PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – CGP artículo 281 – Variación de la causa petendi – Apelación – Límites – Derecho de defensa – Contraparte – Debido proceso

Los dos primeros reparos planteados en el recurso de apelación implican una variación de la causa petendi, pues […] no formuló estos cargos de nulidad (incompetencia temporal y violación del artículo 1596 del Código Civil) en los fundamentos jurídicos de la demanda. En virtud del principio de congruencia, la sentencia debe guardar correspondencia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda (CGP, art. 281). Asimismo, tratándose de un contencioso subjetivo en el que se impugna la legalidad de un acto administrativo, la decisión judicial debe ajustarse a los cargos de nulidad estructurados a partir de las normas superiores que se indican como violadas y su respectivo concepto de violación (CCA, art. 137.4). En consecuencia, no resulta admisible introducir nuevos cargos de nulidad en la apelación, pues ello afectaría el derecho de defensa de la parte demandada.

DEBIDO PROCESO – CCA artículo 175 – Nulidad de acto administrativo – Cosa juzgada erga omnes – No declaratoria de nulidad – Efecto erga omnes solo en relación con la causa petendi juzgada

La Sala precisa que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de junio de 2014, confirmada por la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación, dictada en un proceso del que no fue parte el contratista, no impide resolver de fondo los cargos planteados […]. El artículo 175 del CCA, estatuto que rigió ese proceso judicial, establecía que la "sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes" y que "la que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada". En la demanda que dio origen a dicho proceso, la Aseguradora solicitó declarar la nulidad de los artículos 2º, 4º y 5º de la Resolución […], en los que el IDU: (i) hizo efectiva la cláusula penal, (ii) estableció que "si no fuere posible lo estipulado en la cláusula anterior, el valor de la multa se hará efectiva y deberá cancelarse por la compañía aseguradora […] con cargo al amparo de cumplimiento", y (iii) ordenó notificar la decisión tanto al consorcio como a la compañía de seguros.

[…] Ni la providencia de primera instancia ni la que la confirmó resolvieron cargos de nulidad por falsa motivación o violación del debido proceso del consorcio […], que no fue parte de ese proceso. Por el contrario, el único cargo analizado fue la violación del debido proceso de la Aseguradora, fundamento sobre el cual se declaró exclusivamente la nulidad del artículo 4º de la Resolución […]. En consecuencia, los demás artículos del acto administrativo —1º, 2º y 3º—, que declararon el incumplimiento del Consorcio […], hicieron efectiva la cláusula penal por el 30% del valor del contrato y ordenaron su cobro mediante compensación de deudas, conservaron sus efectos.

Dado que en las providencias previas no se abordaron los cargos presentados en este caso […] —como también lo resaltó la sentencia de primera instancia—, la Sala procederá a emitir un pronunciamiento de fondo sobre los reparos relacionados con estos.

DEBIDO PROCESO – Ley 1150 de 2007 artículo 17 – Características

Para resolver el cargo sobre la vulneración del debido proceso del contratista, la Sala precisa que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 estaba vigente cuando se expidió la

Resolución […] y se perfeccionó el contrato de obra. Esta norma dispuso que: (i) el debido proceso rige las actuaciones sancionatorias en materia contractual; (ii) las entidades sometidas al EGCAP tienen competencia para declarar por acto administrativo el incumplimiento, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada; y (iii) las decisiones sancionatorias deben estar precedidas de una audiencia del afectado, en la que se garantice un procedimiento mínimo que respete su derecho de defensa.

DEBIDO PROCESO – Ley 1150 de 2007 – Indefinición de procedimiento – Aplicación de la ley 80 de 1993 artículo 77 – Naturaleza de la actuación – Aplicación del CCA – Normas generales – Garantizar debido proceso – Derecho fundamental

Sin embargo, la Ley 1150 de 2007 no definió las etapas de este procedimiento. Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, resultaban aplicables —en lo que fue compatible con la naturaleza de la actuación—, las normas generales del procedimiento administrativo previstas en el CCA (arts. 14, 15, 28, 29, 34, 35 y 36) para garantizar el derecho fundamental al debido proceso (CP, art. 29). Ahora bien, como ha señalado la Corporación, la tutela administrativa de este derecho no implicaba el agotamiento procedimientos idénticos a los judiciales o a otros reglados con etapas rígidas, sino que la actuación debía adaptarse a los principios de celeridad y eficiencia que caracterizan la contratación estatal, cuyo propósito es asegurar la continuidad en la prestación de bienes y servicios para la satisfacción del interés general (Ley 80 de 1993, art. 25, núms. 2 a 5).

DESCARGOS – Término razonable – Normatividad no define término para presentar descargos – No se puede otorgar término de forma arbitraria – Término desproporcionado en relación con la afectación que generó el derecho de defensa – Derecho de defensa – Debido proceso – Competencia temporal para declarar incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal – Hasta la liquidación del contrato

Bajo este panorama, el procedimiento establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no imponía un esquema rígido de actuaciones, sino que se manifestaba un conjunto de obligaciones para la entidad estatal y garantías mínimas para el contratista. En este sentido, la entidad debía formular un requerimiento previo en el que indicara de manera clara y detallada los hechos que, a su juicio, constituían un incumplimiento contractual, integrándolos con las consecuencias establecidas tanto en la ley como en el contrato. Asimismo, el contratista tenía el derecho de aportar y controvertir pruebas, así como de presentar los descargos que considerara pertinentes. Para garantizar el ejercicio efectivo de estos derechos, resultaba imprescindible conceder un término razonable para su preparación. Este derecho ha sido ampliamente reconocido en el ámbito de los procedimientos administrativos disciplinarios y también se ha identificado como un elemento implícito del derecho de defensa, el cual constituye un componente esencial del debido proceso en toda clase de actuaciones sancionatorias.

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que la Ley 1150 de 2007 —al igual que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011— no estableciera un término mínimo que debía transcurrir entre la formulación de los cargos y el momento en que el contratista debía rendir descargos, aportar pruebas y controvertir las allegadas en su contra, no significa que pudiera fijarse de forma arbitraria. Esta consideración se fundamenta, por un lado, en el

artículo 3º del CCA, que al regular el principio de celeridad establecía que las autoridades tendrían el impulso oficioso del procedimiento, pero "sin que ello [las] releve de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados". Por otro lado, se fundamenta en el artículo 36 del mismo código, el cual disponía que en la medida en que una decisión implique el ejercicio de facultades discrecionales —como la determinación del intervalo entre la citación y la audiencia para rendir descargos—, su contenido "debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

En conclusión, para garantizar el debido proceso del Consorcio […] debía convocar la audiencia de descargos con una antelación razonable y acorde con la finalidad de la norma atributiva de la competencia para declarar el incumplimiento del contratista con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Asimismo, el plazo concedido debía ser proporcional a los hechos que motivaban la citación, lo que implicaba otorgar un término suficiente para que el contratista pudiera revisar las pruebas en su contra, analizar las imputaciones que sustentaban la actuación, determinar las pruebas que presentaría para desvirtuar el incumplimiento atribuido y, en general, preparar adecuadamente sus descargos.

[…] La Sala considera que el plazo concedido no era razonable para la preparación de los descargos, circunstancia que fue destacada en la diligencia por el representante del contratista, quien ante la negativa de la entidad a aplazar la audiencia no debatió el fondo del asunto y, en su lugar, reiteró su manifestación sobre la vulneración de su derecho a la defensa. Al determinar el intervalo entre la citación y la audiencia, entraban en tensión dos principios: por un lado, el principio de celeridad en la actuación sancionatoria contractual; por otro, el principio del debido proceso, que comprende el derecho a la defensa y, en particular, la garantía de contar con un plazo razonable para la preparación de los descargos.

La decisión de citar a la audiencia con menos de 24 horas de antelación, si bien era idónea para imprimirle celeridad a la actuación administrativa, resultó desproporcionada en relación con la afectación que generó al derecho de defensa. En otras palabras, aunque cumplía el requisito de adecuación previsto en el artículo 36 del CCA, la determinación no era necesaria, ya que no constituía el único medio para alcanzar el fin legítimo de garantizar la celeridad del procedimiento. Además, entre todas las alternativas posibles, no era la de menor lesividad del derecho a la defensa.

La Sala considera que el objetivo perseguido con la decisión de citar a la audiencia de descargos con solo un día de antelación no se habría visto afectado si la entidad hubiera optado por aplazarla o por conceder un plazo mayor para que el contratista preparara su defensa. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con la imposición de multas, que "procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista" (Ley 1150 de 2007, art. 17), la competencia temporal para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria se mantenía hasta la liquidación del contrato, como lo reconocía la jurisprudencia.

En el momento en que se celebró la audiencia de descargos, solo habían transcurrido seis días del plazo de cuatro meses con el que contaban las partes para liquidar el contrato, por lo que conceder un término más amplio al contratista para preparar su defensa no comprometía los fines de la actuación administrativa. En consecuencia, la negativa […] a otorgar un tiempo razonable no solo resultó innecesaria, sino que

constituyó una restricción desproporcionada del derecho de defensa, máxime cuando existían alternativas menos lesivas para garantizar el principio de celeridad sin menoscabar las garantías del contratista.

En conclusión, el término concedido […] para que el contratista rindiera sus descargos, así como la decisión de no ampliarlo para permitirle preparar adecuadamente su presentación, afectaron de manera desproporcionada un interés jurídico de especial relevancia: el derecho a la defensa en el procedimiento sancionatorio. Como consecuencia de lo anterior, la Sala declarará la nulidad de las […] por haberse configurado la causal del artículo 84 del CCA sobre el "desconocimiento del derecho de audiencia y defensa".

ACTO ADMINISTRATIVO – Naturaleza jurídica – Alcance – No toda declaración de voluntad se califica como acto administrativo

[…] El cargo de nulidad propuesto en la demanda y los argumentos desarrollados en el recurso de apelación imponen dilucidar la naturaleza jurídica de la decisión expresada […] en la comunicación […], expedida el 11 de marzo de 2009. Este examen resulta determinante para resolver el reparo, en la medida en que la pretensión de nulidad formulada en el marco del medio de control de controversias contractuales presupone la existencia de un acto administrativo. En este sentido, la Subsección ha precisado que "el dispositivo de nulidad –que se erige en pretensión bajo el medio de control de controversias contractuales– está dirigido a contrarrestar los vicios presentes en los elementos de existencia y validez de los actos administrativos, es decir, se trata de un juicio de valoración que parte de la existencia del acto mismo".

La comunicación […] no reviste la naturaleza jurídica de un acto administrativo y, por tanto, no es susceptible de ser anulada por la violación de normas superiores. Como se expondrá a continuación, ello obedece a que la cláusula penal de apremio se hizo efectiva en virtud de lo pactado en el Adicional 3, no en ejercicio de una prerrogativa de poder público.

El concepto de naturaleza jurídica no designa una propiedad ontológica, sino el resultado de una operación interpretativa. Los hechos no están dotados de una esencia jurídica intrínseca; existen calificaciones normativas aplicables a hechos con relevancia para el derecho. En este sentido, al afirmar que un acto tiene una determinada naturaleza jurídica, este se subsume en una categoría jurídica con el propósito de hacerle aplicable un régimen normativo específico. La determinación de la naturaleza jurídica de la voluntad […] exteriorizada en el oficio […] constituye, entonces, el resultado de una operación de interpretación en concreto. Esta operación, a diferencia de la interpretación en abstracto —orientada a atribuir significado a un enunciado de las fuentes del derecho—, se ocupa de problemas de subsunción, esto es, de establecer la extensión de un concepto y verificar si el objeto de análisis reúne las propiedades necesarias para su aplicación.

Para dilucidar la naturaleza jurídica de la manifestación […], la Sala parte de una premisa básica: no todas las declaraciones de voluntad de una entidad estatal emitidas en la ejecución de un contrato sometido al EGCAP se califican, por el solo hecho de provenir de ella, como actos administrativos. En este sentido, no constituyen actos administrativos los documentos mediante los cuales la entidad exterioriza su voluntad

de no acceder a la solicitud de un contratista, orientada al reconocimiento de sumas adicionales al precio pactado para restablecer el equilibrio económico […].

ACTO ADMINISTRATIVO – Naturaleza jurídica – Manifestación unilateral que produce efectos jurídicos – Elementos – Ejercicio del poder público – Habilitación expresa del ordenamiento jurídico

[…] En línea con esta comprensión, la Sala reafirma que el acto administrativo se presenta como instrumento por antonomasia del poder del Estado, en cuanto supone el ejercicio de una prerrogativa pública. Se trata de una concreción de la actividad administrativa, materializada en una manifestación unilateral de voluntad que produce efectos frente a otros sujetos y encuentra sustento en el ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, despuntan dos elementos relevantes: de una parte, el ejercicio del poder público; y, de otra, estrechamente vinculado con el anterior, la habilitación expresa del ordenamiento jurídico para su ejercicio, como corolario del principio de legalidad. Este es uno de los fundamentos que llevó a la Sección a unificar su postura en relación con la naturaleza jurídica de los actos emanados de las empresas prestadoras de servicios públicos en la formación de sus contratos: "en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho".

CONSENTIMIENTO – Fuente inmediata de obligaciones – No implica que una de las partes tenga facultades unilaterales para modificar la situación jurídica de la otra – Poderes unilaterales – Fuente en la ley – Fuente en la autonomía de la voluntad – Código Civil artículo 1602 – No implica expedición de acto administrativo

En el ámbito de los negocios jurídicos, el consentimiento constituye la fuente inmediata de las obligaciones. Sin embargo, ello no excluye que una de las partes del contrato esté investida, en virtud de las normas jurídicas que integran su contenido, de poderes o facultades unilaterales para modificar por sí misma la situación jurídica de la otra.

[…] Los poderes unilaterales en la contratación no solo pueden tener su fuente en normas heterónomas. El contrato mismo, obra de la autonomía de la voluntad que constituye una ley particular (Código Civil, art. 1602), también puede contener cláusulas habilitantes para su ejercicio, como la terminación unilateral por incumplimiento, cuya validez ha sido reconocida por la jurisprudencia civil.

En conclusión, salvo que se adopte un criterio puramente orgánico para calificar la manifestación de voluntad de la entidad estatal como acto administrativo —lo cual resulta incongruente con la configuración legal de la institución en el derecho positivo colombiano (Ley 489 de 1998, arts. 3 a 5; CCA, art. 1)—, la adopción de decisiones unilaterales por parte de la entidad, en la ejecución de un contrato, no implica necesariamente que estas revistan tal naturaleza jurídica. Si una entidad estatal ejerce un poder unilateral concedido no por una ley que la habilite para ejercer una prerrogativa de poder público en desarrollo de la función administrativa, sino por las disposiciones civiles y comerciales, o por el negocio jurídico fruto del acuerdo de voluntades con el contratista, la exteriorización de esa voluntad no es calificable como acto administrativo.

CLAÚSULA PENAL DE APREMIO – Código Civil artículo 1594 – Imposición – Prerrogativas de imposición de poder público – Ley 1150 de 2007 artículo 17 – Acuerdo de voluntades – Cláusula pactada – Exclusión del procedimiento previsto en la Ley 1150 de 2007 artículo 17

Como resultado de lo anterior, en el caso de las cláusulas penales de apremio (Código Civil, art. 1594), es necesario determinar si su imposición se fundamentó en una prerrogativa de poder público —como la prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007— o si se hizo efectiva con base en una habilitación contractual […].

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto la necesidad de distinguir la determinación de la naturaleza jurídica de la manifestación de voluntad de la entidad estatal contratante —esto es, su calificación como acto administrativo— de otras dos cuestiones aledañas, pero conceptualmente distintas. De una parte, la licitud o el carácter abusivo de la estipulación negocial que confiere a la entidad la facultad de hacer efectiva la pena; de otra, la responsabilidad que puede derivarse de ello. […].

[…] Debido a los retrasos en la terminación de las obras —los cuales habían llevado a la entidad a iniciar un procedimiento para declarar la caducidad administrativa—, en el Adicional No. 3, suscrito el 12 de diciembre de 2008, las partes pactaron una cláusula penal de apremio o por el mero retardo (Código Civil, art. 1594), con un alcance específico y diferenciado. Las consideraciones incluidas en dicho adicional, así como la arquitectura del procedimiento para hacer efectiva la pena, evidencian que las partes buscaron establecer un mecanismo expedito que fortaleciera los incentivos para el cumplimiento riguroso de los hitos pactados en el nuevo cronograma de obras, sin que ello supusiera el ejercicio de la competencia prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

CLÁUSULA PENAL – Acuerdo de voluntades – No cumple función de estimación anticipada de perjuicios – Cláusula por simple retraso – Código Civil artículo 1594 – No aplicación de potestad prevista en la Ley 1150 de 2007 – Acto administrativo

[…] La cláusula transcrita y las consideraciones que llevaron a las partes a pactarla permiten extraer varias conclusiones:

Primera: se convino una cláusula penal que no cumplía la función de estimar anticipadamente los perjuicios moratorios causados por el retraso del deudor, sino que se causaba por el simple retardo, conforme a lo previsto en el artículo 1594 del Código Civil. Su función era coercitiva, en la medida en que implicaba una prestación patrimonial adicional a la indemnización moratoria, lo que suponía un apremio para el contratista por cada día de atraso en el cumplimiento del cronograma remedial.

Segunda: entre la cláusula de multas pactada en el contrato inicial con fundamento en la Ley 1150 de 2007 y la cláusula penal de apremio incluida en el Adicional 3 no existe identidad. Por una parte, en ejercicio de la autonomía de la voluntad —de ahí la referencia expresa al artículo 40 de la Ley 80 de 1993 contenida en la cláusula segunda del Adicional—, las partes persiguieron estipular una cláusula penal de apremio no sujeta a las condiciones previstas para la multa regulada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En efecto, la exigibilidad de la pena no se supeditó a que la obligación permaneciera pendiente de cumplimiento, a diferencia de la multa, cuya imposición

"procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista". Así, aun cuando el contratista hubiera cumplido tardíamente, la pena pactada en el Adicional 3 podía hacerse efectiva, de modo que la ejecución extemporánea no purgaba la mora ni lo liberaba de su pago.

Por otra parte, mientras en el contrato básico se hizo referencia expresa al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y a la imposición de la multa mediante acto administrativo, en el Adicional 3 las partes prescindieron de toda alusión a esa clase de potestades legales y optaron por un mecanismo convencional para hacer efectiva la cláusula penal de apremio, cuya exigibilidad se sustentó exclusivamente en la habilitación contractual pactada entre las partes.

Tercera: en consonancia con lo anterior, dado que la exigibilidad de la cláusula penal no presuponía la expedición de un acto administrativo, sino que se causaba conforme a lo previsto en el Adicional, su aplicación no se sujetó al trámite previo del procedimiento administrativo general regulado en el CCA. En consecuencia, las partes acordaron un procedimiento contractual especial para hacer efectiva la cláusula penal, en cuyo marco el contratista conservaba la posibilidad de controvertir ex post el descuento practicado.

En conclusión, la forma como […] comunicó al Consorcio […] que hacía efectiva la pena por el mero retardo fue el resultado de aplicar el mecanismo pactado en el Adicional No. 3 al contrato de obra. La pena no se impuso en ejercicio de la potestad prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, la comunicación […] no contenía una manifestación que revistiera la naturaleza de un acto administrativo ni gozara de los atributos propios de estos.

ACTOS CONTRACTUALES – No están sujetos a la nulidad por violación a normas superiores – Nulidad absoluta del contrato – Puede ser declara de oficio por el juez

La conclusión a la que arriba la Sala sobre la naturaleza jurídica de la comunicación […], expedida el 11 de marzo de 2009, tiene implicaciones en la solución del caso. Al no tratarse de un acto administrativo, no es susceptible de ser anulada por la violación de normas superiores —que constituye uno de los vicios invalidantes previstos en el artículo 84 del CCA—, como lo pretende el demandante. Esto, sin embargo, no implica que la actuación […] quede al margen del control judicial. La calificación de esa manifestación de voluntad no zanja dos cuestiones conceptualmente diferentes: de una parte, la licitud y el eventual carácter abusivo de la estipulación negocial que confiere a la entidad la facultad de hacer efectiva la cláusula penal de apremio; y, de otra, la responsabilidad contractual que puede derivarse de hacer efectiva la cláusula penal, aunque ello no presuponga la expedición de un acto administrativo.

[…] Con todo, el juez está facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato (Ley 80 de 1993, art. 45), siempre que esta aparezca plenamente demostrada en el proceso (CCA, art. 87) y "cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato" respectivo (Código Civil, art. 1742).

LEY 1150 DE 2007 Artículo 17 – Alcance – Potestad de imposición de multas – Cláusula penal – Habilitación legal – Autonomía de la voluntad – Ley 80 de 1993 artículo 40 – Acuerdo de voluntades que pacten cláusulas penales de apremio – No es contraria a la Ley 1150 de 2007

artículo 17 – No es contraria a las finalidades de la actividad contractual – Ley 80 de 1993 artículo 3 y 18 – No es abusiva – No es contraria a Ley – No desconoce las finalidades y principios del EGCAP – Ley 80 de 1993 artículo 40

[…] El artículo 1594 del Código Civil reconoce la facultad de que las partes pacten una pena por el simple retardo del deudor, dejando a salvo el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento de la obligación principal (Código Civil, art. 1594): "Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal". Las partes también pueden hacer efectivas estas penas, autorizando al acreedor a practicar descuentos o compensaciones sobre saldos pendientes de pago al deudor incumplido.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 es una norma secundaria o de competencia. Confiere a "las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (…) la facultad de imponer [mediante acto administrativo] las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones", así como de "declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato". El enunciado legal precisa las condiciones para el ejercicio de ese poder, al disponer que "deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista" y al señalar que la imposición de las multas "procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista".

Esta habilitación legal debe entenderse sin perjuicio del principio de la autonomía de la voluntad. En virtud de este principio, en los contratos estatales puedan incluirse "las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración" (Ley 80 de 1993, art. 40). La cláusula tercera del Adicional 3 no resulta contraria a la ley ni al orden público, como tampoco desconoce las finalidades y principios del EGCAP.

No es contraria al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, porque esta disposición atribuye a las entidades públicas la potestad de imponer multas mediante acto administrativo, pero no proscribe que las partes del contrato estatal, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten esquemas negociales para hacer efectivas cláusulas penales de apremio sin que ello implique el ejercicio de prerrogativas de poder público. La atribución legal de tales prerrogativas en la ejecución del contrato no puede entenderse como un mandato que obligue a la Administración a huir del derecho privado contractual en la configuración de sus negocios, porque este integra el régimen jurídico aplicable al contrato estatal (Ley 80 de 1993, art. 13) […].

Como en este caso el pago de la cláusula penal es exigible en virtud del Adicional 3 por el mero hecho de la mora y no por la expedición de un acto administrativo en ejercicio de la función administrativa, la pena debía hacerse efectiva siguiendo el procedimiento acordado libremente entre las partes. Así, en este caso, bastaba la comunicación […] o

de la interventoría indicando la obra, el plazo pactado para su terminación, la fecha real de terminación y la liquidación de la pena, sin perjuicio de que posteriormente el contratista pudiera demostrar que el retraso no era imputable y solicitar el pago de las sumas descontadas.

La estipulación tampoco resulta contraria a las finalidades que informan las normas que regulan la actividad contractual del Estado (Ley 80 de 1993, art. 3º). Por el contrario, el esquema convencional diseñado para hacer efectiva la cláusula penal de apremio fue concebido y pactado con fundamento en la autorización prevista en el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 80 de 1993: "en caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado".

La adopción del esquema incluido en el Adicional 3 para hacer efectiva la cláusula penal constituía una medida de control necesaria para garantizar que se completara el objeto contratado. Su necesidad estaba dada por el hecho de que la obra presentaba retrasos que comprometían gravemente la movilidad del sector y exigían generar incentivos suficientes para que el contratista cumpliera los plazos del cronograma remedial, mediante un procedimiento expedito para hacer efectiva la pena. En este orden de ideas, lejos de contrariar las finalidades de las normas que rigen la contratación estatal, el mecanismo convencional para hacer efectiva la pena por el mero retardo nació en obediencia al mandato legal de adoptar medidas para garantizar la ejecución del objeto contratado cuando la entidad se abstiene de declarar la caducidad.

La cláusula en la que se pactó la pena de apremio y la forma de hacerla efectiva tampoco es abusiva. Respetadas las diferencias existentes en torno a la conceptualización de los elementos que estructuran la nulidad y a la sanción que debería imponerse a las cláusulas abusivas en la contratación estatal —aspecto que la Sala tuvo oportunidad de precisar en reciente pronunciamiento—, lo cierto es que, ante la ausencia de una definición legal expresa sobre la sanción aplicable, la institución de la nulidad subsiste como herramienta auxiliar para su control. En este contexto, dado que el juez se encuentra facultado para declarar de oficio la nulidad total o parcial del contrato, se impone precisar por qué la cláusula penal de apremio pactada en el Adicional 3 no reviste carácter abusivo.

CLÁUSULAS ABUSIVAS – Requisito – No haya sido objeto de negociación individual – Contexto integral – Negocio jurídico – Fundamento jurídico – Legislación civil – Código Civil artículo 1594

Como señaló en oportunidad reciente la Sala, "la teoría de las cláusulas abusivas tiene cabida en la contratación estatal, pero no mediante una reproducción automática de la caracterización que le dio origen en el derecho privado, pues su aplicación en los negocios públicos debe adecuarse a la especial naturaleza, prerrogativas y finalidades que prevé el estatuto público de contratación; lo anterior, sin perder de vista, como ya se explicó, que para considerar una estipulación como abusiva es necesario que provenga del ejercicio de la posición de predominio de un sujeto en la formación del contrato y ella materialice una asimetría injustificada para la parte débil que revele la configuración de aquel abuso –no de una regla de poder , pues para estos casos, es decir para controlar las expresiones de poder, el legislador dispuso las causales de nulidad de los actos y contratos estatales".

Uno de los requisitos para calificar como abusiva una cláusula es que esta no haya sido objeto de negociación individual. En este caso, no hay prueba de que el contenido del Adicional 3 hubiera sido impuesto por […] al contratista, sin posibilidad de discutir su contenido. Por el contrario, los considerandos de este documento evidencian que fue el fruto de las negociaciones que emprendieron las partes con el propósito de finiquitar las obras y terminar el procedimiento administrativo adelantado para declarar la caducidad del contrato, debido a los incumplimientos que afectaron la movilidad en el área de influencia del proyecto constructivo.

El control de abusividad de las estipulaciones debe tener en cuenta "el contexto integral del negocio y las motivaciones que asistieron a las partes en su pacto, dado que el desbalance que formalmente exhibe la cláusula puede estar justificado o contrarrestado por otras estipulaciones, o incluso en otras relaciones negociales que incumben a los contrayentes". La Sala constata que, en este caso, además de que la cláusula individualmente considerada no genera una asimetría prestacional injustificada porque tiene fundamento expreso en la legislación civil (Código Civil, art. 1594), su contenido estaba justificado por el contexto en que se suscribió el Adicional 3.

El Adicional 3 se suscribió en un contexto preciso: el desarrollo de un procedimiento administrativo para declarar la caducidad del contrato y la necesidad de la Administración de concluir a la mayor brevedad las obras. Durante este trámite, el contratista formuló el ofrecimiento de terminar las obras en un plazo suplementario y asumir los costos que ello implicaba, entre estos, los honorarios del interventor por este período adicional de seguimiento técnico al proyecto. En este contexto, adoptar un mecanismo convencional para hacer más expedita la efectividad de la pena pecuniaria, de forma que las obras se concluyeran siguiendo los hitos del cronograma remedial, estaba justificado desde el punto de vista de las necesidades del servicio y de la conducta del contratista. En conclusión, la cláusula tercera del Adicional 3 no es abusiva.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL – Código de Comercio artículo 867 – Código Civil artículo 1596 – Inejecución parcial de la obra – Exigibilidad de la pena pactada – Reducción proporcional – Criterio de equidad

[…] La obligación de pagar la pena pecuniaria (Código Civil, art. 1592) estaba condicionada a la declaratoria de caducidad o al incumplimiento total del contrato. […] y la Aseguradora, basándose en el tenor literal de la cláusula, sostuvieron que esta condición no se cumplió, dado que el incumplimiento no fue absoluto (100%), sino parcial, pues las obras pendientes de ejecución representaban un porcentaje menor al total del contrato.

A diferencia de la interpretación de normas legales (Código Civil, art. 27), en materia contractual prevalece la intención de las partes, de modo que cuando esta es clara debe primar sobre el sentido literal de las palabras (Código Civil, art. 1618). Tal como se desprende de los pliegos de condiciones y del objeto del contrato, la construcción de los andenes de la calle 116 constituía una obligación indivisible para el Consorcio […], pues el interés de la entidad estatal como acreedora de esta prestación de hacer solo se satisfacía con la ejecución integral de la obra y no por partes, ya que solo así se garantizaba el interés público que motivó su contratación: la libre circulación de personas sobre esta área del espacio público. En consecuencia, la intención perseguida con la celebración del contrato era que, al término de su ejecución, la entidad recibiera la obra

como una prestación indivisible; si este resultado no se obtenía, el incumplimiento tenía carácter total o definitivo, pues el acreedor de una prestación indivisible no está obligado a recibirla de manera fraccionada.

La intención de los contratantes al pactar la cláusula penal no podía ser que la pena solo se hiciera exigible si el incumplimiento era del 100%, pues ello significaría que el contratista quedaría exonerado con el cumplimiento de una prestación mínima e insustancial, como la firma del acta de inicio. Una interpretación en tal sentido privaría de efectos a una de las condiciones de exigibilidad de la pena, lo que contradiría el principio según el cual debe preferirse el sentido de una cláusula en el que produzca algún efecto sobre aquel en el que no lo tenga (Código Civil, art. 1620).

En este contexto, como ya lo ha señalado la Sección, la cláusula debe interpretarse en el sentido de que el adjetivo total no se refiere exclusivamente a la magnitud del avance de obra en términos cuantitativos o porcentuales, lo que sería incompatible con su carácter indivisible, sino a su carácter definitivo, es decir, a la imposibilidad de remediarlo mediante medidas de apremio, como la imposición de multas contractuales, por la expiración del plazo para la entrega de la obra finalizada. Esta interpretación, además de preservar el efecto útil de la estipulación, se alinea con una de las acepciones del término total, entendido como concluyente. La Sala estableció que la inejecución parcial de las obras civiles sobre el espacio público es jurídicamente atribuible al Consorcio […], por lo que se configura el supuesto que hace exigible la pena pactada. No obstante, dado que el incumplimiento de la obligación no fue absoluto, no procede la condena por el valor total de la pena, sino su reducción proporcional.

El artículo 867 del Código de Comercio dispone que, cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, el juez podrá reducir equitativamente la pena si la considera manifiestamente excesiva, teniendo en cuenta el interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación. Asimismo, señala que la reducción también procede cuando la obligación principal haya sido cumplida en parte. En la misma línea, el artículo 1596 del Código Civil dispone que si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal. Como ha sostenido la Corporación, estas disposiciones tienen un doble alcance: por un lado, consagran un derecho en favor del deudor de la pena pecuniaria y, por otro, imponen al juez el deber de evaluar si la sanción se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de equidad.

[…] Los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio establecen que la rebaja de la pena no debe calcularse con base en el monto del perjuicio, sino en función de la parte efectivamente ejecutada de la prestación principal […].

MODO DE EXTICIÓN DE LAS OBLIGACIONES – La nulidad de una decisión administrativa que hace efectiva una garantía no constituye un modo de extinción de las obligaciones – Código Civil artículo 1625 – Anulación parcial del acto administrativo – No extingue la obligación condicional – Contrato de seguro – No impide la efectividad de la póliza

[…] La nulidad de una decisión administrativa que hace efectiva una garantía no constituye un modo de extinción de las obligaciones previsto en el artículo 1625 del

Código Civil, ni en la normativa general de los seguros de daños, ni en las disposiciones específicas del seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales.

Asimismo, las condiciones contractuales de la póliza […] no contemplaban esta hipótesis como una causal para que la compañía aseguradora se liberara del pago de su obligación. […] En consecuencia, la anulación parcial del acto administrativo no extinguió la obligación condicional, dado que esta tiene su fuente en el contrato de seguro. Esta conclusión se refuerza si se considera que la sentencia dictada en el otro proceso se limitó a analizar la garantía del debido proceso administrativo, sin abordar de fondo la cuestión sobre la realización del riesgo asegurado.

En síntesis, la ausencia —por declaración de nulidad— de un acto administrativo que ordene la afectación del amparo de cumplimiento, no impide la efectividad de la póliza, pues el cumplimiento de la condición suspensiva de la cual depende la exigibilidad de esta prestación puede verificarse voluntariamente conforme a la regulación general del seguro de daños (Código de Comercio, arts. 1053.3 y 1071), o bien mediante un pronunciamiento judicial, como el solicitado en este proceso. Por estas razones, el motivo de inconformidad no es atendible.

PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO – Código de Comercio artículo 1081 – Término – Declaratoria de ocurrencia del siniestro de incumplimiento – No requiere quedar en forme dentro del término de prescripción previsto en el Código de Comercio artículo 1081 – Diferencia entre actuación administrativa y vía gubernativa – Efectividad de la garantía de seguro – Ley 1150 de 2007 artículo 7

La prescripción ordinaria de la acción derivada del contrato de seguro es de dos años, contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (Código de Comercio, art. 1081). El 25 de marzo de 2009, fecha en la que expiró el plazo de ejecución contractual sin que las obras fueran completadas, la entidad beneficiaria identificó el incumplimiento y dejó constancia de ello en el acta de terminación. Este fue el momento en el que la entidad beneficiaria tuvo conocimiento del hecho que fundamenta la pretensión contra la Aseguradora, es decir, la ocurrencia del siniestro de incumplimiento. En consecuencia, el término de prescripción expiraba el 25 de marzo de 2011. Con todo, el 1 de abril de 2009, tuvo lugar la actuación para hacer efectiva la garantía, cuando […] expidió la Resolución […], mediante la cual declaró la ocurrencia del siniestro e hizo efectiva la garantía, decisión que fue notificada tanto a la aseguradora como al contratista.

A diferencia de lo señalado por la Aseguradora, el acto administrativo mediante el cual se declaró la ocurrencia del siniestro no requería quedar en firme dentro del término de prescripción previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio: bastaba con que fuera expedido y notificado dentro de ese plazo. Esta conclusión, sostenida en casos análogos por la Subsección, se fundamenta en la diferencia entre la actuación administrativa y la vía gubernativa. La primera concluye cuando la Administración, tras agotar el procedimiento respectivo, adopta la decisión y define la situación jurídica en ejercicio del privilegio de autotutela declarativa (CCA, art. 35). En cambio, la vía gubernativa (CCA, art. 49 y ss.) tiene una finalidad distinta: constituye un medio de defensa del administrado que se concreta en el ejercicio de los recursos dispuestos para controvertir

la decisión primigenia. Es decir, esta etapa es posterior y distinta de la decisión administrativa inicial.

La facultad legal de declarar la ocurrencia del siniestro, estableciendo la exigibilidad de la obligación a cargo de la aseguradora por el acaecimiento de la condición suspensiva, sin necesidad de acudir al juez, se ejerce oportunamente a través del acto administrativo definitivo, no mediante los actos que resuelven los recursos contra la decisión primigenia. Por lo tanto, el acto que finaliza la actuación administrativa —y no el que se expide en el marco de la vía gubernativa— es el que debe ser proferido y notificado dentro de los dos años siguientes a la fecha en que la entidad tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro. Esta conclusión se reafirma con el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, el cual establece que el "acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare", sin supeditar este efecto a la resolución de los recursos interpuestos contra el acto.

[…] A los planteamientos previamente expuestos, que por sí solos resultan suficientes para desestimar la premisa jurídica en la que se funda el reparo de la Aseguradora, cabe agregar lo siguiente. El asegurado que no está investido del privilegio de autotutela declarativa puede evitar la prescripción extintiva presentando la demanda judicial dentro de los dos años siguientes al conocimiento del siniestro, ya que este acto procesal interrumpe el término de prescripción (CPC, art. 90), aun cuando la situación jurídica sobre su ocurrencia y la exigibilidad de la obligación solo se defina con la sentencia que se dicte en el proceso judicial. Por lo tanto, con mayor razón (a minore ad maius), debe concluirse que si la Administración, investida de la facultad de definir por sí y ante sí la situación jurídica, inicia el procedimiento administrativo y lo culmina con la expedición del acto administrativo definitivo, no se configura la prescripción extintiva prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio.

El 1 de abril de 2009, el […] expidió la Resolución […], la cual fue notificada tanto al Consorcio […] como a la Aseguradora. Ambas partes, al conocer la decisión, interpusieron recurso de reposición: el contratista el 8 de mayo de 2009 y la Aseguradora el 14 de mayo del mismo año. En consecuencia, el acto administrativo mediante el cual la entidad estatal definió la situación jurídica fue expedido y notificado antes del vencimiento del término de prescripción de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio (25 de marzo de 2011). Por lo tanto, el motivo de inconformidad expresado por la llamada en garantía no es de recibo para la Sala.

TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE SEGURO – Agravación del estado del riesgo – Falta de notificación – Código de Comercio artículo 1060 – No aplica a contratos de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales – Regido por normas de orden público

Finalmente, la Aseguradora solicitó la revocatoria de la condena proferida en su contra, argumentando que el Tribunal no advirtió que la toma de posesión de la obra no ocurrió al expirar el plazo contractual, sino cinco días antes, hecho que el […] reconoció en su demanda de reconvención. Con fundamento en ello, reiteró que esta actuación del asegurado llevó a la terminación del contrato de seguro y, en consecuencia, la compañía quedó exonerada del pago de la cláusula penal. La Sala tampoco considera fundado este reparo, por las razones que se exponen a continuación.

El hecho en que se funda el reparo de la Aseguradora corresponde a lo que indican las pruebas del expediente: de acuerdo con el acta del 20 de marzo de 2009, el […] tomó posesión de la obra en esa fecha, cinco días antes del vencimiento del plazo contractual, "informando a los participantes que el contratista Consorcio […], a partir del presente momento, no podrá ejecutar obra alguna ni podrá disponer de los equipos y materiales encontrados en la obra". Sin embargo, este hecho no implica la terminación anticipada del contrato de seguro ni la inexigibilidad del pago de la cláusula penal.

El argumento sobre la terminación del contrato de seguro se funda, en primer lugar, en el inciso cuarto del artículo 1060 del Código de Comercio […].

La Sala no considera de recibo este planteamiento, ya que la terminación anticipada por falta de notificación de la agravación del estado del riesgo prevista en el inciso cuarto del artículo 1060 del Código de Comercio no aplica a los contratos de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales. Esta inaplicabilidad obedece tanto a la función económica de estos seguros como a su finalidad de garantizar un interés asegurable que, dada su especialidad y trascendencia jurídica, está regido por normas de orden público (Ley 1150, art. 7) […].

[…] Aunque las consideraciones anteriores son suficientes para desestimar el reparo, la Sala también concluye que la actuación realizada el 20 de marzo de 2009, encaminada a asegurar materialmente el lugar donde se ejecutaban las intervenciones, no configuraba una agravación del riesgo que justificara la terminación del contrato de seguro por falta de notificación. El deber de informar al asegurador sobre hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato se activa cuando tales eventos son relevantes, esenciales o determinantes. En este sentido, el artículo 1060 del Código de Comercio parte del supuesto de que la agravación del riesgo asegurado debe ser significativa y capaz de alterar su configuración inicial, en lugar de un cambio inocuo o irrelevante que haría nugatorio el principio de conservación del contrato.

Para que una agravación del riesgo configure el supuesto fáctico de aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio, este debe ser jurídicamente relevante. Como ha señalado la doctrina, el incremento del riesgo merece este calificativo si, de haber conocido el asegurador la nueva circunstancia agravatoria —o el nuevo estado del riesgo—, hubiera condicionado su actuación en el sentido de no celebrar el contrato o de hacerlo en otras condiciones. En este caso, la supuesta agravación del riesgo consistió en la limitación material de la ejecución de las intervenciones constructivas por un período de solo cinco días, es decir, el tiempo transcurrido entre la toma de posesión física de la obra y la expiración del plazo contractual. Dada la brevedad de esta restricción, no hay elementos que permitan concluir que, de haberla conocido con antelación, la Aseguradora habría condicionado la celebración del contrato o modificado sus términos.

Las circunstancias fácticas de la ejecución del contrato refuerzan esta conclusión, pues el atraso del 33% reconocido por el contratista no podría haberse subsanado en un plazo tan reducido. Esta consideración cobra aún mayor relevancia si se tiene en cuenta que el plazo inicial de la obra era de siete meses y que, con el conocimiento y la aceptación de la compañía de seguros, la cobertura temporal de los amparos fue modificada mediante dos prórrogas: una por dos meses (Adicional 1) y otra por 75 días calendario adicionales. En consecuencia, el reparo relacionado con la terminación del contrato de

seguro por falta de notificación oportuna, de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio, tampoco resulta atendible.

PRINCIPIO INDEMNIZATORIO – Código de Comercio artículo 1088 – Prohibición del doble pago – Imposibilidad de cobrar dos veces la cláusula penal – Código de Comercio artículo 1096 – Mecanismo de subrogación – Recobro

La Sala precisa que, en virtud del principio indemnizatorio que rige el seguro de daños, el […] no puede percibir dos veces el valor de la cláusula penal —cuyo importe fue incorporado en la liquidación judicial del contrato—, una vez del contratista y otra de la aseguradora, pues ello desnaturalizaría el seguro al convertirlo en una fuente de enriquecimiento para la entidad estatal asegurada. En consecuencia, si el […] exige y obtiene el pago de la cláusula penal por parte del contratista, queda excluida la posibilidad de reclamar ese mismo valor a la aseguradora, por el límite que impone el artículo 1088 del Código de Comercio; y, a la inversa, si exige y obtiene el pago como prestación asegurada, no podrá reclamarlo también al contratista, en virtud de la subrogación legal prevista en el artículo 1096 del mismo estatuto.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil veintiséis (2026)

Expediente:	25000-23-26-000-2011-00491-01 (69.090)
Demandante:	Ingeconas Ltda.
Demandada:	Instituto de Desarrollo Urbano
Acción:	Controversias contractuales
Asunto:	Sentencia de segunda instancia

TEMAS: DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN ACTUACIONES SANCIONATORIAS – La entidad debe convocar la audiencia de descargos con una antelación razonable y acorde con la finalidad de la norma atributiva de la competencia para declarar el incumplimiento / AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD E IMPOSICIÓN DE MULTAS – Es necesario determinar si su imposición se fundamentó en una prerrogativa de poder público o en una facultad contractual / EFECTO DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD EL ACTO QUE HIZO EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL - la nulidad parcial del acto administrativo no conllevó la extinción de la obligación condicional pactada en la póliza que consistía en el pago de la cláusula penal, cobertura expresamente incluida en el amparo de cumplimiento

Surtido el trámite de ley, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver los recursos de apelación presentados contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

La controversia versa sobre un contrato de obra pública que terminó por vencimiento del plazo sin que las obras se concluyeran. La entidad estatal impuso multas al contratista, declaró su incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria. Uno de los integrantes del consorcio demandó la nulidad de dichas decisiones, solicitó la liquidación judicial del contrato y reclamó el reconocimiento de sumas derivadas de la responsabilidad contractual de la entidad estatal, así como de la alteración del equilibrio económico del contrato. Por su parte, la entidad contratante demandó en reconvención, solicitando que se declare el incumplimiento de la actora, como integrante del consorcio contratista, y que se condene a indemnizar perjuicios.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. El 27 de mayo de 2022, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió la siguiente decisión (se transcribe literalmente, incluso con errores):

> *"**PRIMERO: NEGAR** las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa de INGECONAS LTDA e ineptitud sustantiva de la demanda, formuladas por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda principal, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO: DECLARAR *el INCUMPLIMIENTO TOTAL de las obligaciones a cargo del CONSORCIO ID, emanadas del contrato 159 de 28 de diciembre de 2007, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

CUARTO: *en consecuencia de lo anterior, afectar el riesgo inicial asegurado en la póliza de cumplimiento 008586 del 10 de enero de 2008, expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., por un valor de SETECIENTOS UN MILLONES SETECIENTOS VEINTIDÓS MIL SESENTA Y SIETE PESOS ($701.722.067), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

QUINTO: CONDENAR *a SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., a pagar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU la suma de SETECIENTOS UN MILLONES SETECIENTOS VEINTIDÓS MIL SESENTA Y SIETE PESOS ($701.722.067) por concepto de cláusula penal pecuniaria, en atención a la parte motiva de esta providencia*

SEXTO: LIQUIDAR *judicialmente el contrato de obra 159 de 28 de diciembre de 2007, en el sentido de que la sociedad INGECONAS LTDA le debe al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU, la suma de MIL NOVECIENTOS SETENTA MILLONES CIENTO TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS MCTE. ($1.970.103.247), de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.*

SÉPTIMO: NEGAR *las demás pretensiones de la demanda de reconvención, en atención a las consideraciones de esta providencia.*

OCTAVO: *Sin condena en costas, ni agencias en derecho en esta instancia"*[1]*.*

2. La anterior providencia resolvió la demanda presentada por INGECONAS Ltda.[2] (en adelante, "INGECONAS"), así como la demanda de reconvención y el llamamiento en garantía formulados por el Instituto de Desarrollo Urbano (en adelante, "IDU").

Demanda principal

3. INGECONAS solicitó la nulidad de la Resolución 860 de 2009, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato y se hizo efectiva la cláusula penal, así como de los actos presuntos que desestimaron los recursos interpuestos en su contra. En subsidio, pidió la nulidad del acto presunto que negó la solicitud de revocatoria directa de dicha resolución. Posteriormente, en el escrito de reforma de la demanda, incluyó la solicitud de nulidad de la Resolución 3527 de 2011, que resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 860 de 2009[3]. Por otra parte, pidió la nulidad del oficio IDU-018431-STOE-5200 del 11 de marzo de 2009, mediante el cual se impuso una multa, así como la condena al pago de los perjuicios derivados de su expedición.

4. A título de responsabilidad contractual del IDU, INGECONAS solicitó el reconocimiento de $468'418.506 por el saldo de las obras construidas pendientes de pago y $262'242.832 por la obra pendiente de ejecución, junto con los intereses de mora. Además, reclamó $524'172.282, correspondientes a los siguientes rubros: (i) saldo no causado por gestión ambiental, (ii) saldo no causado por plan de manejo de tráfico, (iii) ajustes no pagados y (iv) devolución de las sumas retenidas por la entidad durante la ejecución del contrato. Finalmente, pidió el pago de $56'962.281 por los materiales de su propiedad que fueron retenidos por el IDU y no le fueron devueltos.

---

[1] SAMAI Tribunal, Índice 34.
[2] C. ppal., pp. 2 – 18.
[3] C. ppal., pp. 46 – 47.

5. Finalmente, INGECONAS solicitó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por conductas atribuibles al IDU y hechos ajenos al contratista, que generaron la ejecución de mayores cantidades de obra y una mayor permanencia en el proyecto. En consecuencia, pidió que se condene a la entidad al pago de $1.033’426.627, correspondientes a los siguientes conceptos: (i) excavaciones; (ii) sobrecostos derivados de las excavaciones; (iii) relleno en recebo; (iv) retiro y disposición de escombros; (v) traslado de materiales; (vi) manejo de aguas con motobomba; (vii) manejo de redes secas; (viii) gestión ambiental, social y de tráfico por 4.5 meses adicionales; (ix) tiempos de inactividad ("*stand by*") de maquinaria; y (x) sobrecostos administrativos por mayor permanencia en obra. Además, solicitó que se liquide judicialmente el contrato.

6. En apoyo de sus pretensiones, el demandante señaló que el 28 de diciembre de 2007, el IDU y el consorcio ID —integrado por INGECONAS y D&C Ingeniería S.A— celebraron el contrato de obra pública No. 159, cuyo objeto era la construcción de los andenes del eje vial de la calle 116 de Bogotá D.C., entre las carreras 15 y 19. Las partes pactaron un valor estimado de $2.339’073.551 y acordaron que el IDU tendría la facultad de imponer y cobrar multas mediante la expedición de actos administrativos, cuando se configuraran eventos de incumplimiento atribuibles al contratista.

7. La ejecución del contrato inició el 14 de abril de 2008. El Consorcio ID solicitó al área de malla vial del IDU el permiso para cambiar las tuberías de aguas negras trabajando sobre la calzada vial, pero la entidad negó la solicitud. A raíz de esa decisión, la intervención tuvo que realizarse sobre los andenes, lo que imposibilitó la construcción de las obras en corredores secos y forzó a trabajar en corredores húmedos, generando sobrecostos y retrasos. Además, el contratista evidenció que las redes de alcantarillado a intervenir estaban saturadas con otras redes de servicios públicos y que no existían ductos independientes para alcantarillado y aguas lluvias, sino que estos eran mixtos, lo que agravó las dificultades en la ejecución del contrato.

8. Entre julio y diciembre de 2008, las partes suscribieron dos adiciones al contrato para incorporar obras no previstas y prorrogar el plazo contractual, en atención a las dificultades surgidas durante su ejecución, las cuales fueron atribuidas al IDU. El 11 de marzo de 2009, el IDU emitió el oficio IDU-018431 STOE-5200, mediante el cual impuso una multa al contratista —la cuantía de la sanción no fue especificada en la demanda—. Este oficio fue remitido a la Cámara de Comercio de Bogotá D.C, que procedió a inscribir la sanción en el Registro Único de Proponentes (RUP).

9. El 25 de marzo de 2009, debido al vencimiento del plazo, las partes suscribieron el acta 08 de terminación del contrato, en la que se habría dejado constancia de: (i) la ejecución de mayores cantidades de obra que no fueron pagadas por el IDU; (ii) un saldo pendiente de pago de $468’418.506 por las obras ejecutadas; y, (iii) obras pendientes de ejecución por $262’242.832. El demandante sostuvo que en esta acta no se reconocieron las sumas resultantes de los ajustes a los precios pactados. Además, afirmó que el IDU, al tomar posesión de la obra, retuvo materiales de su propiedad valorados en $56’962.281, que no fueron devueltos

10. El 1 de abril de 2009, el IDU expidió la Resolución 860, mediante la cual declaró el incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal por el 30% del valor del contrato. El consorcio interpuso recursos de reposición y apelación contra esta decisión, como también solicitó su revocatoria directa; sin embargo, la entidad no se pronunció. En el escrito de reforma de la demanda, el contratista precisó que, tras el inicio del proceso judicial, el IDU expidió la Resolución 3527 del 5 de agosto 2011, mediante el cual negó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 860 de 2009, negó la concesión del recurso de apelación y no accedió a la solicitud de revocatoria directa[4].

11. Como fundamento jurídico de las pretensiones sobre el incumplimiento del IDU y la ruptura del equilibrio económico del contrato, el demandante citó los artículos 4, 5, 14, 28 y 50 de la Ley 80 de 1993. Por otra parte, en relación con la nulidad de la Resolución 860 de 2009, solicitó que se tomaran como sustento los cargos expuestos en el escrito del 4 de mayo de 2009, en el cual interpuso recurso de reposición contra dicha decisión. En este documento[5], el contratista alegó que el IDU vulneró su derecho al debido proceso, pues solo transcurrió un día entre la citación a la audiencia de descargos y su celebración, lo que le impidió ejercer su derecho de defensa y controvertir las pruebas, además de evidenciar un prejuzgamiento por parte de la entidad. Asimismo, sostuvo que la expedición de la Resolución 860 de 2009 tuvo como propósito justificar la contratación irregular de otro constructor para la terminación de los andenes.

12. Adujo que la Resolución 860 estaba falsamente motivada, pues no existía un incumplimiento imputable al Consorcio, ya que ejecutó la totalidad del presupuesto del contrato y la imposibilidad de completar los metros lineales de construcción de los andenes obedeció a circunstancias ajenas a su voluntad y fuera de su control. En este sentido, indicó que bajo el Plan de Ordenamiento Territorial (POT), la tubería de 24 pulgadas para la disposición de aguas negras debía instalarse sobre la calzada vial, pero la entidad contratante, desconociendo las normas de uso del suelo, impuso su ejecución sobre los andenes. Añadió que las bases técnicas de la licitación contemplaban la intervención de una red de alcantarillado para aguas negras con una operatividad del 40% y sin presión. No obstante, al iniciar las intervenciones sobre los andenes, se evidenció la existencia de una red de aguas mixtas (aguas negras y lluvias) que operaba a plena capacidad y con alta presión. Concluyó que estas circunstancias impidieron la intervención de los andenes en un corredor seco, lo que generó dificultades en la disposición del material sobrante y redujo los rendimientos constructivos.

13. En la misma línea, sostuvo que ni el IDU ni las empresas de servicios públicos domiciliarios contaban con un inventario completo y detallado de las redes, lo que generó imprevistos durante la ejecución del contrato. Señaló que Codensa S.A. E.S.P, propietaria de las redes de energía, solicitó modificaciones a los diseños, lo que implicó la realización de obras no previstas, cuya formalización y ejecución se retrasaron por culpa del IDU. Asimismo, indicó que ETB S.A. E.S.P, administradora de las redes de telefonía, condicionó las excavaciones a la verificación de las cámaras y ductos existentes, además de solicitar obras adicionales no contempladas

[4] C. ppal., pp. 42 – 46.
[5] C. pruebas 2, pp. 78 – 89.

en los diseños iniciales. Agregó que el IDU, pese a la necesidad de intervenir las redes subterráneas para la construcción de los andenes, se negó injustificadamente a adicionar el valor del contrato para sufragar dichos trabajos. A partir de lo anterior, concluyó que la deficiente planeación del proyecto alteró sustancialmente la naturaleza del contrato, que pasó de tener como componente principal la construcción de los andenes a centrarse en el manejo y traslado de redes. Sostuvo que este cambio de circunstancias fue la causa principal de la imposibilidad de ejecutar las obras del espacio público en su totalidad.

14. En la reforma de la demanda, en relación con la nulidad de la Resolución 3527 de 2011, alegó que esta decisión fue expedida sin competencia y en contravención del debido proceso, ya que, al momento de su emisión, el IDU había sido notificado del auto admisorio de la demanda.

15. En cuanto a la nulidad del oficio IDU-018431 STOE-5200, por el cual se impuso una multa, afirmó que el IDU desconoció la cláusula 14 del contrato, ya que no expidió un acto administrativo para su imposición y, a pesar de ello, ordenó su inscripción en el RUP. Agregó que esta actuación vulneró el debido proceso, ya que impidió ejercer el derecho de defensa y la interposición de recursos en vía gubernativa.

Contestación de la demanda principal

16. El IDU se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de contrato no cumplido, argumentando que al finalizar su ejecución, aún estaba pendiente el 46% de las obras de construcción de los andenes[6]. Agregó que, debido al incumplimiento del contratista, el IDU declaró la urgencia manifiesta mediante la Resolución 840 de 2009, lo que le permitió contratar directamente a Obras Civiles e Inmobiliarias S.A. para terminar las construcciones inconclusas y ejecutar intervenciones prioritarias en distintos puntos con el fin de subsanar las deficiencias de las obras entregadas por el Consorcio ID. Finalmente, señaló que las empresas operadoras de las redes de servicios públicos (EAAB S.A. E.S.P., ETB S.A. E.S.P., CODENSA S.A. E.S.P. y GAS NATURAL S.A. E.S.P.) realizaron inspecciones y reportaron múltiples desperfectos, daños y alteraciones atribuibles a las obras ejecutadas por el Consorcio ID, cuyo costo debió ser asumido por la entidad.

17. Formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, aduciendo que la demanda debía ser promovida por los dos integrantes del consorcio y no por uno solo de ellos. Por otro lado, al pronunciarse sobre la reforma de la demanda, sostuvo que expidió válidamente la Resolución 3527 de 2011, ya que para decidir los recursos interpuestos por el contratista y la aseguradora contra la Resolución 860 de 2009, la entidad decretó pruebas en el Auto 003 del 17 de diciembre de 2009, decisión que conforme al artículo 60 del CCA interrumpió el término para resolverlos[7].

Demanda de reconvención

[6] C. 3., pp. 05 – 57.
[7] C. ppal., pp. 144 - 150.

18. El IDU presentó demanda de reconvención contra INGECONAS en la que pidió que se liquide judicialmente el contrato, se declare que el Consorcio ID incumplió sus obligaciones contractuales y, como consecuencia de ello, se le condene a pagar los perjuicios materiales causados por su incumplimiento[8]. En la reforma de la demanda de reconvención, el IDU solicitó que se declare que INGECONAS debe pagar la cláusula penal pecuniaria, equivalente a $926'722.065, más los intereses respectivos[9].

19. En respaldo de sus pretensiones, la reconviniente reiteró los hechos en que fundamentó la excepción de contrato no cumplido formulada en la contestación de la demanda principal. Adicionalmente, indicó que, el 4 de diciembre de 2008, el IDU comunicó al Consorcio ID el inicio del procedimiento administrativo para declarar la caducidad del contrato, dado que, para esa fecha, el avance físico del proyecto apenas alcanzaba el 55%. No obstante, la entidad se abstuvo de adoptar dicha determinación y suscribió el Adicional No. 3, mediante el cual se prorrogó el plazo contractual y el contratista autorizó al IDU a practicar una retención automática de $20'000.000 diarios, a título de multa, por cada día de atraso en el cumplimiento del cronograma de las obras pendientes.

20. En febrero de 2009, el interventor de la obra informó al IDU que el contratista incumplió el cronograma en uno de los tramos del proyecto. En consecuencia, mediante el oficio IDU 012686, la entidad estatal comunicó al contratista que aplicaría las multas pactadas desde el 28 de enero hasta el 20 de marzo de 2009, fecha en la que tomó posesión de la obra.

21. El 25 de marzo de 2009 se suscribió el acta de terminación del contrato. En este documento, el contratista reconoció que aún quedaba pendiente por ejecutar el 33% del proyecto. En consecuencia, el 1 de abril de 2009, el IDU expidió la Resolución 860, mediante la cual declaró el incumplimiento definitivo del contrato y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

22. Finalmente, señaló que el Consorcio ID y SEGUREXPO S.A. (en adelante, la "Aseguradora"), compañía que expidió la garantía única de cumplimiento del contrato, recurrieron esta decisión. Para resolver la impugnación, mediante la Resolución 003 del 17 de diciembre de 2009, el IDU decretó pruebas dentro de la vía gubernativa. Practicadas las pruebas, el 5 de agosto de 2011, la entidad expidió la Resolución 3527, mediante la cual confirmó la Resolución 860 de 2009.

23. Como fundamento jurídico de las pretensiones de la demanda de reconvención, el IDU citó las normas de la Ley 80 de 1993 que imponen al contratista el deber de cumplir oportunamente sus obligaciones. En el escrito de reforma de la demanda, invocó además el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para sustentar la pretensión de obligar a INGECONAS a pagar la cláusula penal. Precisó que el parágrafo de esta disposición faculta a las entidades estatales para hacer efectiva la cláusula penal por distintas vías, entre ellas la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del CCA[10].

---

[8] C. 4., pp. 02 - 44.
[9] C 4., p. 47.
[10] C. 4, pp. 48-58.

Contestación de la demanda de reconvención

24. INGECONAS se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención, argumentando (i) que ejecutó la totalidad del presupuesto estimado del contrato y (ii) la imposibilidad de completar los andenes obedeció a circunstancias ajenas a su voluntad y fuera de su control. Para sustentar esta defensa, reiteró los hechos en que fundó el cargo de nulidad por falsa motivación de la Resolución 860 de 2009[11].

Llamamiento en garantía

25. Durante el término de fijación en lista de la demanda principal, el IDU también llamó en garantía a la Aseguradora y solicitó que se declare la existencia de una *"relación contractual, sustancial y legal*", derivada del contrato de seguro de cumplimiento. En consecuencia, formuló la siguiente pretensión: "*en caso de existir sentencia condenatoria en contra de la sociedad Ingeconas S.A., condénese al llamado en garantía al reembolso - pago total o parcial de la indemnización a que haya lugar por el incumplimiento del contrato 159 de 2007, conforme al contrato de seguro No. 00008586*"[12].

26. Como fundamento del llamamiento en garantía, el IDU reiteró los hechos expuestos en su demanda de reconvención y agregó que la Aseguradora emitió la póliza de cumplimiento No. 00008586, cuyo objeto era garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Consorcio ID. Además, señaló que la constitución de la indicada garantía única a favor de la entidad estatal generó una relación sustancial con la aseguradora, otorgándole el derecho a exigir la indemnización de los perjuicios que eventualmente llegara a sufrir.

27. La Aseguradora contestó la demanda de reconvención y el llamamiento en garantía presentados por el IDU, oponiéndose a las pretensiones formuladas en dichos actos procesales[13]. Afirmó que la cláusula 5ª del contrato establecía como condición para hacer efectiva la cláusula penal que se declarara la caducidad del contrato o su incumplimiento total. Con base en ello, sostuvo que dicha condición no se cumplió, pues el incumplimiento fue parcial y, además, no era imputable al contratista. Por otro lado, alegó que operó la prescripción ordinaria de la acción derivada del contrato de seguro, dado que entre la fecha en que el IDU tuvo conocimiento del incumplimiento (25 de marzo de 2009) y la fecha en que la Resolución 860 adquirió firmeza transcurrieron más de dos años.

28. Adujo que las condiciones generales de la póliza imponían a la entidad estatal asegurada la obligación de no introducir modificaciones al contrato de obra garantizado sin notificar previamente a la aseguradora y obtener su consentimiento. En este sentido, sostuvo que la toma de posesión de las obras, ocurrida el 20 de marzo de 2009, cinco días antes de la expiración del plazo contractual, implicó la terminación del contrato de seguro, pues no se notificó la variación del estado del

[11] C. 7, pp. 5 – 21.
[12] C. 5, p. 2.
[13] C. 5, pp. 15 – 91.

riesgo (C Co., art. 1060) ni se cumplió con la garantía a cargo de la asegurada (C. Co., art. 1061). En consecuencia, concluyó que la aseguradora quedó liberada de cualquier obligación.

29. La compañía de seguros afirmó que el IDU incumplió sus obligaciones contractuales y legales, lo que impidió al contratista cumplir sus compromisos. En particular, señaló las siguientes conductas y hechos: (i) el retraso en la entrega del anticipo; (ii) las inexactitudes en los pliegos de condiciones respecto del tipo de redes subterráneas de aguas negras que el contratista debía intervenir; (iii) la demora en la aprobación y formalización de adiciones necesarias para ejecutar obras de manejo de redes no previstas, indispensables para la construcción de los andenes; y (iv) la negativa a adicionar el contrato para remunerar ítems adicionales de manejo de redes.

30. Indicó que el IDU violó el debido proceso en la expedición de la Resolución 860 de 2009, ya que: (i) era improcedente tomar los porcentajes de obra consignados en el acta de terminación del 25 de marzo como base para la decisión, pues tenían carácter estimado y no precisaban a qué parte era atribuible la falta de ejecución; (ii) en la citación a descargos se utilizó como referencia un presupuesto de obra distinto al finalmente empleado en el acto administrativo para justificar la declaratoria de incumplimiento; y, (iii) la citación a la audiencia de descargos se realizó con un solo día de antelación, en contravención de la Resolución 7553 del IDU, que establecía un plazo de tres días.

31. La Aseguradora alegó que no era procedente aplicar descuentos para hacer efectivas las multas, pues estas sanciones se fundamentaban en la cláusula tercera del Adicional 3, la cual era ilegal y viciaba la decisión de la entidad. En particular, sostuvo que dicha cláusula permitía imponer la sanción únicamente con base en la comunicación del IDU sobre el vencimiento del plazo y la multa aplicable, lo que contravenía el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que exige un procedimiento previo para la imposición de sanciones contractuales. Además, argumentó que la imposición de las multas era improcedente, dado que, pocos días antes de la expedición de la decisión, la interventoría había advertido que la construcción de los andenes no podía concluirse sin una adición contractual para la ejecución de actividades relacionadas con el manejo y traslado de redes de servicios públicos.

32. Finalmente, sostuvo que la Resolución 3527 del 5 de agosto de 2011, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 860 de 2009, es nula por incompetencia, pues fue expedida después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Además, afirmó que la negativa a firmar el acta de recibo final de la obra, en la que debían dimensionarse y cuantificarse las obras pendientes de ejecución por causas atribuibles al contratista, impidió que la entidad cumpliera con la carga de acreditar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, conforme a lo dispuesto en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Alegatos en primera instancia

33. Surtida la etapa probatoria[14], el Tribunal Administrativo dio traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto. Las partes guardaron silencio[15]. El Ministerio Público presentó concepto en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda principal. Sostuvo que INGECONAS no probó los incumplimientos atribuidos al IDU ni los hechos en los que fundamentó la pretensión de nulidad de la Resolución 860 de 2009, sin exponer mayores justificaciones sobre esta conclusión[16].

Los fundamentos de la sentencia impugnada

34. En relación con la **demanda principal**, el Tribunal negó la pretensión de nulidad de las Resoluciones 860 de 2009 y 3527 de 2011, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del consorcio ID y se hizo efectiva la cláusula penal. Señaló que el Consejo de Estado, en un proceso independiente, declaró la nulidad parcial de dichas resoluciones por violación del debido proceso, pero exclusivamente en lo concerniente a la Aseguradora, mas no al contratista[17]. Indicó que, a diferencia de la Aseguradora, que no firmó el acta de terminación de la obra del 25 de marzo de 2009 —en la que se consignó un porcentaje de ejecución pendiente del 33%—, el Consorcio ID sí suscribió dicho documento, por lo que conocía la situación que motivó su citación a la audiencia de descargos del 1 de abril de 2009. Agregó que la modificación del procedimiento de imposición de multas pactada en el adicional 3 también obedeció a los incumplimientos reiterados del contratista. Por lo tanto,

[14] Mediante auto del 19 de agosto de 2014 (C. ppal., pp. 187-192), el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, decisión que fue aclarada en providencia del 30 de septiembre de 2014 (C. ppal., pp. 204-205) y posteriormente adicionada mediante auto del 17 de febrero de 2015 (C. ppal., p. 215). Respecto de INGECONAS, se decretaron: (i) los documentos aportados con la demanda y la contestación de la reconvención; (ii) los documentos cuya remisión INGECONAS solicitó al IDU mediante oficio, entre ellos la certificación de pagos, la propuesta del consorcio, las actas de liquidación parcial y las actas de determinación del valor para adicionar el contrato; (iii) el dictamen pericial económico-financiero solicitado en la demanda, orientado a determinar el ajuste de los precios globales y la alteración del equilibrio económico del contrato; (iv) el dictamen pericial técnico solicitado en la contestación de la reconvención, relativo a las circunstancias que impidieron la ejecución total de las obras de espacio público; y (v) los testimonios de Javier Moreno López (practicado), Jorge Velásquez (practicado) y Guillermo Balcázar (desistido). En cuanto al IDU, se decretaron: (i) los documentos aportados con la contestación de la demanda y la demanda de reconvención y (ii) los testimonios de Silverio Osa Carvajal, Olga Robayo Cruz, Andrés Sandoval, Mario Suárez Melo, Claudia Rozo Escobar, Gloria Inés Cardona y Adriana Lucía Jiménez, solicitados en la demanda de reconvención y en la contestación a la reforma de la demanda principal (todos ellos fueron desistidos, c. ppal., p. 402). Posteriormente, en auto del 5 de mayo de 2015 (C. ppal., pp. 382-383), el Tribunal decretó la prueba pericial pedida por el IDU en su demanda de reconvención con el objeto de probar los perjuicios sufridos por el incumplimiento del Consorcio ID, que no había sido incluida en el auto de apertura a pruebas. Esta providencia no fue impugnada. Finalmente, respecto de la Aseguradora, se decretaron los documentos aportados junto con la contestación al llamamiento en garantía y a la demanda de reconvención del IDU.

[15] El IDU y Segurexpo presentaron sendos memoriales en los que advirtieron que el cambio de radicado del proceso en el sistema de registro Siglo XXI, originado en la aceptación de los impedimentos de los magistrados que integraban la Sala, generó una confusión que les impidió descorrer el traslado para alegar de conclusión (C. ppal., pp. 560-564 y 566-582). Mediante auto del 11 de septiembre de 2009 (C. ppal., pp. 584-586), el magistrado ponente desestimó las solicitudes del IDU y la aseguradora de aclarar el número de radicado del proceso, argumentando que el radicado inicial en el sistema (20110049101) cambió tras aceptarse los impedimentos (20110049102) y que en este último se registraron todas las actuaciones procesales, incluyendo el traslado para alegar. Asimismo, enfatizó que, con independencia del registro en el sistema Siglo XXI, el auto que corrió traslado para alegar de conclusión se notificó por estado, por lo que las partes no podían desconocer su deber de informarse sobre las decisiones del Despacho a través de los medios de notificación legalmente establecidos. La súplica contra esta decisión fue declarada improcedente. Por estos mismos hechos, el IDU promovió una acción de tutela que fue declarada improcedente por esta Corporación, entre otras razones, por no haberse propuesto un incidente de nulidad por tales hechos: C.E., Secc. Tercera, Sub. C, rad. 11001-03-15-000-2022-00704-00, mar. 11/2022, C.P. Jaime Rodríguez Navas.

[16] C. ppal. pp. 544 – 551.

[17] C.E., Secc. Tercera, Sub. B, Sent. 53.350, sept. 08/2021, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

concluyó que no hubo vulneración del debido proceso, pues estos antecedentes indicaban que el IDU iniciaría el procedimiento sancionatorio que terminó con la expedición de la Resolución 860.

35. El Tribunal desestimó el cargo de falsa motivación de la Resolución 860 de 2009 porque el Consorcio no impugnó la legalidad de la Resolución 840 del mismo año, mediante la cual el IDU declaró la urgencia manifiesta para contratar directamente la terminación de las obras. Precisó que, en esta última decisión, el IDU (i) estableció los incumplimientos en que incurrió el Consorcio, (ii) determinó que las obras sin ejecutar correspondían al 46% de la meta física y (iii) fijó el costo de finalización de las obras, lo cual no fue desvirtuado por el demandante. En consecuencia, concluyó que el Consorcio no podía alegar la inexistencia de incumplimientos mientras aceptaba tácitamente la validez de la Resolución 840 de 2009.

36. Por otro lado, negó la pretensión de INGECONAS de declarar nulo el oficio IDU-018431-STOE-5200 del 11 de marzo de 2009, mediante el cual se impuso una multa. Señaló que, independientemente de su aspecto formal, el documento contiene un acto administrativo. Agregó que su expedición no vulneró el debido proceso, pues el IDU aplicó el procedimiento pactado en el adicional 3 del contrato, el cual le facultaba para imponer la multa sin necesidad de un procedimiento previo. Asimismo, indicó que esta decisión no afectó el derecho de defensa del contratista, ya que, conforme a lo previsto el adicional 3, una vez impuesta la multa, el contratista podía justificar la inejecución y, de encontrar atendible su explicación, el IDU debía reintegrar el valor de la sanción.

37. El Tribunal abordó conjuntamente las pretensiones de la demanda relativas a los incumplimientos imputados al IDU y al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Consideró que dichas pretensiones eran improcedentes, dado que su fundamento radicaba en las notas consignadas por el contratista en el acta de terminación del contrato, firmada el 25 de marzo de 2009, las cuales fueron desvirtuadas por el IDU en la Resolución 840 de 2009, mediante la cual se declaró la urgencia manifiesta.

38. El Tribunal agregó que, durante la ejecución del contrato, se suscribieron varios otrosíes y adiciones sin que el consorcio dejara salvedades sobre un posible desequilibrio contractual. Precisó que, en los Adicionales No. 1 y 3, cuya validez no fue cuestionada, el consorcio renunció al cobro de compensaciones o indemnizaciones derivadas de su suscripción. Asimismo, indicó que el contratista no probó que los sobrecostos reclamados se hubieran causado y destacó que las salvedades incluidas en el acta de terminación de la obra del 25 de marzo de 2009 carecen de claridad y precisión. En consecuencia, concluyó que no procedía ordenar la indemnización de perjuicios ni el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por conductas imputables al IDU, pues esta pretensión implicaba el desconocimiento de los propios actos del contratista. Respecto al costo de los materiales retenidos, determinó que no se acreditó ni la cantidad ni las características de estos; asimismo, precisó que en el expediente consta un acta en la que el IDU puso a disposición del contratista los equipos y materiales encontrados en la obra, motivo por el cual negó el reconocimiento solicitado.

39. En relación con la **demanda de reconvención**, el Tribunal señaló que el incumplimiento del Consorcio ID estaba probado, dado que no se desvirtuó la presunción de legalidad de la Resolución 860 de 2009, mediante la cual se declaró dicho incumplimiento y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, ni se cuestionó la validez de la Resolución 840 del mismo año, que declaró la urgencia manifiesta. En consecuencia, el Tribunal concluyó que el análisis debía centrarse en determinar si existían perjuicios adicionales a los estimados anticipadamente en la cláusula penal pecuniaria.

40. El Tribunal desestimó la pretensión de ordenar el pago de perjuicios adicionales a los estimados anticipadamente en la cláusula penal, porque: (i) el dictamen pericial elaborado por Uriel Alzate precisó que, debido a la limitación de la información suministrada por el IDU, no era posible cuantificarlos; (ii) en la Resolución 840 de 2009, que declaró la urgencia manifiesta, se estableció el porcentaje de obra pendiente por ejecutar, pero no se calcularon los perjuicios; y, (iii) el IDU no probó los costos de personal propio y de interventoría en los que incurrió para supervisar la terminación de las obras. Finalmente, indicó que, aunque la terminación del 46% de la obra pendiente podría haber implicado costos adicionales, no se probó que estos efectivamente se hubieran causado.

41. En relación con el **llamamiento en garantía** formulado por el IDU contra la Aseguradora, el Tribunal indicó que la sentencia del Consejo de Estado, en la que se declaró la nulidad parcial de la Resolución 860 respecto de dicha compañía, no impedía analizar las pretensiones formuladas contra ella en este proceso. En sustento de ello, señaló que la entidad estatal asegurada podía hacer efectiva la garantía por diferentes vías: (i) expidiendo un acto administrativo, (ii) ejerciendo el derecho de acción en su condición de asegurada o (iii) haciendo concurrir a la aseguradora en calidad de llamada en garantía. Además, precisó que la sentencia estudió la legalidad de las Resoluciones 860 y 3527 únicamente en relación con la vulneración del debido proceso, mientras que el llamamiento en garantía tiene fundamentos distintos e implica examinar si la aseguradora está obligada a pagar el valor de la cláusula penal por haberse materializado riesgo de incumplimiento del contrato garantizado.

42. El Tribunal señaló que no operó la prescripción ordinaria de la acción derivada del contrato de seguro, ya que: (i) el IDU declaró la ocurrencia del siniestro una vez evidenció el incumplimiento, conclusión que no perdía validez por la anulación parcial de la Resolución 860 de 2009; (ii) la Aseguradora no refutó la existencia de los incumplimientos del contratista ni cuestionó la legalidad del acto que declaró la urgencia manifiesta —lo que equivale a aceptar la ocurrencia del siniestro—; y, (iii) el IDU presentó oportunamente la demanda de reconvención solicitando la declaratoria de incumplimiento y el pago de la cláusula penal. Por otro lado, afirmó que la entidad no tomó posesión ilegal de la obra, pues lo hizo al vencimiento del plazo contractual.

43. A partir de lo anterior, concluyó que era procedente afectar la póliza, ya que el amparo de cumplimiento cubría el pago de la cláusula penal. Sin embargo, dado que no había prueba de que la Aseguradora conociera la suscripción del Adicional 3 y del acta de terminación del contrato del 25 de marzo de 2009, concluyó que solo procedía ordenar el pago del valor inicial asegurado ($701’722.067). El Tribunal aclaró que no

"*se declarará la efectividad de la cláusula penal porque esta [sic] fue declarada en sede administrativa mediante Resolución 860 de 1 de abril de 2009. Decisión que no fue modificada por la sentencia del Consejo de Estado del 8 de septiembre de 2021*".

44. Finalmente, con base en el dictamen pericial elaborado por Uriel Alzate Salazar, el Tribunal liquidó el contrato, estableciendo un saldo total a favor del IDU de $2.671'825.314. Señaló que la Aseguradora debe pagar $701'722.067, por lo que el saldo final adeudado por el contratista es de $1.970'103.247. La liquidación se presentó en los siguientes términos:

Liquidación Judicial	
Valor del Contrato	
Valor Inicial del contrato de obra	$2.339.073.551.oo
Valor Adición 2 del 18 de noviembre de 2008	$750.000.000.oo
Valor total contrato	**$3.089.073.551.oo**
Erogaciones a favor del CONSORCIO ID	
Valor pagos realizados al CONSORCIO ID (fl.366 c.1)	$2.030.679.585.oo
Saldos a favor del CONSORCIO ID[66]	$0.oo
Total (erogaciones a favor del CONSORCIO ID que fueron pagadas por el IDU)	**$2.030.679.585.oo**
Saldos a favor del IDU	
Valor cláusula penal pecuniaria -30% del valor del contrato-	$926.722.065.oo
Valor de las multas de apremio impuestas al CONSORCIO ID[67] - cláusula tercera, adicional 3 y otrosí 3- (52 días)	$1.040.000.000.oo
Valor 75 días de interventoría del contrato de obra 159 de 28 de diciembre de 2007, que el CONSORCIO ID se obligó a pagar[68] - cláusula cuarta, adicional 3 y otrosí 3- (52 días)	$149.263.000.oo
Valor obras pagadas al CONSORCIO ID pero no ejecutadas[69] - el contratista solamente ejecutó el 44% de la obra-	$555.840.249.oo
Saldo total a favor del IDU	**$2.671.825.314.oo**

[66] El perito estableció que, si bien existía un saldo a favor del CONSORCIO ID, por valor $865.133.584.oo, lo cierto es, que a esta suma se le debía descontar la obra pagada y no ejecutada, por ende el saldo a favor del CONTRATISTA es de $0. INGECONAS LTDA no presentó objeción al respecto. (fl. 520.c1) .
[67] Ver numeral 4.2, y 5.2 del dictamen pericial. INGECONAS LTDA no presentó objeción al respecto. (fl. 520-521.c1)
[68] Ver numeral 4.3, y 5.3 del dictamen pericial. INGECONAS LTDA no presentó objeción al respecto. (fl. 520-521.c1)
[69] Ver numeral 4.4, y 5.4 del dictamen pericial. INGECONAS LTDA no presentó objeción al respecto. (fl. 520-521.c1)

II. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

45. INGECONAS solicitó que se revoque integralmente la sentencia, indicando que la decisión de negar la nulidad de las Resoluciones 860 y 3527, mediante las cuales se declaró el incumplimiento y se hizo efectiva la cláusula penal, era errónea, pues dichos actos administrativos fueron expedidos una vez finalizado el plazo contractual, cuando la entidad ya no tenía competencia temporal. Asimismo, insistió en que para hacer efectiva la cláusula penal debía declararse la caducidad o el incumplimiento total del contrato, lo cual no ocurrió. Agregó que, al tratarse de un incumplimiento parcial, debía aplicarse la reducción proporcional de la pena conforme al artículo 1596 del Código Civil. Finalmente, sostuvo que el hecho de que el consorcio hubiera firmado el acta de terminación del contrato, en la que se registró un porcentaje faltante de ejecución de las obras, no autorizaba al IDU a citarlo con solo un día de

antelación a la audiencia de descargos, lo que configuró una vulneración del debido proceso.

46. Señaló que no era necesario impugnar la legalidad de la Resolución 840 de 2009 —mediante la cual se declaró la urgencia manifiesta— para que prosperaran las pretensiones de nulidad por falsa motivación de la Resolución 860 de 2009, así como las relacionadas con el incumplimiento del IDU y la alteración del equilibrio económico del contrato. En sustento de ello, indicó que dicho acto administrativo es de carácter general, no fue expedido en el marco del contrato ni tenía como destinatario al contratista, por lo que no estaba obligado a demandarlo. Puesto que el Tribunal no analizó las imputaciones a la entidad con fundamento en este argumento, reiteró los hechos en los que basó sus alegaciones sobre el incumplimiento del IDU.

47. Finalmente, adujo que el Tribunal debió declarar la nulidad del oficio IDU-018431-STOE-5200, mediante el cual se impuso la multa, pues esta se fundamentó en una cláusula del Adicional No. 3 que vulnera el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, al sustituir el procedimiento legalmente establecido para la imposición de sanciones. Sostuvo que la omisión de este trámite legal impidió que la decisión se adoptara con las formalidades propias de un acto administrativo, restringiendo el derecho del contratista a interponer recursos en su contra. Añadió que, de haberse seguido dicho procedimiento, la multa no habría sido impuesta dentro de la vigencia del contrato. En consecuencia, afirmó que la entidad actuó con desviación de poder al imponer la multa sin considerar su naturaleza conminatoria.

48. La Aseguradora también solicitó la revocatoria de la sentencia. Afirmó que el Consejo de Estado, al anular parcialmente la Resolución 860 de 2009, determinó que el único obligado al pago de la cláusula penal en virtud de esa decisión era el contratista. En consecuencia, sostuvo que el Tribunal no podía extender judicialmente esta obligación a la Aseguradora, ya que existía otro acto jurídico con efectos vinculantes en virtud del cual la obligación recaía exclusivamente sobre el Consorcio ID. Agregó que las pretensiones de la demanda de reconvención se fundamentaban en la Resolución 860 de 2009 y no en el acto administrativo que declaró la urgencia manifiesta, por lo que resultaba improcedente condenar a la Aseguradora al pago de la cláusula penal. Además, sostuvo que no se acreditó el incumplimiento total, requisito indispensable para hacer efectiva la póliza.

49. Afirmó que el Tribunal, al resolver la excepción de prescripción ordinaria de la acción derivada del contrato de seguro, no se pronunció concretamente sobre los hechos en que se sustentó, por lo que insistió en ella. Por otro lado, señaló que era incorrecta la conclusión de que la toma de posesión de la obra tuvo lugar al expirar el plazo del contrato, ya que, como el IDU reconoció en su demanda de reconvención, dicha actuación ocurrió cinco días antes del vencimiento del plazo contractual. Con fundamento en este reparo, reiteró el argumento de que esta conducta del asegurado dio lugar a la terminación del contrato de seguro y, en consecuencia, la compañía quedó liberada de la obligación de pagar la cláusula penal. Finalmente, señaló que no era cierto que la Resolución 840 de 2009, mediante la cual se declaró la urgencia manifiesta, hubiera desvirtuado los incumplimientos atribuibles al IDU durante la ejecución del contrato. Sostuvo que dichos incumplimientos estaban probados con las pruebas obrantes en el expediente.

Trámite en segunda instancia

50. En auto del 9 de diciembre de 2022 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. En sus alegatos, la parte demandante insistió en los argumentos de la alzada[18]. La parte demandada pidió que la sentencia se confirme sin añadir nuevos planteamientos a los expuestos en su defensa[19].

51. La Aseguradora reiteró los argumentos expuestos en el recurso y realizó algunas precisiones. Sostuvo que el acto administrativo que declaró la urgencia manifiesta es de carácter general, no determinó el incumplimiento del contrato suscrito con el Consorcio ID ni cuantificó perjuicios, por lo que no era necesario impugnar su legalidad. Además, indicó que en la parte resolutiva de la sentencia no se acogió ninguna de las pretensiones de condena formuladas en la demanda de reconvención del IDU, incluyendo la solicitud de condenar a INGECONAS al pago de la cláusula penal pecuniaria. Asimismo, señaló que el IDU, en el llamamiento en garantía, supeditó sus pretensiones contra la Aseguradora a que se impusiera una condena contra el contratista, lo cual no ocurrió. En consecuencia, concluyó que era improcedente condenar a SEGUROEXPO S.A. al pago de la cláusula penal[20]. El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

52. Corresponde a la Sala resolver los reparos planteados en los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia, para lo cual seguirá la siguiente ruta de análisis: en primer lugar, se abordarán los motivos de inconformidad de INGECONAS frente a la decisión de negar la nulidad de las Resoluciones 860 de 2009 y 3257 de 2011, que declararon el incumplimiento e hicieron efectiva la cláusula penal. En segundo lugar, se examinarán los reparos contra la decisión de negar la nulidad del oficio IDU-018431-STOE-5200, mediante el cual se impuso una multa al contratista. En tercer lugar, se analizarán los motivos de inconformidad respecto de la negativa a declarar la ruptura del equilibrio económico del contrato y el supuesto incumplimiento del IDU, así como la decisión de declarar el incumplimiento en contra del Consorcio ID. En cuarto lugar, dado que se trata de un aspecto transversal a las cuestiones debatidas, se estudiará la liquidación judicial del contrato. Finalmente, se tratarán los reparos expuestos por la Aseguradora contra la decisión de imponerle la obligación de pagar una parte de la cláusula penal con cargo al amparo de cumplimiento de la póliza que emitió.

La validez de las Resoluciones 860 de 2009 y 3257 de 2011

53. El demandante impugnó la decisión del Tribunal de negar la nulidad de las Resoluciones 860 de 2009 y 3527 de 2011 con varios argumentos. Alegó la incompetencia temporal del IDU para declarar el incumplimiento una vez vencido el

[18] SAMAI CE, Índice 18.
[19] SAMAI CE, Índice 15.
[20] SAMAI CE, Índice 17.

plazo contractual. También sostuvo que la decisión desconoció el artículo 1596 del Código Civil, al no haberse reducido proporcionalmente la pena pese a la ejecución parcial de los andenes. Además, cuestionó el argumento del Tribunal según el cual la firma del acta de terminación del contrato el 25 de marzo de 2009 subsanaba la vulneración del debido proceso derivada del corto intervalo entre la citación a la audiencia de descargos el 31 de marzo de 2009 y su realización el 1 de abril del mismo año. Finalmente, reiteró su acusación de falsa motivación, precisando que no estaba obligado a demandar la nulidad del acto administrativo que declaró la urgencia manifiesta.

54. Los dos primeros reparos planteados en el recurso de apelación implican una variación de la *causa petendi*, pues INGECONAS no formuló estos cargos de nulidad (incompetencia temporal y violación del artículo 1596 del Código Civil) en los fundamentos jurídicos de la demanda. En virtud del principio de congruencia, la sentencia debe guardar correspondencia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda (CGP, art. 281). Asimismo, tratándose de un contencioso subjetivo en el que se impugna la legalidad de un acto administrativo, la decisión judicial debe ajustarse a los cargos de nulidad estructurados a partir de las normas superiores que se indican como violadas y su respectivo concepto de violación (CCA, art. 137.4). En consecuencia, no resulta admisible introducir nuevos cargos de nulidad en la apelación, pues ello afectaría el derecho de defensa de la parte demandada[21]. Por lo tanto, la Sala no abordará el estudio de estos reparos.

55. La Sala precisa que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de junio de 2014, confirmada por la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación[22], dictada en un proceso del que no fue parte el contratista, no impide resolver de fondo los cargos planteados por INGECONAS. El artículo 175 del CCA, estatuto que rigió ese proceso judicial[23], establecía que la "*sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes"* y que "*la que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada*". En la demanda que dio origen a dicho proceso, la Aseguradora solicitó declarar la nulidad de los artículos 2º, 4º y 5º de la Resolución 860 de 2009, en los que el IDU: (i) hizo efectiva la cláusula penal, (ii) estableció que "*si no fuere posible lo estipulado en la cláusula anterior, el valor de la multa se hará efectiva y deberá cancelarse por la compañía aseguradora Segurexpo S.A. con cargo al amparo de cumplimiento*", y (iii) ordenó notificar la decisión tanto al consorcio como a la compañía de seguros.

56. La sentencia del 12 de junio de 2014 no anuló en su totalidad la Resolución 860 de 2009, sino únicamente su artículo 4º, el cual disponía que, en caso de no poder hacerse efectiva la cláusula penal mediante compensación de deudas, el pago debía realizarse con cargo a la cobertura del amparo cumplimiento de la póliza 0008586. Ni la providencia de primera instancia ni la que la confirmó resolvieron cargos de nulidad por falsa motivación o violación del debido proceso del consorcio ID, que no fue parte de ese proceso. Por el contrario, el único cargo analizado fue la violación del debido proceso de la Aseguradora, fundamento sobre el cual se declaró

[21] C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Sent. 44.707, sept. 24/2020, C.P. José Roberto Sáchica.
[22] C.E., Secc. Tercera, Sub. B, Sent. 53.350, sept. 08/2021, C.P. Martín Bermúdez Muñoz
[23] La demanda de la Aseguradora se presentó el 16 de noviembre de 2011.

exclusivamente la nulidad del artículo 4º de la Resolución 860 de 2009. En consecuencia, los demás artículos del acto administrativo —1º, 2º y 3º—, que declararon el incumplimiento del Consorcio ID, hicieron efectiva la cláusula penal por el 30% del valor del contrato y ordenaron su cobro mediante compensación de deudas, conservaron sus efectos[24]. En el fallo aludido, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

> "*En sentencia del 12 de junio de 2016 [sic] la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia en la que declaró la nulidad del artículo 4 de la Resolución No. 860 de 2009 y negó las demás pretensiones de la demanda. En síntesis, consideró que:*
>
> *4.1.- El procedimiento de declaratoria de incumplimiento debía ceñirse a los postulados del debido proceso, permitiendo a los afectados defender sus intereses, expresar su criterio y solicitar pruebas.*
>
> *4.2.- El procedimiento que culminó con las resoluciones demandadas desconoció lo fijado en el manual de contratación del IDU, según el cual se debe conceder al citado tres (3) días hábiles para presentar sus descargos, término que fue desconocido en el caso de la aseguradora, ya que la citación a audiencia se realizó el día antes de su celebración y en la diligencia no se le permitió presentar o solicitar pruebas.*
>
> *4.3.- Adicionalmente, en el oficio mediante el cual se comunicó a la aseguradora el inicio del procedimiento de declaratoria de incumplimiento no se establecieron los cargos que se imputaban, por lo que no pudo ejercer materialmente su defensa.*
>
> *4.4.- Los actos administrativos aducen erradamente que el debido proceso se surtió cuando el contratista suscribió el acta No. 8 mediante la cual se dio por terminado el contrato y se señaló el incumplimiento del mismo, razón por la cual no se requería plazo adicional para ejercer la defensa.*
>
> *(…)*
>
> *Se confirmará la sentencia de primera instancia porque, tal como lo señaló el tribunal, el IDU vulneró el debido proceso a Segurexpo al no permitirle ejercer el derecho de defensa y contradicción respecto de los hechos que llevaron a la declaratoria de incumplimiento y efectividad de la cláusula penal, en la forma prevista en las normas que regulaban el procedimiento a seguir*"[25].

57. Dado que en las providencias previas no se abordaron los cargos presentados en este caso por INGECONAS —como también lo resaltó la sentencia de primera instancia—, la Sala procederá a emitir un pronunciamiento de fondo sobre los reparos relacionados con estos. Para resolver el cargo sobre la vulneración del debido proceso del contratista, la Sala precisa que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 estaba vigente cuando se expidió la Resolución 860 de 2009 y se perfeccionó el contrato de obra[26]. Esta norma dispuso que: (i) el debido proceso rige las actuaciones sancionatorias en materia contractual; (ii) las entidades sometidas al EGCAP tienen competencia para declarar por acto administrativo el incumplimiento, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada; y (iii) las decisiones

[24] El Tribunal introdujo una modificación al artículo 2º de la Resolución 860 de 2009, que quedó así: "*Como consecuencia de la anterior declaración, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria equivalente al treinta por ciento (30%) del valor total del contrato, la cual únicamente afectará al Consorcio ID*" (Énfasis agregado).
[25] C.E., Secc. Tercera, Sub. B, Sent. 53.350, sept. 08/2021, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.
[26] El contrato se perfeccionó el 28 de diciembre de 2007. Según el parágrafo 2º del artículo 33 de la Ley 1150, el artículo 17 entraba a regir una vez promulgada la ley, lo cual ocurrió el 16 de julio de 2007.

sancionatorias deben estar precedidas de una audiencia del afectado, en la que se garantice un procedimiento mínimo que respete su derecho de defensa.

58. Sin embargo, la Ley 1150 de 2007 no definió las etapas de este procedimiento. Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, resultaban aplicables —en lo que fue compatible con la naturaleza de la actuación—, las normas generales del procedimiento administrativo previstas en el CCA (arts. 14, 15, 28, 29, 34, 35 y 36) para garantizar el derecho fundamental al debido proceso (CP, art. 29)[27]. Ahora bien, como ha señalado la Corporación, la tutela administrativa de este derecho no implicaba el agotamiento procedimientos idénticos a los judiciales o a otros reglados con etapas rígidas, sino que la actuación debía adaptarse a los principios de celeridad y eficiencia que caracterizan la contratación estatal, cuyo propósito es asegurar la continuidad en la prestación de bienes y servicios para la satisfacción del interés general (Ley 80 de 1993, art. 25, núms. 2 a 5)[28].

59. Bajo este panorama, el procedimiento establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no imponía un esquema rígido de actuaciones, sino que se manifestaba un conjunto de obligaciones para la entidad estatal y garantías mínimas para el contratista. En este sentido, la entidad debía formular un requerimiento previo en el que indicara de manera clara y detallada los hechos que, a su juicio, constituían un incumplimiento contractual, integrándolos con las consecuencias establecidas tanto en la ley como en el contrato[29]. Asimismo, el contratista tenía el derecho de aportar y controvertir pruebas, así como de presentar los descargos que considerara pertinentes. Para garantizar el ejercicio efectivo de estos derechos, resultaba imprescindible conceder un término razonable para su preparación. Este derecho ha sido ampliamente reconocido en el ámbito de los procedimientos administrativos disciplinarios[30] y también se ha identificado como un elemento implícito del derecho de defensa, el cual constituye un componente esencial del debido proceso[31] en toda clase de actuaciones sancionatorias.

---

[27] A propósito del procedimiento para declarar la caducidad antes de la entrada en vigor de la Ley 1474 de 2011, la jurisprudencia señalaba: "*En efecto, dado que el debido proceso para imponer la sanción de caducidad no se encontraba reglamentado mediante un procedimiento específico –como lo está ahora en la Ley 1474 de 2011- la Administración Pública estaba sometida a las formalidades reguladas de manera general en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo –y a las demás normas existentes acerca de los principios generales de los procedimientos administrativos y de las actuaciones administrativas, contenidas en el Libro Primero del mismo Código Contencioso Administrativo- de donde se tiene que la Corporación contratante debía brindar oportunidad real al interesado para que pudiera expresar sus explicaciones u opiniones, aportar pruebas, cuestionar o contradecir las que se pretendían hacer valer en su contra, de tal manera que sólo después de haber garantizado de manera efectiva sus derechos de audiencia y de defensa, la entidad estatal contratante pudiera proceder entonces a tomar válidamente una decisión motivada y sustentada en las pruebas e informes disponibles."* C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Sent. 20.618, abr. 17/2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[28] C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Sent. 53.479 (párr 44), oct. 11/2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

[29] En este mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio de esta Corporación expresó que para garantizar el debido proceso las entidades deben observar "*un procedimiento mínimo, que consiste en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad contratante, y así ejercer su derecho de defensa y contradicción con base en el artículo 29 C.P*". C.E., SCSC, Concepto 2157 oct. 10/2013, C.P. Álvaro Namén Vargas.

[30] C.E., Secc. Segunda, Sub. A, Sent. Rad. 25000-23-42-000-2016-04805-01, mar. 19/2020, C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

[31] C. Const. Sent. C-341 (párr. 5.3.2), jun. 04/2014. M.P Mauricio González Cuervo.

60. De acuerdo con lo anterior, el hecho de que la Ley 1150 de 2007 —al igual que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011[32]— no estableciera un término mínimo que debía transcurrir entre la formulación de los cargos y el momento en que el contratista debía rendir descargos, aportar pruebas y controvertir las allegadas en su contra, no significa que pudiera fijarse de forma arbitraria. Esta consideración se fundamenta, por un lado, en el artículo 3º del CCA, que al regular el principio de celeridad establecía que las autoridades tendrían el impulso oficioso del procedimiento, pero "*sin que ello* [las] *releve de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados*". Por otro lado, se fundamenta en el artículo 36 del mismo código, el cual disponía que en la medida en que una decisión implique el ejercicio de facultades discrecionales —como la determinación del intervalo entre la citación y la audiencia para rendir descargos—, su contenido "*debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa*".

61. En conclusión, para garantizar el debido proceso del Consorcio ID, el IDU debía convocar la audiencia de descargos con una antelación razonable y acorde con la finalidad de la norma atributiva de la competencia para declarar el incumplimiento del contratista con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Asimismo, el plazo concedido debía ser proporcional a los hechos que motivaban la citación, lo que implicaba otorgar un término suficiente para que el contratista pudiera revisar las pruebas en su contra, analizar las imputaciones que sustentaban la actuación, determinar las pruebas que presentaría para desvirtuar el incumplimiento atribuido y, en general, preparar adecuadamente sus descargos.

62. Los documentos del expediente evidencian que el contratista contó con menos de 24 horas para preparar sus descargos antes de la audiencia convocada para el 1 de abril de 2009. Aunque el 25 de marzo de 2009, cinco días hábiles antes de la audiencia, las partes firmaron el acta de terminación del contrato[33] dejando constancia de los porcentajes de obra faltantes, este documento no formó parte del procedimiento administrativo que culminó con la expedición de la Resolución 860 de 2009. Tampoco puede considerarse como el requerimiento previo exigido para la garantía del debido proceso, pues no contenía una formulación expresa de los hechos que, a juicio del IDU, configuraban el incumplimiento contractual ni las consecuencias jurídicas derivadas de este, conforme a la normatividad aplicable y lo estipulado en el contrato.

63. El acta del 25 de marzo de 2009, suscrita con base en un formato preestablecido por el IDU, recopiló información sobre los aspectos generales del contrato, incluidas las prórrogas, adiciones y la obra ejecutada, con una descripción detallada de los ítems, las cantidades construidas y los valores unitarios pactados para su liquidación. Asimismo, incorporó observaciones técnicas de la interventoría sobre el estado de las obras generales y de urbanismo, organizadas por tramos, y señaló que permanecía sin ejecutar el 46% del espacio público. Además, el acta consignó siete notas del contratista en las que expuso las razones técnicas que, a su juicio,

[32] El literal a) de esta disposición deja a discreción de la entidad estatal determinar el lapso que debe transcurrir entre la citación y la audiencia de descargos, pero bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido, señala que la audiencia tendrá lugar "*a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales*".
[33] C. pruebas (Anexo 5 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 1300.

impidieron la finalización del 33% de la obra, frente a lo cual el IDU manifestó que dichas notas "*fueron aclaradas ampliamente por la entidad en su debido momento*". Finalmente, el documento estableció que "*los trabajos descritos en este numeral son el soporte para que el IDU inicie las acciones legales tendientes al reconocimiento y pago de las multas previstas en la cláusula decimocuarta del contrato*"[34].

64. La Sala considera que este documento no constituye el acto de trámite mediante el cual se inició oficiosamente la actuación administrativa sancionatoria que derivó en la expedición de la Resolución 860 de 2009 (CCA, art. 4.4) y, por tanto, no puede calificarse como una actuación dirigida a garantizar el derecho de defensa del contratista dentro del procedimiento sancionatorio. En primer lugar, aunque el acta contiene una referencia preestablecida en su minuta según la cual la información sobre los trabajos ejecutados podría servir de fundamento para la imposición de multas —mas no para la efectividad de la cláusula penal pecuniaria—, ello no la convierte en una citación formal por parte de la entidad ni en un requerimiento que otorgara al contratista un plazo razonable para presentar pruebas en su defensa y controvertir la imputación del incumplimiento.

65. En segundo lugar, el acta tenía como propósito dejar constancia de la expiración del plazo contractual y registrar las cantidades de obra realmente ejecutadas por el Consorcio ID. Esto se ajustaba a lo previsto en el apéndice G del pliego de condiciones de la licitación pública IDU-LP-DTE-039-2007, que establecía la división del plazo contractual en tres fases: preconstrucción y diseños, construcción y recibo, cada una de las cuales debía formalizarse mediante actas[35]. Asimismo, esta práctica fue consistente con la conducta de las partes, que suscribieron actas similares al término de la etapa de preconstrucción para dar cuenta de la apropiación de los diseños[36].

66. En tercer lugar, este documento no contenía una enunciación expresa de los hechos constitutivos del incumplimiento imputado al contratista ni mencionaba los medios de prueba en los que la entidad estatal fundamentaba esa imputación, ya que este no era su objeto. En definitiva, se trata de un acta bilateral suscrita con motivo de la expiración del plazo contractual, en la que se registraron de manera descriptiva los principales aspectos de la ejecución del contrato, incluyendo las cantidades de obra ejecutadas por el consorcio y las observaciones que las partes suelen incorporar para sentar sus posiciones contractuales. No obstante, no puede considerarse como el acto administrativo de trámite que inició la actuación sancionatoria.

67. El documento que realmente cumplió esta función fue el oficio IDU-023543 del 31 de marzo de 2009, elocuentemente titulado "*Comunicación de inicio de procedimiento para declaratoria de incumplimiento y efectividad de la cláusula penal pecuniaria en aplicación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Cargos por incumplimiento*". En este documento, el IDU formuló expresamente la imputación de incumplimiento y precisó el "*acervo probatorio*" que sustentaba la actuación, señalando lo siguiente: "*el contratista incurrió en un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, específicamente en lo relacionado con la terminación de*

[34] C. pruebas (Anexo 5 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 1310.
[35] C. pruebas (Anexo 2 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 324.
[36] C. pruebas (Anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 79.

las obras, dado que, una vez vencido el término contractual, existían obras faltantes, las cuales se encuentran relacionadas en el Acta No. 8 de terminación del contrato por vencimiento del término, documento que sirve de acervo probatorio dentro del presente procedimiento sancionatorio"[37].

68. Asimismo, la entidad indicó la cláusula del contrato que consideraba vulnerada, precisó que la actuación se adelantaba con el fin de hacer efectiva la cláusula penal y citó tanto al contratista como a la Aseguradora para comparecer al día siguiente, a las 11:00 a. m., con el propósito de presentar sus descargos verbalmente o por escrito en audiencia pública. El documento tiene un sello de recibido por parte de la Aseguradora con fecha del 31 de marzo de 2009 a las 4:30 p.m.

69. La Sala considera que el plazo concedido no era razonable para la preparación de los descargos, circunstancia que fue destacada en la diligencia por el representante del contratista, quien ante la negativa de la entidad a aplazar la audiencia no debatió el fondo del asunto y, en su lugar, reiteró su manifestación sobre la vulneración de su derecho a la defensa[38]. Al determinar el intervalo entre la citación y la audiencia, entraban en tensión dos principios: por un lado, el principio de celeridad en la actuación sancionatoria contractual; por otro, el principio del debido proceso, que comprende el derecho a la defensa y, en particular, la garantía de contar con un plazo razonable para la preparación de los descargos.

70. La decisión de citar a la audiencia con menos de 24 horas de antelación, si bien era idónea para imprimirle celeridad a la actuación administrativa, resultó desproporcionada en relación con la afectación que generó al derecho de defensa. En otras palabras, aunque cumplía el requisito de adecuación previsto en el artículo

---

[37] C. llamamiento en garantía, pp. 150 - 151.

[38] En los considerandos de la Resolución 860 se registró el desarrollo de la audiencia en los siguientes términos: "*4). Que luego de dar lectura a los cargos imputados mediante el oficio IDU-023543 STOE-5200 y a las notas efectuadas por el Instituto de Desarrollo Urbano y por el contratista en el Acta No. 8 de terminación del contrato por vencimiento del plazo, el representante del consorcio ID solicitó a la Directora Técnica de Espacio Público que se le otorgara el término de diez (10) días hábiles para presentar los descargos frente al incumplimiento imputado, solicitud que fue reiterada por la apoderada de la aseguradora. 5). Frente a la solicitud realizada por el contratista, la Directora Técnica de Espacio Público (E), previa recomendación de la Dirección Técnica Legal, denegó la solicitud en virtud de que las partes advirtieron el incumplimiento imputado desde el día de la suscripción del Acta No. 8, es decir, desde el 25 de abril de 2009, oportunidad en la cual el contratista ejercicio inicialmente su derecho de defensa al consignar en el referido documento contractual las anotaciones pertinentes, razón por la cual, lo que se efectuaría en la presente audiencia sería una ampliación a dichos descargos. (…) 7) Así mismo, el señora Helbert Olaya Garzón, en su calidad de consorciado, ejerció su derecho material a la defensa al hacer uso de la palabra, manifestando lo siguiente: "...en oportunidades anteriores se solicitó un término razonable para presentar los descargos y el mismo fue concedido por la entidad, razón por la cual no encuentra sustento para que se lo nieguen en esta oportunidad procesal, en dicha audiencia se abrió y se cerró tres o cuatro veces y por esa misma razón consideramos que no es sustentable que en un solo momento de tiempo se finalice un procedimiento administrativo o audiencia (…) De igual manera, Fabio Diaz Martínez, en su calidad de integrante del consorcio ID, manifestó que la existencia de un incumplimiento no puede declararse de forma objetiva, razón por la cual la decisión debe ser adoptada habiéndose cursado el procedimiento jurídico que garantice el debido proceso. Además señala que: "...En el acta se dejaron constancias pero son apreciaciones subjetivas. El debido proceso se inició hoy, mediante una notificación que se hizo ayer. No hay tiempo para preparar el debido proceso. A partir de hoy se debe efectuar el debido proceso" (…) 10) A continuación, el Director Técnico Legal manifiesta que el oficio del 31 de marzo de 2009 dirigido al contratista y a la interventoría, señala claramente el tipo de procedimiento administrativo que se está adelantando y para el cual se convocó la audiencia. Así mismo establece que el contrato es uno, las obligaciones están incorporadas en el contrato, los hechos contractuales durante su ejecución están incorporados bajo el amparo del contrato, razón por la cual se encuentra probado que en la actualidad se venció el plazo del contrato sin que se haya cumplido la totalidad de las obligaciones incorporadas en él. Por lo anterior, la administración contratante en defensa del patrimonio e interés público, procederá a evaluar el procedimiento administrativo adelantado y con ello tomar la decisión que proceda en derecho*". C. pruebas (Anexo 5 contestación demanda y demanda de reconvención), pp. 1312 – 1325.

36 del CCA, la determinación no era necesaria, ya que no constituía el único medio para alcanzar el fin legítimo de garantizar la celeridad del procedimiento. Además, entre todas las alternativas posibles, no era la de menor lesividad del derecho a la defensa[39].

71. La Sala considera que el objetivo perseguido con la decisión de citar a la audiencia de descargos con solo un día de antelación no se habría visto afectado si la entidad hubiera optado por aplazarla o por conceder un plazo mayor para que el contratista preparara su defensa. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con la imposición de multas, que *"procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista*" (Ley 1150 de 2007, art. 17), la competencia temporal para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria se mantenía hasta la liquidación del contrato, como lo reconocía la jurisprudencia[40].

72. En el momento en que se celebró la audiencia de descargos, solo habían transcurrido seis días del plazo de cuatro meses con el que contaban las partes para liquidar el contrato, por lo que conceder un término más amplio al contratista para preparar su defensa no comprometía los fines de la actuación administrativa. En consecuencia, la negativa del IDU a otorgar un tiempo razonable no solo resultó innecesaria, sino que constituyó una restricción desproporcionada del derecho de defensa, máxime cuando existían alternativas menos lesivas para garantizar el principio de celeridad sin menoscabar las garantías del contratista.

73. Además, el intervalo entre la citación y la audiencia resultaba desproporcionado en relación con la cuantía de la sanción pecuniaria y la complejidad de los hechos en que se fundamentaban las imputaciones. La cláusula penal pecuniaria pactada equivalía al 30% del valor del contrato, lo que suponía que el contratista enfrentaba una contingencia patrimonial de $926'722.065 y disponía de solo un día para preparar su defensa. A ello se sumaba que la imputación de incumplimiento se basaba en que no se completaron las obras de espacio público al vencimiento del plazo contractual, lo que le imponía la carga de probar hechos ocurridos a lo largo de toda la ejecución del contrato, que se prolongó por casi un año, para desvirtuar la presunción de culpa que recaía sobre él (Código Civil, art. 1604) por no haber alcanzado el resultado pactado.

74. Esta carga probatoria resultaba exigente, pues la ejecución del contrato involucró no solo al IDU y la interventoría, sino también a diversas empresas operadoras de redes de servicios públicos cuyas infraestructuras de red fueron intervenidas (EAAB S.A. E.S.P., ETB S.A. E.S.P., CODENSA S.A. E.S.P. y GAS NATURAL S.A. E.S.P.). La recopilación y análisis técnico de la evidencia derivada de la participación de estos actores requería un plazo razonable que permitiera estructurar adecuadamente los descargos. En consecuencia, la Sala concluye que el término concedido fue insuficiente para que el contratista ejerciera plenamente su derecho de defensa y lograra desvirtuar la presunción de culpa que recaía sobre él por la no ejecución total de las obras contratadas.

---

[39] Respecto de los elementos generales del juicio de proporcionalidad que se aplican en la evaluación de la decisión tomada por el IDU, véase: C. Const. Sent. C-144 (sección 4), abr. 06/2015. M.P Martha Victoria Sáchica Méndez.

[40] C.E., Secc. Tercera, Sent. 17.031, nov. 20/2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; C.E., Secc. Tercera, Sub. C, Sent. 24.697, oct. 24/2013, C.P. Enrique Gil Botero.

75. Finalmente, como un elemento objetivo adicional que refuerza la conclusión anterior, la Sala no puede pasar por alto que el IDU, en la Resolución 7553 de 2006, mediante la cual adoptó su manual de contratación, estableció la siguiente regla respecto del procedimiento para la imposición de multas: "*Al contratista se le dará el término perentorio de tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que el IDU remita vía fax o por correo electrónico dicho requerimiento, para que presente por escrito sus descargos y solicite la práctica de las pruebas que considere necesarias para desvirtuar los cargos que le son imputados*"[41].

76. Si en casos de incumplimientos parciales, cuya subsanación se conminaba mediante multas contractuales, la entidad consideró razonable otorgar un plazo de tres días hábiles para ejercer el derecho de defensa a partir del requerimiento, resulta contrario a dicho estándar que, para declarar el incumplimiento definitivo del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por su valor total, se hubiera concedido un plazo inferior a 24 horas. Esta disparidad en el tratamiento revela una falta de proporcionalidad y razonabilidad en la determinación del término.

77. En conclusión, el término concedido por el IDU para que el contratista rindiera sus descargos, así como la decisión de no ampliarlo para permitirle preparar adecuadamente su presentación, afectaron de manera desproporcionada un interés jurídico de especial relevancia: el derecho a la defensa en el procedimiento sancionatorio. Como consecuencia de lo anterior, la Sala declarará la nulidad de las Resoluciones 860 de 2009 y 3527 de 2011 por haberse configurado la causal del artículo 84 del CCA sobre el "*desconocimiento del derecho de audiencia y defensa*".

78. La anulación de los actos administrativos que declararon el incumplimiento del Consorcio ID e hicieron efectiva la cláusula penal pecuniaria no impide pronunciarse de fondo sobre estos aspectos, dado que este asunto está comprendido en los reparos formulados por la Aseguradora y, además, en la demanda de reconvención el IDU solicitó expresamente una declaración judicial sobre el incumplimiento contractual y la condena de INGECONAS al pago de la pena pecuniaria. Conforme a la jurisprudencia de la Subsección, cuando el fallo de primera instancia es favorable a una parte, la misma no está obligada a apelar con la única finalidad de prever una eventual decisión contraria en segunda instancia, pues carecería de interés jurídico para hacerlo[42].

79. Dado que la sentencia del Tribunal Administrativo favoreció a la entidad estatal al declarar el incumplimiento del contratista y ordenar el pago de la cláusula penal con fundamento en la Resolución 860 de 2009, incluyéndola dentro de los saldos de la liquidación, no podía imponerse al IDU la carga de que interpusiera recurso de apelación para insistir en las pretensiones de la demanda de reconvención bajo el supuesto de que la Sala llegaría a una conclusión diferente del Tribunal sobre la legalidad de dicha resolución. Por lo tanto, estas pretensiones serán analizadas en

[41] Disponible en: https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22776&dt=. Si bien se trata de una norma jurídica que no tiene alcance nacional, no es necesaria su presentación en copia al proceso para tomarla como fundamento jurídico de la decisión de segunda instancia, ya que está publicada en la página web de la entidad pública correspondiente (CGP, art. 177).
[42] C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Sent. 40.919 (párr. 3.3.1.2), dic. 16/2020, C.P. José Roberto Sáchica.

su oportunidad, junto con las alegaciones sobre el incumplimiento formuladas por INGECONAS.

La validez del oficio IDU-018431-STOE-5200

80. INGECONAS impugnó la decisión del Tribunal de negar la declaratoria de nulidad del oficio IDU-018431-STOE-5200, argumentando que, aunque se observó el procedimiento pactado en el Adicional No. 3 para imponer la multa, ello no garantizó el debido proceso. En este sentido, sostuvo que lo acordado en ese adicional contrariaba el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 e impidió que el oficio tuviera la forma de un acto administrativo, lo que le privó de la posibilidad de interponer recursos en su contra. Asimismo, alegó que la decisión fue adoptada con desviación de poder, pues, de haberse aplicado el procedimiento legal en lugar del contractual, la multa no se habría impuesto dentro del plazo de ejecución del contrato.

81. El reparo sobre la desviación de poder planteado en el recurso de apelación implica una variación de la *causa petendi*, porque INGECONAS no formuló este cargo en los fundamentos jurídicos de la demanda. Como se explicó antes, no resulta admisible introducir nuevos cargos de nulidad en la apelación, pues ello afectaría el derecho de defensa de la parte demandada[43]. Por lo tanto, la Sala no abordará el estudio de este nuevo cargo. En todo caso, se destaca que el oficio IDU-018431-STOE-5200 se emitió el 11 de marzo de 2009, antes de la expiración del plazo del contrato el 25 de marzo del mismo año, por lo que sí tuvo un efecto conminatorio sobre el cumplimiento de las prestaciones pendientes[44].

82. El cargo de nulidad propuesto en la demanda y los argumentos desarrollados en el recurso de apelación imponen dilucidar la naturaleza jurídica de la decisión expresada por el IDU en la comunicación 018431-STOE-5200, expedida el 11 de marzo de 2009. Este examen resulta determinante para resolver el reparo, en la medida en que la pretensión de nulidad formulada en el marco del medio de control de controversias contractuales presupone la existencia de un acto administrativo. En este sentido, la Subsección ha precisado que "*el dispositivo de nulidad –que se erige en pretensión bajo el medio de control de controversias contractuales– está dirigido a contrarrestar los vicios presentes en los elementos de existencia y validez de los actos administrativos, es decir, se trata de un juicio de valoración que parte de la existencia del acto mismo*"[45].

83. La comunicación 018431-STOE-5200 no reviste la naturaleza jurídica de un acto administrativo y, por tanto, no es susceptible de ser anulada por la violación de normas superiores. Como se expondrá a continuación, ello obedece a que la cláusula penal de apremio se hizo efectiva en virtud de lo pactado en el Adicional 3, no en ejercicio de una prerrogativa de poder público.

84. El concepto de naturaleza jurídica no designa una propiedad ontológica, sino el resultado de una operación interpretativa. Los hechos no están dotados de una

[43] C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Sent. 44.707, sept. 24/2020, C.P. José Roberto Sáchica.
[44] C. pruebas 2 (documentos contestación de la demanda de reconvención), p. 105.
[45] C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 71.456 (párr. 103), nov. 25/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

esencia jurídica intrínseca; existen calificaciones normativas aplicables a hechos con relevancia para el derecho. En este sentido, al afirmar que un acto tiene una determinada naturaleza jurídica, este se subsume en una categoría jurídica con el propósito de hacerle aplicable un régimen normativo específico. La determinación de la naturaleza jurídica de la voluntad del IDU exteriorizada en el oficio IDU-018431-STOE-5200 constituye, entonces, el resultado de una operación de interpretación en concreto. Esta operación, a diferencia de la interpretación en abstracto —orientada a atribuir significado a un enunciado de las fuentes del derecho—, se ocupa de problemas de subsunción, esto es, de establecer la extensión de un concepto y verificar si el objeto de análisis reúne las propiedades necesarias para su aplicación[46].

85. Para dilucidar la naturaleza jurídica de la manifestación del IDU, la Sala parte de una premisa básica: no todas las declaraciones de voluntad de una entidad estatal emitidas en la ejecución de un contrato sometido al EGCAP se califican, por el solo hecho de provenir de ella, como actos administrativos. En este sentido, no constituyen actos administrativos los documentos mediante los cuales la entidad exterioriza su voluntad de no acceder a la solicitud de un contratista, orientada al reconocimiento de sumas adicionales al precio pactado para restablecer el equilibrio económico:

> *"Cuando una entidad pública se expresa en curso del ámbito negocial, sus manifestaciones hacen parte de aquella dinámica comunicativa, con la precisión de que constituirá acto administrativo sólo aquella cuyo contenido atañe al despliegue de una prerrogativa de poder público, que se origina por su cuenta y por su sola voluntad; ésta, además, debe ser productora de efectos jurídicos, mediante el nacimiento, reconocimiento, modificación o extinción de un derecho, un deber y/o una obligación a cargo de la otra parte del negocio"*[47].

86. En línea con esta comprensión, la Sala reafirma que el acto administrativo se presenta como instrumento por antonomasia del poder del Estado, en cuanto supone el ejercicio de una prerrogativa pública. Se trata de una concreción de la actividad administrativa, materializada en una manifestación unilateral de voluntad que produce efectos frente a otros sujetos y encuentra sustento en el ordenamiento jurídico.

87. Desde esta perspectiva, despuntan dos elementos relevantes: de una parte, el ejercicio del poder público; y, de otra, estrechamente vinculado con el anterior, la habilitación expresa del ordenamiento jurídico para su ejercicio, como corolario del principio de legalidad. Este es uno de los fundamentos que llevó a la Sección a unificar su postura en relación con la naturaleza jurídica de los actos emanados de las empresas prestadoras de servicios públicos en la formación de sus contratos: *"en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho"*[48].

---

[46] Guastini, R. (1999). Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho (pp. 201-211). Barcelona: Editorial Gedisa.
[47] C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 71.456 (párr. 96), nov. 25/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.
[48] C.E., Sec. Tercera, Sent. 42.003 (párr. 59), sep. 3/2020. M.P. Alberto Montaña Plata.

88. En el ámbito de los negocios jurídicos, el consentimiento constituye la fuente inmediata de las obligaciones. Sin embargo, ello no excluye que una de las partes del contrato esté investida, en virtud de las normas jurídicas que integran su contenido, de poderes[49] o facultades unilaterales para modificar por sí misma la situación jurídica de la otra. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de suministro en el que no se entienden incorporadas las cláusulas excepcionales al derecho común sin el pacto de las partes (Ley 80 de 1993, art. 14). Si el incumplimiento del contratista reviste cierta gravedad, el acreedor perjudicado podrá dar por terminado el contrato de manera unilateral, sin necesidad de intervención judicial, conforme a la habilitación del artículo 973 del Código de Comercio: "*El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos*".

89. Esta disposición legal, que integra los contratos de suministro celebrados por las entidades estatales conforme a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, implica el ejercicio de un poder unilateral que modifica la situación jurídica del deudor incumplido. Sin embargo, ello no comporta la expedición de un acto administrativo, pues la decisión no se adopta en ejercicio de una competencia atribuida constitucional o legalmente a la entidad estatal para el ejercicio de la función administrativa. Se trata del ejercicio de un poder conferido por una disposición de derecho comercial. En este sentido se ha pronunciado de antaño la jurisprudencia de la Sección:

> "*Como se puede observar, están presentes la totalidad de las características del contrato de agencia comercial, naturaleza jurídica que genera unos efectos bien particulares; si bien las partes pactaron la cláusula de caducidad (cláusula vigésima primera), circunstancia que explica el conocimiento de la controversia por esta jurisdicción, la resolución que se ataca no la declaró, vale decir, no desarrolló dicha cláusula, sino que, por medio de ella, simplemente LA LICORERA hizo uso de la facultad legal que tiene para terminarlo, según lo dispone el artículo 1324 del código de comercio; esta no es una prerrogativa exorbitante de la administración sino una facultad normal en los contratos que conforman los del género del mandato.*
>
> *El hecho de que la terminación del contrato haya revestido la forma externa de una resolución no tiene la virtualidad de estructurar un acto administrativo, pues, se tiene por cierto que éste es el fruto del ejercicio de la función administrativa del Estado; en este caso, la resolución que se acusa es un simple acto de comercio sujeto a las reglas del derecho privado si bien la especial circunstancia de haberse pactado la cláusula de caducidad impone que la controversia se ventile ante esta jurisdicción; en otros términos, la existencia del acto administrativo supone algo más que su simple presentación exterior, la cual, por la fuerza de la costumbre suele ser la misma para todos los actos jurídicos de la administración; es menester, para ello, que la declaración unilateral de voluntad sea la manifestación de la función administrativa del Estado a través de cualesquiera de sus ramas o de sus organismos autónomos (Artículo 113 de la constitución Política) o de los particulares investidos por la ley de dicha función (inciso segundo, artículo 210 ibídem)*"[50].

---

[49] *"Se llama poder la situación jurídica de un sujeto que se encuentre autorizado a crear, para sí y para otros, nuevas obligaciones y pretensiones, así como también a privar de obligaciones y pretensiones preexistentes a sí mismo y a otros".* Guastini, R. (2016). La sintaxis del derecho (p. 86). Madrid: Marcial Pons.

[50] C.E., Sec. Tercera, Sent. CE-SEC3-EXP1992-N5626, jun. 15/1992. M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

90. Los poderes unilaterales en la contratación no solo pueden tener su fuente en normas heterónomas. El contrato mismo, obra de la autonomía de la voluntad que constituye una ley particular (Código Civil, art. 1602), también puede contener cláusulas habilitantes para su ejercicio, como la terminación unilateral por incumplimiento, cuya validez ha sido reconocida por la jurisprudencia civil[51].

91. En conclusión, salvo que se adopte un criterio puramente orgánico para calificar la manifestación de voluntad de la entidad estatal como acto administrativo —lo cual resulta incongruente con la configuración legal de la institución en el derecho positivo colombiano (Ley 489 de 1998, arts. 3 a 5; CCA, art. 1)—, la adopción de decisiones unilaterales por parte de la entidad, en la ejecución de un contrato, no implica necesariamente que estas revistan tal naturaleza jurídica. Si una entidad estatal ejerce un poder unilateral concedido no por una ley que la habilite para ejercer una prerrogativa de poder público en desarrollo de la función administrativa, sino por las disposiciones civiles y comerciales, o por el negocio jurídico fruto del acuerdo de voluntades con el contratista, la exteriorización de esa voluntad no es calificable como acto administrativo.

92. Como resultado de lo anterior, en el caso de las cláusulas penales de apremio (Código Civil, art. 1594), es necesario determinar si su imposición se fundamentó en una prerrogativa de poder público —como la prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007— o si se hizo efectiva con base en una habilitación contractual. En este sentido, la Corporación ha señalado lo siguiente:

> "[Aunque] *la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2001 disponen que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración pueden imponer multas a través de un acto administrativo, ejecutorio y ejecutable por la Administración, ello no quiere decir que las partes no puedan, además, hacer efectivas las multas según la legislación civil o comercial en vigencia de aquellas disposiciones // La diferencia básica entre estas dos figuras -la imposición de multas mediante acto administrativo o en el marco del derecho privado- está dada en que estas últimas no comportan el ejercicio de una prerrogativa de derecho público. Esto se debe a que su origen no está en las disposiciones normativas de carácter legal que pretenden dotar a la Administración de poderes por fuera del derecho común, sino que se ampara en el derecho privado, en cuyo marco, las partes ejercen la autonomía privada en aras del interés particular del negocio y de cada uno de los contratantes*.
>
> *Este entendimiento, además de regresar —de alguna manera— a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 en su concepción original, permite sostener válidamente la coexistencia de la posibilidad que tienen las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para imponer multas mediante acto administrativo —frente a las cuales deberán respetar los preceptos establecidos en la Ley 1150 de 2007 y 1474 de 2011— o hacer efectiva la cláusula penal de apremio, igual que como lo haría un particular. En el primer evento, el acto gozará de presunción de legalidad y tendrá carácter ejecutivo y ejecutorio, mientras que, en el segundo, se deberá acudir a los mecanismos propios del derecho privado para hacerlas efectivas, como lo son la compensación o el inicio de un proceso ejecutivo en contra del deudor. // Para determinar las normas aplicables se deberá diferenciar si la imposición de la multa se ejerció con fundamento en una prerrogativa del poder público o en una facultad del tipo contractual. Cuando una entidad sometida al estatuto indique, en el acto que impone la multa, que hizo uso de la facultad establecida en la Ley 1150 de 2007, acuda al procedimiento establecido en la Ley 1474 de 2011 o inicie un procedimiento de cobro coactivo en contra del deudor, estará expidiendo un acto administrativo en el marco de las prerrogativas del poder público,*

[51] C.S.J., Sala Civ., Sent. 11001-3103-012-1999-01957-01, ago. 30/2011. M.P. William Namén Vargas.

sujeto a los recursos legales y al control judicial dispuestos para esta figura en la ley. Por el contrario, cuando la entidad acuda a los procedimientos propios del derecho privado para hacerla efectiva, se deberá estudiar si concurren los propuestos regulados por la ley o por las partes para adoptar esa decisión, lo cual excluye el análisis de legalidad porque no comporta la expedición de un acto administrativo[52].

93. Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto la necesidad de distinguir la determinación de la naturaleza jurídica de la manifestación de voluntad de la entidad estatal contratante —esto es, su calificación como acto administrativo— de otras dos cuestiones aledañas, pero conceptualmente distintas. De una parte, la licitud o el carácter abusivo de la estipulación negocial que confiere a la entidad la facultad de hacer efectiva la pena; de otra, la responsabilidad que puede derivarse de ello. Estos dos asuntos serán retomados por la Sala luego de determinar la naturaleza jurídica de la manifestación de voluntad vertida en el oficio IDU-018431-STOE-5200.

94. Frente al caso concreto, la Sala constata que en el contrato celebrado entre el IDU y el Consorcio ID el 28 de diciembre de 2007, perfeccionado bajo la vigencia de la Ley 1150, se incluyó una cláusula que establecía lo siguiente: "*en caso de incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA en virtud del contrato que se suscriba, el contratista autoriza al IDU para liquidarle y cobrarle multas mediante el acto administrativo correspondiente, en la cuantía que se establece a continuación* (…)"[53]. En dicha cláusula se detallaron diez hipótesis de incumplimiento, especificando para cada una el valor de la multa diaria por el retardo y un período máximo de causación, cuya expiración habilitaba a la entidad a declarar la caducidad del contrato. Por otra parte, en el documento denominado "*cláusulas comunes a los contratos celebrados por el Instituto de Desarrollo Urbano*", se incluyó la siguiente estipulación:

"2*. Procedimiento para la imposición de multas. El IDU tendrá la facultad de imponer las multas mediante acto administrativo, por el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el presente contrato y los documentos incorporados al mismo, previo cumplimiento del procedimiento establecido en la normatividad vigente adoptada por el IDU para el efecto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007*"[54].

95. Debido a los retrasos en la terminación de las obras —los cuales habían llevado a la entidad a iniciar un procedimiento para declarar la caducidad administrativa—, en el Adicional No. 3, suscrito el 12 de diciembre de 2008, las partes pactaron una cláusula penal de apremio o por el mero retardo (Código Civil, art. 1594), con un alcance específico y diferenciado. Las consideraciones incluidas en dicho adicional, así como la arquitectura del procedimiento para hacer efectiva la pena, evidencian que las partes buscaron establecer un mecanismo expedito que fortaleciera los incentivos para el cumplimiento riguroso de los hitos pactados en el nuevo cronograma de obras, sin que ello supusiera el ejercicio de la competencia prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

96. A continuación, se transcriben los apartes más relevantes del Adicional No. 3:

---

[52] C.E., Secc. Tercera, Sub. C, Sent. 38.102 (párr. 11), dic. 16/2022, C.P. Guillermo Sánchez Luque.
[53] C. pruebas (Anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 62.
[54] C. pruebas (Anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 68.

"*1) El objeto del contrato 159 de 2007 es la 'Construcción de los andenes del eje vial de calle 116, tramo comprendido entre la carrera 15 y la AK 19. costado norte y costado sur en Bogotá D.C.' (…) 7) Mediante el adicional No. 1, suscrito el 10 de octubre de 2008, las partes contratantes acordaron prorrogar el plazo del contrato en dos (2) meses, es decir, que el plazo previsto para la construcción de las obras vence el 13 de diciembre de 2008 y el contrato vence el 13 de enero de 2009. 8) Mediante el adicional No. 2 al contrato de obra 159 de 2007, suscrito el 18 de noviembre de 2008, las partes contratantes acordaron adicionar el valor del contrato en la suma de setecientos cincuenta millones de pesos M/CTE ($750.000.000) 9) Para las partes y para la interventoría del Contrato, ejercida por el CONSORCIO CG., es claro que al finiquitar el plazo estipulado para la construcción de las obras, no se alcanza a finalizar la totalidad de ellas. 7) [sic] Que durante la audiencia de descargos efectuada el día 10 de diciembre de 2008, el representante del CONSORCIO ID, manifiesta su compromiso para finalizar las obras contratadas y solicita una prórroga de dos (2) meses estableciendo que correrá con los costos derivados de la prórroga del contrato de interventoría, así como con los que se generen a raíz de las obras necesarias para la recuperación de la estructura y del asfalto de la calle 116. (…) 13) Es propósito primordial del IDU en este momento, alcanzar los cometidos perseguidos con el aludido contrato, incluso por encima de establecer con claridad las reales causas y motivos por no haberse logrado terminar las obras durante el plazo convenido. 14) Dejar inconclusas las obras siendo que la obra ya presenta un avance físico superior al cincuenta por ciento (50%) para cumplir a cabalidad con el objeto del contrato, constituye una situación que de manera notable afecta los intereses estatales en razón, no sólo de la paralización de las obras, sino de los mayores costos que se derivarían por el hecho de tener que convocar a un nuevo proceso de selección con costos mayores a los contenidos en la actualidad. 15) Las partes cuentan con los instrumentos de que las dota el ordenamiento jurídico en procura de lograr que se determine las responsabilidades a que haya lugar por la situación planteada y las consecuencias, de todo orden, que emanen de aquellas. 16) El ejercicio de tales instrumentos no se ve afectado por el acuerdo contenido en este documento, el cual se dirige fundamentalmente a lograr la terminación satisfactoria de las obras contratadas. 17) Ese fin se alcanza estableciendo un cronograma real de ejecución de lo faltante, con estricto régimen de control conminatorio y sancionatorio por su incumplimiento (…)*

PRIMERA - PLAZO: *Prorrogar en setenta y cinco (75) días calendario el plazo pactado para la construcción de las obras del contrato 159 de 2007, contados a partir del 13 de diciembre de 2008.* ***SEGUNDA CRONOGRAMA DE OBRA:*** *El contratista se obliga a cumplir el cronograma de ejecución de obras que hace parte integral del presente adicional, el cual ha sido aprobado por el interventor y avalado por la compañía aseguradora SEGUREXPO S. A.* ***TERCERA CLÁUSULA PENAL O DE APREMIO****: En desarrollo de los artículos 1592 y siguiente del Código Civil y 13 y 40 de la ley 80 de 1993, el CONTRATISTA reconocerá al IDU la suma de veinte millones de pesos moneda corriente ($20.000.000.00), por cada día de atraso en el cumplimiento del cronograma indicado en la anterior estipulación. Con tal fin, el CONTRATISTA autoriza al IDU a descontar la suma que se liquide por cuenta del atraso, de los pagos que por cualquier concepto le deba el IDU sin que sea necesario iniciar algún procedimiento especial distinto a la comunicación del IDU o de la interventoría en la cual se indique la actividad u obra correspondiente, el plazo pactado para su terminación, la fecha real de terminación y la liquidación de la pena. PARÁGRAFO: En caso de que el contratista encontrare algún motivo de justificación para el atraso, lo pondrá en conocimiento del IDU, quien, previo concepto de la Interventoría, en caso de aceptarlo procederá a reintegrar la suma retenida y a comunicar de manera expresa que la pena queda sin efecto. En el evento en que el IDU, previo concepto de la Interventoría, mantenga su postura, el CONTRATISTA podrá reclamar lo pertinente en desarrollo de los instrumentos que el régimen jurídico establece para tales fines. El ejercicio de lo aquí indicado por parte del CONTRATISTA, no impedirá que el IDU aplique lo dispuesto en esta cláusula.* ***CUARTA - MESES ADICIONALES DE INTERVENTORÍA.*** *El CONTRATISTA asumirá el valor de la Interventoría del contrato por el término de esta prórroga, conforme a lo establecido en la cláusula décima tercera del contrato*"[55].

[55] C. pruebas (Anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), pp. 105 – 108.

97. La cláusula transcrita y las consideraciones que llevaron a las partes a pactarla permiten extraer varias conclusiones:

98. *Primera*: se convino una cláusula penal que no cumplía la función de estimar anticipadamente los perjuicios moratorios causados por el retraso del deudor, sino que se causaba por el simple retardo, conforme a lo previsto en el artículo 1594 del Código Civil. Su función era coercitiva, en la medida en que implicaba una prestación patrimonial adicional a la indemnización moratoria, lo que suponía un apremio para el contratista por cada día de atraso en el cumplimiento del cronograma remedial.

99. *Segunda*: entre la cláusula de multas pactada en el contrato inicial con fundamento en la Ley 1150 de 2007 y la cláusula penal de apremio incluida en el Adicional 3 no existe identidad. Por una parte, en ejercicio de la autonomía de la voluntad —de ahí la referencia expresa al artículo 40 de la Ley 80 de 1993 contenida en la cláusula segunda del Adicional—, las partes persiguieron estipular una cláusula penal de apremio no sujeta a las condiciones previstas para la multa regulada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En efecto, la exigibilidad de la pena no se supeditó a que la obligación permaneciera pendiente de cumplimiento, a diferencia de la multa, cuya imposición *"procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista"*. Así, aun cuando el contratista hubiera cumplido tardíamente, la pena pactada en el Adicional 3 podía hacerse efectiva, de modo que la ejecución extemporánea no purgaba la mora ni lo liberaba de su pago.

100. Por otra parte, mientras en el contrato básico se hizo referencia expresa al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y a la imposición de la multa mediante acto administrativo, en el Adicional 3 las partes prescindieron de toda alusión a esa clase de potestades legales y optaron por un mecanismo convencional para hacer efectiva la cláusula penal de apremio, cuya exigibilidad se sustentó exclusivamente en la habilitación contractual pactada entre las partes.

101. *Tercera*: en consonancia con lo anterior, dado que la exigibilidad de la cláusula penal no presuponía la expedición de un acto administrativo, sino que se causaba conforme a lo previsto en el Adicional, su aplicación no se sujetó al trámite previo del procedimiento administrativo general regulado en el CCA. En consecuencia, las partes acordaron un procedimiento contractual especial para hacer efectiva la cláusula penal, en cuyo marco el contratista conservaba la posibilidad de controvertir *ex post* el descuento practicado.

102. En el oficio IDU-018431-STOE-5200, expedido el 11 de marzo de 2009, el IDU comunicó la decisión de hacer efectiva la pena causada por los retrasos en el cumplimiento del cronograma presentado por el contratista en la audiencia de descargos celebrada antes de la suscripción del Adicional 3. En este documento, el establecimiento público distrital manifestó lo siguiente:

> "*Ingeniero*
> *Helbert Hernando Olaya Garzón*
> *Representante Legal*
> *Consorcio ID*
>
> *Acusando recibo de la comunicación de la referencia, nos permitimos informarle que de acuerdo a las condiciones técnicas observadas en los frentes de obra del contrato IDU*

159 de 207, esta Dirección Técnica encuentra méritos para acoger la solicitud de multa de apremio remitida por el Consorcio CG a través del oficio con radicado IDU 014541 del 18 de febrero de 2009, dado que han transcurrido 22 días calendario sin que el Consorcio ID haya subsanado la mora en la entrega del tramo 5 sur, que de acuerdo al cronograma aprobado por las partes y avalado por la aseguradora, estaba prevista para el miércoles 28 de enero de 2009"[56].

103. El IDU acogió así la solicitud elevada por la interventoría, quien en la comunicación 014541 del 18 de febrero de 2009 había indicado lo siguiente:

"*Dando alcance a la comunicación del asunto y en cumplimiento a lo establecido en el parágrafo de la cláusula No. 1 del otrosí No. 3 al contrato de referencia, por medio de la presente ratificamos la solicitud de multa realizada al Consorcio ID (…)*

Que a la fecha de la solicitud de la multa representada en una ejecución presupuestal programadas de 78.88%, versus una ejecución presupuestal ejecutada del 75.90%, que implica su atraso, adicionalmente no se produjo la entrega final del tramo sur (…)

Con base en lo anteriormente expuesto, el hecho de que el contratista presenta permanente atraso en la ejecución presupuestal y en lo establecido en la Cláusula No. 3 del Otrosí 3 ratificamos la multa solicitada en el oficio del asunto, la cual se tasa desde la fecha inicial de la solicitud en CUATROCIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS M/CTE ($440'000.000), correspondientes a 22 días de atraso frente al cronograma de obra"[57].

104. En conclusión, la forma como el IDU comunicó al Consorcio ID que hacía efectiva la pena por el mero retardo fue el resultado de aplicar el mecanismo pactado en el Adicional No. 3 al contrato de obra. La pena no se impuso en ejercicio de la potestad prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, la comunicación 018431-STOE-5200 no contenía una manifestación que revistiera la naturaleza de un acto administrativo ni gozara de los atributos propios de estos.

105. La conclusión a la que arriba la Sala sobre la naturaleza jurídica de la comunicación 018431-STOE-5200, expedida el 11 de marzo de 2009, tiene implicaciones en la solución del caso. Al no tratarse de un acto administrativo, no es susceptible de ser anulada por la violación de normas superiores —que constituye uno de los vicios invalidantes previstos en el artículo 84 del CCA—, como lo pretende el demandante. Esto, sin embargo, no implica que la actuación del IDU quede al margen del control judicial. La calificación de esa manifestación de voluntad no zanja dos cuestiones conceptualmente diferentes: de una parte, la licitud y el eventual carácter abusivo de la estipulación negocial que confiere a la entidad la facultad de hacer efectiva la cláusula penal de apremio; y, de otra, la responsabilidad contractual que puede derivarse de hacer efectiva la cláusula penal, aunque ello no presuponga la expedición de un acto administrativo.

106. Ingeconas no solicitó en su demanda que se declarara la nulidad absoluta de la cláusula tercera del Adicional No. 3 del 12 de diciembre de 2008. Con todo, el juez está facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato (Ley 80 de 1993, art. 45), siempre que esta aparezca plenamente demostrada en el proceso (CCA, art. 87) y *"cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato"* respectivo (Código Civil, art. 1742).

---

[56] C. pruebas 2 (contestación demanda de reconvención), p. 105.
[57] C. llamamiento en garantía, pp. 97 - 100.

107. Bajo el derecho común, la licitud de cláusulas como la pactada en el Adicional 3 es incuestionable. El artículo 1594 del Código Civil reconoce la facultad de que las partes pacten una pena por el simple retardo del deudor, dejando a salvo el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento de la obligación principal (Código Civil, art. 1594): "*Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal*". Las partes también pueden hacer efectivas estas penas, autorizando al acreedor a practicar descuentos o compensaciones sobre saldos pendientes de pago al deudor incumplido[58].

108. Frente a los contratos estatales sometidos al EGCAP surge el interrogante de si una cláusula como la acordada entre el IDU y el contratista, en virtud de la cual se conviene hacer efectiva una cláusula penal de apremio sin que ello implique expedir un acto administrativo ni seguir el procedimiento previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, presenta un vicio por ser incompatible con dicha disposición. La Sala no considera que ello sea así y, en consecuencia, no resulta procedente declarar oficiosamente la nulidad de la estipulación.

109. El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 es una norma secundaria o de competencia. Confiere a "*las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (…) la facultad de imponer* [mediante acto administrativo] *las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones"*, así como de *"declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato"*. El enunciado legal precisa las condiciones para el ejercicio de ese poder, al disponer que *"deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista"* y al señalar que la imposición de las multas *"procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista"*.

110. Esta habilitación legal debe entenderse sin perjuicio del principio de la autonomía de la voluntad. En virtud de este principio, en los contratos estatales puedan incluirse *"las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración"* (Ley 80 de 1993, art. 40). La cláusula tercera del Adicional 3 no resulta contraria a la ley ni al orden público, como tampoco desconoce las finalidades y principios del EGCAP.

111. No es contraria al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, porque esta disposición atribuye a las entidades públicas la potestad de imponer multas mediante acto administrativo, pero no proscribe que las partes del contrato estatal, en ejercicio de

[58] La validez de este mecanismo para hacer efectivas las multas no ha sido cuestionada por la jurisprudencia civil. C.S.J., Sal. Civil, Sent. sept. 16/2005, Exp. C-5400131030042000-00125-01 M.P. Jaime Arrubla Paucar.

la autonomía de la voluntad, pacten esquemas negociales para hacer efectivas cláusulas penales de apremio sin que ello implique el ejercicio de prerrogativas de poder público. La atribución legal de tales prerrogativas en la ejecución del contrato no puede entenderse como un mandato que obligue a la Administración a huir del derecho privado contractual en la configuración de sus negocios, porque este integra el régimen jurídico aplicable al contrato estatal (Ley 80 de 1993, art. 13):

> "*Así las cosas, si se aplican a los contratos del Estado las reglas clásicas del derecho privado, sería perfectamente posible pactar cláusulas penales y, dentro de este género, multas, que se harán exigibles en la forma como tradicionalmente operaban en derecho privado, esto es, por el solo hecho de la mora, sin que sea menester su imposición por la autoridad administrativa o por el juez del contrato. En tal caso, la administración debería proceder como lo haría un particular, por lo que no sería procedente proferir un acto administrativo con el fin de imponer la multa"*[59].

112. Como en este caso el pago de la cláusula penal es exigible en virtud del Adicional 3 por el mero hecho de la mora y no por la expedición de un acto administrativo en ejercicio de la función administrativa, la pena debía hacerse efectiva siguiendo el procedimiento acordado libremente entre las partes. Así, en este caso, bastaba la comunicación del IDU o de la interventoría indicando la obra, el plazo pactado para su terminación, la fecha real de terminación y la liquidación de la pena, sin perjuicio de que posteriormente el contratista pudiera demostrar que el retraso no era imputable y solicitar el pago de las sumas descontadas.

113. La estipulación tampoco resulta contraria a las finalidades que informan las normas que regulan la actividad contractual del Estado (Ley 80 de 1993, art. 3º). Por el contrario, el esquema convencional diseñado para hacer efectiva la cláusula penal de apremio fue concebido y pactado con fundamento en la autorización prevista en el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 80 de 1993: *"en caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado"*.

114. La adopción del esquema incluido en el Adicional 3 para hacer efectiva la cláusula penal constituía una medida de control necesaria para garantizar que se completara el objeto contratado. Su necesidad estaba dada por el hecho de que la obra presentaba retrasos que comprometían gravemente la movilidad del sector y exigían generar incentivos suficientes para que el contratista cumpliera los plazos del cronograma remedial, mediante un procedimiento expedito para hacer efectiva la pena. En este orden de ideas, lejos de contrariar las finalidades de las normas que rigen la contratación estatal, el mecanismo convencional para hacer efectiva la pena por el mero retardo nació en obediencia al mandato legal de adoptar medidas para garantizar la ejecución del objeto contratado cuando la entidad se abstiene de declarar la caducidad.

115. La cláusula en la que se pactó la pena de apremio y la forma de hacerla efectiva tampoco es abusiva. Respetadas las diferencias existentes en torno a la conceptualización de los elementos que estructuran la nulidad y a la sanción que debería imponerse a las cláusulas abusivas en la contratación estatal —aspecto que

---

[59] Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *"La huida por la Administración del derecho privado contractual"*, en Sociedad, Estado y Derecho. Homenaje a Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, 2014, pp. 372–373.

la Sala tuvo oportunidad de precisar en reciente pronunciamiento[60]—, lo cierto es que, ante la ausencia de una definición legal expresa sobre la sanción aplicable, la institución de la nulidad subsiste como herramienta auxiliar para su control. En este contexto, dado que el juez se encuentra facultado para declarar de oficio la nulidad total o parcial del contrato, se impone precisar por qué la cláusula penal de apremio pactada en el Adicional 3 no reviste carácter abusivo.

116. Como señaló en oportunidad reciente la Sala, "*la teoría de las cláusulas abusivas tiene cabida en la contratación estatal, pero no mediante una reproducción automática de la caracterización que le dio origen en el derecho privado, pues su aplicación en los negocios públicos debe adecuarse a la especial naturaleza, prerrogativas y finalidades que prevé el estatuto público de contratación; lo anterior, sin perder de vista, como ya se explicó, que para considerar una estipulación como abusiva es necesario que provenga del ejercicio de la posición de predominio de un sujeto en la formación del contrato y ella materialice una asimetría injustificada para la parte débil que revele la configuración de aquel abuso –no de una regla de poder–, pues para estos casos, es decir para controlar las expresiones de poder, el legislador dispuso las causales de nulidad de los actos y contratos estatales*"[61].

117. Uno de los requisitos para calificar como abusiva una cláusula es que esta no haya sido objeto de negociación individual[62]. En este caso, no hay prueba de que el contenido del Adicional 3 hubiera sido impuesto por el IDU al contratista, sin posibilidad de discutir su contenido. Por el contrario, los considerandos de este documento evidencian que fue el fruto de las negociaciones que emprendieron las partes con el propósito de finiquitar las obras y terminar el procedimiento administrativo adelantado para declarar la caducidad del contrato, debido a los incumplimientos que afectaron la movilidad en el área de influencia del proyecto constructivo.

118. El control de abusividad de las estipulaciones debe tener en cuenta "*el contexto integral del negocio y las motivaciones que asistieron a las partes en su pacto, dado que el desbalance que formalmente exhibe la cláusula puede estar justificado o contrarrestado por otras estipulaciones, o incluso en otras relaciones negociales que incumben a los contrayentes*"[63]. La Sala constata que, en este caso, además de que la cláusula individualmente considerada no genera una asimetría prestacional injustificada porque tiene fundamento expreso en la legislación civil (Código Civil, art. 1594), su contenido estaba justificado por el contexto en que se suscribió el Adicional 3.

119. El Adicional 3 se suscribió en un contexto preciso: el desarrollo de un procedimiento administrativo para declarar la caducidad del contrato y la necesidad de la Administración de concluir a la mayor brevedad las obras. Durante este trámite, el contratista formuló el ofrecimiento de terminar las obras en un plazo suplementario

[60] C.E, Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 69.562, nov. 25/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.
[61] C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 69.562 (párr. 160), nov. 25/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.
[62] C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 69.562 (párr. 123), nov. 25/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.
[63] C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 69.562 (párr. 137), nov. 25/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

y asumir los costos que ello implicaba, entre estos, los honorarios del interventor por este período adicional de seguimiento técnico al proyecto. En este contexto, adoptar un mecanismo convencional para hacer más expedita la efectividad de la pena pecuniaria, de forma que las obras se concluyeran siguiendo los hitos del cronograma remedial, estaba justificado desde el punto de vista de las necesidades del servicio y de la conducta del contratista. En conclusión, la cláusula tercera del Adicional 3 no es abusiva.

120. Finalmente, desde la perspectiva de la *responsabilidad contractual* del IDU por haber hecho efectiva la cláusula penal de apremio, la Sala tampoco encuentra fundamento al reparo formulado al fallo de primera instancia. Para determinar la eventual responsabilidad de quien hizo efectiva la cláusula penal de apremio por una indebida aplicación del esquema convencional, debe atenderse al procedimiento acordado entre las partes y no al previsto en el CCA para la expedición de decisiones adoptadas en ejercicio de la función administrativa. Desde esta perspectiva, el reparo debe desestimarse, pues el mismo apelante reconoció en su recurso que el IDU la hizo efectiva conforme al procedimiento estipulado en el Adicional 3. Además, INGECONAS no presentó argumentos en el sentido de que los retrasos en el cronograma no le eran imputables.

121. De hecho, aunque el procedimiento pactado en el Adicional 3 no exigía un trámite previo, el Consorcio ID sí tuvo la oportunidad de justificar el incumplimiento del cronograma adoptado para remediar los retrasos, antes de que el IDU comunicara su decisión en el oficio 018431-STOE-5200. En el considerando 2º de la comunicación 014541 del 18 de febrero de 2009, que sirvió de fundamento a la decisión del IDU, la interventoría dejó constancia de lo siguiente: "*mediante nuestras comunicaciones IDU-150-859 e IDU 150-878 se radicó ante el contratista la solicitud de las justificaciones que permitan aplicar los mecanismos del debido proceso que establece el otrosí No. 3, sin que a la fecha hayamos tenido una respuesta debidamente soportada que pueda justificar los aspectos de incumplimiento que motivaron la solicitud de la multa*"[64].

122. En la comunicación IDU-150859 del 2 de febrero de 2009[65], la interventoría advirtió sobre el retraso en la entrega del tramo 5 sur, precisó el cronograma de obras que el contratista se había comprometido a seguir e informó que, debido a estos hechos, "*estaría haciéndose acreedor a una sanción*", la cual, para ese momento, ascendía a $120'000.000. Asimismo, le solicitó la entrega de la obra pendiente, advirtiendo que, en caso contrario, procedería a "*seguir aplicando la sanción que establece la cláusula tercera del otrosí 3 [sic]*". En contraste, no obra en el expediente prueba de que el contratista haya presentado justificaciones sobre el retraso ante los dos requerimientos de la interventoría.

123. En conclusión, la decisión del IDU de hacer efectiva la pena de apremio tampoco generó responsabilidad para la entidad, porque esta facultad se ejerció ciñéndose a lo pactado en el Adicional 3.

---

[64] C. llamamiento en garantía, pp. 112.
[65] C. pruebas (anexo 4 contestación demanda y demanda de reconvención), pp. 828 – 829.

Las imputaciones recíprocas de incumplimiento y la alteración del equilibrio económico del contrato

124. El demandante cuestionó la decisión de negar las pretensiones dirigidas a declarar el incumplimiento del IDU y ordenar el pago de los saldos insolutos, argumentando que, a diferencia de lo sostenido por el Tribunal, no era necesario impugnar la legalidad de la Resolución 840 de 2009, por medio de la cual se declaró la urgencia manifiesta para contratar directamente la terminación de las obras en el espacio urbano. Como se expondrá a continuación, la Sala encuentra fundado el motivo de inconformidad.

125. Tanto la función administrativa como la jurisdiccional constituyen expresiones de la ejecución de la ley. En este contexto, los actos aplicativos de la ley —sentencias judiciales y actos administrativos particulares—, al contener preceptos jurídicos individuales y concretos, solo pueden modificarse conforme a las condiciones y formas establecidas en la ley o en normas de jerarquía superior. El carácter decisorio y preceptivo del acto administrativo, que es compartido con las providencias judiciales y que ha llevado a un sector de la doctrina a postular la existencia de la "cosa juzgada administrativa"[66], impide que una sentencia judicial altere una situación jurídica definida por la Administración, salvo que este haya sido objeto de impugnación con el propósito de obtener su nulidad y su consecuente exclusión del ordenamiento jurídico (CCA, art. 66).

126. Este fundamento teórico explica por qué la Corporación ha considerado improcedente pronunciarse de fondo sobre demandas que buscan el reconocimiento de perjuicios por incumplimientos contractuales o compensaciones por la alteración de la ecuación económica, cuando un acto administrativo particular y concreto de liquidación ha definido previamente quién debe a quién y cuánto, sin que se hubiera solicitado su anulación[67]. En consecuencia, para determinar si en este caso era necesario demandar la Resolución 840 de 2009 con el fin de habilitar el estudio de fondo de las pretensiones de incumplimiento y alteración del equilibrio económico, resulta indispensable analizar sus elementos esenciales. En particular, debe establecerse si dicha resolución configuró una situación jurídica particular y concreta —como la responsabilidad del contratista por la ejecución parcial del contrato y la ausencia de responsabilidad de la entidad estatal por los mismos hechos—, cuya modificación se pretenda sin que se haya solicitado la nulidad de la decisión administrativa.

127. La Resolución 840 de 2009 consta de cuatro artículos. En ella, el IDU citó como fundamento competencial el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 y tomó las siguientes decisiones: (i) declaró la urgencia manifiesta para contratar de manera directa la terminación de la construcción de los andenes del eje vial (art. 1); (ii) ordenó remitir la resolución y el expediente administrativo a la Contraloría Distrital, conforme a lo establecido en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993 (art. 2); (iii) dispuso efectuar los

[66] Cfr. Adolf Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo* (Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018), 281.
[67] C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Sent. 52.510, ago. 30/2017, C.P. Marta Nubia Velásquez.

traslados presupuestales necesarios para atender la urgencia manifiesta (art. 3); y (iv) estableció que la resolución entraría en vigor a partir de su publicación (art. 4)[68].

128. Considerando tanto los elementos externos como internos del acto administrativo, se concluye que INGECONAS no debía solicitar su nulidad para que se estudiaran las pretensiones de incumplimiento formuladas en su demanda. El IDU no ejerció una competencia administrativa destinada a definir la situación jurídica particular y concreta del contratista. En su lugar, empleó la atribución legal de declarar la configuración de una situación excepcional que la dispensaba de acudir a los procedimientos de selección que implican convocatorias públicas, en razón de la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público y contratar directamente las prestaciones requeridas (Ley 80 de 1993, art. 42; Ley 1150 de 2007, art. 2.4, literal a).

129. Además, el objeto del acto administrativo —esto es, el contenido mismo de la decisión en cuanto reflejo de la voluntad de la Administración— no consistía en modificar la situación jurídica del Consorcio ID mediante la declaración de su incumplimiento o la imposición de obligaciones dinerarias. De hecho, aunque en la motivación del acto se hizo referencia a lo ocurrido en la ejecución del contrato No. 159 de 2007 y a los presuntos incumplimientos del contratista, la decisión carecía de un destinatario específico o de un conjunto determinado de destinatarios, como es propio de los actos administrativos de contenido particular y concreto.

130. En conclusión, el motivo de inconformidad expresado por INGECONAS resulta atendible. En consecuencia, procede el estudio de las pretensiones de incumplimiento y alteración del equilibrio económico del contrato por causas imputables al IDU. Ahora bien, como precisó la Sala, también deben estudiarse las pretensiones de incumplimiento y efectividad de la cláusula penal formuladas por el IDU en la demanda de reconvención. Dado que las solicitudes de la demanda principal y de la demanda de reconvención involucran un cruce de imputaciones recíprocas de incumplimiento y alegaciones sobre la alteración del equilibrio económico del contrato, la Sala adoptará el siguiente orden de análisis.

131. Inicialmente, examinará las compensaciones reclamadas por el demandante para restablecer el equilibrio económico del contrato. Posteriormente, la Sala determinará a cuál de las partes es imputable la falta de finalización de las obras de construcción sobre el espacio urbano dentro del plazo contractual. Este análisis permitirá definir si procede (i) ordenar al contratista el pago de la cláusula penal, como lo reclama el IDU, o (ii) condenar a la entidad estatal al pago de los perjuicios alegados por el contratista, correspondientes a los saldos que quedaron pendientes por causarse debido a la terminación del contrato. Finalmente, se estudiarán las imputaciones específicas de incumplimiento formuladas por INGECONAS contra el IDU, referidas a: (i) el impago de obras ejecutadas y reconocidas en el acta de terminación, (ii) la falta de pago de los ajustes de precios pactados, (iii) la no devolución de las sumas retenidas durante la ejecución del contrato y, (iv) la retención de materiales de su propiedad que quedaron en poder del IDU.

[68] C. pruebas (anexo 2 contestación demanda y demanda de reconvención), pp. 433 – 449.

(i) LAS COMPENSACIONES RECLAMADAS POR LA ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

132. En su demanda, INGECONAS alegó que, debido a hechos sobrevenidos en la ejecución del contrato e imputables al IDU, se incrementaron significativamente los costos de la obra, los cuales pueden clasificarse en dos grupos según su causa inmediata. El primero corresponde a los sobrecostos generados por dificultades materiales en la construcción de los andenes, atribuidas a (i) la imposibilidad de ejecutar trabajos sobre las redes subterráneas de alcantarillado sanitario en la calzada vial, (ii) la saturación de dichas redes con otras infraestructuras de servicios públicos y (iii) la inexistencia de ductos independientes para alcantarillado y aguas lluvias. Según el demandante, estos factores, sumados a niveles imprevistos de pluviosidad, impidieron trabajar en corredores secos, lo que derivó en sobrecostos asociados a mayores excavaciones, tiempos de inactividad de la maquinaria (*stand by*), relleno en recebo, retiro y disposición de escombros, traslado de materiales, manejo de aguas con motobomba y manejo de redes secas.

133. El segundo grupo de sobrecostos proviene de la ampliación del plazo de ejecución del contrato, lo que generó costos adicionales por concepto de gestión ambiental, social y de tráfico durante 4,5 meses, así como sobrecostos administrativos derivados de la mayor permanencia en obra. Según el contratista, estos perjuicios fueron consecuencia de la deficiente planeación del contrato, ya que las condiciones técnicas contempladas en los estudios del IDU, sobre las cuales se estructuró la propuesta, no coincidieron con las reales condiciones durante la ejecución de la obra, afectando tanto su programación como sus costos.

134. La Sala analizará las pruebas sobre la ejecución del contrato para determinar: (i) si efectivamente hubo un cambio de circunstancias respecto de las condiciones técnicas preexistentes al momento de presentar la propuesta (Ley 80 de 1993, art. 4.8); (ii) a quién son imputables las causas de los dos adicionales que prorrogaron el plazo y prolongaron la permanencia en obra; y (iii) si, en el marco de las modificaciones contractuales, se resolvieron de manera integral las consecuencias económicas y programáticas derivadas de los hechos alegados por el demandante.

135. Este análisis es necesario debido a la modalidad de pago pactada en el contrato para las obras de espacio urbano (incluidas las de construcción de andenes). A diferencia de las obras sobre las redes subterráneas de servicios públicos que se pagaban por el sistema de precios unitarios, la construcción de los andenes se remuneraba mediante un precio global fijo ($1.304’214.992), como lo establece la cláusula tercera del contrato:

> “*Un anticipo equivalente al treinta por ciento (30%) del valor total para la construcción, el cual será amortizado en el mismo porcentaje de cada acta mensual de obra // Hasta un Noventa por ciento (90%) del valor total para la construcción, se pagará mediante presentación de actas mensuales por parte del Contratista, según avance de obra ejecutada, de acuerdo con el programa de ejecución de obra y de pagos aprobado por la Interventoría y el IDU antes de iniciar la etapa de construcción. La Interventoría deberá verificar el cumplimiento de dicho programa para aprobar el pago correspondiente // El diez por ciento (10%) restante del valor total para la construcción, una vez se suscriba por las partes el acta de liquidación del contrato, previo recibo final por parte del IDU y de las Empresas de Servicios Públicos y suscrita por las partes el acta de recibo final y liquidación de la etapa de construcción*

> ***Valor global para las Obras de Construcción**. Se pagará a precio Global (con ajustes) 'mediante pagos mensuales de obra ejecutada, previa medición y aprobación a' satisfacción de las actividades adelantadas por el contratista, la cual será efectuada por la interventoría.*
>
> ***Valor total para las obras de Redes de Servicios Públicos**. Se pagará a precios Unitarios Fijos (con ajustes), mediante pagos mensuales de obra ejecutada, previa medición y aprobación a satisfacción y valoración del cumplimiento del contratista, la cual será efectuada por la interventoría*
>
> ***Valor global para la Gestión Ambiental**. Se pagará a precio global fijo (con ajustes). El pago al contratista por el valor ambiental se pagará proporcionalmente al valor facturado mensualmente de avance de obra (…)*
>
> ***Valor global para la Gestión Social**. Se pagará a precio global fijo (con ajustes). Este valor será dividido en el número de meses de la etapa de construcción y se pagará una parte en cada Acta mensual (…)*
>
> ***Valor global Plan de Manejo de Tráfico y Señalización en la etapa de Construcción**. Se pagará a precio global fijo (con ajustes). Se pagará a precio global fijo (con ajustes). El valor será cancelado mediante pagos mensuales proporcionales al porcentaje de obra ejecutada del mes correspondiente en la etapa de construcción (…)*"[69].

136. Por lo tanto, la suficiencia del precio global del componente de obras de construcción para cubrir las cantidades de obra ejecutadas y las erogaciones realmente incurridas constituía un riesgo asumido por el contratista. Así, el Consorcio ID solo podría trasladar dichos sobrecostos al IDU si se cumplían dos condiciones: (i) que las causas determinantes de las erogaciones sean jurídicamente atribuibles a la entidad y (ii) que tales asuntos no hayan sido resueltos mediante acuerdos entre las partes. De lo contrario, el contratista tendría el deber jurídico de soportarlos con su patrimonio por la modalidad de pago pactada[70].

137. Las pruebas obrantes en el expediente evidencian que la decisión de ejecutar los trabajos sobre las redes subterráneas de alcantarillado sanitario en los andenes —en lugar de realizarlos sobre la calzada vial destinada al tránsito vehicular— fue debatida por el contratista. Asimismo, acreditan que el consorcio atribuyó a esta determinación tanto las dificultades que impidieron la finalización de las obras como los sobrecostos generados durante su ejecución.

138. En la comunicación CID-CT-159-280 del 1 de septiembre de 2008, el Consorcio ID solicitó al IDU una reprogramación de la obra aduciendo la siguiente justificación:

> "*El principal problema presentado es que los diseños que establecieron que la red de alcantarillado de 24'' y 16'' se debe instalar por el mismo corredor de las existentes, es decir sobre el andén, lo cual ha originado un problema de manejo de A.N impresionante, a punto tal que se han tenido que manejar volúmenes de A.N hasta de 20'' en algunos tramos, lo cual hace casi imposible la instalación de la tubería, esta situación se agrava en razón a que se instalan motobombas para evacuar las aguas pero no hay dónde botarlas. Como si fuera poco la alta ola invernal a [sic] incrementado el problema de*

[69] C. pruebas (anexo 2 contestación demanda y demanda de reconvención), pp. 52 – 53.

[70] Respecto de las implicaciones que tiene el pacto de un precio global fijo sobre la distribución de riesgos y las solicitudes de restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, véase: C.E., Secc. Tercera, Sub. C, Sent. 54714, sept. 2022, C.P. Rodríguez Navas, citada en C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Sent. 65.650, may. 6/2024. En el mismo sentido: C.E., Secc. Tercera, Sent. 9347, ago. 29/1996; C.E., Secc. Tercera, Sent. 14.855, abr. 29/1999; C.E., Secc. Tercera, Sent. 14.854, ago. 29/2007; C.E., Secc. Tercera, Sent. 14.823, abr. 6/2011; C.E., Secc. Tercera, Sent. 41.008, jun. 29/2015.

manejo de aguas, ya que las excavaciones realizadas para la instalación de tubería de A.N además de las aguas residuales se llena con aguas lluvias"[71].

139. La incidencia de la instalación de las redes de alcantarillado en los andenes en el desarrollo del proceso constructivo fue reconocida por la interventoría en respuesta a una solicitud del IDU sobre la calidad de los diseños empleados por el contratista y su relación con la no terminación de las obras. En el oficio IDU-150-1008, el consorcio encargado de la vigilancia técnica de la ejecución contractual manifestó lo siguiente:

"*Trazado de la red de alcantarillado, sobre la zona de anden: El hecho de tender la red de alcantarillado sanitario sobre el andén fue la causa principal de las afectaciones que sufrieron las demás estructuras de redes, aunado a las difíciles condiciones de instalación en las que tuvo que hacerse la instalación ya que siempre se tenían altos flujos de agua corriendo por los zanjados, lo que entorpeció los rendimientos de obra propuestos y generó toda serie de problemas estructuras y edificaciones vecinas, ya que los hombros de excavaciones se saturaban con las aguas de escorrentía, socavando los suelos de soporte de las estructuras de las demás redes que se desarrollaban sobre el corredor de andén afectando las edificaciones vecinas que poseían construcciones por debajo de cotas de excavación*"[72].

140. El testimonio rendido por Jorge Velásquez, quien fungió como director de interventoría, es congruente con el contenido de los anteriores documentos. En su declaración, hizo la siguiente manifestación sobre la causa técnica de los retrasos y dificultades de la confección de las obras de espacio público (se transcribe literalmente, incluso con errores):

"*Ya en la ejecución de obra propiamente dicha se pudo verificar que las redes que se desarrollan en la 116, y valga la pena anotar que la 116 es una arteria comercial y que posee todas las redes de servicios que se desarrollan en la ciudad, que no había un catastro actualizado de redes y que cuando se iniciaba a excavar se encontraban bancos de ductos que tenían más de 25 años de construidos por ende la calidad y estabilidad los mismos materiales que los constituían no ofrecían ninguna estabilidad. (…) esto trajo como consecuencia que nunca se tuviera un corredor seco para trabajar y que una vez se retiraban los tubos para el reemplazo que tocaba hacer las zanjas se inundaban provocando el colapso de los hombros de excavación y de las redes que en ellos se apoyaban, sin embargo y ante la negativa de modificar los trazados de las redes de alcantarillado que además por ley deben ir por los corredores viales, no por el corredor de andenes, se iba avanzando en la obra de manera muy lenta y tortuosa porque en cada metro que se excavaba se encontraban nuevas dificultades que para solucionarlas debían ser concertadas con las empresas de servicios ya que el IDU no es dueño ni operador, ni administrador de ninguna de las redes*"[73].

141. A partir de los elementos probatorios analizados, la Sala concluye que la instalación y reemplazo de la red subterránea de alcantarillado sanitario sobre los andenes —en lugar de sobre la calzada vial— incidía en el procedimiento constructivo, al no permitir que el Consorcio ID dispusiera de corredores secos para ejecutar los trabajos. No obstante, otros documentos del expediente, así como el dictamen pericial técnico practicado a solicitud de INGECONAS, evidencian que: (i) esta condición técnica existía al momento en que el consorcio presentó su propuesta; (ii) los diseños suministrados por el IDU reflejaban esta condición, que fue exigida por

[71] C. 6 (contestación demanda de reconvención), pp. 75-76.
[72] C. llamamiento en garantía, pp. 118 – 119.
[73] C. ppal., pp. 221 – 222.

el propietario de la red; y, (iii) el contratista la validó en la fase de preconstrucción al apropiarse de los diseños suministrados por la entidad estatal.

142. En la comunicación de la EAAB S.A. E.S.P. S-2017-029076 —anexada al dictamen pericial técnico elaborado por el ingeniero Antonio María Gutiérrez—, la empresa de servicios públicos precisó lo siguiente: *"De acuerdo con la normatividad de la EA (Norma NS-085, numeral 4.4), es preferible que las redes de alcantarillado queden instaladas a lo largo de la vía. Sin embargo, para el caso de los andenes de la calle 116, donde el alcance de los contratos solo se dio para andenes y no para vía, se debieron instalar las redes de alcantarillado sanitario por andén"*[74]. El contenido de esta comunicación concuerda con otros documentos producidos en 2006, durante la ejecución del contrato de consultoría 202 de 2005, celebrado entre el IDU e INARE Ltda., cuyo objeto era la elaboración de los diseños con base en los cuales el IDU convocó la licitación pública IDU-LP-DTE-039-2007 que culminó con la adjudicación del contrato de obra al Consorcio ID[75].

143. En primer lugar, es consistente con la comunicación 01207 del 13 de febrero de 2006, en la que la EAAB S.A. E.S.P. señaló lo siguiente: *"Según lo acordado entre el Acueducto de Bogotá y el IDU, en la etapa de diseños los consultores del IDU deberán realizar inspección con cámara de televisión a los colectores existentes (…). En los sectores en los cuales los colectores de alcantarillado sanitario y/o pluvial se desarrollan por andén, se deberá verificar la capacidad hidráulica y estructural de los mismos. En los casos en los que se determine que los tramos existentes deben ser reemplazados, los diseños de las obras correspondientes se deberán realizar por la zona de andén, para lo cual deben presentar las memorias de cálculo teniendo en cuenta las áreas de aporte demarcadas en las planchas F-82"*[76].

144. Asimismo, es concordante con los documentos emitidos por INARE Ltda., firma encargada de la elaboración de los diseños. En el expediente obra la comunicación 202.C.31906 del 24 de abril de 2006, en la que el diseñador informó al IDU y al interventor de diseños lo siguiente: *"Después de firmado nuestro contrato, [la EAAB S.A.] establece ahora una serie de exigencias a tener en cuenta antes de renovar estas redes, así: que en los casos en los cuales los colectores de alcantarillado sanitario se desarrollan [sic] por andén, se deberá verificar la capacidad hidráulica y estructural de los mismos. Que en los casos en que se determine que los tramos existentes deben ser reemplazados, los diseños de las obras correspondientes se deberán realizar por la zona del andén"*[77]. Asimismo, en el expediente se encuentra una comunicación del 6 de septiembre de 2007, en la que el diseñador precisó:

> "*El diseño contempla la renovación de los colectores sanitarios ubicados bajo los andenes norte y sur de la calle 116 entre avenida carrera 15 y avenida 19, por cambio de material y por cambio de diámetro // Una evaluación preliminar indicó la necesidad de ampliar la tubería existente bajo el andén a partir de la transversal 19, punto en el cual recibe un aporte de 18.39 hectáreas, manejando un caudal de 359.87 IPS, que nosotros recomendamos renovar por la calzada // No obstante lo anterior, la propia EAAB en los referidos datos técnicos ordenó que la renovación debe hacerse por andén, que dicho sea de paso es compartido con una gran cantidad de redes de otros servicios públicos. Con*

[74] C. ppal., p. 494.
[75] C. pruebas (anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 183.
[76] C. pruebas 8, p. 51.
[77] C. pruebas 8, p. 38.

estas limitaciones, se procedió a calcular los nuevos colectores, siguiendo el alineamiento actual y utilizando las estructuras de los pozos existentes"[78].

145. Esta información se refuerza con la respuesta que dio el representante legal de INARE Ltda. a una consulta formulada por el perito Antonio María Gutiérrez en relación con la justificación de haber diseñado las intervenciones sobre las redes subterráneas a través del andén. En su respuesta, el diseñador indicó que adoptó esta decisión *"cumpliendo orden expresa de esas entidades, sustentada y documentada en debida forma, y con las justificaciones técnicas de dicha empresa* [EAAB S.A. E.S.P]*"*[79].

146. El ingeniero civil Antonio María Gutiérrez, autor del dictamen pericial solicitado por INGECONAS en la contestación a la demanda de reconvención, confirmó que la decisión de diseñar las obras sobre las redes subterráneas de alcantarillado sanitario a través de los andenes fue adoptada por la EAAB S.A. E.S.P. Asimismo, ratificó que, con fundamento en dicha determinación, el diseñador (INARE Ltda.) estructuró las soluciones de ingeniería que el IDU incorporó en los estudios previos y que suministró en el marco de la licitación para la adjudicación del contrato de obra pública. El demandante no pidió aclaraciones ni objetó por error grave esta respuesta en el término de traslado del dictamen[80]:

"***P. ¿Determine así mismo si es permitido la reposición de colectores de alcantarillado sobre el andén como sucede en la Av. Calle 116 entre carrera 15 y carrera 19?***

R: En este punto no identifica cuáles fueron los colectores sometidos a reposición. Evaluados los planos de diseño de Redes de alcantarillado establecí que el plano 6/7 muestra los perfiles de los colectores de alcantarillado (tramo 3) de los costados norte y sur. Este plano (6/7) muestra el perfil del colector 14-92 ubicado en la transversal 19. El plano 7/7 muestra el perfil de los colectores del alcantarillado (tramo 2) de los costados Norte y sur.

En cuanto a que, si es permitida la reposición de colectores de alcantarillado sobre el andén, TAMBIEN ES POTESTATIVO DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA con sujeción a la normatividad vigente. Es importante anotar que EAAB suministró el 14-02-06 al IDU E INARE DA, la relación de colectores en el área que se intervendría, tal como a continuación lo transcribo: En el costado Norte existían dos colectores de 16" y 21" Costado norte calle 116 entre avenida 15 y avenida 19. y dos colectores de 10" y 20" instalados en el costado sur calle 116 entre avenida 15 y avenida 19.

NOTA.- Este y el anterior punto abarcan un tema técnico similar, por lo cual el texto extractado de la comunicación dirigida por el Director de Vías, Transporte Servicios Públicos del IDU al CONSORCIO ID (20 de Abril de 2009) es válido para ambos, lo que confirma mi respuesta en cuanto a que es la EAAB la que determina acerca de la reposición de colectores de alcantarillado sobre el andén, en virtud de la Resolución 033 del 26 de enero de 2001 y de la Resolución Distrital 591 del 4 de Marzo de 2002"[81].

147. En conclusión, el diseño de las intervenciones sobre los andenes constituía, en los términos del artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993, una condición técnica existente al momento en que el Consorcio ID presentó su propuesta, la cual derivaba de la

[78] C. pruebas 8, p. 41.
[79] C. ppal., p. 481.
[80] C. ppal., p. 498.
[81] C. pruebas 8, p. 27.

decisión adoptada por la EAAB S.A. E.S.P., empresa propietaria y operadora de la red. Por lo tanto, la Sala considera que la solicitud del IDU de ejecutar los trabajos sobre los andenes y no sobre la calzada vial destinada al tránsito vehicular no configuró un cambio de circunstancias atribuible a una indebida planeación del proyecto que alterara el equilibrio económico del contrato.

148. La conclusión sobre la improcedencia de ordenar, por un cambio de circunstancias, una compensación económica adicional al precio global fijo pactado, se afianza con otro hecho probado documentalmente: el Consorcio ID se apropió y aceptó sin objeciones los diseños suministrados por el IDU en la licitación, los cuales, como se ha analizado, estaban concebidos para la intervención del recolector de aguas negras a través de los andenes.

149. En el numeral 4.2 del pliego de condiciones de la licitación se estableció lo siguiente:

> "*Si bien el IDU entrega con el presente pliego un CD con la información de los estudios y diseños existentes, es importante aclarar que dichos documentos se entregan, considerando que el contratista a quien se le adjudique la presente licitación, deberá durante la etapa de Preconstrucción efectuar la revisión, verificación, actualización, ajustes y complementación de los Estudios y Diseños aprobados y a partir de esto se apropiará de los estudios y diseños y los tomará como suyos. Dichos planos de apropiación, deberán llevar la firma de los especialistas responsables del Contratista.*
>
> *Previo al inicio de las obras, el Contratista contará con un mes para adelantar con la Interventoría la Etapa Preconstrucción, donde el Contratista revisará, verificará, actualizará, ajustará, complementará y apropiará los diseños realizados por la firma INARE LTDA suministrados por el IDU, para lo cual después de revisar, verificar, actualizar, ajustar y complementar las memorias de cálculo, planos de diseño y demás documentación relevante, efectuará la apropiación de los diseños y tomará como suyos los tales. Esto deberá realizarse mediante la expedición de un acta de apropiación de los diseños suscrita entre el Contratista y la Interventoría de Obra****. La motivación de la apropiación de los diseños es dejar constancia que el Contratista conoce y acepta totalmente los diseños y está en capacidad de asumir la responsabilidad total por la obra y garantizará la estabilidad de las obras, así como de garantizar su recibo por parte de las empresas de servicios públicos y entidades Distritales competentes***" (Énfasis añadido)[82].

150. En el expediente reposa el Acta No. 3 de apropiación de los diseños, suscrita el 9 de mayo de 2008, en la que se dejó constancia de la siguiente manifestación: "*Por medio de la presente acta, yo, Helbert Olaya Garzón, representante legal de la firma Consorcio ID, contratista de obra del contrato IDU 159 de 2007, manifiesto que me apropio de los estudios y diseños para la construcción de los andenes del eje vial de la calle 116* (…)"[83]. El acta incluyó un cuadro con anotaciones del contratista y de la interventoría sobre los diseños geométricos, la red de acueducto y alcantarillado, las redes eléctricas y de iluminación, así como las redes de gas natural y telefonía.

151. En el apartado correspondiente a la red de alcantarillado, el contratista dejó constancia de observaciones relacionadas con el diámetro de los pozos y la necesidad de construir cajas de inspección, pero no formuló objeción alguna sobre la viabilidad de ejecutar las obras conforme a los diseños que contemplaban su

[82] C. pruebas (anexo 2 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 183.
[83] C. pruebas (anexo 2 contestación demanda y demanda de reconvención), pp. 79 – 82.

intervención a través del andén. En consecuencia, conforme a lo previsto en el pliego de condiciones, la suscripción de dicha acta implicó que el contratista reconoció y aceptó que estaba en capacidad de asumir la responsabilidad total de la obra, siguiendo los procedimientos constructivos resultantes de los diseños de los que se apropió. Por lo tanto, cualquier alegación posterior sobre la inviabilidad técnica de estos diseños carece de sustento contractual e impide reconocer sumas adicionales al precio global pactado por las obras de construcción.

152. En su demanda, INGECONAS también afirmó que otro conjunto de eventos —la saturación de las redes de alcantarillado con otras infraestructuras de servicios públicos, la inexistencia de ductos independientes para alcantarillado y aguas lluvias, así como niveles anormales de pluviosidad— generaron un incremento en los costos directos de construcción. En consecuencia, la Sala procederá a valorar las pruebas relativas a estos hechos, así como el tratamiento contractual que las partes otorgaron a sus efectos económicos y programáticos.

153. En cuanto a la previsibilidad de los flujos de aguas lluvias y negras a través de los ductos subterráneos que debían intervenirse para la construcción de los andenes —aspecto que requiere conocimientos técnicos especializados para su elucidación (CPC, art. 233)—, la Sala no encuentra probados los enunciados fácticos en que se fundamenta la pretensión de INGECONAS. En el dictamen técnico elaborado por el ingeniero civil Antonio María Gutiérrez, único peritaje dirigido a evaluar los aspectos técnicos que sustentan la reclamación del contratista[84], no se abordó la cuestión relativa a los niveles anormales de pluviosidad. Dado que el demandante no formuló una pregunta específica sobre este punto, el experto no analizó si, conforme a los registros del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, era posible concluir que, durante la fase de construcción, las lluvias alcanzaron niveles de intensidad y volumen que superaron el umbral de previsibilidad y generaron sobrecostos derivados de la disminución de los rendimientos de obra, los cuales no estarían comprendidos dentro del riesgo constructivo asumido por el contratista.

154. En cuanto a la descarga de aguas lluvias en el ducto de alcantarillado sanitario, el perito Antonio María Gutiérrez, lejos de corroborar el supuesto fáctico en que se fundamentan las pretensiones del demandante, concluyó que se trataba de una circunstancia previsible a la luz de los documentos que integraban las bases técnicas de la licitación. Esta conclusión no fue objetada por el demandante en el término de traslado del dictamen:

> *"**De acuerdo con los diseños de la firma Consultora INARE, se determine a) Si la red de aguas negras contemplaba al momento del diseño el flujo de agua tan alto en el momento de alguna precipitación**.*
>
> *R/ Debo conceptuar que sí se contempló flujo alto en el evento de alguna precipitación. No es factible diseñar un sistema de alcantarillado sanitario sin tener en cuenta este factor tan importante, que se estudia, analiza y se calcula previamente.*

[84] El otro dictamen pericial que se practicó a petición del demandante fue elaborado por Carlos Javier de la Rosa Salceda, de profesión economista (C. pruebas 7, pp. 1 – 21). Sin embargo, esta prueba no aborda cuestiones de carácter técnico, sino exclusivamente financiero, como los cálculos de intereses y la actualización de las sumas reclamadas por INGECONAS.

Los documentos atinentes al tema, así como los planos de diseño de la red de alcantarillado sanitario, lo confirman. La firma INARE LTDA, en Oficio 054960 de julio 6 de 2006, dirigido a la Directora de Interventoría Consorcio Avenida 116, presentó los planos correspondientes de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial, y acueductos existentes, y los diseños conforme lo solicitó Datos Técnicos entregados por la EAAB y los términos de referencia.

Esto implica que, para realizar los diseños, el Consultor adelantó las investigaciones y estudios, tales como el caudal de saturación (flujos altos), capacidad hidráulica, mediciones de volúmenes hídricos de precipitaciones altas, escorrentías y flujos, fundamentales para diseñar los sistemas de alcantarillado de aguas lluvias y aguas servidas, tal como lo exigen las normas y procedimientos reglados por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado.

Por consiguiente, mi concepto profesional es que, efectivamente, la firma INARE LTDA tenía que contemplar flujos altos en el evento de fuertes precipitaciones, basado en estadísticas pluviométricas y, sobre esa base, fijar los parámetros propios del diseño. Anexos los planos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 DISEÑO REDES DE ALCANTARILLADO"[85].

155. Finalmente, en lo que atañe a la saturación de las redes de alcantarillado con otras infraestructuras de servicios públicos subterráneas, las pruebas del expediente evidencian que, al definirse la ejecución de las intervenciones sobre el andén, era previsible que se presentaran incongruencias o cruces de otras redes de servicios públicos de gas y telefonía con la red de acueducto sanitario. Esta conclusión se plasmó en el dictamen del perito Antonio María Gutiérrez[86]. Sin embargo, al margen de que esta fuera una circunstancia que pudiera preverse en abstracto al momento de presentarse la propuesta debido las deficiencias existentes en los inventarios de redes[87], los documentos del expediente también evidencian que, en la ejecución concreta del proyecto, cuando se advirtieron las condiciones precisas de dichas interferencias, surgió la necesidad de ejecutar obras no previstas[88]. De hecho, esta circunstancia justificó dos modificaciones contractuales.

156. La primera modificación contractual derivada de estos hechos fue el Adicional No. 1, suscrito el 10 de octubre de 2008[89], más de seis meses después del acta de inicio del contrato (14 de abril de 2008), a partir de la cual comenzó a correr el plazo

---

[85] C. pruebas 8, p 12.

[86] El perito dio la siguiente respuesta: "*P/:c-) Si dentro de la consultoría se contemplaban los cruces de redes e interferencias de las mismas redes sobre la red de alcantarillado. R/ De acuerdo con los documentos estudiados y evaluados, de los cuales transcribiré lo concerniente al tema, la consultoría sí contempló los cruces de redes e interferencias de las mismas sobre la red de alcantarillado. Mi afirmación radica en el contenido de las siguientes comunicaciones: el 6 de septiembre de 2007 (Radicado No. 082422), INARE LTDA dirige comunicación a CONSORCIO AVENIDA 116 y, a partir del cuarto párrafo, anota: 'Una evaluación preliminar indicó la necesidad de ampliar la tubería existente bajo el andén norte a partir de la transversal 19, punto en el cual recibe un aporte de 18.30 hectáreas, manejando un caudal de 359.87 lps, que nosotros recomendamos renovar por calzada, cumpliendo la normatividad vigente. No obstante lo anterior, la propia EAAB, en los referidos Datos Técnicos, ordenó que la renovación debe hacerse por andén, que dicho sea de paso es compartido con gran cantidad de redes de otros servicios públicos... etc.'. Lo manifestado por INARE implica la existencia de los cruces de redes e interferencias de otras redes sobre la red de alcantarillado proyectado, por lo cual se infiere que la consultoría sí los contempló en su momento*". C. pruebas 8, p 14.

[87] Circunstancia que determina, asimismo, la incertidumbre sobre las cantidades de obra requeridas para manejar tales interferencias y justificó la adopción del esquema de precios unitarios para remunerar este componente.

[88] Esta circunstancia también fue destacada por la interventoría en sus informes técnicos. C. llamamiento en garantía, pp. 118 – 119.

[89] C. pruebas (anexo 2 contestación demanda y demanda de reconvención), pp. 86 - 87.

de ejecución[90]. En este documento, las partes acordaron prorrogar el plazo del contrato por dos meses —sin modificar la remuneración del contratista— debido a interferencias del ducto de alcantarillado sanitario con otras redes:

> **"***4) La solicitud de prórroga, firmada conjuntamente por el Director Técnico de Espacio Público, la Subdirectora Técnica de Ejecución de Obras, el coordinador, el interventor y el CONTRATISTA, según consta en el documento del veinticinco (25) de septiembre de 2008, en el cual invocan como causal de la misma lo siguiente: 'La prórroga se fundamenta en las mayores cantidades de obra e ítems no previstos presentados en la ejecución de las actividades, los cuales están estimados aproximadamente en un 35 % del valor total del contrato y un 90 % aproximadamente del valor contractual de las redes (…) // otro factor que incide en el retraso de las obras son las interferencias de las otras redes que se desarrollan por encima de las redes de alcantarillado y que han obligado a realizar una gran cantidad de obras manuales, cuando inicialmente se tenían previstas por medio mecánicos (...)'. De conformidad con lo anterior, es procedente suscribir el presente documento, de acuerdo con las siguientes cláusulas:*
>
> *PRIMERA: PLAZO: Prorrogar el plazo pactado en la cláusula quinta del contrato principal en DOS (2) MESES. PARÁGRAFO: La presente prórroga no generará para el IDU ningún tipo de costo adicional, ni reclamación por parte del contratista.*
>
> *SEGUNDA: El CONTRATISTA se compromete a constituir los correspondientes certificados de modificación de la Garantía Única de Cumplimiento dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma del presente documento. PARÁGRAFO: En caso de incumplimiento de la obligación consagrada en esta cláusula, el contratista se hará acreedor a las sanciones contractuales pactadas en el contrato principal*".

157. La segunda modificación derivada de estos hechos corresponde al Adicional 2, suscrito el 18 de noviembre de 2008[91]. En este documento, las partes acordaron adicionar $750'000.000 al valor inicial del contrato para remunerar, mediante precios unitarios adicionales, obras de redes (no obras de construcción) derivadas de la identificación de actividades no previstas asociadas a la solución de interferencias con otras redes de servicios públicos:

> *" (…) 8) Solicitud de adición firmada conjuntamente por el CONTRATISTA, el Interventor, el Coordinador, el Subdirector Técnico de Ejecución de Obras de Espacio Público y el Director Técnico de Espacio Público, según consta en documento del 17 de octubre de 2008, en el cual invocan como causal de la misma lo siguiente:*
>
> *'LA ADICIÓN PRESUPUESTAL SE FUNDAMENTA EN LA NECESIDAD DE EJECUTAR LAS MAYORES CANTIDADES DE OBRA PARA REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS QUE SUBYACEN EN EL ÁREA DE LOS ANDENES A CONSTRUIR, YA QUE CUALQUIER INTERVENCIÓN POSTERIOR A LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO VULNERA LA INTEGRIDAD DE LA OBRA Y DEJA SIN EFECTO LAS PÓLIZAS DE ESTABILIDAD QUE DEBE CONSTITUIR EL CONTRATISTA // CON BASE EN LO ANTERIOR, CON EL FIN DE MANTENER LA INVERSIÓN Y EL BENEFICIO QUE SE BUSCA CON LA CONSTRUCCIÓN DE LA OBRA DURANTE TODA LA VIDA ÚTIL DEL PROYECTO, SE DEBEN EJECUTAR LA TOTALIDAD DE OBRAS DE REDES'.*
>
> *Las cantidades de obra que originan la presente solicitud están consignadas en el Anexo No. 1, el cual constituye parte integral de esta solicitud. En el mismo documento, el interventor manifestó al respecto: 'Teniendo en cuenta la interferencia de redes, así como las mayores cantidades de obra que se han presentado en el contrato debido a las condiciones particulares del sector y a la ampliación de las canalizaciones de las diferentes Empresas de Servicios Públicos sobre el tramo de intervención, la Interventoría*

[90] C. pruebas (anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), pp. 74 – 75.
[91] C. pruebas (anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), pp. 101 – 103.

considera procedente aprobar la presente solicitud de adición en valor al contrato IDU-159-07' (...)

11) Teniendo en cuenta que los valores adicionados al contrato No. 159 de 2007, incluyendo el que se adiciona a través del presente documento, no superan el cincuenta por ciento (50 %) del valor inicial del mismo expresado en salarios mínimos legales mensuales, como se observa en la tabla que se anexa, y que, por tanto, se ajustan a lo consagrado en el parágrafo segundo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, es procedente suscribir el presente documento, de conformidad con las siguientes cláusulas:

PRIMERA: VALOR. Adicionar al valor pactado en el contrato principal la suma de SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES ($750.000.000,00) DE PESOS MONEDA CORRIENTE, equivalente a 1.625,1354 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2008 // PARÁGRAFO: IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL. Para la presente adición se cuenta con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 7192 del 30 de septiembre de 2008, expedido por la Subdirección Técnica de Presupuesto y Registro Contable del IDU.

SEGUNDA. El CONTRATISTA se compromete a constituir los correspondientes certificados de modificación a la garantía única, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma de este documento, de conformidad con el presente adicional // PARÁGRAFO. En caso de incumplimiento de la obligación consagrada en esta cláusula, el contratista se hará acreedor a las sanciones contractuales pactadas en el contrato principal.

TERCERA. El CONTRATISTA deberá efectuar la publicación del presente documento en el Registro Distrital, así como el pago del impuesto de timbre, si a ello hay lugar, en la cuantía que señale la ley, requisitos que se entienden cumplidos con la presentación de los recibos de pago de los derechos correspondientes, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma de este documento.

CUARTA. Los documentos no modificados continúan vigentes y surten los efectos legales que ellos fijan".

158. De los anteriores documentos contractuales, la Sala concluye que la detección —durante la ejecución del proyecto— de interferencias entre la red de acueducto sanitario y otras redes de servicios públicos incidió en el procedimiento constructivo, a punto tal de justificar una prórroga del plazo y una adición cercana a la tercera parte del valor inicial del contrato. Con todo, los acuerdos a los que llegaron las partes en estas dos modificaciones, motivadas por circunstancias semejantes, también evidencian que regularon bilateralmente las consecuencias programáticas y económicas de la aparición de las interferencias (o saturación de las redes).

159. En el Adicional No. 1, mediante el cual se acordó la prórroga del plazo contractual debido a la detección de las inferencias con otras redes, el contratista declaró expresamente que dicha modificación no generaría costos adicionales para el IDU ni daría lugar a reclamaciones económicas por los hechos que motivaron su suscripción. Esta declaración es válida y vinculantes para las partes.

160. Además, en el expediente no obra prueba de que el IDU hubiera condicionado la modificación contractual a la manifestación contenida en el documento en el sentido de que no daría lugar a *"reclamación por parte del contratista*", lo que excluye una posible infracción del artículo 5.3 de la Ley 80 de 1993, como tampoco se alegó que la estipulación estuviera viciada de nulidad. En consecuencia, resulta improcedente desconocer lo estipulado en el adicional y pretender el reconocimiento de sumas

adicionales por los presuntos sobrecostos incurridos en la ejecución de las obras por estos mismos hechos.

161. En consonancia con la postura unificada de la Sección[92], la Sala destaca que la improcedencia de la pretensión no se debe a la ausencia de salvedades en el modificatorio, sino a la voluntad expresa de las partes al suscribir el Adicional No. 1. De acuerdo con sus antecedentes, las partes regularon los impactos de las interferencias con redes y acordaron prorrogar el plazo sin que ello diera lugar a reconocimientos económicos adicionales.

162. La misma consideración es aplicable frente al Adicional No. 2. Los hechos aducidos para sustentar la reclamación de los mayores costos directos de construcción de los andenes son coincidentes con los que motivaron la suscripción de este modificatorio, en el cual se adicionaron recursos para remunerar al contratista por la ejecución de obras no previstas. Esto pone en evidencia que las partes tenían la intención de regular los efectos económicos de esta circunstancia y que, como parte de los acuerdos logrados, se adicionaron precios unitarios no previstos para el componente de redes, mas no se incrementó la partida correspondiente al precio global de las obras de construcción del espacio urbano. Por ende, resulta improcedente desconocer lo pactado en el adicional y pretender el reconocimiento de sumas adicionales por los presuntos sobrecostos incurridos en la ejecución de las obras.

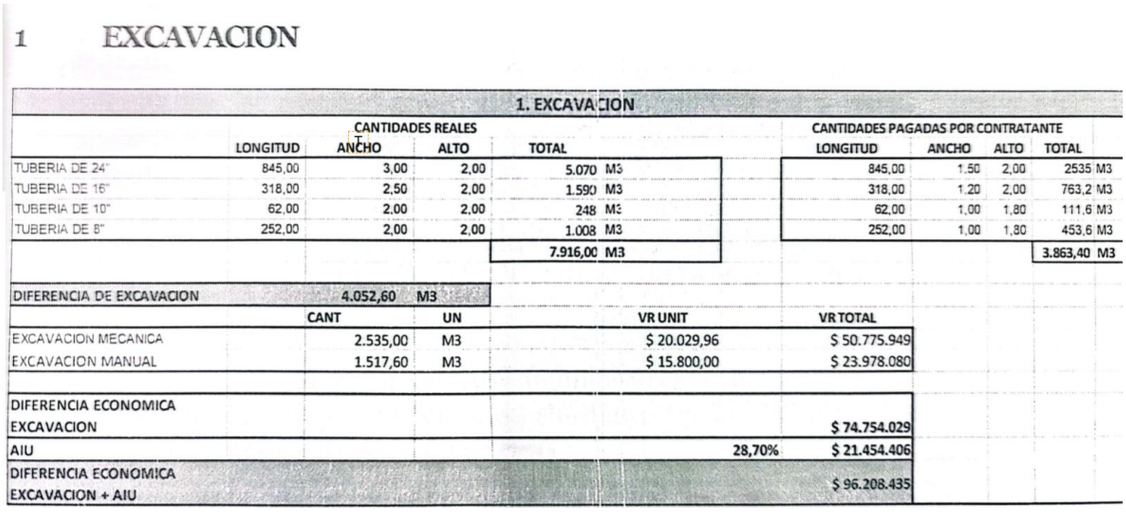
163. La improcedencia de reconocer los sobrecostos reclamados, además de estas razones sustantivas, se afianza porque no está probada su causación efectiva. En primer lugar, no hay certeza de que los montos indicados por el demandante hubieran generado un costo para los integrantes del consorcio. El demandante no aportó los comprobantes contables que debían elaborarse para efectuar los asientos correspondientes (Decreto 2649 de 1993, art. 56, vigente en la época de los hechos). Tampoco presentó los libros de contabilidad (CPC, art. 271) con el registro de las erogaciones reclamadas.

164. El dictamen pericial económico practicado a solicitud de INGECONAS, elaborado por Carlos Javier de la Rosa Salcedo, no constituye un medio de prueba que acredite de manera fiable los costos reclamados por el demandante[93]. Por un lado, el perito no verificó que los montos indicados en la demanda hubieran representado un costo real para los integrantes del Consorcio ID, pues no revisó los estados financieros básicos, los libros de contabilidad en los que debían estar reflejados ni los documentos externos que los respaldaran. Ninguno de estos soportes hace parte de la base probatoria del dictamen ni se mencionan en su contenido.

165. Por otro lado, el perito procedió a cuantificar los sobrecostos a partir de supuestos que carecen de justificación técnica. Un ejemplo de ello es la determinación de los mayores costos directos de excavación, para lo cual calculó la diferencia entre las cantidades reales ejecutadas para la instalación de tuberías de distintos diámetros y aquellas que quedaron parcialmente cubiertas por los pagos efectuados por la

[92] C.E., Secc. Tercera, Sent. 39.121 (párr. 44), jul. 27/2023, C.P. Guillermo Sánchez Luque.
[93] C. pruebas (anexo 4 contestación demanda y demanda de reconvención) C. pruebas 7, pp. 2 – 21.

entidad, tomando en consideración el incremento en el ancho y alto del espacio excavado. Sobre este punto, el dictamen dice lo siguiente:



1 EXCAVACION

1. EXCAVACION									
	CANTIDADES REALES				CANTIDADES PAGADAS POR CONTRATANTE				
	LONGITUD	ANCHO	ALTO	TOTAL	LONGITUD	ANCHO	ALTO	TOTAL	
TUBERIA DE 24"	845,00	3,00	2,00	5.070 M3	845,00	1,50	2,00	2535	M3
TUBERIA DE 16"	318,00	2,50	2,00	1.590 M3	318,00	1,20	2,00	763,2	M3
TUBERIA DE 10"	62,00	2,00	2,00	248 M3	62,00	1,00	1,80	111,6	M3
TUBERIA DE 8"	252,00	2,00	2,00	1.008 M3	252,00	1,00	1,80	453,6	M3
				7.916,00 M3				3.863,40	M3
DIFERENCIA DE EXCAVACION		4.052,60	M3						
		CANT	UN	VR UNIT	VR TOTAL				
EXCAVACION MECANICA		2.535,00	M3	$ 20.029,96	$ 50.775.949				
EXCAVACION MANUAL		1.517,60	M3	$ 15.800,00	$ 23.978.080				
DIFERENCIA ECONOMICA EXCAVACION					$ 74.754.029				
AIU				28,70%	$ 21.454.406				
DIFERENCIA ECONOMICA EXCAVACION + AIU					$ 96.208.435				

La diferencia de las cantidades reales de m3 de tierra que fue necesario excavar con las cantidades reconocidas por la interventoría y pagadas por la entidad contratante (7.916.00 m3-3.863.40 m3 = 4.052.60 m3) constituye el desequilibrio económico por este concepto. Dicha diferencia constituida por excavación mecánica (2.535.00 m3) y manual (1.517.60 m3) multiplicadas por el valor unitario sugerido para la excavación mecánica y reconocido por el IDU para la excavación manual, dan como resultado el valor de la DIFERENCIA ECONOMICA POR EXCAVACION e igual a $74.754.029. El anterior valor más el factor del AIU (administración, imprevistos y utilidades) igual a $21.454-406 ($74.754.029 x 28.70%), se constituye en la DIFERENCIA ECONÓMICA a reconocer por el IDU e igual a $96.208.435".

166. Esta metodología no se encuentra debidamente sustentada, pues los documentos anexos al dictamen no respaldan en modo alguno las asunciones técnicas sobre las cantidades reales de excavación (metros cúbicos) resultantes de multiplicar la longitud de la perforación horizontal, que es una constante en los dos escenarios (cantidades reales v. cantidades pagadas), por el ancho y alto de la cavidad excavada[94]. Además, la información de carácter técnico sobre el ancho y alto no puede constatarse con otros documentos que obran en el expediente y describen las obras, como el acta de terminación de las obras suscrita el 25 de marzo de 2009[95] o la última acta (No. 6) parcial de obra, suscrita por las partes en diciembre de 2009[96].

167. En suma, la Sala estima que es improcedente ordenar el pago de los sobrecostos (excavaciones, *stand by*, relleno en recebo, retiro y disposición de escombros, traslado de materiales, manejo de aguas con motobomba y manejo de redes secas) generados por: (i) la imposibilidad de ejecutar trabajos sobre las redes subterráneas de alcantarillado sanitario en la calzada vial, (ii) la saturación de dichas redes con otras infraestructuras de servicios públicos y (iii) la inexistencia de ductos independientes para alcantarillado y aguas lluvias.

[94] Aunque el perito no lo indicó, esta información fue tomada de unos cuadros de elaboración propia del demandante anexos a su demanda que no tienen ninguna fundamentación técnica. C pruebas 2, pp. 109 – 111.
[95] C pruebas (Anexo 5 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 1300.
[96] C. pruebas (anexo 4 contestación demanda y demanda de reconvención) pp. 996 a 1005.

168. Procede ahora la Sala a analizar los sobrecostos relacionados con la mayor permanencia en obra reclamados por INGECONAS, que incluyen costos adicionales por gestión ambiental, social y de tráfico durante 4,5 meses, así como sobrecostos administrativos derivados de la mayor permanencia en obra.

169. En el expediente está demostrado que el plazo inicial del contrato era de siete meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio de las obras, y que este fue ampliado en dos ocasiones. La primera ampliación se realizó mediante el adicional No. 1, suscrito el 10 de octubre de 2008; la segunda, a través del adicional No. 3, firmado el 12 de diciembre del mismo año[97]. La extensión del plazo de ejecución conlleva costos adicionales, incluso si la meta física de la obra no se modifica, pues la prolongación del tiempo de ejecución implica que el contratista deba mantener activos recursos como personal administrativo, operativo y equipos, lo que incrementa los costos necesarios para cumplir sus prestaciones[98]. Ahora bien, en los contratos de obra remunerados a precio global fijo, la posibilidad de trasladar estos sobrecostos derivados de la mayor permanencia a la entidad estatal depende, entre otros factores, de: (i) la atribución jurídica de los hechos que determinaron la ampliación del plazo —por ejemplo, si fueron consecuencia de un incumplimiento de la entidad o de la materialización de riesgos contractuales asumidos por ella— y (ii) la existencia de acuerdos entre las partes que hayan regulado voluntariamente los efectos económicos de la prórroga del plazo[99].

170. En cuanto a la mayor permanencia en obra derivada del Adicional No. 1, suscrito el 10 de octubre de 2008, la Sala concluyó que, al convenirse la prórroga del plazo con el propósito de regular los efectos de las interferencias entre la red de alcantarillado sanitario y otras infraestructuras de servicios públicos, el contratista declaró expresamente que dicha modificación no generaría costos adicionales para el IDU ni daría lugar a reclamaciones económicas por los hechos que motivaron su suscripción. En consecuencia, resulta improcedente desconocer lo pactado en el adicional y pretender el reconocimiento de sumas adicionales por los presuntos sobrecostos incurridos en la ejecución de las obras a raíz de estos mismos hechos.

171. En relación con el Adicional No. 3, suscrito el 12 de diciembre de 2008, la Sala concluye que la reclamación de los costos derivados de la mayor permanencia resulta improcedente, pues los hechos que motivaron la ampliación del plazo no son jurídicamente atribuibles al IDU. Por el contrario, estos derivan de los retrasos que para ese momento presentaba la ejecución de las obras por razones atribuibles al consorcio y explican que este haya renunciado a pretender estos costos. Así se desprende de los considerandos que fundamentaron la modificación contractual y de los acuerdos expresamente consignados en ella:

> "*(7) Mediante el Adicional No. 1, suscrito el 10 de octubre de 2008, las partes contratantes acordaron prorrogar el plazo del contrato en dos (2) meses, es decir, que el plazo previsto para la construcción de las obras vence el 13 de diciembre de 2008 y el contrato vence el 13 de enero de 2009. (8) Mediante el Adicional No. 2 al contrato de obra 159 de 2007, suscrito el 18 de noviembre de 2008, las partes contratantes acordaron adicionar el valor del contrato en la suma de setecientos cincuenta millones de pesos M/CTE*

[97] C. pruebas (anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), pp. 105 – 108.
[98] C.E., Secc. Tercera, Sent. 70.250 (párr. 33), feb. 07/2025, C.P. José Roberto Sáchica.
[99] C.E., Secc. Tercera, Sent. 54.004 (párr. 24), sept. 24/2021, C.P. José Roberto Sáchica.

($750.000.000). (9) Para las partes y para la interventoría del contrato, ejercida por el CONSORCIO CG, es claro que, al finiquitar el plazo estipulado para la construcción de las obras, no se alcanza a finalizar la totalidad de ellas. (7) [sic] Que durante la audiencia de descargos efectuada el día 10 de diciembre de 2008, el representante del CONSORCIO ID manifiesta su compromiso para finalizar las obras contratadas y solicita una prórroga de dos (2) meses, estableciendo que correrá con los costos derivados de la prórroga del contrato de interventoría, así como con los que se generen a raíz de las obras necesarias para la recuperación de la estructura y del asfalto de la calle 116. (8) [sic] Que mediante oficio CID-159-584 con radicado IDU No. 179154 del 12 de diciembre de 2008, el CONSORCIO ID presenta formalmente la propuesta realizada durante la audiencia de descargos llevada a cabo el día 12 de diciembre de 2008. (…) (13) Es propósito primordial del IDU en este momento alcanzar los cometidos perseguidos con el aludido contrato, incluso por encima de establecer con claridad las reales causas y motivos por los cuales no se logró terminar las obras durante el plazo convenido. (14) Dejar inconclusas las obras, siendo que la obra ya presenta un avance físico superior al cincuenta por ciento (50%), para cumplir a cabalidad con el objeto del contrato, constituye una situación que, de manera notable, afecta los intereses estatales en razón, no solo de la paralización de las obras, sino de los mayores costos que se derivarían por el hecho de tener que convocar un nuevo proceso de selección con costos mayores a los contenidos en la actualidad. (15) Las partes cuentan con los instrumentos que les dota el ordenamiento jurídico en procura de lograr que se determinen las responsabilidades a que haya lugar por la situación planteada y las consecuencias, de todo orden, que emanen de aquellas. (16) El ejercicio de tales instrumentos no se ve afectado por el acuerdo contenido en este documento, el cual se dirige fundamentalmente a lograr la terminación satisfactoria de las obras contratadas. (17) Ese fin se alcanza estableciendo un cronograma real de ejecución de lo faltante, con estricto régimen de control conminatorio y sancionatorio por su incumplimiento. Por lo expuesto, la entidad considera conveniente y procedente acceder a la prórroga solicitada por el contratista, con el único objeto de lograr el cumplimiento de los fines propuestos al celebrar el contrato, sin que con ello se subsanen los incumplimientos en que se encuentre incurso el contratista (…) razón por la cual se hace necesario suscribir el presente documento de conformidad con las siguientes cláusulas:

***PRIMERA - PLAZO:** Prorrogar en setenta y cinco (75) días calendario el plazo pactado para la construcción de las obras del contrato 159 de 2007, contados a partir del 13 de diciembre de 2008. (…)* ***CUARTA - MESES ADICIONALES DE INTERVENTORÍA:** El CONTRATISTA asumirá el valor de la interventoría del contrato por el término de esta prórroga, conforme a lo establecido en la cláusula décima tercera del contrato. (…)* ***SEXTA:** La presente prórroga no generará ningún costo para el IDU por ningún concepto, tales como, pero sin limitarse a ellos, mayor permanencia en obra, stand by o ineficiencia de equipos, reajuste o revisión de precios*"[100].

172. Los considerandos que fundamentaron la suscripción del Adicional No. 3 evidencian que la ampliación del plazo contractual por 75 días calendario fue solicitada por el contratista como parte de un plan remedial dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio. Según la comunicación IDU-187605 del 4 de diciembre de 2008, que dio inicio a dicha actuación, el procedimiento tenía como finalidad declarar la caducidad del contrato debido al incumplimiento reiterado del cronograma de obra[101]. La Sala considera relevante que el nuevo cronograma tuviera como propósito subsanar los retrasos en la ejecución y que el contratista, de manera voluntaria, hubiera aceptado un esquema de apremios para incentivar su cumplimiento —aspecto previamente analizado—. Asimismo, resulta significativo que el contratista haya asumido, por iniciativa propia, los costos adicionales del servicio de interventoría requeridos por la ampliación del plazo.

[100] C. pruebas (anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), pp. 105 – 108.
[101] C. pruebas (anexo 5 contestación demanda y demanda de reconvención), pp. 1066 - 1074.

173. De acuerdo con el literal g) de la cláusula séptima del contrato, *"el contratista de obra será responsable por los costos de las prórrogas y/o adiciones del contrato de interventoría, cuando quiera que éstas se generen por causas imputables al contratista de obra, caso en el cual el IDU descontará de las actas de obra los montos correspondientes"*[102]. En el mismo sentido, la cláusula décima tercera estableció que *"si por causas imputables al contratista se requiere prorrogar el plazo del contrato para lograr el fin del proyecto y evitar un perjuicio mayor para la entidad y no se considera que existen razones que justifiquen la declaratoria de caducidad, todos los costos que se generen por esta prórroga serán por cuenta del contratista, incluyendo el valor del período adicional de interventoría"*[103].

174. A la luz de estas estipulaciones y de los hechos consignados en los considerandos del Adicional No. 3, la Sala concluye que el comportamiento contractual del Consorcio ID, al asumir voluntariamente el pago de los honorarios derivados de los servicios adicionales de interventoría durante el período de mayor permanencia, demuestra que los hechos que motivaron la prórroga —específicamente, los retrasos que dieron lugar al inicio del procedimiento de caducidad— son jurídicamente imputables al contratista. Esto explica que haya renunciado a reclamar los sobrecostos por mayor permanencia en obra. Por lo tanto, la solicitud de reconocimiento de estas sumas resulta improcedente.

(ii) La atribución jurídica del hecho de no haberse terminado completamente las obras de espacio urbano

175. En el recurso de apelación, el demandante manifestó su inconformidad con la decisión del Tribunal de declarar el incumplimiento total del contrato debido a la no finalización de las obras sobre el espacio urbano, alegando que esta no era imputable a su conducta. La Sala procederá a resolver este motivo de inconformidad y, de concluir que no operó una causal de exoneración de responsabilidad del constructor por el hecho de no haberse concluido las obras, se examinará la procedencia de la pretensión de la demanda de reconvención de condenar a INGECONAS al pago de la cláusula penal.

176. Los documentos del expediente prueban que, a la expiración del plazo contractual el 25 de marzo de 2009, las obras de construcción de los andenes no se completaron. En el acta de terminación del contrato por vencimiento de plazo se dejó constancia de este hecho y se incluyó un cuadro con la estimación de las cantidades de obra que se requerían para completar las intervenciones constructivas. La discrepancia entre las partes radicó, exclusivamente, en el porcentaje faltante para completar la meta física. La interventoría incluyó una manifestación, reiterada por el IDU en la Resolución 840 de 2009, en el siguiente sentido: "*Quedó pendiente por ejecutar el 46 % del espacio público contratado a precio global, que, a criterio del IDU, incluía las bocacalles*"[104]. En cambio, el Consorcio ID manifestó lo siguiente: "*El contratista manifiesta que, de las contratadas a precio global, está pendiente por*

[102] C. pruebas (anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 59.
[103] C. pruebas (anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 62.
[104] C. pruebas (anexo 5 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 1307.

ejecutar el 33 % del proyecto, de acuerdo con las longitudes del apéndice G y ratificadas mediante Otrosí No. 2"[105].

177. La construcción completa de los andenes del eje vial de la calle 116 de Bogotá D.C., entre las carreras 15 y 19, constituía la obligación principal del artífice de la obra[106] y, al tratarse de una obligación de resultado, su inejecución determina que se presuma la culpa del deudor (Código Civil, art. 1604). En el expediente está acreditado que dicho resultado no se alcanzó. En consecuencia, correspondía al demandado en reconvención desvirtuar el nexo causal entre la conducta imputada y la insatisfacción del acreedor, acreditando la existencia de un elemento extraño, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva del acreedor o la intervención determinante de un tercero[107].

178. La Sala concluyó que no se acreditó que la imposibilidad de ejecutar trabajos sobre las redes subterráneas de alcantarillado sanitario en la calzada vial destinada al tránsito vehicular, por un lado, ni que los volúmenes de agua subterránea manejados para la ejecución de las intervenciones sobre los andenes, por otro, constituyeran hechos imprevistos e imprevisibles, extraños a las condiciones técnicas existentes al momento de proponer y contratar (Ley 80 de 1993, art. 4.8). En consecuencia, este conjunto de eventos, mencionados por INGECONAS en la contestación a la demanda de reconvención, no configuran una causa extraña que justifique la falta de culminación de las obras de construcción de los andenes.

179. La Sala también concluyó que, para el 12 de diciembre de 2008, cuando se suscribió el Adicional No. 3 y habían transcurrido casi ocho meses desde el inicio de las obras, las partes adoptaron un nuevo cronograma de ejecución. Esta reprogramación fue propuesta por el contratista en el marco de los descargos rendidos dentro del procedimiento de caducidad, con el propósito de subsanar los retrasos en los que había incurrido por hechos que le eran imputables. Además, estos mismos retrasos determinaron que el contratista asumiera los costos de los servicios de interventoría durante el período de prórroga (75 días calendario).

180. Esta conclusión es relevante tanto desde el punto de vista probatorio como sustancial: implica que solo aquellos eventos ocurridos con posterioridad a esta fecha, que revistieran un carácter imprevisible e irresistible y que hubieran imposibilitado la finalización de las obras, podrían exonerar al contratista de responsabilidad por la construcción incompleta de los andenes. En efecto, los hechos acaecidos con anterioridad al 12 de diciembre de 2008 —incluidos, por ejemplo, los retrasos en la entrega del anticipo advertidos por la Aseguradora— carecen de aptitud causal para eximir al contratista de responsabilidad por la ejecución parcial de sus obligaciones, dado que preexistían a la adopción del nuevo cronograma de obras, el cual fue fijado por iniciativa del propio Consorcio ID para remediar sus atrasos.

181. En la contestación a la demanda de reconvención, además de invocar los hechos que la Sala descartó como eximentes de responsabilidad por la inconclusión de las

[105] C. pruebas (anexo 5 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 1311.
[106] Y no la simple ejecución del presupuesto destinado a remunerar las obras sobre las redes subterráneas.
[107] C.S.J., Sal. Civil, Sent. Rad. 05001310301220060023401 (párr. 6.3.1), may. 24/2017, M.P Luis Armando Tolosa.

obras en el espacio público —es decir, la imposibilidad de ejecutar trabajos sobre las redes subterráneas de alcantarillado sanitario en la calzada vial destinada al tránsito vehicular y la necesidad de manejar volúmenes de agua subterránea para la ejecución de intervenciones sobre los andenes—, el contratista sostuvo que el IDU, pese a la necesidad de pactar nuevos precios para la ejecución de ítems no previstos que resultaban indispensables para intervenir las redes subterráneas y completar la construcción de los andenes, se negó injustificadamente a adicionar el valor del contrato para sufragar dichos trabajos. Según este planteamiento, la negativa del IDU constituyó el factor determinante y exclusivo que impidió la finalización de las obras dentro del plazo contractual, lo que configuraría un supuesto de culpa exclusiva de la víctima o acreedor contractual.

182. Como se indicó anteriormente, los documentos del expediente acreditan que la detección —durante la ejecución del proyecto— de interferencias entre la red de acueducto sanitario y otras redes de servicios públicos afectó el procedimiento constructivo y justificó una adición al precio del componente de redes (Adicional No. 2) para incluir ítems no previstos junto con sus respectivos precios unitarios. Asimismo, la Sala advierte que, según lo señalado en la comunicación del interventor con radicado IDU-150-886 del 10 de febrero de 2009 —cuyo contenido es coherente con lo manifestado en el testimonio de su director técnico[108]—, la interventoría consideró técnicamente necesaria una nueva adición de ítems no previstos, para lo cual expuso la siguiente justificación:

> "*Cordial saludo*
>
> *Desde el inicio del contrato se detectaron varias falencias en los diseños, lo que conllevó al análisis detallado de los requerimientos del proyecto y de las cantidades reales requeridas para la completa ejecución de la obra. En el mes de agosto de 2008, cuando se tenía una ejecución aproximada del 31 %, se realizó un análisis de las necesidades del proyecto para su completa ejecución. El balance analizado, que fue socializado en reuniones sostenidas en el IDU, arrojó que la adición presupuestal requerida era cercana a los MIL NOVENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($1.095'500.000,00). Sin embargo, por efectos de apropiación presupuestal, el IDU pidió ajustar la adición solicitada a SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($750'000.000,00), cifra en la cual se adicionó el contrato en el mes de diciembre y que equivale a 1.625,13 SMML del año 2008 // Sin embargo, por efectos de la gran confluencia de redes en el corredor de andenes y la interferencia que existe entre las mismas, durante la ejecución del contrato se han detectado nuevas necesidades de obra para corregir problemas que, si no se atienden en este momento, antes de construir los andenes, podrán generar problemas futuros que requieran intervenciones sobre las obras a construir, afectando los andenes y demás estructuras que se vienen construyendo.*
>
> *Ahora bien, en respuesta a la comunicación del asunto, anexo enviamos la valuación de mayores y menores cantidades de obra requeridas para la terminación del contrato de la referencia, cuyo balance final da un valor adicional de obras por la suma de SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS 38/100 M/CTE. ($764.389.375,38). Suma que puede tener una variación una vez se revisen y pacten los APU's de obras no previstas (…).*
>
> *3. El balance actual de las obras se ve afectado principalmente por las siguientes actividades:*

[108] C. llamamiento en garantía, pp. 118 – 119.

● *El reconocimiento por parte de la entidad del factor de expansión en las excavaciones, que afecta en un 30 % los volúmenes inicialmente contemplados para el cargue y retiro de material de escombros, más algunos aumentos en las cantidades de obra inicialmente contempladas, que se produjeron por la necesidad de realizar nuevas excavaciones en sitios donde inicialmente no se tenía contemplado realizar ninguna intervención. También la necesidad de aumentar el ancho de zanja en algunos sitios para poder instalar las tuberías de alcantarillado.*
● *Un incremento en los volúmenes de escombros, porque en el balance anterior no se tuvo en cuenta el coeficiente de expansión de los lodos.*

LAS OBRAS DE ETB QUE CONTEMPLAN:

● *Las tuberías de reemplazo de tuberías de asbesto cemento y los bancoductos de la ETB.*
● *Reparaductos para encamisado en algunos tramos donde la ETB no permitió realizar encamisados con tubería corriente.*
● *La reconstrucción de cámaras de ETB, por ampliación en la cantidad de ductos y en el cambio de nivel de la rasante.*
● *La renivelación de cámaras de la ETB.*
● *Las demoliciones de tapas de concreto de las cámaras de ETB*"[109].

183. No obstante, la Sala considera que este documento no tiene la suficiencia probatoria para demostrar que la culpa de la víctima o acreedor contractual fue determinante, desde el punto de vista de su contribución causal, en la no culminación de las obras dentro del plazo establecido en el nuevo cronograma pactado en el Adicional No. 3, el cual vencía el 25 de marzo de 2009. En primer lugar, resulta llamativo que, en dos comunicaciones adicionales de la interventoría —una emitida ocho días antes de la que planteó la posibilidad de adicionar el contrato y otra enviada siete días después—, se haya solicitado al IDU aplicar el esquema de apremios introducido en el Adicional No. 3 para conminar al contratista a finalizar las obras dentro del plazo fijado como medida remedial frente a los retrasos previamente incurridos. Esto pone en evidencia que, más allá de la solicitud de adición de ítems, la interventoría atribuyó los retrasos a la conducta del contratista, lo que refuerza la conclusión de que no hubo un obstáculo insalvable e imputable a la entidad estatal que determinara que las obras quedaran inconclusas.

184. En la comunicación IDU-150-861 del 2 de febrero de 2009, la interventoría solicitó la aplicación de los apremios pactados, al considerar imputables al Consorcio ID los retrasos en la finalización de las obras dentro del cronograma acordado. En dicha comunicación, precisó lo siguiente: "*aclaramos que la tasación del apremio se hace con el incumplimiento que presenta actualmente el cronograma de obra, por lo que en caso que [sic] el contratista no entregue las obras del tramo 5 sur se seguirá aplicando a la sanción de aprecio que establecía la cláusula tercera del otrosí 3 de veinte millones de pesos ($20.000.000) por cada día de retraso*"[110]. Por su parte, en la comunicación IDU-150-902 del 17 de febrero de 2009, la interventoría ratificó la solicitud de imposición de la multa, argumentando que se habían presentado trece eventos de incumplimiento del cronograma en igual número de tramos o frentes de obra. Además, indicó que algunos de estos retrasos correspondían a intervenciones que no dependían de la ejecución de obras subterráneas, como los remates en el

[109] C. llamamiento en garantía, pp. 107 – 109.
[110] C. llamamiento en garantía, pp. 105 –106.

tramo norte 5, tramo sur 5 y la instalación de acabados en la esquina del local comercial de *Mimo's*[111].

185. Las pruebas obrantes en el expediente tampoco acreditan que los ítems de obra no previstos, mencionados por INGECONAS y la interventoría en su comunicación IDU-150-886 del 10 de febrero de 2009, hubieran sido identificados con posterioridad a la suscripción del Adicional No. 3 del 12 de diciembre de 2008. Ni la comunicación de la interventoría ni los dictámenes periciales obrante en el expediente establecen las fechas en que se identificaron dichos ítems, lo que impide establecer si esta presunta causa de imposibilidad de cumplimiento sobrevino a la adopción del cronograma de obra pactado en el Adicional No. 3, el cual no fue condicionado a la adición de nuevos ítems de obra.

186. El dictamen pericial técnico elaborado por el ingeniero Antonio María Gutiérrez, que no fue objetado por INGECONAS, tampoco fue concluyente sobre la necesidad técnica de ejecutar los ítems adicionales (demoliciones, renivelación y reconstrucción) relacionados con las cámaras de propiedad de la Empresa de Teléfonos de Bogotá (ETB S.A. E.S.P.), mencionadas en la comunicación IDU-150-886 del 10 de febrero de 2009. Por el contrario, el perito indicó que no disponía de elementos de juicio suficientes para determinar las causas que originaron su ejecución y, además, no concluyó que la incorporación de estos ítems tuviera la aptitud causal para impedir la consecución de la meta física de las obras de espacio urbano que quedaron pendientes. Este es un aspecto de naturaleza técnica que, por su complejidad, requería un análisis especializado, el cual no obra en el expediente e impide acoger la defensa de INGECONAS (CPC, art. 233). La respuesta del perito sobre este asunto fue la siguiente:

> *"• P:/ ¿Determine si debieron modificarse los diseños por solicitud de la Empresa de Teléfonos de Bogotá y las causas por las cuales se solicitaron la demolición y reconstrucción de 40 cámaras telefónicas ubicadas en las esquinas del proyecto?*
>
> *• R:/ En los documentos obrantes dentro del proceso y en los suministrados por el IDU e INGECONAS LTDA, no existe ninguna referencia sobre la posible modificación de los diseños por solicitud de la Empresa de Teléfonos de Bogotá. Los tres planos de redes existentes diseñados por INARE LTDA, con base en la información suministrada por dicha empresa, no tienen anotación que conduzca a establecer la posible modificación en los términos de la pregunta.*
>
> *Sin embargo, con el fin de determinar sobre este punto, consulté nuevamente los documentos obrantes en el expediente sin encontrar soporte, y reiteré solicitud a INGECONAS de documentación relacionada con el tema para tener claridad y conceptuar al respecto, pero al término de este informe no me los había suministrado.*
>
> *Respecto de la demolición y reconstrucción de 40 cámaras telefónicas, en los documentos obrantes no existe ninguno que concretamente establezca las causas por las cuales se solicitó la demolición y reconstrucción de este número de cámaras en las esquinas del proyecto. En cuanto a la reconstrucción de las 40 cámaras telefónicas, luego de revisar los documentos obrantes, la única referencia es la siguiente:*

[111] C. llamamiento en garantía, pp. 111 – 113.

En el Radicado IDUSTESV 20103360673801 (27 de diciembre de 2010), dirigido al CONSORCIO ID en respuesta al Derecho de Petición Radicado IDU20105260569512 del 15 de diciembre de 2010, en el cuadro de obras ejecutadas se relaciona:

- *16.1.19 Cámara ETB canalización tipo 16 h-2.30 mts. Cantidad ejecutada: 0.0*
- *17.4 Cámara canalizaciones T-13. Cantidad ejecutada: 3.0*
- *17.5 Cámara canalizaciones T-14. Cantidad ejecutada: 3.0*

No es posible conceptuar sobre las causas concretas que dieron origen a la demolición y reconstrucción de las 40 cámaras a que hace alusión la pregunta, porque ninguno de los documentos consultados, emanados del IDU y la interventoría, proyecta una directiva al respecto. Son situaciones que se ordenan y se resuelven "in situ"[112].

187. Finalmente, en el expediente no obra documentación que acredite que el Consorcio ID, ante la presunta necesidad de adicionar ítems no previstos en el componente de obras de redes para completar las intervenciones sobre el espacio urbano, hubiera presentado oportunamente a la interventoría los análisis de precios unitarios (APU) de dichos ítems, con el fin de que esta los revisara y los remitiera al IDU para su aprobación y formalización contractual. En este sentido, no es posible establecer si el contratista cumplió con la obligación prevista en el numeral 2.4.3 del pliego de condiciones, que disponía lo siguiente: "*Para los ítems no previstos, el análisis de precios unitarios debe ser entregado a la interventoría del contrato, quien deberá emitir su concepto y someterlo a revisión y aprobación por parte del IDU. En caso de obra adicional o complementaria, los precios unitarios convenidos tendrán aplicación*"[113].

188. Así las cosas, tampoco se puede concluir que la entidad estatal haya incumplido su obligación de revisar oportunamente los APU, ya que no hay constancia de que estos le hubieran sido formalmente presentados. La Sala considera que el deber secundario de conducta de colaboración que rige la ejecución de los contratos estatales (Ley 80 de 1993, arts. 3 y 28; C. Co, art. 871) imponía al IDU la obligación implícita de analizar, dentro de un término razonable, los APU que el contratista hubiera sometido a su consideración, siempre que fueran indispensables para la culminación de las obras —lo cual no fue debidamente probado—. Sin embargo, ante la ausencia de prueba sobre la presentación de dichos APU, no es posible concluir que una eventual omisión del IDU en su revisión haya sido la causa determinante de la no finalización de las obras dentro del plazo contractual.

189. En conclusión, puesto que está demostrado que el Consorcio ID incumplió el resultado pactado y no se configuró ninguna causal de exoneración de responsabilidad, se declarará su incumplimiento contractual. Como consecuencia, se rechazarán las pretensiones indemnizatorias de INGECONAS, relacionadas con el pago de los valores no facturados correspondientes a las obras del componente de espacio urbano que no fueron ejecutadas. Asimismo, se negará la pretensión sobre el pago de saldos no causados por gestión ambiental y plan de manejo de tráfico, ítems cuyo pago —según la cláusula tercera del contrato— estaba condicionado a su facturación mediante "*pagos mensuales proporcionales al porcentaje de obra ejecutada en el mes correspondiente, tanto en las etapas de construcción como en*

[112] C. pruebas 8, pp. 28 – 29.
[113] C. pruebas (anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 164.

la de recibo final"[114]. Dado que la inejecución de las obras sobre el espacio urbano impidió la facturación proporcional de estos conceptos, y esta situación es atribuible al contratista, no procede el reconocimiento de dichas sumas.

(iii) LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE NO HABERSE TERMINADO COMPLETAMENTE LAS OBRAS DE ESPACIO URBANO

190. Según lo explicado previamente, en la medida en que prosperó la pretensión de incumplimiento formulada por el IDU en la demanda de reconvención, también procede el estudio de la solicitud relativa a la imposición de la cláusula penal pecuniaria a cargo de INGECONAS. Antes de abordar este punto, la Sala precisa que no se pronunciará sobre la procedencia de condenas adicionales por perjuicios distintos a los estimados en la cláusula penal, dado que, a diferencia de esta última, cuyo pago el Tribunal ordenó dentro de la liquidación del contrato (aspecto favorable), la solicitud de reconocimiento de otros perjuicios fue desestimada en primera instancia sin que se impugnara esta decisión.

191. La estipulación en que se funda esta solicitud establece lo siguiente:

> "*En caso de declaratoria de caducidad y/o incumplimiento total del contrato, el CONTRATISTA pagará al IDU, a título de pena pecuniaria, una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor total del mismo. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como una estimación anticipada de perjuicios que el CONTRATISTA cause al IDU. El valor pagado como cláusula penal no es óbice para demandar, ante el juez del contrato, la indemnización integral de los perjuicios causados, si estos superan el valor de la cláusula penal. El valor de esta cláusula penal se descontará de los pagos pendientes a favor del CONTRATISTA o en su defecto se hará efectiva el amparo de cumplimiento de la garantía única*"[115].

192. La obligación de pagar la pena pecuniaria (Código Civil, art. 1592) estaba condicionada a la declaratoria de caducidad o al incumplimiento total del contrato. INGECONAS y la Aseguradora, basándose en el tenor literal de la cláusula, sostuvieron que esta condición no se cumplió, dado que el incumplimiento no fue absoluto (100%), sino parcial, pues las obras pendientes de ejecución representaban un porcentaje menor al total del contrato.

193. A diferencia de la interpretación de normas legales (Código Civil, art. 27), en materia contractual prevalece la intención de las partes, de modo que cuando esta es clara debe primar sobre el sentido literal de las palabras (Código Civil, art. 1618). Tal como se desprende de los pliegos de condiciones y del objeto del contrato, la construcción de los andenes de la calle 116 constituía una obligación indivisible para el Consorcio ID, pues el interés de la entidad estatal como acreedora de esta prestación de hacer solo se satisfacía con la ejecución integral de la obra y no por partes, ya que solo así se garantizaba el interés público que motivó su contratación: la libre circulación de personas sobre esta área del espacio público. En consecuencia, la intención perseguida con la celebración del contrato era que, al término de su ejecución, la entidad recibiera la obra como una prestación indivisible; si este resultado no se obtenía, el incumplimiento tenía carácter total o definitivo, pues el

[114] C. pruebas (anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 50.
[115] C. pruebas (anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 69.

acreedor de una prestación indivisible no está obligado a recibirla de manera fraccionada[116].

194. La intención de los contratantes al pactar la cláusula penal no podía ser que la pena solo se hiciera exigible si el incumplimiento era del 100%, pues ello significaría que el contratista quedaría exonerado con el cumplimiento de una prestación mínima e insustancial, como la firma del acta de inicio. Una interpretación en tal sentido privaría de efectos a una de las condiciones de exigibilidad de la pena, lo que contradiría el principio según el cual debe preferirse el sentido de una cláusula en el que produzca algún efecto sobre aquel en el que no lo tenga (Código Civil, art. 1620).

195. En este contexto, como ya lo ha señalado la Sección[117], la cláusula debe interpretarse en el sentido de que el adjetivo total no se refiere exclusivamente a la magnitud del avance de obra en términos cuantitativos o porcentuales, lo que sería incompatible con su carácter indivisible, sino a su carácter definitivo, es decir, a la imposibilidad de remediarlo mediante medidas de apremio, como la imposición de multas contractuales, por la expiración del plazo para la entrega de la obra finalizada. Esta interpretación, además de preservar el efecto útil de la estipulación, se alinea con una de las acepciones del término total, entendido como concluyente. La Sala estableció que la inejecución parcial de las obras civiles sobre el espacio público es jurídicamente atribuible al Consorcio ID, por lo que se configura el supuesto que hace exigible la pena pactada. No obstante, dado que el incumplimiento de la obligación no fue absoluto, no procede la condena por el valor total de la pena, sino su reducción proporcional.

196. El artículo 867 del Código de Comercio dispone que, cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, el juez podrá reducir equitativamente la pena si la considera manifiestamente excesiva, teniendo en cuenta el interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación[118]. Asimismo, señala que la reducción también procede cuando la obligación principal haya sido cumplida en parte. En la misma línea, el artículo 1596 del Código Civil dispone que si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal. Como ha

---

[116] Código Civil, art. 1649. Esta interpretación no excluye la posibilidad de aplicar una rebaja proporcional de la pena, dado que el artículo 1596 del Código Civil prevé que, incluso cuando la obligación incumplida sea indivisible, procede la reducción si el acreedor acepta la parte de la prestación ejecutada. En este sentido, la Corporación ha señalado que "*si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada*" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 17.009, nov. 13/2018, C.P. Enrique Gil Botero).

[117] "*La Sala entiende que los calificativos de incumplimiento "total" o "parcial", que usan las partes del proceso, no son necesarios para definir el derecho a cobrar la cláusula penal pecuniaria, pues lo que se debe verificar es si se cumplieron o no las obligaciones pactadas, de manera que si alguna(s) de ellas no se ejecutaron esto es suficiente para declarar el incumplimiento del contrato*". Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 17.009, nov. 13/2018, C.P. Enrique Gil Botero

[118] Al margen del similar contenido de la regla, el régimen jurídico aplicable en este caso es el Código de Comercio, conforme a su artículo 1º, por las siguientes razones: (i) INGECONAS es un comerciante, pues su objeto social está constituido por actividades mercantiles como lo precisa su certificado de existencia y representación legal (Código de Comercio, art. 10; Ley 222 de 1995, art. 1); (ii) los contratos de construcción, reparación, montaje, instalación y ornamentación tienen naturaleza mercantil (Código de Comercio, art. 20, núm. 15); y (iii) si un acto es mercantil para una de las partes, se rige por la ley comercial (Código de Comercio, art. 10; Ley 222 de 1995, art. 22). Por lo tanto, a la luz del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, la regla controlante del caso no es el artículo 1596 del Código Civil, sino el 867 del Código de Comercio.

sostenido la Corporación, estas disposiciones tienen un doble alcance: por un lado, consagran un derecho en favor del deudor de la pena pecuniaria y, por otro, imponen al juez[119] el deber de evaluar si la sanción se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de equidad[120].

197. La obligación principal del artífice de la obra, construir los andenes en el eje vial de la calle 116, se cumplió en parte. El IDU tomó posesión de tales obras en una operación administrativa que tuvo lugar el 20 de marzo de 2009, cinco días antes de la expiración del plazo[121]. Por otra parte, en el acta de terminación del 25 de marzo del mismo año, la interventoría, el IDU y el contratista incluyeron una relación exhaustiva de las cantidades de obra ejecutadas del componente de obra civil. En el documento se agregó la siguiente nota de la que se infiere la conformidad del IDU con la parte de construcción realizada: "*las obras que presentan observaciones por parte de la interventoría están relacionadas en esta acta y se tendrán en cuenta para la liquidación del contrato de acuerdo con la cláusula décima quinta del contrato anteriormente citado*".

198. Los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio establecen que la rebaja de la pena no debe calcularse con base en el monto del perjuicio, sino en función de la parte efectivamente ejecutada de la prestación principal. Como se indicó anteriormente, en el acta de terminación del 25 de marzo de 2009, las partes presentaron estimaciones divergentes sobre el porcentaje de cumplimiento. En una nota del acta, reiterada en la resolución que declaró la urgencia manifiesta, se consignó lo siguiente: "*el interventor manifiesta que quedó pendiente por ejecutar el 46% del espacio público contratado a precio global que, a criterio del IDU, incluía las bocalles*". Por su parte, el Consorcio ID incluyó la siguiente anotación: "*está pendiente por ejecutar el 33% del proyecto, de acuerdo a las longitudes plasmadas en el apéndice g y ratificadas mediante otrosí 2*"[122].

199. La divergencia entre las partes es de orden técnico, ya que involucra el establecimiento de las longitudes reales de avance de la construcción de los andenes respecto de los 6 tramos establecidos para el hito 1 de la construcción (andenes del costado norte del eje vial) y de otros seis tramos del hito 2 (andenes del costado sur). La divergencia no puede solucionarse a partir de lo decidido en la Resolución 860 de 2009, donde se indicó un porcentaje faltante del 46%, ya que este acto administrativo fue anulado por violación del debido proceso. Tampoco puede resolverse apelando a la Resolución 840 de 2009, que declaró la urgencia manifiesta, ya que esta decisión administrativa no tenía por objeto determinar el incumplimiento del contratista ni definir una situación jurídica particular y concreta como esta.

200. Los dictámenes periciales practicados en el proceso tampoco resuelven la discrepancia. La única pericia que trató el asunto fue la elaborada por Uriel Alzate Salazar, ingeniero civil que elaboró el dictamen solicitado por el IDU en la demanda

[119] La Sala precisa que el análisis sobre la aplicación de esta figura no corresponde a un cargo de nulidad contra la Resolución 860 de 2009, sino a un asunto que determina la procedencia de la pretensión formulada en la demanda de reconvención.
[120] C.E., Secc. Tercera, Sent. 17.009 (sección. 3.1), nov. 13/2018, C.P. Enrique Gil Botero.
[121] C. llamamiento en garantía, p. 129.
[122] C. pruebas (anexo 5 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 1311.

de reconvención. Sin embargo, en la respuesta a la pregunta formulada por la entidad, el perito expresó lo siguiente:

> "*P. Establecer cada una de las obras dejadas de realizar y pagadas, debidamente descritas, y las obras de corrección que se tuvieron que realizar y el valor de estas. Se deberá cuantificar el valor de pérdida para el IDU por cada obra o ítem que se describa, incluyendo, si es el caso, el valor de la demolición, el costo de nuevos materiales y el valor de la nueva construcción y corrección de la obra mal realizada.*
>
> *En la voluminosa información suministrada por el IDU, que estamos entregando en físico y en CDs, no aparecen los elementos necesarios para dar las respuestas puntuales que se nos solicitan en este numeral 3. Por ejemplo, no aparecen las conclusiones consolidadas del INFORME DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA con sus respectivas valoraciones, al menos en la información que tuvimos a la mano // En la etapa de recibo de obras, tanto LA INTERVENTORÍA como el IDU dejaron constancia de que el 46 % de la obra objeto del contrato 159 de 2007 estaba pendiente por ejecutar y/o terminar, pero no soportan en un documento la relación de actividades correspondientes a ese 46 %, y mucho menos su valoración por ítem*"[123].

201. En conclusión, no está probado el supuesto fáctico que permita cuantificar con certeza el porcentaje de cumplimiento de la obligación principal del contrato de obra. La regla de la carga de la prueba establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (CPC, art. 177; CGP, art. 167). En este caso, la parte que persigue que se produzcan las consecuencias jurídicas asociadas al supuesto fáctico que sanciona el legislador mercantil no es el IDU, acreedor de la pena pecuniaria, sino el deudor de la misma: el Consorcio ID. Sin embargo, la Sala no considera que el hecho de la incertidumbre sobre la hipótesis fáctica (el porcentaje de la construcción de andenes que no se completó) conduzca a imponer la pena por su valor total, pues el mismo acreedor perjudicado con el incumplimiento indicó que correspondía a un 46%.

202. Como consecuencia de lo anterior, la pena pecuniaria que se ordenará pagar a INGECONAS, conforme a lo solicitado en la demanda de reconvención, se reducirá en un 54%. La cláusula penal pactada equivale al 30% del valor total del contrato, que incluyendo las sumas del Adicional No. 2 asciende a $3.089'073.551. En consecuencia, el monto original de la pena era de $926'722.065, pero, aplicando la reducción del 54%, el valor final es de $426'292.150, suma por la cual se proferirá la condena en contra de INGECONAS.

203. La liquidación de los intereses de mora solicitados por el IDU no es procedente, ya que estos representan la estimación legal de los perjuicios derivados de la mora en el cumplimiento de una obligación dineraria (Código Civil, art. 1617). En este caso, no hay cabida para su reconocimiento por dos razones: (i) la exigibilidad de la obligación de pagar la pena surge a partir de esta sentencia y (ii) aunque las partes pactaron que su pago "*no es óbice para que el demandante, ante el juez del contrato, solicite la indemnización integral de los perjuicios causados, si estos superan el valor de la cláusula*" (Código Civil, art. 1600)[124], la obligación incumplida era de hacer (confeccionar las obras). Por lo tanto, los intereses moratorios, que son propios de las obligaciones de dar sumas de dinero, no pueden considerarse un perjuicio derivado de la inejecución del contrato de construcción.

---

[123] C. ppal., p. 519.
[124] C.S.J., Sal. Civil, Sent. SC3971-2022 (párr. 7) mar. 23/2023, M.P. Hilda González Neira.

(iv) LAS SUMAS CAUSADAS PENDIENTES DE PAGO Y LAS DEVOLUCIONES POR CONCEPTO DE DINEROS Y MATERIALES RETENIDOS POR EL IDU

204. En su demanda, INGECONAS solicitó el reconocimiento de cuatro partidas específicas que no habían sido pagadas al momento de la suscripción del acta de terminación del contrato, el 25 de marzo de 2009: (i) $468'418.506 por el saldo de las obras construidas pendientes de pago; (ii) $245'746.627 por el saldo resultante de practicar los ajustes pactos a los precios; (iii) $263'564.154 por las retenciones que el IDU aplicó sobre los pagos efectuados durante la ejecución del contrato; y, (iv) $56'962.281 por los materiales de su propiedad que fueron retenidos por el IDU y que no le fueron devueltos.

205. Respecto del saldo de las obras construidas pendientes de pago, el perito Carlos Javier de la Rosa Salcedo estableció lo siguiente en su dictamen:

"*Según el Cuadro 2, dicho valor se obtiene de la diferencia entre el total de la obra ejecutada menos el total pagado en las actas de obra, incluido el anticipo, menos la amortización del mismo anticipo.*

Cuadrc 2

SALDO POR PAGAR DE LA OBRA EJECUTADA SEGÚN ACTA No. 8 DEL 25-MAR-2009

	CONCEPTOS	VALORES
1	TOTAL OBRA EJECUTADA A LA TERMINACION DEL CONTRATO 1/	$ 2.635.641.549
2	TOTAL PAGADO INCLUYENDO EL ANTICIPO 2/	$ 2.167.223.043
3	**SALDO POR PAGAR (1-2)**	**$ 468.418.506**
1/	Según ACTA No. 8. ANEXO 2.	
2/	Dicho valor es igual a los pagos por anticipo y actas de obra, menos la amortización del anticipo (ANEXO 3), así:	
1	Anticipo	$ 644.365.247
2	Pagos actas	$ 2.167.222.043
3	Total pagos (1+2)	$ 2.811.587.290
4	Amortización del anticipo	$ 644.365.247
5	**Pagos menos amortización anticipo (3-4)**	**$ 2.167.222.043**

El valor de $2.167.222.043, no contiene los descuentos que le hizo el IDU del 10% sobre el total de la construcción y obras de redes como garantía. En el Cuadro 3, se liquidan los intereses según lo normado en la Ley 80 de 1993 ya que se refieren las CLAUSULAS COMUNES A LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EL IDU. De acuerdo con la Ley 80 de 1993, el valor histórico (valor a devolver), se actualiza con el incremento del índice de precios al consumidor o tasa de inflación del año inmediatamente anterior al de la fecha de cálculo.

Cuadro 3

ACTUALIZACION CON LEY 80 DE 1993

FECHAS		DIAS (D)	TASA DE INFLACION AÑO ANTERIOR 1/	FACTOR DEINDEXACION	CAPITAL (C)	CAPITAL INDEXADO (CI)
INICIAL	FINAL					
1	2	3	4	5	6	7
					$ 468.418.506	
26-mai-09	31-dic-09	220	7,67%	1,0455		$489.754.915
01-jan-10	31-dic-10	365	2,00%	1,0200		$499.550.014
01-jan-11	31-dic-11	365	3,17%	1,0317		$515.385.749
01-jan-12	31-dic-12	365	3,73%	1,0373		$534.609.638
01-jan-13	31-dic-13	365	2,44%	1,0244		$547.654.113
01-jan-14	31-dic-14	365	1,94%	1,0194		$558.278.603
01-jan-15	31-dic-15	365	3,66%	1,0366		**$578.711.599**
TOTAL		2.410				

1	CAPITAL	=		=	$468.418.506
2	INTERESES MORA	=	CI x D x 12% / 365		$458.529.848
3	INDEXACION	=	CI - C	=	$110.293.093
4	**CAPITAL + INT. MORA + INDEXACION**			**=**	**$1.037.241.448**

Los cuarenta y seis (46) días hábiles equivalen a 60 días calendario"[125].

206. Los fundamentos de este cálculo reúnen la firmeza y calidad requeridas para reconocer el valor de la obra ejecutada y no pagada por el IDU, con base en las conclusiones periciales. En relación con la primera variable para la determinación de la suma pendiente de pago —es decir, el valor correspondiente al "*total de la obra ejecutada a la terminación del contrato*"—, la Sala precisa que dicho valor se encuentra soportado en el acta de terminación del contrato, suscrita el 25 de marzo de 2009, en la cual el IDU, la interventoría y el contratista incorporaron un cuadro en el apartado D, denominado "Obra ejecutada". En este cuadro se discriminaron los ítems correspondientes tanto a las obras de construcción remuneradas a precio global como a las obras de redes remuneradas mediante el sistema de precios unitarios:

Fecha		SUBDIRECCIÓN GENERAL	TÉCNICA	ALCALDIA MAYOR BOGOTA D.C. Instituto DESARROLLO URBANO
Marzo	09	DIRECCIÓN TÉCNICA	DE ESPACIO PUBLICO	
MM	AA	OFICINA ASESORA		
		SUBDIRECCIÓN TÉCNICA	DE EJECUCIÓN DE OBRAS DEL ESPACIO PÚBLICO	

19.15	Demolición de placa superior camaras telefónicas (T-13 Y T-14) ETB	Un	15,00	$ 305.000,00	$ 4.575.000,00
19.16	Accesorios por desvío de la tubería de acero de 8" en la Cra 19	GL	1,00	$ 1.316.719,00	$ 1.316.719,00
19.17	Construcción de Placa en concreto para Camara ETB inc Formaleta	m3	3,75	$ 429.901,00	$ 1.612.128,75
19.18	Suministro instalación de Aro y tapa para Camaras ETB	Un	4,00	$ 248.422,00	$ 993.688,00
19.19	Mampostería Reforzada para Reconstrucción de Camaras ETB	m2	115,00	$ 87.547,00	$ 10.167.052,00
19.2	Acero de refuerzo para Camaras ETB	KG	150,00	$ 2.694,00	$ 484.320,00
19.21	Caja de paso Sencilla ETB en Rampa Vehicular (incl Pañete Reposición o eMarco y tapa)	un	1,00	$ 736.598,00	$ 736.598,00
19.22	Construcción de dado en concreto para semaforos inc Platina	un	0,00	$ 500.000,00	$ -
19.23	Camara tipo "D" COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES DIBUJO CT-042	UN	1,00	$ 1.784.508,00	$ 1.784.508,00
19.24	MANEJO CON MOTOBOMBAS BOMBAS		0,00	$ -	$ -
				SUBTOTAL OBRA EJECUTADA INCLUIDO AIU	$ 2.047.895.531,77
				[illegible]	$ [illegible]
				VALOR TOTAL OBRA EJECUTADA	$ 2.635.641.549,38
				VALOR TOTAL AJUSTES CAUSADOS	0
				VALOR TOTAL OBRA EJECUTADA MAS AJUSTES	$ 2.635.641.549,38

[125] C pruebas 7, p. 8.

207. En el término de traslado del dictamen, el IDU objetó por error grave la conclusión del perito, argumentando que, con base en las actas de recibo parcial de obra, el valor realmente ejecutado ascendía a $2.451’897.753. Esta suma la obtuvo al adicionar el valor neto a pagar consignado en cada una de dichas actas más el 10% retenido en cada una de ellas, porcentaje que solo se desembolsaba hasta la liquidación del contrato[126].

208. No obstante, la Sala considera que esta objeción no es atendible. Por una parte, la última acta parcial de recibo de obra (denominada Acta No. 6 de Recibo Parcial No. 4), suscrita el 4 de febrero de 2009, corresponde a los trabajos “*correspondientes a diciembre de 2008*”[127]. Como se analizó previamente, el Consorcio ID continuó con la ejecución de trabajos sobre las redes subterráneas y la superficie del espacio urbano hasta el 20 de marzo de 2009, fecha en la que el IDU tomó posesión de la obra. En consecuencia, la Sala concluye que las actas de recibo parcial no reflejan la totalidad de las obras ejecutadas, ya que su cobertura temporal se limitó a diciembre de 2008.

209. Por otra parte, en el acta del 25 de marzo de 2009, donde las partes consignaron la totalidad de las obras realizadas hasta la toma de posesión, se incluyó una anotación en el cuadro de obra ejecutada, en la que se fijó como valor total la suma de $2.635’641.549. En dicha nota se señaló lo siguiente: "*Las obras que presentan observaciones por parte de la interventoría están relacionadas en esta acta y se tendrán en cuenta para la liquidación del contrato de acuerdo con la cláusula décima quinta del contrato anteriormente citado*"[128]. A partir de esta confirmación, la Sala concluye que el valor determinado por el perito se encuentra debidamente respaldado en las verificaciones realizadas por las mismas partes.

210. Respecto de la segunda variable para la determinación de la suma pendiente de pago, correspondiente al "*total pagado incluyendo anticipo*", cuantificada en $2.167’223.043, la Sala tampoco encuentra fundada la objeción formulada por el IDU. Según la demandada, a partir de las cuatro actas de recibo parcial y las dos de entrega del anticipo, se concluye que el valor efectivamente pagado por el IDU fue superior: $2.223’939.967. Para sustentar esta afirmación, en la objeción se sumaron los montos desembolsados como anticipos más los valores consignados en las filas denominadas "*valor total a pagar*" de las actas de recibo parcial No. 3 ($363’057.422[129]), No. 4 ($390’835.736,00[130]), No. 5 ($579’508.907[131]) y No. 6 (246’172.655[132]). Sin embargo, estos documentos no prueban que las sumas liquidadas como pendientes de pago en las actas hayan sido efectivamente desembolsadas al contratista.

---

[126] C. ppal, pp. 445 – 446.
[127] C. pruebas (anexo 4 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 1007.
[128] C. pruebas 7, p. 56.
[129] C. pruebas (anexo 4 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 978.
[130] C. pruebas (anexo 4 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 985.
[131] C. pruebas (anexo 4 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 1004.
[132] C. pruebas (anexo 4 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 1014.

211. Los documentos del expediente evidencian que las sumas efectivamente giradas al contratista por concepto de anticipo y pagos de las actas parciales de obra fueron menores a las señaladas por la entidad en su objeción al dictamen pericial. En efecto, en una certificación del Subdirector Técnico de Tesorería, emitida el 29 de diciembre de 2014 e incorporada al expediente en respuesta a los oficios librados por el Tribunal, se precisó que las sumas giradas por el IDU y recibidas en caja por el contratista ascendieron a $2.030’679.585, monto que difiere del valor indicado en la objeción de la entidad.

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.
Instituto
DESARROLLO URBANO

EL SUBDIRECTOR TÉCNICO DE TESORERIA Y RECAUDO DEL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO

CERTIFICA:

Que de acuerdo con la información obtenida del sistema de Información Administrativo y Financiero del IDU “STONE”, se evidenció la realización de los pagos que a continuación se relacionan, con ocasión de la ejecución del contrato IDU No. 159 de 2007, el cual fue suscrito entre el contratista CONSORCIO ID. y el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, cuyo objeto corresponde a *“El contratista se compromete para con el IDU, a ejecutar a precio global con ajustes, las obras requeridas para la “CONSTRUCCIOIN DE LOS ANDENES DEL EJE VIAL DE LA CALLE 116, TRAMO COMPRENDIDO ENTRE LA CARRERA 15 Y LA AK 19, COSTADO NORTE Y COSTADO SUR EN BOGOTA D.C.” de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones, en especial lo dispuesto en el capítulo CUARTO, DESCRIPCION Y ALCANCE DE LAS OBRAS A CONTRATAR y la propuesta presentada el seis (6) de diciembre de 2007 y los apéndices, los cuales hacen parte integral de este contrato”.*

Fecha	No. Orden de Pago	Valor Neto Girado $$
16 - 06 - 2008	1875	363.875.984.oo
11 - 08 - 2008	2659	235.383.697.oo
30 - 10 - 2008	3845	329.108.212.oo
02 - 12 - 2008	4257	353.899.729.oo
24 - 12 - 2008	4906	524.590.228.oo
11 - 03 - 2009	442	223.821.735.oo
TOTAL		**2.030.679.585.oo**

Se expide la presente certificación en Bogotá, D.C., a los 29 días del mes de Diciembre de 2.014.

GUIOVANNI CUBIDES MORENO
Subdirector Técnico de Tesorería y Recaudo

212. Aunque el monto considerado por el perito sobre las sumas efectivamente pagadas por el IDU es incluso superior al certificado por la tesorería de la entidad estatal—lo que implicaría un mayor saldo por pagar por concepto de las obras ejecutadas— la Sala ordenará este pago con base en la suma determinada en el dictamen pericial ($468’418.506). Esta decisión se fundamenta en el principio de congruencia, según el cual la sentencia debe guardar correspondencia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda (CGP, art. 281). En la pretensión I.1 de la demanda, INGECONAS solicitó expresamente: “*Que se reconozca y ordene pagar la suma de $468.418.506,38 por concepto de saldo de la obra ejecutada a la terminación del contrato 159 de 2007 según acta 08 de 25 de marzo de 2009*” [133]. La suma pedida por el demandante, coincidente con la indicada por el perito, es precisa, determinada y no fue condicionada a lo que resultara probado en el proceso. Dado que la sentencia no puede conceder más de lo solicitado (*ultra petita*), la Sala accederá al reconocimiento de este monto en la liquidación del contrato.

213. El valor realmente pagado por el IDU, precisado en la certificación del Subdirector Técnico de Tesorería, refleja las retenciones del 10% que se practicaron sobre los montos liquidados en las actas de recibo parcial. Por lo tanto, no procede ordenar el

[133] C. ppal, p. 7.

pago de la diferencia entre el valor de las obras realmente ejecutadas y el monto efectivamente desembolsado, sumando también el valor de las retenciones. Esto implicaría reconocer dos veces un mismo hecho económico o duplicar una parte del saldo pendiente de pago por el IDU. En consecuencia, en la liquidación se incluirá como saldo a favor del Consorcio ID el valor pendiente de pago de las obras, pero no el correspondiente a las retenciones o deducciones practicadas sobre las actas de recibo parcial.

214. Respecto del saldo anterior, no se liquidarán intereses de mora, como solicitó el demandante. La cláusula primera del apartado de cláusulas comunes a los contratos de obra del IDU, anexas al negocio jurídico objeto de la controversia, estableció lo siguiente:

> "*Cuando el IDU no cancela al CONTRATISTA las sumas pactadas, dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha de radicación del orden de pago debidamente elaborado, documentada (se refiere a todos los anexos exigidos por el Instituto para su radicación) y aprobada, el IDU reconocerá como intereses de mora la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado con base en el IPC certificado por el DANE, teniendo en cuenta lo establecido por el numeral 8 del artículo 4º de la Ley 80 de 1993*"[134].

215. El plazo suspensivo para el cumplimiento de la obligación dineraria a cargo del IDU, cuyo vencimiento determinaba la configuración de la mora (Código Civil, art. 1608.1), empezaba a correr una vez se radicara la orden de pago junto con la documentación exigida por la entidad estatal. En el expediente no obra constancia de que la orden de pago, la factura y los anexos respectivos hubieran sido presentados para solicitar el cobro de los saldos pendientes tras la suscripción del acta de terminación del 25 de marzo de 2009. En consecuencia, dado que el IDU no se había constituido en mora, no procede el reconocimiento de los intereses a partir del día siguiente a la suscripción del acta, como fue solicitado en la demanda. No obstante, la Sala actualizará esta suma para compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, cuestión que se abordará en el apartado relativo a la liquidación del contrato.

216. INGECONAS también reclamó en su demanda el pago de $56'962.281 por los materiales de su propiedad que fueron retenidos por el IDU y no le fueron devueltos. En la sentencia de primera instancia, el Tribunal presentó un argumento específico frente a esta pretensión, adicional a la falta de impugnación de la resolución que declaró la urgencia manifiesta. En su decisión, determinó que en el expediente obra un acta en la que el IDU puso a disposición del contratista los equipos y materiales encontrados en la obra, razón por la cual negó el reconocimiento solicitado[135]. En el

---

[134] C. pruebas (anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 68.

[135] El documento al que hizo referencia el Tribunal corresponde a la comunicación IDU-054653 del 11 de agosto de 2009, que dice lo siguiente: "*Por otra parte, es pertinente advertir que el Consorcio ID siempre ha administrado el acceso al almacén localizado en el campamento provisional de obra, tal como puede ser corroborado en el acta suscrita el 5 de junio de 2009, en la cual el señor Darío Cárdenas, en representación del Consorcio ID, entregó el medidor de agua potable del predio localizado en la nomenclatura urbana Calle 116 N.º 18-12, en presencia del señor Héctor Gómez y del ingeniero Juan Camilo Villazón, coordinador de acompañamiento del contrato de obra IDU 006 de 2009, e inmediatamente procedió a dejar bajo llave nuevamente el mencionado almacén // Por lo anterior, los elementos que allí se encontraron al momento de la toma de posesión por parte del IDU en ningún momento han podido ser cuantificados ni valorados, ya que se ha impedido el acceso a este sitio por parte de la firma contratista* (…)" C. 6 (contestación demanda de reconvención), pp. 31 – 33.

recurso de apelación, el demandante no formuló ningún reparo contra este fundamento de la decisión. Dado que la competencia del juez de segunda instancia está delimitada por los motivos de inconformidad del apelante (CGP, art. 328), y frente a esta decisión no se presentó objeción alguna, la Sala mantendrá lo resuelto en primera instancia.

217. Finalmente, INGECONAS solicitó el reconocimiento y pago de $245'746.627 por el saldo resultante de practicar los ajustes pactos a los precios. En la cláusula tercera sobre la forma de pago, transcrita anteriormente, efectivamente se estableció que los diferentes componentes del valor contrato, tanto los pagados a precio como global como los que se saldaban por el sistema de precios unitarios, se cancelarían "con ajustes". Las reglas para aplicar este mecanismo de ajuste, que tenía por objeto preservar el valor intrínseco del contrato (Ley 80 de 1993, arts. 4.8 y 5.1), se establecieron en el numeral 1.3.2 del pliego de condiciones, en los siguientes términos:

> "*1.3.2 AJUSTES*
>
> *El ajuste se hará únicamente por cambio de vigencia de acuerdo con el índice total del ICCP certificado por el DANE, aplicando el porcentaje de la diferencia entre el ICCP del mes de presentación de la propuesta y el mes de enero de la siguiente vigencia, a cada precio unitario, siempre y cuando el cambio de vigencia obedezca a las condiciones originales del contrato (fecha de inicio y plazo).*
>
> *Cuando el cambio de vigencia no obedezca a las condiciones originales del contrato y se produzca dicho cambio a causa de prórrogas o suspensiones imputables al contratista, no habrá lugar a tales ajustes, debiendo el contratista asumir los posibles sobrecostos, sin perjuicio de las sanciones establecidas por el IDU para este tipo de situaciones*"[136].

218. Con todo, a diferencia de lo relacionado con el valor de la obra pendiente de pago, la Sala considera que los fundamentos de este cálculo por el perito no reúnen la firmeza y calidad requeridas para reconocer el valor de los saldos resultantes de los ajustes. En el dictamen, el experto registró en un cuadro la siguiente información[137]:

[136] C. pruebas (anexo 1 contestación demanda y demanda de reconvención), p. 133.
[137] C. pruebas 7, p. 12.

Cuadro 6

SALDOS EJECUTADOS DENTRO DEL CONTRATO, NO INCLUIDOS EN EL ACTA No. 8 DEL 25-MAR-2009 Y NO PAGADOS

CONCEPTOS		VALOR GLOBAL	PAGOS 2/	SALDO
1		2	3	4=(2)-(3)
1	SALDO VALOR GLOBAL GESTION AMBIENTAL	$ 76.440.698	$ 62.002.522	$ 14.438.176
2	SALDO VALOR GLOBAL PLAN MANEJO TRAFICO Y SEÑALIZACION Y DESVIOS	$ 36.271.663	$ 31.840.340	$ 4.431.323
3	AJUSTE CONFORME AL ACTA QUE OBRA A FOLIOS 106, 107 Y 108 DE LOS ANEXOS DE ESTA SOLICITUD 1/			$ 245.746.628
4	DEVOLUCION DE LA RETENCION DE LAS OBRAS EJECUTADAS (CONSTRUCCION Y REDES), EFECTUADA POR EL IDU DE LOS PAGOS REALIZADOS DURANTE LA EJECUCION DEL			$ 227.957.786
5	TOTAL (1+2+3+4)			$ 492.573.913

219. Revisados los anexos del dictamen, se advierte que el perito no realizó un cálculo propio considerando la variación del índice de costos de la construcción pesada, sino que reprodujo la información que aparece en un borrador denominado "*Acta de ajuste n.º 1*" del 7 de abril de 2009, que fue aportada con la contestación de la demanda de reconvención[138]:

MES DE EJECUCIÓN DE LA OBRA: SEPTIEMBRE

En Bogotá D.C ; a los SIETE (7) días del mes ABRIL de 2009

se reunieron HELBERT HERNANDO OLAYA GARZON representante

legal del contratis JORGE ISAAC VELASQUEZ VARGAS representante legal de la interventoría,

para dejar constancia por medio de la presente acta de los ajuste que se detallan a continuación, de acuerdo a la cláusul 13 del contrato.

B. AJUSTES (Adaptar según lo contractual)

	MAYO	$ -	$ -	$ -	120,62	113,12	0,066301273	$ -	$ -
	JUNIO	$ 25.591.953,60	$ 7.677.586	$ 17.914.368	121,32	113,12	0,072489392	$ 1.298.601,61	$ 1.298.601,61
	JULIO	$ 93.151.314,33	$ 27.945.394	$ 65.205.920	123,33	113,12	0,090258133	$ 5.885.364,60	$ 5.885.364,60
	AGOSTO	$ 158.476.546,18	$ 47.542.964	$ 110.933.582	124,01	113,12	0,096269448	$ 10.679.514,78	$ 10.679.514,78
	SEPTIEMBRE	$ 575.601.150,80	$ 172.680.345	$ 402.920.806	124,73	113,12	0,102634371	$ 41.353.523,27	$ 41.353.523,27
	OCTUBRE	$ 851.313.530,76	$ 255.394.059	$ 595.919.472	125,11	113,12	0,105993635	$ 63.163.671,00	$ 63.163.671,00
	NOVIEMBRE	$ 959.595.710,68	$ 133.124.898	$ 826.470.813	124,59	113,12	0,101396747	$ 83.801.451,75	$ 83.801.451,75
	DICIEMBRE	$ 234.153.950,67		$ 234.153.951	124,05	113,12	0,096623055	$ 22.624.670,09	$ 22.624.670,09
	SUBTOTAL OBRA	$ 2.897.884.157,00	$ 644.365.247				AJUSTES OBRA		$ 228.806.797,09
	MAYO	$ 22.760.642,15	$ -	$ 22.760.642	120,62	113,12	0,066301273	$ 1.509.059,55	$ 1.509.059,55
	JUNIO	$ 37.934.403,57	$ -	$ 37.934.404	121,32	113,12	0,072489392	$ 2.749.841,84	$ 2.749.841,84
	JULIO	$ 40.969.155,85	$ -	$ 40.969.156	123,33	113,12	0,090258133	$ 3.697.799,52	$ 3.697.799,52
	AGOSTO	$ 39.451.779,72	$ -	$ 39.451.780	124,01	113,12	0,096269448	$ 3.798.001,07	$ 3.798.001,07
	SEPTIEMBRE	$ 36.417.027,43	$ -	$ 36.417.027	124,73	113,12	0,102634371	$ 3.737.638,69	$ 3.737.638,69
	OCTUBRE	$ 13.656.385,29	$ -	$ 13.656.385	125,11	113,12	0,105993635	$ 1.447.489,92	$ 1.447.489,92
	SUBTOTAL GESTIONES	$ 177.533.008,72					AJUSTES GESTIONES		$ 16.939.830,59
	UBTOTAL OBRA + GESTIO	$ 3.075.417.165,72					AJUSTES OBRA + GESTION		$ 245.746.627,68

220. La Sala considera que el documento en el que el perito basó sus conclusiones no es fiable para determinar el monto resultante del ajuste de precios, por varias razones. En primer lugar, el borrador del acta del 7 de abril de 2009, a diferencia del acta de terminación del 25 de marzo de 2009, no fue suscrito por el IDU. En segundo lugar, en el expediente obra la comunicación IDU-150-1002 del 13 de abril de 2009, en la que la interventoría remitió dicho documento a la entidad estatal, precisando que era un insumo para revisión conjunta. En efecto, en esa comunicación se indicó:

[138] C. 6 (contestación de la demanda de reconvención), p. 233.

"*Con el fin de dar cumplimiento a la aplicación de la fórmula aprobada por el IDU, por medio de la presente, de manera atenta, solicitamos una reunión con el funcionario que usted designe para revisar los criterios que rigen la aplicación de la fórmula con base en la propuesta que fue presentada por el contratista* (…)"[139]. Dado que el cálculo se presentó como una estimación sujeta a revisión, carece de certeza suficiente para respaldar la cuantificación del ajuste de precios.

221. Además, el pliego de condiciones estableció que el ajuste de los precios no procedería cuando "*el cambio de vigencia no obedezca a las condiciones originales del contrato y se produzca dicho cambio a causa de prórrogas o suspensiones imputables al contratista*". La Sala concluyó anteriormente que la ejecución de obras en noviembre y diciembre de 2008, así como el cambio de vigencia 2008 – 2009, se derivó de los Adicionales 1 y 3, en los que el contratista declaró expresamente que tales modificaciones no generarían costos adicionales para el IDU. Asimismo, del análisis de los antecedentes del Adicional 3, mediante el cual se prorrogó el plazo por 75 días calendario, se concluyó que la ampliación fue consecuencia de hechos jurídicamente atribuibles al IDU. En consecuencia, no resulta procedente ordenar el pago de ajustes y la Sala negará esta solicitud de INGECONAS.

La liquidación judicial del contrato

222. La Sala procede a abordar la liquidación judicial del contrato, dado que este aspecto está directamente vinculado con el objeto de la apelación y su reforma resulta indispensable para reflejar las determinaciones adoptadas en segunda instancia, sin que ello implique un perjuicio para los apelantes (CPC, art. 357; CGP, art. 328). Fuera de los reparos ya examinados, INGECONAS no formuló objeciones respecto de las demás partidas de la liquidación practicada en la sentencia de primera instancia, la cual se fundamentó en el dictamen pericial elaborado por Uriel Alzate Salazar. En consecuencia, la Sala procederá a liquidar judicialmente el contrato, manteniendo exactamente las mismas denominaciones de las partidas que integran el balance de cuentas establecido en primera instancia. No obstante, se introducirán dos modificaciones puntuales conforme a las razones previamente expuestas: la primera, en el rubro correspondiente a la cláusula penal pecuniaria; la segunda, en la cuenta por pagar al Consorcio ID por concepto del valor de la obra ejecutada.

223. Adicionalmente, debido a la depreciación monetaria propia de una economía inflacionaria, la Sala actualizará los saldos incluidos en el balance de cuentas, pues el pago solo tendrá efecto solutorio si las sumas reconocidas mantienen su valor en términos reales y no meramente nominales[140]. En las cuentas por pagar del Consorcio ID al IDU, se reflejará la rebaja proporcional de la cláusula penal

[139] C. 6 (contestación de la demanda de reconvención), p. 235.

[140] CSJ, Cas. Civil, rad. SC11331, ago. 27/2015. Sobre la necesidad de efectuar la actualización o indexación monetaria, esta Subsección ha puntualizado: *"es necesario actualizar el monto de la condena pecuniaria, dada la pérdida del valor adquisitivo del dinero en el tiempo, con el fin de que no se produzca una afectación patrimonial a la parte favorecida con esta y para ello se debe acudir a la indexación, que se define como un "sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc. [Corte Constitucional, Sentencia T - 007 de 2013]"* C.E., Secc. Tercera, Sub. A, exp. 70.119, oct. 25/2024, C.P. Fernando A. Pardo Flórez.

pecuniaria. Por su parte, en el apartado de cuentas por pagar del IDU al Consorcio ID, se incluirá el valor correspondiente a la obra ejecutada pendiente de pago, que es el único nuevo componente de la liquidación incorporado en esta sentencia.

224. Esta última suma ($468’418.506) se actualizará tomando como IPC inicial el correspondiente al mes en que se firmó el acta de terminación del contrato, en la que se reconoció el valor total de la obra ejecutada (marzo de 2009: 71,15), y como IPC final el del mes de la sentencia de primera instancia que liquidó el contrato (mayo 2022: 118,70), con el propósito de expresar todas las sumas en un mismo referente temporal. Esta operación arroja una cuenta por pagar de $781’465.589.

225. Posteriormente, se establecerá el saldo neto entre los valores a favor del IDU y aquellos a favor del Consorcio ID. Finalmente, esta suma neta se actualizará nuevamente, tomando como IPC inicial el del mes de la sentencia de primera instancia—en el que están expresados todos los valores— y como IPC final el último disponible a la fecha de esta sentencia (diciembre de 2025: 152,27).

LIQUIDACIÓN JUDICIAL	
Valor del contrato	
Valor Inicial del contrato de obra	$2.339’073.551.00
Valor Adición 2 del 18 de noviembre de 2008	$750’000.000.00
Valor total contrato	$3.089’073.551
Valor pagos realizados al CONSORCIO ID	$2.030’679.585
Saldos a favor del IDU	
Concepto	**Valor histórico**
Valor cláusula penal pecuniaria	$426’292.150
Valor de las multas de apremio impuestas al CONSORCIO ID67 - cláusula tercera, adicional 3 y otrosí 3	$1.040’000.000
Valor 75 días de interventoría del contrato de obra 159 de 28 de diciembre de 2007, que el CONSORCIO ID se obligó a pagar - cláusula cuarta, adicional 3 y otrosí 3	$149’263.000
Valor obras pagadas al Consorcio ID, pero no ejecutadas 69 - el contratista solamente ejecutó el 44% de la obra	$555’840.249
Total (A)	$2.171’395.399
Saldos a favor del Consorcio ID	
Pago de las obras ejecutadas certificadas en el acta del 25 de marzo de 2009, pero no pagadas (B)	$781’465.589
Total (B)	$781’465.589
Saldo total a favor del IDU (A-B)	$1.389’929.810
Saldo total neto a favor del IDU actualizado (factor de ajuste: 1,282813816)	**$1.783.021.164**

La obligación de la llamada en garantía de asumir el pago parcial de la cláusula penal

226. La Aseguradora, llamada en garantía por el IDU, impugnó la decisión del Tribunal de acoger la pretensión de la entidad y condenarla al pago de la cláusula penal

pecuniaria, haciendo efectivo el amparo de cumplimiento de la póliza 00008586[141]. Para sustentar su oposición, expuso varios reparos coincidentes con las defensas esgrimidas por INGECONAS al contestar la demanda de reconvención, en particular, la inimputabilidad del incumplimiento por culpa del acreedor y el carácter total de la inejecución como presupuesto para hacer efectiva la cláusula penal.

227. Frente a estos cargos, tal y como se ha razonado, la Sala ha concluido que las pretensiones de la demanda de reconvención sobre el incumplimiento del contratista —tomador de la póliza— y la condena al pago de la cláusula penal resultan procedentes, independientemente de que (i) se hubiere declarado la nulidad de la Resolución 860 de 2009 y (ii) no fuera necesario impugnar la legalidad de la Resolución 840 de 2009, mediante la cual se declaró la urgencia manifiesta que permitió la contratación directa para la terminación de las obras. Asimismo, se ha establecido que la cláusula penal debe interpretarse en el sentido de que el adjetivo "total" no se refiere exclusivamente a la magnitud del incumplimiento en términos porcentuales, sino a su carácter definitivo, es decir, a la imposibilidad de remediarlo mediante medidas de apremio, como la imposición de multas contractuales, debido a la expiración del plazo de ejecución. En consecuencia, la Sala se remite a dichas consideraciones como fundamento para desestimar este grupo de reparos del llamado en garantía.

228. Por otra parte, la Aseguradora alegó que al haberse declarado en otro proceso judicial la nulidad del artículo 4º de la Resolución 860 de 2009 -—acto mediante el cual se ordenó hacer efectivo el amparo de cumplimiento para el cobro de la cláusula penal—, no era viable que la obligación se reconociera con fundamento en el fallo dictado en este proceso.

229. La Sala no considera atendible este reparo del llamado en garantía. Ciertamente, como consecuencia de la anulación del artículo 4º de la Resolución 860 de 2009, el IDU no podía perseguir coactivamente el patrimonio de la Aseguradora con base en esa decisión administrativa, pues la providencia judicial produjo dos efectos jurídicos: (i) expulsó del ordenamiento la declaración administrativa sobre la afectación del amparo de cumplimiento y (ii) privó a dicha manifestación del carácter ejecutivo y ejecutorio propio de los actos administrativos (CCA, arts. 66 y 68). No obstante, la nulidad parcial del acto administrativo no conllevó la extinción de la obligación condicional pactada en la póliza que consistía en el pago de la cláusula penal, cobertura expresamente incluida en el amparo de cumplimiento[142].

230. La nulidad de una decisión administrativa que hace efectiva una garantía no constituye un modo de extinción de las obligaciones previsto en el artículo 1625 del Código Civil, ni en la normativa general de los seguros de daños, ni en las disposiciones específicas del seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales.

---

[141] Respecto de la procedencia del llamamiento en garantía se ha sostenido: "*Conforme a lo expuesto, existe la posibilidad de que tanto el demandante como el demandado llamen a las aseguradoras bajo la figura del llamamiento en garantía, en virtud de que no solo es aplicable a la persona que tomó el seguro, en este caso Prago Ingeniería S.A.S., sino que a su vez, puede llamar en garantía Ecopetrol S.A., toda vez que lo involucra materialmente, como en efecto sucedió al ser el beneficiario del seguro*". C.E., Secc. Tercera, Sub. C, Auto. 62.934, mar. 29/2019, C.P. Nicolás Yepes Corrales. La doctrina planteaba un criterio coincidente en vigencia del CPC, estatuto bajo el cual se efectuó el llamamiento: Hernando Fabio López. Código de Procedimiento Civil (Tomo I). Bogotá: Dupré, 9ª Ed., 2007, p. 344.

[142] C. llamamiento en garantía, p. 97.

Asimismo, las condiciones contractuales de la póliza 00008586 no contemplaban esta hipótesis como una causal para que la compañía aseguradora se liberara del pago de su obligación. De igual forma, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de junio de 2014, confirmada por la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación, no estableció lo contrario. En consecuencia, la anulación parcial del acto administrativo no extinguió la obligación condicional, dado que esta tiene su fuente en el contrato de seguro. Esta conclusión se refuerza si se considera que la sentencia dictada en el otro proceso se limitó a analizar la garantía del debido proceso administrativo, sin abordar de fondo la cuestión sobre la realización del riesgo asegurado.

231. En síntesis, la ausencia —por declaración de nulidad— de un acto administrativo que ordene la afectación del amparo de cumplimiento, no impide la efectividad de la póliza, pues el cumplimiento de la condición suspensiva de la cual depende la exigibilidad de esta prestación puede verificarse voluntariamente conforme a la regulación general del seguro de daños (Código de Comercio, arts. 1053.3 y 1071), o bien mediante un pronunciamiento judicial, como el solicitado en este proceso. Por estas razones, el motivo de inconformidad no es atendible.

232. La Aseguradora también alegó que el Tribunal no se pronunció expresamente sobre los fundamentos fácticos en los que basó su excepción de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro. Este señalamiento es cierto, pues en la sentencia de primera instancia no hubo un análisis concreto sobre su planteamiento, según el cual la prescripción operó porque entre el 25 de marzo de 2009 —fecha en la que el IDU tuvo conocimiento del incumplimiento— y el momento en que la Resolución 860 adquirió firmeza, transcurrió un período superior a dos años.

233. La prescripción ordinaria de la acción derivada del contrato de seguro es de dos años, contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (Código de Comercio, art. 1081). El 25 de marzo de 2009, fecha en la que expiró el plazo de ejecución contractual sin que las obras fueran completadas, la entidad beneficiaria identificó el incumplimiento y dejó constancia de ello en el acta de terminación. Este fue el momento en el que la entidad beneficiaria tuvo conocimiento del hecho que fundamenta la pretensión contra la Aseguradora, es decir, la ocurrencia del siniestro de incumplimiento. En consecuencia, el término de prescripción expiraba el 25 de marzo de 2011. Con todo, el 1 de abril de 2009, tuvo lugar la actuación para hacer efectiva la garantía, cuando el IDU expidió la Resolución 860 de 2009, mediante la cual declaró la ocurrencia del siniestro e hizo efectiva la garantía, decisión que fue notificada tanto a la aseguradora como al contratista.

234. A diferencia de lo señalado por la Aseguradora, el acto administrativo mediante el cual se declaró la ocurrencia del siniestro no requería quedar en firme dentro del término de prescripción previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio: bastaba con que fuera expedido y notificado dentro de ese plazo. Esta conclusión, sostenida en casos análogos por la Subsección, se fundamenta en la diferencia entre la actuación administrativa y la vía gubernativa[143]. La primera concluye cuando la

[143] C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Sent. 19.519, jul. 11/2012, C.P. Carlos Alberto Zambrano: "*Anota la Sala que la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo concreta el privilegio de*

Administración, tras agotar el procedimiento respectivo, adopta la decisión y define la situación jurídica en ejercicio del privilegio de autotutela declarativa (CCA, art. 35). En cambio, la vía gubernativa (CCA, art. 49 y ss.) tiene una finalidad distinta: constituye un medio de defensa del administrado que se concreta en el ejercicio de los recursos dispuestos para controvertir la decisión primigenia. Es decir, esta etapa es posterior y distinta de la decisión administrativa inicial.

235. La facultad legal de declarar la ocurrencia del siniestro, estableciendo la exigibilidad de la obligación a cargo de la aseguradora por el acaecimiento de la condición suspensiva, sin necesidad de acudir al juez, se ejerce oportunamente a través del acto administrativo definitivo, no mediante los actos que resuelven los recursos contra la decisión primigenia. Por lo tanto, el acto que finaliza la actuación administrativa —y no el que se expide en el marco de la vía gubernativa— es el que debe ser proferido y notificado dentro de los dos años siguientes a la fecha en que la entidad tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro. Esta conclusión se reafirma con el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, el cual establece que el "*acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare*", sin supeditar este efecto a la resolución de los recursos interpuestos contra el acto.

236. Esta tesis también ha sido planteada en casos semejantes por otras Subsecciones:

> "*De lo expuesto, la Sala puede establecer varias conclusiones a saber: (i) Primero es la ocurrencia del riesgo o siniestro y posteriormente, se produce su declaratoria; (ii) La Administración debe declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo; (ii) El plazo máximo con que cuenta la entidad estatal para esta declaratoria, es a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro; (iv) El riesgo debe acaecer durante la vigencia del seguro; y por último, (v) No obstante, la declaratoria de ocurrencia del mismo, puede producirse después del vencimiento de la póliza.*
>
> *Así las cosas, se infiere que el término establecido de dos años para que opere la prescripción ordinaria aludido por el artículo 1081 del C.Co., no significa que el acto administrativo que declara el siniestro debe quedar en firme dentro de ese periodo, solo se requiere, entiéndase bien, que durante ese término de vigencia de la póliza haya ocurrido del siniestro y que la Administración lo haya declarado mediante acto administrativo a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de la realización del riesgo amparado*"[144].

237. A los planteamientos previamente expuestos, que por sí solos resultan suficientes para desestimar la premisa jurídica en la que se funda el reparo de la Aseguradora, cabe agregar lo siguiente. El asegurado que no está investido del privilegio de autotutela declarativa puede evitar la prescripción extintiva presentando

---

la decisión previa (autotutela administrativa), es decir, permite que la entidad estatal declare la existencia de la obligación, sin acudir al juez, de modo que dicho acto debe ser proferido y notificado dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, pues es éste el término de prescripción ordinaria que el artículo 1081 del C. de Co. prevé para ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro // Ahora bien, contrario a lo que afirma el recurrente, el acto administrativo a través del cual se declara la ocurrencia del siniestro en ejercicio de la potestad administrativa no requiere quedar en firme dentro de los dos años a los cuales se refiere la norma en cita; basta con que se haya proferido y notificado el acto principal dentro de ese plazo".

[144] C.E., Secc. Tercera, Sub. C, Sent. 53.914, nov. 26/2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio. Reiterada en: C.E., Secc. Tercera, Sub. C, Sent. 53.674 (sección 6.4.1), ene. 24/2024, C.P. Nicolás Yepes Corrales.

la demanda judicial dentro de los dos años siguientes al conocimiento del siniestro, ya que este acto procesal interrumpe el término de prescripción (CPC, art. 90), aun cuando la situación jurídica sobre su ocurrencia y la exigibilidad de la obligación solo se defina con la sentencia que se dicte en el proceso judicial. Por lo tanto, con mayor razón (*a minore ad maius*), debe concluirse que si la Administración, investida de la facultad de definir por sí y ante sí la situación jurídica, inicia el procedimiento administrativo y lo culmina con la expedición del acto administrativo definitivo, no se configura la prescripción extintiva prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio.

238. El 1 de abril de 2009, el IDU expidió la Resolución 860 de 2009, la cual fue notificada tanto al Consorcio ID como a la Aseguradora. Ambas partes, al conocer la decisión, interpusieron recurso de reposición: el contratista el 8 de mayo de 2009 y la Aseguradora el 14 de mayo del mismo año. En consecuencia, el acto administrativo mediante el cual la entidad estatal definió la situación jurídica fue expedido y notificado antes del vencimiento del término de prescripción de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio (25 de marzo de 2011). Por lo tanto, el motivo de inconformidad expresado por la llamada en garantía no es de recibo para la Sala.

239. Finalmente, la Aseguradora solicitó la revocatoria de la condena proferida en su contra, argumentando que el Tribunal no advirtió que la toma de posesión de la obra no ocurrió al expirar el plazo contractual, sino cinco días antes, hecho que el IDU reconoció en su demanda de reconvención. Con fundamento en ello, reiteró que esta actuación del asegurado llevó a la terminación del contrato de seguro y, en consecuencia, la compañía quedó exonerada del pago de la cláusula penal. La Sala tampoco considera fundado este reparo, por las razones que se exponen a continuación.

240. El hecho en que se funda el reparo de la Aseguradora corresponde a lo que indican las pruebas del expediente: de acuerdo con el acta del 20 de marzo de 2009, el IDU tomó posesión de la obra en esa fecha, cinco días antes del vencimiento del plazo contractual, "*informando a los participantes que el contratista Consorcio ID, a partir del presente momento, no podrá ejecutar obra alguna ni podrá disponer de los equipos y materiales encontrados en la obra*"[145]. Sin embargo, este hecho no implica la terminación anticipada del contrato de seguro ni la inexigibilidad del pago de la cláusula penal.

241. El argumento sobre la terminación del contrato de seguro se funda, en primer lugar, en el inciso cuarto del artículo 1060 del Código de Comercio que establece lo siguiente:

> *"El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local // La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación // Notificada la modificación del riesgo*

[145] C. llamamiento en garantía, p. 129.

en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima // La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada" (Énfasis agregado).

242. La Sala no considera de recibo este planteamiento, ya que la terminación anticipada por falta de notificación de la agravación del estado del riesgo prevista en el inciso cuarto del artículo 1060 del Código de Comercio no aplica a los contratos de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales. Esta inaplicabilidad obedece tanto a la función económica de estos seguros como a su finalidad de garantizar un interés asegurable que, dada su especialidad y trascendencia jurídica, está regido por normas de orden público (Ley 1150, art. 7), aspecto que ha sido precisado en los siguientes términos:

"*42. Así las cosas y dado que a la entidad estatal le corresponde cumplir con los fines esenciales del Estado, para lo cual utiliza el contrato como medio eficiente para su consecución al contar con la colaboración de un tercero especializado en la ejecución del objeto requerido, es claro que surge el riesgo de que un eventual desconocimiento de las obligaciones de aquél le pueda acarrear perjuicios, lo cual eleva como una necesidad imperiosa contar con una garantía de aseguramiento, toda vez que los daños patrimoniales que se le puedan causar no se circunscriben a afectar a un sujeto individual, sino a perturbar al colectivo que representa la sociedad y la prosperidad comunal. Reflejo de esto se halla en normas de orden público y, por ende de obligatoria observancia, que imponen a los contratistas contar con una garantía que avale el cumplimiento de sus obligaciones, como es apenas obvio, durante todo el tiempo que permanezca el riesgo de su incumplimiento. // 43. La Ley 1150 de 2007, en su artículo 7, prevé con carácter imperativo e ineludible tal obligación, la cual, dado su carácter de orden público, incluso si estuviera ausente en el clausulado del contrato –salvo en los que fueron expresamente excluidos por la ley– se entendería incorporada en él (…)*

46. En ese contexto y en atención a que lo que impone la Ley 1150 de 2007 con carácter imperativo es que las obligaciones derivadas del contrato estatal deben contar con una garantía que avale su cumplimiento, de donde claramente se deriva que deben estar vigentes por el mismo tiempo que permanezca el riesgo de su inobservancia –lo cual, a su vez, es concordante con las normas reglamentarias que desarrollan esta ley en este aspecto–, dable es concluir que se opone abiertamente a dicha norma de orden público el contenido de otras de derecho privado que admiten la posibilidad de que la vigencia de la póliza que se ha pactado en función de la del contrato amparado, pueda cesar en sus efectos de manera anticipada, bien sea por la decisión unilateral del asegurador o del tomador, o bien por una consecuencia legal. [T]ratándose de contratos estatales y por las razones previamente explicadas sobre el carácter irrevocable de la póliza de cumplimiento, el interés asegurable que se identifica cuando el beneficiario de la indemnización es una entidad estatal y las normas de orden público que se instituyeron como expresión de tales aspectos, resulta forzoso concluir que una vez notificada de la alteración del estado del riesgo, la aseguradora solo podrá reajustar el valor de la prima. A su turno, si no acontece la notificación de la agravación del estado del riesgo, la consecuencia prevista en el derecho común no podrá tener operancia, pues ello significaría admitir que el contrato estatal podría quedar desprovisto de protección patrimonial, en contravía de las normas que imponen su obligatoria salvaguarda durante toda la vigencia del negocio jurídico"[146] (Énfasis agregado).

243. Aunque las consideraciones anteriores son suficientes para desestimar el reparo, la Sala también concluye que la actuación realizada el 20 de marzo de 2009,

[146] C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Sent. 62.324 (párrs. 34 a 48), feb. 05/2024, C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Tesis reiterada en: C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Sent. 70.576 (párr. 88), sept. 27 /2024, C.P. Fernando Alexi Pardo Flórez.

encaminada a asegurar materialmente el lugar donde se ejecutaban las intervenciones, no configuraba una agravación del riesgo que justificara la terminación del contrato de seguro por falta de notificación. El deber de informar al asegurador sobre hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato se activa cuando tales eventos son relevantes, esenciales o determinantes. En este sentido, el artículo 1060 del Código de Comercio parte del supuesto de que la agravación del riesgo asegurado debe ser significativa y capaz de alterar su configuración inicial, en lugar de un cambio inocuo o irrelevante que haría nugatorio el principio de conservación del contrato.

244. Para que una agravación del riesgo configure el supuesto fáctico de aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio, este debe ser jurídicamente relevante. Como ha señalado la doctrina, el incremento del riesgo merece este calificativo si, de haber conocido el asegurador la nueva circunstancia agravatoria —o el nuevo estado del riesgo—, hubiera condicionado su actuación en el sentido de no celebrar el contrato o de hacerlo en otras condiciones[147]. En este caso, la supuesta agravación del riesgo consistió en la limitación material de la ejecución de las intervenciones constructivas por un período de solo cinco días, es decir, el tiempo transcurrido entre la toma de posesión física de la obra y la expiración del plazo contractual. Dada la brevedad de esta restricción, no hay elementos que permitan concluir que, de haberla conocido con antelación, la Aseguradora habría condicionado la celebración del contrato o modificado sus términos.

245. Las circunstancias fácticas de la ejecución del contrato refuerzan esta conclusión, pues el atraso del 33% reconocido por el contratista no podría haberse subsanado en un plazo tan reducido. Esta consideración cobra aún mayor relevancia si se tiene en cuenta que el plazo inicial de la obra era de siete meses y que, con el conocimiento y la aceptación de la compañía de seguros, la cobertura temporal de los amparos fue modificada mediante dos prórrogas: una por dos meses (Adicional 1) y otra por 75 días calendario adicionales[148]. En consecuencia, el reparo relacionado con la terminación del contrato de seguro por falta de notificación oportuna, de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio, tampoco resulta atendible.

246. Finalmente, la alegación de la Aseguradora sobre la terminación del contrato de seguro también descansa sobre otra disposición legal: el artículo 1061 del Código de Comercio:

> "*Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho // La garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla // La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción*" (Énfasis agregado).

[147] Cfr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. La modificación del estado del riesgo en el contrato de seguro. Rev.Ibero-Latinoam. Seguros, p. 88 (2021). https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris56.merc
[148] C. ppal, pp. 26 – 29.

247. En las condiciones generales de la póliza se incluyó la siguiente cláusula de garantía: "*6 Cláusula de garantía. Modificaciones al contrato: La aseguradora otorga el presente seguro bajo la garantía aceptada por el tomador y la entidad asegurada, que durante su vigencia no se introducirán modificaciones al contrato afianzado por la presente póliza, sin la notificación y consentimiento de aquella y la expedición del certificado de modificación correspondiente*"[149].

248. La operación material del IDU de tomar posesión de las obras cinco días antes de la expiración del plazo, ante los evidentes problemas causados por los retrasos en su ejecución, no puede calificarse como una modificación del contrato afianzado. Esta actuación no constituye una declaración unilateral de voluntad dirigida a alterar el contenido del contrato de obra en ejercicio de la facultad excepcional prevista en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, ni obedece a un acuerdo de voluntades entre los contratantes para modificar sus estipulaciones. Se trata, más bien, de una medida adoptada en el marco de las facultades de dirección, control y supervisión del contrato por parte de la entidad estatal para asegurar materialmente el lugar donde se acometían las intervenciones constructivas. En consecuencia, aun si se admitiera la aplicabilidad de la facultad de terminación al seguro de cumplimiento a favor de entidades públicas, esta actuación no configuró una infracción de la garantía.

249. Como consecuencia de lo anterior, se confirmará la decisión adoptada por el Tribunal que condenó a la Aseguradora a pagar el valor de la cláusula penal pecuniaria. Dado que la Sala concluyó que era procedente la rebaja proporcional de la pena y que la condena de la Aseguradora está supeditada a la prosperidad del pedimento de reconvención contra INGECONAS, conforme a la naturaleza del llamamiento en garantía, la suma a pagar se fijará con base en la pena reducida: $426'292.150. Esta suma se actualizará, del mismo modo que en la liquidación judicial, tomando como IPC inicial el de mayo de 2022 (118,70) y como IPC final el último disponible a la fecha de esta sentencia (diciembre de 2025: 152,27), lo que arroja un valor de $546.853.460. Dicho monto se encuentra dentro del límite de cobertura del amparo de cumplimiento.

250. La Sala precisa que, en virtud del principio indemnizatorio que rige el seguro de daños, el IDU no puede percibir dos veces el valor de la cláusula penal —cuyo importe fue incorporado en la liquidación judicial del contrato—, una vez del contratista y otra de la aseguradora, pues ello desnaturalizaría el seguro al convertirlo en una fuente de enriquecimiento para la entidad estatal asegurada. En consecuencia, si el IDU exige y obtiene el pago de la cláusula penal por parte del contratista, queda excluida la posibilidad de reclamar ese mismo valor a la aseguradora, por el límite que impone el artículo 1088 del Código de Comercio; y, a la inversa, si exige y obtiene el pago como prestación asegurada, no podrá reclamarlo también al contratista, en virtud de la subrogación legal prevista en el artículo 1096 del mismo estatuto.

[149] C. llamamiento en garantía, p. 98.

Costas

251. En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998[150].

IV. PARTE RESOLUTIVA

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: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 27 de mayo de 2022, por lo cual su parte resolutiva será la siguiente:

"***PRIMERO: NEGAR*** *las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa e ineptitud sustantiva de la demanda, formuladas por el Instituto de Desarrollo Urbano.*

SEGUNDO: DECLARAR *la nulidad de las Resoluciones 860 de 2009 y 3527 de 2011, expedidas por el Instituto de Desarrollo Urbano con ocasión del contrato No. 159 de 28 de diciembre de 2007.*

TERCERO: NEGAR *las demás pretensiones principales y subsidiarias de la demanda principal.*

CUARTO: DECLARAR *el incumplimiento definitivo de las obligaciones a cargo del Consorcio ID emanadas del contrato No. 159 de 28 de diciembre de 2007.*

QUINTO: CONDENAR *a Ingeconas Ltda. a pagar al Instituto de Desarrollo Urbano el valor de la cláusula penal pecuniaria, conforme a lo indicado en la parte motiva de la sentencia.*

SEXTO: LIQUIDAR *judicialmente el contrato de obra No. 159 de 28 de diciembre de 2007, conforme a lo indicado en la parte motiva de la sentencia.*

SÉPTIMO: DECLARAR *que, como resultado de la liquidación judicial, el Consorcio ID adeuda al Instituto de Desarrollo Urbano la suma de mil setecientos ochenta y tres millones veintiún mil ciento sesenta y cuatro pesos ($1.783'021.164 m/cte.).*

OCTAVO*:* ***CONDENAR*** *a SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. a pagar al Instituto de Desarrollo Urbano la suma de quinientos cuarenta y seis millones ochocientos cincuenta y tres mil cuatrocientos sesenta ($546'853.460m/cte.), correspondiente a la cláusula penal pecuniaria cubierta por el amparo de cumplimiento de la póliza 00008586.*

NOVENO: *NEGAR las demás pretensiones de la demanda de reconvención.*

DECIMO*: Sin condena en costas ni agencias en derecho en esta instancia".*

[150] La demanda se presentó el 20 de mayo de 2011 (folio 18, c. ppal), antes de que entrara en vigor el CPACA. Por lo tanto, este proceso se rige por el CCA.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Nota: *se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el link https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.*

VF