



Radicado: 73001-23-33-000-2013-00059-02 (56507)
Demandante: LUIS RICARDO ORTIGOZA GONZÁLEZ

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

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., tres (3) de febrero dos mil veinticinco (2025)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicación: 73001-23-33-000-2013-00059-02 (56507)
Demandante: LUIS RICARDO ORTIGOZA GONZALEZ
Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUÉ Y OTROS

Temas: RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO- Régimen jurídico aplicable a contratos celebrados después de la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2007 – Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se rigen por el derecho privado cuando compiten con el sector privado y/o público. LIQUIDACIÓN DE CONTRATOS SUJETOS A RÉGIMEN EXCEPTUADO – Concepto - En ejercicio de la autonomía de la voluntad es posible pactarla en el contrato o llevarla a cabo de mutuo acuerdo aún sin previa estipulación. DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN –En el derecho común el restablecimiento del equilibrio económico se aborda principalmente a la luz de la teoría de la imprevisión (art. 868 C.Co.). CONTRATO DE OBRA – Concepto y modalidades de pago. ADMINISTRACIÓN DELEGADA – Concepto – Es una modalidad del contrato de obra. CONTRIBUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA, – Aplicación a los contratos de obra celebrados por entidades públicas con régimen exceptuado – El hecho generador es la celebración o adición de contratos de obra pública con cualquier entidad estatal. DICTAMEN PERICIAL – Tiene por finalidad la verificación de hechos que interesan al proceso y requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos – Debe estar debidamente fundamentado y no puede versar sobre puntos de derecho. CARGA DE LA PRUEBA - Quien demanda tiene la carga de acreditar los supuestos de hecho que pretende hacer valer.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 17 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la parte actora.

I. SÍNTESIS DEL CASO

En el marco del contrato interadministrativo No. 0091 de 2009 suscrito entre el municipio de Ibagué y la Gestora Urbana de Ibagué, cuyo objeto consistió en la *“coordinación, formulación y ejecución del programa de mantenimiento y recuperación de la malla vial en la ciudad de Ibagué”*, el 10 de noviembre de 2009 la Gestora Urbana de Ibagué y Luis Ricardo Ortigoza González celebraron el



Radicado: 73001-23-33-000-2013-00059-02 (56507)
Demandante: LUIS RICARDO ORTIGOZA GONZÁLEZ

“Contrato de Administración Delegada No. 207 de 2009”, con el objeto de llevar a cabo “la pavimentación y repavimentación de la avenida Guabinal, con fundamento en el proyecto de renovación del entorno urbano con énfasis en la movilidad vial en diferentes sectores de la ciudad de Ibagué”, con un plazo inicial de 4 meses y/o el tiempo de duración de la obra. Tras una suspensión y una ampliación del plazo, el contrato de administración delegada No. 207 finalizó el 8 de septiembre de 2010, luego de lo cual las partes lo liquidaron de mutuo acuerdo el 10 de octubre de 2011.

El demandante considera que no le fueron cancelados los honorarios a que tiene derecho por la adición del plazo inicialmente convenido en el *“Contrato de Administración Delegada No. 207 de 2009”* y, además, que sin su consentimiento ni autorización le fue descontado el 5% correspondiente al denominado “impuesto de guerra”, a pesar de no ser sujeto pasivo del mismo, pues en su criterio no celebró un contrato de obra sino uno de administración delegada.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. El 19 de diciembre de 2012¹ Luis Ricardo Ortigoza González, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda contra el municipio de Ibagué y la Gestora Urbana de Ibagué, formulando las siguientes **pretensiones**, transcritas literalmente, incluso con eventuales errores²:

“PRETENSIONES PRINCIPALES

1º.- Que se decrete EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN CONTRA DEL INGENIERO LUIS RICARDO ORTIGOZA por parte y culpa exclusiva DEL MUNICIPIO DE IBAGUÉ Y DE LA GESTORA URBANA DE IBAGUÉ, DEL CONTRATO No. 207 DE 2009 DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA Y SU ADICIONAL CON UN PLAZO DE EJECUCIÓN DE (4) CUATRO MESES, CUYO OBJETO ERA “LA COORDINACIÓN, FORMULACIÓN, EJECUCIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LA PAVIMENTACIÓN Y REPAVIMENTACIÓN DE VIAS EN DIFERENTES SECTORES DE LA CIUDAD DE IBAGUÉ”, CONFORME CONSTA EN EL PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVAS INVITACIÓN PÚBLICA No.001 DE 2009.

2º.- QUE COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN ANTERIOR SE DECRETE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL DEL CONTRATO No. 207 DE 2009 DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA Y SU ADICIONAL CON UN PLAZO

¹ Fl. 386 y 393 a 457, C.2.

² La demanda inicial fue adecuada mediante escrito del 18 de febrero de 2013. Esta última a su vez fue subsanada el 27 de febrero de 2013.



Radicado: 73001-23-33-000-2013-00059-02 (56507)
Demandante: LUIS RICARDO ORTIGOZA GONZÁLEZ

DE EJECUCIÓN DE (4) CUATRO MESES, CUYO OBJETO ERA "LA COORDINACIÓN, FORMULACIÓN, EJECUCIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LA PAVIMENTACIÓN Y REPAVIMENTACIÓN DE VIAS EN DIFERENTES SECTORES DE LA CIUDAD DE IBAGUÉ", Y SE CONDENE ADMINISTRATIVA Y SOLIDARIAMENTE A PAGAR AL MUNICIPIO DE IBAGUÉ Y A LA GESTORA URBANA DE IBAGUÉ AL INGENIERO LUIS RICARDO ORTIGOZA, PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL, el valor de los honorarios establecidos en una cuantía de DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y UNO OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$293.551.845.00) y el 5% del impuesto de guerra descontado en el acta No. 03 por un valor de CATORCE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS M/cte, (\$14.677.592.25) CON SUS CORRESPONDIENTES INTERESES MORATORIOS A LA TASA MAS ALTA FIJADA POR LA SUPERFINANCIERA DESDE QUE SE CAUSO LA OBLIGACIÓN Y SE DESCONTARON LOS DINEROS, al no reconocerle ni cancelarle los honorarios de cuatro (4) meses, debido a la adición del tiempo realizado en el contrato No. 207 de Administración a Delegada, por causas no imputables al contratista y al descontarle sin consentimiento al 5% del impuesto de guerra en el pago del acta No. 03 de los honorarios, sin su autorización ni consentimiento, y sin ser sujeto pasivo del mismo.

3°.- Que se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas, conforme a lo establecido en el art. 188 de la ley 1437 de 2011.

4°.- Que se ordene a las entidades demandadas a darle cumplimiento a la sentencia conforme a lo dispuesto en los artículos 192, 195 y complementarios de la Ley 1437 de 2011.

5°.- Que se disponga que la sentencia devengará intereses moratorios a la tasa más alta determinada por la superintendencia Financiera a partir de que quede en firme en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 192 de la ley 1437 de 2011.

PRETENSIONES ERICTAMENTE SUBSIDIARIAS

Solo en el evento de que al resolverse la litis se determine que no se configura el INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, solicito se decreten las siguientes o similares peticiones:

1°- SE DECRETE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL DEL CONTRATO No. 207 DE 2009 DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA, POR UN VALOR DE \$293.551.845.00 Y SU ADICIONAL CON UN PLAZO DE EJECUCIÓN DE (4) CUATRO MESES, CUYO OBJETO ERA "LA COORDINACIÓN, FORMULACIÓN, EJECUCIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LA PAVIMENTACIÓN Y REPAVIMENTACIÓN DE VIAS EN DIFERENTES SECTORES DE LA CIUDAD DE IBAGUÉ" Y SE CONDENE ADMINISTRATIVA Y SOLIDARIAMENTE A PAGAR AL MUNICIPIO DE IBAGUÉ Y A LA GESTORA URBANA DE IBAGUÉ AL INGENIERO LUIS RICARDO ORTIGOZA, PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL, el valor de los honorarios establecido en una cuantía de DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y UNO OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS M/ CTE (\$293.551.845.00) y el 5% del impuesto de guerra descontado en el acta No. 03 por un valor de CATORCE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS M/cte, (\$14.677.592.25) CON SUS CORRESPONDIENTES INTERESES MORATORIOS A LA TASA MAS ALTA FIJADA POR LA SUPERFINANCIERA DESDE QUE SE CAUSO LA OBLIGACIÓN Y SE DESCONTARON LOS DINEROS, al no reconocerle ni cancelarle los honorarios de cuatro (4) meses, debido a la adición del tiempo realizado en el contrato No. 207 de Administración a Delegada, por causas no imputables al contratista y al descontarle



sin consentimiento al 5% del impuesto de guerra en el pago del acta No. 03 de los honorarios, sin su autorización ni consentimiento, y sin ser sujeto pasivo del mismo.

2°- Que se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas, conforme a lo establecido en el art. 188 de la ley 1437 de 2011.

3°.- Que se ordene a las entidades demandadas a darle cumplimiento a la sentencia conforme a lo dispuesto en los artículos 192, 195 y complementarios de la Ley 1437 de 2011.

4°- Que se disponga que la sentencia devengará intereses moratorios a la tasa más alta determinada por la Superintendencia Financiera a partir de que quede en firme en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 192 de la ley 1437 de 2011.”

1.2. Como **fundamento fáctico** de sus pretensiones, la parte actora enunció los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.2.1. Expuso que entre el municipio de Ibagué y la Gestora Urbana de Ibagué se celebró el Contrato Interadministrativo No. 0091 del 12 de mayo de 2009, cuyo objeto consistió en la *“Coordinación, formulación y ejecución del Programa de Mantenimiento y Recuperación de la malla vial en la ciudad de Ibagué”*.

1.2.2. Afirmó que en virtud del mencionado contrato la Gestora Urbana de Ibagué, en conjunto con el municipio de Ibagué, realizó la convocatoria pública No. 001 de 2009, con el fin de contratar *“los servicios de una persona natural o jurídica que bajo la modalidad contractual de administración delegada se encargue de ejecutar y desarrollar el proceso concerniente a “la pavimentación y repavimentación de la avenida Guabinal” con fundamento en el proyecto de renovación del entorno urbano con énfasis en la movilidad vial en diferentes sectores de la ciudad de Ibagué, el cual culminó con la adjudicación del contrato a mi mandante, Ing. LUIS RICARDO ORTIGOZA GONZALEZ”*. Al respecto, resaltó que el pliego de condiciones de la invitación No. 001 de 2009 y la justificación técnica del proyecto contemplaron que su ejecución se realizaría por parte de la Gestora Urbana de Ibagué en conjunto con la administración central.

1.2.3. Indicó que el 10 de noviembre de 2009 la Gestora Urbana de Ibagué y Luis Ricardo Ortigoza González suscribieron el “Contrato de Administración Delegada No. 207 de 2009” para la ejecución de la obra de pavimentación y repavimentación de la avenida Guabinal en la ciudad de Ibagué, con un plazo de ejecución de 4 meses.



1.2.4. Sostuvo que el acta de inicio del contrato fue suscrita el 17 de noviembre de 2009 y que este fue suspendido desde el 20 de noviembre de 2009 y hasta el 4 de enero de 2010, por la temporada navideña y debido a la falta de interventor.

1.2.5. Adujo que el 17 de diciembre de 2009 la Gestora Urbana de Ibagué celebró el contrato de interventoría No. 224, cuya acta de inicio tan solo vino a suscribirse el 1º de febrero de 2010.

1.2.6. Añadió que, al reiniciar la ejecución del “Contrato de Administración Delegada No. 207 de 2009”, el contratista encontró que *“el proyecto estaba incompleto”*, toda vez que la Gestora Urbana de Ibagué no *“entregó los diseños, ni planos, ni carteras topográficas ni especificaciones técnicas de la obra”*, razón por la cual fue necesario *“realizar la Topografía y diseños totales de la obra, sin ser de su resorte ya que mi mandante en calidad de Administrador delegado lo que le corresponde es EJECUTAR el proyecto ya elaborado y no realizar la elaboración del proyecto, lo que ocasionó demora en la iniciación de la obra, por causas no imputables a mi mandante.”*

1.2.7. Aseveró que para la ejecución de la obra el contratista celebró 4 subcontratos de obra civil que tuvieron por objeto realizar la explanación y movimiento de tierras, la nivelación y compactación de la subrasante y suministro, extendida y compactada de la sub- base granular, el suministro, extendida y compactada de la base granular, y la construcción de desagües, instalaciones subterráneas y obras exteriores.

1.2.8. Manifestó que el contratista se dirigió a diferentes entidades municipales, entre otros al Instituto Ibaguerense de Acueducto y Alcantarillado, en lo sucesivo el IBAL, informando sobre la realización de las obras en la avenida Guabinal a fin de que se adoptaran medidas necesarias que *“se debían haber tomado antes de iniciar el proyecto por parte de la GESTORA URBANA como gestora del proyecto del MUNICIPIO DE IBAGUE”*.

1.2.9. Adujo que, con ocasión de lo anterior, el IBAL le informó a la Gestora Urbana de Ibagué y al contratista que en el sitio de las obras de pavimentación y repavimentación de la avenida Guabinal se realizarían intervenciones en el acueducto y alcantarillado. Añadió que dicha situación, a más de evidenciar *“una ausencia de coordinación entre las entidades municipales”*, en la práctica ocasionó



retrasos en el proyecto dado que (i) el IBAL “se demoró más de lo normal” y (ii) el contratista no pudo ejecutar las obras en forma continua, tal como estaba previsto en el cronograma inicial, debiendo realizarlas por tramos a medida que el IBAL efectuaba actividades en otros sectores del proyecto.

1.2.10. Expuso que el 30 de abril de 2010, mediante acta de comité de obra No. 010, se determinó adicionar el plazo del contrato en 4 meses, quedando como fecha de terminación el 2 de septiembre de 2010. Al respecto, resaltó que en dicha acta el director de interventoría consignó *“que se han realizado jornadas de trabajo nocturnos y que se evidencia que existe desfase entre la programación inicialmente presentada y la ejecución real de las obras, sin que se haya presentado demoras imputables al administrador delegado y/o a los subcontratistas”*.

1.2.11. Afirmó que se extendió el plazo del contrato pero no fueron adicionados los honorarios del contratista, a pesar de que *“es lógico, obvio y legal, que tenía y tiene derecho a sus honorarios por dicho lapso de tiempo”*. En este orden, destacó:

“El desequilibrio contractual se establece, ya que mi mandante generó con la adición en el tiempo los mismos gastos de administración de los primeros cuatro (4) meses, consistentes en oficina, vehículos, comunicaciones, secretaría, mensajero, contador, Abogado, Ingenieros y asistentes, Asistentes de Salud ocupacional; y Asistentes de Control de Calidad; por hechos de la entidad administrativa contratante, sin que mi mandante esté obligado a sacrificarse en aras de una finalidad estatal, que solo le corresponde a la administración soportarla”.

1.2.12. Adicionalmente, indicó que de manera *“inconsulta, ilegal e injusta”* en el acta de pago No. 003 le fue descontado el 5% correspondiente a la contribución de los contratos de obra pública, comúnmente denominada “impuesto de guerra”, a pesar de no ser sujeto pasivo de dicho gravamen, dado que no es el contratista ejecutor de la obra y no suscribió un contrato de obra sino un contrato de administración delegada.

1.2.13. Por último, precisó que el 30 de abril de 2010 las partes liquidaron de mutuo acuerdo el negocio jurídico en cuestión, mediante acta en la que el contratista dejó expresa constancia de las reclamaciones que son objeto de la demanda.

1.3. Como **fundamento jurídico** de las pretensiones, la parte actora manifestó que las entidades demandadas desconocieron los artículos 25, 27 y 50 de la Ley 80 de



1993, así como los artículos 1603 del Código Civil y 834 del Código de Comercio, entre otros.

1.3.1. Sostuvo que el contrato de administración delegada tuvo por objeto el desarrollo de planes y programas para el municipio de Ibagué, ente territorial que es solidariamente responsable junto con la Gestora Urbana de Ibagué por el incumplimiento contractual y por el rompimiento del equilibrio económico sufrido por el demandante.

1.3.2. Expuso que el negocio jurídico que dio origen a la litis se rige por las normas del derecho público, pues si bien la Gestora Urbana de Ibagué es una Empresa Industrial y Comercial del Estado y en los documentos del proceso de selección se indicó que sería aplicable el derecho común, dicho acuerdo de voluntades no corresponde al desarrollo de la actividad propia, industrial o comercial de gestión económica de la Gestora Urbana de Ibagué, a partir de lo cual concluyó que tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera en los términos dispuestos en la Ley 80 de 1993. Añadió que si en gracia de discusión se llegara a considerar que el contrato está sujeto al derecho privado, en todo caso hay lugar al reconocimiento de los valores reclamados en la demanda, con fundamento en las normas del Código Civil y del Código de Comercio que consagran el principio de la buena fe, las reglas de interpretación de los negocios jurídicos y la teoría de la imprevisión.

1.3.3. Resaltó que la ampliación del plazo se originó en circunstancias que no le son imputables y, particularmente, debido al desconocimiento de los deberes de planeación del contrato.

1.3.4. Para finalizar, en lo atinente a la contribución de los contratos de obra pública, sostuvo que es improcedente el descuento del 5% efectuado por este concepto, toda vez que el sujeto pasivo de este gravamen es el contratista que ejecuta la obra y que el hecho generador es la suscripción de un contrato de obra pública, presupuestos que no se cumplen en el presente caso, comoquiera que las partes celebraron un contrato de administración delegada y no uno de obra. En este sentido, indicó:

"[...] mi mandante no es sujeto pasivo del tributo o la contribución especial por no ser contratista y fuera de esto no existe el hecho generador ya que en ningún momento se suscribió contrato de obra pública o concesión de obra pública y otras concesiones,



toda vez que se celebró un contrato de administración delegada que consiste como su nombre lo indica, es en la delegación o representación de aquella para dirigir la obra en nombre de otro ente, que en este caso, fue la Gestora Urbana que es la gestora del proyecto que es del municipio de Ibagué.

[...] el contrato de administración delegada es diferente a un contrato de obra pública [...] mi mandante se contrató para que dirigiera la obra y no la ejecutara, correspondiéndole a los subcontratista (sic) la ejecución y por ende el pago de esta contribución.”

2. Contestación de la demanda

2.1. Mediante auto del 18 de marzo de 2013³, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda⁴.

2.2. El 27 de agosto de 2013⁵ la **Gestora Urbana de Ibagué** contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones. Expuso que dio estricto cumplimiento a la normatividad aplicable y que las pretensiones carecen de fundamento jurídico. En cuanto a los hechos, aceptó unos, negó otros y respecto de los restantes manifestó estarse a lo probado en el proceso.

2.2.1 Precisó que la invitación para la celebración del contrato la realizó directamente la Gestora Urbana de Ibagué, bajo los lineamientos del derecho privado y sin participación alguna del municipio.

2.2.2 Señaló que, si bien inicialmente se estimó que la duración de la obra sería de 4 meses, en la cláusula 9ª del contrato las partes estipularon que el plazo convenido comprendería *“todo el tiempo que dure la obra contratada”*, razón por la cual no existía obligación de adicionar el valor del contrato, pues el contratista aceptó *“que el valor de sus honorarios correspondían al plazo de ejecución del contrato y/o el tiempo que dure la obra contratada”*. Añadió que no resultaba de recibo el análisis expuesto en la demanda en el sentido de concluir que *“como el plazo del contrato se amplió en 4 meses de manera inmediata existió un desequilibrio en un monto igual a lo pactado, cuando olvida que los \$293 Millones pactados eran por el tiempo*

³ Fl. 495 a 499, C.2.

⁴ La parte actora reformó la demanda en lo correspondiente al acápite de pruebas. La reforma fue admitida mediante proveído del 1 de octubre de 2013, que dispuso correr traslado a la parte demandada por la mitad del término inicial, de conformidad con el artículo 173 del CPACA. Fl. 851, C.3.

⁵ Fl. 588 a 594, C.2.



de duración de la obra [...] corresponden a un valor global por la obra y no por los 4 meses que dice la apoderada del actor que se pactó el contrato.”

2.2.3 En lo que tiene que ver con las causas que originaron la ampliación del plazo inicialmente estimado, indicó que, contrario a lo afirmado en el libelo introductorio, el mayor tiempo requerido no respondió exclusivamente a las obras de acueducto y alcantarillado a cargo del IBAL, sino que obedeció, también, a factores adicionales, tales como condiciones climáticas adversas aunado a situaciones atribuibles al propio contratista, como lo fue un retraso de aproximadamente 1 mes para organizarse y estar en disponibilidad de iniciar las obras, así como dificultades presentadas por la calidad del material granular utilizado e inconvenientes técnicos con la subbase. De igual modo, sostuvo que no es admisible que el demandante solicite *“un reconocimiento por valor de 293 millones igual al inicialmente pactado, por los 4 meses de ampliación con el propósito de entregar la obra a él encomendada como si se tratase de empezar la obra, es decir, no cabe duda que el contratista ya tenía una infraestructura administrativa y logística para atender las obligaciones de la administración delegada, es absurdo pretender un valor igual al inicial como si los costos fueran los mismos en dicho momento”*.

2.2.4 Finalmente, planteó las excepciones de falta de jurisdicción y competencia, aduciendo, por un lado, que se trata de un contrato regido por las normas del derecho privado y, por otro, que las partes acordaron en el contrato que las controversias que surgieran con ocasión del mismo se resolverían mediante amigable composición.

2.3. El 28 de agosto de 2013⁶ el **municipio de Ibagué** contestó la demanda, mediante escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó algunos y respecto de los demás manifestó que no le constaban.

2.3.1 Indicó que, si bien la Gestora Urbana de Ibagué adelantó la invitación pública para contratar la pavimentación y repavimentación de la avenida Guabinal con fundamento en el contrato interadministrativo celebrado entre aquella y el municipio, en lo que toca con el negocio jurídico suscrito entre la Gestora Urbana de Ibagué y

⁶ Fl. 595 a 608, C.2.



el demandante la entidad territorial *“no intervino de ninguna manera en la etapa precontractual ni en la contractual, así como tampoco lo hizo en la liquidación del mentado contrato”*.

2.3.2 Respecto a los hechos relacionados con la celebración y ejecución del contrato suscrito por la parte actora, afirmó no constarle ninguno de ellos y estarse a lo que resultare probado en el proceso, a propósito de lo cual precisó que la Gestora Urbana de Ibagué es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y capital independiente, y que la *“labor del Municipio de Ibagué solamente se limitó a suscribir el Contrato Interadministrativo No. 0091 de 2009 con la Gestora Urbana, mediante el cual se trasladó el presupuesto requerido a esta última con el propósito de recuperar la mal (sic) vial de distintas vías importantes de la ciudad musical”*. En este orden, sostuvo que no le constan las actuaciones adelantadas por la Gestora Urbana de Ibagué y por el IBAL, ni la alegada tardanza en la contratación de la interventoría, así como tampoco la circunstancia de haberse extendido el plazo contractual sin adición en cuanto a su valor ni el descuento que la demandante afirma habersele efectuado por concepto del denominado “impuesto de guerra”. Además, indicó que corresponde al actor probar el desequilibrio contractual aducido en la demanda.

2.3.3 Como excepciones formuló las siguientes: **(i)** falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la actuación del municipio se contrajo, exclusivamente, a transferirle a la Gestora Urbana de Ibagué los recursos necesarios para la coordinación, formulación y construcción de la pavimentación y repavimentación de diferentes vías en virtud del contrato interadministrativo suscrito con aquella entidad, sin haber sido parte en el contrato de administración delegada objeto de la litis, ni haber intervenido en su etapa precontractual, así como tampoco durante su ejecución y liquidación; **(ii)** *“cobro indebido de la adición del contrato en cuantía superior al 50% del valor inicial”*, toda vez que, en contravía de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, la actora reclama el pago de honorarios adicionales por un monto equivalente al 100% del valor inicial pactado; **(iii)** *“improcedencia de exigir del municipio de Ibagué la devolución del impuesto de guerra, por cuanto no es la entidad pública responsable del recaudo”*, dado que fue la Gestora Urbana de Ibagué, como entidad pública contratante, la responsable de su recaudo, *“razón por la cual mal podría exigirse de la entidad territorial la*



devolución de unos dineros por concepto del impuesto de guerra que nunca recaudó"; y **(iv)** la genérica.

3. Trámite del proceso

3.1. El 3 de septiembre de 2013⁷ la parte actora describió el traslado de las excepciones propuestas por las demandadas en sus escritos de contestación.

3.2. El 4 de diciembre de 2013⁸ se dio apertura a la audiencia inicial, evacuando las etapas de saneamiento del proceso y resolución de excepciones previas.

3.2.1 Al respecto, el *a-quo* puso de presente que no se advertía la existencia de vicio, irregularidad o nulidad alguna que debiera ser objeto de saneamiento, frente a lo cual las partes manifestaron su conformidad.

3.2.2 El *a quo* consideró que las excepciones de “cobro indebido de la adición del contrato en cuantía superior al 50% del valor inicial” e “improcedencia de exigir del municipio de Ibagué la devolución del impuesto de guerra, por cuanto no es la entidad pública responsable del recaudo” serían resueltas en la sentencia, pues versaban sobre el fondo de la *litis*.

3.2.3 A su vez, desestimó la excepción de falta de jurisdicción y competencia propuesta por la Gestora Urbana de Ibagué, por cuanto, de un lado, de conformidad con el numeral 5 del artículo 155 del CPACA la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para resolver la controversia comoquiera que versa sobre un contrato celebrado por una Empresa Industrial y Comercial del Estado y, de otro, a partir de la expedición de la Ley 446 de 1998, la amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de controversias que única y exclusivamente tiene cabida en tratándose de controversias suscitadas entre particulares.

3.2.4 Finalmente, en cuanto a la excepción falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Ibagué, el Tribunal estimó que no estaba llamada a prosperar, toda vez que, si bien la Gestora Urbana de Ibagué tiene personería jurídica y suscribió el contrato No. 207, dicho negocio jurídico tuvo como sustento el

⁷ Fl. 615 a 645, C.2.

⁸ Fl. 864 a 870, C.4.



contrato interadministrativo No. 0091 de 2009 celebrado entre aquella y el municipio de Ibagué, ente territorial que destinó los recursos económicos para la ejecución de la obra.

3.3. Las demandadas interpusieron recurso de apelación contra la decisión de denegar las excepciones de falta de jurisdicción y competencia y falta de legitimación en la causa por pasiva, el cual fue resuelto por esta Corporación mediante proveído del 14 de mayo de 2014⁹ en el que se confirmó el auto recurrido.

3.4. El 26 de agosto de 2014¹⁰ tuvo lugar la continuación de la audiencia inicial, procediendo el Tribunal a verificar el agotamiento del requisito de conciliación extrajudicial¹¹, llevar a cabo la fijación del litigio¹² y evacuar las etapas de conciliación¹³, medidas cautelares¹⁴ y decreto de pruebas¹⁵, sin que las partes, así como tampoco el Ministerio Público, manifestaran observaciones o formularan recurso alguno frente a las decisiones que al respecto adoptó el Tribunal.

4. Alegatos de conclusión

4.1. Mediante auto del 11 de marzo de 2015¹⁶ el Tribunal declaró finalizada la etapa probatoria y corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.

4.2. La parte demandante¹⁷ reiteró lo expuesto en el libelo introductorio y afirmó que en el proceso quedaron demostrados los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan lo pretendido en el libelo introductorio, concretamente el incumplimiento contractual y la ruptura del equilibrio económico, así como los perjuicios sufridos por

⁹ Fl. 881 a 888, C.4.

¹⁰ Fl. 914 a 922, C.4.

¹¹ El *a-quo* corroboró que el 20 de junio de 2012 se acudió ante la Procuraduría No. 163 Judicial II para asuntos administrativos de Ibagué.

¹² El *a-quo* fijó el litigio en los siguientes términos: “se trata de establecer si, ¿hay lugar al reconocimiento y pago de los honorarios causados al actor con motivo de la adición en el plazo del contrato de administración delegada No. 207 del 10 de noviembre del 2009 y si resulta pertinente ordenar la devolución del 5% que fuera descontado del pago del contratista por concepto de impuesto de guerra?”

¹³ Durante la audiencia el *a-quo* invitó a las partes a conciliar sus diferencias, etapa que se declaró fracasada por la ausencia de ánimo conciliatorio.

¹⁴ En la audiencia se dejó constancia que en el presente caso no se solicitó medida cautelar alguna.

¹⁵ El Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes que consideró necesarias, conducentes y pertinentes.

¹⁶ Fl. 951 a 957, C.4.

¹⁷ Fl. 963 a 978, C.4.



el contratista en la cuantía determinada en el dictamen pericial practicado en el proceso, dado que las partes ampliaron el plazo del contrato en 4 meses adicionales por motivos no imputables al contratista, a pesar de lo cual en el respectivo acuerdo modificadorio nada se dispuso respecto al valor de los honorarios por el tiempo de dicha ampliación y tampoco le fueron reconocidos los gastos administrativos causados durante el mayor plazo. Además, insistió en que el descuento de la contribución de los contratos de obra pública sobre el valor de los honorarios fue realizado por *“en forma inconsulta y absurda por la Gestora Urbana”*.

4.3. La Gestora Urbana de Ibagué¹⁸ insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Aseveró que la administración delegada es una modalidad de pago del contrato de obra, en la que la remuneración del contratista puede pactarse en forma de porcentaje o de precio fijo con base en el presupuesto oficial de la obra, encargándose el administrador delegado, por su cuenta y riesgo, de la administración de la ejecución de la obra y de la dirección técnica de la misma. Indicó que en esta modalidad de pago el valor de los honorarios pactados comprende la remuneración del contratista y los gastos de administración en los que incurre con ocasión de sus actividades, con independencia de aquellos gastos administrativos que son propios de la ejecución de la obra encomendada. Igualmente, señaló que en el dictamen pericial practicado en el proceso el perito realizó una valoración inadecuada de los gastos administrativos reclamados por la extensión del plazo contractual, añadiendo que la suma estipulada en el contrato por concepto de honorarios a favor del contratista era equivalente al 8% del monto total de la obra y que solamente se pactó adición en tiempo, pues no fue ejecutado el valor total de la obra.

4.4. El municipio de Ibagué¹⁹ ratificó lo manifestado en la contestación de la demanda y en las excepciones propuestas.

4.5. El Ministerio Público no rindió concepto.

¹⁸ Fl. 979 a 980, C.4.

¹⁹ Fl. 959 a 962, C.4.



5. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 17 de noviembre de 2015²⁰ el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante²¹.

Como fundamento de la decisión, el *a quo*, tras puntualizar las diferencias entre el incumplimiento contractual y el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato y referirse a las modalidades de pago del contrato de obra, comenzó por analizar a la reclamación atinente a los honorarios del contratista por el mayor plazo de ejecución contractual, sobre lo cual manifestó, en síntesis, que: **(i)** debe abordarse el análisis del caso concreto desde la perspectiva del rompimiento del equilibrio financiero del contrato, toda vez que el presente caso no corresponde a la desatención de las obligaciones inicialmente pactadas, sino al acaecimiento de circunstancias sobrevinientes; **(ii)** en el proceso quedó establecido que el retraso de las obras se debió, en parte, a las obras de acueducto y alcantarillado que tuvo que acometer el IBAL, pero también a incumplimientos de la actora y al acaecimiento de circunstancias sobrevinientes que eran previsibles y que formaban parte de los riesgos asumidos por el contratista, tales como el periodo de lluvias que se presentó; **(iii)** la demandada pagó los valores estipulados en el contrato, dentro de los que se encontraba incluido un monto de \$130.800.000 correspondiente a los gastos administrativos de la obra, junto con la suma de \$293.551.845 por concepto de honorarios del contratista; **(iv)** el contratista, bajo la modalidad de administración delegada, se obligó a asumir por su cuenta y riesgo los gastos administrativos “*como son papelería, impresiones, comunicaciones, movilizaciones, gastos generales de oficina y el personal para el funcionamiento de la misma*”; y **(v)** en el proceso no se acreditó una afectación extraordinaria, grave y significativa de la equivalencia entre los derechos y obligaciones pactados, sin que a dicho efecto sea de recibo el dictamen pericial practicado en el proceso, dado que “*el perito partió de la errada*

²⁰ Fl. 982 a 994, C. Principal.

²¹ La parte resolutive, en efecto, es del siguiente tenor:

“**PRIMERO:** NEGAR las pretensiones de la demanda promovida por el señor Luis Ricardo Ortigoza González en contra del municipio de Ibagué y del Banco Inmobiliario Gestora Urbana de Ibagué, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este (sic) providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de primera instancia a la parte demandante, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA, para lo cual se fija como agencias en derecho, el equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente, costas que deberán ser liquidadas por la Secretaría de esta Corporación. (...)”



conclusión que los mayores gastos se originaron únicamente por causas imputables a la parte demandada, cuando se demostró que los retrasos también tuvieron por causa el temporal invernal que azotó la ciudad por aquella época y la poca colaboración y diligencia del actor en cambiar de manera pronta los materiales usados en la obra y que la interventoría había rechazado por no reunir las calidades exigidas para el efecto, razón por la cual, el monto de los perjuicios a cancelar de ninguna manera podían ser iguales a los honorarios inicialmente pactados en el contrato [...]”.

Por último, en lo que atañe a la contribución especial de guerra, el Tribunal nuevamente resaltó que la administración delegada es una modalidad de pago del contrato de obra y que, por tanto, tratándose de un contrato de obra el contratista era sujeto pasivo del gravamen, de suerte que la Gestora Urbana de Ibagué estaba facultada para efectuar el descuento respectivo²².

6. Recurso de apelación

El demandante interpuso recurso de apelación²³, el cual fue concedido el 9 de diciembre de 2015²⁴ y admitido el 24 de agosto de 2016²⁵.

6.1. En su recurso el actor solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, en cuyo efecto afirmó que el Tribunal apreció las pruebas de manera subjetiva, lo que condujo a una decisión “*parcial y sesgada*”. En síntesis, adujo que:

²² Textualmente señaló: “[...] contrario a lo manifestado por la parte demandante, la administración delegada es una modalidad de ejecución de una obra pública y por ello el actor resultaba ser sujeto pasivo de la denominada contribución especial de guerra, en atención a que en efecto, la parte actora se encargó de la ejecución de una obra pública que consistió en la pavimentación y repavimentación de la Avenida Guabinal de la ciudad de Ibagué, de manera que de conformidad con la normatividad que ha sido citada en precedencia, la administración municipal se encontraba facultada para descontar de los pagos efectuados al actor tal porcentaje, toda vez que se cumplían los requisitos para el efecto, máxime si se tiene en cuenta que tal norma de carácter general era previamente conocida por el actor al momento de suscribir el contrato y por ello no habría razón para alegar su imprevisión, motivo por el cual no hay lugar a ordenar su devolución como erradamente ha sido solicitado.”

²³ Fl. 1002 a 1024, C. Principal.

²⁴ Fl. 1025, C. Principal.

²⁵ Fl. 1066, C. Principal.



- (i) En la demanda las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico se plantearon como principales y, de manera subsidiaria, se formularon las de incumplimiento contractual.
- (ii) El contrato de obra pública es distinto del contrato de administración delegada.
- (iii) El desequilibrio contractual sí se demostró, toda vez que con la ampliación del término de ejecución de la obra *“obvio que a mi mandante se le duplicaron los gastos y costos por culpa de la administración, pues como se demostró, debió mantener maquinaria, empleados, ingenieros y subcontratistas”*.
- (iv) El Tribunal confundió los gastos administrativos de la obra con los honorarios y gastos administrativos del administrador delegado.
- (v) Las causas del mayor plazo del contrato no fueron imputables al demandante, como consta en el acta de adición No. 10 del 30 de abril de 2010 y en diversos oficios enviados por el contratista y el interventor.
- (vi) La actora no es sujeto pasivo del denominado “impuesto de guerra”, pues no fue el ejecutor de la obra y suscribió un contrato de administración delegada y no de obra.

7. Actuación en segunda instancia

7.1. Mediante proveído del 27 de septiembre de 2016 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y rendir concepto, respectivamente

7.2. El demandante alegó de conclusión²⁶ manifestando que reiteraba los argumentos del recurso de apelación.

7.3. La Gestora Urbana de Ibagué presentó alegatos de conclusión²⁷ solicitando confirmar la sentencia recurrida, toda vez que no se demostró un incumplimiento contractual, así como tampoco se probaron los presupuestos para la procedencia del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato. Resaltó que es errado afirmar que como el plazo se duplicó debe pagarse al contratista el doble de los honorarios pactados, pues la extensión del término contractual no obedeció a causas imputables

²⁶ Fl. 1075 y 1076, C. Principal.

²⁷ Fl. 1072 a 1074, C. Principal.



a la Gestora Urbana de Ibagué y las cantidades de obra ejecutadas no sufrieron modificación alguna, sino que correspondieron a las estipuladas en el contrato. De igual modo, reiteró que la pretensión de devolución de la contribución de los contratos de obra pública carece de fundamento jurídico, toda vez que las partes celebraron un contrato de obra bajo la modalidad de administración delegada, tal y como se desprende de su objeto.

7.4. El municipio de Ibagué y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) medio de control procedente; (3) legitimación en la causa; (4) ejercicio oportuno del medio de control; (5) problemas jurídicos; (6) solución a los problemas jurídicos; (6.1.) análisis de la Sala; (6.1.1) régimen jurídico del contrato; (6.1.2) precisiones en torno a las pretensiones de la demanda; (6.1.3) alcance de la liquidación bilateral del contrato; (6.2) hechos probados; (6.3) pruebas adicionales; (6.4) análisis del caso concreto; (6.4.1) honorarios y gastos administrativos por la adición del plazo contractual; (6.4.2) descuento de la contribución de contratos de obra pública (impuesto de guerra); y (7) costas.

1. Jurisdicción y competencia

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto guardián de la constitucionalidad y legalidad administrativa, conoce de las controversias sobre contratos del Estado. A esta jurisdicción está adscrito este debate en sede judicial.

Con fundamento en el artículo 104 del CPACA²⁸ se advierte la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente asunto, el cual versa sobre un contrato celebrado por la Gestora Urbana de Ibagué, Empresa

²⁸“Artículo 104. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. //Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (...) 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.”

Industrial y Comercial del Estado del orden Municipal, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y capital independiente, de donde se desprende claramente su naturaleza pública, de conformidad con el Decreto No. 0175 del 23 de abril de 2002²⁹⁻³⁰.

Por su parte, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 17 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dada la vocación de doble instancia del proceso, teniendo en cuenta que la cuantía para el año 2012 supera los 500 salarios mínimos legales mensuales³¹. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 152 numeral 5 del CPACA³².

2. Medio de control procedente

De acuerdo con el artículo 141³³ del CPACA, el medio de control de controversias contractuales es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura

²⁹ “Por medio del cual se crea el Banco Inmobiliario – Gestora Urbana de Ibagué – como Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Municipal”.

³⁰ Lo anterior, en concordancia con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que definió los contratos estatales a partir de un criterio netamente subjetivo u orgánico, estableciendo que “[s]on 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 [...]”.

³¹ Para el momento de la presentación de la demanda, esto es, el 19 de diciembre de 2012, el valor del salario mínimo legal mensual vigente era de quinientos sesenta y seis mil setecientos pesos (\$566.700). Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>. Para el 2012, el tope correspondiente a los 500 SMLMV equivalía a \$283.350.000. En este caso, la cuantía de la demanda se estimó en la suma de (\$337.256.419,25.)

³² “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en Segunda instancia. El Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos (...)”

“Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...) 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)”

³³ “ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.



de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como, resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos dentro del desarrollo de éste. Así, puede cualquiera de las partes solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (v) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (vi) que se hagan otras declaraciones y condenas.

En el presente caso la acción contractual ejercida por la parte actora es adecuada, por cuanto el demandante pretende que se declare el incumplimiento contractual y/o la ruptura del equilibrio económico del contrato y que, como consecuencia, se condene a la Gestora Urbana de Ibagué y al municipio de Ibagué al pago de honorarios por la adición del plazo y al reembolso de la contribución de los contratos de obra pública descontada por la entidad contratante.

Así las cosas, de acuerdo con las pretensiones y el fundamento fáctico de la demanda, la controversia sometida a decisión es, sin duda, un conflicto surgido con ocasión de la ejecución del negocio jurídico celebrado entre la parte actora y la Gestora Urbana de Ibagué, correspondiendo, por tanto, al medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del Estatuto Procesal Administrativo.

3. Legitimación en la causa

3.1. En el caso *sub examine* está acreditado que el 12 de mayo de 2009 el municipio de Ibagué y la Gestora Urbana de Ibagué suscribieron el contrato interadministrativo No. 0091 de 2009, en el marco del Plan de Desarrollo 2008-2011 “*Porque Ibagué... esta Primero*”, el cual tuvo por objeto la “[c]oordinación, formulación y ejecución del Programa de Mantenimiento y Recuperación de la malla vial en la ciudad de

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



Ibagué”³⁴ (hecho probado 6.2.1). Asimismo, se encuentra probado que el 10 de noviembre de 2009 el demandante y la Gestora Urbana de Ibagué celebraron el “Contrato de Administración Delegada No. 207”³⁵, en cuya virtud el contratista se obligó “para con EL CONTRATANTE por el sistema de administración delegada, a ejecutar ‘LA PAVIMENTACIÓN Y REPAVIMENTACIÓN DE LA AVENIDA GUABINAL’ CON FUNDAMENTO EN EL PROYECTO DE RENOVACIÓN DEL ENTORNO URBANO CON ÉNFASIS EN LA MOVILIDAD VIAL EN DIFERENTES SECTORES DE LA CIUDAD DE IBAGUÉ” (hecho probado 6.2.5).

3.2. Bajo el anterior contexto, de conformidad con lo establecido en el artículo 141³⁶ del CPACA, según el cual la legitimación en las acciones contractuales se encuentra, en principio, en cabeza de las partes del contrato, la Sala concluye que Luis Ricardo Ortigoza González y la Gestora Urbana de Ibagué están legitimados por activa y por pasiva, respectivamente, toda vez que son los extremos del “Contrato de Administración Delegada No. 207” que suscitó la controversia bajo análisis en esta sede judicial.

3.3. En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva del municipio de Ibagué, se tiene en cuenta lo ya indicado por esta Corporación en el auto del 21 de mayo de 2014³⁷, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el municipio contra la decisión del Tribunal de desestimar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del mencionado ente territorial, en el que se confirmó la providencia apelada al considerar que el contrato No. 207 de 2009 celebrado entre la Gestora Urbana de Ibagué y Luis Ricardo Ortigoza González tuvo como causa el contrato interadministrativo suscrito entre aquella y el municipio.

³⁴ Fl. 3 a 6, C.1.

³⁵ Fl. 116 a 129, C.1.

³⁶ “ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

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

³⁷ Fl. 881 a 888, C. 4.

4. Ejercicio oportuno del medio de control

Para efectos del cómputo de la caducidad es menester acudir a las reglas contenidas en las normas vigentes al momento en que inició a correr el término preclusivo³⁸. En este sentido, el numeral 10º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, norma aplicable al caso concreto, establece que la acción contractual caducará al vencimiento del término de dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, para lo cual contempla distintas hipótesis dependiendo de si el contrato es de ejecución instantánea, si no requiere de liquidación o si, por el contrario, se trata de un contrato que sí la requiera.

A su turno, la Sección Tercera del Consejo de Estado en auto de unificación, estableció que en aquellos casos en los cuales las partes hayan llevado a cabo de mutuo acuerdo la liquidación del contrato con posterioridad al término convencional y/o legalmente dispuesto para su liquidación, pero dentro de los dos años posteriores a dicho vencimiento, el cómputo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales inicia a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación³⁹.

³⁸ Al respecto, Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 24 de abril de 2017. Rad.: 50602. En esta providencia se puso de presente que, “[e]n punto de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para la determinación de la regla de caducidad cuando se presentan conflictos entre normas que, en principio, regulan la misma situación, esta Corporación puntualizó [...] la Sala considera que el 40 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso. En efecto, cuando el artículo 40 ibídem se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata. Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata. En este orden de ideas, se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente.”

³⁹ Auto de unificación de jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, providencia del 1 de agosto de 2019. Expediente 62009, en donde se resolvió: “En los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, UNIFÍCASE la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales de contratos que han sido liquidados después de haber vencido el término convencional y/o legalmente dispuesto para su liquidación, pero dentro de los dos años posteriores al vencimiento de este último. La Sala unifica el criterio que ha de ser observado para el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales en tales



Al respecto, resulta pertinente destacar que el derecho común no contempla la liquidación del contrato y, por tanto, en los contratos que se encuentren sujetos al derecho privado aquella no se requiere, a menos que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, hubieren acordado llevar a cabo la liquidación del contrato o que, aún sin previa estipulación, en la práctica convengan el balance final de cuentas del negocio jurídico.

En el presente asunto, el contrato materia de la controversia se rige por las normas del derecho privado -aspecto que será materia de posterior análisis (F.J.6.1.1)- es decir que no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y, por tal motivo, en principio, no requiere de liquidación. Sin embargo, las partes acordaron la liquidación del contrato y la llevaron a cabo en forma bilateral (hechos probados 6.2.5 y 6.2.44).

A partir de las anteriores premisas, en el *sub examine* la Sala encuentra establecido que la demanda fue presentada dentro de los dos años de que trata el numeral 10º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, toda vez que, de conformidad con los hechos probados en el proceso, se observa que: **(i)** el 10 de noviembre de 2009 la Gestora Urbana de Ibagué y Luis Ricardo Ortigoza González suscribieron el contrato No. 207 para la pavimentación y repavimentación de la avenida Guabinal, en el que estipularon que el plazo de ejecución sería de 4 meses “y/o el tiempo que dure la obra”, que su vigencia sería igual al término de ejecución y 1 mes más y que sería liquidado en forma bilateral dentro del término de vigencia pactado (hecho probado 6.2.5); **(ii)** tras la reprogramación de la obra objeto del contrato, acordada en comité del 30 de abril de 2010, su ejecución finalizó el 8 de septiembre de 2010, fecha en la que se suscribió el acta de recibo final (hechos probados 6.2.27 y 6.2.30); y **(iii)** las partes liquidaron de común acuerdo el contrato, mediante acta suscrita el 10 de octubre de 2011 (hecho probado 6.2.44).

casos, para indicar que éste debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta o de la ejecutoria del acto de liquidación del contrato, conforme al ap. iii del literal j. del numeral 2 del artículo 164 del CPACA; y es de precisar que, en consecuencia, el apartado v) del literal j del mismo numeral solo se deberá aplicar cuando al momento de interponerse la demanda, el operador judicial encuentre que no hubo liquidación contractual alguna”.



De acuerdo con lo anterior y siguiendo la jurisprudencia de unificación atrás referida, la Sala efectuará el cómputo de caducidad a partir del día siguiente a la fecha de suscripción del acta de liquidación bilateral del contrato, comoquiera que dicha liquidación bilateral se realizó luego de expirado el plazo pactado, pero dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento de dicho lapso.

En consecuencia, el término de caducidad del medio de control debe contarse a partir del 11 de octubre de 2011, de tal manera que la oportunidad para interponer la demanda vencía el 11 de octubre de 2013, término que se suspendió con la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por la parte demandante el 30 de marzo de 2012, actuación que finalizó el 7 de junio de 2012, cuando se declaró fallida⁴⁰. Por lo anterior, dado que la demanda se radicó el 19 de diciembre de 2012, resulta claro que fue presentada dentro del término establecido en la ley para el ejercicio del derecho de acción.

5. Problemas jurídicos

En primer lugar, corresponde a la Sala determinar si en el caso *sub examine* hay lugar al reconocimiento y pago de honorarios a favor del demandante por la extensión del plazo de ejecución, bien como consecuencia del incumplimiento contractual o bien ante el acaecimiento de circunstancias sobrevinientes y ajenas al contratista.

En segundo lugar, se debe determinar si se configuran los elementos estructurales de la contribución de los contratos de obra pública en el Contrato de Administración Delegada No. 207 del 10 de noviembre de 2009 celebrado entre la Gestora Urbana de Ibagué y Luis Ricardo Ortigoza González.

6. Solución a los problemas jurídicos

La apelación presentada por Luis Ricardo Ortigoza González contra la sentencia del 17 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda, el recurrente sostuvo que debía accederse a lo solicitado en el libelo introductorio, pues, contrario a lo manifestado por el *a-quo*,

⁴⁰ Fl. 11, C.1



sí se demostró el desequilibrio contractual toda vez que con la ampliación del término de ejecución de la obra al contratista *“se le duplicaron los gastos y costos por culpa de la administración”*. Además, señaló que el Tribunal confundió los gastos administrativos de la obra con los honorarios y gastos administrativos del administrador delegado y que las causas del mayor plazo del contrato no fueron imputables al demandante. Finalmente, reiteró que es ilegal e improcedente el descuento del “impuesto de guerra” que fue realizado, pues la actora no ejecutó la obra y no suscribió un contrato de obra pública sino uno de administración delegada.

Comoquiera que solo la parte demandante presentó recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 320⁴¹ y 328⁴² del C.G.P.⁴³ se resolverá el asunto *sub-lite* en relación con los reparos expuestos por la recurrente

Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de esta Sección, mediante sentencia del 9 de febrero de 2012⁴⁴, unificó su jurisprudencia refiriendo que el mencionado recurso se encuentra sujeto o limitado a los argumentos planteados por el recurrente y que, por tal motivo, toda inconformidad con lo resuelto por el *a quo* que no se alegue en la alzada, está

⁴¹ “Artículos 320: *“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]”*.”

⁴² “Artículo 328. Competencia del Superior. *El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”*.

⁴³ La aplicación del Código General del Proceso en el caso concreto se fundamenta en lo resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto del 5 de junio de 2014, mediante el cual se unificó la jurisprudencia para señalar que el Código General del Proceso en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo entró a regir a partir del 1º de enero de 2014 y que *“en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal”*, sin perjuicio del régimen de transición previsto en el artículo 624 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 25 de junio de 2014. Rad.:49299.

⁴⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 9 de febrero de 2012, Rad.: 21060. *“En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, 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’.*



llamada a excluirse del debate de segunda instancia en virtud del principio dispositivo y de congruencia.

6.1. Análisis de la Sala

De antemano se pone de presente que el análisis de la Sala lleva a establecer que el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo no está llamado a prosperar y, por lo tanto, la providencia recurrida será confirmada, a la vista de las consideraciones que pasan a exponerse.

Para resolver los problemas jurídicos sobre los que versa la controversia, la Sala comenzará por analizar el régimen jurídico que gobernó el contrato materia de la controversia y el objeto de la liquidación bilateral convenida por las partes. Acto seguido se determinarán los hechos probados y pruebas adicionales recaudadas en el proceso, para, finalmente, exponer las conclusiones frente a los dos conceptos solicitados por la actora en el libelo introductorio -pago de honorarios por el mayor plazo contractual y reembolso del impuesto de guerra- en el marco de los cargos expuestos en el recurso de apelación.

6.1.1. Régimen jurídico del contrato

Como atrás se indicó, la Gestora Urbana de Ibagué es una empresa industrial y comercial del Estado, naturaleza jurídica que ha ostentado desde su creación y que ciertamente tenía en la época de celebración del contrato No. 207 suscrito el 10 de noviembre de 2009.

Las empresas industriales y comerciales del Estado fueron definidas por el artículo 6º del Decreto 1050 de 1968⁴⁵, como organismos creados por la ley o por autorización de ella, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial o de gestión económica, de acuerdo con las reglas del derecho privado, salvo las

⁴⁵ “ARTÍCULO 6º.- De las empresas industriales y comerciales del Estado. Son organismos creados por la ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a) Personería jurídica;
b) Autonomía administrativa; y
c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.”



excepciones que consagra la Ley, y que reúnen las siguientes características: i) personería jurídica; ii) autonomía administrativa y iii) capital independiente el cual se encuentra constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

Conforme a la regulación contenida en los artículos 6º del Decreto 1050 de 1968 y 1º del Decreto Ley 222 de 1983⁴⁶, el régimen jurídico de los contratos de estas entidades era el derecho privado, salvo para los contratos de empréstito y de obras públicas. Este régimen fue modificado por Ley 80 de 1993, estatuto que estableció que debían someterse a sus disposiciones; posteriormente, la Ley 489 de 1998 en su artículo 93⁴⁷ determinó que los actos expedidos por las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad industrial, comercial o de gestión económica se sujetaban a las regulaciones del derecho privado, en tanto que los contratos que estas entidades celebraran para el cumplimiento de su objeto estaban sujetos al estatuto contractual de las entidades estatales.

Sobre el particular, como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación⁴⁸, armonizando las disposiciones de la Ley 80 con el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, se tiene que, salvo aquellos casos en que el estatuto contractual de la Administración Pública u otra norma legal establecían alguna excepción en relación con el régimen aplicable a los contratos estatales que celebraran las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, la regla general era que se encontraban sujetas a las normas del citado estatuto contractual.

⁴⁶ “Artículo 1º. De las entidades a las cuales se aplica este estatuto. Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto.

Así mismo, se aplicarán a los que celebren las Superintendencias por conducto de los Ministerios a los cuales se hallen adscritas.

A las Empresas Industriales y Comerciales del estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea mas del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades.

Las normas que en este estatuto se refieren a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios.”

⁴⁷ “Artículo 93. Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”

⁴⁸ Al respecto, véase, por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 27 de mayo de 2015 (Rad.: 38600) y 16 de julio de 2015 (Rad.: 31683 A).



Posteriormente, con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se modificó nuevamente este régimen, al disponer en su artículo 14⁴⁹ que las empresas industriales y comerciales del Estado estarían sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado o público, nacional o internacional o cuando desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o en mercados regulados, caso en el cual se regirían por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales. Esta norma fue reproducida casi en su integridad por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, salvo para aquellas empresas que desarrollan su actividad en mercados monopolísticos, a las que, nuevamente, se les hizo aplicable el Estatuto General del Contratación.

Hechas estas precisiones, resulta ahora pertinente hacer referencia al contrato celebrado entre la Gestora Urbana de Ibagué y Luis Ricardo Ortigoza González, a fin de establecer el régimen bajo el cual estuvo gobernado.

Al respecto, observa la Sala que, dado que el citado contrato se suscribió el 10 de noviembre de 2009, su celebración tuvo lugar en vigencia de la Ley 80 de 1993, luego de la modificación introducida por la Ley 1150 del 16 de julio de 2007 a cuyo tenor las Empresas Industriales y Comerciales del Estado que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y público se rigen por el derecho privado, actividades que no son otras que las funciones que se encuentran consignadas en la norma de creación de la respectiva entidad.

⁴⁹“Artículo 14. Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

El régimen contractual de las empresas que no se encuentren exceptuadas en los términos señalados en el inciso anterior, será el previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2o de la presente ley.”



En este orden, advierte la Sala que, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 0175 del 23 de abril de 2002, la Gestora Urbana de Ibagué tiene a su cargo “desarrollar las funciones de Banco Inmobiliario, actuar como promotora de vivienda de interés social, promotora de espacio público, promotora inmobiliaria y promotora de proyectos especiales [...] en cumplimiento de este objeto podrá realizar las actividades específicas de promoción y desarrollo de proyectos urbanísticos e inmobiliarios, de renovación urbana e infraestructura, lo que incluye entre otros aspectos la construcción, administración, arrendamientos, cofinanciación, enajenación, realización de operaciones financieras de crédito y comercio, leasing, fiduciarias, otorgamiento de avales, dar y recibir en pago, mantenimiento, adquisición, titularización, integración y reajuste de predios, mediante la explotación económica de las zonas, áreas, locales y servicios que puedan serlo [...] 4.3. – Como promotora inmobiliaria y de proyectos especiales realizará entre otras las siguientes actividades: [...] e) Promover y/o ejecutar proyectos inmobiliarios, de infraestructura o macroproyectos especiales”. (subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, la Sala advierte que el objeto del contrato bajo examen en esta instancia se enmarca dentro de las actividades propias de la Gestora Urbana de Ibagué, empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal que tiene a su cargo funciones con ocasión de las cuales actúa en competencia con el sector privado y público de conformidad con la norma de su creación. En consecuencia, el negocio *sub lite* se rige por el Código Civil y por el Código de Comercio.

6.1.2. Precisiones en torno a las pretensiones de la demanda.

En la demanda los hechos que fundamentan las reclamaciones de la parte actora son invocados como fuente de desequilibrio económico del contrato y de incumplimiento contractual; de la misma forma, las pretensiones del libelo introductorio se encaminan a declarar el incumplimiento del contrato y, en subsidio, la ruptura del equilibrio económico del negocio jurídico celebrado, en ambos casos solicitándose como consecuencia la condena al pago de los honorarios del administrador delegado con ocasión del mayor plazo y del valor descontado por concepto de “impuesto de guerra”.



En este orden de ideas, conviene comenzar por recordar que el artículo 1602 del Código Civil establece que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Este es el principio de la normatividad de los contratos, en virtud del cual las obligaciones emanadas de tales acuerdos de voluntades deben ser cumplidas por las partes con sujeción a lo estipulado, incluso aun cuando el cumplimiento de las prestaciones resulte más oneroso o se presenten circunstancias sobrevinientes que afecten el equilibrio del contrato, dada su fuerza vinculante y en aras de la seguridad jurídica.

Sin embargo, cuando la estructura económica del contrato se altera en forma sustancial y el cumplimiento del contrato se hace excesivamente gravoso para uno de los contratantes por razones no imputables a las partes y ajenas al riesgo asumido por estas, surge la pregunta de si la parte afectada continúa obligada al cumplimiento del contrato de conformidad con el tenor de lo estipulado o si, en cambio, debe restablecerse la proporcionalidad de la operación económica.

Es así como, frente al principio *“pacta sunt servanda”*, que como es sabido hace referencia a la firmeza y solidez del vínculo contractual⁵⁰, se erige la denominada *“cláusula rebus sic stantibus”*⁵¹, instituto en virtud del cual las estipulaciones contractuales son acordadas por las partes sobre la base de las circunstancias presentes al momento en el que son convenidas, de tal suerte que, si bien los contratos son ley para las partes, ante la alteración sustancial de la economía del contrato por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes e impredecibles, las partes tienen derecho a pedir el restablecimiento del equilibrio económico⁵².

⁵⁰ En el ordenamiento jurídico colombiano el principio *pacta sunt servanda* se encuentra contenido en el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual todo contrato acordado entre las partes tiene fuerza de ley para quienes lo celebran, de tal suerte que las obligaciones que de él emanan no pueden ser desconocidas ni modificadas por uno solo de los contratantes. Su observancia, por tanto, es piedra angular de la seguridad jurídica. Cfr. Hinestrosa, Fernando. “El principio del pacta sunt servanda: y la estipulación de intereses”. *Con-Texto* (12), 32-38. 2001.

⁵¹ Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el principio del *rebus sic stantibus* “postula la implícita inclusión en su contenido de una condición necesaria, esencial, fundamental e imprescindible para el cumplimiento, atañedora a la permanencia constante del marco de circunstancias fácticas o jurídicas, o estado de cosas primario, a cuya invariabilidad sujeta su obligatoriedad, y aún cuando, hay distintas posturas acerca de su exacto origen, suele atribuirse a la escuela del derecho medieval inspirada en las fuentes romanas”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de febrero de 2012.

⁵² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. Rad.: 38449



Al punto, debe anotarse que mientras la teoría del equilibrio o equivalencia de la ecuación económica procura garantizar que en la ejecución del contrato se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento de su celebración, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en virtud del negocio jurídico por ellas acordado se ubica en el marco de la responsabilidad contractual, es decir, aquella que surge de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato existente y válido⁵³. En otras palabras, aun cuando se advierte cierta confusión en la propia legislación⁵⁴ y la jurisprudencia, que en torno al tema tampoco ha sido del todo consistente, pues en algunas decisiones se ha identificado el incumplimiento del contrato como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico⁵⁵, no deben confundirse la responsabilidad contractual y la teoría del equilibrio o equivalencia económica del contrato, dadas las diferencias que se advierten no solo en los presupuestos, sino también en los efectos o consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso⁵⁶.

Ahora bien, tratándose de contratos sujetos al derecho privado, la procedencia de un eventual restablecimiento de las condiciones contractuales frente al desequilibrio

⁵³Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 15 de julio de 2020. Rad.:28794

⁵⁴Por ejemplo, en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 al disponer que “*si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato*”.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 15 de febrero de 1999, Rad. 11194 y del 21 de junio de 1999, Rad.: 14943.

⁵⁶ Sobre la necesaria distinción entre estas figuras, en Sentencia del 15 de julio de 2020, Rad.:28794, esta Subsección precisó:

“La teoría del equilibrio o equivalencia de la ecuación económica pretende garantizar que, en desarrollo del contrato, se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento en que fue celebrado. Dicho equilibrio puede verse afectado por factores externos a las partes o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad. En el incumplimiento, en cambio, se estudia el comportamiento de las partes frente a la ejecución del contenido obligacional, esto es, si fue tardío, defectuoso o conforme con lo que libre y voluntariamente acordaron, aspecto que debe analizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual.

Esta diferencia no es simplemente conceptual, pues la tasación económica en uno y otro caso es distinta. En la ruptura del equilibrio económico del contrato lo que se pretende es evitar puntos de pérdida (art. 5 de la Ley 80 de 1993), sin perjuicio de lo expuesto en cuanto al hecho del príncipe, y, en el incumplimiento, la indemnización plena de los perjuicios que se derivan de la desatención de las obligaciones del contrato.

En el incumplimiento, además, se faculta a la entidad pública para sancionar al contratista mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, o para imponer multas y declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato (artículos 60 y 70 del Decreto Ley 22 de 1983, 14 y 18 de la Ley 80 de 1993 y 17 de la Ley 1150 de 2007).”

En el mismo sentido, véase Sentencia del 21 de septiembre de 2020, Rad.: 47106



económico sobreviniente se abre paso a partir del artículo 868⁵⁷ del Código de Comercio -disposición que consagra la posibilidad de solicitar la revisión judicial del contrato cuando las prestaciones de futuro cumplimiento resultan sustancialmente más gravosas como consecuencia de circunstancias sobrevinientes e imprevistas que alteren la estructura económica del contrato-, así como a través de otras normas, como las que establecen la equidad y la buena fe⁵⁸, a las que puede acudir a efectos de arribar a una solución a través de la cual se restablezca el equilibrio o la proporción que debe existir en la respectiva operación económica, cuando las circunstancias del caso concreto no encajan en los presupuestos dispuestos por el artículo 868 del Código de Comercio para la teoría de la imprevisión.

Sobre el particular cabe recordar que en los años treinta la Corte Suprema de Justicia profirió varias sentencias⁵⁹ que reconocieron la aplicación de la teoría de la imprevisión, aun cuando no existía en ese momento una norma expresa que consagrara los presupuestos que en la actualidad recoge el artículo 868 del Código de Comercio. Así, por ejemplo, en sentencia del 25 de febrero de 1937⁶⁰ se lee:

“Se basa la teoría de la imprevisión en el hecho de que en algunos casos dados se hace indispensable atribuir una cierta importancia, tanto a la finalidad del negocio como a las particularidades decisivas para su logro. Sea en la hipótesis del error en las representaciones sobre las circunstancias básicas del pacto al tiempo de su perfeccionamiento, o en la de su alteración esencial acaecida posteriormente.

“Los doctrinantes de la imprevisión dicen que “una fórmula general sostenida tiene que intentar la combinación de los factores subjetivos y objetivos y partir de si la parte contraria, procediendo de buena fe, y en atención al fin del contrato hubiese admitido

⁵⁷ “Artículo 868. Revisión del Contrato por Circunstancias Extraordinarias. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”

⁵⁸ Al respecto, es de resaltar que el principio de la buena fe durante la ejecución del contrato “hace surgir un catálogo de deberes de conducta que de acuerdo con la naturaleza la respectiva relación, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar en interés contractual de la otra parte”; además, “sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, e impulsa las partes a ser coherentes en su comportamiento evitando contradecir sus propios actos entre otras conductas”. Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. Universitas. Pontificia Universidad Javeriana (108) p. 289.

⁵⁹ Al respecto véanse las sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 29 de octubre de 1936 (G.J. XLIV, p. 455), 25 de febrero de 1937 (G.J. XLIV, p. 613) y 23 de mayo de 1938 (G.J. XLVI, p. 423)

⁶⁰ G.J. XLIV, p. 613.



que el contrato se hubiese hecho depender de la circunstancia en cuestión, o bien, de buena fe hubiese tenido que admitirlo si al concluirse el contrato se hubiera tenido presente la inseguridad de las circunstancias.

Por consiguiente, para que una circunstancia sea reconocida como base del negocio, es menester un triple requisito: 1º- Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato. 2º- Que fuese únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivase a la parte, que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición. 3º- Y finalmente, que en el caso de que la seguridad de la circunstancia se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder procediendo de buena fe". (C.S.J., Sala Plena, sentencia de 25 de febrero de 1937).

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de febrero de 2012⁶¹, entre otras, reconoció que en algunas situaciones en las que no es posible dar aplicación a la regla del artículo 868 del Código de Comercio al no reunirse los presupuestos allí establecidos, cabe la posibilidad de acudir a otros instrumentos mediante los cuales se restaure la proporción de la operación económica, enfatizando que lo contrario conduciría a tolerar situaciones de manifiesta injusticia e inequidad que no son de recibo para el derecho.

En paralelo, tratándose de contratos celebrados estatales regidos por el derecho común, en algunas oportunidades la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reconocido que las partes pueden solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato al amparo de la teoría de la imprevisión aun cuando la ejecución del contrato haya finalizado, teniendo en cuenta la finalidad encaminada a la satisfacción del interés general, circunstancia que restringe la posibilidad de suspender su ejecución ante la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes e imprevistas. Lo contrario implicaría desconocer la actuación del contratista que diligentemente continúa con la ejecución del negocio jurídico, impidiéndole injustamente reclamar la excesiva onerosidad sobreviniente que afectó su economía, so pretexto de no haber paralizado la ejecución contractual⁶².

⁶¹ C.S.J., cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012

⁶² Sobre el particular, esta Sección ha precisado:

"En este punto, cabe precisar que la referida disposición legal [se refiere al artículo 868 C.Co.] en los contratos estatales regidos por el derecho privado, tiene un alcance diferente al previsto en los contratos celebrados entre particulares bajo el régimen civil o mercantil.

En efecto, el derecho privado, cuando el contrato está en ejecución, la parte afectada con el advenimiento de alguna circunstancia imprevisible y extraordinaria puede solicitar su revisión, siempre y cuando se abstenga de cumplir la prestación económica alterada hasta que el juez del contrato lo revise, ya que, de lo contrario, esto es, de haberse satisfecho, se parte del supuesto de



De igual modo, recientemente esta Subsección⁶³ abordó el análisis de una controversia contractual que giró en torno a un contrato de obra suscrito por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE frente al cual se alegó la existencia de obras adicionales cuyo pago no fue reconocido, concluyéndose que el estudio de las pretensiones dirigidas a obtener la declaratoria de responsabilidad por la prestación ejecutada con excesiva onerosidad por hechos posteriores al contrato terminado *-supuesto distinto al del artículo 868 ejusdem que se basa en que las prestaciones sean de futuro cumplimiento-* debe estudiarse a partir de los mandatos de justicia contractual y buena fe, más allá de lo regulado en el artículo 868 del Código de Comercio, en virtud del deber que dichos principios imponen de mantener el equilibrio contractual en tales casos.

Así, se advirtió que restringir el análisis de la teoría de la imprevisión al supuesto de prestaciones futuras contemplado en el artículo 868 del Código de Comercio es problemático, dado que: *i)* en la mayoría de los casos en que se alega una mayor onerosidad contra una entidad pública las prestaciones ya se extinguieron, y *ii)* la mayor parte de los asuntos anteriores no pretenden la revisión de prestaciones futuras sino de acuerdos ya extinguidos por afectaciones a la equivalencia prestacional originalmente pactada.

Así, se puso de presente que, en los casos en que se alegue una mayor onerosidad sobre prestaciones ya ejecutadas, aquellas deben estudiarse según la justicia contractual y la buena fe, que son esenciales para garantizar la equivalencia

que el afectado asumió los efectos nocivos de su ocurrencia y, por tanto, ya no habría nada que revisar y sobre lo cual regresar o volver.

Por el contrario, en los contratos celebrados por las entidades estatales, sea que se rijan por normas de derecho público o de derecho privado, en ellos prima su finalidad encaminada directa o indirectamente a la satisfacción del interés general, razón por la cual no se puede suspender su ejecución ante la ocurrencia de una circunstancia imprevista que impacte negativamente su economía, hasta que se revise el contrato por el juez; por lo tanto, la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio en este ámbito tiene un alcance diferente y, con fundamento en dicha norma, en el contrato estatal regido por normas de derecho privado, las partes pueden solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato aunque la ejecución de este haya terminado. Bajo este contexto, para el caso que nos ocupa, el artículo 868 del Código de Comercio autorizó al juez para revisar si las condiciones económicas que las partes tuvieron en cuenta al momento de celebrar el contrato se vieron alteradas durante su ejecución por factores sobrevinientes, extraordinarios, imprevistos o imprevisibles que hubieren hecho excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes, con el objeto de reestablecer el equilibrio del mismo". Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 2020, Rad.: 44420.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 17 de junio de 2024. Radicado 23001-23-31-000-2008-00233-01 (44.807).



prestacional, sin que sea dable limitarse a las reglas del artículo 868 del Código de Comercio.

En suma, la Sala no realizará el análisis del caso concreto en el marco de lo dispuesto en Ley 80 de 1993 sino de conformidad con el derecho privado y al amparo de las instituciones que correspondan de acuerdo a las circunstancias particulares del caso concreto y los hechos probados en el proceso, teniendo en cuenta las precisiones que han quedado esbozadas y atendiendo al régimen jurídico que rige el contrato materia de la litis.

6.1.3. Alcance de la liquidación bilateral del contrato

Es importante detenerse a revisar el objeto y alcance del acuerdo de voluntades contenido en el acta de liquidación del contrato que las partes firmaron el 10 de octubre de 2011, con el fin de establecer, bajo las reglas del derecho privado que rigen el negocio jurídico en cuyo seno se originaron las controversias, cuáles fueron los aspectos materia del pacto y si el mismo cobijó o no las reclamaciones a que se refieren las pretensiones de la demanda.

Sobre el particular, debe recordarse que si bien las normas del derecho común no contemplan la liquidación del negocio jurídico, en ejercicio de su autonomía de la voluntad las partes bien pueden pactar llevar a cabo la liquidación de su contrato e, incluso, aún sin previa estipulación contractual que así lo contemple, en la práctica bien pueden acordar de consuno un balance final de las contraprestaciones derivadas del contrato que han celebrado, con el propósito de finiquitar las cuentas y establecer quién debe a quién y cuánto.

En este evento dicho acuerdo de voluntades tiene fuerza vinculante, de modo que, en virtud de su obligatoriedad para las partes, de los postulados de la buena fe y del respeto por los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*), no puede ser desconocido posteriormente ante la instancia judicial por parte de quien lo suscribió, salvo que se invoque un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o que aquello que se reclama en sede judicial no hubiere sido materia del cruce de cuentas convenido.



En efecto, el artículo 1602 del Código Civil, que le confiere al negocio jurídico efectos de ley entre los contratantes, sin duda es predicable respecto de la liquidación bilateral del contrato, pues tal acto ciertamente entraña una naturaleza contractual, tanto por su formación como por sus efectos, de modo que lo allí acordado produce las consecuencias a que se refiere la citada disposición, siendo también aplicables a dicho consenso el principio de la buena fe y el que dicta que nadie debe obrar contra sus propios actos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

En suma, con fundamento en lo prescrito en el artículo 1602 del Código Civil y en el principio de la buena fe, si los contratantes han liquidado de común acuerdo el contrato que han celebrado el juez ha de estarse a lo convenido, pues dicha liquidación es un negocio jurídico vinculante que tiene efectos de ley para los sujetos intervinientes.

En este orden de ideas, en el análisis del acuerdo liquidatorio que suscribieron las partes el 10 de octubre de 2011, corresponde al juez del contrato desentrañar el alcance de las estipulaciones pactadas, de acuerdo con las reglas de interpretación de los contratos y, por supuesto, la ejecución de buena fe del negocio jurídico, con el fin de establecer la común intención de los contratantes, determinando, concretamente, si las partes procuraron con dicho acuerdo de voluntades regular los asuntos cuya reclamación se formula en la demanda y los términos de dicha regulación.

A la vista de las anteriores consideraciones, descendiendo al caso concreto la Sala observa que en el texto del acuerdo liquidatorio suscrito por las partes éstas indicaron el valor del contrato, discriminando el valor de la obra y el valor de la administración delegada, con indicación, en cada caso, de las actas parciales y finales, el anticipo y su amortización. Además, relacionaron las distintas actas suscritas por las partes y las garantías otorgadas e indicaron que el contrato “*se ejecutó de acuerdo con lo especificado y dentro del plazo contractual estipulado*”. De igual modo, se plasmó la siguiente constancia (transcripción literal, incluso con eventuales errores):

“3.- Por solicitud del Ing. LUIS RICARDO ORTIGOZA, Administrador Delegado a través de apoderado Dr. GERMÁN BARBERI P, se deja como constancia lo consignado dentro del acta de reunión previa a la etapa de liquidación bilateral del



contrato de Admón. Delegada No. 207 del 10 de Noviembre realizada el día 07 de Octubre de 2011, así:

"Solicito que en el acta de liquidación bilateral del contrato de la referencia se incluya la siguiente constancia y además se adjunte para que forme parte integrante del acta el oficio que me permití remitir en la calidad antes anotada al anterior gerente de la GESTORA URBANA DE IBAGUE obrante en cuatro folios que sirve de sustento a la circunstancia que revisado el proyecto de acta de liquidación que nos fuera remitido la semana anterior por el actual gerente de la GESTORA URBANA, estamos de acuerdo con la liquidación del estado financiero del balance del contrato de obra y del anticipo de la misma pero no estamos de acuerdo en el balance final del contrato de Administración Delegada, ya que no se tuvo en cuenta el valor de los honorarios del ING. LUIS RICARDO ORTIGOZA GONZALES, por dicho contrato, con ocasión del adicional por el plazo de 4 meses, igual al plazo inicial por una cuantía del DOCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS MCTE (\$293.551.845.00), teniendo en cuenta que el plazo como consta en el acta del comité de obra N° 010 de fecha 30 de abril de 2010, se debió a retraso de las obras por la morosidad del Ibal como entidad del municipio de Ibagué, en la ejecución de las obras adicionales necesarias para poderse avanzar en el contrato de Administración Delegada y los subcontratos de la avenida Guabinal de esta ciudad, las diferencias presentadas en la forma de atacar los trabajos, plasmada en la programación inicial y por ultimo por un imprevisto por el invierno que afectó el normal desarrollo de la obras, es decir, las demoras que llevaron a la suscripción el adicional en el Administrador Delegado y los subcontratistas suyos, en consecuencia se generaron unos honorarios profesionales idénticos a los acordados en el contrato inicial por el valor antes citado, generándose un desequilibrio contractual en contra del ING. LUIS RICARDO ORTIGOZA, por ello en el acta de liquidación se deja la constancia de que se adeuda por parte de la GESTORA URBANA DE IBAGUÉ dicha suma de dinero. De igual manera solicitamos la devolución del 5% del valor del contrato inicial del impuesto de guerra, que fue retenido y descontado sin autorización del ING. LUIS RICARDO ORTIGOZA GONZALES en el último pago del acta N° 03 de los honorarios, el cual es improcedente para los contratos de administración delegada, ya que como se explica ampliamente en el oficio que adjunto en 4 folios y que formara parte integrantes del acta de liquidación, el sujeto pasivo de este gravamen son los contratistas de obra, y no los administradores delegados que son solo mandatarios de quien realmente contrata la obra, en este caso la GESTORA URBANA DE IBAGUE, y así lo dice el mismo hallazgo fiscal de la contraloría municipal de Ibagué en el numeral 2 del ítem 1.13.1.3, en el sentido de que ese impuesto corresponde al valor de los pagos efectuados a los contratos de obra, incurriéndose en un error jurídico grave al incluir los contratos de administración delegada cuando la ley 1106 de 2000 en su artículo 6 se refiere exclusivamente a los contratos de obra pública.

En consecuencia manifestamos el desacuerdo en estos dos aspectos puntuales expresando que la GESTORA URBANA DE IBAGUÉ adeuda a mi mandante el ING. LUIS RICARDO ORTIGOZA GONZALES la cuantía de los honorarios antes solicitados y la devolución del 5% del impuesto de guerra que le fue retenido en forma ilegal.

Finalmente solicito que se incorpore también para que forme parte del acta de liquidación, copia autentica del acta de comité de obra N° 010 del 30 de Abril de 2010".

Bajo el contexto que ha quedado expuesto, la Sala, tras realizar un análisis contextual y sistemático del acta de liquidación final acordada entre las partes con miras a desentrañar su común intención, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1618 del Código Civil, concluye que es viable estudiar la prosperidad de las



pretensiones de la demanda, por cuanto frente a los dos asuntos objeto de la presente controversia es evidente que no existió consenso entre las partes y que, antes bien, el contratista dejó expresa constancia de su inconformidad, resultando claro, por tanto, que lo atinente a dichos puntos no fue materia del acuerdo, subsistiendo al respecto la divergencia que el contratista plantea en su demanda.

En otras palabras, la interpretación sistemática, racional y lógica del referido negocio jurídico permite concluir que respecto de los asuntos sobre los que versan las pretensiones del libelo introductorio subsistieron discrepancias que no fueron zanjadas en el convenio tantas veces mencionado, de tal modo que procederá la Sala al estudio de las pretensiones de la demanda, para lo cual comenzará por precisar los hechos que quedaron acreditados en el plenario y las pruebas adicionales recaudadas en el proceso.

6.2. Hechos probados

En el caso concreto, la Sala analizará los documentos aportados al proceso en copia, de conformidad con lo previsto en el artículo 246⁶⁴ del C.G.P.

De acuerdo con las pruebas allegadas se encuentran establecidos los siguientes hechos que interesan al presente caso:

6.2.1. Se demostró que el 12 de mayo de 2009 el municipio de Ibagué y la Gestora Urbana de Ibagué suscribieron el contrato interadministrativo No. 0091 de 2009, en el marco del Plan de Desarrollo 2008-2011 *“Porque Ibagué... esta Primero”*, el cual incluyó como una de sus metas y proyectos la renovación del entorno urbano con énfasis en la movilidad vial de la ciudad de Ibagué, *“programando la rehabilitación en mediano plazo de la Malla Vial del Municipio incluyendo en donde se ha incluido (sic) vías Primarias, Rutas de Buses, y Vías de Acceso a diversos barrios, además de vías internas”*. El contrato interadministrativo tuvo por objeto la “[c]oordinación, formulación y ejecución del Programa de Mantenimiento y Recuperación de la malla

⁶⁴ “Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...]. Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.



vial en la ciudad de Ibagué”, se celebró por un valor de \$7.189.428.909 y un plazo de 7 meses contados a partir de su firma, según consta en copia del referido negocio jurídico que obra al expediente⁶⁵.

6.2.2. Se probó que, en fecha no establecida en el proceso, la Gestora Urbana de Ibagué efectuó el *“análisis de conveniencia y justificación al gasto para realizar la contratación de una persona natural o jurídica que bajo la modalidad contractual de administración delegada se encargue de ejecutar y desarrollar el proceso concerniente a “la pavimentación y repavimentación de la avenida Guabinal” con fundamento en el proyecto de renovación del entorno urbano con énfasis en la movilidad vial en diferentes sectores de la ciudad de Ibagué”*, según da cuenta copia del respectivo documento⁶⁶.

En el análisis mencionado se expone que la Gestora Urbana de Ibagué, en desarrollo de sus actividades de naturaleza industrial y comercial y de gestión económica, actuando como promotora de vivienda de interés social, promotora de espacio público, promotora inmobiliaria y promotora de proyectos especiales, y en el marco del contrato interadministrativo No. 0091 del 12 de mayo de 2009, requería llevar a cabo la contratación de la pavimentación y repavimentación de la avenida Guabinal, mediante la modalidad de invitación pública, de conformidad con el manual de contratación de la entidad y lo previsto en el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, precisando que el proyecto *“se pretende ejecutar bajo la modalidad contractual de Administración Delegada”*, según la justificación técnica y el presupuesto de obra anexado⁶⁷, elaborado por la Gestora Urbana de Ibagué. De igual modo, en el documento referido se contempla la necesidad de expedir 2 certificados de disponibilidad presupuestal, uno para respaldar los costos y gastos de la obra, por valor de \$3.744.283.725.90 y otro, por valor de \$299.543.698.07, para amparar los gastos y honorarios del administrador delegado de la obra.

6.2.3. Se encuentra demostrado que la Gestora Urbana de Ibagué adelantó la “invitación pública de derecho privado No. 001 de 2009”, con el objeto de *“contratar los servicios de una persona natural o jurídica que bajo la modalidad contractual de administración delegada se encargue de ejecutar y desarrollar el proceso*

⁶⁵ Fl. 3 a 6, C.1.

⁶⁶ Fl. 7 a 10, C.1

⁶⁷ Fl. 15 a 18, C.1



concerniente a la “pavimentación y repavimentación de la avenida Guabinal” con fundamento en el proyecto de renovación del entorno urbano con énfasis en la modalidad vial en diferentes sectores de la ciudad de Ibagué”, según se desprende de la decisión que dispuso la apertura del proceso de selección, el pliego de condiciones definitivo⁶⁸, el acta de apertura y evaluación de propuestas⁶⁹ y el acta consolidada de evaluación jurídica, técnica y financiera de las propuestas⁷⁰, entre otros documentos del proceso de selección cuya copia reposa en el plenario.

En lo que respecta a lo consignado en los pliegos de condiciones, cabe resaltar que en ellos se dispuso que el valor total de la propuesta debía “cubrir todos los costos directos e indirectos derivados de los trabajos, las deducciones a que haya lugar y en general todo costo en que incurra el ADMINISTRADOR para la ejecución de los trabajos y el Impuesto al Valor Agregado IVA”.

6.2.4. Quedó acreditado que en el marco de la invitación mencionada se adjudicó el proceso de selección al proponente Luis Ricardo Ortigoza González, según da cuenta copia dicha decisión⁷¹.

6.2.5. Consta en el plenario que el 10 de noviembre de 2009 Luis Ricardo Ortigoza González y la Gestora Urbana de Ibagué suscribieron el “Contrato de Administración Delegada No. 207 de 2009”, según da cuenta copia del correspondiente acuerdo de voluntades⁷², cuyo objeto se estipuló en los siguientes términos:

“PRIMERA.- Objeto. El **CONTRATISTA** se obliga para con el **CONTRATANTE** por el sistema de administración delegada, a ejecutar **“LA PAVIMENTACIÓN Y REPAVIMENTACIÓN DE LA AVENIDA GUABINAL” CON FUNDAMENTO EN EL PROYECTO DE RENOVACIÓN DEL ENTORNO URBANO CON ÉNFASIS EN LA MOVILIDAD VIAL EN DIFERENTES SECTORES DE LA CIUDAD DE IBAGUÉ**”. Las cantidades de obras estimadas en los términos del Parágrafo primero de la presente cláusula y los valores presupuestados por el proceso de vivienda y Proyectos especiales de la entidad, para servir de base en la liquidación inicial del presente contrato son:

Ítem	Descripción	Unidad	Cantidad	Vr / Unitario	Vr. Total
1.00	OBRAS DE EXPLANACIÓN Y MOVIMIENTO DE TIERRAS [...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁶⁸ Fl. 39 a 115, C.1.
⁶⁹ Fl. 27 y 28, C.1.
⁷⁰ Fl. 22 a 25, C.1.
⁷¹ Fl. 30 a 34, C.1.
⁷² Fl. 116 a 129, C.1.



				SUB-TOTAL	563,053,689.52
2.00	OBRAS DE PAVIMENTACIÓN [...]	[...]	[...]	[...]	[...]
				SUB-TOTAL	2.761.658.951,61
3.00	OBRAS DE PARCHEO Asfalto [...]	[...]	[...]	[...]	[...]
				SUB-TOTAL	75.021.713,81
4.00	DESAGUES E INSTALACIONES SUBTERRANEAS [...]	[...]	[...]	[...]	[...]
				SUB-TOTAL	161.045.080,65
5.00	OBRAS EXTERIORES [...]	[...]	[...]	[...]	[...]
				SUB-TOTAL	52.704.290,32
COSTO DIRECTOS (sic) DE LA OBRA					3.613.483.725,90
6.00	GASTOS ADMINISTRATIVOS [...]	[...]	[...]	[...]	[...]
				SUB-TOTAL	130.800.000,00
COSTO PARCIAL DE LA OBRA					3.744.283.725,90
7.00	ADMINISTRACIÓN DELEGADA				
7.1	Valor Básico de la propuesta de Administración Delegada				246.583.549,80
7.2	Iva sobre la propuesta de Administración delegada (16%)				46.968.295,20
VALOR TOTAL DE LA PROPUESTA DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA					293.551.845,00

PARAGRAFO PRIMERO: - El **CONTRATANTE** manifiesta que las cantidades de obras relacionadas en el presupuesto de obras denominado “LA PAVIMENTACIÓN Y REPAVIMENTACIÓN DE LA AVENIDA GUABINAL”, CON FUNDAMENTO EN EL PROYECTO DE RENOVACIÓN DEL ENTORNO URBANO CON ENFASIS EN LA MOVILIDAD VIAL EN DIFERENTES SECTORES DE LA CUIDAD DE IBAGUE, y entregadas al **CONTRATISTA** fueron calculadas por la Secretaría de Infraestructura adscrita al Municipio de Ibagué, razón por la cual la entidad realizó los estudios previos, tomando como base tales datos para el efecto. Si como consecuencia de la revisión de los planos y diseños realizados por el **CONTRATANTE** o requerimientos que surjan en el desarrollo de la obra para lograr el cumplimiento de su meta física, dichas cantidades deben ser variadas para garantizar la estabilidad de las obras, o el cumplimiento de las especificaciones de diseño o la meta física, dichas variaciones se autorizarán mediante actas modificatorias suscritas con el **Interventor** y el **CONTRATISTA** sin que haya detrimento patrimonial para el **CONTRATANTE** o para el **CONTRATISTA**.” (resaltado dentro del texto)

En lo atinente a las obligaciones a cargo del contratista y de la entidad contratante, en las cláusulas segunda, tercera y cuarta las partes convinieron:



“SEGUNDA. - Obligaciones Especiales Del Contratista. El **CONTRATISTA** se obliga a lo siguiente: a) A ejercer la supervigilancia técnica y administrativa de los trabajos con el objeto de conseguir la correcta realización de los planos y el cumplimiento de las especificaciones; [...] c) a asumir de su cuenta y riesgo todos los gastos administrativos como son papelería, impresiones, comunicaciones, movilizaciones, gastos generales de oficina y el personal para el funcionamiento de la misma; d) a comprar todos los materiales, elementos y equipos para la construcción en las condiciones más favorables para el **CONTRATANTE** en lo referente a la calidad y precio, cediendo a éste el beneficio de todas las rebajas, comisiones y descuentos que pudiera obtener por cualquier causa; e) a explicar los planos y especificaciones al personal técnico y a los operarios y contratistas; f) a contratar el personal de trabajadores que a juicio del **CONTRATISTA** sea necesario para la buena marcha del trabajo, pero deberá retirar el que a juicio del **INTERVENTOR** no se considere conveniente para la marcha normal de las obras, g) a pagar los salarios y prestaciones sociales del personal que emplee en la construcción con los fondos que el **CONTRATANTE** le suministre; h) a celebrar todos los subcontratos a que hubiere lugar previa aprobación del **INTERVENTOR**. i) a llevar en forma clara, correcta y precisa la contabilidad y estadística de la obra y suministrar semanalmente al **CONTRATANTE** un estudio de la misma, acompañado de todos los comprobantes que la justifiquen o sean necesarios; j) a responder por la calidad de la obra y las obligaciones con los subcontratistas si los hubiere, al tenor de lo dispuesto en los artículo 2060, numerales 3º a 5º y 2061 del Código Civil; [...] m) a presentar al **INTERVENTOR** para su aprobación, dentro de la misma semana de su inversión, las cuentas de gastos efectuadas dentro en la misma semana considerada, acompañadas de los respectivos comprobantes debidamente cancelados y con indicaciones del número del cheque con que fueron cubiertos. En caso de que se presenten glosas u observaciones, el **CONTRATISTA** las contestará a más tardar dentro de los dos (2) días siguientes a su recibo y sin perjuicio de que puedan ser rechazadas por el **INTERVENTOR**; n) a enviar al **SUPERVISOR** oportunamente los pedidos, subcontratos y demás correspondencia que se haga en relación con la obra; ñ) a atender el almacenamiento adecuado y la conservación de todos los materiales, herramientas, etc., que se adquieran con destino a la obra [...]; s) a suministrar al **INTERVENTOR**, cuando éste lo solicite, informes sobre cualquier aspecto de la obra; t) a ejecutar todos los trabajos, obras y labores que sean necesarios para completar la construcción descrita en la cláusula primera, sus accesorios y zonas circundantes; u) a cumplir con todas las obligaciones que se desprendan de la naturaleza de este contrato, así como con todas las normas y disposiciones que las leyes o reglamentos vigentes o que se expidan, y que se contemplen con respecto a la ejecución de obras objeto de este contrato; [...] w) a acompañar con cada acta parcial de obra un registro fotográfico, mediante el cual se puede verificar el avance de la obra. Dicho registro deberá ser presentado al **INTERVENTOR**. x) a realizar previa aceptación escrita del **CONTRATANTE**, las obras anexas y necesarias para ejecutar o terminar adecuadamente la obra aquí contratada; y) realizar los ensayos de campo, de laboratorio y control de materiales en los casos en que se requieran de acuerdo con las normas y especificaciones de construcción que rigen el contrato y las exigidas por del **SUPERVISOR**; z) a corregir por su cuenta, costo y riesgo las obras ejecutadas que han sido inspeccionadas y no aprobadas por el **CONTRATANTE** y/o el **SUPERVISOR**, al igual que realizar las reparaciones que sean necesarias por deterioros y desperfectos de la obra, imputables al **CONTRATISTA**.”

“TERCERA. Obligaciones del CONTRATANTE. a.- Pagar al **CONTRATISTA** los valores estipulados, en la forma y términos convenidos en este contrato. b.- Se dará un anticipo del 50% al perfeccionamiento del contrato, y otro 50% mediante actas parciales de administración delegada. b.- No impartir órdenes directas al personal de la obra, cualquier recomendación u observación la hará directamente el **Interventor** y/o **Supervisor** al **CONTRATISTA**. D.- (sic) Facilitar el acceso al **CONTRATISTA**, a los predios objeto de la construcción que aquí se contrata. E.- (sic) Colaborar y apoyar



al **CONTRATISTA** en la solución de cualquier problema que se presente en el desarrollo de la obra. F.- (sic) Entregar oportunamente los recursos requeridos por el **CONTRATISTA**.”

“CUARTA.: Programación de la obra, plan de inversión y plan de calidad. El CONTRATISTA debe presentar un programa de construcción para vigilar el avance de la obra, un plan de calidad y coordinar en forma efectiva el desarrollo de las diversas actividades de ella. Igualmente debe presentar el correspondiente plan de inversiones, quien se obliga a cumplirlos, ejecutando las obras objeto del presente contrato de acuerdo con los planes y programas generales de trabajo; el incumplimiento de los trabajos acarreará al CONTRATISTA las sanciones que se establecen en este contrato.” (subrayado fuera del texto)

La vigencia del contrato y el plazo de ejecución de la obra se acordó en la cláusula 9ª, de conformidad con la cual “[e]l plazo de ejecución del presente contrato, es de cuatro (04) meses y/o el tiempo que dure la obra contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación. La vigencia del contrato será el término durante el cual las partes tendrán relación contractual vigente, en el que se incluye el término de ejecución del contrato, donde el **CONTRATANTE** podrá evaluar la ejecución contractual, adelantar las acciones necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contratado o declarar el incumplimiento para iniciar las acciones respectivas en el evento contrario; este término se computará a partir de la fecha de suscripción del contrato y corresponderá al plazo de ejecución y un (1) mes más. **PARAGRAFO PRIMERO:** Se entenderá perfeccionado el presente contrato, una vez lo suscriba cada parte que en el interviene y se apruebe las respectivas pólizas de garantía”, en concordancia con la cláusula décima segunda en la que se convino que el contratista debía iniciar las obras a partir del día hábil siguiente a la suscripción “del acta correspondiente, la cual se deberá elaborar dentro de los tres días hábiles siguientes al giro del cheque que contenga el avante”.

En lo atinente al valor, se estipuló que el valor de la administración delegada se estimaba en la suma de \$293.551.845.00 y se precisó que el costo total de la obra sería de \$3.744.283.725,90, pactándose en la cláusula 8ª lo siguiente:

“OCTAVA.- Avance. A la legalización del presente contrato el **CONTRATISTA** recibirá para manejo de la obra la suma de MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M.CTE CON NOVENTA Y CINCO **\$1.872.141.862.95**. M/cte. correspondientes al 50% del presupuesto total inicial de las obras previa la presentación de la garantía de manejo estipulada más adelante, el otro 50% mediante actas parciales, igualmente recibirá en calidad de anticipo el 50% del valor de los honorarios, equivalentes a CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTIDOS con cincuenta centavos PESOS (sic) **\$146.775.922.5** M.cte el cual deberá ser legalizado mediante la



presentación del informe de gastos con visto bueno del Interventor. EL 50% RESTANTE MEDIANTE CUENTAS DE COBRO PARA DESEMBOLSOS DE ACUERDO A LA RELACIÓN DE GASTOS EFECTUADOS O AVANCES DE OBRA.”
(negrilla dentro del texto original)

Por último, en las cláusulas vigésima primera y vigésima segunda las partes pactaron la liquidación del contrato, acordando que se liquidaría de común acuerdo dentro de su término de vigencia y que, “*si el **CONTRATISTA** no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, dentro del plazo establecido en la cláusula anterior, será practicada directamente por el **INTERVENTOR** y se adoptará por el **CONTRATANTE** mediante documento privado para sus efectos, dicha acta debe contener el visto bueno del **Interventor y/o supervisor.**”*

6.2.6. En el proceso se estableció que el 17 de noviembre de 2009 el contratista y el supervisor del contrato suscribieron el acta de inicio, tal como consta en copia del acta mencionada⁷³.

6.2.7. Está probado que el 20 de noviembre de 2009 las partes acordaron suspender el contrato hasta el 4 de enero de 2010, con el fin de “*no generar traumas de orden vial sobre los sectores proyectados para intervención ante la temporada decembrina que se avecina. Así mismo, en este periodo de suspensión, se llevará a cabo la recopilación de información preliminar previo inicio de las obras, que han de permitir la optimización en su ejecución*”. De lo anterior da cuenta copia del Acta de Suspensión No. 01 de la fecha indicada⁷⁴.

6.2.8. Consta que el 17 de diciembre de 2009 la Gestora Urbana de Ibagué y Luis Gonzalo Lozano Bayona suscribieron el contrato de interventoría No. 224, cuya copia obra al expediente,⁷⁵ con el objeto de “*realizar la interventoría técnica, administrativa y financiera, para el contrato por administración delegada cuyo objeto es la pavimentación y repavimentación de la avenida Guabinal con fundamento en el proyecto de renovación para el planteamiento urbano con énfasis en la modalidad vial en diferentes sectores de la ciudad de Ibagué*”.

⁷³ Fl. 149, C.1. y 530, C.2

⁷⁴ Fl. 150, C.1. y 531, C.2

⁷⁵ Fl. 153 a 158, C.1.



6.2.9. Se demostró que el 21 de enero de 2010 el contratista solicitó autorizar el inicio de los trabajos, tal como consta en copia del oficio LROG-0220-10⁷⁶, en el que indicó:

“Por medio de la presente comunico a Usted que mi Equipo técnico, Administrativo y Financiero ha estado trabajando desde el 4 de Enero de 2010 para dar inicio al contrato de la referencia.

Para evitar más atrasos en la programación y aprovechar las condiciones climáticas solicito su intervención para autorizar el inicio de los trabajos.”

6.2.10. Quedó acreditado que el 28 de enero de 2010, mediante comunicación LROG-0224-10, cuya copia obra al expediente⁷⁷, el demandante le informó a la Gestora Urbana de Ibagué que había culminado las labores preparatorias para dar inicio a la ejecución de las obras. Al respecto manifestó:

“Por medio de la presente le informo que he culminado las labores preparatorias para dar comienzo a la ejecución de las obras del contrato de la referencia como son: Levantamiento topográfico, trazado del nuevo perfil, carteras y planos topográficos, verificación de diseños con perforaciones estratigráficas, plan de calidad, programación de las obras, ensayos de laboratorio, servicios públicos y tránsito municipal.

Por lo anteriormente expuesto, solicito a usted muy respetuosamente se tomen las medidas pertinentes para iniciar las obras lo más pronto posible y evitar más retrasos e inconvenientes posteriores.”

6.2.11. Consta que el 1 de febrero de 2010 se suscribió el acta de inicio del contrato de interventoría No. 224 del 17 de diciembre de 2009, según da cuenta copia del correspondiente documento⁷⁸.

6.2.12. Se acreditó en el proceso que para la ejecución las obras de pavimentación y repavimentación de la avenida Guabinal y en desarrollo del contrato de administración delegada No. 207 de 2009, el demandante celebró los siguientes negocios jurídicos: **i)** contrato de prestación de servicios profesionales independientes No. 002, suscrito con Jairo Mauricio Merchán Acosta el 4 de enero de 2010, para la prestación de servicios como ingeniero residente en la obra; **ii)** contrato de obra civil No.001, suscrito el 5 de febrero de 2010 con Diego Andrés Díaz Díaz, con el fin de llevar a cabo las obras de explanación y movimiento de tierras; **iii)** contrato de obra civil No. 002 celebrado con Cesar Augusto Sandoval Páez el 5 de febrero de 2010, para realizar “la nivelación y compactación de la

⁷⁶ Fl. 152, C.1.

⁷⁷ Fl. 151, C.1.

⁷⁸ Fl. 14, C.1



subrasante, y suministro, extendida, y compactada de la subbase granular, en el proyecto de pavimentación y repavimentación de la avenida Guabinal de la ciudad de Ibagué; **iv)** contrato de obra civil No. 003 celebrado con Claudia Ana María Olaya Garzón el 5 de febrero de 2010, con el objeto de llevar a cabo el *“suministro, extendida y compactada de la base granular”* del proyecto; y **v)** contrato de obra civil No. 004 celebrado con el señor Fernando Sánchez Cardozo para la *“construcción de desagües, instalaciones subterráneas y obras exteriores”* en el proyecto de pavimentación y repavimentación de la Avenida Guabinal. Lo anterior, de acuerdo con copia de los citados contratos y sus respectivas actas de inicio⁷⁹.

6.2.13. Probado quedó que el 5 de febrero de 2010 el IBAL indicó que, de acuerdo con lo solicitado y la *“visita de reunión conjunta interinstitucional in situ”*, se determinaron las necesidades del sector en cuanto a las redes hidrosanitarias, para lo cual *“se estableció ejecutar la revisión de los sistemas sanitarios y pluviales, con el equipo video robot, a fin de determinar la realidad estructural y de flujo de las redes instaladas en el sector; los cuales a la fecha se vienen ejecutando”*. Lo anterior, según da cuenta copia del oficio correspondiente, con número de referencia 190-236⁸⁰.

De igual modo, en la misma fecha la interventoría envió al contratista una comunicación, cuya copia⁸¹ reposa en el plenario, en la que se realizaron diversas precisiones atinentes a la ejecución del contrato.

6.2.14 Consta que el 22 de febrero de 2010 la interventoría envió oficio al contratista ordenando la suspensión de la actividad de suministro e instalación de la sub-base *“hasta tanto no se alleguen los resultados de este material y de la compactación y demás ensayos pertinentes”*, dado que no han sido presentados los resultados de los ensayos mencionados. Igualmente, solicitó reprogramar las actividades con el fin de cumplir con el cronograma establecido, toda vez que *“la obra se encuentra en un atraso del 45% aproximadamente a la segunda semana de ejecución de las obras”*. De lo anterior da cuenta la copia⁸² del oficio referido.

⁷⁹ Fl. 159 a 162, 165 a 171, 174 a 177, 180 a 183 y 186, C.1

⁸⁰ Fl. 187, C.1.

⁸¹ Fl. 572 a 575, C.2

⁸² Fl. 576, C.2



6.2.15. Quedó establecido que el 24 de febrero de 2010 el demandante envió a la interventoría el oficio LROG-0243-10, cuya copia obra al expediente⁸³, en el que manifestó que los resultados de los análisis del material aplicado como subbase fueron entregados el 18 de febrero de 2010 y *“están cumpliendo satisfactoriamente”*. Añadió que *“[...] es totalmente incoherente y falsa su afirmación sobre el retraso de la obra, al contrario muy a pesar de las dificultades y retrasos causadas por las obras del IBAL los subcontratistas han hecho un gran esfuerzo para sacar adelante la reprogramación entregada a ustedes el día 19 de Febrero de 2010 en el comité de obra”*.

6.2.16. Consta que el 2 de marzo de 2010 el contratista se dirigió al gerente de la Gestora Urbana de Ibagué manifestándole que *“ante los inconvenientes presentados por la interventoría”*, el 1 de marzo de 2010 se suspendieron los trabajos. Además, expuso que en otros tramos no había sido posible adelantar actividades, a pesar de tener a disposición la maquinaria.

6.2.17. En el proceso se acreditó que el 8 de marzo de 2010 el contratista se dirigió a la Gestora Urbana de Ibagué para expresar su preocupación por los inconvenientes y retrasos del proyecto y manifestar que *“el Administrador Delegado no tiene ninguna responsabilidad”* por ello. Lo anterior consta en oficio LROG-0248-10⁸⁴, en el que expuso, en síntesis: (i) que la obra correspondiente al tramo 2 se suspendió porque la interventoría, con el aval del supervisor del contrato, impartió la orden de suspender la instalación de la sub-base hasta tanto no se apruebe el material propuesta; ii) que el tramo 1 no se había iniciado debido a que se encontraban programados *“significativos trabajos de sustitución de tuberías de acueducto y alcantarillado”* que serían lideradas por el IBAL; y iii) que en el tramo 3 no podían iniciarse actividades hasta que se solucionara lo atinente al material para la sub-base. Es así como, en la citada comunicación se lee:

“La obra de repavimentación de la Avenida Guabinal se suspendió totalmente porque existe la orden del representante de la Interventoría, avalada por el Ingeniero Supervisor de la Gestora, de suspender la actividad de instalación de la sub-base. Esta es la ÚNICA actividad que se puede ejecutar actualmente en el tramo 2, correspondiente a la calzada norte entre calles 31 y 44 en una longitud aproximada de 1150 mtrs. Las obras complementarias, como sustitución de tuberías para el sistema de alcantarillado y acueducto, sumideros, sardineles, filtros y demás, están terminadas. La base granular no se puede instalar hasta tanto no se apruebe el

⁸³ Fl. 188, C.1.

⁸⁴ Fl. 190 a 191, C.1.



material propuesto y contratado con visto bueno de representante de Interventoría y Supervisor de la Gestora, y cuyos ensayos recientes de caracterización del material se entregaron al Ing. Supervisor para su aprobación definitiva.

La intervención prevista en los tramos 1 y 3 no se ha iniciado por las siguientes razones:

- El tramo 1, de la calle 19 a la 25 calzada norte, tiene programados significativos trabajos de sustitución de tuberías de acueducto y alcantarillado. Desde hace 15 días, cuando se concluyeron las labores de cajeo en el tramo 2, se puso a disposición del [...] jefe de alcantarillado del IBAL, los equipos y el personal para la ejecución de las excavaciones, retiro de material y rellenos respectivos. No hemos tenido respuesta alguna. Además me permito recordar que en reunión realizada [...] se acordó que el Ibal lideraría esta actividad, en este tramo, incluyendo la señalización y desvíos respectivos. [...]*
- En el tramo 3, comprendido entre la calle 77 y la glorieta del Éxito calzada norte, no se pueden iniciar actividades hasta que resuelvan el impase motivado por ustedes con relación a la sub-base, ya que inmediatamente se ejecuten las labores de explanación y cajeo se debe proceder a instalar inmediatamente la sub-base para no exponer la subrasante a que se deteriore, dejándola a la interperie.*
- De acuerdo al Contrato de la referencia es la Entidad Contratante y el Interventor los que tienen que entregarnos los sitios de trabajo. [...]*

Con estas explicaciones considero que ha quedado clara la posición que el Administrador Delegado no tiene ninguna responsabilidad en los retrasos del proyecto ni mucho menos tiene que ver con situaciones que se puedan presentar por perjuicios que se le causen a la ciudadanía. [...]"

6.2.18. Demostrado quedó que el 11 de marzo de 2010, el demandante se dirigió a la Gestora Urbana Ibagué para referirse nuevamente a los retrasos del proyecto, reiterando que no le asistía responsabilidad alguna, a propósito de lo cual indicó que las *"labores reales de obra se iniciaron el 8 de Febrero de 2010"* debido a la suspensión originada en la temporada decembrina y a la demora en *"la llegada del representante de la interventoría"*, quien *"se presentó hasta el día 3 de febrero de 2010"*, aunado a la orden de suspensión en la actividad de la sub-base granular y a *"no tener oficialmente entregados los otros sitios de trabajo"*. De lo anterior da cuenta el oficio LROG-249-10⁸⁵, de cuyo contenido se destaca lo siguiente:

"[...] Como usted bien lo sabe por temporada Decembrina se decidió suspenderlo y reiniciarlo el 4 de Enero del 2010. Como el representante del interventor de la obra se presentó hasta el día 3 de febrero de 2010 las labores reales de obra se iniciaron el 8 de Febrero del 2010.

Como usted puede observar por el retraso en la llegada del representante de la interventoría se perdió un mes de labores y además con la orden de suspensión dada por la entidad contratante y el representante de la interventoría por la sola actividad de la sub base granular y al no tener oficialmente entregados los otros sitios de trabajo no se puede iniciar ninguna actividad.

⁸⁵ FI. 195, C.1.



Los subcontratistas me han hecho llegar una comunicación en la cual plantean la necesidad de reiniciar las obras inmediatamente para evitar retrasos en su programación e inconvenientes jurídicos posteriores.

Por lo anteriormente expuesto nuevamente le ratifico que no poseo ninguna responsabilidad como Administrador delegado en los retrasos del proyecto.”

6.2.19. Se probó que el 12 de marzo de 2010 el demandante nuevamente se refirió a *“los inconvenientes presentados con la subbase granular”*, manifestando que, tras realizar distintas averiguaciones, *“no existe material que cumpla las especificaciones al costo que se tiene pactado en el contrato”*. Al efecto, indicó que consideraba *“justificable”* utilizar una sub-base granular triturada que cumpla con la norma Invías y cuya adquisición y suministro permanente para la obra no ofrezca dificultades, por lo que solicitó autorización para modificar el precio estipulado en el contrato. Además, se refirió a las demoras originadas en actividades a cargo del IBAL y a *“la temporada invernal que ha empezado”*, concluyendo que *“el Administrador Delegado y los subcontratistas han tenido el personal y la maquinaria a disposición de la obra en forma permanente desde la firma de los contratos y por la demora en la toma de decisiones y en la entrega de los sitios de trabajo lo mismo que en las intervenciones del Ibal han seguido retrasando el cronograma propuesto y que corresponde al plazo contractual.”* Lo anterior consta en copia del oficio LROG-265-10 que reposa en el plenario⁸⁶.

6.2.20. Quedó establecido que mediante oficio del 18 de marzo de 2010, el demandante reiteró a la Gestora Urbana de Ibagué que *“el material utilizado para subbase cumple con las condiciones técnicas y económicas establecidas en el contrato”* y que los distintos subcontratistas han atendido sus compromisos, según da cuenta copia del oficio LROB-254-10 de la fecha mencionada⁸⁷.

En la misma fecha el Director de Interventoría envió al contratista la comunicación INT-A-G-019/2010 en la que solicitó mejorar o cambiar el material instalado con el fin de cumplir la normatividad aplicable, añadiendo que el administrador delegado debía garantizar el cumplimiento de los requisitos de calidad de ese nuevo material o mezcla de materiales mediante la toma de muestras para ser analizadas, y que para los siguientes tramos debía instalar *“un material que cumpla normatividad, continuándose con el desarrollando los ensayos de laboratorio pertinentes a fin de*

⁸⁶ Fl. 196, C.1.

⁸⁷ Fl. 197 y 198, C.1



garantizar las condiciones de los materiales instalados”, lo cual como consta en copia del oficio que reposa en el plenario⁸⁸.

6.2.21. Se constató que el 27 de marzo de 2010 el contratista se dirigió a la Gestora Urbana de Ibagué, mediante oficio aportado al expediente⁸⁹, manifestando (i) que fue autorizada la instalación de la base granular, por lo que el 26 de marzo de 2010 se dio inicio al suministro e instalación, presentándose un óptimo rendimiento en dicha actividad, (ii) que es necesario legalizar el contrato para el suministro e instalación de la carpeta asfáltica con el fin de proceder a aplicarla sobre la base granular instalada, a pesar lo cual *“hace más de quince días se entregó el proceso de contratación”* sin que hasta el momento se tenga respuesta definitiva, y (iii) que los contratistas de las obras exteriores y del movimiento de tierras han expresado *“su preocupación porque no hay pista para seguir trabajando debido a las demoras del IBAL y a la no definición por parte de ustedes de los otros tramos a ejecutar”*.

6.2.22. Se acreditó que el 12 de abril de 2010 la interventoría remitió a la Gestora Urbana de Ibagué el informe del mejoramiento realizado a la sub-base granular aplicada en la avenida Guabinal, indicando que, como resultado de la toma de diversas muestras y ensayos de laboratorio, se impartió la orden de suspender dicha actividad, luego de lo cual, tras visitas de 2 especialistas, bajo recomendaciones y sugerencias para el mejoramiento del material instalado y nuevas muestras y ensayos, la interventoría procedió a aprobar la utilización de la mezcla de material y a verificar únicamente su grado de compactación dentro de la obra. Lo anterior consta en copia del oficio INT-A-G-0233/2010 del 12 de abril de 2010⁹⁰.

6.2.23. Consta que el 14 de abril de 2010 la Gestora Urbana de Ibagué envió respuesta a una petición presentada por el apoderado del contratista, indicando sobre las obras acometidas por el IBAL que: *“[d]e acuerdo a lo estipulado en Juntas Directivas en el IBAL las obras que se encontraban en el empréstito no tenían ningún problema de acueducto y alcantarillado, estando la Guabinal dentro de ellas, pero una vez iniciada la obra se verificó y se nos informó que era necesario realizar la reposición en algunos tramos, por esta razón fue citado el Ing Andrés Hurtado para coordinar el proceso de cambio y reposición de estos tramos a intervenir*

⁸⁸ Fl.563 a 565, C.2

⁸⁹ Fl. 199, C.1 y 539, C.2

⁹⁰ Fl. 561 y 562, C.2



tomando como base que el IBAL realizaría los trabajos con personal de ellos y bajo la supervisión del Jefe de Alcantarillado el Ing Andrés Hurtado”, según se desprende del original del oficio⁹¹.

6.2.24. Está probado que el 27 de abril de 2010 el contratista envió al interventor una comunicación que reposa en el plenario⁹², en la que indicó que debido a la fuerte temporada invernal y *“a otros factores que han retrasado el normal desarrollo de las actividades contratadas”*, solicitaba que se presente una reprogramación de la obra *“a fin de garantizar el cumplimiento del objeto contratado en el plazo estipulado en el contrato”*.

6.2.25. Se estableció que el 28 de abril de 2010 el contratista solicitó al interventor adicionar el plazo del contrato *“por un tiempo no inferior a cuatro (04) meses, contados a partir de la fecha; e igualmente se considere la ampliación del presupuesto para sufragar los honorarios de los profesionales y el personal administrativo de la obra”*.

Como sustento indicó que (i) las obras realizadas para la reposición de las tuberías de acueducto y alcantarillado por parte del IBAL *“no se presupuestaron inicialmente y han generado retrasos que no son atribuibles a ninguno de los sub contratistas de la obra y mucho menos al administrador delegado”*, (ii) a pesar de que la programación inicial de la obra contempló realizar los trabajos en varios frentes a la vez, *“por motivos de movilidad de la ciudad no se pudo desarrollar en esta forma lo que dio origen a una nueva forma de trabajo que es atacar una calzada de cada tramo a la vez”*, y (iii) *“la temporada invernal presente en la ciudad de Ibagué, no ha permitido que las obras recuperen, al menos, parte del tiempo de retraso que hasta la fecha tiene el proyecto”*. De lo anterior da cuenta copia⁹³ de la comunicación referida.

6.2.26. Acreditado quedó que el 29 de abril de 2010 el interventor del contrato envió un comunicado a la Gestora Urbana de Ibagué indicando que, tras estudiar la solicitud presentada por el contratista, daba su visto bueno *“debido a que la argumentación de la demora es aceptada”* y concluyó: *“Así las cosas, las*

⁹¹ Fl. 12 y 13, C.1

⁹² Fl 560, C.2.

⁹³ Fl. 201, C.1 y 540, C.2



condiciones de plazo y valor adicionales que se deben incluir deberán estar sustentadas en la nueva reprogramación de las obras que el administrador delegado ha entregado a esta Interventoría". Lo anterior, tal como consta en copia del oficio INT-AG-025/2010⁹⁴ que reposa en el plenario.

6.2.27. Consta que el 30 de abril de 2010 se llevó a cabo el comité de obra No. 10 con presencia del contratista, la interventoría y el supervisor de la obra delegado por parte de la Gestora Urbana de Ibagué, con el fin de *"determinar la adición al plazo contractual de la ejecución de las obras de la pavimentación de la avenida Guabinal"*, según da cuenta copia del acta de comité de obra respectiva en la que se plasmó lo siguiente:

"El administrador delegado expone los puntos de justificación del retraso de las obras tales como las obras adicionales del IBAL, la diferencia en la forma de atacar los trabajos plasmada en la programación inicial y por último el invierno que afecta el normal desarrollo de las obras.

Manifiesta igualmente que siempre ha estado presto a impartir órdenes a los sub contratistas para que laboren en horarios extendidos y que existen situaciones que se salen del control suyo y que afectan el normal desarrollo de los trabajos.

El director de Interventoría corrobora que se han realizado jornadas de trabajos nocturnos y que se evidencia que existe un desfase en la programación inicialmente presentada y la ejecución real de las obras, sin que se hayan presentado demoras imputables al administrador delegado y/o a los sub contratistas suyos.

El gerente de la gestora manifiesta que se debe comprometer a todos los actores del proyecto a fin de terminar las obras en el tiempo reprogramado y en las mejores condiciones de calidad propias de una obra tan importante para la ciudad.

Se determina entonces que la nueva fecha de terminación de las obras será el lunes 30 de agosto de 2010, es decir 4 meses calendario."

6.2.28. Está demostrado que el 19 de mayo de 2010 el interventor del contrato envió un comunicado al IBAL⁹⁵ en el que indicó que la obra presentaba un retraso considerable *"debido a diversos factores, entre ellos el poco personal con el que cuenta el IBAL para la instalación de las tuberías y la demora en el suministro de las mismas, tanto en acueducto como en alcantarillado"*. Por último, solicitó al IBAL *"su colaboración a fin de que se terminen las obras de reposición de redes de acueducto (ya que las redes de alcantarillado ya están terminadas) en el menor tiempo posible y con la mejora (sic) calidad posible y poder entregar unas obras*

⁹⁴ Fl. 202. C.2

⁹⁵ Fl. 203 y 204, C.2



complementarias a la pavimentación de la vía tal y como las exige la comunidad ibaguereña y las normas que nos rigen”.

6.2.29. Se probó que 22 de mayo de 2010 el contratista envió a la Gestora Urbana de Ibagué un oficio con el fin de manifestar los “*graves inconvenientes*” presentados con el IBAL por los trabajos realizados en las redes de acueducto, resaltando que las demoras causadas “*por la falta de planeación del IBAL S.A. ESP han ocasionado retrasos de gran magnitud en el proyecto y pérdidas económicas para los subcontratistas*”. De lo anterior da cuenta copia⁹⁶ del comunicado LROG-285-10 que reposa en el expediente.

6.2.30. Las pruebas del proceso dan cuenta de que la ejecución de la obra finalizó el 8 de septiembre de 2010, tal como consta en copia del acta de recibo final de obra⁹⁷ y en la información consignada en el acta de liquidación del contrato de administración delegada No. 207 de 2009⁹⁸.

6.2.31. En el proceso quedó establecido que el 24 de noviembre de 2010 el contratista entregó al supervisor del contrato designado por la Gestora Urbana de Ibagué unos documentos para realizar la liquidación del contrato de administración delegada, como consta en copia del correspondiente oficio⁹⁹, en el que, además, solicitó la devolución del 5% del impuesto de guerra y el pago de los honorarios del contratista por los 4 meses de plazo adicional acordado por las partes.

6.2.32. Se demostró que el 1 de diciembre de 2010 el apoderado del contratista envió a la Gestora Urbana de Ibagué una comunicación, que reposa en copia¹⁰⁰ en el expediente, en la que solicitó efectuar la liquidación del contrato, señalando que la totalidad de la documentación requerida ya había sido entregada. Añadió que en el acta de liquidación bilateral debía incluirse “*la devolución del impuesto de guerra que mi mandante no estaba obligado a cancelar y el valor de los honorarios del contrato adicional*”.

⁹⁶ Fl. 205, C.2

⁹⁷ Fl. 376 a 381, C.5

⁹⁸ Fl. 235 a 238, C.2.

⁹⁹ Fl. 211 y 212, C.2

¹⁰⁰ Fl. 213, C.2



6.2.33. Aparece demostrado que el 14 de diciembre de 2010 el apoderado del contratista envió al Supervisor de la Gestora Urbana de Ibagué un oficio¹⁰¹ en el que, además de reiterar la solicitud de proceder con la liquidación del contrato, indicó que el contrato de interventoría se suscribió con el Ingeniero Luis Gonzalo Lozano Bayona, siendo *“ilegal”* la intervención del señor Carlos Andrés Vásquez Colorado, quien dice actuar por parte de la interventoría, de modo que *“lo manifestado por este señor, no se tendrá en cuenta”*.

6.2.34. Consta que el 21 de diciembre de 2010 la Gestora Urbana de Ibagué dio respuesta al oficio anterior, informando que se encontraba realizando el análisis y actividades encaminadas a la liquidación del contrato. Además, expuso que había dado traslado a la interventoría de los comunicados remitidos por el contratista y que se había llevado a cabo una reunión *“con el residente de interventoría, quien en nombre del interventor del contrato informó los pormenores y detalles frente a la aceptación o no del recibo de la obra”*. De lo anterior da cuenta copia del oficio RS-2010-1109¹⁰² enviado al apoderado del contratista, en el que se le citó para el 29 de diciembre de la misma anualidad con el fin de controvertir o refutar el anexo del informe de interventoría y, en cuanto a la devolución del impuesto de guerra, se señaló que *“tal operación financiera obedeció a una directriz emanada de la Contraloría Municipal so pena de verse en curso al(sic) empresa y los funcionarios a cargo en un proceso de índole fiscal, situación que se debatió ampliamente como se le informó verbalmente sin recibir respuesta contraria al respecto”*.

6.2.35. Quedó establecido que el 23 de diciembre de 2010 ¹⁰³ el contratista, por conducto de apoderado, dio respuesta a la anterior comunicación, señalando, en síntesis: (i) que el contrato de interventoría se suscribió con Luis Gonzalo Lozano Bayona, quien debía ejecutarlo en forma personal y directa, por lo que no podía existir un *“residente de interventoría que actúe en nombre del interventor del contrato”*, resultando irregular la participación del señor Carlos Andrés Vásquez Colorado, *“tercero ajeno al contrato, que usurpó ilegalmente las funciones del interventor”*, por lo que los documentos e informes suscritos por éste no pueden ser tenidos en cuenta; (ii) que el interventor Lozano Bayona *“no conoció la obra, jamás asistió ni tuvo contacto con mi mandante, ni solicitó reunión con el Ingeniero*

¹⁰¹ Fl. 206 a 208, C.2

¹⁰² Fl. 209 y 210, C.2

¹⁰³ Fl. 214 a 218, C.2



ORTIGOZA, *ni asistió a los comité de obra*”, por lo que son inaceptables los términos contenidos en el *“informe de retraso de las obras”* que presentó, pues al interventor *“no le consta lo que allí afirma al no haber ejecutado el contrato de Interventoría [...]”*; (iii) que si bien el 4 de enero de 2010 se reinició la obra tras la suspensión originada en la época navideña, tan solo el 8 de febrero siguiente *“apareció un supuesto representante del Interventor, y no el Interventor quien era el que debía ejecutar el contrato”*; (iv) que *“hubo incumplimiento y retrasos en las obras que el IBAL tenía que ejecutar, lo cual obviamente genera sobrecostos en la obra, en el tiempo y en la administración de la misma”*; (v) que, contrario a lo indicado en el informe del interventor Lozano Bayona, la realidad es que el contrato tuvo una duración de 10 meses, desde el 17 de noviembre de 2009 y hasta el 2 de septiembre de 2010, fecha del acta final de obra; (vi) que había lugar a la devolución del valor *“ilegalmente retenido”* por concepto de impuesto de guerra, pues el contratista no es sujeto pasivo del mismo; y (vii) que solicitaba la designación de un amigable componedor y que la reunión convocada por la Gestora Urbana de Ibagué se llevara a cabo *“sin presencia de ningún delegado de la Interventoría ni del Interventor”* y después del 11 de enero de 2011 porque se encontraría ausente de la ciudad.

6.2.36. Probado quedó que el 12 de enero de 2011 se llevó a cabo un comité técnico de obra en el que se analizó la situación relacionada con los daños presentados en la carpeta asfáltica, comprometiéndose el contratista *“a realizar los arreglos correspondientes en un término no mayor a 15 días calendario”*, tal como consta en copia del acta¹⁰⁴ respectiva.

6.2.37. Se probó que el 27 de enero de 2011, el contratista le manifestó a la Gestora Urbana de Ibagué que llevó a cabo los arreglos correspondientes al tramo No. 2 según lo convenido en el comité técnico de obra del 12 de enero anterior, como consecuencia de lo cual solicitó proceder *“en forma inmediata a la suscripción del acta final de obra”* y a la liquidación del contrato incluyendo el reembolso del impuesto de guerra y los honorarios por la adición del plazo contractual. Lo anterior consta en copia¹⁰⁵ de la comunicación indicada.

¹⁰⁴ Fl. 220y 221, C.2

¹⁰⁵ Fl. 222 y 223, C.2



6.2.38. Quedó establecido que el 11 de febrero de 2011 la Gestora Urbana de Ibagué dio respuesta al anterior oficio, mediante comunicación¹⁰⁶ en la que indicó que *“el recibo y suscripción del acta final de obra está sujeto a la interventoría”* y que a la fecha se estaba a la espera de los informes correspondientes por parte de esta última. Igualmente, le manifestó que sería convocado a la liquidación del contrato tan pronto el interventor se pronunciara *“sobre los detalles y contenido que debe tener la misma”* y que allí podrían realizarse las observaciones y aclaraciones que se estimaren pertinentes.

6.2.39. Acreditado está que el 24 de febrero de 2011 el interventor presentó a la Gestora Urbana de Ibagué el informe de la ejecución de las reparaciones efectuadas en el tramo comprendido entre las calles 31 y 44 de la avenida Guabinal, en el que concluyó que tras realizar un recorrido sobre dicho tramo, que presentaba *“la falla denominada piel de cocodrilo”*, no se tenía *“ninguna objeción de carácter técnico para dar por recibidas las obras contratadas y dar inicio a la liquidación del contrato”*, para lo cual se requerían algunos documentos faltantes. Lo anterior consta en la copia¹⁰⁷ de la comunicación referida.

6.2.40. Se demostró que el 7 de marzo de 2011 la Gestora Urbana de Ibagué informó al contratista que se habían aceptado los arreglos realizados y que la interventoría no tenía objeciones de índole técnico para dar por recibidas las obras e iniciar la liquidación de los contratos de administración delegada e interventoría, siendo necesario remitir documentos pendientes para tal efecto. De lo anterior da cuenta la copia del oficio RS-2011-915¹⁰⁸

6.2.41. Establecido quedó que mediante comunicación del 16 de marzo de 2011 el contratista hizo entrega a la Gestora Urbana de Ibagué de documentos para el recibo de la obra y la elaboración de la liquidación final del contrato, insistiendo que en el acta de liquidación bilateral debía *“constar la devolución del impuesto de guerra, que mi mandante no estaba obligado a cancelar y del valor de los honorarios del contrato adicional”*¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Fl. 224, C.2

¹⁰⁷ Fl. 225 y 226, C.2

¹⁰⁸ Fl. 227, C.2

¹⁰⁹ Fl. 228 y 229, C.2



6.2.42. Está demostrado que en el mes de marzo de 2011 la interventoría presentó a la Gestora Urbana de Ibagué el informe final de interventoría correspondiente al contrato¹¹⁰, de cuyo contenido se destacan los siguientes apartes relevantes:

En primer lugar, el interventor indicó que en el desarrollo de las obras “se presentaron situaciones de discrepancia entre el administrador delegado, los sub contratistas del mismo y esta interventoría, tales como que algunos materiales no fueron aceptados por no presentar condiciones de aceptabilidad a la luz de las normas aplicables a la construcción de vías en Colombia”, diferencias que “fueron sorteadas y estos materiales se cambiaron y/o se mejoraron, a costa de los sub contratistas y del administrador delegado, sin que se afectara en ningún caso el presupuesto de obra establecido para el contrato”.

En segundo lugar, consignó que, tras la realización, en el mes de enero de 2011, de un recorrido de obra a efectos de determinar los puntos que debían corregirse debido a daños presentados en la carpeta asfáltica, “el administrador delegado y sus subcontratistas procedieron a realizar las reparaciones establecidas y necesarias, ante lo cual esta interventoría no tuvo ninguna objeción y procede a presentar este informe a fin de dar por terminada y recibida la obra contratada y dar inicio al proceso de liquidación de todos los contratos involucrados”.

Por último, en el referido informe final el interventor expuso las siguientes conclusiones:

“CONCLUSIONES

Una vez concluida la ejecución de las obras del contrato por administración delegada, cuyo objeto es [...] se puede concluir que:

- 1. El proceso constructivo adoptado por el administrador delegado y sus sub contratistas fue adecuado y acorde a las necesidades del contrato siendo parte fundamental la utilización de maquinaria en perfecto estado y de modelos recientes.*
- 2. Los Sub contratistas de la obra presentes hasta el momento cumplen adecuadamente con las normas ambientales en cuanto a la disposición final de los escombros y material sobrante de las excavaciones que se han presentado en la obra.*
- 3. En cuanto a los materiales usados en la obra, el administrador delegado y los sub contratistas han cambiado de cantera, a partir del mes de abril se aprobó por*

¹¹⁰ Fl. 545 a 552, C.2



parte de esta interventoría la utilización de materiales de la planta de LATINCO S.A. para la construcción de la estructura del pavimento y se continúa con la utilización de la mezcla asfáltica de la empresa CAYTO TRACTOR S.A.

4. *La ejecución de las obras no se entregaron (sic) en la fecha establecida por los cronogramas presentados por el administrador delegado y sus sub contratistas; siendo parte de la responsabilidad de ello el ajuste de los cronogramas su entera responsabilidad y en ningún caso se podrá atribuir estos retrasos a esta interventoría y/o a las entidades contratantes."*

6.2.43. Se acreditó que el 7 de octubre de 2011 tuvo lugar una reunión entre el apoderado del contratista y distintos funcionarios de la Gestora Urbana de Ibagué con el fin de *"establecer de manera preliminar las observaciones y actuaciones necesarias, para realizar de común acuerdo el acta de liquidación del contrato de la referencia [...]"*. Lo anterior consta en original¹¹¹ del documento denominado *"acta de reunión proceso previo etapa de liquidación contrato de administración delegada No. 207 del 10 de noviembre de 2009"*, en la que el contratista solicitó incluir constancia de su inconformidad respecto del balance final del contrato al no tener en cuenta los honorarios correspondientes a la adición del plazo contractual originada en circunstancias que le eran ajenas, concretamente *"la morosidad del Ibal [...] en la ejecución de las obras adicionales necesarias para poderse avanzar en el contrato [...], las diferencias presentadas en la forma de atracar los trabajos [...] y por último por un imprevisto por el invierno que afectó el normal desarrollo de las obras, es decir, las demoras que llevaron a la suscripción del adicional en plazo no fueron imputables al administrador delegado y los subcontratistas suyos [...] generándose un desequilibrio contractual en contra el ING. LUIS RICARDO ORTIGOZA [...] de igual manera solicitamos la devolución del 5% del valor del contrato inicial del impuesto de guerra, que fue retenido y descontado sin autorización del ING. LUIS RICARDO ORTIGOZA GONZALES, en el último pago del acta No. 3 de los honorarios, el cual es improcedente para los contratos de administración delegada [...]"*.

6.2.44. Probado quedó que el 10 de octubre de 2011, el contratista y el Gerente de la Gestora Urbana de Ibagué suscribieron el acta de liquidación del contrato No. 207 de 2009, cuya copia obra al expediente¹¹². En dicho documento las partes consignaron el balance final, en los siguientes términos:

¹¹¹ Fl. 230 a 232, C.2

¹¹² Fl. 235 a 238, C.2.



“ESTADO FINANCIERO

A)-BALANCE DEL CONTRATO OBRA

Valor inicial del contrato de obra	\$ 3.744.283.725.90	
Valor acta parcial No. 01		\$ 1.792.875.853.83
Valor acta parcial No. 02		\$ 758.833.460.16
Valor acta parcial No. 03		\$ 154.683.608.08
Saldo por ejecutar		\$ 156.180.596.68
SUMAS IGUALES	\$ 3.744.283.725.90	\$3.744.283.725.90

B)-BALANCE DEL ANTICIPO DE LA OBRA

Valor anticipo	\$ 1.872.141.862.95	
Amortización acta parcial No. 01		\$ 893.437.926.92
Amortización acta parcial No. 02		\$ 379.416.730.08
Amortización acta parcial No. 02		\$ 440.855.103.58
Amortización acta final		\$ 748.494.30
SUMAS IGUALES	\$ 1.872.141.862.95	\$ 1.872.141.862.95

C)- BALANCE DEL CONTRATO DE ADMINISTRACION DELEGADA

Valor inicial Admon. Delegada	\$ 293.551.845.00	
Valor acta parcial No. 01		\$ 140.561.466.94
Valor acta parcial No. 02		\$ 59.492.543.28
Valor acta parcial No. 03		\$ 69.126.080.24
Valor acta final de obra		\$ 12.127.194.87
Saldo por ejecutar		\$ 12.244.559.67
SUMAS IGUALES	\$ 293.551.845.00	\$ 293.551.845.00

D)-BALANCE DEL ANTICIPO DE ADMINISTRACION DELEGADA

Valor anticipo	\$ 146.775.922.50	
Amortización acta parcial No. 01		\$ 70.280.733.47
Amortización acta parcial No. 02		\$ 29.746.271.64
Amortización acta parcial No. 03		\$ 34.563.040.12
Amortización acta final		\$ 12.127.194.87
Saldo por amortizar		\$ 58.682.40
SUMAS IGUALES	\$ 146.775.922.50	\$ 146.775.922.50

Las partes dejan constancia que durante el desarrollo del contrato de Administración Delegada No. 207 del 10 de noviembre de 2009, se suscribieron las siguientes actas:

ACTAS SUSCRITAS	FECHA
ACTA DE INICIO	17-11-2009
ACTA DE SUSPENSION DE OBRA No. 01	20-11-2009
ACTA DE REINICIO DE OBRA No. 01	01-01-2010
COMITÉ DE OBRA No. 10 (Se anexa fotocopia)	30-04-2010
ACTA FINAL DE OBRA	08-09-2010
FECHA PRESENTE ACTA	22-07-2011”

De igual modo, en el acta referida el contratista expresó su desacuerdo respecto al valor de los honorarios a su favor, dado que no se incluyeron los causados “con ocasión del adicional por el plazo de 4 meses, igual al plazo inicial por una cuantía del DOCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y UN



MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS MCTE (\$293.551.845.00)” y no se reintegró el valor correspondiente al 5% descontado al efectuar el pago del acta No. 3 por concepto del impuesto de guerra, el que, según expuso, “es improcedente para los contratos de administración delegada, ya que [...] el sujeto pasivo de este gravamen son los contratistas de obra, y no los administradores delegados que son solo mandatarios de quien realmente contrata la obra, en este caso la GESTORA URBANA DE IBAGUÉ [...]”.

6.3. Pruebas adicionales

Además de los medios probatorios que dan cuenta de los hechos anteriormente referidos, dentro del expediente obra un dictamen pericial contable practicado a solicitud de la parte actora, con el fin de determinar los gastos en los que incurrió por la extensión del plazo contractual.

El dictamen fue decretado¹¹³ y rendido por el contador Freddy Mauricio Bastidas Ortiz, designado por el Tribunal¹¹⁴. Tras haber sido puesto a disposición de las partes, la contradicción de la experticia se llevó a cabo en audiencia¹¹⁵ a la que compareció el perito, quien dio respuesta a las preguntas que le fueron formuladas, habiendo sido objeto de solicitud de aclaración por parte de la demandada, misma que fue atendida por el experto¹¹⁶.

En el dictamen el perito indicó:

*“Para llevar a cabo la ejecución del contrato No. 207 de fecha 10 de noviembre del año 2009, el ingeniero **ORTIGOZA GONZALEZ**, incurrió en una serie de gastos de índole administrativo por el término de los cuatro meses, contados a partir del acta de reinicio firmada el día 4 de enero del 2010, hasta inicios de mayo del mismo año; gastos que se relacionan en el cuadro que llamaremos **Anexo 1**, y que están debidamente soportados y registrados en la contabilidad que organizadamente se lleva en su oficina y que asciende a la suma de \$ 314.528.607.00, y se anexan al dictamen.*

*Con motivo del Acta de adición al contrato 207 de 2009 por cuatro meses más (4) al plazo de ejecución establecido inicialmente, suscrita el día 4 de Mayo del 2010, se pudo establecer en el trabajo de campo llevado a cabo por la pericia en las oficinas del Ingeniero **ORTIGOZA**, que existen documentos contables soportados y causados*

¹¹³ La prueba se decretó en el curso de la audiencia inicial, según consta en acta del 26 de agosto de 2014 (Fl.915 a 922, C.4)

¹¹⁴ Fl.1 a 381, C. 5 y Fl. 925 y 931 a 934, C.4.

¹¹⁵ Fl. 951 a 958, C.4

¹¹⁶ Fl. 382 a 388, C.5



*en su contabilidad y que tienen relación de causalidad con los gastos administrativos equivalentes a este periodo y guardan equivalencia con los gastos originados en el periodo inicial de Enero a mayo del 2010 como Administrador Delegado del contrato en mención, gastos que la pericia relaciona en cuadro que llamaremos **Anexo 2**, y que ascienden a la suma de \$ 252.239.725.00 y se anexan al dictamen.*

*Dentro de la labor pericial se pudo constatar, que los gastos administrativos asumidos por el Ingeniero **ORTIGOZA** para llevar a cabo el compromiso pactado en la adición al contrato 207 de 2009 por el término igual al inicial (cuatro meses), no han sido reconocidos a la fecha de hoy por la Gestora Urbana de Ibagué, ocasionando para el contratista un detrimento a su patrimonio por los gastos en que incurrió para ejecutar la obra bajo la modalidad de Administración Delegada, por el periodo comprendido de Mayo a Agosto del 2010 ”.*

A continuación, el perito tomó la sumatoria de los gastos de cada uno de los meses correspondientes a la adición del plazo inicial y procedió a su actualización a la fecha de la valoración (octubre de 2014) aplicando el IPC mensual y calculó el interés legal del 6%, arrojando como valor total reclamado por gastos administrativos el monto de \$341.950.351.

En el curso de la audiencia de pruebas, el perito describió el desarrollo de la pericia efectuada, señalando que realizó una labor de campo en la que revisó la contabilidad del demandante, como resultado de lo cual estableció los gastos en los que este incurrió en el periodo de enero a mayo de 2010, correspondiente a los primeros 4 meses de ejecución del contrato, y aquellos atinentes a los 4 meses subsiguientes objeto de la reclamación, es decir, de mayo a agosto de 2010, procediendo a efectuar un paralelo entre ambos periodos.

En este sentido, manifestó que, a partir de la verificación de los libros contables del contratista y de los comprobantes de contabilidad, la experticia *“logra establecer que hay una relación de causalidad entre los primeros 4 meses, que fue el tema de la administración delegada los gastos en que incurrió, tales como honorarios, tales como administración de esta administración delegada, frente a los otros 4 meses en lo que se está peticionando”*¹¹⁷. De igual modo, anotó que fueron revisados los soportes contables correspondientes a los gastos administrativos reclamados por el demandante, los cuales fueron allegados en copia como anexo al dictamen¹¹⁸ y explicó que el valor correspondiente al periodo de 4 meses adicionales se indexó y se calculó un interés puro del 6%.

¹¹⁷ CD: Fl. 955 A, C.4

¹¹⁸ Fl. 1 a 338, C.5



El dictamen fue objeto de aclaración a solicitud del municipio y de la Gestora Urbana de Ibagué, como resultado de lo cual, en audiencia del 11 de marzo de 2015¹¹⁹, el perito allegó escrito¹²⁰ con la respectiva aclaración, de la que se corrió traslado a las partes. En su aclaración el experto señaló que:

“Efectivamente existen dentro de los gastos de Administración valores registrados como salarios al operario de retroexcavadora por los meses reclamados y que ascienden a la suma de \$ 5.950.000.00, la pericia reconoce el error y los excluye de la relación que anexa en el dictamen pericial, asumiendo que por error de digitación y la magnitud de documentos que se analizaron de la contabilidad del contratista, estos no correspondían al centro de costos del contrato en cuestión, sino que obedecían a gastos relacionados con otro contrato, producto del desarrollo de su objeto social.

*En lo que respecta a los pagos efectuados por el contratista al señor **LUIS RICO** por concepto servicio de camioneta y que asciende a la suma de \$ 4.000.000.00 por los meses de mayo a agosto del año 2010, se pudo establecer contablemente que este servicio se requería para transportar al personal operario y administrativo, con el fin de verificar avances de la obra a ejecutar.*

Así las cosas, con el retiro del valor de \$ 5.950.000.00 por concepto del pago sueldos operario de retroexcavadora, la pericia modificara los valores indexados por concepto de Daño Emergente y aplicación del interés puro como lucro cesante.

Se descontará el valor correspondiente de cada mes pagado al operario [...]

*En lo que respecta al **Lucro Cesante**, la pericia considera que el dinero utilizado en los gastos administrativos por el período de adición al contrato No 027 (Mayo-Agosto 2010), constituía para el demandante un capital de trabajo y que por cuenta de las circunstancias de los hechos no le produjo rentabilidad alguna la cual se compensaría el Lucro Cesante derivado de la Inmovilización de ese capital, reconociéndosele el interés legal civil del 6%, por concepto del rendimiento mínimo que debía producir el capital invertido.[...]”.*

Ahora bien, tras examinar el informe pericial, en conjunto con la descripción que el perito expuso en la audiencia de pruebas acerca de la labor que realizó, la Sala observa que el Anexo 2¹²¹ del dictamen, denominado “*Relación de gastos administrativos (Mayo-Agosto de 2010)*”, refleja la reclamación del extremo activo por gastos administrativos durante el plazo adicional pactado, presentándose allí un listado de diversos conceptos que en total suman \$252.239.725.00 y que, con excepción de los últimos 4 rubros, incluye la indicación de la fecha del pago, el número del comprobante de egreso respectivo, la persona o entidad a nombre de quien se realizó el desembolso y el monto.

¹¹⁹ Fl. 955 a 958, C.4

¹²⁰ Fl. 382 a 388, C.5

¹²¹ Fls. 350 y 351, C.5



En este sentido, dejando de lado los últimos 4 conceptos enlistados en este Anexo y que se examinarán más adelante, se aprecia que corresponden a erogaciones efectivamente realizadas entre mayo y agosto de 2010, las cuales ascienden a la suma total de \$66.239.725 y obedecen, en términos generales, a cuotas de administración de dos oficinas ubicadas en el Edificio El Molino, compra de artículos de papelería e implementos de oficina, celulares, honorarios por asesoría contable, salario de la asistente de gerencia, honorarios de asesorías en salud ocupacional, servicio de camioneta, salario de conductor, alquiler de bodega, aportes a seguridad social, servicio telefónico, honorarios por asesorías de trabajo social y honorarios por asesoría jurídica. Estos conceptos, pero referidos al plazo inicialmente pactado por las partes, coinciden con los que se encuentran incluidos en el Anexo 1 de la experticia.

Además, se advierte que se adjuntan a la experticia copias de los soportes contables de cada uno de los rubros enlistados¹²², los cuales consisten, fundamentalmente, en facturas de venta, cuentas de cobro, liquidaciones de nómina y planillas de aportes parafiscales, según el caso, acompañados cada uno de su respectivo comprobante de egreso y de los documentos que acreditan el pago realizado y que, según el medio empleado al efecto, a su turno consisten en comprobantes de consignación bancaria, recibos de caja, constancias de recibo del pago firmadas por parte los beneficiarios y documentos similares.

Se destacan del listado del Anexo 2 que se viene describiendo los últimos 4 conceptos, que en total suman \$186.000.000, relacionados en el anexo 2 del dictamen en la siguiente forma:

"FECHA	COMPROBANTE DE EGRESO	PAGADO A	CONCEPTO	
ABRIL 30 DE 2012		LUIS RICARDO ORTIGOZA GONZÁLEZ	HONORARIOS ADMINISTRADOR CONTRATO 207 NOVIEMBRE 10 DE 2009 MAYO, JUNIO, JULIO, AGOSTO 2010	142.000.000
ABRIL 30 DE 2012		FRANCISCO ELISEO GALVIS SANTOFIMIO	DISEÑOS ESTRUCTURALES CONTRATO No.207 BANCO INMOBILIARIO GESTORA URBANA IBAGUE	30.000.000
ABRIL 30 DE 2012		DIANA PATRICIA GIRALDO MORENO	PAGO ARRIENDO OFICINA 401 MAYO, JUNIO, JULIO, AGOSTO 2010	6.000.000
ABRIL 30 DE 2012		CLAUDIA ANA MARÍA OLAYA GARZÓN	HONORARIOS PLAN DE CALIDAD ISO 9001 CONTRATO 207 NOVIEMBRE 10 DE 2009	8.000.000"

¹²² Fls. 152 a 334, C.5



En cuanto a estos 4 conceptos, como único soporte se acompaña a la pericia la copia de 4 cuentas de cobro, sin sello, firma u otro tipo de constancia de su entrega al destinatario, a saber:

- (i) Una cuenta de cobro de fecha 30 de abril de 2012, por valor de \$142.000.000, de Luis Ricardo Ortigoza González a la Gestora Urbana de Ibagué por concepto *“honorarios como administrador delegado dentro del contrato de mandato No. 207 de 10 de Noviembre de 2009, por los meses de Mayo, Junio, Julio y Agosto de 2010”*, y
- (ii) Tres cuentas de cobro, también del 30 de abril de 2012, de Claudia Ana María Olaya Garzón, Francisco Eliseo Galvis Santofimio y Diana Patricia Giraldo Moreno a Luis Ricardo Ortigoza González por los conceptos de honorarios por *“seguimiento al plan de calidad ISO 9001 dentro del contrato de administración delegada”, “diseños estructurales y modificatorios a la obra de pavimentación y repavimentación de la Av. Guabinal dentro del contrato de administración delegada”* y *“arrendamiento oficina 401 edificio el molino por los meses de Mayo, Junio, Julio y Agosto de dos mil diez”*, respectivamente.

En cuanto al pago de estas cuentas, es de anotar que no se allegan con el informe pericial constancias de consignación o abono, comprobantes de egreso u otro tipo de prueba que dé cuenta de la respectiva erogación o desembolso por parte del demandante.

De conformidad con lo establecido en el artículo 226 del CGP, la prueba pericial es procedente para la verificación de hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Asimismo, el inciso 4º de esta misma disposición prescribe:

“Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.”

Por su parte, al tenor del artículo 232 del CGP, el juez debe apreciar el dictamen pericial de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta para tal efecto su solidez, claridad, exhaustividad y calidad. Asimismo, debe observar que



se encuentre debidamente fundamentado y que el perito sea competente para rendir el dictamen, es decir, que sea un experto en la materia científica, técnica o artística analizada.

En este orden de ideas, tras valorar el contenido del dictamen y de apreciar la contradicción llevada a cabo durante la audiencia de pruebas, la Sala considera que la experticia no tiene valor probatorio, como pasa a explicarse.

En primer lugar, respecto a los valores correspondientes a las 3 cuentas de cobro provenientes de Claudia Ana María Olaya Garzón, Francisco Eliseo Galvis Santofimio y Diana Patricia Giraldo Moreno, que datan del 30 de abril de 2012, no solo llama la atención que dicha fecha resulta ser posterior a la suscripción del acta de liquidación bilateral del contrato (10 de octubre de 2011), sino que no fue allegado soporte alguno que dé cuenta de su pago, tal como se anotó atrás, por lo que el dictamen carece de eficacia probatoria en cuanto a tales conceptos, de modo que la Sala no tendrá por acreditado dichos desembolsos.

En segundo lugar, frente a los *“honorarios como administrador delegado dentro del contrato de mandato No. 207 de 10 de Noviembre de 2009, por los meses de Mayo, Junio, Julio y Agosto de 2010”*, que la experticia incluyó en la relación de los gastos administrativos causados con ocasión la ampliación del plazo pactado en cuantía de \$142.000.000, observa la Sala que su procedencia es un punto netamente jurídico cuyo análisis corresponde exclusivamente al juez del contrato en el marco de lo estipulado y de acuerdo con los hechos demostrados en la litis. En consecuencia, el informe pericial no tiene eficacia probatoria a fin de demostrar si hay lugar al reconocimiento de la suma pretendida por honorarios, así como tampoco la mentada cuenta de cobro, que por lo demás carece de constancia de haber sido recibida por la Gestora Urbana de Ibagué, puede tenerse como prueba idónea de la existencia de la obligación de pagar honorarios a favor del actor ni de su eventual incumplimiento.

En tercer lugar, frente a los valores restantes enlistados en el anexo 2 como parte de los gastos administrativos por el plazo adicional convenido, cotejados los datos incluidos en el mencionado anexo con las facturas, comprobantes de egreso y demás soportes de pago que se adjuntaron a la experticia, se observa que el monto total pagado por el contratista es considerado por el perito como gasto



administrativo del negocio de examen, como si este último fuera el único contrato ejecutado por el demandante en el lapso de la adición del plazo y la única actividad que llevó a cabo, sobre lo cual ninguna explicación o sustento fue expuesto.

Así las cosas, la prueba pericial acredita la realización de una serie de pagos por concepto de gastos administrativos de diversa índole, pero no permite establecer si la totalidad o solo una parte de las sumas desembolsadas corresponde o es atribuible al contrato No. 207 del 10 de noviembre de 2009, pues a partir de la experticia no es posible determinar con solidez que los gastos de administración que reclama el contratista demandante corresponden a la ejecución del contrato que dio origen a esta litis, aspecto sobre el cual el experto solamente manifestó que existe “*relación de causalidad*” entre los gastos administrativos relacionados en el Anexo 1 y los indicados en el Anexo 2, lo que a juicio de la Sala no explica con suficiencia que se trate de erogaciones que puedan predicarse, en su integridad, a la ejecución del contrato en cuestión.

6.4. Análisis del caso concreto

A partir de los hechos demostrados en el proceso, a continuación procede la Sala a examinar separadamente los cargos formulados en el recurso de alzada frente a las dos reclamaciones planteadas por la parte actora, vale decir, el pago de los honorarios y gastos administrativos causados por la adición del plazo contractual y la devolución del denominado “impuesto de guerra”.

6.4.1 Honorarios y gastos administrativos correspondientes a la adición del plazo contractual

En su recurso el actor solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, en cuyo efecto afirmó que el Tribunal apreció las pruebas de manera subjetiva. De cara a los honorarios y gastos administrativos reclamados, sostuvo que las pretensiones de la demanda no confundían ni acumulaban el incumplimiento y el restablecimiento del equilibrio prestacional, sino que fueron planteadas como principales y subsidiarias.

Añadió que había quedado probado el desequilibrio contractual, toda vez que con la ampliación del término de ejecución de la obra “*obvio que a mi mandante se le*



duplicaron los gastos y costos por culpa de la administración, pues como se demostró, debió mantener maquinaria, empleados, ingenieros y subcontratistas". Resaltó que el Tribunal confundió los gastos administrativos de la obra con los honorarios y gastos administrativos del administrador delegado y que las causas del mayor plazo del contrato no fueron imputables al demandante.

6.4.1.1 Comenzando por el estudio de las pretensiones principales, la parte actora solicita declarar que las demandadas incumplieron el contrato, toda vez que no pagaron al contratista los honorarios y gastos administrativos originados en la adición del plazo contractual.

Por su parte, la Gestora Urbana de Ibagué indicó que, aunque se contempló que la duración de la obra sería de 4 meses, en la cláusula 9ª del contrato las partes estipularon que el plazo convenido comprendería *"todo el tiempo que dure la obra contratada"*, razón por la cual no existía obligación de adicionar el valor del contrato, pues el contratista aceptó *"que el valor de sus honorarios correspondían al plazo de ejecución del contrato y/o el tiempo que dure la obra contratada"*. Añadió que no resultaba de recibo el análisis de la actora en el sentido de concluir que, *"como el plazo inicial del contrato era de 4 meses y fue ampliado en otros 4 meses más, automáticamente debía reconocerse al contratista un monto igual al pactado, pues el monto de \$293.000.000 que se estipuló abarcaba el tiempo de duración de la obra" [...] corresponden a un valor global por la obra y no por los 4 meses que dice la apoderada del actor que se pactó el contrato.*"

Vistas así las cosas, le corresponde al juez del contrato determinar si se reúnen los elementos propios de la responsabilidad contractual, es decir, aquella que surge de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato existente y válido. Por tanto, además de la existencia y validez del contrato, es necesario encontrar demostrado en el proceso que la obligación derivada del negocio jurídico celebrado fue totalmente incumplida o se cumplió de manera defectuosa o tardía por la parte demandada, debiendo acreditarse, igualmente, que el incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que reclama la responsabilidad y el vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el daño¹²³.

¹²³ Sobre la responsabilidad contractual y sus elementos, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:



Descendiendo al caso concreto, a partir de los medios probatorios arrimados al proceso quedó establecido que el 10 de noviembre de 2009 Luis Ricardo Ortigoza González y la Gestora Urbana de Ibagué suscribieron el contrato No. 207 de 2009, en virtud del cual el contratista se obligó *“por el sistema de administración delegada, a ejecutar “la pavimentación y repavimentación de la avenida guabinal” con fundamento en el proyecto de renovación del entorno urbano con énfasis en la movilidad vial en diferentes sectores de la ciudad de Ibagué”*.

De acuerdo con el objeto del contrato, para la Sala resulta claro que las partes celebraron un contrato estatal de obra, al tenor del artículo 32.1 de la Ley 80 1993, en concordancia con el artículo 2 *ejusdem*, según el cual se denomina contrato de obra el que celebran 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, toda vez que la Gestora Urbana de Ibagué, entidad contratante, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Municipal¹²⁴ y el contrato celebrado entre las partes tuvo por objeto la pavimentación y repavimentación de la avenida Guabinal en la ciudad de Ibagué.

[...] Trátese aquí, según puede establecerse, de un proceso de responsabilidad civil contractual, razón por la cual el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado.

[...]

Si los contratos legalmente celebrados ‘son una ley para los contratantes’ (art. 1602 C.C.) y, por consiguiente, ‘deben ejecutarse de buena fe’ y ‘obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella’ (art. 1603 ib.), lógico resulta que su incumplimiento injustificado esté sancionado por la ley misma y que tal comportamiento, por ende, habilite al contratante inocente para solicitar, por una parte, se ordene su cumplimiento forzado o se disponga su resolución y, por otra, cuando la infracción le ha ocasionado un daño, que se le indemnice, reparación que puede reclamar en forma accesoria a la petición de cumplimiento o resolución o en forma directa, si lo anterior no es posible

[...]

Sobre el particular tiene dicho esta Sala de la Corte: ‘El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o el pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consequential (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados’ (Subrayado fuera del texto original). Sentencia CSJ Sala de Casación Civil, 9 de marzo de 2001, rad. 5659.

¹²⁴ De conformidad con el Decreto No. 0175 del 23 de abril de 2002 *“Por medio del cual se crea el Banco Inmobiliario – Gestora Urbana de Ibagué – como Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Municipal”*.



En este punto, no sobra recordar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 (numeral 1, literal a) de la ley 80 de 1993 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE) fueron denominadas como entidades estatales para efectos de la ley de contratación administrativa y que, de conformidad con el artículo 32 *ejusdem*, se consideran 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”*.

Es así como, la jurisprudencia de esta Corporación de vieja data ha resaltado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, en virtud de las normas mencionadas, se consideran contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza, de tal suerte que la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, ostente la entidad que lo celebra, sin importar el régimen jurídico que gobierne el negocio estipulado, adoptándose, entonces, un criterio eminentemente subjetivo u orgánico.

Por lo anterior, como la Gestora Urbana de Ibagué tiene el carácter de entidad estatal, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, en su condición de Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, los contratos en los cuales esa entidad haya sido parte son contratos estatales y, cuandoquiera que dichos contratos tengan por objeto la realización de alguna(s) de la(s) actividad(es) descritas en el numeral 1 del mencionado artículo 32 del EGCA, su tipología será la de contrato estatal de obra, al margen de que el régimen contractual de la entidad que celebre el contrato sea el general de la Ley 80 de 1993 o un régimen exceptuado.

La Sala volverá sobre el anterior punto al abordar la reclamación atinente al descuento del impuesto de guerra, con apoyo en la sentencia de unificación del 25 de febrero de 2020 (rad.22473), en consonancia con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2008, Exp. D-7310, para concluir que el contrato que ocupa la atención de la Sala corresponde a la realización de actividades materiales propias de un contrato de obra, concretamente la pavimentación y repavimentación de la vía Guabinal, de modo que dicho negocio



jurídico, celebrado por una entidad pública, reúne los elementos que tipifican el contrato de obra descrito en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio, claro está, de que en lo sustancial el contrato se encuentre regido por el derecho común y de que, por ende, sean aplicables las normas del Código Civil que regulan el contrato para la confección de una obra material, así como las normas del mandato en lo que atañe a la administración de los fondos invertidos para la realización de la obra bajo la modalidad de pago de administración delegada.

Ahora bien, en punto a las condiciones convenidas respecto al plazo de ejecución de la obra y al valor de los honorarios a favor del demandante, se observa que las partes estipularon que el plazo de ejecución sería *“de cuatro (04) meses y/o el tiempo que dure la obra contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación”* y que los honorarios del contratista ascendían a la suma de \$293.551.845.00, pactándose expresamente que el administrador delegado asumía por *“su cuenta y riesgo todos los gastos administrativos como son papelería, impresiones, comunicaciones, movilizaciones, gastos generales de oficina y el personal para el funcionamiento de la misma”*.

De igual modo, se tiene que en el comité de obra No. 10, llevado a cabo el 30 de abril de 2010, las partes revisaron el retraso que se presentaba en la ejecución de las obras frente a la programación inicialmente contemplada, acordando *“que la nueva fecha de terminación de las obras será el lunes 30 de agosto de 2010, es decir 4 meses calendario”*, (hecho probado 6.2.27). Además, de conformidad con el acta del comité de obra mencionado y la correspondencia cruzada entre las partes relacionada con el retraso que se presentó en la ejecución de las obras respecto al término de 4 meses inicialmente contemplado, se advierte que fueron diversos los motivos que originaron la solicitud presentada por el contratista con el fin de reprogramar los trabajos, en especial: la realización de trabajos en las redes de acueducto y alcantarillado por parte del IBAL, la temporada invernal y la suspensión de la actividad de suministro e instalación de la sub base granular ordenada por la interventoría (hechos probados 6.2.13 a 6.2.25).

Sobre el particular, la Sala encuentra que la reprogramación de los trabajos fue solicitada por el contratista en diversos comunicados, tales como el oficio del 28 de abril de 2010 mediante el cual se dirigió a la interventoría solicitando adicionar el plazo inicialmente convenido *“por un tiempo no inferior a cuatro (04) meses, contados a*



partir de la fecha; e igualmente se considere la ampliación del presupuesto para sufragar los honorarios de los profesionales y el personal administrativo de la obra”, a propósito de lo cual indicó que (i) se habían generado retrasos a raíz de la obras realizadas para la reposición de las tuberías de acueducto y alcantarillado por parte del IBAL que “no se presupuestaron inicialmente y han generado retrasos que no son atribuibles a ninguno de los sub contratistas de la obra y mucho menos al administrador delegado”, (ii) a pesar de que la programación inicial de la obra contempló realizar los trabajos en varios frentes a la vez, “por motivos de movilidad de la ciudad no se pudo desarrollar en esta forma lo que dio origen a una nueva forma de trabajo que es atacar una calzada de cada tramo a la vez”, y (iii) “la temporada invernal presente en la ciudad de Ibagué, no ha permitido que las obras recuperen, al menos, parte del tiempo de retraso que hasta la fecha tiene el proyecto” (hecho probado 6.2.25)

Igualmente, se encuentra que la anterior solicitud fue avalada por la interventoría al día siguiente, 29 de abril de 2010, mediante comunicación dirigida a la Gestora Urbana de Ibagué en la que indicó que daba su visto bueno a la reprogramación de los trabajos *“debido a que la argumentación de la demora es aceptada”* (hecho probado 6.2.26), conviniéndose por las partes la prórroga del plazo contractual por un término adicional de 4 meses, a pesar de lo cual nada se acordó en punto a los honorarios del administrador delegado y los gastos administrativos asociados a la extensión del término de ejecución.

Una interpretación sistemática del clausulado contractual permite advertir que la común intención de las partes fue la de estipular un contrato en el que el contratista se obligó a ejecutar la obra bajo el sistema de administración delegada, por el término de 4 meses, que correspondía al inicialmente contemplado al efecto, o el tiempo que durara la ejecución total de la misma, a cambio de los honorarios que se convinieron en una suma fija, estipulándose de modo expreso que correrían por cuenta y riesgo del contratista los gastos administrativos propios de la administración delegada, tales como oficina, papelería y secretaria, entre otros.

Además, advierte la Sala que el contratista, conocedor de las circunstancias que originaban la necesidad de reprogramar la ejecución de los trabajos por los retrasos presentados, solicitó a la entidad extender el plazo en 4 meses y considerar *“la ampliación del presupuesto para sufragar los honorarios de los profesionales y el*



personal administrativo de la obra” (hecho probado 6.2.25), a pesar de lo cual, a la postre, se acordó únicamente la extensión del plazo sin modificación alguna en cuanto al valor inicial pactado, manteniéndose incólumes las restantes estipulaciones del contrato inicial, incluida la atinente al valor fijo pactado y a la obligación del contratista de asumir por “su cuenta y riesgo todos los gastos administrativos como son papelería, impresiones, comunicaciones, movilizaciones, gastos generales de oficina y el personal para el funcionamiento de la misma”.

Vistas así las cosas, la falta de pago de los honorarios y gastos de administración por la extensión del término de ejecución contractual no configura incumplimiento por parte de las demandadas, pues no se estipuló obligación de pago en tal sentido.

A la anterior conclusión arriba la Sala partiendo de recordar que la responsabilidad civil contractual demanda la existencia de una obligación derivada de un contrato, cuyo cumplimiento haya sido omitido por el demandado, ocasionando con ello un menoscabo a un interés jurídicamente protegido en cabeza del demandante¹²⁵, presupuestos que no se encuentran establecidos en este juicio.

Como consecuencia del carácter vinculante del negocio jurídico, las partes se encuentran obligadas a ejecutar sus prestaciones en forma íntegra, efectiva y oportuna, de tal manera que la inobservancia de las estipulaciones convenidas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa de los compromisos asumidos, origina la obligación de reparar los perjuicios causados, responsabilidad que sólo admite exoneración, en principio, por fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y de conformidad con las condiciones estipuladas en la convención¹²⁶.

Adicionalmente, en principio es carga del actor demostrar todos los elementos de la responsabilidad y, dentro de ellos, la existencia de la obligación que se alega incumplida y el incumplimiento de la obligación a cargo de la demandada, presupuestos que no se reúnen en el presente asunto, como ha quedado visto.

¹²⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de octubre de 2019. Rad.: 40992.

¹²⁶ Ibidem.



6.4.1.2 Pasando al análisis de las pretensiones de la demanda que persiguen el restablecimiento del equilibrio económico por la excesiva onerosidad sobreviniente derivada de la ampliación del plazo contractual, vale anotar, en primer lugar, que la demora en la ejecución de los trabajos no se originó única y exclusivamente en circunstancias ajenas al demandante, como lo alegó a lo largo del proceso.

En efecto, la Sala encuentra demostrado que los retrasos que se presentaron en el desarrollo del proyecto no le son del todo ajenos al contratista sino que, por el contrario, le resultan atribuibles en alguna medida, concretamente en cuanto atañe a la demora en la actividad de suministro e instalación de la sub-base originada en deficiencias técnicas del material (hechos probados 6.2.14, 6.2.17, 6.2.20 y 6.2.22), aspecto que formaba parte de las obligaciones en cabeza del contratista, al tenor de lo dispuesto en la cláusula segunda del contrato según la cual se encontraba obligado a ejercer la supervigilancia técnica y administrativa de los trabajos con el objeto de conseguir el cumplimiento de las especificaciones, comprar todos los materiales para la construcción en las condiciones más favorables para el contratante en lo referente a la calidad y precio, responder por la calidad de la obra y las obligaciones de los subcontratistas, realizar los ensayos de campo, de laboratorio y control de materiales que se requiriesen de acuerdo con las normas y especificaciones de construcción del contrato y corregir por su cuenta, costo y riesgo las obras ejecutadas que hubieren sido inspeccionadas y no aprobadas por la entidad, al igual que realizar las reparaciones que fueren necesarias por deterioros y desperfectos de la obra (hecho probado 6.2.5).

En segundo lugar, aun dejando de lado lo anterior, lo cierto es que en el *sub examine* la parte actora no acreditó un desequilibrio manifiesto y grave como consecuencia de la ampliación del plazo estipulado, carga probatoria que pesaba sobre el contratista y que en el caso no se llevó a cabo, habida cuenta de que el dictamen pericial contable carece de eficacia probatoria, tal como se analizó en pues no permite demostrar los costos en los que incurrió el contratista en la ejecución de la ampliación del plazo contractual, como quiera que la experticia dio cuenta de la realización de unos pagos pero no fundamentó cómo los mismos corresponden a aquellos que efectivamente son atribuibles o corresponden al contrato de administración delegada.



Así las cosas, en punto a los gastos administrativos en los que la actora afirmó haber incurrido la Sala concluye que en el *sub examine* la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, teniendo en cuenta que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, de donde los perjuicios que se alegan requieren de prueba, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal *onus*, impide su reconocimiento. Lo anterior, toda vez que, tal como atrás se expuso, examinado el dictamen pericial rendido en el proceso la Sala encuentra que el perito no sustentó sus conclusiones en forma clara, detallada y completa la relación de causalidad entre los gastos reclamados y la ejecución del contrato, limitándose a afirmar que tras la revisión de los documentos que reposan en la contabilidad de la actora encontraba que se causaron gastos administrativos durante el mayor plazo contractual que guardaban correspondencia con otros que afirmó corresponder a aquellos en que incurrió el demandante en el periodo inicial del contrato.

En otras palabras, la experticia no expuso ni indicó en forma alguna cuáles fueron los parámetros y criterios que se tuvieron en cuenta para determinar que dichos valores corresponden a los gastos administrativos propios de la administración delegada a cargo del contratista.

En este sentido, de tiempo atrás esta Corporación ha sostenido que el dictamen no solamente ha de estar debidamente fundamentado y sus conclusiones han de ser claras, firmes y consecuencia de las razones expuestas, sino que las mismas deben ser conducentes en relación con el hecho a probar¹²⁷.

En suma, como no se estableció en el proceso la inobservancia de obligaciones a cargo de la parte demandada, ni la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, ajenas a las partes, imprevistas y posteriores a la celebración del contrato que hubieren generado una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones, la Sala concluye que habrá de confirmarse la decisión del *a-quo* de denegar las pretensiones relacionadas con el pago de honorarios y gastos administrativos originados en la ampliación o adición del plazo de ejecución del contrato.

¹²⁷ Al respecto Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2021. Rad.: 48436. En el mismo sentido Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de febrero de 2013, Rad.: 27959 y Sentencia del 21 de marzo de 2012. Rad.: 24250.

6.4.2 Descuento de la contribución de contratos de obra pública

La contribución de los contratos de obra pública, comúnmente conocida como *impuesto de guerra* -pues fue dispuesta por el legislador como un tributo destinado a la seguridad pública¹²⁸-, se encuentra establecida sobre todos los contratos de obra celebrados con entidades de derecho público¹²⁹.

La ley determinó que el contratista es el contribuyente, esto es, la persona que realiza el hecho gravado y está obligado al pago, a la vez que la entidad de derecho público contratante es la responsable del gravamen, es decir, la encargada de retener y consignar la contribución en la cuenta especial dispuesta para ello. Por su parte, dependiendo de si la entidad contratante es nacional, departamental o municipal, la contribución ha de pagarse a la Nación, al Departamento, o al Municipio, que son los sujetos activos del tributo¹³⁰.

Es así como, el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 reza:

“Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición”.

Como se observa, la norma dispone que el hecho generador lo constituye la suscripción de contratos de obra celebrados con entidades estatales, sin consideración al régimen contractual aplicable al contrato o a la entidad contratante, vale decir, independientemente de si ha de acudirse a la Ley 80 de 1993 o a uno de los denominados regímenes exceptuados, tal como fue precisado en sentencia de

¹²⁸ En efecto, esta contribución fue creada por el Gobierno Nacional al amparo del estado de conmoción interior, por el Decreto Legislativo 2009 de 14 de diciembre de 1992, con el fin de dotar a las fuerzas armadas de fuentes de financiación.

¹²⁹ Inicialmente, con el Decreto Legislativo 2009 de 1992, la Ley 104 de 1993, 241 de 1995, 418 de 1997, 548 de 1999 y 782 de 2002, la contribución se encontraba dispuesta para todas las personas naturales o jurídicas que suscribieran contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público; empero, con la Ley 1106 de 2006 este hecho generador fue extendido a todos los contratos de obra pública. A su turno, mediante la Ley 1421 de 2010 se prorrogó por 4 años y, finalmente, en virtud de la Ley 1738 de 2014 adquirió vigencia permanente.

¹³⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de unificación del 25 de febrero de 2020, Rad.: 25000-23-37-000-2014-00721-01(22473) (IJ-SU)



unificación del 25 de febrero de 2020, rad. 22473¹³¹, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en la que fijó, entre otras, la siguiente regla jurisprudencial:

“Para determinar si se realiza el hecho generador de la contribución de los contratos de obra pública no es determinante el régimen contractual de la entidad que celebre el contrato de obra pública, sea el general de la Ley 80 de 1993 o un régimen exceptuado. El elemento de la obligación tributaria se define en función del contrato celebrado, y no de la actividad o régimen jurídico de la entidad de derecho público”.

En punto al hecho generador de la contribución sobre contratos de obra pública, es claro, entonces, que lo determinante es que una de las partes sea una entidad de derecho público y que se trate de un contrato de obra pública o una adición al mismo, a propósito de lo cual conviene recordar que, de conformidad la Ley 80 de 1993, se consideran contratos de obra los celebrados por las entidades estatales para construir, mantener, reparar, y, en general, realizar cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución o forma de pago.

En otras palabras, para efectos del gravamen analizado debe entenderse que el contrato de obra pública a que se refiere la Ley 1106 de 2006 es el mismo que el Estatuto de Contratación Estatal denomina como contrato de obra, de modo que a efectos de la causación de la contribución referida lo que corresponderá determinar es que el objeto del negocio celebrado se enmarque en una de las actividades descritas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Así lo concluyó el Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación, en consonancia con lo expuesto por la Corte Constitucional al declarar exequible el primer inciso del artículo 6 de la Ley 1106 de 2006¹³².

De lo anterior se desprende que en cada caso en concreto el juez deberá examinar si el negocio jurídico celebrado se subsume dentro del ámbito del hecho generador dispuesto en la ley, verificando que el contratante sea una entidad estatal y que el objeto del contrato corresponda al definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993,

¹³¹ Ibidem

¹³² Al respecto, en la sentencia la Corte Constitucional señaló que “[...] Los contratos de obra pública a que alude la disposición acusada no pueden ser sino los mismos contratos de obra (simplemente de obra) a que se refiere el artículo 32 del Estatuto de contratación administrativa, toda vez que por el sólo hecho de ser suscritos con entidades de derecho público, caen dentro de esa categoría jurídica por expresa disposición legal [...]”. Corte Constitucional, Sentencia C-1153 de 2008, Exp. D-7310.

en cuyo efecto el operador judicial deberá tener en cuenta las cláusulas contractuales y las reglas de interpretación de los contratos.

En lo que toca con las modalidades de pago del contrato de obra, a diferencia del actual, el anterior estatuto de contratación, Decreto Ley 222 de 1983, clasificaba los contratos de obra según la forma de pago¹³³, contemplando dentro de las mismas el sistema de administración delegada, respecto del cual los artículos 90 y siguientes de dicho estatuto lo definían aquel en el que el contratista, por cuenta y riesgo de la entidad contratante, se encarga de la ejecución del objeto convenido, pagando esta última el costo real de la obra, más un determinado porcentaje o valor fijo como retribución al contratista por concepto de honorarios de administración, en los que se incluyen costos de personal, oficinas, vehículos, desplazamientos etc. y la utilidad¹³⁴.

Ahora bien, las distintas formas de pago del contrato de obra y la definición de cada una de ellas, aunque no las incorpora el estatuto contractual vigente, continúan conservándose en la jurisprudencia y la doctrina a efectos de caracterizar los distintos sistemas de pago del contrato de obra y, entre ellos, el pactado bajo administración delegada, tal como lo ha señalado esta Corporación¹³⁵, a propósito de lo cual ha de resaltarse que la modalidad de ejecución o de pago en modo alguno constituye un elemento esencial del contrato de obra, es decir, uno de aquellos sin los cuales no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente, según las voces del artículo 1501 del Código Civil, como se desprende sin lugar a dudas de la definición del contrato de obra prevista en el numeral 1º del artículo 32, a cuyo tenor “[s]on 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 suma, sin necesidad de definición legal se tiene que el sistema de administración delegada constituye una de las formas o modalidades de pago del contrato de obra,

¹³³ “Artículo 82. De las formas de pago en los contratos de obra. Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran: 1. Por un precio global; 2. Por precios unitarios, determinando en monto de la inversión; 3. Por el sistema de administración delegada; 4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y Mediante el otorgamiento de concesiones.”

¹³⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2007. Rad.: 17253

¹³⁵ Al respecto, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 15 de octubre de 2021, Rad.: 24376



en la que la remuneración del administrador delegado, que se denomina honorarios, puede pactarse en forma de porcentaje o de precio fijo, con base en el presupuesto de la obra. A su vez, el valor del contrato corresponde al valor de los honorarios del administrador delegado, en los cuales quedan comprendidos, además de la remuneración del trabajo desplegado por el administrador delegado, el valor de los gastos en que éste incurra para ejecutar ese trabajo y que son diferentes a los propios de la ejecución de la obra, los cuales son pagados con cargo al presupuesto de la obra. En otras palabras, con cargo a los honorarios que se pactan para el administrador delegado éste debe cubrir los gastos en que incurra para la ejecución de su trabajo, tales como los viajes que deba realizar o los honorarios que deba pagar a quienes encargue de la vigilancia permanente de la ejecución de la obra, o los gastos administrativos como salarios de secretaria, costos de papelería, etc¹³⁶.

Descendiendo al caso concreto, se advierte que en la cláusula primera del “Contrato de Administración Delegada No. 207 de 2009” las partes convinieron que dicho negocio jurídico tenía por objeto la ejecución, por el sistema de administración delegada, de *“la pavimentación y repavimentación de la avenida guabinal” con fundamento en el proyecto de renovación del entorno urbano con énfasis en la movilidad vial en diferentes sectores de la ciudad de ibagué*”, de acuerdo con las cantidades de obra estimadas y los valores presupuestados.

De igual modo, al tenor de lo pactado en la cláusula segunda, Luis Ricardo Ortigoza González se obligó, entre otros, a ejercer la supervigilancia técnica y administrativa de los trabajos con el objeto de conseguir la correcta realización de los diseños y el cumplimiento de las especificaciones; *“asumir de su cuenta y riesgo todos los gastos administrativos como son papelería, impresiones, comunicaciones, movilizaciones, gastos generales de oficina y el personal para el funcionamiento de la misma”*; comprar los materiales, elementos y equipos requeridos para la construcción en las condiciones más favorables para la Gestora Urbana de Ibagué en calidad y precio; explicar los planos y especificaciones al personal técnico y a los operarios y contratistas; contratar los trabajadores que sean necesarios para la construcción y pagar sus salarios y prestaciones sociales con los fondos que la entidad le suministre; celebrar los subcontratos a que hubiere lugar previa aprobación del interventor; llevar la contabilidad de la obra; responder por la calidad de la obra y

¹³⁶ Ibidem



las obligaciones con los subcontratistas, si los hubiere; presentar al interventor para su aprobación las cuentas de los gastos efectuados, junto con los respectivos comprobantes; enviar al supervisor los pedidos, subcontratos y correspondencia relacionada con la obra; atender el almacenamiento adecuado y la conservación de todos los materiales y herramientas que se adquieran para la obra; presentar al interventor informes sobre cualquier aspecto de la obra; ejecutar todos los trabajos, obras y labores que sean necesarios para completar la construcción; acompañar con cada acta parcial de obra un registro fotográfico que permita verificar el avance de la obra; realizar, previa aceptación escrita del contratante, las obras anexas y necesarias para ejecutar o terminar adecuadamente la obra contratada; realizar los ensayos de campo, de laboratorio y control de materiales que se requieran de acuerdo con las normas y especificaciones de construcción; corregir por su cuenta, costo y riesgo las obras ejecutadas que no sean aprobadas por la entidad contratante, y realizar las reparaciones que sean necesarias por deterioros y desperfectos de la obra, imputables al contratista.

En armonía con lo anterior, en virtud de la cláusula cuarta el contratista tenía a su cargo *“presentar un programa de construcción para vigilar el avance de la obra, un plan de calidad y coordinar en forma efectiva el desarrollo de las diversas actividades de ella. Igualmente debe presentar el correspondiente plan de inversiones, quien se obliga a cumplirlos, ejecutando las obras objeto del presente contrato de acuerdo con los planes y programas generales de trabajo [...]”*.

A su turno, en lo atinente al valor contratado, en la cláusula octava se estipuló que el costo total de las obras, equivalente al presupuesto inicial, era de \$3.744.283.725,90, monto del cual el contratista recibiría *“para el manejo de la obra”* el 50% al perfeccionamiento del contrato, previa presentación de la garantía de manejo, y el 50% restante mediante actas parciales. Además, se acordó que los honorarios del administrador delegado ascendían a \$293.551.845.00, pactándose un anticipo del 50% *“el cual deberá ser legalizado mediante la presentación del informe de gastos con visto bueno del interventor. El 50% restante mediante cuentas de cobro para desembolsos de acuerdo a la relación de gastos efectuados o avances de obra.”*

A la vista de lo anterior, se observa que el contrato que ocupa la atención de la Sala corresponde a la realización de actividades materiales propias de un contrato de

obra, concretamente la pavimentación y repavimentación de la vía Guabinal, de tal suerte que el negocio bajo estudio, celebrado por una entidad pública, reúne los elementos que tipifican el contrato de obra descrito en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Además, la Sala encuentra que la forma de pago se pactó bajo el sistema o modalidad de pago de administración delegada, observándose, en efecto, que: (i) el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encargó de la ejecución de la obra, asumiendo la responsabilidad por los subcontratos que llegare a celebrar; (ii) el contratista asumió la dirección técnica de la obra; (iii) de acuerdo con el presupuesto de las obras, la Gestora Urbana de Ibagué se comprometió a proporcionar los fondos necesarios para sufragar los costos de la obra, obligándose el contratista a rendir cuentas ante el interventor sobre la ejecución de los recursos; y (iv) los honorarios del administrador delegado se acordaron en un valor fijo, asumiendo el contratista, por su cuenta y riesgo, todos los gastos administrativos de la administración delegada, tales gastos generales de oficina, papelería, comunicaciones, movilizaciones, personal, etc¹³⁷.

No pasa por alto la Sala que las normas del mandato previstas en los artículos 2142 y siguientes del Código Civil y 1262 y siguientes del Código de Comercio se integran al contenido del contrato de obra por administración delegada, pues ciertamente el administrador delegado actúa por cuenta de la entidad contratante, la cual confía la gestión de los fondos necesarios para la confección de la obra. En este sentido, esta Corporación ha expuesto que la administración delegada involucra la realización o ejecución de la obra encomendada junto con la administración de los fondos, por lo que *“abarca dos grupos de obligaciones principales, las propias del contrato de ‘arrendamiento para la confección de una obra material’, regulado por los artículos 2053 a 2062 del Código Civil, cuyo objeto principal es la ejecución de la obra contratada dentro de las especificaciones y los plazos convenidos; y las que atañen a las relaciones establecidas entre el propietario y el constructor en lo que concierne a la administración de los fondos que deben invertirse para la ejecución de dicha obra, regidos por las normas del Código Civil que regulan el contrato de mandato (arts. 2142 a 2199), en cuanto no pugnen con las estipulaciones hechas por los contratantes y con las características especiales del contrato.*

¹³⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2020, Rad.: 47201



De acuerdo con esta perspectiva, es claro que la administración delegada entre particulares o entre éstos y entidades públicas, entraña la relación contractual propia del mandato, pues, a través de aquél, ‘una persona confía la gestión de uno más negocios a otra por cuenta y riesgo de la primera’, y, en ejercicio del mismo, el mandatario puede contratar en su propio nombre o en el del mandante, pero si contrata en su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros (Código Civil, artículos 2142 y 2177)”¹³⁸.

Con todo, la circunstancia de que al contrato de obra por el sistema de administración delegada, que se encuentra regido por las normas del contrato para la confección de una obra material, sean aplicables, también, las normas del contrato de mandato en lo atinente a la gestión de los fondos para la ejecución de la obra, no desvirtúa la naturaleza de contrato de obra, porque en este tipo de contrato lo esencial es que la actividad contratada sea un trabajo material sobre un bien inmueble, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago, tal como expresamente lo establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y como justamente corresponde al objeto pactado por las partes en el presente asunto y a las obligaciones que estas asumieron.

Por tanto, contrario a lo aducido por la actora, el negocio jurídico suscrito entre la Gestora Urbana de Ibagué y Luis Ricarto Ortigoza González para *ejecutar “LA PAVIMENTACIÓN Y REPAVIMENTACIÓN DE LA AVENIDA GUABINAL” CON FUNDAMENTO EN EL PROYECTO DE RENOVACIÓN DEL ENTORNO URBANO CON ÉNFASIS EN LA MOVILIDAD VIAL EN DIFERENTES SECTORES DE LA CIUDAD DE IBAGUÉ*”, es un contrato de obra en los términos del numeral 1º del artículo 32 *ejusdem*, disposición que reconoce expresamente que el contrato de obra conserva su naturaleza cualquiera que sea su modalidad de ejecución o forma de pago.

En este punto, cabe resaltar que en sentencia del 15 de octubre de 2021, en un caso en el que se estudió si la base gravable de la contribución especial prevista en el artículo 6º de la Ley 1106 de 2006, cuando se trata de contratos de obra pública bajo el sistema y/o modalidad de administración delegada, está compuesta por los honorarios del contratista y el costo de las obras o si, por el contrario, el valor del

¹³⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 16 de septiembre de 2010, Rad.: 16.605.

contrato y por tanto la base gravable está compuesto exclusivamente por los honorarios del administrador delegado, el Consejo de Estado reiteró que la administración delegada es una modalidad de pago del contrato de obra, resaltando, además, que al definir el hecho generador de la contribución, la Ley 1106 de 2006 solo determinó la celebración de contratos de obra pública con entidades de derecho público o sus respectivas adiciones, sin distinguir la modalidad de ejecución o del pago del mismo.

En efecto, en la mencionada providencia, textualmente se lee:

“Si bien la Ley 80 de 1993 no recogió las modalidades de pago del contrato de obra, tras la derogatoria del artículo 82 del Decreto Ley 222 de 1983, las mismas siguen siendo reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia y, estas son: precio global; llave en mano; precios unitarios: administración delegada; reembolso de gastos y mediante el otorgamiento de concesiones.

Es así como la administración delegada no constituye un tipo de contratación diferente del contrato de obra, corresponde solo a una modalidad de pago del citado contrato, la cual encuentra su definición en el artículo 5° del Decreto 1518 de 1965:

“Artículo 5°. Se entiende por contrato por administración delegada aquel que se ejecuta por cuenta y riesgo de la entidad que contrata la obra y en el cual el contratista es un delegado o representante de aquélla. En este tipo de contratos el contratista recibirá un honorario pactado de antemano, sea una suma fija, o en proporción al presupuesto o al valor real de la obra. (...)”.

Se extrae de lo anterior que, la contribución para los contratos de obra pública tiene: a) como **hecho generador** la celebración o adición de contratos de obra pública con cualquier entidad de derecho público, independientemente de su régimen contractual; b) como **sujeto activo** a la Nación, Departamento o Municipio, “según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante”; c) como **base gravable** el valor del respectivo contrato o adición; d) como **tarifa** el 5% en el caso de los contratos de obra pública o de las respectivas adiciones, y que la entidad pública contratante es responsable del recaudo.

Advierte la Sala que, al definir la Ley 1106 de 2006 el hecho generador de la contribución, solo determinó la celebración de contratos de obra pública, sin distinguir la modalidad de ejecución o del pago del mismo¹³⁹. (subrayado fuera del texto)

A la vista de las anteriores consideraciones, se desprende, sin lugar a dudas, que en el presente asunto se está en presencia de un contrato de obra celebrado por una entidad estatal bajo la modalidad de pago de administración delegada, de modo que la parte actora, en su calidad de contratista, era sujeto pasivo de la contribución tantas veces mencionada.

¹³⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 15 de octubre de 2021, Rad.: 24376.

En suma, como respecto del contrato que ocupa la atención de la Sala a la Gestora Urbana de Ibagué le correspondía retener al contratista la contribución de los contratos de obra pública, no prospera este cargo de apelación de la demandante.

7. Costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 establece que, “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Al punto, el artículo 365 del CGP, vigente para el momento en el que se interpuso el recurso de apelación, establece las siguientes reglas para proceder a la condena en costas:

- “1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. [...]*
- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
- 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
- 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias [...]*
- 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.*

Bajo este entendido, se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandante, que interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, debido a que no prosperó el recurso que formuló, y su liquidación la hará de manera concentrada el *a quo*, en los términos del artículo 366 del CGP, tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 365.8 *ejusdem*, es decir, teniendo en cuenta para dicha liquidación las costas que aparezcan efectivamente probadas en el proceso.



En relación con la agencias en derecho¹⁴⁰ en segunda instancia, que se entienden causadas en razón de la naturaleza, calidad, cuantía del proceso y actuación desplegada por la parte vencedora¹⁴¹, de conformidad con lo establecido en los numerales 3¹⁴² y 4¹⁴³ del artículo 366 del CGP, la Sala no estima procedente su fijación en esta instancia, comoquiera que en el caso concreto no se encuentra acreditada su causación, pues la parte demandada no ejerció actuación alguna ante esta Corporación durante el trámite de la segunda instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 17 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 366 y 365.8 del Código General del Proceso.

¹⁴⁰ Cfr. Art. 365 y ss. CGP.

¹⁴¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2021. Rad.: 51034

¹⁴² “3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado [...] Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará”.

¹⁴³ “4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.



Radicado: 73001-23-33-000-2013-00059-02 (56507)
Demandante: LUIS RICARDO ORTIGOZA GONZÁLEZ

No hay lugar a la fijación de agencias en derecho en segunda instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría REMITIR el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ

VF