

DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Características -

[...] como ha explicado esta Subsección, la sola permanencia en obra no es causa suficiente por sí misma para tener por acreditada una afectación a la ecuación financiera del negocio, pues para ello es necesario, además, que se demuestre que: (i) la mayor permanencia se produjo por un hecho no imputable al contratista, por la ocurrencia de un riesgo imprevisible o que no le fue asignado, o por una falencia en la planeación del contrato con proyección sobre el régimen de las obligaciones y derechos que de él se derivan; (ii) el contratista sufrió perjuicios con ocasión del mayor tiempo en obra, probando que efectivamente incurrió en sobrecostos más allá de los gastos propios del contrato, acreditando su cuantía; y, (iii) la afectación económica que aparejó la mayor permanencia fue lo suficientemente grave y onerosa como para afectar la ecuación financiera del contrato visto como un conjunto de obligaciones, no únicamente en función de una prestación.

DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Modificaciones al contrato estatal – Obras adicionales no previstas

Es del caso precisar que a través del modificadorio [...] las partes acordaron adicionar recursos al contrato [...] sin embargo, en atención al criterio unificado de esta Corporación, ese pacto adicional no puede tenerse como un acuerdo del contratista sobre los sobrecostos padecidos por mayor permanencia, ya que esa modificación se pactó con el fin de atender obras adicionales no previstas, pero sugeridas por la interventoría y el Municipio, cuyo pago estuvo supeditado a su real ejecución constructiva, luego no fue una suma que se hubiera reconocido al contratista para solventar los sobrecostos que venía presentando por las suspensiones del negocio jurídico. Así, y ante la ausencia de renuncia expresa en ese documento, no puede afirmarse que el contratista negoció y solventó su detrimento patrimonial o que renunció a reclamar por ello, pues no hay cláusula o norma que así lo defina y con la cual se pueda otorgar alcances extintivos al derecho de la parte actora a reclamar por esos sobrecostos.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE CARÁCTER CONTRACTUAL – Ley 80 de 1993 artículos 23 y 77

La Ley 80 de 1993 no explicitó un procedimiento sancionatorio para declarar el incumplimiento del contratista, toda vez que sus artículos 23 y 77, únicos relacionados con el tema, remitían a las normas generales del ejercicio de la función administrativa, por lo que en principio tal actuación debía seguir las reglas contenidas en esa regulación general, donde se exigía que cualquier actuación que pudiera afectar los intereses de un particular estuviera precedida de un procedimiento que garantizara su

audiencia, defensa y contradicción, incluyendo la formulación de recursos, según los artículos 3, 14, 15, 28, 29, 34, 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo (CCA).

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE CARÁCTER CONTRACTUAL – Ley 1150 de 2007 artículo 17

Luego, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, se determinó que cualquier actuación sancionatoria que una entidad pública sometida al EGCAP pretendiera adelantar en materia contractual con la finalidad de aplicar sanciones o afectar las garantías, debía tener como antesala la presencia del afectado, al que debía garantizársele un procedimiento mínimo en el cual pudiera ejercer su defensa respecto de las circunstancias aducidas en su contra.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE CARÁCTER CONTRACTUAL – Ley 1474 de 2011 artículo 86

Aunque la Ley 1150 de 2007 afirmó la potestad de las entidades contratantes para imponer las sanciones pecuniarias pactadas en el negocio jurídico, con respecto del derecho al debido proceso del contratista, la práctica de la actividad contractual del Estado determinaba la necesidad de adoptar un procedimiento expedito, eficaz, eficiente y garantista en el ejercicio de esa atribución, el cual fue definido mediante la Ley 1474 de 2011, cuyo artículo 86 establece un procedimiento oral para que, previa citación del contratista, éste ejerza su defensa y la entidad adopte la decisión correspondiente de forma motivada. Esta norma reiteró la competencia de las entidades de imponer unilateralmente las sanciones pecuniarias pactadas en el contrato, pero previó la celebración de una audiencia donde el contratista pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción. Por tanto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no hizo otra cosa que retomar el estado del arte normativo que ya venía cursando con suficiente antelación, añadiendo como presupuesto obligatorio la oralidad en el trámite, al determinar que las garantías mínimas del debido proceso del contratista debían gestionarse mediante audiencia. En este sentido, lejos de ser una norma regresiva, mantuvo las exigencias definidas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y marcó un avance en la delimitación de la forma de garantizar el debido proceso.

PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER CONTRACTUAL – Ley 1474 de 2011 artículo 86 - Aplicación a contratos celebrados con anterioridad a su vigencia - Ley 153 de 1887 artículos 38 y 40

Dado que lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 corresponde a un desarrollo y concreción del derecho al debido proceso en el procedimiento tendiente a la adopción de medidas sancionatorias contractuales, recogiendo los avances jurisprudenciales y

doctrinales que se dieron desde la expedición de la Ley 1150 de 2007, su aplicación a los contratos celebrados con anterioridad a su vigencia resulta procedente con fundamento en los principios de efecto general inmediato y retrospectividad de la ley, tal y como ha sido reiterado por esta Corporación, especialmente, por mandato de los artículos 38 y 40 de la ley 153 de 1887, conforme a los cuales: (i) en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, con excepción de las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del negocio jurídico y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; (ii) en el tránsito de vigencia de las normas procesales, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir, sin perjuicio de que los términos que hubieren comenzado a correr y las actuaciones y diligencias ya iniciadas, se rijan por la ley vigente al tiempo de su iniciación. En consecuencia, aunque la regla general es que la existencia, validez y los derechos y obligaciones que derivan del negocio jurídico se gobiernan por la ley existente al momento de su celebración, por lo que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos atendiendo al principio de irretroactividad, las nuevas normas procesales que establecen la forma de reclamar en juicio los derechos que emanan de ellos y las que señalen penas para el evento de la infracción a lo estipulado, como se predica del procedimiento para la imposición de las sanciones pecuniarias pactadas, tienen vigencia inmediata y se aplican a los contratos en ejecución, por lo que en el caso concreto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que estaba vigente para el momento en que se inició la actuación (7 de diciembre de 2012) que finalizó con la expedición de los actos demandados, era plenamente aplicable contrario a lo indicado por el demandante.



COMPARTIDO POR:



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil veinticinco (2025)

Expediente: 20001-23-33-000-2015-00144-01 (68031)
Demandante: Consorcio Construcciones y Diseños Ibirico¹
Demandado: Municipio de La Jagua de Ibirico
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: *DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Su configuración requiere, además de un desbalance grave, sustancial o anormal del equilibrio prestacional, la comprobación de una causa extraordinaria, sobreviniente, imprevisible e inimputable a las partes / DISMINUCIÓN DE LA UTILIDAD PREVISTA POR EL CONTRATISTA – No configura un desequilibrio del sinalagma contractual / PERMISOS, LICENCIAS O CERTIFICACIONES INHERENTES A LAS OBRAS A EJECUTAR – Corresponde a un riesgo previsible considerando la experticia del contratista / ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 – Es aplicable a los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales iniciados con posterioridad a su entrada en vigor, aun cuando la celebración del negocio jurídico fuere anterior.*

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia que accedió a liquidar judicialmente el contrato estatal y negó las demás pretensiones.

La controversia está relacionada con el presunto desequilibrio económico de un contrato de obra, así como con la supuesta ilegalidad de los actos administrativos por los cuales se declaró el siniestro por inestabilidad de la obra, se tasaron los perjuicios y se hicieron efectivas las garantías.

¹ Integrado por Ingeproyectos del Caribe Ltda., Enrique Lourido Caicedo y Héctor Eduardo Ríos Fuentes. Este último no fungió como demandante, solamente los dos primeros, no obstante, fue vinculado al proceso como litisconsorte necesario, y su representación fue ejercida por un curador *ad litem*.

I LA SENTENCIA IMPUGNADA

¹ Corresponde a la decisión adoptada el 14 de octubre de 2021 por el Tribunal Administrativo del Cesar que liquidó el contrato y negó las demás pretensiones formuladas² por el Consorcio Construcciones y Diseños Ibirico³ (en adelante la parte actora o el contratista) en contra del Municipio de La Jagua de Ibirico (en adelante la entidad contratante o el Municipio), cuyos hechos principales y pretensiones se enuncian a continuación.

Hechos

² La parte actora y el Municipio celebraron el contrato 072 de 2010 con el fin de llevar a cabo la adecuación y mejoramiento del Hospital Jorge Isaac Rincón Torres, así como la construcción de los centros de salud en los corregimientos de La Victoria de San Isidro, La Palmita y Boquerón del municipio de La Jagua de Ibirico, en un plazo de 8 meses, con un valor aproximado de \$ 3.744'170.009, pagadero bajo precios unitarios conforme a las cantidades de obra ejecutadas y avaladas mediante actas suscritas por la Secretaría de Planeación y la interventoría, con un anticipo del 50% amortizable con cada acta de obra. Los recursos provenían del Sistema General de Regalías (SGR).

³ Durante la ejecución del contrato se presentaron tres (3) suspensiones que conllevaron a la ruptura del equilibrio económico del negocio, debido a que implicaron sobrecostos por una mayor permanencia en la obra. Las causas de las suspensiones fueron ajenas a la responsabilidad del contratista, por cuanto estuvieron fundadas principalmente, en: ⁽ⁱ⁾ la falta de entrega por parte de la entidad contratante de la información técnica y de viabilidad financiera que le exigía el Departamento Nacional de Planeación -DNP, dado que los fondos provenían del SGR; ⁽ⁱⁱ⁾ la falta de definición clara y definitiva de los alcances técnicos del proyecto; ⁽ⁱⁱⁱ⁾ la falta de gestión de los recursos necesarios para las obras que resultaron necesarias según el DNP y la interventoría, dada la deficiente planeación del proyecto; y, ^(iv) la falta de certificación eléctrica RETIE necesaria para las obras adicionales. Además de lo anterior, el Municipio no pagó la totalidad de las obras ejecutadas, pues quedó pendiente el pago del 30% del Acta Parcial No. 6 de Obra, y el total del Acta Final de Obra.

² Fueron dos demandas que se acumularon: la primera, con pretensiones de desequilibrio económico y liquidación judicial con pretensión mayor con cuantía de \$1.022'293'419,47, que fue presentada el 12 de marzo de 2015 (folio 480 C. 1); la segunda, con pretensiones anulatorias de los actos administrativos de declaración de incumplimiento y con pretensión de restablecimiento en cuantía de \$386'240.113,45, cobro de perjuicios y multas, que fue presentada el 25 de febrero de 2016 (folio 62 PDF demanda).

³ Integrado por Ingeproyectos del Caribe Ltda., Enrique Lourido Caicedo y Héctor Eduardo Ríos Fuentes. Este último no fungió como demandante, solamente los dos primeros, no obstante, fue vinculado al proceso como litisconsorte, y su representación fue ejercida por curador *ad litem*.

4. Agregó que entregó todas las obras, algunas de las cuales fueron objeto de observaciones de la interventoría que no comprometían su calidad ni estabilidad, pues sólo requerían labores de mantenimiento y limpieza que fueron atendidas por el contratista. No obstante, el Municipio, declaró el siniestro de calidad y estabilidad de obra, tasando los perjuicios y haciendo efectivas las garantías mediante la Resolución DO-DA1294. A pesar de que la Aseguradora Equidad Seguros presentó recurso de reposición, el Municipio dictó la Resolución DO-DA1295 manteniendo su decisión, aun cuando redujo las cuantías tasadas.

5. El demandante alegó como cargos de ilegalidad contra las anteriores resoluciones: (i) infracción a las normas superiores y violación del debido proceso, por cuenta de la aplicación de una norma no vigente (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011); (ii) falsa motivación, por estar fundados los actos en informes contradictorios, por no valorar todas las pruebas que evidenciaban la falta de cuidado de las instalaciones después de recibidas, que los problemas en las obras fueron subsanados y al cuantificar los perjuicios con dictámenes de interventoría sin soportes; y, (iii) falta de competencia, comoquiera que la diligencia fue iniciada por el alcalde municipal pero finalizada por un funcionario diferente, sin delegación.

Pretensiones

6. La parte actora solicitó que: (i) se declare la nulidad de las resoluciones DO-DA1294 y DO-DA1295, ambas proferidas en audiencia celebrada el 20 de diciembre de 2013; (ii) se declare el desequilibrio económico del contrato 072 de 2010 y se condene al Municipio a pagar la compensación correspondiente; (iii) se liquide definitivamente el contrato, incluyendo el pago de compensación por el desequilibrio económico, así como las sumas correspondientes al Acta Parcial No. 6 de obra, el Acta Final de obra y los intereses causados; finalmente solicitó que (iv) se condene al pago de costas del proceso y agencias en derecho.

Contestación de la demanda

7. La entidad territorial señaló que las suspensiones y modificaciones fueron firmadas de común acuerdo por ambas partes, sin que el contratista protestara por un desequilibrio económico. Explicó que el 30% del acta parcial de obra No. 6 no se pagó por petición expresa del consorcio, quien solicitó que se tuviera ese saldo como garantía de las obras pendientes a su cargo, no obstante, esas obras finalmente no fueron ejecutadas, por lo que no procedía el pago de ese 30% restante. Señaló que la Ley 1474 de 2011 estaba vigente cuando inició el procedimiento administrativo que culminó con los actos demandados, y que se respetó el derecho al debido proceso, contradicción y defensa del contratista, pues se le citó previamente, se le notificaron las condiciones configurativas de incumplimiento, y se le otorgó la posibilidad de

solicitar y controvertir las pruebas y de interponer los recursos, tal como hizo la Aseguradora vinculada. El curador *ad litem* de Héctor Eduardo Ríos Fuentes⁴, expresó que no le constaba ninguno de los hechos aducidos pero que apoyaba los reclamos de la parte demandante.

Alegatos en primera instancia

8. Agotado el período probatorio⁵, el contratista insistió en los cargos y fundamentos expuestos en la demanda. El Municipio reiteró lo expuesto en la contestación y, en adición, pidió excluir como prueba los dictámenes periciales por falta de objetividad. El Ministerio Público guardó silencio.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

9. El Tribunal Administrativo del Cesar negó las pretensiones, salvo la de liquidación judicial del contrato, a la cual accedió en los siguientes términos:

“SEGUNDO. DECLÁRASE liquidado el contrato de obra No. 072 de 4 de febrero de 2010, suscrito entre el Consorcio Construcciones y Diseños Ibirico y sus integrantes Ingeproyectos del Caribe Ltda. y Enrique Lourido Caicedo y el Municipio de la Jagua de Ibirico – Cesar.

TERCERO: En consecuencia, condénese al Consorcio Construcciones y Diseños Ibirico y sus integrantes Ingeproyectos del Caribe Ltda. y Enrique Lourido Caicedo a pagar el saldo pendiente a favor del Municipio de la Jagua de Ibirico, Cesar, por valor de ciento treinta millones ciento noventa y cinco mil setecientos cuatro pesos con treinta y ocho centavos (\$130'195.704,38), el cual debe ser actualizado conforme a lo indicado en la parte motiva”.

10. El Tribunal consideró que no estaban acreditados los cargos de nulidad aducidos contra las resoluciones DO-DA1294 y DO-DA1295 de 2013, pues su contenido exponía los fundamentos legales en los que se apoyaban y frente a ellos no se evidenciaba contradicción ni falencias en las facultades para su expedición, como tampoco fueron violatorios de los derechos de audiencia y defensa, pues se demostró que el Municipio citó al contratista con antelación, comunicó los motivos y documentos

⁴ Integrante del Consorcio Construcciones y Diseños Ibirico.

⁵ Las pruebas que se incorporaron fueron las siguientes: Pliego de condiciones de la licitación pública 07 de 2009, Contrato 072 de 2010, modificatorios 1, 2 y 3, y actas de suspensiones y reinicio contractuales, actas de comité de obra, actas parciales de obra, acta final de entrega de obra, dictamen pericial contable, asientos contables y libros de comercio del Consorcio Construcciones y Diseños Ibirico, correspondencia cruzada entre el consorcio contratista, la interventoría y la entidad municipal, actas de audiencia de incumplimiento contentivas de las Resoluciones DO-DA1294 y DO-DA1295 de 2013, informes elaborados por la interventoría y por el contratista en cuanto a las obras.

constitutivos de incumplimiento y, a petición del contratista, suspendió varias veces la audiencia y le permitió expresarse y aportar y controvertir pruebas, como también se garantizó la presentación de recursos, de lo cual solo hizo uso la Aseguradora vinculada a la actuación administrativa.

11. Aseguró que no había prueba del desequilibrio económico del contrato, sin mediar motivos o explicaciones.

12. Consideró procedente la liquidación judicial del contrato, al constatar que no había sido adelantada previamente. Consignó que el valor total del negocio jurídico incluyendo adiciones fue de \$5.549'970.356 y que a título de anticipo se entregaron al contratista, incluyendo adiciones, \$2.759'985.179. El valor total de las actas parciales de obra 1 a 6 y el acta final de obra era de \$5.519'970.356, y el valor que se descontó por anticipo fue de \$2.522'500.734,43, luego estaba pendiente por amortizar \$256'044.409.07, suma a la que debían sumarse \$551'997.036 por garantía y \$386'240.113,45 por cuantificación de perjuicios, con un total de \$1.194'281.558,52 en contra del contratista constructor. Dijo que a ese resultado debían restarse \$512'088.818,14 como saldo pendiente a favor del contratista *—sin exponer su origen—* y \$551'997.036 como valor pagado por la Aseguradora como cuantía del siniestro de inestabilidad de obra, arrojando un valor final en contra del contratista y a favor del municipio de \$130'195.704,38, que el primero debía pagar indexado. Negó la condena en costas por estimar que no se causaron.

El recurso de apelación

13. La parte demandante solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Adujo que el Tribunal no razonó sobre el desequilibrio económico del contrato, pese a que las suspensiones del contrato causantes de una mayor permanencia se suscribieron por cuenta de riesgos que no le eran imputables, le generaron unos sobrecostos en cuantía debidamente probada con la prueba pericial. Además, dijo que el *a quo* desechó los cargos de ilegalidad aducidos contra las Resoluciones DO-DA1294 y DO-DA1295 cuando no había lugar a ello, ya que era patente la infracción al debido proceso al haberse tramitado bajo la Ley 1474 de 2011 que no estaba vigente, y porque adolecían de falsa motivación, pues las observaciones que formuló la interventoría frente a la obras entregadas y que sustentaron la declaración de incumplimiento de la garantía de calidad y estabilidad de obra, fueron subsanadas por el contratista. Pidió modificar la liquidación judicial teniendo en cuenta la compensación debida a su favor por el desequilibrio económico del contrato y la exclusión de los valores por el incumplimiento infundadamente declarado.

II CONSIDERACIONES

Problema jurídico

14. Corresponde a la Sala establecer: ⁽ⁱ⁾ si se presentó un desequilibrio financiero adverso al contratista, aspecto respecto del cual el Tribunal de primera instancia no se pronunció; y ⁽ⁱⁱ⁾ si están probados los cargos de ilegalidad frente a los actos acusados por falsa motivación y desconocimiento del debido proceso, a partir de los argumentos allegados en el recurso de apelación. Como el demandante solicitó revisar la liquidación del contrato efectuada por el *a quo*, únicamente en el sentido de incluir los valores a su favor por el desequilibrio económico y excluir los determinados en su contra bajo los actos demandados, solo en caso de prosperar alguno de los cargos indicados, se abordará la modificación de la liquidación definida en primera instancia.

El negocio jurídico objeto de la controversia

15. El contrato 072 de 2010 tuvo como objeto la “*ADECUACIÓN, MEJORAMIENTO Y CONSTRUCCIÓN DE LA SEDE PRINCIPAL DEL HOSPITAL JORGE ISAAC RINCÓN TORRES Y CONSTRUCCIÓN DE LOS CENTROS DE SALUD EN LOS CORREGIMIENTOS DE LA VICTORIA DE SAN ISIDRO, LA PALMITA Y BOQUERÓN EN EL MUNICIPIO DE LA JAGUA DE IBIRICO*” (cláusula I), para lo cual, el contratista llevaría a cabo las labores constructivas y civiles en un plazo de 8 meses (cláusula IV); el municipio de la Jagua de Ibirico⁶ se obligó a pagar un estimado de \$3.744’170.009, a través de la entrega del 50% inicial a título de anticipo y el restante a través de actas mensuales, previo recibo a satisfacción de las obras por parte de la interventoría (cláusula III)⁷. En relación con la ejecución de este contrato, se tiene acreditado principalmente lo siguiente.

(i) El 7 de abril de 2010⁸, iniciaron las labores constructivas.

(ii) El 16 octubre de 2010, a petición del Municipio, se suspendió el plazo de ejecución (suspensión No. 1⁹) mientras éste resolvía las observaciones planteadas por el DNP en el oficio REGCGRUPOA-20101600034351, donde se le exigía justificar adecuadamente las condiciones funcionales, técnicas, de viabilidad y sostenibilidad financiera de los centros de salud. La ejecución del contrato se reinició el 30 de enero

⁶ El municipio de La Jagua de Ibirico es una entidad estatal en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Estatuto General de Contratación para la Administración Pública – EGCAP, cuyo régimen contractual, que resulta aplicable al contrato 072 de 2010 motivo de controversia, corresponde al contenido en las normas de ese Estatuto y en lo no previsto, en las normas comerciales y civiles pertinentes, conforme con el artículo 13 *ibidem*.

⁷ Folio 1 C. Pruebas 2.

⁸ Folio 11 C. Pruebas 2.

⁹ Folios 505.

de 2011, cuando se estimaron superadas las condiciones (acta de reinicio No. 1).

(iii) El 24 de marzo de 2011¹⁰, a petición del contratista, se pactó el modificadorio No. 1, con el cual se prorrogó en 3 meses el plazo inicial, *“en razón a que los centros de salud durante el período comprendido entre el 16 de octubre de 2010 y la fecha de la solicitud, o sea, 22 de marzo de 2011, no se presenta ningún avance físico de obra, además de la proximidad de vencimiento del tiempo contractual y poder albergar obras adicionales y replanteamientos de las redes eléctricas de la obra que afectan al hospital JORGE ISAAC RINCÓN”*.

(iv) El 22 de junio de 2011¹¹, a petición del contratista, se celebró el modificadorio No. 2 con el cual se prorrogó por 2 meses más el plazo de ejecución, *“en consideración al reinicio físico de los centros de salud, el personal de mano de obra, los sitios de alojamiento y la dificultad de adquirir material pétreo y la segunda ola invernal”*.

(v) El 10 de agosto de 2011¹², a petición del Municipio se suspendió por segunda vez la ejecución del contrato, porque *“con los recursos contractuales no se entregarán las obras a satisfacción ... que la interventoría recomendó al municipio las actividades y sus costos adicionales para culminar las obras ... que el ente contratante en aras de beneficiar a la comunidad acató las recomendaciones ... que es necesario suspender el contrato para así mantenerlo vigente, mientras se realiza el procedimiento contractual para la adición de recursos”*.

(vi) El 26 de septiembre de 2011¹³, mientras estaba vigente la suspensión No. 2 y a petición del Municipio, se suscribió el modificadorio No. 3; a través de éste se añadieron 2 meses al plazo de ejecución contractual y \$1.775'800.347, teniendo en cuenta que *“al momento de la posesión del nuevo gerente y de la presentación del proyecto, teniendo como resultado que las estructuras que estaban siendo ejecutadas eran demasiado grandes para que el Hospital garantizara su funcionamiento y sostenibilidad, además la obra civil que se llevaba a cabo en el Hospital no incluía la solución a la insuficiencia de los servicios básicos tales como: agua, luz y redes sanitarias internas (...) se realizaron ajustes a los diseños arquitectónicos de los Centros de Salud ajustándolos a las áreas necesarias expuestas por el Gerente del Hospital para hacerlos viables y funcionales”*. El 3 de octubre de 2011, se reiniciaron las labores (acta de reinicio No. 2¹⁴).

(vii) El 16 de diciembre de 2011, se suscribió entre las partes la suspensión No. 3, exponiendo como justificación *“que existe un componente que es ajeno al contratista,*

¹⁰ Folio 12 C. Pruebas 2.

¹¹ Folio 13 C. Pruebas 2.

¹² Folio 25 C. Pruebas 2.

¹³ Folio 16 C. Pruebas 2.

¹⁴ Folio 28 C. Pruebas 2.

al municipio y a la Interventoría, pero que es indispensable para recibir el proyecto a satisfacción, como lo es la certificación de ELECTRICARIBE para la conexión de la red eléctrica; se genera la necesidad de suspender este contrato para mantener su vigencia". El 14 de junio de 2012, se reanudó el plazo de ejecución (acta de reinicio No. 3).

(viii) El 22 de junio de 2012 finalizó el plazo de ejecución del contrato y se suscribió el acta final de obra¹⁵. En definitiva, el contrato pasó de tener un plazo de 8 meses y un valor de \$3.744'170.009, a un término de ejecución de 15 meses por la suma de \$5.519.970.356.

No hay prueba del desequilibrio económico del contrato por mayor permanencia del contratista

16. El Tribunal expresó que *"la parte demandante no logró [probar] ni el desequilibrio económico del contrato"*, pero no efectuó ningún análisis sobre esa circunstancia y en su lugar, todas las consideraciones que expuso en el fallo recurrido se limitaron a decidir los cargos de ilegalidad que el demandante planteó en busca de la nulidad de las Resoluciones DO-DA1294 y DO-DA1295 de 2013. Por este motivo, le asiste razón al apelante en cuanto señaló de omisiva a la primera instancia en punto a la pretensión que formuló sobre el particular. Sin embargo, las siguientes razones impiden que pueda accederse a una declaración estimatoria por concepto de desequilibrio de la ecuación financiera del negocio jurídico.

17. La mayor permanencia tiene origen en el tiempo adicional que un contratista debe continuar en la obra, en relación con el plazo inicialmente pactado. En el caso concreto, la parte actora solicita el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, con fundamento en que permaneció por más tiempo en los sitios de obra por cuenta de las tres (3) suspensiones del negocio jurídico, que implicaron una pausa de 11 meses y 11 días en la ejecución de las actividades contratadas.

18. Sin embargo y como ha explicado esta Subsección¹⁶, la sola permanencia en obra no es causa suficiente por sí misma para tener por acreditada una afectación a la ecuación financiera del negocio, pues para ello es necesario, además, que se demuestre que: ⁽ⁱ⁾ la mayor permanencia se produjo por un hecho no imputable al contratista, por la ocurrencia de un riesgo imprevisible o que no le fue asignado, o por una falencia en la planeación del contrato con proyección sobre el régimen de las obligaciones y derechos que de él se derivan; ⁽ⁱⁱ⁾ el contratista sufrió perjuicios con ocasión del mayor tiempo en obra, probando que efectivamente incurrió en

¹⁵ Acta de terminación y recibo de obra por mutuo acuerdo, folio 608 y ss.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de mayo de 2024, Exp. 65650. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

sobrecostos más allá de los gastos propios del contrato, acreditando su cuantía; y, ⁽ⁱⁱⁱ⁾ la afectación económica que aparejó la mayor permanencia fue lo suficientemente grave y onerosa como para afectar la ecuación financiera del contrato visto como un conjunto de obligaciones, no únicamente en función de una prestación.

19. Con el fin de acreditar los sobrecostos en que incurrió mientras el contrato estuvo suspendido, esto es, entre el 16 de octubre de 2010 y el 30 de enero de 2011 (suspensión No. 1), el 10 de agosto y el 3 de octubre de 2011 (suspensión 2), y el 16 de diciembre de 2011 y el 14 de junio de 2012 (suspensión 3), la parte actora solicitó el decreto y práctica de un dictamen pericial contable, el cual fue elaborado por el contador público Álvaro Álvarez Hurtado, donde se indicó que tales sobrecostos alcanzaron un total sin indexar de \$358'842.413.

20. Respecto de este dictamen, la Sala observa que allí se consignaron gastos, por ejemplo, por concepto de las nóminas de personal, el alquiler de equipos, bodegas, maquinaria, servicios de vigilancia y servicios públicos de las locaciones rentadas, entre otros, que habían sido contratados previo a las suspensiones y que el contratista no pudo dejar de asumir, o que pudiendo, representaban una mayor dificultad u onerosidad para el contrato; sin embargo, allí también se plasmaron algunos costos que no pueden tenerse en cuenta, bien porque aluden a actividades de obra que desconocen el hecho mismo de que el contrato estaba suspendido, y que por ende, no se estaba ejecutando labor alguna, y otros, porque se refieren a gastos respecto de los cuales no hay prueba de su relación con las actividades propias del contrato.

21. Estos costos que señala el dictamen y que no se pueden considerar corresponden por ejemplo, a: viáticos (en las 3 suspensiones), arreglo de aires acondicionados (suspensión 3), suministros de alimentación (en las 3 suspensiones), retiros de material (tercera suspensión), salud ocupacional (suspensión 1), “mano de obra” (suspensión 2), “jornales de limpieza” (en las 3 suspensiones), arriendo de camionetas, que se muestran como contratadas mes a mes de forma variable y aun cuando la obra estaba suspendida; también aquellos gastos que indistintamente se refieren como “celular” (común a las 3 suspensiones), sin que exista certeza de corresponder al personal de obra, arriendo de diferentes casas (suspensión 2), que no es una erogación constante y que no se explica su relación con la obra suspendida, “arriendos” que ni siquiera tienen concepto (suspensión 3) y transportes (suspensión 3)¹⁷.

22. Al excluir estos conceptos, se tiene que el valor de los sobrecostos determinados en el dictamen y que permiten relacionarse con el contrato, es de \$69'419.586 en la primera suspensión; \$110'631.528 en la segunda suspensión y de \$92'013.042 en la

¹⁷ Folios 30 y ss del PDF INFORME PERICIAL MAYO 7 DE 2019.

tercera suspensión, con un total de \$275'040.852.

23. Es del caso precisar que a través del modificatorio No. 3, las partes acordaron adicionar recursos al contrato por una suma equivalente a \$1.775.800.347; sin embargo, en atención al criterio unificado de esta Corporación¹⁸, ese pacto adicional no puede tenerse como un acuerdo del contratista sobre los sobrecostos padecidos por mayor permanencia, ya que esa modificación se pactó con el fin de atender obras adicionales no previstas, pero sugeridas por la interventoría y el Municipio, cuyo pago estuvo supeditado a su real ejecución constructiva, luego no fue una suma que se hubiera reconocido al contratista para solventar los sobrecostos que venía presentando por las suspensiones del negocio jurídico. Así, y ante la ausencia de renuncia expresa en ese documento, no puede afirmarse que el contratista negoció y solventó su detrimento patrimonial o que renunció a reclamar por ello, pues no hay cláusula o norma que así lo defina y con la cual se pueda otorgar alcances extintivos al derecho de la parte actora a reclamar por esos sobrecostos.

24. Pese a lo anterior, la Sala destaca que la afectación alegada por el contratista a título de sobrecostos por mayor permanencia no proviene en su totalidad de circunstancias extrañas, sino de la materialización de un riesgo previsible asumido bajo el contrato, por lo menos en la tercera y última suspensión contractual.

25. Esta suspensión que se extendió desde el 16 de diciembre de 2011 hasta el 4 de junio de 2012 y que contribuyó a los sobrecostos globales aducidos por el contratista, se justificó en *“que existe un componente que es ajeno al contratista, al municipio y a la Interventoría pero que es indispensable para recibir el proyecto a satisfacción, como lo es la certificación de ELECTRICARIBE para la conexión de la red eléctrica; se genera la necesidad de suspender este contrato para mantener su vigencia”*. Aunque el demandante afirma que fue un hecho externo y ajeno a su responsabilidad, la Sala difiere de esa apreciación, ya que corresponde a un riesgo previsible que el contratista debió conocer y frente al cual debía adoptar las acciones necesarias para su

¹⁸ “Cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución de un contrato, el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otros íes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos. El deber del juez será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, las normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato. Conforme a dichas reglas, establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado”, CONSEJO DE ESTADO / SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SALA PLENA Consejero Ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintitrés (2023) Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121) Actor: CONSTRUCCIONES VÉLEZ Y ASOCIADOS SA-CONVEL SA Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA Referencia: CONTROVERSIA CONTRACTUALES.

mitigación y gestión.

26. El riesgo de gestión de certificaciones eléctricas no se contempló en la matriz que consta en el pliego de condiciones del contrato, porque las obras previstas no estaban expuestas a esa circunstancia; sin embargo, como los alcances técnicos del proyecto cambiaron de común acuerdo y ello implicó la ejecución de obras adicionales que incluyeron la adecuación de la infraestructura eléctrica del Hospital Jorge Isaac Rincón Torres, el contratista demandante sabía, o por lo menos debía conocer como profesional con experiencia de 10 años en construcciones y adecuaciones civiles y eléctricas que demostró en el trámite de selección, que esas obras adicionales requerirían una certificación del proveedor de energía sin la cual no podrían operar o entrar en pleno funcionamiento. No puede entenderse asignado ese riesgo al Municipio, pues el experto en obras es el contratista y no el ente territorial. Así mismo, se advierte que al rendir testimonio, el ingeniero eléctrico Eric Anaya, confirmó que fue contratado por el consorcio demandante para la obtención de la certificación ante Electricaribe, indicando sobre el particular que *“esas fueron unas de mis funciones, hacerle la solicitud, presentar los diseños y la ejecución de todo el proyecto, dejarlo funcionando”*.

27. La parte actora no discutió que la gestión de la certificación estuviere a su cargo, como en efecto la gestionó y consiguió sin afirmar lo contrario en sede contractual¹⁹, pero por otra parte, no acreditó que pese a que hubiese iniciado de forma oportuna los trámites necesarios ante Electricaribe y atendido los requisitos exigidos para lograr la expedición de la certificación requerida, esta última se hubiese tardado más tiempo del usual para dar respuesta, y que en consecuencia, se hubiesen excedido las cargas atribuidas en relación con la responsabilidad que debía asumir por las dilaciones que pudieran derivarse del trámite de la obtención de esa certificación, la cual era necesaria y por ende inherente al funcionamiento de las obras en materia eléctrica que se obligó a ejecutar. Así mismo, dado que la parte actora tenía a su cargo adelantar las diligencias necesarias para la obtención de la certificación como parte del componente eléctrico de la obra, era quien tenía la capacidad de gestionar, controlar, administrar y mitigar el riesgo²⁰ y los efectos derivados de los tiempos requeridos para tal fin frente a la empresa prestadora de servicios públicos, sin que en el caso concreto, se reitera, se hubiera acreditado la diligencia del actor para su consecución y que Electricaribe demorara atípicamente su expedición.

28. No hay ningún documento que dé cuenta que el contratista en algún momento

¹⁹ Entre otros, en el acta de reunión de comité técnico del 13 de enero de 2012, se explicó que uno de los motivos que generó la suspensión consistió en los trámites que se debían realizar ante Electricaribe, lo que incluía una visita a la obra por parte de esa empresa para expedir la certificación del componente eléctrico, frente a lo cual, el contratista señaló que *“realizó la entrega de los documentos necesarios a Electricaribe para que se realice esta visita y que se encuentran a la espera de que se haga entre los días 23 y 26 de enero de 2012”*.

²⁰ Documento Conpes 3714 de 2011, pág. 28.

hubiera adoptado alguna acción tendiente a gestionar ese riesgo que era propio de las actividades de adecuaciones eléctricas que libremente asumió a su cargo; de hecho, ni siquiera hay evidencia de que lo hubiera contemplado o informado a la entidad contratante o la interventoría, por el contrario, lo único que queda claro es que acordó suspender el contrato para evitar que la ocurrencia de ese riesgo, que conocía plenamente y debía gestionar, impidiera la entrega final de las obras previo al vencimiento del plazo de ejecución, pues levantada la suspensión el 14 de junio de 2012, el acta de entrega final de obra y vencimiento del contrato se produjo el 22 de junio siguiente.

29. Por lo tanto, al resultar imputable al contratista la tercera suspensión contractual y con ello, los costos que pudo tener que asumir durante ese período, se concluye la falta de uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que prospere la pretensión de reequilibrio económico del contrato por ese periodo, esto es, que el origen o fuente del daño o del sobrecosto que aduce el contratista no provenga de la materialización de un riesgo previsible a su cargo.

30. Por otra parte, además de la tercera suspensión, el reclamo del demandante también incluye los sobrecostos causados durante las suspensiones 1 y 2; sin embargo, esos costos, aunque se asuman como originados en circunstancias ajenas a la responsabilidad del contratista, no alcanzaron una cuantía suficientemente grave y onerosa para llevarlo a punto de pérdida en los términos exigidos por la jurisprudencia con base en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, para que resulte procedente el pretendido restablecimiento económico del contrato.

31. El contrato tuvo un valor total definitivo de \$5.519'970.356, por lo tanto, el 1% de imprevistos y el 3% de utilidad definidos en la propuesta del contratista adjudicatario, correspondió a \$220'798.814,24. Como los sobrecostos generados con ocasión de las suspensiones 1 y 2 sumaron en total \$180'051.114, se evidencia que el contratista no presentó pérdidas por esas circunstancias; al contrario, aun con su presencia mantuvo una utilidad de \$40'747.700, luego el supuesto desequilibrio del contrato que aduce no se presentó, por cuanto éste no se configura con la sola disminución de la utilidad proyectada por el contratista.

No hay evidencia que sustente los cargos de violación al debido proceso en los que insiste el apelante contra las Resoluciones DO-DA1294 y DO-DA1295 de 2013

32. Según el apelante, el Tribunal se equivocó porque consideró erradamente que no estaba probada una violación al debido proceso a pesar de que el mismo contenido de las resoluciones demandadas demostraban que se profirieron bajo el procedimiento definido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a pesar de que no

era una norma aplicable al contrato, toda vez que éste se celebró con anterioridad a su entrada en vigor.

33. La Ley 80 de 1993 no explicitó un procedimiento sancionatorio para declarar el incumplimiento del contratista, toda vez que sus artículos 23 y 77, únicos relacionados con el tema, remitían a las normas generales del ejercicio de la función administrativa, por lo que en principio tal actuación debía seguir las reglas contenidas en esa regulación general, donde se exigía que cualquier actuación que pudiera afectar los intereses de un particular estuviera precedida de un procedimiento que garantizara su audiencia, defensa y contradicción, incluyendo la formulación de recursos, según los artículos 3, 14, 15, 28, 29, 34, 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo (CCA).

34. Luego, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, se determinó que cualquier actuación sancionatoria que una entidad pública sometida al EGCAP pretendiera adelantar en materia contractual con la finalidad de aplicar sanciones o afectar las garantías, debía tener como antesala la presencia del afectado, al que debía garantizársele un procedimiento mínimo en el cual pudiera ejercer su defensa respecto de las circunstancias aducidas en su contra.

35. Aunque la Ley 1150 de 2007 afirmó la potestad de las entidades contratantes para imponer las sanciones pecuniarias pactadas en el negocio jurídico, con respecto del derecho al debido proceso del contratista, la práctica de la actividad contractual del Estado determinaba la necesidad de adoptar un procedimiento expedito, eficaz, eficiente y garantista en el ejercicio de esa atribución, el cual fue definido mediante la Ley 1474 de 2011, cuyo artículo 86 establece un procedimiento oral para que, previa citación del contratista, éste ejerza su defensa y la entidad adopte la decisión correspondiente de forma motivada. Esta norma reiteró la competencia de las entidades de imponer unilateralmente las sanciones pecuniarias pactadas en el contrato, pero previó la celebración de una audiencia donde el contratista pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción. Por tanto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no hizo otra cosa que retomar el estado del arte normativo que ya venía cursando con suficiente antelación, añadiendo como presupuesto obligatorio la oralidad en el trámite, al determinar que las garantías mínimas del debido proceso del contratista debían gestionarse mediante audiencia. En este sentido, lejos de ser una norma regresiva, mantuvo las exigencias definidas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y marcó un avance en la delimitación de la forma de garantizar el debido proceso.

36. Dado que lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 corresponde a un desarrollo y concreción del derecho al debido proceso en el procedimiento tendiente a la adopción de medidas sancionatorias contractuales, recogiendo los avances

jurisprudenciales y doctrinales que se dieron desde la expedición de la Ley 1150 de 2007, su aplicación a los contratos celebrados con anterioridad a su vigencia resulta procedente con fundamento en los principios de efecto general inmediato y retrospectividad de la ley, tal y como ha sido reiterado por esta Corporación²¹, especialmente, por mandato de los artículos 38 y 40 de la ley 153 de 1887, conforme a los cuales: ⁽ⁱ⁾ en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, con excepción de las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del negocio jurídico y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; ⁽ⁱⁱ⁾ en el tránsito de vigencia de las normas procesales, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir, sin perjuicio de que los términos que hubieren comenzado a correr y las actuaciones y diligencias ya iniciadas, se rijan por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

37. En consecuencia, aunque la regla general es que la existencia, validez y los derechos y obligaciones que derivan del negocio jurídico se gobiernan por la ley existente al momento de su celebración, por lo que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos atendiendo al principio de irretroactividad, las nuevas normas procesales que establecen la forma de reclamar en juicio los derechos que emanan de ellos y las que señalan penas para el evento de la infracción a lo estipulado, como se predica del procedimiento para la imposición de las sanciones pecuniarias pactadas, tienen vigencia inmediata y se aplican a los contratos en ejecución, por lo que en el caso concreto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que estaba vigente para el momento en que se inició la actuación (7 de diciembre de 2012) que finalizó con la expedición de los actos demandados, era plenamente aplicable contrario a lo indicado por el demandante.

38. Adicionalmente, aun cuando se afirmara que resultaba improcedente adelantar el procedimiento de imposición de sanciones contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo cierto es que las pruebas obrantes en el expediente revelan que su utilización por parte de la entidad no trasgredió ningún postulado del debido proceso; de hecho, su acatamiento garantizó las exigencias legales y constitucionales para su protección. Según las actas de audiencia²² que no son desconocidas por el apelante, se citó previamente al contratista y se le informaron los motivos de hecho y de derecho que sustentaban la apertura de la actuación administrativa, se le otorgó la posibilidad de defenderse contravirtiendo las pruebas y aportando las propias, se suspendió la audiencia para la práctica de pruebas por solicitud suya y se le garantizó la posibilidad de interponer recursos, todo lo cual fue precisado por el Tribunal y frente a lo cual el

²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2157 del 10 de octubre de 2013. C.P. Álvaro Namén Vargas. Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de agosto de 2019, Exp. 59771, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

²² Folios 2 y ss PDF PRUEBAS -1.

apelante no expresó ningún disenso, en tanto limitó sus argumentos a la inaplicabilidad de la norma reseñada.

39. Por lo tanto, el solo argumento de que las Resoluciones DO-DA1294 y DO-DA1295 de 2013 se hubieran adoptado bajo el procedimiento definido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no implica un desconocimiento del debido proceso en el caso concreto, toda vez que resultaba aplicable. Además, está probado que se otorgaron al demandante todas las garantías para el ejercicio de su derecho de contradicción y defensa, sin que hubiese allegado argumentos concretos para afirmar la existencia de alguna actuación u omisión de la entidad en el trámite administrativo que pudiese conllevar al desconocimiento de esa garantía; en consecuencia, no está probado el cargo de ilegalidad en el que insiste el apelante.

No se acreditó la falsa motivación en las Resoluciones DO-DA1294 y DO-DA1295 de 2013

40. El apelante cuestiona al Tribunal de primera instancia al considerar que evaluó equivocadamente las pruebas donde se evidenciaba que las novedades y observaciones consignadas en el acta final de recibo de obra, fueron oportunamente atendidas por el contratista, por lo que carecen de fundamento las averías que sustentaron la declaratoria de incumplimiento en la obligación de garantía de calidad de obra, así como la tasación, cobro de perjuicios y la efectividad de las garantías otorgadas. Revisada la documental, se advierte, lo siguiente:

(i) El 1 de junio de 2012 en acta de comité de obra²³ se dejó constancia de una serie de novedades relacionadas con la calidad de lo construido, las que el contratista se comprometió a subsanar tan pronto se levantara la suspensión No. 3, que se extendió hasta el 14 de junio de 2012. Estas novedades, para el 22 de junio de 2012 no habían sido subsanadas²⁴, por lo que fueron consignadas nuevamente en el acta final de obra²⁵ indicando que el contratista las intervendría en los siguientes 10 días.

²³ PDF PRUEBAS-4.

²⁴ "CENTRO DE SALUD LA PALMITA. Sala de Espera: arreglar drywall (Baño y pasillo acceso odontología), arreglar baldosas huecas en las esquinas, arreglar nivel de piso del baño (se empoza el agua). HOSPITAL JORGE ISAAC RINCÓN TORRES. Fachada Lateral: Arreglar tubería de desagüe de los aires. Baño de Urgencia: Limpieza enchape piso. Planta Eléctrica: Arreglar el cárcamo interior del cuarto eléctrico. ¹¹ Revisar funcionamiento de la planta eléctrica. Entregar manual de funcionamiento. Morgue: Arreglar remate baldosa (puerta de acceso). Colocar enchufe en los mesones. Cambiar ducha teléfono (Deben ser iguales). Caseta de Bombeo: Limpieza general. CENTRO DE SALUD LA VICTORIA DE SAN ISIDRO. Odontología: Revisar niveles piso del baño. Observación Hombre: Arreglar niveles de piso del baño. Observación Mujer: Arreglar nivel de piso. General: Arreglar dilataciones metálicas (que sea un solo corte) y limpiarlas. Limpieza, desmanchado y brillado de pisos. CENTRO DE SALUD BOQUERÓN. Sala de espera: Arreglar cerámica esquina de muro (suena hueca). General: Limpieza, desmanchado y brillo de pisos y perfiles metálicos. CENTRO DE SALUD LA PALMITA. Sala de recuperación: Frisar parte inferior caja llave de paso. Observación Mujeres: Resanar parte inferior (cajilla llave de paso). General: Limpieza, desmanchado y brillado de pisos, mesones y paredes".

²⁵ PDF PRUEBAS-4. Folios 1 a 5.

- (ii) En el informe final de interventoría²⁶, que se basó en la visita de verificación realizada del 25 al 29 de junio de 2012, se determinó que a esa fecha aún no se subsanaban los problemas de calidad, con lo cual se estaban agudizando los daños causando nuevos hallazgos. Frente a esta situación el contratista en comité de obra del 3 de agosto de 2012²⁷, nuevamente se comprometió a efectuar los arreglos.
- (iii) En comité de obra del 31 de octubre de 2012²⁸, se volvieron a consignar observaciones sobre la necesidad de realizar las reparaciones puestas de presente al contratista y se expuso el “malestar” por los reiterados incumplimientos sobre el particular, pese a los compromisos asumidos.
- (iv) El contratista se comprometió a que el 7 de noviembre entregaría un cronograma que indicara el tiempo necesario para efectuar los arreglos, pero llegada la fecha no entregó el cronograma y tampoco subsanó los problemas presentados, frente a lo cual, el demandante no allegó ninguna prueba que permita concluir lo contrario, pues de su parte, sólo se tiene el informe del 5 de febrero de 2013 en el cual un ingeniero de la firma contratista afirma que los problemas provinieron de filtraciones de agua posteriores a la entrega, sin que se precise un respaldo técnico que soporte sus aseveraciones, pero especialmente, sin que se indique que en efecto el contratista procedió con los arreglos a los que se comprometió, que es precisamente lo expuesto en el recurso de apelación como sustento de la supuesta ilegalidad del acto.
- (v) En los actos demandados se expresó que la declaratoria de incumplimiento del contratista en sus obligaciones frente a la calidad y estabilidad de la obra y el consecuente cobro de las garantías por la ocurrencia del siniestro amparado, era procedente teniendo en cuenta que el contratista no había superado las novedades advertidas y que se comprometió a reparar, a tal punto que el informe rendido por el residente de la interventoría CIC-CE-597-12 del 29 de mayo de 2013, informaba la persistencia de todas ellas y la agravación de sus efectos²⁹, al paso que definía las actividades y precios unitarios requeridos para atender esas irregularidades, en cuantía de \$434.717.325,56; a pesar de lo anterior, el único recurso que se presentó fue el de la aseguradora, el cual dio lugar a que la entidad municipal mediante la Resolución DO-DA1295 de 2013, excluyera de la tasación de perjuicios el costo por reparación de aires acondicionados en el Hospital Jorge Isaac Rincón Torres, porque no hacían parte del contrato 072 de 2010.

²⁶ PDF PRUEBAS-3. Folios 3 y 35; 45 y 46; 49; 52.

²⁷ PDF PRUEBAS-4. P 8.

²⁸ PDF CONTESTACIÓN ACUMULADO, folios 153 a 155.

²⁹ “En este punto hay que precisar que las diferencias de las cuantificaciones de los perjuicios realizados en el informe final de obra de junio 22 de 2012, el derivado del informe de visita realizado por el representante del contratista el 5 de febrero de 2013, consiste en que la no corrección oportuna de las deficiencias que en principio requería reparaciones parciales, agravó la situación, a tal punto que en la actualidad, por ejemplo la humedad en el drywall afectó el 100% de dicha actividad”.

41. El reconocimiento de los daños por parte del contratista, la asunción expresa del compromiso de repararlos, la inexistencia de prueba de los arreglos y la falta de pronunciamiento de la parte actora indicando haberlos realizado frente a la decisión administrativa que definió lo contrario, conducen a concluir que la parte actora nunca solucionó las inconsistencias de calidad y estabilidad advertidas, pese a reconocerlas y solicitar plazos y prórrogas para subsanar tal circunstancia, al punto que está acreditado que estaban presentes desde el 1 de junio de 2012 y aun para el 29 de mayo de 2013, persistían.

42. Así las cosas, ante la ausencia de medios de convicción o motivos que lleven a dudar de los fundamentos de los actos demandados, o de los perjuicios definidos con base en el informe de la interventoría que se sustentó en una inspección técnica el 29 de mayo de 2013, no hay lugar a tener por acreditada una falsa motivación de los actos demandados.

43. En conclusión, no hay evidencia de que el contrato 072 de 2010 hubiera presentado un desequilibrio económico en detrimento del contratista que esté llamado a ser restablecido, como tampoco que las Resoluciones DO-DA1294 y DO-DA1295 de 2013 adolezcan de falsa motivación o violación al debido proceso como aduce el apelante. Aunque el recurrente también solicitó que se modificara la liquidación judicial con base en la prosperidad de tales cargos, su fracaso releva a la Sala de tal análisis y fuerza a que se confirme la sentencia de instancia.

Costas

44. De acuerdo con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021³⁰, en armonía con el artículo 365 del Código General del Proceso, la condena en costas no requiere la apreciación o calificación de una conducta temeraria, sino la verificación objetiva de quién resultó vencido. En relación con las agencias en derecho, se pone de presente que estas se regirán por el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda³¹. De conformidad con su artículo tercero, en la fijación de las tarifas en los asuntos contencioso administrativos, debe tenerse en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración útil de la gestión realizada por el apoderado, así como la cuantía de la pretensión y demás circunstancias relevantes.

45. En este caso, la Sala advierte que, la demandante no fue condenada a pagar por agencias en derecho en primera instancia, suerte que no corrió en esta instancia en

³⁰ Como el recurso se interpuso en mayo de 2022, le son aplicables las modificaciones introducidas por la Ley 2080 de 2021.

³¹ Debido a que se acumularon en un mismo proceso, se tiene en cuenta la primera, presentada 12 de marzo de 2015 (folio 480 C. 1).

la que todos los cargos alegados en la apelación resultaron infundados. En lo que tiene que ver con el valor de las agencias en derecho en segunda instancia, éstas pueden ser hasta el 5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. Por lo tanto, las agencias en derecho se fijan en cinco millones ciento once mil cuatrocientos sesenta y siete pesos m/cte. (\$5.111.467), teniendo en cuenta la relación porcentual del 0.5% del valor de las pretensiones económicas del demandante³².

III. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 14 de octubre de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante. Fijar como agencias en derecho la suma de cinco millones ciento once mil cuatrocientos sesenta y siete pesos m/cte. (\$5.111.467) a cargo de la sociedad demandante y en favor de la entidad demandada.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
 (aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



³² La pretensión mayor fue tasada en \$1.022'293'419,47.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Expediente: 20001-23-33-000-2015-00144-01 (68.031)
Demandante: Consorcio Construcciones y Diseños Ibirico
Demandado: Municipio de La Jagua de Ibirico
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

Aclaración de voto

Con el acostumbrado respeto por las providencias de la Sala, en esta oportunidad aclaro el voto respecto de la condena en costas impuesta, por cuanto estimo que para imponer tal condena a la parte actora debe acudirse a un criterio subjetivo, en aplicación del mandato incorporado *-con la Ley 2080 de 2021-* en el artículo 188 del CPACA, conforme al cual en todos los casos (salvo en litigios relacionados con grave violación de derechos humanos, donde no procede, o en las actuaciones gobernadas con reglas especiales, como en recursos extraordinarios) corresponde comprobarse si la demanda careció manifiestamente de fundamento legal. Sin embargo, también reconozco que no es una interpretación pacífica, por lo que *-hasta tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no unifique la subregla-* acogeré la actual posición mayoritaria de la Sección Tercera, plasmada en la providencia que motiva esta aclaración, que se inclina por mantener la aplicación del elemento objetivo.

Fecha *ut supra*,

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Nota: esta aclaración fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

