJECUCIÓN DE OBRAS EN LA AVENIDA BOYACA, LABORES ORDENADAS POR EL IDU PARA LA CONEXIÓN DE SERVICIOS, PARA SER EJECUTADAS EN DIAS FESTIVOS Y HORARIO NOCTURNO.

"POR AUMENTOS DESMESURADOS NO CUBIERTOS POR LOS INDICES DE AJUSTE, EN ELEMENTOS Y MATERIALES TALES COMO ASFALTO SOLIDO, CONCRETOS Y ELEMENTOS ELECTRICOS, LOS AJUSTES RECONOCIDOS POR EL IDU NO CUBRIERON LAS ALZAS REGISTRADAS.

"POR AUMENTO EN LAS CANTIDADES DE OBRA DE ALGUNOS DE LOS ITEMS CON PRECIOS MUY POR DEBAJO DEL MERCADO, TALES COMO EL SUMINISTRO DE CABLE DE COBRE TRIPLEX 4/0, CUYA CANTIDAD FINAL SE AUMENTO EN MAS DEL 80% SIN QUE EL IDU RECONOCIERA AL CONTRATISTA EL VALOR REAL DEL MERCADO DE DICHO CABLE.

"POR LUCRO CESANTE DEL EQUIPO Y PERSONAL DURANTE LA SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES EN EL MES DE JULIO DE 2001, DEBIDO AL CAMBIO DE INTERVENTORÍA. LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS SE SUSPENDIO 22 DIAS POR CUANTO NO EXISTIA INTERVENTORIA.

"POR FATA DE PAGO DE ELEMENTOS ROBADOS POR TERCERAS PERSONAS, TALES COMO EL CABLE DE ALUMBRADO PÚBLICO ENTRE LA AV. CIUDAD DE CALI Y LA TRANSVERSAL 85.

"POR PAGOS OBLIGADOS A HACER A EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS POR DAÑOS A INFRAESTRUCTURA CON EL FIN DE OBTENER EL PAZ Y SLVO REQUERIDO POR EL IDU PARA LIQUIDAR EL CONTRATO Y DEVOLVER EL VALOR DE LA RETENCIÓN

"POR ACTUALIZACIÓN, AJUSTE E INTERESES DEL VALOR DE LA SUMA RETENIDA HASTA LA LIQUIDACION DEL CONTRATO, COMO A LOS DEMAS COSTOS A QUE SE HA HECHO REFERENCIA, ETC".

Hecha la sinopsis de lo que fue, en general, la ejecución del contrato, procede la Sala a analizar los recursos de apelación, no sin antes advertir dos aspectos que resultan fundamentales para viabilizar el examen de las pretensiones de la demanda y, por consiguiente, de la apelación: uno, el relacionado con la competencia de los servidores públicos que, en representación del IDU, suscribieron el acta de liquidación bilateral, lo cual resulta importante para definir la eficacia de dicho negocio jurídico y, por ende, establecer los puntos que pueden ser materia de reclamación judicial por parte del contratista y, otro, relativo a la coherencia que debe existir entre lo reclamado por la vía judicial y las salvedades consignadas, por parte del contratista, en el acta de liquidación bilateral.

a.- En cuanto al primer aspecto, debe recordarse que, en los términos del artículo 11¹⁰, en armonía con los artículos 12, 25 (numeral 10) y 26 (ordinal 5º) de la ley 80 de 1993, la competencia para adelantar los procesos de selección y para celebrar contratos es del jefe o representante legal, según se trate de un órgano u organismo o entidad estatal.

El conjunto de normas citadas parten del supuesto de que la competencia para proferir actos o celebrar negocios jurídicos es del jefe o del representante de la entidad; sin embargo, el mismo estatuto, en su artículo 12, permite delegar y desconcentrar, específicamente, el desarrollo de los procesos de selección de los contratistas, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel “... *directivo, ejecutivo o en sus equivalentes* ...”.

¹⁰ “ARTÍCULO 11. DE LA COMPETENCIA PARA DIRIGIR LICITACIONES O CONCURSOS Y PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2o.:

“1o. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.

“2o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.

“3o. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:

“a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.

“b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

“c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles”.

Pero, la ley no solo permite la desconcentración y la delegación en relación con los procesos de selección.

En efecto, en desarrollo del mandato establecido en el artículo 209 de la Constitución, según el cual la función administrativa se desarrolla con arreglo a los principios de descentralización, delegación y desconcentración de funciones, la ley 489 de 1998 autorizó radicar competencias o funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o de la entidad administrativa (desconcentración) y a los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes y representantes de legales de organismos o entidades que posean estructura propia y autonomía administrativa les permitió transferir a los empleados de los niveles directivo y asesor (delegación) o a otras autoridades con funciones afines la decisión de asuntos a ellos confiados (artículos 8 a 12, ley 489 de 1998).

Es así como la liquidación bilateral del contrato que, en estricto sentido se erige como un verdadero negocio jurídico, en la medida en que la ley le confiere determinados efectos, delimitados por su contenido, debe ser hecha, en principio, por el jefe o el representante legal del órgano o de la entidad estatal, sin perjuicio de la facultad de delegación para su suscripción.

En este caso, el acta de liquidación bilateral del 6 de diciembre de 2002 fue suscrita - como ya se vió- por los representantes legales de Vías y Construcciones VICON S.A. (contratista) y de Technology and Management Ltd. (interventora del contrato), por la coordinadora del proyecto, por el Director Técnico de Construcciones y por el Subdirector de Ejecución de Obras, los tres últimos en representación del IDU.

El acta de liquidación bilateral no aparece suscrita, entonces, por el Director General del IDU, quien es el representante legal de esa entidad descentralizada y su ordenador del gasto; por tal razón, se decretó una prueba de oficio -como ya también se vió (numeral 10 de los antecedentes)- consistente en que la entidad demandada certificara si el Director Técnico de Construcciones contaba con delegación de aquél para suscribir, específicamente, el acta de liquidación bilateral del 6 de diciembre de 2002.

Mediante memorando del 15 de septiembre de 2017, la Directora Técnica de Gestión Contractual (e) del IDU indicó que, el 17 de agosto de 2001, la Directora General de la entidad, en ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, profirió la resolución 2089, por la cual delegó algunas funciones en los empleados del staff directivo de la

entidad. En el artículo 1º de la mencionada resolución (modificado por la resolución 2162 del 4 de septiembre de 2001) se delegó en los directores técnicos y en los gerentes de renovación urbana, la función de “... Celebrar contratos y realizar todos los trámites requeridos para su adjudicación, suscripción, debida ejecución, modificación, adición, prórroga, terminación, liquidación, y demás actos inherentes a la actividad contractual, hasta una cuantía equivalente a 27.973 salarios mínimos, mensuales legales vigentes ...” (fl. 520 vto, C. Consejo).

Como se mencionó párrafos atrás, la cláusula tercera del contrato de obra 205 dice que “... el valor estimado del ... contrato es de CINCO MIL QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$5.538.395.250.00) M/CTE, suma equivalente a veintiún mil doscientos noventa y tres (21.293) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el (sic) 2.000 ...”, de donde se concluye que el funcionario del nivel directivo de la entidad se hallaba facultado, por delegación del Director General, para celebrar el contrato y para efectuar todos los actos encaminados a llevar a feliz término el mismo, facultad que, valga decirlo, no se altera por el hecho de que el valor final del contrato haya excedido el monto hasta por el cual se hallaba facultado el funcionario para desplegar las actuaciones contractuales en representación de la entidad, pues debe tenerse en cuenta que la competencia se fija en el momento en que se celebra el negocio jurídico y no se altera por situaciones sobrevinientes que, por ejemplo, hayan hecho más onerosa la ejecución o hayan aumentado el valor final del contrato; de lo contrario, el negocio jurídico se podría ver afectado de nulidad absoluta por falta de competencia del funcionario que lo celebró, entre otros eventos, cuando por causa de los reajustes se exceda el monto hasta por el cual fue delegada la facultad de intervenir en los actos contractuales, lo cual tendría como efecto que solo se fijaría la competencia al momento de determinar el valor final del contrato, con grave detrimento de la seguridad jurídica que debe imperar en las relaciones de obligación.

En este punto, debe recordarse que la jurisprudencia de la Sección ha dicho que:

“... constituye requisito de la acción contractual la existencia de la inconformidad, que debe quedar expresa y escrita en el acta de liquidación bilateral. Por eso ha considerado esta Sala –sentencia de julio 6 de 2.005. Exp. 14.113- que: ‘... la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión de contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero si debe contener, así sea de

modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad ...”¹¹.

Así pues, en este caso, el acta de liquidación bilateral es válida, tiene fuerza vinculante para las partes y, por ende, los únicos aspectos que pueden ser objeto de reclamación judicial son aquellos respecto de los cuales éstas dejaron expresa salvedad, como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corporación:

“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquel; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede (sic) con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento”¹².

b.- En cuanto al segundo aspecto atrás mencionado (página 28) y conforme a lo acabado de decir, el juez debe observar, entonces, la coherencia que existe entre las salvedades consignadas en el acta de liquidación bilateral y las reclamaciones efectuadas por la vía judicial, pues unas y otras, consideradas individualmente, deben guardar simetría.

En este caso, las pretensiones de la demanda tienen correspondencia con las salvedades incluidas en el acta de liquidación bilateral, según se puede observar al contrastar la transcripción hecha de las observaciones consignadas por el contratista en el acta de liquidación bilateral (ver páginas 27 y 28 de estas consideraciones), con cada una de las reclamaciones que fueron objeto de demanda, de manera que la Sala encuentra reunido el requisito establecido por la jurisprudencia.

No obstante, es bueno anotar que el Tribunal de primera instancia terminó por resolver todas las reclamaciones efectuadas por el contratista en el acta de liquidación bilateral, pese a que algunas de ellas no fueron objeto de pretensión procesal, por lo cual el fallo del a quo se tornó extra petita.

Por lo anterior, el análisis de los recursos se ceñirá a los aspectos que fueron materia de apelación y que guarden correspondencia con las pretensiones y los hechos de la demanda y las razones de la defensa esbozadas por el demandado.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 27.777.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de agosto de 2001, exp. 14384.

1.- El pago realizado por VICON S.A. a CAPITEL - TELECOM S.A., por los daños causados a la red de servicios de esta última como consecuencia de la ejecución de las obras.

La parte demandante solicita que se reconozca y pague la suma de \$7'269.554.00 que VICON S.A. tuvo que pagar a TELECOM - CAPITEL S.A., "*... en virtud de supuestos daños a redes, nunca probados y que el Contratista tuvo que aceptar y pagar para evitar mayores daños ante la irreflexiva posición de Capitel - Telecom apoyada por el IDU*" (fl. 3, C. ,1).

La parte demandada se opuso a dicha pretensión, por cuanto los hechos que la sustentan están relacionados con la presunta responsabilidad de CAPITEL en el mal diseño de las redes; no obstante, son situaciones que -en opinión de la demandada- fueron previstas en la cláusula segunda del contrato, en cuanto allí se estipuló que era obligación del contratista conservar las obras y tener las debidas precauciones a fin de conservar en perfecto estado las estructuras, instalaciones y redes de servicios superficiales y subterráneas, siendo responsabilidad del contratista cualquier daño que pudiera ocasionarse a las instalaciones o estructuras.

El Tribunal de primera instancia negó la solicitud, por cuanto en los pliegos de condiciones y en el contrato estaba prevista, en efecto, la obligación acabada de mencionar, a lo cual se suma que, según la prueba que reposa en el expediente, el contratista tenía en su poder los esquemas que ilustraban el diseño de las redes telefónicas de TELECOM - CAPITEL, lo que le permitía saber por dónde pasaba la red y así adoptar las precauciones necesarias para evitar daños (fl. 355, C. Consejo).

En el acta de liquidación bilateral, el contratista dejó a salvo la posibilidad de reclamar al IDU los pagos que tuvo que realizar a las empresas de servicios públicos por los daños a la infraestructura de éstas, con el fin de obtener el paz y salvo requerido por el IDU, para liquidar el contrato y entregar la suma correspondiente a la retención en garantía (fl. 294, C. 52).

La Sala observa que, a pesar de que tal reclamación fue objeto de salvedad en el acta de liquidación bilateral, lo que, en principio, la haría procedente en este proceso, lo cierto es que la discusión no se centró en la legalidad o no de exigir el paz y salvo para liquidar el contrato ni en la veracidad respecto de la causación de los daños, sino en la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio público, específicamente

TELECOM - CAPITEL S.A., en la causación de los daños que, finalmente, fueron reparados económicamente por el contratista.

En efecto, la parte demandante insistió durante todo el proceso y con mayor énfasis en el recurso de apelación en que los daños "... **no fueron causados por falta de conocimiento de la zona** (sic) sino por inconsistencias entre el esquema general de ubicación de redes y la ubicación real de estas ..." (fl. 371, C. Consejo), lo que significa, en opinión del recurrente, que los daños "... se presentaron porque las redes de CAPITEL no contaban con alineamiento definido, es decir, la red presentaba cambios bruscos de la trayectoria y profundidad, no contaba con cinta preventiva que indicara su presencia y localización, lo que unido a los cambios bruscos de trayectoria y localización ayudaron (sic) a que se presentara el daño ..." (ibídem).

A lo anterior, agregó que los ductos y cámaras de las redes no contaban con el cárcamo de protección.

Todo lo expuesto refleja que la discusión se centró en torno a la responsabilidad de un tercero (TELECOM - CAPITEL S.A.), que no fue citado a este proceso, en la causación de los daños de las redes de su propiedad, lo cual no tiene relación directa con los acuerdos y las salvedades que las partes dejaron plasmados en la liquidación bilateral, respecto de lo que fue la ejecución del contrato.

Mal haría así en resolver la Sala la precitada pretensión, sin la comparecencia al proceso de la empresa prestadora de servicios públicos o de quien la haya sucedido en sus derechos y obligaciones, cuando se le atribuye la responsabilidad por los daños y el pago que se reputa indebido se realizó, no a la entidad demandada, esto es, al IDU, sino a TELECOM - CAPITEL S.A.

Emitir un pronunciamiento en tales condiciones vulneraría las más elementales garantías que informan el debido proceso, pues se estaría discutiendo una responsabilidad que no se atribuye a la demandada y, de paso, se estaría emitiendo un juicio de responsabilidad sin la comparecencia de la entidad a la que realmente se atribuye el daño.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia se modificará en este punto y, en su lugar, se declarará inhibida la Sala para emitir pronunciamiento respecto de la pretensión 3 de la demanda.

2.- Los mayores costos en que presuntamente incurrió el contratista en los trabajos ejecutados sobre las calzadas occidentales, lenta y rápida, de la Avenida Boyacá, para conectar los alcantarillados pluvial y sanitario al canal que corre por la mitad de esta avenida.

La parte demandante sostiene que el IDU no reconoció a VICON S.A. los costos que asumió para ejecutar las obras de conexión de los alcantarillados pluvial y sanitario de la Avenida José Celestino Mufis al colector de la Avenida Boyacá.

Dijo que las obras no estaban previstas en los pliegos de condiciones ni en el contrato y que, por lo mismo, se trató de obras nuevas que fueron ordenadas cuando éste se hallaba en ejecución.

A lo anterior, añadió que el IDU no reconoció a VICON los costos en que incurrió por la ejecución de dichas obras los sábados, domingos y festivos, en horario nocturno, específicamente, el 17, 18, 24 y 25 de marzo de 2001 (fls. 46 a 50, C. 1).

La parte demandada se atuvo a lo que resultara probado.

El Tribunal de primera instancia negó la pretensión, por cuanto, si bien las obras no estaban previstas en los pliegos de condiciones ni en el contrato, el precio unitario de los materiales que debía suministrar e instalar el contratista sí lo estaba, de manera que, realmente, se trató -según el Tribunal- de la ejecución de una mayor cantidad de obra, solo que, según lo manifestó uno de los testigos en el presente proceso, lo que no recibió el contratista fue el reconocimiento por los trabajos ejecutados los fines de semana y festivos en horario nocturno, lo cual supuso pago de horas extras nocturnas al personal de la obra.

Pero, el Tribunal tampoco estimó que se debieran reconocer al contratista los mayores costos por la ejecución de las obras en horarios extras, dominicales o festivos, porque desde los pliegos de condiciones el IDU había advertido a los futuros proponentes que la interrupción del tránsito debía ser mínima, por lo que tendrían que aprovechar la hora de menor flujo vehicular para ejecutar los trabajos (fls. 351 y 352, C. Consejo).

En el recurso de apelación, la parte demandante no solo insiste en que las obras ejecutadas no estaban pactadas en los pliegos de condiciones ni en el contrato -por lo que se trata de obras nuevas-, sino que señala, además, que dichas obras no podían ser pagadas con fundamento en los precios unitarios, porque el contratista no tuvo la

oportunidad de hacer un análisis costo - beneficio, en relación con los precios de esos nuevos trabajos.

Lo primero que debe analizar la Sala es si las obras cuyos mayores costos reclama el recurrente estaban previstas en los pliegos de condiciones o en el contrato, pues solo así se podrá establecer si fueron obras adicionales (ítems no previstos en los pliegos ni en el contrato), como lo afirma el recurrente o si, realmente, se trató de mayores cantidades de obra (ítems previstos en los pliegos, pero en una cantidad menor a la finalmente ejecutada). Lo anterior para determinar si, en este caso, el pago del material suministrado y la mano de obra se podía realizar conforme a los precios previstos en la oferta o si se debían pagar con base en unos nuevos precios que no fueron fijados.

Para lo anterior, resulta importante anotar que el contrato fue celebrado por el sistema de precios unitarios con fórmula de reajuste (también llamado por unidad de medida)¹³, según quedó consignado en la cláusula primera del contrato (fl. 509, C. 52, Consejo) y en los pliegos de condiciones (ver numeral 1.1 de éstos, a folio 470, C. 52).

Dicha modalidad de ejecución implica que el precio del contrato se estructura de forma más discriminada o detallada que otras modalidades, como la precio global (o de ajuste alzado) o reembolso de gastos (llamado también de costes y costas)¹⁴. Se emplea generalmente cuando, dada la complejidad del proyecto técnico que se pretende llevar a cabo, es difícil determinar las cantidades de obra y las actividades que se deben desarrollar en la construcción; por tal razón, se elabora un listado de cada unidad técnica (ítems) de los elementos, de la mano de obra, de la maquinaria, de los equipos y de las actividades requeridas (número de elementos, metros cúbicos, metros cuadrados, metros lineales, hora-hombre, hora de equipo, por ejemplo), pues de esta manera se logra establecer cuánto cuesta cada una de las unidades que, en conjunto, constituyen el costo directo de la obra, de tal suerte que deben existir tantos precios como ítems se hayan cotizado en la oferta.

La correcta técnica de la estructura de precios unitarios exige que se haga un análisis de los mismos (análisis de precios unitarios), que no es cosa distinta a descomponer los ítems para determinar los costos que lo integran.

¹³ Ver, por ejemplo, SPOTA, Alberto G.: "Tratado de locación de obra", Editorial Ábaco DEPALMA, Buenos Aires, 1975.

¹⁴ *Ibíd.*

Además, exige que se discrimine entre costos directos, es decir, los que están directamente relacionados con la construcción de la obra (materiales, mano de obra, maquinaria, etc.) y los costos indirectos, que corresponden a los rubros que no están directamente relacionados con la construcción, pero en los cuales se requiere incurrir para poder ejecutar el proyecto (arriendo y gastos administrativos de oficina, honorarios del director de obra, del contador, del residente de obra y, en general, del personal especializado).

Así, cuando la obra se ejecuta a precios unitarios, como en este caso, el precio total del contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra por el precio de los ítems correspondientes, más los reajustes.

Esta modalidad de contratación tiene una ventaja excepcional y es que, cuando se presentan mayores cantidades de obra, las partes saben exactamente cuál o cuáles ítems se afectan y, por ende, no deben entrar en discusión sobre los precios; además, al momento de ajustar estos últimos, las partes también saben exactamente cuáles insumos resultan afectados por la variación de precios y sólo a tales ítems se les aplicará la fórmula o fórmulas de reajuste, según el caso¹⁵.

Conforme a las anteriores premisas, en este caso se deduce que, contrario a lo que afirma el recurrente, las obras por alcantarillado pluvial y alcantarillado sanitario, cuyos mayores costos reclama en este proceso, son MAYORES CANTIDADES DE OBRA y no OBRAS ADICIONALES O EXTRAS.

En efecto, los ítems de alcantarillado pluvial (aguas lluvias) y alcantarillado sanitario (aguas residuales) estaban previstos en los pliegos de condiciones (ver ítems 4.1 y 4.2, fls. 458 y 459, C. 52), solo que las cantidades de obra inicialmente previstas eran menores a las que finalmente fueron ejecutadas. Se trata, pues, de mayores cantidades de obra previstas en el contrato y no de obras adicionales, esto es, de ítems no previstos en los pliegos ni en el contrato.

Resulta casi elemental que la construcción de una avenida, como era el objeto abstracto del contrato que origina la controversia, tuviera prevista la ejecución de trabajos de alcantarillado pluvial y sanitario. Es impensable que una obra de tal magnitud prescindiera de la ejecución de dichos trabajos; sin embargo, no podía pretender el contratista que la descripción de los ítems en los pliegos de condiciones

¹⁵ Sobre las distintas modalidades de ejecución de los contratos estatales, ver sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 20.524. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A".

estuviera consignada a tal nivel de detalle que se señalaran los puntos exactos de la red de alcantarillado pluvial y residual, es decir, que se contemplara la ejecución del alcantarillado de la Avenida José Celestino Mutis al colector central de la Avenida Boyacá, pues como se acaba de anotar, en las obras de gran magnitud es difícil determinar las cantidades de cada ítem que se deben desarrollar en la construcción.

En este caso, el ítem de alcantarillado pluvial estaba compuesto por los sub ítem de excavación para tuberías, relleno tipo T4 y tipo T5, suministro e instalación de tubería de \varnothing 27", 30" y 36" CS-CL1, suministro e instalación de tubería de \varnothing 1 y de 1.1. m CL3, cimentación de tubería, recebo para cubrir tubería, concreto clase C, sub base B400, B600, tubería para retirar, pozos a demoler, pozos de 1.20 m, cámaras especiales para tuberías de 36" y más, sumideros laterales SL-200E y retiro de sobrantes y disposición de materiales, todo ello dentro de las cantidades estimadas inicialmente, acorde con los estudios previos que realizó la entidad contratante.

En cuanto al alcantarillado sanitario (aguas residuales) estaban previstas las siguientes actividades: excavaciones para estructuras, excavaciones para tuberías, relleno tipo T4 y T5, suministro e instalación de tuberías de \varnothing 8", 10", 12", 14", 16", 18", 20" y 24" de concreto sanitaria clase II sin refuerzo, suministro e instalación de tubería de \varnothing 27" clase única, retiro de sobrantes y disposición de materiales, sub base B400 y base B600, tubería para retirar (según estudios y diseño), pozos a demoler y pozos de \varnothing = 1.20 m.

En este sentido, razón tuvo el a quo al negar la pretensión, pues, efectivamente, la ejecución de las obras de alcantarillado pluvial y sanitario estaba prevista desde los pliegos de condiciones y comprendía, entre otras actividades, el suministro e instalación de las tuberías sanitarias de 18" de diámetro y tuberías pluviales de 36", solo que las cantidades fueron distintas a las inicialmente previstas y el lugar donde fueron conectadas las tuberías finalmente también fue distinto.

Incluso, el mismo recurrente aceptó tal aseveración al consignar en el escrito de sustentación que (se transcribe como aparece a folio 374, C. 52):

"No compartimos la conclusión a que llegó el sentenciador de primera instancia, en el sentido de que las obras de los cruces de las calzadas occidental y rápida de la Avenida Boyacá para conectar los alcantarillados pluvial y sanitario al canal que corre por la mitad de la Avenida, se tengan como mayores cantidades de obra, por el hecho de que en el precio unitario de los materiales a suministrar e instalar propuesto por el contratista, sí estaba previsto en el contrato y contenía el material utilizado para las obras de conexión de la tubería. En efecto, si bien es cierto dicho material estaba contenido en el precio unitario, no es menos cierto que

dicho material estaba destinado a otras obras y no específicamente a los citados cruces ..." (subraya fuera del texto).

Es de anotar que el hecho de que las distintas unidades técnicas (ítems) estén destinadas a desarrollar distintas actividades en la obra no significa que cada una de esos ítems se pueda tomar de manera aislada como una obra nueva cuando la cantidad ejecutada sea mayor a la prevista o se lleve a cabo en lugar distinto al dispuesto inicialmente, como lo sugiere el recurrente, pues, precisamente, el sistema de precios unitarios está diseñado para que dichas unidades técnicas se puedan emplear en distintas actividades y evitar así la fijación de un nuevo precio por cada una de ellas.

Cosa distinta es que los trabajos hayan sido ordenados por fuera del plazo previsto para ejecutar las obras y que, por ende, los precios varíen al alza; ahora, precisamente para que el precio se mantenga constante, con independencia del momento en que se pague, se utilizan las fórmulas de reajustes, que en este contrato estaban pactadas.

Por otra parte, no es de recibo la manifestación atinente a que el contratista incurrió en sobrecostos porque los trabajos fueron ejecutados los fines de semana en horario nocturno, pues en el numeral 3.2.12 del pliego de condiciones, relacionado con el análisis de precios unitarios, quedó consignado lo siguiente (se transcribe como aparece a folio 450, C. 52):

"Los precios unitarios deberán cubrir los costos de materiales, mano de obra en trabajos diurnos y nocturnos o en días feriados, prestaciones sociales, herramientas, maquinaria y todos los demás gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio del contrato, inclusive los imprevistos, gastos de administración, impuestos y contribuciones y utilidades del Contratista".

En esa medida, al hacer el análisis de precios unitarios, estos es, al momento de discriminar cada ítem, el oferente tuvo o debió tener en cuenta que la mano de obra se debía calcular incluyendo trabajos en días festivos y en horas nocturnas.

Por lo anterior, la sentencia recurrida se confirmará, en cuanto negó la pretensión cuarta de la demanda, pues no existe razón para que las mayores cantidades de obra ejecutadas se deban pagar a un precio distinto al previsto para cada unidad técnica (ítem) de la propuesta.

3.- Los presuntos sobrecostos en los que incurrió VICON por la ejecución del ítem 6.1.2.1 del pliego de condiciones –cable triplex XLPE-.

La parte demandante solicita el reconocimiento de los sobrecostos en los que incurrió por el aumento de la cantidad requerida de cable triplex para 15kV 4/0 AWG.

Narró que, en la propuesta presentada, dicho material fue ofrecido por un precio total unitario de \$47.795 metro lineal y, al descomponer el precio unitario, se incluyó un valor de \$35.000 metro lineal. La cantidad estimada del material era de 1.118 m.

Afirmó la demandante que, al momento de estructurar el precio, pudo ofrecer el cable a \$35.000 m, porque su proveedor eléctrico adelantaba una compra importante en la cual se ofrecía un descuento que el oferente trasladó al IDU; no obstante, las demoras en la iniciación de las obras objeto del contrato impidieron que las negociaciones con ese proveedor pudieran concretarse y, por ello, no pudo obtener el cable a un precio inferior al del mercado que, para enero de 2000 (fecha de presentación de la propuesta) era de \$103.954 m y, al momento de realizar la compra, había subido a \$159.527 m, lo que representó un incremento del 53% sobre el precio del mercado.

El demandante no pide que se compense el precio de la cantidad inicialmente requerida, pero sí la cantidad adicional de 1.000 metros lineales respecto de los diseños eléctricos originales.

A lo anterior, agregó que el incremento en el precio del material no alcanzó a ser cubierto por el índice de ajustes, el cual era de solo 13.99%, frente al 53% que tuvo, en relación con el precio del mercado.

La parte demandada se opuso a dicha pretensión, por cuanto el contratista ofreció un precio artificialmente bajo, a sabiendas de que éste no se podía modificar.

El Tribunal de primera instancia negó la respectiva pretensión de la demanda, por cuanto, si bien la entidad pública solicitó a VICON el suministro e instalación de 1.479 metros lineales de cable, adicionales a los 1.118 metros ya instalados, "*... no por este hecho se puede concluir, como lo hace el apoderado de la contratista, que IDU debía reconocer a Vicon S.A., un precio nuevo y totalmente distinto al ofrecido por el contratista en su propuesta ...*" (fl. 352, vto, C. Consejo)

En esa medida, afirmó el a quo que se trataba de una mayor cantidad de obra contratada y que no era viable reconocer un valor superior, porque ello implicaría “... premiar el hecho de que un proponente oferte a (sic) precios comparativamente más bajos que los demás, con la única finalidad de lograr la adjudicación de la licitación ...” (fl. 353, C. Consejo)

El apelante, en la sustentación del recurso, dijo que, si bien es “... claro que el valor ofertado por metro lineal por parte de la contratista fue inferior al del mercado (\$35.000 vs. \$159.527) (...) la entidad contratante no puede exigir ese mismo precio para los 1.479 ML adicionales, toda vez que no es justo que el contratista asuma dicha obligación a pérdida ...” (fl. 378, C. Consejo).

En criterio de la Sala, el Tribunal acertó al negar la pretensión de la demanda, pues es evidente -y el mismo recurrente lo acepta- que la oferta fue presentada con un precio inferior al del mercado, por lo menos en cuanto a este ítem, lo cual supone no solo una transgresión al principio de responsabilidad que informa la actividad contractual del Estado, sino al principio de la buena fe objetiva que debe regir las relaciones negociales y cuyas consecuencias deben ser asumidas por el contratista.

En efecto, el artículo 26 (numeral 6) de la ley 80 de 1993 consagra que, en virtud del principio de responsabilidad, los contratistas “... responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato ...”.

Si bien el estatuto de contratación no contempla expresamente una consecuencia jurídica para los casos en los que se observa la existencia de precios artificialmente bajos, la naturaleza misma del fenómeno determina que las consecuencias son, entre otras muchas, de una parte, exonerar a la administración de toda responsabilidad frente al contratista, cuando quiera que éste haya hecho sus ofrecimientos con precios inferiores a los del mercado y que, por tal razón y en plena ejecución del contrato, formule reclamaciones económicas para que le sea admitido un presunto desequilibrio de la ecuación económica, o cuando tal circunstancia conlleve a la inejecución del contrato, con los consecuentes perjuicios para la entidad contratante que ésta no tendría por qué soportar y, de otra parte, que sea el contratista quien asuma los perjuicios que puede implicar el haber presentado un precio evidentemente menor al del mercado o al estimado en el presupuesto oficial para obtener la adjudicación de la licitación, consecuencia que se extiende a aquellos eventos en los cuales el

contratista incurrió en error al elaborar su propuesta, puesto que esta carga de responsabilidad es de su exclusivo resorte.

El proponente debe guardar proporcionalidad con el valor del objeto ofrecido¹⁶, pues de lo contrario se generaría una evidente discrepancia entre el objeto contratado y su valor. El precio no puede ser irrisorio, pues ello puede significar un eventual incumplimiento del contrato, o probables conflictos por imprevisión, lesión, abuso de derecho, etc., lo que en la contratación -y con mayor ahínco en la estatal- se debe evitar¹⁷.

El denominado "*precio artificialmente bajo*" de que trata la ley 80 es aquel que resulta artificioso o falso, disimulado, muy reducido o disminuido, pero, además, que no encuentre sustentación o fundamento alguno en su estructuración dentro del tráfico comercial en el cual se desarrolla el negocio, es decir, que no pueda ser justificado, caso en el cual la administración estaría imposibilitada para admitirlo, so pena de incurrir en violación de los principios de transparencia, equilibrio e imparcialidad que gobiernan la actividad contractual.

Todo lo anterior permite afirmar que, en este caso, no existe posibilidad de revisar el precio pactado o de fijar un precio nuevo para este ítem que se hallaba previsto en la oferta presentada por el contratista con un precio muy inferior al del mercado con el fin de hacerla más atractiva. Es claro que las mayores cantidades de obra, como sucede en este caso, se deben pagar con base en los precios unitarios consignados en la propuesta para dicha unidad técnica (ítem), más el reajuste pactado y si el precio es menor al del mercado, como acá sucede, es el contratista quien debe asumir las consecuencias de su actuar equivocado o contrario a derecho.

Desconoce los postulados de la buena fe que el contratista pretenda obtener un pago mucho mayor al ofrecido, por el hecho de que las cantidades de los ítem ejecutados fueran mayores a los estimados inicialmente. Eso implicaría forzar a la administración a pagar un precio mayor, bajo la artimaña o el ardid de ofrecer inicialmente un precio más bajo, pero por una cantidad limitada.

La pretensión no prospera.

¹⁶ DROMI, José Roberto: "La Licitación Pública", pág. 342.

¹⁷ *Ibíd.*

4.- Los costos reclamados por el lucro cesante de personal y equipo del contratista durante la suspensión del contrato por el cambio de interventoría.

Afirma la demandante que el 29 de junio de 2001 se suspendió el contrato de obra, por cuanto el contrato de interventoría del proyecto terminaba el 30 de los mismos mes y año, de modo que el IDU no podía dejar sin interventorar las obras y debía iniciar un proceso de selección para escoger a quien seguiría haciendo esa labor.

En el acta de reiniciación del 23 de julio de 2001 se dejó consignado el inventario de personal y maquinaria que permaneció inactivo durante el período de suspensión, lo cual arrojó costos por \$93'898.505.00, según la demandante.

La parte demandada manifestó atenerse en este punto a lo que resultara probado en el proceso; no obstante, afirmó que la suspensión del contrato "*... provino de la voluntad expresa del contratista (sic) quien así lo aceptó con la imposición de su firma*" (fl. 109, C. 1).

Añadió que la suma reclamada por el demandante no consta en el acta de reiniciación de las obras y que, en cuanto a esta valoración, "*... debe tenerse en cuenta que la fijación de precios unitarios comprenden (sic) la mano de obra, prestaciones sociales, e incluso la administración de las obras. Por ello, pretender reconocimiento sobre los días inactivos, es como decir que el IDU hiciera un segundo pago por dicho concepto ...*" (fl. 110, C. 1).

Con base en lo anterior, señaló que "*... la inactividad del personal, (sic) fue una situación claramente prevista por las partes y especialmente por el IDU al momento de la licitación, (sic) y por el contratista al momento de presentación de la propuesta*" (ibídem).

El Tribunal de primera instancia accedió a la pretensión, por cuanto era obligación del IDU garantizar la interventoría durante la ejecución de las obras y, como no lo hizo, el contrato tuvo que ser suspendido.

Para determinar la cuantía de la indemnización, el a quo tomó en consideración la información consignada en el acta 12 y la comparó con la certificación emitida por la revisoría fiscal de VICON S.A. lo cual arrojó un resultado de \$40'401.684.00, suma que, actualizada a la fecha de la sentencia de primera instancia, ascendió a \$44'264.293.

La parte demandante guardó silencio al respecto en su recurso de apelación, lo que supone que estuvo conforme con la decisión.

La parte demandada, por su parte, señaló que la maquinaria y el equipo que permanecieron inactivos durante el período de suspensión debían estar disponibles en la obra, “... según lo propuesto por el contratista y legalizado en el acta de iniciación de la obra donde se relacionó un equipo que, reiteramos, debía encontrarse a disposición en el sitio de la obra ...” (fl. 388, C. Consejo); además, recalcó que el costo de la maquinaria y de los equipos se hallaba inmerso en cada uno de los ítems de pago de las actividades correspondientes, atendiendo el análisis de precios unitarios presentados y aprobados por el IDU.

Para el caso del personal profesional, el pago de los honorarios estaba comprendido en los costos de AIU y, para el personal operativo, se halla incluido dentro de la mano de obra del análisis de precios unitarios de cada actividad.

Para la Sala, no son de recibo los planteamientos esbozados por la parte demandada, porque los sobrecostos que se generaron como consecuencia de la suspensión del contrato, por causas imputables a ella, no estaban cubiertos por los costos ordinarios del contrato y no pueden ser trasladados a quien, sin su culpa, tuvo que soportar esa suspensión.

En efecto, la finalidad de la suspensión del contrato estatal, como medida excepcional, es evitar que el plazo de ejecución corra, mientras se presentan o subsisten situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impidan continuar temporalmente la ejecución del contrato; por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia, sino que, precisamente, la suspende, de modo que durante este período cesante las obligaciones contenidas en el contrato no se ejecutan, pero se pueden generar costos adicionales que no tiene la obligación de soportarlos quien no dio lugar a la suspensión.

Por lo anterior, ha dicho la jurisprudencia de esta Sección: **“La prórroga o suspensión del contrato fundada en hechos no imputables al contratista, genera la obligación, a cargo de la entidad, de cubrir los sobrecostos ocasionados con la prolongación del plazo, siempre que tales también aparezcan probados”**¹⁸.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 2003, exp. 10.883.

En este caso, no existe duda de que la causa de la suspensión no es atribuible al contratista, sino al IDU (ver página 26 de estas consideraciones), porque su incuria en garantizar la continuidad de la interventoría externa del contrato -que era su obligación en los términos del artículo 32 (inciso segundo) de la ley 80 de 1993¹⁹- condujo a que se tuviera que suspender el plazo de ejecución, de modo que los costos en que incurrió el contratista durante el término de la suspensión deben ser reconocidos por la entidad pública.

Para la cuantificación de la condena, el Tribunal tuvo en cuenta la certificación emitida por el revisor fiscal de la demandante, en torno a los costos en que incurrió el contratista durante el período de suspensión.

Esta Sala ha sido estricta al valorar la prueba del daño contractual, pues, generalmente, el contratista es un comerciante y, como tal, está obligado a llevar libros de contabilidad, de manera que en todo momento tiene a su alcance la prueba de los costos reales en que incurrió en su actividad contractual y, por ello, su carga probatoria es analizada en forma más estricta que aquella que se demandaría frente a un perjuicio ocasionado dentro de un contexto extracontractual -como el que se reclama en la acción de reparación directa²⁰-.

La prueba del daño y del monto del perjuicio se encuentra a cargo de la parte que lo alega, conforme al onus probandi establecido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil²¹ (norma aplicable al presente proceso), teniendo en cuenta que, además de cumplir con sus obligaciones legales, “... *el contratista está sometido a la específica obligación de elaborar las actas de obra para el cobro del precio del contrato y de expedir las facturas correspondientes de acuerdo con la realidad*

¹⁹ “ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

“1o. Contrato de Obra.

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

“En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo [53](#) del presente estatuto.

(...)”.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 10 de agosto de 2016, exp. 49.864.

²¹ “Artículo 177 C.P.C. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

económica de la ejecución contractual, por manera que, por principio, se encuentra a su alcance el deber de probar los costos o los gastos que alega como constitutivos del mayor valor en la ejecución de la obra ...”²².

En consecuencia, ha dicho la Sala que, en el evento de un proceso judicial entablado a través de la acción contractual, se estima que el contratista que tiene la calidad de comerciante cuenta con cierta facilidad para desglosar y demostrar los costos y gastos que configuran el daño y que constituyen la base para la estimación de los perjuicios que alega causados²³.

En este caso, la revisora fiscal de la sociedad contratista fue quien certificó los pagos realizados por VICON S.A. durante el período de ejecución del contrato y en el escrito dejó constancia de que (se transcribe como aparece a folio 493, C. 52):

“.. Los pagos arriba relacionados se encuentran debidamente soportados en comprobantes contables, y los mismos están registrados en la contabilidad de la compañía VICON S.A. se ciñe a las normas legales y a la técnica contable, sus libros se encuentran debidamente registrados en la Cámara de Comercio de Bogotá”.

Para la Sala, la certificación por sí misma no es prueba contable de los gastos en que incurrió el contratista, pues, si bien conforme al artículo 777 del Estatuto Tributario, cuando se trata de presentar en la DIAN pruebas contables son suficientes las certificaciones de los contadores o revisores fiscales, sin perjuicio de la facultad que tiene la administración para hacer las comprobaciones pertinentes, ha sido criterio del Consejo de Estado que, para que estos certificados sean válidos como tal clase de prueba, deben llevar al convencimiento del hecho que se pretende probar, lo cual debe ir, a su vez, sujeto a las normas que regulan el valor probatorio de la contabilidad y deben expresar, además, que la contabilidad se lleva de acuerdo con las prescripciones legales o que los libros se encuentran registrados en la Cámara de Comercio; igualmente, deben informar si las operaciones están respaldadas por comprobantes internos y externos y si reflejan la situación financiera del ente económico²⁴.

De modo que, adicionalmente, deben allegarse, por ejemplo, los libros de contabilidad -en su aparte pertinente- u otros documentos que acrediten el

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 10 de agosto de 2016, exp. 49.864.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta: sentencias del 14 de junio de 2002, exp. 12840 y de 11 de septiembre de 2006, exp. 14754.

movimiento comercial de la sociedad contratista, pues, según el artículo 68 del Código de Comercio, aquéllos constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente, y con los cuales se soportaría indudablemente la información contenida en la referida certificación.

En este caso, la certificación no fue aportada al proceso con sus soportes y, por consiguiente, la Sala no encuentra acreditados de forma fehaciente los gastos en los que, según afirma la demandante, incurrió durante el período de suspensión del contrato.

Conforme a lo anterior, la Sala revocará la condena impuesta con fundamento en la pretensión objeto de análisis.

5.- Los presuntos mayores costos administrativos en los que incurrió el contratista que no fueron cubiertos durante la mayor permanencia en la obra.

La parte demandante aduce que la administración no reconoció los costos administrativos que se generaron durante las prórrogas del contrato.

La parte demandada manifestó atenerse a lo que resulte probado en el proceso.

El Tribunal a quo negó la pretensión, por cuanto las prórrogas del contrato fueron consentidas por el contratista.

En el recurso de apelación, la parte demandante insistió en que las prórrogas se produjeron por causas ajenas al contratista.

Para la Sala la pretensión no tiene vocación de prosperidad, por cuanto el contrato fue adicionado en tres oportunidades en plazo y en una de esas oportunidades en valor (ver página 25 de estas consideraciones) y en las dos adiciones en plazo el contratista dejó expresa constancia de que tal situación no generaría sobrecostos al IDU, con lo cual liberó a la entidad de cualquier reclamación económica en torno a los mayores costos que se generaron por esas adiciones.

La pretensión no prospera.

6.- El costo financiero por la presunta demora en la devolución de la retención en garantía y del acta de mayores cantidades de obra.

La demandante solicita el pago de \$92'602.533, por el costo financiero de la demora en que incurrió el IDU en devolver la retención en garantía y el pago del acta de mayores cantidades de obra.

Afirmó la demandante que las obras culminaron el 30 de noviembre de 2001, conforme quedó consignado en el acta de mayores cantidades, por lo cual el contrato debió ser liquidado dentro de los cuatro meses siguientes y, por ello, estimaba que los dineros retenidos fueran entregados a VICON el 30 de marzo de 2002; no obstante, los pagos correspondientes a las mayores cantidades de obra y a la retención en garantía se produjeron el 30 de diciembre de 2002.

La parte demandada manifestó atenerse a lo que resultara probado; no obstante, aclaró que el pago del 5% de retención se produciría solo con la liquidación del contrato, lo cual ocurrió el 6 de diciembre de 2002 y aquél se realizó el 30 de los mismos mes y año, sin mora, pues el IDU tenía 45 días para pagar las cuentas, según la cláusula décima del contrato.

El Tribunal negó la pretensión, pues afirmó que la mora en liquidar el contrato no fue atribuible al IDU, sino al contratista, ya que éste debía allegar previamente a dicha entidad el paz y salvo de las empresas prestadoras de servicios públicos que pudieran resultar afectadas con la ejecución de las obras. El paz y salvo de TELECOM - CAPITEL fue obtenido por VICON el 8 de noviembre de 2002 y la liquidación bilateral se produjo el 6 de diciembre siguiente.

Revisado el recurso se observa que la parte demandante ató en el mismo la prosperidad de esta pretensión a la viabilidad del reembolso del pago que realizó a Capitel para obtener el paz y salvo respecto de las redes de servicios públicos de esta última; no obstante, tal condicionamiento no se hizo en la demanda, de modo que no se trata de pretensiones consecuenciales y, además, no se cuestiona la obligación contractual de obtener el paz y salvo en mención, que -dicho sea de paso- es lo único que hubiera incidido en que el contrato se hubiera tenido que liquidar en una fecha anterior, así que bien puede la Sala pronunciarse de fondo sobre la pretensión que ahora la ocupa.

Ahora, dicha pretensión persigue, como ya se dijo, el reconocimiento del costo financiero por el supuesto pago tardío de lo que se había retenido en garantía y del acta de mayores cantidades de obra, el cual solo era posible hacer luego de haberse

liquidado el contrato, liquidación que, a su vez, requería de la expedición del paz y salvo recién mencionado, por haberse pactado de esa manera.

Como ya se dijo, el paz y salvo fue aportado por el contratista en noviembre de 2002, el contrato se liquidó en forma bilateral en diciembre del mismo año y los dineros correspondientes, conforme a la liquidación, fueron cancelados 24 días después de haberse hecho esta última, es decir, dentro del término de 45 días que la entidad contratante tenía para ello, conforme a la cláusula décima de aquél.

En consecuencia, esta pretensión no está llamada a prosperar.

7.- El pago de los intereses de mora.

Como resulta elemental, esta pretensión solo tendría vocación de prosperidad en caso de que se hubiera producido alguna condena de contenido indemnizatorio; pero, como ninguna de las pretensiones prospera, esta última también está condenada al fracaso.

En suma, la sentencia recurrida se confirmará en sus ordinales primero y quinto de la parte resolutive y se revocará en lo demás, para declarar que la Sala se inhibe de resolver sobre la pretensión 3 de la demanda y negar la pretensión 6, a la cual accedió el Tribunal; por consiguiente se mantendrá incólume el acta de liquidación bilateral del 6 de diciembre de 2002.

V.- No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A:

Primero.- CONFÍRMANSE los ordinales primero y quinto de la parte resolutive del fallo proferido el 21 de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "B".

Segundo.- REVÓCANSE los ordinales segundo y tercero de la parte resolutive del fallo proferido el 21 de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "B", por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- INHÍBESE de resolver de fondo la pretensión 3 de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

Cuarto.- DÉJASE INCÓLUME la liquidación bilateral del contrato 205 de 2000, celebrado el 11 de abril de 2000, entre el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Vías y Construcciones-VICON S.A.-, la cual fue suscrita el 6 de diciembre de 2002, debido a que no hubo reconocimientos adicionales a favor del contratista.

Quinto.- NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Sexto.- Sin condena en costas.

Séptimo.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA